



SIVILOMBUDET

Ekspertutvalget om samtykkekompetanse
samtykkeutvalget@helsedir.no

Vår referanse
2023/655

Deres referanse

Vår saksbehandler
Mona Keiko Løken

Dato
01.03.2023

Svar på forespørsel om innspill til Ekspertutvalget om samtykkekompetanse

Vi viser til henvendelse 7. februar 2023, der Sivilombudet er invitert til å komme med et skriftlig innspill til *Ekspertutvalget om samtykkekompetanse* innen 3. mars d.å.

Om Sivilombudets mandat

Sivilombudet¹ er oppnevnt av Stortinget, og «skal føre kontroll med den offentlige forvaltningen og alle i dens tjeneste for å hindre at det øves urett mot den enkelte», jf. sivilombudsloven § 1. I samme bestemmelse går det uttrykkelig fram at ombudets mandat også omfatter det å «bidra til at forvaltningen respekterer og sikrer menneskerettighetene». Ombudets kontroll skjer i hovedsak gjennom behandling av klager fra innbyggerne i enkeltsaker. Det er gratis å klage til ombudet, og det er ikke et krav at man må ha advokat. I tillegg kan ombudet «av eget tiltak ta opp, undersøke og uttale sin mening om konkrete eller generelle forhold i forvaltningen», jf. sivilombudsloven § 15.²

Ombudet har også et særskilt ansvar for å forebygge at personer som er fratatt friheten, utsettes for tortur og annen grusom, umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff, jf. sivilombudsloven § 17 og tilleggsprotokollen til FNs torturkonvensjon. I henhold til forebyggingsmandatet skal ombudet gjennomføre regelmessige besøk til steder hvor mennesker er eller kan være frihetsberøvet. Etter hvert besøk publiseres det en rapport med funn og anbefalinger som følges opp i dialog med den aktuelle institusjon og ansvarlige myndigheter. Forebyggingsenheten behandler ikke selv enkeltsaker, men formidler eventuelle enkeltklager mottatt under besøk til ombudets klagesaksavdelinger.

Nærmere om Sivilombudets klagesaksbehandling

Hvert år mottar ombudet totalt om lag 4000 klager på den offentlige forvaltning. I 2022 kom det inn 355 klager som gjaldt helse- og omsorgssektoren. Av disse var det 62 klager om tvang. Antallet klager om tvang etter psykisk helsevernloven var 24.

¹ Med ny sivilombudslov, i kraft fra 1. juli 2021, ble navnet «Sivilombudsmannen» endret til «Sivilombudet».

² Se f.eks. ombudets rapport «Kontroll med bruk av mekaniske tvangsmidler i psykisk helsevern – En undersøkelse av kontrollkomisjonenes praksis», 14. november 2022 med Lovdatas referanse SOM-2022-1184.

I motsetning til vedtak truffet av Statsforvalteren i saker om tvangsmedisinering,³ gjelder svært få av klagen til ombudet vedtak truffet av kontrollkommisjonene om tvungen observasjon, etablering eller opprettholdelse av tvungent psykisk helsevern. Dette har antakelig sammenheng med at kontrollkommisjonens vedtak i disse sakene – på statens bekostning (se retts hjelploven § 16 første ledd nr. 2) – kan bringes inn for tingretten etter reglene i tvisteloven kapittel 36, jf. psykisk helsevernloven § 7-1.⁴

Saker om tvang har høy prioritet hos ombudet. All bruk av tvang og makt innenfor helse- og omsorgstjenesten reiser grunnleggende etiske dilemmaer. På den ene siden står det offentliges ansvar for å yte nødvendig hjelp og unngå skade. På den andre siden står den enkeltes rett til vern av sin personlige integritet og selvbestemmelse.

Tvungent psykisk helsevern og tvangsmedisinering er svært inngripende tiltak. Slike inngripende tiltak øker risikoen for krenkelser av grunnleggende rettigheter for enkeltmennesket, og befinner seg i legalitetsprinsippets kjerneområde. Tiltakene kan ikke gjennomføres uten hjemmel i lov, og ikke uten at alle fastsatte vilkår er oppfylt. Tiltakene kan heller ikke gjennomføres i strid med menneskerettslige forpliktelser så langt disse er gjennomført i norsk rett, jf. Grunnloven § 92. Dette innebærer at myndighetene alltid må vurdere forholdet til menneskerettighetene der disse er relevante og sentrale for myndighetenes handlinger og avgjørelser, se ombudets uttalelse 2. juli 2020 (SOM-2020-292).

Ombudets saksbehandling er skriftlig, og innrettet for å kontrollere om forvaltningens avgjørelse er riktig og om forvaltningens saksbehandling har vært forsvarlig. Våre undersøkelser er normalt konsentrert om de rettslige spørsmålene i saken. Ombudet er mindre egnet til å overprøve helsefaglige vurderinger eller uenigheter om faktum. Dette betyr at ombudet også vil være oppmerksom på om forvaltningen har oppfylt sin utredningsplikt og begrunnelsesplikt.

Som et eksempel viser vi til ombudets uttalelse 12. desember 2022 (SOM-2022-3720). Saken gjaldt en kontrollkommisjons vedtak om opprettholdelse av tvungent psykisk helsevern etter psykisk helsevernloven § 3-8, jf. § 3-3. Ombudet kom til at kontrollkommisjonens begrunnelse for fortsatt tvungent psykisk helsevern ikke oppfylte kravene til begrunnelse i forvaltningsloven § 25 og psykisk helsevern forskriften § 55 tredje ledd. Ombudet påpekte at kontrollkommisjonen ikke hadde redegjort for de sentrale momentene som hadde vært avgjørende for vurderingen av personens samtykkekompetanse, og hvordan disse momentene hadde blitt avveid. Kontrollkommisjonen hadde heller ikke beskrevet hvilke faktiske forhold som kommisjonen, etter en selvstendig vurdering, hadde lagt til grunn.

³ Se f.eks. ombudets uttalelser med Lovdatas referanser SOM-2017-543, SOM-2017-3156, SOM 2018-2278, SOM-2022-1056 og SOM-2022-1235. Ombudets uttalelser og rapporter er også tilgjengelig på www.sivilombudet.no.

⁴ Domstolenes virksomhet faller utenfor ombudets arbeidsområde, jf. sivilombudsloven § 4 andre ledd bokstav d.

Kontrollkommisjonen ble etter dette bedt om å vurdere saken på nytt, og begrunne vedtaket i samsvar med ombudets uttalelse.

I en annen sak som gjaldt vedtak om tvangsmedisinering, jf. ombudets uttalelse 22. oktober 2019 (SOM-2018-2278), mente ombudet at det var uklart om Statsforvalteren hadde en riktig forståelse av beviskravet for manglende samtykkekompetanse. Statsforvalteren hadde i vedtaket begrunnet konklusjonen om bortfall av samtykkekompetanse med at pasienten «ikke virker å forstå, anerkjenne, resonnerer eller kan ta et veloverveid valg for den aktuelle helsehjelpen». Ombudet mente formuleringen «ikke virker å forstå» tydet på at Statsforvalteren ikke hadde anvendt riktig beviskrav.

Ombudet uttalte videre i saken at kravene til begrunnelse for vurderingen av samtykkekompetanse må ses i sammenheng med det strenge beviskravet for manglende forståelsesevne, og at vedtaket må omtale alle momenter som med rimelighet kan reise tvil om forståelsesevnen er bortfalt. I denne saken framstod klagerens erfaringer med medikamentbruk og bivirkninger, samt tegn på erkjennelse av behandlingsbehov, som momenter av betydning for vurderingen av om det var åpenbart at klageren manglet tilstrekkelig forståelsesevne. Ombudet påpekte derfor at Statsforvalteren i sin begrunnelse skulle ha redegjort for disse momentene og hvordan de hadde blitt avveid ved vurderingen av samtykkekompetansen. At dette ikke ble gjort, mente ombudet var i strid med begrunnelsesplikten for denne typen vedtak.

Som et eksempel på forvaltningens utredningsplikt på dette området, viser vi til ombudets uttalelse i en annen sak om tvangsmedisinering 25. september 2018 (SOM-2016-3672). Her bemerket ombudet følgende:

«Ved vurderingen av om et medikament vil få en effekt som oppfyller de strenge kravene i phvl. § 4-4 fjerde ledd, vil det generelt være relevant å se hen til tidligere erfaringer med pasientens bruk av medikamentet og perioder uten medisinering. På denne bakgrunn skal det en del til for å kunne avfeie vurderinger fra tidligere behandlere som historiske utsagn uten relevans for avgjørelsen, selv i en sak hvor disse utsagnene synes å ha vært rundt fem år gamle.

Etter ombudsmannens syn følger det både av utredningsplikten og plikten til å vurdere klagers anførsler at disse uttalelsene burde vært innhentet og vurdert. Dette synes ikke å ha vært gjort i denne saken, og det er heller ikke opplyst at Fylkesmannen har vurdert uttalelsene ved behandlingen av tidligere saker. På denne bakgrunn ser det ut til å foreligge en mangel ved sakens utredning.»

Sivilombudets hørings svar til NOU 2019: 14 og funn fra forebyggingsenheten

Ombudet innga hørings svar 30. desember 2019 til Helse- og omsorgsdepartementet om lovutvalgets utredning i NOU 2019: 14 Tvangsbegrensingsloven. Ombudets merknader til forslagene som gjaldt beslutningskompetanse (samtykkekompetanse og nektingskompetanse), går fram av hørings svarets kapittel 5. Oppsummeringsvis formulerte ombudet tre anbefalinger relatert til dette temaet:

- at rammene for vurderingene av beslutningskompetanse bør reguleres nærmere,
- at terskelen for bortfall av kompetanse i nektingsstilfellene må klargjøres, og
- at det må klargjøres hvilken betydning personens tidligere erfaringer med tvang skal ha for vurderingen av beslutningskompetansen.

I NOUen ga utvalget uttrykk for at personer med psykiske funksjonsnedsettelse kan ha en særlig risiko for å få underkjent sin beslutningskompetanse, og at det økte fokuset på kompetansevurderinger etter endringene i psykisk helsevernloven i 2017 hadde synliggjort at vurderingene av kompetansespørsmålet kan bli «tatt for lett på». Ombudet uttalte i høringssvaret at dette inntrykket langt på vei kunne bekreftes gjennom ombudets klagesaksbehandling og institusjonsbesøk under forebyggingsmandatet (høringssvaret side 14).

Ombudet viste til forebyggingsenhetens rapporter etter besøk til Sykehuset i Vestfold 10.–12. april 2018 (side 37–38), Ålesund sjukehus 19.–22. september 2017 (side 34) og Oslo universitetssykehus HF Gaustad 17.–19. oktober 2017 (side 29–30), og omtalte funnene fra disse besøkene slik:

«Under ombudsmannens besøk i det psykiske helsevernet gjennomgås alltid et utvalg av vedtak som omfatter vurderinger av pasienters samtykkekompetanse. I flere vedtak har vi funnet at det er krysset av for at pasienten mangler samtykkekompetanse, uten noen begrunnelse. I andre tilfeller henviser vedtaksansvarlige mer generelt til pasientens sykdomsforløp et annet sted i vedtaket, uten å knytte vurderingene til relevante vurderingsmomenter (som de såkalte 'FARV-kriteriene'). I en del tilfeller er manglende samtykkekompetanse begrunnet med manglende 'sykdomsinnsikt', uten ytterligere forklaringer. Intervjuer med vedtaksansvarlige leger og psykologer bekrefter utfordringer ved at det settes likhetstegn mellom manglende sykdomsinnsikt og manglende samtykkekompetanse.»

I høringssvaret tok ombudet til orde for at terskelen for såkalt nektingskompetanse må vurderes opp mot hensynet til forutberegnelighet og risikoen for vilkårlig myndighetsutøvelse og usaklig forskjellsbehandling. Det ble vist til at beslutningskompetansevilkårets relativitet er omtalt i forskningslitteraturen, hvor det blant annet hevdes at de funksjonstester som benyttes, ofte er subjektive og verdiladede (høringssvaret side 16).

Videre mente ombudet at det må klargjøres hvilken betydning dagens kunnskapsgrunnlag om medikamenteffekter og skadevirkninger av tvang skal ha for reguleringen og vurderingen av personens beslutningskompetanse (høringssvaret side 17). Ombudet viste til at kunnskapsgrunnlaget for tvungen behandling og andelen personer som har nytte av antipsykotisk medisinering, sammenliknet med andelen personer som ikke har den samme positive effekten, er uklart og omstridt, spesielt når det gjelder langtids effekter (høringssvaret kapittel 9).

Ombudet påpekte også at det er godt dokumentert at bruk av antipsykotiske legemidler gir en rekke bivirkninger, som i noen tilfeller kan være alvorlige og irreversible, og at det ifølge lovutvalget heller ikke finnes sikker kunnskap om effekter av tvungent psykisk helsevern uten døgnopphold (TUD), der tvangsmedisinering som oftest vil være det konkrete innholdet i det tvungne vernet. I denne sammenheng framhevet ombudet behovet for at det sentralt og lokalt avsettes tilstrekkelige ressurser til forebygging og til etablering og videreutvikling av virksomme alternativer til tvang (høringssvaret kapittel 9.3). Om dette uttalte ombudet:

«Flertallet [i lovutvalget] har i § 6-10 første ledd nr. 2 foreslått som ett av vilkårene for tvangsmedisinering at virksomheten har tilstrekkelig kompetanse på ikke-medikamentelle behandlingsformer og kan tilby godt egnede alternativer til medikamentell behandling. Utvalget fremhever at sentrale komponenter kan være 'meningsfulle aktivitetstilbud, mulighet for fysisk trening og naturopplevelser, samtaleterapi, traumeinformerte tilnærminger, musikkterapi og anledning for personen til å skjerme seg fra for mange sanseinntrykk og sosiale forpliktelser'. Ombudsmannens funn viser gjennomgående at slike behandlingstilbud i liten grad er tilgjengelige i dagens akutt- og intermediære sengeposter i det psykiske helsevernet.

Legemiddelbehandling utgjør en sentral del av behandlingen ved de fleste steder ombudsmannen har besøkt i det psykiske helsevernet. Mange pasienter som av ulike grunner takker nei til legemiddelbehandling, har i dag få muligheter for alternative behandlingsopplegg, særlig under innleggelse i mottaks- og akuttavdelinger. Våre funn viser at behandlingstilbudet noen steder nesten utelukkende består av medikamentell behandling.

En slik situasjon er ikke i tråd med menneskerettslige standarder slik disse er formulert blant annet av Den europeiske torturforebyggingskomité (CPT).

Ombudsmannens funn på dette området viser at det er et sterkt behov for alternativer til legemiddelbehandling som behandlingsform for pasienter med alvorlige psykiske helseutfordringer.»

Ombudets høringssvar kan leses i sin helhet på www.sivilombudet.no under publikasjoner og høringssuttalelser. Høringssvaret er også tilgjengelig på www.regjeringen.no.

Samtykke til tvang

Avslutningsvis vil ombudet gjøre oppmerksom på en problemstilling som har vært reist i forbindelse med en konkret klagesak her.

Saken gjelder en pasient som i 2012 ble dømt til tvunget psykisk helsevern, og illustrerer utfordringer som kan oppstå når den dømte skal tilbake til samfunnet.

Slik vi forstår det, ble pasienten i 2015 overført fra tvungent psykisk helsevern med døgnopphold til tvungent psykisk helsevern uten døgnopphold. Kommunen etablerte et

tilbud på pasientens bopel som også innbefattet restriktive tiltak, herunder døgnkontinuerlig tilsyn fra miljøpersonell, utgang med følge og begrensninger i hvilke gjenstander hun kunne ha tilgang til (kniver, fyrstikker, lightere og belter). I 2016 traff kommunen et nytt vedtak. Slik ombudet forstår det, innebar det nye vedtaket at pasienten ikke ville ha døgnkontinuerlig tilstedeværelse eller begrensning i hvilke gjenstander hun skal ha tilgang til. Kommunen mente at tjenestene de hadde ytt, og de restriktive tiltakene pasienten var underlagt, ikke er tjenester som kommunen er ansvarlig for eller har plikt til å yte. Kommunen mente også at de ikke har hjemmel til de restriktive tiltakene. Statsforvalteren i Trøndelag besluttet å utsette iverksettelsen av vedtaket, inntil de hadde tatt stilling til klagesaken.

Kommunen traff deretter ytterligere et nytt vedtak i saken, som også innebar at pasienten ikke ville ha døgnkontinuerlig tilsyn eller restriksjoner på hvilke gjenstander hun kunne ha tilgang til. Vedtaket ble stadfestet av Statsforvalteren i 2019. Faglig ansvarlig på sykehuset mente blant annet at det ikke var forsvarlig at pasienten ikke skulle ha døgnkontinuerlig tilsyn, og at det reduserte tilbudet ville føre til en forverring av pasientens psykiske lidelse. Pasienten ble derfor overført til tvungent psykisk helsevern med døgnopphold, på sykehus. Statsforvalteren opprettholdt kommunens avgjørelse i 2019. Etter anmodning om omgjøring ble vedtaket opprettholdt i 2020. Statsforvalteren kom til at kommunen ikke har hjemmel for de restriktive tiltakene som var nødvendige, og at pasienten ikke gyldig kan samtykke til disse.

I klagen hit tok klagerens advokat blant annet opp problemstillinger knyttet til pasientens mulighet til å samtykke til tvang og restriktive tiltak samt kommunens hjemmel til tvang i pasientens eget hjem som forutsetning for utskrivning fra institusjon.

Denne konkrete saken, og flere saker som er omtalt i mediene, gir eksempler på at pasienter som en faglig ansvarlig mener er utskrivningsklare, ikke skrives ut, men fortsatt må oppholde seg på institusjon. Dette til tross for at faglig ansvarlig i den aktuelle saken mente at «pasienten hadde bedre funksjonsnivå når hun var hjemme» og at «tilbakeføring til egen leilighet formentlig [vil] hindre ytterligere funksjonsfall og institusjonalisering hos klageren og forhåpentligvis føre til at klager gjenvinner den funksjon hun hadde forut for innleggelsen i februar 2019».

Pasienters adgang til å samtykke til tvang og restriktive tiltak, er omdiskutert, og de rettslige utgangspunktene er uklare, noe som blant annet Helsedirektoratet har redegjort for i brev

24. april 2019⁵, 5. august 2020⁶ til advokat Grethe Gilstad og brev 9. mai 2022 til Oslo kommune⁷.

Det er uklart om temaet faller utenfor ekspertutvalgets mandat, men vi finner det likevel hensiktsmessig å orientere om problemstillingen her. Helse- og omsorgsdepartementet og Helsedirektoratet er orientert ved egne brev og ved kopi av dette brevet.

For sivilombudet

Joakim S. T. Øren
avdelingssjef

Mona Keiko Løken
seniorrådgiver

Dette brevet er godkjent etter gjeldende interne rutiner, og har derfor ikke håndskrevet underskrift.

⁵ https://www.helsedirektoratet.no/tema/psykisk-helsevernloven/Adgang%20til%20%C3%A5%20be%20pasient%20p%C3%A5%20tvang%20uten%20d%C3%B8gnopphold%20om%20%C3%A5%20samtykke%20til%20restriktive%20tiltak%202019.pdf/_/attachment/inline/7531ff30-0c2c-4282-afd5-67572f069c91:a4edf6d00e020cb9e850e68205a3c4677a61e50d/Adgang%20til%20%C3%A5%20be%20pasient%20p%C3%A5%20tvang%20uten%20d%C3%B8gnopphold%20om%20%C3%A5%20samtykke%20til%20restriktive%20tiltak%202019.pdf

⁶ [https://www.helsedirektoratet.no/tema/psykisk-helsevernloven/Svar%20-%20Lovfortolkning%20-%20Psykisk%20helsevernloven%20-%20Behandlingstiltak%20i%20egen%20bolig%20\(2020\).pdf/_/attachment/inline/d96ab649-f0d4-40cb-987c-393d07f74445:e2d36356fcc560d3e156e935bca636db48cea0dd/Svar%20-%20Lovfortolkning%20-%20Psykisk%20helsevernloven%20-%20Behandlingstiltak%20i%20egen%20bolig%20\(2020\).pdf](https://www.helsedirektoratet.no/tema/psykisk-helsevernloven/Svar%20-%20Lovfortolkning%20-%20Psykisk%20helsevernloven%20-%20Behandlingstiltak%20i%20egen%20bolig%20(2020).pdf/_/attachment/inline/d96ab649-f0d4-40cb-987c-393d07f74445:e2d36356fcc560d3e156e935bca636db48cea0dd/Svar%20-%20Lovfortolkning%20-%20Psykisk%20helsevernloven%20-%20Behandlingstiltak%20i%20egen%20bolig%20(2020).pdf)

⁷ [https://www.helsedirektoratet.no/tema/psykisk-helsevernloven/Kommunens%20plikt%20til%20%C3%A5%20ivareta%20personer%20d%C3%B8mt%20til%20tvungent%20psykisk%20helsevern%20og%20som%20skrives%20ut%20fra%20tvungent%20vern%20med%20d%C3%B8gnopphold%20til%20tvungent%20vern%20uten%20d%C3%B8gnopphold.pdf/_/attachment/inline/9162ddcc-3224-4a18-9182-6c30f84d458d:31d89b9f8e965cb6eaa4fb102ad960f353145b41/Kommunens%20plikt%20til%20%C3%A5%20ivareta%20personer%20d%C3%B8mt%20til%20tvungent%20psykisk%20helsevern%20og%20som%20skrives%20ut%20fra%20tvungent%20vern%20med%20d%C3%B8gnopphold%20til%20tvungent%20vern%20uten%20d%C3%B8gnopphold%20\(2022\).pdf](https://www.helsedirektoratet.no/tema/psykisk-helsevernloven/Kommunens%20plikt%20til%20%C3%A5%20ivareta%20personer%20d%C3%B8mt%20til%20tvungent%20psykisk%20helsevern%20og%20som%20skrives%20ut%20fra%20tvungent%20vern%20med%20d%C3%B8gnopphold%20til%20tvungent%20vern%20uten%20d%C3%B8gnopphold.pdf/_/attachment/inline/9162ddcc-3224-4a18-9182-6c30f84d458d:31d89b9f8e965cb6eaa4fb102ad960f353145b41/Kommunens%20plikt%20til%20%C3%A5%20ivareta%20personer%20d%C3%B8mt%20til%20tvungent%20psykisk%20helsevern%20og%20som%20skrives%20ut%20fra%20tvungent%20vern%20med%20d%C3%B8gnopphold%20til%20tvungent%20vern%20uten%20d%C3%B8gnopphold%20(2022).pdf)

Kopi til:

HELSE- OG OMSORGSDEPARTEMENTET

HELSEDIREKTORATET

ADVOKATFIRMAET SIMONSEN VOGT WIIG AS

Advokat Thorgeir Hole

Postboks 8011 Dep 0030 OSLO

Postboks 220 Skøyen 0213 OSLO

Postboks 2043 Vika 0125 OSLO