

Samtykkekravet i pasient- og brukerrettighetsloven §§ 4-1 og 4-2

Med særlig fokus på lovmessigheten av å benytte
hypotetisk samtykke som selvstendig
kompetansegrunnlag for inngripen

Kandidatnummer: 560

Leveringsfrist: 25.11.2015

Antall ord: 14 750



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	Presentasjon av tema.....	1
1.2	Aktualitet og forskningsinteresse.....	2
1.3	Avgrensning.....	3
1.4	Den videre fremstilling.....	3
2	METODE	4
2.1	Innledning.....	4
2.2	Juridisk metode.....	5
2.2.1	Lovtekst.....	5
2.2.2	Forarbeider.....	5
2.2.3	Rettspraksis og andre myndigheters praksis.....	6
2.2.4	Juridisk teori.....	6
2.2.5	Reelle hensyn.....	7
3	GRUNNLEGGENDE PRINSIPPER OG RETTIGHETER	8
3.1	Innledende om rettighetstenkningen i helseretten.....	8
3.2	Grunnleggende prinsipper.....	11
3.2.1	Forsvarlighetskravet.....	11
3.2.2	Pasientautonomi og retten til informasjon.....	12
3.2.3	Retten til journalinnsyn.....	14
3.2.4	Pasientens rett til medvirkning.....	15
4	SAMTYKKEKRAVET I PASIENT-OG BRUKERRETTIGHETSLOVEN	17
4.1	Hjemmelsgrunnlaget <i>før</i> 1999.....	17
4.1.1	Forholdet til legalitetsprinsippet.....	18
4.2	Samtykkekravet som rettssikkerhetsgaranti.....	19
4.3	Det helserettslige samtykkekravet etter lovens ordlyd.....	19
4.3.1	Frivillighet som premiss for gyldig samtykke.....	19
4.3.2	Vilkåret for gyldighet etter pasient- og brukerrettighetsloven § 4-1.....	20
4.3.3	Kritikk mot begrepet «informert samtykke» som gyldighetsvilkår.....	22
4.3.4	Samtykkekravets form.....	23
4.3.5	Forholdet mellom samtykkekravet og helsepersonells hjelpeplikt når det er påtrengende nødvendig.....	25
4.3.6	Forholdet mellom lovens krav til samtykke og behandleransvaret som selvstendig grunnlag for inngripen.....	26
4.4	Kort oppsummering.....	29
5	HYPOTETISK SAMTYKKE SOM SELVSTENDIG KOMPETANSEGRUNNLAG FOR HANDLING	30
5.1	Innledning.....	30
5.2	Rettspraksis.....	31
5.2.1	Rt. 1998 s. 1538.....	31
5.2.2	Agder lagmannsretts dom av 6. september 2010.....	34
5.2.3	Oslo tingretts dom av 18. april 2007.....	35

5.2.4	Pasientskadenemndas avgjørelse av 21. mai 2015	36
5.3	Nærmere om hypotetisk samtykke.....	37
5.4	Forholdet til menneskerettighetene.....	41
5.5	Kort om det hypotetiske samtykkets forhold til den erstatningsrettslige årsakssammenheng.....	43
6	OPPSUMMERING OG AVSLUTTENDE BEMERKNINGER.....	44
7	KILDE- OG LITTERATURLISTE.....	48
7.1	Litteratur.....	48
7.2	Domsregister	50
7.2.1	Høyesterettsdommer	50
7.2.2	Lagmannsrettsdommer	50
7.2.3	Tingrettsdommer	50
7.2.4	Nemndavgjørelser.....	50
7.2.5	Utenlandske dommer.....	50
7.3	Lov- og forarbeidsregister.....	51
7.4	Forskrifter.....	52
7.5	Utenlandske lover	52

1 Innledning

1.1 Presentasjon av tema

I denne avhandlingen vil jeg se nærmere på hva som forstås med de lovregulerte vilkårene for å kunne avgi et gyldig samtykke etter pasient- og brukerrettighetsloven §§ 4-1 og 4-2.

Hovedregelen om samtykke følger av ordlyden i § 4-1 første ledd: «*Helsehjelp kan bare gis med pasientens samtykke med mindre det foreligger lovhjemmel eller annet gyldig rettsgrunnlag for å gi helsehjelp uten samtykke. For at samtykket skal være gyldig, må pasienten ha fått nødvendig informasjon om sin helsetilstand og innholdet i helsehjelpen*». Kravene til samtykkes form er gitt i pasient- og brukerrettighetsloven § 4-2 første ledd: «*Samtykke kan gis uttrykkelig eller stilltiende. Stilltiende samtykke anses å foreligge dersom det ut fra pasientens handlemåte og omstendighetene for øvrig er sannsynlig at hun eller han godtar helsehjelpen*».

Spørsmålet er videre om hypotetisk samtykke som grunnlag for medisinsk behandling oppfyller de lovhjemlede formkravene til hvordan et samtykke skal avgis. I juridisk helserettsteori hersker det usikkerhet hvorvidt et hypotetisk samtykke kan utledes av lovens ordlyd; Aasen mener at det kan være relevant å se hen til hva en pasient selv ville ha ønsket hvis behandlingsspørsmålet ikke er forelagt han.¹ Særlig er det den hypotetiske vurderingen av hva en pasient *ville* ha samtykket til, som er interessant i dette øyemed. Dette fordi lovens formål er å fremme tillitsforholdet mellom pasienten og omsorgstjenesten og å ivareta respekten for den enkelte pasients integritet og menneskeverd. En hypotetisk vurdering innebærer i all hovedsak at tillitsforholdet mellom pasienten og helsepersonellet blir redusert, samtidig som at en hypotetisk presumsjon om hva en pasient *ville ha ment* medfører en svekkelse av pasientintegriteten.

Retten til informasjon er et grunnleggende vilkår for å kunne avgi et gyldig samtykke etter reglene i pasient- og brukerrettighetsloven. Et hypotetisk samtykke som kompetansegrunnlag innebærer at helsepersonell tillegger pasienten en hypotetisk forstand som omhandler hva han mest sannsynlig *ville ha ment*, forutsatt at han hadde hatt muligheten til å avgi sin mening. Denne oppgaven søker å beskrive og belyse rettsgrunnlaget for denne samtykkeformen, og gyldigheten av et slikt kompetansegrunnlag sett i forhold til lovens informasjonsrett.

¹ Aasen (2000) s. 621.

For å drøfte lovens samtykkebestemmelser slik de er oppstilt i pasient-og brukerrettighetsloven §§ 4-1 og 4-2 er de grunnleggende prinsippene i helseretten av avgjørende betydning. Dette skyldes, foruten lovens forholdsvis korte virkning som gjeldende rett, at pasient-og brukerrettighetsloven ble vedtatt etter et ønske om å styrke pasienters rettsstilling i møte med norsk helsevesen.² Prinsippene som eksisterte forut for dette er nå lovfestet i loven av 1999, og kommer dermed inn som viktige tolkningsmomenter. Dette gjelder særlig for prinsippene om rett til informasjon og pasientautonomi. At et informert samtykke respekteres er en grunnleggende forutsetning for å ivareta en pasients autonomi. I hvilken grad autonomien blir ivare tatt ved bruk av hypotetisk samtykke som kompetansegrunnlag vil bli redegjort for i denne avhandlingen.

1.2 Aktualitet og forskningsinteresse

Et kjennetegn ved rettssystemene i den vestlige verden er vernet om individets integritet og selvbestemmelse. Disse grunnleggende rettighetene gir rettsbeskyttelse gjennom de ulike landenes interne rett. Individets krav på beskyttelse og selvbestemmelse gjelder også når individet trer inn i rollen som pasient. I flere vestlige land råder det en juridisk enighet om at en lege ikke kan behandle en pasient uten at samtykke foreligger.³

Før pasient- og brukerrettighetsloven av 1999 eksisterte det intet lovkrav om pasientens samtykke som vilkår for medisinsk behandling. Det ble i Rt. 1993 s. 1169 uttalt at *«det er et grunnleggende krav at det må foreligge samtykke fra pasienten før legebehandling, så fremt det ikke foreligger nødstilstand eller andre særlige omstendigheter. Et slikt samtykke forutsetter at pasienten har tilstrekkelig oversikt over formålet med behandlingen, sannsynligheten for at den vil gi den tilsiktede virkning og hvilke komplikasjoner og bivirkninger som vil kunne oppstå»*.⁴ Denne rettsoppfatningen er nå videreført i lovens §§ 4-1 og 4-2.⁵

² Se. Ot.prp.nr. 12 (1998-1999). Det fremheves på side 11 at *«de nye helselovene er et ledd i regjeringens arbeid for å fremme en helse- og velferdspolitikk bygd på respekten for menneskeverdet, rettferdig fordeling av rettigheter og plikter, likeverd og lik tilgjengelighet av tjenester og en styrket rettsstilling for den som trenger tjenestene»*.

³ Se til eksempel den svenske «patientlag» kapittel fire og den danske «sundhedslov» § 15.

⁴ Se Rt. 1993 s. 1169 på side 1174.

⁵ Se pasient- og brukerrettighetsloven kapittel fire.

Uavhengig av den foreliggende enighet om nødvendigheten av pasientens samtykke, råder det en viss uenighet og uklarhet med hensyn til gyldigheten av hypotetisk samtykke som rettsgrunnlag for behandling av pasienter. Det er med andre ord grunn til å se nærmere på samtykkekravets materielle innhold i norsk rett.

1.3 Avgrensning

Avhandlingen vil avgrenses til å omhandle samtykke avgitt av myndige pasienter med samtykkekompetanse som er mottagere av planlagt helsehjelp. Samtykke fra pasienter som er umyndige eller som er uten samtykkekompetanse vil i hovedsak utelukkes, da avhandlingen ellers ville ha blitt for omfattende. Denne avgrensningen fremstår som naturlig all en tid slike pasienter i stor grad faller inn under virkeområdet til pasient -og brukerrettighetsloven kapittel 4A.

Avhandlingen vil i all videre avgrenses mot tilfellene hvor fravikelse av samtykkekravet er hjemlet i andre lovbestemmelser, slik tilfellet er for bestemmelsen om øyeblikkelig hjelp uten samtykke jf. helsepersonelloven § 7. Slike tilfeller vil bli kort redegjort for der det anses som relevant i forhold til hypotetisk samtykke som kompetansegrunnlag.

Situasjoner hvor pasienten etter loven gir avkall på sin rett til å bli informert vil ikke bli drøftet. I slike tilfeller vil det sjeldent oppstå problematikk som omhandler pasientens bruk av sin selvbestemmelsesrett.

1.4 Den videre fremstilling

I det følgende skal jeg først gjøre rede for metodebruken som er benyttet i denne avhandlingen. Deretter vil jeg i kapittel tre ta for meg de grunnleggende rettighetene og prinsippene som har betydning for samtykkekravet. I kapittel fire skal jeg drøfte pasient- og brukerrettighetsloven §§ 4-1 og 4-2. Disse bestemmelsene omfatter lovens hovedregler om gyldig avsagt samtykke. I kapittel fem vil jeg ta for meg hypotetisk samtykke som kompetansegrunnlag for inn gripen, og redegjøre for hvordan dette kravet har vokst frem og forvaltes av rettspraksis. Avsluttende bemerkninger vil følge av kapittel seks.

2 Metode

2.1 Innledning

Selv om det ikke foreligger noen objektiv riktig rettskildelære, eksisterer det en tradisjonell metodelære som man normalt bygger sin juridiske argumentasjon på. I all hovedsak er rettskildene i helseretten de samme som i den tradisjonelle, alminnelige rettskildelæren.

Den tradisjonelle rettskildelæren er utformet for den tradisjonelle rettsstaten, og er derfor ikke uten videre overførbart til helserettens område. Dette beror på at helseretten i langt større grad enn på den tradisjonelle rettsstatens område er preget av skjønnsmessige, konkrete og individuelle vurderinger knyttet til hver enkelt pasient.

Avhandlingen søker å beskrive rettstilstanden mellom lovens krav til samtykke og hypotetisk samtykke etter gjeldende rett. Dette er en rettsdogmatisk tilnærming til problemstillingen⁶. Med «gjeldende rett» menes den til enhver tid gyldige rett slik den praktiseres og forstås.⁷

I det følgende vil jeg redegjøre for enkelte spesielle aspekter som ligger til grunn for metodebruken i denne oppgaven, da det følger av oppgavens læringskrav at avhandlingen skal være skrevet for jurister uten kjennskap til vedkommende fagområde.

Det vil i det videre arbeidet skilles mellom *de lege lata*- og *de lege ferenda*-vurderinger der dette anses som hensiktsmessig. Ved å beskrive retten *de lege lata* beskriver man retten slik den er og fremstår. Ved å betrakte retten *de lege ferenda* fremstilles retten slik jeg mener den burde være.⁸

⁶ Bernt (1998) s. 13.

⁷ Bernt (1998) s. 18.

⁸ Eckhoff (2001) s. 23.

2.2 Juridisk metode

2.2.1 Lovtekst

Loven er den viktigste rettskildefaktoren i helseretten. Lovene som regulerer de helserettslige områdene er i all hovedsak av nyere karakter. Dette innebærer at lovene er systematisk oppbygget, og at det eksisterer grundige forarbeider. Pasient- og brukerrettighetsloven er rettighetslovgivning som henvender seg til brukerne.

I NOU 1992:8 uttaltes det at «*et overordnet hensyn ved hele lovarbeidet har vært å utforme et sammenhengende system av materielle og formelle regler, som i hovedsak forstås på samme måte av aktører på alle nivåer*».⁹

Avhandlingens sentrale bestemmelser er pasient- og brukerrettighetsloven §§ 4-1 og 4-2. Utgangspunktet er den naturlige forståelsen av lovens ordlyd. Helselovgivningens rettighetspreg setter ekstra krav til denne tolkingen; utvidende tolking av rettighetsbestemmelsene kan på den ene side stride mot Stortingets bevillingsmyndighet. På den annen side kan innskrenkende tolking av rettighetsbestemmelsene være i strid med legalitetsprinsippet.

Det hypotetiske samtykket er ikke lovregulert. Lovteksten vil da tjene som en faktor for å belyse de problematiske aspektene ved dette kompetansegrunnlaget. Dette fordi det i loven stilles krav om at pasienten skal samtykke før han mottar medisinsk behandling.

2.2.2 Forarbeider

Lovers forarbeider inneholder veiledninger om hva som var lovgivers hensikt med lovteksten, og hvordan denne skal forstås. Slik er det også på helserettens område, og i de dommene som har blitt avsagt av Høyesterett er lovforarbeider i stor grad blitt benyttet som et tungtveiende moment¹⁰. Dette kan skyldes at pasient- og brukerrettighetsloven er en relativt moderne lov i et rettshistorisk perspektiv, men det kan også antas at domstolene viser større lojalitet overfor lovgiverviljen hva angår rettighetsbestemmelser.

⁹ NOU 1992:8 s. 8.

¹⁰ Någjeldende lovs forarbeider er ikke benyttet som rettskildefaktor av Høyesterett i Rt. 1998 s. 1538, da dommen ble avsagt før lovens ikrafttredelse.

Forarbeidene til pasient- og brukerrettighetsloven av 1999 inneholder en omfattende behandling av gyldighetsvilkårene for lovens samtykkekrav. Hva gjelder hypotetisk samtykke som kompetansegrunnlag er forarbeidene mer generelle, uten særlig å angi en presis redegjørelse for hva som omfattes eller hvilke kriterier som skal legges til grunn.

2.2.3 Rettspraksis og andre myndigheters praksis

Som i den alminnelige rettskildelæren er rettspraksis en tungtveiende rettskildefaktor også i helseretten. Domstolenes rettskapende virksomhet på dette området har for eksempel hatt stor betydning for utviklingen og for retten til journalinnsyn.¹¹ Spørsmålet om gyldigheten av hypotetisk samtykke har imidlertid ikke vært gjenstand for rettsutvikling siden prejudikatsdommen som er publisert i Rt. 1998 s.1538.¹²

Praksis fra rettslig pregede organer som Pasientskadenemnda tillegges normalt noe større rettskildemessig vekt enn praksis fra andre ordinære forvaltningsorganer. Dette fordi nemnda er klageinstans for skader oppstått som følge av behandling ved norske helseinstitusjoner.

Det vil i denne avhandlingen bli referert til Pasientskadenemnda for å illustrere nemndas bruk av hypotetisk samtykke som avslagsgrunn overfor pasienter som mener de ikke har avgitt et gyldig samtykke etter pasient- og brukerrettighetsloven §§ 4-1 og 4-2.

2.2.4 Juridisk teori

Juridisk teori har spesielt to funksjoner på samtykkereglens område. På den ene siden forsøker teorien å systematisere de rettslige grunnlagene som foreligger. I tillegg til dette gis det i teorien uttrykk for forfatterens egne meninger og standpunkter til hvordan ulike rettsspørsmål fortrinnsvis bør løses. Begge funksjonene anses som betydningsfulle, men særlig sistnevnte er av spesiell viktighet for denne oppgaven. Dette fordi det hypotetiske samtykket har blitt kritisert av flere forfattere.¹³

¹¹ Se Rt. 1977 s. 1035 «Sykejournal-dommen».

¹² Videre redegjørelse vil følge av kapittel fem.

¹³ Se f.eks. Warberg (2011) s. 94.

Selv om den juridiske teori i utgangspunktet anses å ha begrenset vekt som rettskildefaktor, er det etter min mening liten grunn til å se bort i fra teoriens synspunkter der de anses som relevante for denne avhandlingen.

2.2.5 Reelle hensyn

Betegnelsen «reelle hensyn» er en samlebetegnelse for ulike rettslige vurderinger. Begrepet viser til en heterogen gruppe av momenter som kan tillegges vekt når man skal ta stilling til uklare rettsspørsmål.

Om reelle hensyn som rettskildefaktor på helserettens område uttaler Kjønstad uttaler at «*lovene benytter skjønsmessige uttrykk... Med slike skjønsmessige grunnbegreper i lovgivningen vil domstolene fortsatt ha hovedansvaret for rettsavklaringen og rettsutviklingen på erstatningsrettens område, og reelle hensyn vil da være en meget viktig rettskilde*».¹⁴

At reelle hensyn har tjent som en viktig rettskilde har vist seg ved flere helserettslige dommer. Som eksempel på dette kan det vises til Rt. 1977 s. 1035 «*Sykejournaldommen*», hvor Høyesterett fastslår at pasienten hadde rett til innsyn i egen journal på bakgrunn av «*alminnelige rettsgrunnsetninger*».¹⁵ Førstvoterende vektla særlig pasientens rett til selvbestemmelse og hans behov for rettssikkerhet. Kjønstad mener dommen representerer «*et høydepunkt i utviklingen når det gjelder Høyesteretts formulering og bruk av reelle hensyn som rettskilde*».¹⁶ Dommen førte til at pasienter gikk fra passiver objekter for behandling til å bli rettssubjekter med muligheter til å opptre aktivt og medvirkende. Reelle hensyn har dermed vært avgjørende for fremveksten av den økende vektleggingen av pasientens egenautonomi, som igjen har hatt betydning for kravet til samtykke.

¹⁴ Kjønstad (2006) s. 364.

¹⁵ Rt. 1977 s. 1035 på s. 1044.

¹⁶ Kjønstad (2006) s. 368.

3 Grunnleggende prinsipper og rettigheter

3.1 Innledende om rettighetstenkingen i helseretten

Pasientrettighetene har i et rettshistorisk perspektiv en relativ kort utviklingshistorie:

Fra det spede tilløp til pasientrettigheter i sinnssykeloven av 1849 frem til pasient- og brukerrettighetsloven av 1999.

Årene 1848-1958 dannet grunnlag for den moderne, offentlige helsestaten. I løpet av denne perioden ble det vedtatt en rekke lover som fikk betydning både for befolkningen og for folkehelsen. Sunnhetsloven av 1860 tjener her som eksempel på lov hvis formål var å bekjempe epidemier og smittsomme sykdommer.

Lasse A. Warberg viser til at det i dette tidsrommet var en sterk rettsoptimisme, og at det eksisterte en lovgivertro om at helsevesenet og samfunnet for øvrig kunne styres og reguleres etter lover.¹⁷

Den moderne helseretten har vokst frem i løpet av de siste 30 årene. En av årsakene til dette kan tilskrives den økende økonomiske velferden i landet, samt fokuset på rettssikkerhet og enkeltindividenes interesser i løpet av 1970-tallet. Fremveksten av pasientrettigheter kan derfor ses i sammenheng med forvaltningsloven av 1967 og offentleglova av 1970. Denne perioden, som varte frem til slutten av 1990-tallet var preget av store lovreformer, med lovfesting av både rettigheter for pasienter og plikter for helsepersonell. Det store kjennetegnet er at legenes etiske plikter ble kodifisert til juridiske forpliktelser, med tilhørende korresponderende rettigheter for pasientene.

Noen av rettighetene var tidligere kun indirekte å lese av gjeldende rett. Et eksempel på slik tolking er at man etter dagjeldende sykehuslov § 6 hadde rett til øyeblikk hjelp.¹⁸ Dette kommer nå uttrykkelig frem av pasient- og brukerrettighetsloven § 2-1 b jf. spesialisthelsetjenesteloven § 3-1.

¹⁷ Warberg (2001) s.56.

¹⁸ Sykehusloven av 1969 ble opphevet ved ikrafttreddelsen av spesialisthelsetjenesteloven av 1999.

Pasient- og brukerrettighetsloven, spesialisthelsetjenesteloven og helsepersonelloven ble alle vedtatt i 1999, og er med det en del av den største helserettsreformen som har funnet sted i Norge. Felles for disse «nye lovene» er anerkjennelsen av pasienten som enkeltindivid, og dermed som et eget rettssubjekt.

Med dette har helseretten beveget seg fra å være et topartsforhold der forholdet mellom lege og pasient ble betraktet ut i fra kontraktsrettslige prinsipper til å bli et forhold mellom fire parter der staten, helseforetaket, helsepersonellet og pasienten enten har plikter eller rettigheter etter de nye lovene.

Som navnet tilsier, inneholder pasient- og brukerrettighetsloven en hel del rettigheter for pasienter. Det gir grunn til å skille mellom tre hovedgrupper av pasientrettigheter, hvorav de to første er å anse som materielle regler:

- Retten til å bli pasient, for eksempel rett til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten, jf. pasient- og brukerrettighetsloven § 2-1 b
- Rettigheter som pasienter har etter at pasientstatus er oppnådd, f.eks. rett til informasjon jf. pasient- og brukerrettighetsloven § 3-2.
- Formelle rettigheter bestående av prosessuelle regler som tar sikte på å sikre at pasienter får de rettighetene de har krav på.

De tre hovedgruppene av pasientrettigheter kan også plasseres langs en tidsakse, og kan da deles inn i rettigheter som gjør seg gjeldende på pre-pasientstadiet, pasientstadiet og post-pasientstadiet. Rettighetene man har på pasientstadiet er med andre ord situasjonsbestemte rettigheter som forutsetter at man har hatt oppfylt vilkårene til å bli pasient. Kravet til samtykke og påfølgende vurderinger om hypotetisk samtykke er gyldig som kompetansegrunnlag blir først aktualisert på dette stadiet.

Uavhengig av dette, er det generelt sett fire momenter som er avgjørende for om det foreligger en rettighet:

For det første må lov eller forskrift angi kriterier for tildeling og utmåling av en gitt ytelse. Deretter må kravet om en gitt ytelse ikke kunne avslås på grunn av ressursmangler. For det tredje må det eksistere en adgang til å påklage vedtak om helsehjelp og til å bringe en sak inn

for domstolene. Det fjerde momentet omhandler at det må gjelde visse regler for behandling av slike saker som skal trygge rettssikkerheten.

For å illustrere at en rettighet ikke kan avslås på grunn av ressursmangler, kan Rt. 1990 s. 884 «Fusa-dommen» tjene som eksempel. Hovedspørsmålet i dommen var om bestemmelsen i kommunehelsetjenesteloven § 2-1 var en rettighetsbestemmelse, og om Fusa kommune dertil hadde lov til å skjære ned hjemmehjelpen til en sterkt bevegelseshemmet kvinne grunnet kommunens manglende ressurser. Førstvoterende uttaler at *«når det gjelder omfanget av ytelsene, vil spørsmålet ved en domstolskontroll etter min mening være om det aktuelle forvaltningsvedtak tilfredsstillende et visst minstekrav som må forutsettes å gjelde for slike ytelser... Vedtaket innebar en vesentlig reduksjon av de ytelser som A tidligere hadde hatt, og det var åpenbart at det ikke tilfredstilte hennes helt livsviktige behov for stell og pleie. Et slikt vedtak kan etter min mening ikke forsvares ut fra hensyn til kommunens økonomi»*.¹⁹

«Fusa-dommen» slår fast at en kommunes helsetjeneste ikke kan bevege seg under den forsvarlige minstestandarden, og viser med dette de finansielle aspektene i rettighetstenkningen. Dommen har virkning som prejudikat. I forlengelsen av rettighetskravet slik det fremstår i dommen, har Lasse Warberg uttalt at dersom man skal operere med begrepet «helserettighet», bør man benytte det som en betegnelse på et rettsbeskyttet krav som gir en «reell rettighet».²⁰

En slik reell rettighet må da innebære et rettskrav for den enkelte pasient som fører til en korresponderende plikt for det offentlige eller den enkelte helsearbeider. Et ytterligere kjennetegn ved reelle rettigheter er at kravet rettighetshaveren har ikke kan avslås eller avkortes, og at det videre kan håndheves ved domstolene. Reelle rettigheter er med andre ord de rettskrav som har den beste rettslige beskyttelse og som gir pasienten den beste oppfyllelse.

Bestemmelsene i pasient- og brukerrettighetsloven er utelukkende ment å være reelle rettigheter, dette gjelder også en pasients rett til å avgi samtykke. Som nevnt innledningsvis er imidlertid enkelte pasientrettigheter situasjonsbestemte, og noen bestemmelser blir først reelle rettigheter etter hvert som de gjør seg gjeldende overfor pasienten.

¹⁹ Rt. 1990 s. 884 på side 888.

²⁰ Warberg (2011) s. 32.

3.2 Grunnleggende prinsipper

Det kommer frem av forarbeidene til pasient- og brukerrettighetsloven at loven er basert på prinsippet om at helsetjenesten først og fremst skal lede til bedre helse og livskvalitet for befolkningen.²¹ Selv om dette kan anses å være en «ren ideologi» etter Auberts ord, bygger helseretten på en rekke verdier som både preger lovgivningen og rettsbildet forøvrig.²²

Jeg vil i det følgende gjøre rede for de grunnleggende prinsippene innenfor helseretten.

De er systematisert i rekkefølge i den grad de avhenger eller er tilknyttet hverandre. Felles for prinsippene og rettighetene er at de gjennom sin tilstedeværelse og oppfyllelse leder frem mot et gyldig avsagt samtykke.

3.2.1 Forsvarlighetskravet

Forsvarlighetskravet er selve grunnpilaren i norsk helserett, men bærer også preg av å være et svært generelt prinsipp. Kjønstad har omtalt forsvarlighetskravet som «*en slags trylleformel som skal løse nesten alle problemer i helsesektoren*».²³

I teorien anses bestemmelsen i helsepersonelloven § 4 å være helselovgivningens hovedbestemmelse, og dermed en slags *lex superior* som kommer inn som et moment ved tolkingen av andre bestemmelser.²⁴ Bestemmelsens materielle innhold er en videreføring og synliggjøring av det som var gjeldende rett før 1999.²⁵

Helsepersonelloven § 4 viderefører bruken av rettslig standard som lå det til grunn for tolkingen av legeloven av 1980.²⁶ Dette fremholdes i den juridiske teorien, og innholdet i for-

²¹ Ot.prp. nr. 12 (1998-1999) s.33.

²² Aubert har uttalt at «når retten stiller opp idealer... kan dette være styrende, eller være ment som et middel til å styre. Men det behøver ikke å være tilfelle. Slike idealer kan også undertiden være nokså ren ideologi, en slags samfunnsmessig ferniss, fjernt fra realitetene.» Se Aubert (1997) s. 50.

²³ Kjønstad (2007) s. 49.

²⁴ Kjønstad (2007) s. 49.

²⁵ Ot.prp.nr. 13. (1998-1999) s. 216. Før helsepersonelloven ble vedtatt, fantes det et forsvarlighetskrav i den dagjeldende legelov § 25.

²⁶ Ot.prp nr. 13 (1998-1999) s. 216. Alle samfunnsborgere har et behov for å kunne forutberegne sin rettsstilling, og bruken av rettslige standarder som lovgivningsteknikk kan medføre redusert forutberegnelighet for borgerne som rettssubjekter. Prinsippet om forutberegnelighet regnes som en viktig del av rettsikkerhetsidealet.

svarlighetskravet kan derfor sies å vise til en dynamisk målestokk som ligger utenfor loven selv.²⁷ Innholdet i kravet, og hva som anses som forsvarlig helsehjelp, kan derfor endres over tid.

Det er i bestemmelsens ordlyd anvendt en henvisningsteknikk som er typisk for rettslige standarder. Dette viser seg ved at det sentrale uttrykket i bestemmelsen er «*faglig forsvarlighet*». Denne dynamiske tilnærmelsen til «*faglig forvarlighet*» innebærer en plikt for helsepersonell til å holde seg faglig a jour innenfor sitt medisinske område. At helsepersonelloven § 4 gir uttrykk for en rettslig standard kan derfor anses som betryggende for pasienten, da det sikrer han en best mulig behandling.

Forsvarlighetskravet innebærer også en aktsomhetsnorm for helsepersonell. I forhold til de lovbestemte reglene om samtykke tjener forsvarlighetskravet som en ekstra rettssikkerhetsgaranti for pasientene, da det i all hovedsak kan være uforsvarlig å begynne behandling uten at pasienten har gitt uttrykk for sin selvbestemmelsesrett.

3.2.2 Pasientautonomi og retten til informasjon

Begrepet autonomi stammer fra de greske ordene *autos* (selv) og *nomos* (lov eller bestemmelsesrett).²⁸ I moralfilosofisk forstand er autonomi «*en persons evne til selv å bestemme sine handlinger, og grunnlaget for sine handlinger*».²⁹ Denne definisjonen er også dekkende for det juridiske innholdet, da dette omhandler en pasients rett til deltakelse i beslutninger som han angår han selv. Pasientenes rett til ivaretagelse av sin selvautonomi er i dag å anse som et av de viktigste idealene innenfor det helserettslige feltet.

Ideen om pasientautonomi brøt med den paternalistiske tankegangen som i stor grad preget rettskildet bildet før pasientrettighetsloven av 1999. Retten til informasjon tjener forebyggende mot paternalistiske holdninger, og er helt nødvendig for å etablere et tillitsforhold mellom

²⁷ Perland (2013), s. 129.

²⁸ Store norske leksikon. Tilgjengelig på <https://snl.no/autonomi>. Sist besøkt 22.09.2015.

²⁹ Store norske leksikon. Tilgjengelig på <https://snl.no/autonomi>. Sist besøkt 22.09.2015.

behandlende helsepersonell og pasient. Pasienters rett til informasjon er i lovfestet i pasient- og brukerrettighetsloven §§ 3-2 til 3-5.³⁰

Det følger av pasient- og brukerrettighetsloven § 3-2 at pasienten skal få den informasjon som antas å være nødvendig for å få innsikt i egen helsetilstand, og for å få forståelse for innholdet i helsehjelpen. Nøyaktig hva slags informasjon pasienten har krav på, følger ikke direkte av lovteksten. Informasjonen skal imidlertid tilpasses den enkeltes individuelle forutsetninger, så langt dette lar seg gjøre.

Retten til informasjon utgjør et nødvendig kriterium for å kunne avgi et gyldig samtykke etter lovens §§ 4-1 og 4-2. Det fremkommer av rettspraksis at manglende informasjon er årsaken til at hypotetisk samtykke blir benyttet. For å illustrere dette forholdet kan Borgarting lagmannsretts dom av 10. februar 2006 tjene som eksempel.³¹ Retten uttaler at *«på den annen side går utviklingen generelt i retning av strengere krav til informasjon overfor pasienter, slik det nå er nedfelt i pasientrettighetsloven § 3-2 ... lagmannsretten finner det, som tingretten, klart mest sannsynlig at A ville ønsket operasjonen gjennomført selv om han hadde blitt informert om risikoen for nerveskade før operasjonen»*.³²

Av Høyesteretts dom inntatt i Rt. 1993 s. 1169 fremkommer det at det for retten hersker usikkerhet rundt omfanget av den informasjon som skal meddeles pasienten. Ifølge førstvoterende er imidlertid utgangspunktet at pasienten har krav på informasjon som ikke utelater *«vesentlige risikomomenter»*.³³

En naturlig forståelse av førstvoterendes uttalelse gir grunn til å anta at komplikasjoner som det er knyttet liten risiko for, er å anse som *uvesentlige*. En antitetisk tolking vil da innebære at helsepersonellet ikke har en plikt til å informere om slike forhold. Sett fra en annen synsvinkel kan komplikasjoner det er liten risiko for, vise seg å være svært *vesentlig* for den enkel-

³⁰ Retten til informasjon krever at det finnes en korresponderende opplysningsplikt for helsepersonell. Helsepersonelloven § 10 er en samlende pliktbestemmelse for rettigheter som pasienter har etter §§ 3-2 til 3-4, og dekker dermed dette kravet.

³¹ LB-2005-52848.

³² Som dommen illustrerer består hypotetisk samtykke som kompetansegrunnlag for inngripen, til tross for at retten til informasjon er et vilkår for å avgi et gyldig samtykke etter loven.

³³ Rt. 1993 s. 1169 på s. 1174. Dommen ble avsagt før pasient- og brukerrettighetslovens ikrafttredelse, men er allikevel den seneste avgjørelsen fra Høyesterett som nærmere angir innholdet i informasjonsretten.

te pasient som rammes av en slik alvorlig komplikasjon. Ut i fra autonomiprinsippet og retts-sikkerhetsmessige betraktninger er da svært betenkelig at hypotetisk samtykke godtas av norsk rett som kompetansegrunnlag ved manglende informasjon.

3.2.3 Retten til journalinnsyn

Eiendomsretten til den enkeltes pasientjournal var lenge et uavklart tema i norsk rett. Behandlende leger hadde etter legeloven av 1927 en plikt til å nedtegne sin virksomhet.³⁴ I 1950-årene ble spørsmålet om en pasient hadde rett til journalinnsyn, besvart ut i fra hvem som hadde hadde rett til å eie sykejournalen. Eiendomsretten til papir og blyant var å anse som tilfredsstillende grunnlag for å hevde eiendom til sykejournaler.³⁵ Dette rettssynet endret seg ved Sykejournal-dommen i Rt.1977 s. 1035. Førstevoterende, dommer Schweigaard Selmer, uttalte at rett til journalinnsyn anses å bygge på «*alminnelige rettsgrunnsetninger*».³⁶

Innsynsretten i journal må ses på som en spesiell forlengelse av prinsippet om rett til informasjon. Innsynsretten kan begrunnes ut i fra autonomiprinsippet, da pasienten selv er den nærmeste til å kunne kreve informasjon om hva som er skrevet om han. Det følger av forskrift om pasientjournal at en journal først og fremst skal «*være et redskap for å sikre at pasientene får forsvarlig helsehjelp, men har også andre funksjoner*».³⁷ Med «*andre funksjoner*» forstås det her at journalen kan ha en bevismessig verdi i erstatningssaker.

Journalen kan derfor ha betydning for å klargjøre om hva slags informasjon som meddelt pasienten, og om han har avgitt et gyldig samtykke. Retten til journalinnsyn får også betydning ved anvendelse av hypotetisk samtykke som kompetansegrunnlag, da det av journalen kan

³⁴ Plikten ble videreført i legeloven av 1980. Dokumentasjonsplikten følger nå av helsepersonelloven kapittel åtte.

³⁵ Kindt (1957) s. 129. Høyesterettsadvokat O. Trampe Kindt uttaler «*da legene ved sykehuset kan skifte mens journalene forblir på sykehuset, må man anta at det er den til enhver tid ansvarlige overlege som har disposisjonsretten over og ansvaret for sykejournalene ... Sykejournalens spesielle karakter sammen med den omstendighet at det bevis pasienten mener denne måtte inneholde tilbys ført på annen måte, bør føre til at domstolene normalt ikke kan kreve fremleggelse av journalen*».

³⁶ Rt. 1977 s. 1035 s. 1044. En pasients rett til å gjøre seg kjent med sin journal var ikke uttømmende regulert ved forvaltningsloven eller offentlighetsloven. Begge ble ansett til å passe mindre bra for slike forhold. Dommen rettssetning er i gjeldende rett videreført i pasient-og brukerrettighetsloven § 5-1.

³⁷ Forskrift om pasientjournal. Merknader til § 8.

fremkomme opplysninger om pasienten er informert om en operasjons risiko, og hans holdning til dette.

3.2.4 Pasientens rett til medvirkning

Medvirkningsretten omfatter pasientens rett til å kunne foreta valg omkring egen behandling, og er dermed utslag av prinsippet om pasientens autonomi. Pasientens medvirkningsrett følger av pasientrettighetsloven § 3-1 jf. §§ 3-2 og 3-5.³⁸

Det fremkommer av forarbeidene at medvirkningsretten *«innebærer at pasienten blir en samarbeidspartner for helsepersonellet, som i tillegg til å motta hjelp skal bidra til å sette premisene for hva som skal gjøres og på hvilken måte»*.³⁹

Retten til medvirkning henger nært sammen kravet til gyldig samtykke, da avgivelse av et slikt samtykke er en del av medvirkningen som pasienten foretar seg.⁴⁰ Graden av pasientmedvirkning vil i alle tilfeller avhenge av hva som etter situasjonen er praktisk mulig, hvor komplisert helsehjelpen som ytes er og hvor raskt hjelpen må utføres. Hva som er «praktisk mulig» vil avhenge av de situasjonsbetingede forholdene; er pasienten bevisstløs vil aktiv medvirkning fra hans side vanskelig la seg gjøre.⁴¹

Bortsett fra den helt nødvendige egeninnsatsen for å få gjennomført en undersøkelse eller behandling, kreves det rettslig sett ingen ytterligere aktivitet fra pasientens side. Pasientens medvirkning er utelukkende basert på frivillighet. Dette illustreres av den mulighet pasienter har til å trekke tilbake et avgitt samtykke etter pasient- og brukerrettighetsloven § 4-1 annet ledd.

Det fremheves i forarbeidene at pasientens medvirkning og hans mening om de ulike behandlingsoalternativene er et tungtveiende moment for valg av behandling, da det øker sannsynlig-

³⁸ Bestemmelsen i § 3-1 antas å være en videreføring av legeloven av 1980 § 25 tredje ledd. Denne pliktbestemmelsen lød *«Han skal gi hver pasient de opplysninger han bør ha om sin helsetilstand og behandling. Så vidt mulig skal legen la pasienten selv medvirke ved behandlingen»*.

³⁹ Ot.prp. nr. 12 (1998-1999) s. 65.

⁴⁰ Se også Ot.prp. nr. 12 (1998-1999) s. 65.

⁴¹ Se § 3-1 tredje ledd om pårørendes rett til å medvirke i slike tilfeller.

heten for at pasientens behandling blir vellykket.⁴² Dette standpunktet samsvarer imidlertid ikke med hva som er gjeldende praksis for bruk av hypotetisk samtykke som kompetansegrunnlag, da pasient i slike tilfeller blir frarøvet sin mulighet til å medvirke.

⁴² Ot.prp. nr. 12 (1998-1999) s. 66.

4 Samtykkekravet i pasient-og brukerrettighetsloven

4.1 Hjemmelsgrunnlaget før 1999

Artikkel 8 i den europeiske menneskerettighetskonvensjonen av 1950 slår fast at «*everyone has the right to respect for his private and family life*». ⁴³ Artikkelen har betydning for samtykkets vedkommende, da ordlyden innebærer at det ville være rettsstridig å iverksette behandling uten foreliggende gyldig samtykke.

Den europeiske menneskerettighetskommissjonen ⁴⁴ har uttalt at medisinske undersøkelser utført med nærmest ubetydelige tvang rammes av artikkel 8: «*A compulsory medical intervention, even if it is of minor importance, must be considered as an interference with this right*». ⁴⁵ Saken gjaldt blodprøvetaking for å fastslå farskap, men uttalelsen etterlater ingen tvil om at også medisinsk behandling omfattes av artikkelen i EMK. Artikkelen og uttalelsen fra kommisjonen er et sterkt uttrykk for retten til autonomi.

Det er imidlertid tvilsomt om fravær av avgitt samtykke uten videre er tilstrekkelig til å rammes av bestemmelsen, i og med at manglende samtykke ikke uten videre er synonymt med tvang. Dersom pasienten eksempelvis har gitt samtykke på grunnlag av ufullstendig informasjon, er ikke dermed inngrepet et tvangsinngrep. Det må antas at fraværet av samtykke må medføre at inngrepet får karakter av et tvangsinngrep for at det skal rammes av artikkel 8. For at artikkel 8 skal kunne gjøres gjeldende må det foreligge grunn til å tro at mangelen på samtykke må ha medført at den aktuelle behandlingen får tvangsrettslig karakter.

De lege lata kan dette kan være tilfellet dersom en pasient ikke får informasjon eller mulighet til medvirkning før iverksettelse av et inngrep. Ved en slik hendelse er det ingen tvil om at pasienten er fratatt sin autonomi, noe som taler for det utførte inngrepet bør rammes av artikkel 8.

⁴³ For den norske oversettelsen, se <https://lovdata.no/pro/#document/NL/lov/1999-05-21-30/emkn/a8>. Sist besøkt: 01.10.2015.

⁴⁴ Den europeiske menneskerettighetskommissjonen ble opprettet i 1954. Da EMKs tilleggsprotokoll 11 trådte i kraft ble kommisjonen erstattet av Den europeiske menneskerettsdomstol.

⁴⁵ I dommen *X. v. Austria* (1979) 8278/78. Hentet fra <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-74223>. Sist besøkt: 17.11.2015.

4.1.1 Forholdet til legalitetsprinsippet

Som tidligere nevnt er det forvaltningsrettslige legalitetsprinsippet et vern som også gjør seg gjeldende for pasienter. Før pasient -og brukerrettighetslovens ikrafttredelse ble det antatt at kravet til pasientsamtykke kunne tolkes ut i fra legalitetsprinsippet; i litteraturen ble dette gjerne uttrykt som et krav om hjemmel i lov for offentlig inngrep overfor enkeltindivider.⁴⁶ Andenæs utviklet prinsippet rekkevidde ytterligere, og det anses nå å gjelde også for rent faktiske handlinger.⁴⁷

En slik tolking av legalitetsprinsippet er også lagt til grunn av Høyesterett i Rt. 2010 s. 612. Førstevoterende uttaler at «*det i norsk rett gjelder et alminnelig krav om hjemmel eller rettsgrunnlag ikke bare for vedtak, men også for faktiske handlinger som kan sies å virke inngripende for enkeltpersoner ...Dette kravet springer ut av det alminnelige legalitetsprinsippet*».⁴⁸ Etter dette syn må medisinsk behandling, som ofte dreier seg om en leges *fysiske* gjerning i pasientens kropp, altså betraktes under synsvinkelen om at det foretas faktiske handlinger.⁴⁹

Undertiden har legalitetsprinsippet blitt generalisert til å gjelde handlinger ikke bare foretatt av det offentlige, men også handlinger foretatt av andre rettssubjekter.⁵⁰ Det er ingen tvil om at pasientrettighetsloven § 4-1 gjør seg gjeldende også ved private behandlingsinstitusjoner, men etter Smiths tolking kan dette også utledes av legalitetsprinsippet.

De lege lata er det i dag langt mer hensiktsmessig å anse at samtykkekravet utelukkende har sin hjemmel i pasient- og brukerrettighetsloven § 4-1, selv om de to alternativene stiller seg likt hva gjelder pasienters rettssikkerhet.⁵¹

⁴⁶ Eckhoff (1997) s. 235. Prinsippet er nå lovhjemlet i Grunnloven § 113.

⁴⁷ Andenæs (2004) s. 167. «Rent faktisk handlinger» omtales som både rettslige og faktiske inngrep. Eksempel på det første er et byggeforbud eller et vedtak om ekspropriasjon. Eksempel på det siste er en arrestasjon, eller nedrivning av et bygg.

⁴⁸ Rt. 2010 s. 612 avsnitt 27.

⁴⁹ Ikke som et inngrep i legalitetsprinsippets tradisjonelle forstand.

⁵⁰ Smith (1982) s. 209. Se dessuten Rt. 2010 s. 612

⁵¹ Lex specialis-betraktninger taler også for dette syn. Det er i dag mer praktisk anvendbart å hevde at samtykkekravet springer ut fra pasient- og brukerrettighetsloven.

4.2 Samtykkekravet som rettssikkerhetsgaranti

Kravet til en pasients samtykke etter pasient- og brukerrettighetsloven § 4-1 kan begrunnes på flere måter:

1. Det er ment å uttrykke pasientens eget valg og selvstendige ønske hva gjelder undersøkelse, behandling mv. Et informert samtykke skal sørge for at pasienten foretar en grundig og veloverveid beslutning angående forhold som angår han selv.
2. Det skal gi uttrykk for den individuelle pasients modenhet og forståelse av hva han samtykker til.
3. Et informert samtykke skal begrense det strafferettslige- og erstatningsrettslige ansvar ved forsvarlig utførte behandlinger.

Et samtykke dannet på dette grunnlag fungerer videre som en garanti for at pasienten ikke har vært gjenstand for tvang eller manipulasjon. Samtykkekravet er på dette grunnlag en rettssikkerhetsgaranti for pasienten, all den tid samtykket virkelig henspiller pasientens realisering av egen autonomi.

4.3 Det helserettslige samtykkekravet etter lovens ordlyd

4.3.1 Frivillighet som premiss for gyldig samtykke

Selv om det ikke fremkommer direkte av pasient- og brukerrettighetslovens ordlyd, er frivillighet et absolutt vilkår for et gyldig samtykke. Dette følger implisitt av at det i lovgivningen er nedfelt et samtykkekrav, men også av alminnelige rettslige prinsipper.

Begrepet «frivillighet» beskriver i denne sammenheng det pasienten har gitt uttrykk for utad, og ikke hans indre vilje hvis denne er motstridende med de uttrykte meningene.

For å avgjøre om en pasients vilje har blitt krenket ved tvang eller manipulasjon, kan det med andre ord ikke vektlegges om pasientens indre, subjektive ønsker *egentlig* har blitt realisert. Tilblivelsesmangler på dette grunnlag kan derfor ikke påberopes.

Et samtykke skal være uttrykk for pasientens egen vilje. Sondringen mellom en leges medisinske råd og direkte overtalelse kan derfor være vanskelig, spesielt i betraktning av at pasienters rett til informasjon etter pasient- og brukerrettighetsloven § 3-2. En leges argumentasjon om et bestemt behandlingsalternativ vil ikke rammes av avtalerettens ugyldighetsregler så lenge han gir pasienten rasjonelle og forsvarlige råd.⁵² Det avgjørende må her være om årsakene til pasientens overbevisning kan betraktes som reelle. I motsatt fall må legens argumentasjon betraktes som bevisst manipulasjon og tilbakeholdelse av informasjon, noe som forhindrer pasienten i å foreta et selvstendig behandlingsvalg. En leges synspunkter om hva som er til det beste for pasienten, kan uten videre bære preg av en sterk paternalistisk holdning som kan vanskeliggjøre pasientens evne til å ta avgi et *reelt* samtykke som ikke bærer preg av manipulasjon.

Medvirkningsretten i pasient- og brukerrettighetsloven § 3-1 kan sammen med retten til informasjon virke forebyggende mot slike tilfeller, da bestemmelsene er et resultat av ønsket om å styrke pasienters autonomi.

4.3.2 Vilkåret for gyldighet etter pasient- og brukerrettighetsloven § 4-1

For å kunne avgi et samtykke etter § 4-1 forutsettes det at pasienten har rettslig handleevne, generell samtykkekompetanse, og at han er over 18 år. Dette følger av pasient- og brukerrettighetsloven § 4-3 første ledd. Syse har fremhevet kompetansereglens betydning for vilkårene som følger av §§ 4-1 og 4-3⁵³:

1. Krav om personell kompetanse: Pasienten må ha formell rettshandleevne, og ikke for eksempel være umyndiggjort eller mindreårig. Utover dette må pasienten inneha må personlige forutsetninger for å forstå samtykkets konsekvenser og hvilke forpliktelser det medfører.
2. Krav om prosessuell kompetanse: Det avgitte samtykket må ikke ha tilblivelsesmangler som kan forekomme ved for eksempel tvangs- eller sviksituasjoner.

⁵² Det betydningsfulle er her om legens handling er innenfor forsvarlighetsnormen i helsepersonelloven § 4.

⁵³ Syse (2009) s. 292-293.

3. Krav om materiell kompetanse: Samtykket må gjelde et forhold pasienten gyldig kan samtykke til.⁵⁴

Rettighetsbestemmelsene om medvirkning og informasjon leder frem til pasient- og brukerrettighetsloven § 4-1 første og annet ledd. Pasient- og brukerrettighetsloven § 4-1 annet ledd peker tilbake på retten til medvirkning og informasjon, og danner grunnlaget for det som omtales som «informert samtykke». Bestemmelsen om at det må foreligge et slikt informert valg er ment som en medisinsk og rettslig beskyttelse for pasientene. Et informert samtykke er i helsetjenesten ansett å være en autonom persons autorisasjon av helsepersonells profesjonelle handlinger overfor han selv.⁵⁵

Det fremkommer av forarbeidene at «*Pasientens samtykke er bare gyldig dersom pasienten har fått tilstrekkelig informasjon om tiltaket. Dette innebærer at pasientene må ha fått fyllestgjørende underretning om formål, metoder, ventede fordeler og mulige farer i forbindelse med tiltaket... Det kan ikke forventes at pasienten skal ha all tenkelig informasjon om tiltaket før samtykke gyldig kan avgis. Det er derfor stilt krav om nødvendig informasjon om helsetilstanden og innholdet i helsehjelpen, med andre ord at det skal gis slik informasjon som skal til for å gi et forsvarlig beslutningsgrunnlag*».⁵⁶

Slik forarbeidene forstås vil den kvalitative og kvantitative informasjon som materielt sett kreves etter ordlyden variere i hvert enkelt tilfelle. Det fundamentale er at pasienten skal ha tilegnet seg nok kunnskap til å foreta en veloverveid beslutning for hvert enkelt tilfelle. Det eksisterer lite rettspraksis fra Høyesterett hvor informert samtykke har vært drøftet som en eksplisitt problemstilling. Det er i nyere tid avsagt tre høyesterettsdommer hvor spørsmålet om eventuelle rettslige følger av manglende informert samtykke, har vært drøftet.⁵⁷

I Rt. 1993 s. 1169 avviste Høyesterett kravet fra en pasient som anførte at han hadde krav på erstatning. Pasientens erstatningskrav var blant annet begrunnet med at han ikke fikk tilfreds-

⁵⁴ Det er etter norsk rett fastslått at man f.eks. ikke kan samtykke til grov legemsbeskadigelse.. Se Rt. 2000 s. 646.

⁵⁵ Faden (1986).

⁵⁶ Ot.prp. nr.12 (1998-1999) s. 132.

⁵⁷ Rt. 1981 s. 728, Rt. 1993 s. 1169 og Rt. 1998 s. 1538. Redegjørelse for Rt. 1981 s. 728 og Rt. 1998 s. 1538 vil følge nedenfor av kapittel fire og fem.

stillende informasjon før inngrepet. Han hevdet videre at han ikke ville ha samtykket til den gjennomførte operasjonen om han hadde vært klar over at han kunne bli påført skade. Pasienten hadde opprinnelig gitt sin godkjennelse til å fjerne en svulst, under den forutsetning at svulsten utgikk fra lungevev. Svulsten viste seg imidlertid å utgå fra nervevev, med den konsekvens at kirurgen måtte utføre et større inngrep en planlagt. Pasienten fikk i tingretten medhold i at operasjonen skulle vært utsatt fordi han ikke hadde avgitt tilstrekkelig samtykke.

Høyesterett konkluderte, som lagmannsretten, med at erstatningskravet ikke kunne føre frem all den tid legen hadde opptrådt forsvarlig. Retten påpekte imidlertid at *«Det er et grunnleggende krav at det må foreligge samtykke fra pasienten før legebehandling... Et slikt samtykke forutsetter at pasienten har tilstrekkelig oversikt over formålet med behandlingen, sannsynligheten for at den vil gi den tilsiktede virkning og hvilke komplikasjoner og bivirkninger som vil kunne oppstå. Skadefølger som fremstår som overveiende sannsynlige ved et inngrep, antar jeg at det normalt må kreves at det blir informert om»*.⁵⁸

I praksis kan det være vanskelig å vite om pasienten har forstått innholdet og relevansen av informasjonen. Forsvarlighetskravet i helsepersonelloven § 4 har betydning for helsepersonell også her. Som det fremkommer overfor, bidrar både forarbeidene og den refererte dommen til lovens standpunkt som henspiller til at det er nødvendig med informasjon for at retten til selvbestemmelse skal bli reell.

4.3.3 Kritikk mot begrepet «informert samtykke» som gyldighetsvilkår.

Begrepet «informert samtykke» er direkte oversatt fra den engelske betegnelsen «*informed consent*».⁵⁹ I nyere, juridisk litteratur har begrepet «informert samtykke» i stor grad erstattet begrepet om «gyldig samtykke».⁶⁰ Det er grunn til å tro at utgangspunktet for denne trenden er at kravet om at pasienten skal ha fått tilstrekkelig informasjon, er et betinget vilkår for at det avgitte samtykket skal anses som gyldig.

⁵⁸ Rt. 1993 s. 1169 på 1174. Rettens syn harmoniserer svært godt med datidens lovgivning som nå er videreført i pasient- og brukerrettighetsloven § 4-1. Uttalelsen er imidlertid å regne som obiter dictum i og med at synspunktet ikke hadde betydning for resultatet.

⁵⁹ Se f.eks. Faden (1986) s. 46.

⁶⁰ Se f.eks. Warberg (2011) s. 73.

For å kunne avgi et gyldig samtykke etter § 4-1 foreligger det allerede en forutsetning om at informasjon som nevnt i § 3-2 har blitt gitt. Dette er også McLean sitt synspunkt: «*If informed means only that the information has been given, then it is an unnecessary qualifying word since a valid consent can only exist where adequate information has been provided*».⁶¹

Etter hva det kan virke som i den pasientrettslige litteraturen, er således ikke «*informert samtykke*» en egen samtykkekategori ved siden av det stilltiende eller uttrykkelige etter § 4-2 første ledd. Begrepet refererer til at pasientens samtykke er avgitt med kjennskap til relevante omstendigheter, og at det således oppfyller lovens krav til at pasienten skal motta informasjon. Aasen mener at hvis det skal ha mening å anvende «*informert samtykke*» som selvstendig begrep, «*burde det bety noe mer enn det som er helt selvsagt*».⁶²

Etter en tolking av lovens ordlyd kan betegnelsen «*informert samtykke*» anses overflødig, da det ikke stilles ekstra krav til den informasjon en pasient mottar. De lege ferenda kunne «*informert samtykke*» hatt et selvstendig, materielt innhold som medførte en særlig kvalifisert form for forståelse og innsikt fra pasientens side. Hadde begrepet hatt en slik betydning ville det vært tilsvarende med sontringen for når det er tilstrekkelig med stilltiende samtykke og når uttrykkelig samtykke må kreves jf. forarbeidene.

4.3.4 Samtykkekravets form

Det følger av pasient- og brukerrettighetsloven § 4-2 at en pasient kan avgi sitt samtykke enten stilltiende eller uttrykkelig, og at begge formene møter lovens formkrav. Et samtykke er å regne som uttrykkelig enten det er muntlig eller skriftlig. Som i kontraktsretten er et muntlig samtykke å anse som like bindende som et skriftlig. At samtykket er avgitt skriftlig kan imidlertid tjene som bevis dersom det i ettertid oppstår tvist om hvorvidt samtykke er gitt eller ikke og har slik en bevismessig funksjon.⁶³

Etter ordlyden anses stilltiende samtykke å foreligge dersom det ut fra pasientens handlemåte og omstendighetene for øvrig er sannsynlig at han aksepterer helsehjelpen. Den alminnelige

⁶¹ McLean (1994) s. 175.

⁶² Aasen (2000) s. 51.

⁶³ At et skriftlig samtykke er avgitt, og rekkevidden av dette, kan f.eks. bevises ut ifra journalen.

situasjonen ved et stilltiende samtykke er at pasienten samtykker ved at han viser konkludent atferd. Konkludent atferd foreligger når pasienten bevisst foretar aktive handlinger, som f.eks. å svelge kontrastvæske før en røntgenundersøkelse. Stilltiende samtykke basert på pasientens konkludente atferd vil også gjelde i de tilfellene hvor pasienten er inaktiv i sitt vesen: Dersom pasienten etter å ha fått tilfredsstillende informasjon etter § 3-2 og har fått anledning til å medvirke etter § 3-1, avstår fra å innvende mot tiltaket, må helsepersonellet kunne gå ut fra at pasienten har samtykket.

Dette synet ble noe begrenset av Høyesterett i Rt. 2006 s. 799. Saken omhandlet en lege ved Rikshospitalet som hadde formidlet taushetsbelagt informasjon om en pasient, i forbindelse med en reportasje som ble vist på NRK. Legen mente at pasienten, all den tid han ikke protesterte, frivillig medvirket ved TV-opptaket. Pasienten, den krenkende part, hadde samtykket i å møte statsministeren og helseministeren, men anførte at han ikke hadde samtykket til at statsrådene skulle få innsyn i hans sykdomsbilde. Førstvoterende uttaler: *«På den annen side står pasientens egen medvirkning ved NRK-intervjuet ... Kort tid etter operasjonen var han svak og utkjørt etter besøket av statsrådene. Han var åpenbart bundet til sengen, og maktet ikke å komme unna den overraskende intervjusituasjonen»*.⁶⁴

For medisinske tiltak som er av mer inngripende karakter enn smertefrie undersøkelser, kan ikke et stilltiende samtykke uten videre aksepteres. Det må da stilles større krav til helsepersonellens kunnskap om pasientens frivillighet; dersom undersøkelsene er spesielt smertefulle eller kan medføre en risiko for pasienten har helsepersonell en plikt til å forsikre seg om at det avgitte samtykket også dekker denne situasjonen. Dette følger indirekte av forsvarlighetsprinsippet i helsepersonelloven § 4.

Ved sykehusbehandling vil dette følgelig medføre at stilltiende samtykke ikke er et alternativ. I slike tilfeller vil forholdets alvorlighetsgrad uten videre kreve at pasient uttrykkelig vedkjenner seg den foreslåtte behandlingsmetode. Et hypotetisk samtykke kan av sin natur aldri være uttrykkelig eller stilltiende, da forutsetningen for kompetansegrunnlaget er at legen foretar en hypotetisk presumsjon om hva pasienten ville ha ment.

⁶⁴ Rt. 2006 s. 799 avsnitt 54.

4.3.5 Forholdet mellom samtykkekravet og helsepersonells hjelpeplikt når det er påtrengende nødvendig

Retten til å motta øyeblikk helsehjelp er en ubetinget rett som følger av pasient- og brukerrettighetsloven § 2-1 b første ledd. Denne pasientrettigheten skaper en korresponderende plikt for helsepersonell jf. helsepersonelloven § 7 første ledd. Plikten til å yte slik øyeblikkelig hjelp gjelder bare når det må anses som «påtrengende nødvendig». I dette ligger det en forståelse om at må være fare for liv, eller en alvorlig forverring av en kjent helsetilstand.⁶⁵ Det følger videre av helsepersonelloven § 7 første ledd at nødvendig helsehjelp skal gis selv om pasienten er ute av stand til å avgi samtykke.

Sammenlignet med samtykkekravet i pasient- og brukerrettighetsloven kan det ved første øyekast se ut som at de to lovene skaper to uforenlige rettsvirkninger; et forbud mot å behandle en pasient uten hans samtykke, og et påbud for helsepersonell til å gi nødvendig helsehjelp uten foreliggende samtykke. Etter Eckhoffs tolkningslære vil det i slike tilfeller foreligge motstrid mellom rettsregler av samme rang.⁶⁶ § 4-1 første ledd innebærer imidlertid et nødvendig unntak fra det absolutte samtykkekravet, og det følger at bestemmelsen at det kan gis helsehjelp uten samtykke hvis det foreligger lovhjemmel eller annet gyldig rettsgrunnlag. Rettsgrunnlaget til hjelpeplikten i helsepersonelloven. § 7 er derfor hjemlet i pasient- og brukerrettighetsloven § 4-1 første ledd.

I forarbeidene til helsepersonelloven er det ikke foretatt noen drøftelse om problematikken rundt manglende gyldig samtykke og dets forhold til pasientautonomi, men det er gitt en rettsikkerhetsgaranti om at den ekstraordinære hjelpeplikt skal opphøre så fort pasienten har fått tilstrekkelig hjelp. Dette innebærer at kravet om pasientsamtykke inntreer umiddelbart etter at den akutte situasjonen er over.

I forarbeidene til pasient- og brukerrettighetsloven er problematikken så vidt drøftet. Det fremkommer av teksten at «i øyeblikkelig hjelp-situasjoner er det ikke praktisk å kreve informert samtykke».⁶⁷ Selv om lovteksten hjemler rettsgrunnlaget til å utføre øyeblikkelig hjelp

⁶⁵ Ot.prp. nr.12 (1998-1999) s. 219.

⁶⁶ Eckhoff (2001) s. 276.

⁶⁷ Ot.prp. nr.12 (1998-1999) s. 132.

uten samtykke er det allikevel betenkelig at forarbeidene ikke har drøftet problemstillingen.

Mens kravet til samtykke har sin forankring i autonomiprinsippet, innebærer hjelpeplikten en stor grad av paternalisme. På helserettens område representerer disse to synspunktene motstridende interesser, da helserettsreformen i stor grad vektla prinsippet om pasientens autonomi. Til tross for at det fremkommer av forarbeidene at det de lege lata ikke er praktisk å kreve informert samtykke, kunne det etter en vurdering de lege ferenda vær en mulighet å stille mindre krav til samtykket og dets form i øyeblikkelig hjelp-situasjoner.

4.3.6 Forholdet mellom lovens krav til samtykke og behandleransvaret som selvstendig grunnlag for inngripen

En lege har gjennom sin utdanning og yrke en rettslig og etisk plikt til å redde liv. Denne plikten er knyttet til legens profesjon, og kalles gjerne «behandleransvaret».⁶⁸ Det er i teorien blitt argumentert for at det såkalte behandleransvaret danner et eget rettsgrunnlag som avgrenser pasientens autonomi i den forstand at det for leger gjør seg gjeldende plikter som får virkning ubegrenset av pasientens vilje.⁶⁹

Halvorsen skriver at *«det hender legen står i en situasjon der god legeskikk tilsier å gi behandling, men det er ingen som kan gi tillatelse: Rettsgrunnlaget mangler... Felles for disse situasjonene er at legen allerede er i et behandlingsforhold til pasienten. Enten er pasienten i legens varetekt, han har oppsøkt henne eller tilkalt henne. Hun er derfor både rettslig og etisk forpliktet til å utøve sin gjerning»*.⁷⁰

Halvorsens mener videre at det fra rettspraksis kan utledes holdepunkter for behandleransvaret, og hennes argumentasjon kan i vesentlig grad tolkes ut i fra førstvoterendes redegjørelse i Rt. 1981 s. 728.⁷¹

⁶⁸ Samsvarer i stor grad med hva som betegnes som ”profesjonsansvaret”, se Kjøenstad (2007) s. 260.

⁶⁹ Halvorsen (1998) s. 47.

⁷⁰ Halvorsen (1998) s. 209.

⁷¹ Halvorsen (1998) s. 209.

Rt. 1981 s. 728 dreide seg om erstatningskrav som følge av at en 11 år gammel gutt fikk fjernet en lymfeknute fra halsen under lokalbedøvelse. Motivasjonen for inngrepet var å foreta en biopsi av vevet i halsen. Ni år etter inngrepet ble det påvist at en nerve hadde blitt skadet under operasjonen, noe som hadde ført problemer med arm og skulder for pasienten.

Erstatningskravet ble begrunnet med at den behandlende legen hadde opptrådt uaktsomt i forbindelse med biopsien, spesielt fordi operasjonen ikke var utført under full narkose. I tillegg til dette ble anført at den mindreårige gutten og hans mor burde vært informert om risikoen for en slik nerveskade som senere ble påvist. Høyesterett kom under dissens til at legen ikke hadde opptrådt uaktsomt. Hva gjaldt manglende samtykke ble det av førstvoterende uttalt følgende: *«Jeg kan ikke legge noen vekt på at Nordbyes mor ikke ble orientert om skaderisikoen. Man måtte i så fall ha orientert om at inngrepet kunne avdekke livstruende sykdom. Etter min mening kan man ikke bebreide Sander for at han utførte inngrepet uten å gi noen slik orientering»*.⁷²

Det overnevnte sitat referer til den ankende parts påstand om at moren burde vært orientert, og har vært gjenstand for omfattende kritikk i juridisk teori.⁷³ Kjønstad mener at uttalelsen viser at Høyesterett i dommen aksepterer paternalismen som en grunnleggende norm.⁷⁴

Halvorsen anfører imidlertid at sitatet ovenfor verken har betydning for dommens resultat eller begrunnelse, men at det kun er bemerkning basert på saksøkers begrunnelse for å tilkjennes erstatning.⁷⁵ Videre mener Halvorsen at sitatet heller må forstås som at det ikke er opp til pasienten å utøve sin selvbestemmelsesrett hva gjelder valg av behandling, da dette først og fremst er et faglig spørsmål som det er opp til legen å avgjøre.

For å legitimere et slikt behandleransvar overfor pasienter, som på grunn av sin helsetilstand ikke er i stand til å avgi et samtykke, må det etter Halvorsens syn foreligge en sterk medisinskforsvarlig indikasjon på at inngrepet må gjennomføres.⁷⁶ Denne sterke indikasjonen må dessuten også gjøre seg gjeldende for inngrepets sannsynlighet for at pasienten kan bli merkbart bedre av behandlingen.

⁷²

⁷³ Warberg (2011) s. 82.

⁷⁴ Kjønstad (2007) s. 43.

⁷⁵ Halvorsen (1998) s. 167.

⁷⁶ Halvorsen (1998) s. 210.

Slik disse vilkårene er oppstilt er de materielt sett nokså tilsvarende med ordlyden i pasient- og brukerrettighetsloven § 4-6 annet ledd. Bestemmelsen, som regulerer de tilfellene hvor myndige pasienter ikke har samtykkekompetanse, fastslår at «*helsehjelp som innebærer et alvorlig inngrep for pasienten, kan gis dersom det anses å være i pasientens interesse ... Der det er mulig skal det innhentes informasjon fra pasientens nærmeste pårørende om hva pasienten ville ha ønsket*».

Etter pasient- og brukerrettighetslovens ikrafttredelse har ikke dommen lenger virkning som prejudikat. Det er allikevel prinsipielt viktig å se nærmere på om det eksisterer rettslig grunnlag for et slikt behandleransvar. Slik behandleransvaret må forstås ville et slikt grunnlag hatt som følge at en pasients samtykke var overflødig i de situasjoner hvor legen mente at han kunne handle ut i fra en slik norm.

Slik behandleransvaret er ment å forstå, skiller det seg imidlertid fra situasjonene som § 4-6 annet ledd er ment å regulere. Behandleransvaret gir den ansvarlige lege et rettsgrunnlag til å ta medisinske avgjørelser, uavhengig av hva en pasient eventuelt har uttrykt på forhånd. Slik Halvorsen uttrykker behandleransvaret skal det legges til grunn som hjemmel for medisinsk behandling også hvis pårørende ikke har «noen mening om saken».⁷⁷

Dette begrunnes i at det er legen som gjennom sitt virke har den medisinskfaglige kunnskap. Syse har drøftet muligheten for et hjemmelsgrunnlag som ligger behandlingsansvaret nært. I vedlegget til NOU 1991:20 «*Rettsikkerhet for mennesker med psykisk utviklingshemming*» kaller han dette for en «profesjonell handleplikt».⁷⁸ Syse konkluderer med at den profesjonelle i kraft av sin stilling ikke er innehaver av et selvstendig kompetansegrunnlag til integritets-krenkende handlinger, men at at en inngripen kan være rettmessig ut i fra andre hjemmelsgrunnlag.⁷⁹ Aasen uttrykker, i likhet med Syse, at det etter norsk rett ikke er grunnlag for å godta «behandleransvaret» som integritetskrenkende rettsgrunnlag.⁸⁰

⁷⁷ Halvorsen (1998) s.210. Forfatteren tar utgangspunkt i saksforholdet i Rt. 1981 s. 728.

⁷⁸ Syse (1991) s. 190.

⁷⁹ Syse (1991) s. 190. Syse viser blant annet til nødrett som et slikt hjemmelsgrunnlag. Teksten er skrevet før pasient- og brukerrettighetslovens ikrafttredelse, og det er nå klart at pasient- og brukerrettighetsloven § 4-6 i vesentlig grad er dekkende for de situasjoner Syse har i mente.

⁸⁰ Aasen (200) s. 558

Halvorsens syn er i dag lovfestet i moderat grad i pasient- og brukerrettighetsloven § 4-6 annet ledd. Som en innvending mot denne lovendringen kan det hevdes at det innebærer et skritt i retning mot en paternalistisk holdning som loven er ment å forebygge. Bestemmelsen anerkjenner imidlertid pasientens egenautonomi da det etter bestemmelsens ordlyd er lovfestet at den behandlende lege alltid må konsultere med annet helsepersonell. I tillegg til dette er det også lovfestet at det må gjøres forsøk på å innhente informasjon fra pasientens nærmeste pårørende. Et generelt behandleransvar utelukkende på grunnlag av en leges faglige vurderinger er derfor avvist av lovgiver, da det strider mot en pasients rett til selvbestemmelse.

Slik behandleransvaret er fremlagt av Halvorsen, er det legens medisinskfaglige erfaring og profesjon som skal tjene som rettesnor ved valg av pasientbehandling. Selv om dette sjeldent kan sies å motstride med hva som anses for pasientens beste, er det legens subjektive oppfatning som skal være utgangspunktet ved medisinske beslutninger.

Etter dette ansvaret er det ikke noe vilkår om at legens avgjørelse skal bygge på en samtykkespresumsjon fra pasienten. Legen kan egenrådig fravike pasientens autonomi og selvbestemmelsesrett, så lenge han gjør dette i kraft av sin medisinske profesjonalitet. Behandleransvaret skiller seg dermed fra det hypotetiske samtykket da de to grunnsetningene bygger på to ulike interesser.⁸¹ For behandleransvarets betydning innebærer dette legens mulighet til å handle etter et paternalistisk utgangspunkt.

4.4 Kort oppsummering

Som det fremkommer av redegjørelsen ovenfor, er hovedregelen etter norsk rett at medisinsk behandling skal ha sitt grunnlag i pasientens gyldige samtykke. Dette følger av pasient- og brukerrettighetsloven §§ 4-1 og 4-2.

Før helsehjelp ytes skal pasienten informeres om helsehjelpens innhold, alternative behandlingsmetoder og det aktuelle inngrepets risiko og bivirkninger. Denne informasjonen skal tilpasses hver enkelt pasient, slik at han har de beste forutsetninger for å kunne avgi samtykke i tråd med sin autonomi.

⁸¹ Jeg vil i kapittel fem redegjøre nærmere for interessene bak hypotetisk samtykke.

5 Hypotetisk samtykke som selvstendig kompetansegrunnlag for handling

5.1 Innledning

Et hypotetisk samtykke innebærer at helsepersonell i en konkret situasjon formoder at pasienten ønsker den behandling de skal foreta, selv om han ikke har avgitt et gyldig samtykke til den handling som helsepersonellet foretar seg. I en slik vurdering legges det vekt på hva en forstandig person ville ha ment.⁸² Helsepersonellet handler altså ut ifra en konstruert betraktning om at pasienten ville ha valgt å samtykke til det helsepersonellet har foretatt seg.

En problemstilling som oppstår i forbindelse med dette er hvordan det hypotetiske samtykket stiller seg i forhold til gyldighetskravet i pasient- og brukerrettighetsloven § 4-1 og prinsippet om pasientautonomi.

Hypotetisk samtykke som kompetansegrunnlag følger i all vesentlighet fra rettspraksis, og jeg finner det derfor naturlig å redegjøre for denne rettskildefaktoren før den videre fremstillingen av dette kapittelets tema. Det er hentet eksempler fra alle aktuelle instanser, for å synliggjøre at hypotetisk samtykke står sterkt i norsk rettspraksis.

Den rettspraksis som det vil bli redegjort for, behandler hypotetisk samtykke i forhold til informasjonssvikt som vilkår for erstatning etter pasientskadeloven § 2 første ledd bokstav a. Det er per dags dato ikke avsagt noen dommer som omhandler manglende samtykke etter pasient- og brukerrettighetslovens bestemmelser. Selv om denne avhandlingen søker å avklare om hypotetisk samtykke er gyldig etter pasient- og brukerrettighetslovens ordlyd, er det allikevel klart at den rettspraksis jeg viser til har relevans og vekt som rettskilde for hypotetisk samtykke. Dette fordi legen på behandlingstidspunktet har iverksatt medisinsk hjelp, på bakgrunn av en forutsetning om pasientens hypotetiske samtykkepresumsjon. I teorien er det også konsensus om at det som er uttalt om hypotetisk samtykke som selvstendig kompetansegrunnlag springer ut i fra Rt. 1998 s. 1538.⁸³ Kjønstad har uttalt at denne dommen omhandler in-

⁸² Tilsvarende *bonus pater familias*.

⁸³ Se f.eks. Kjønstad (2007) s. 263-264, Warberg (2011) s. 93 og Syse (2009) s. 289.

formert samtykke.⁸⁴ Jeg velger imidlertid å se dommen under synsvinkelen om at gyldig samtykke mangler.

5.2 Rettspraksis

5.2.1 Rt. 1998 s. 1538

I Rt. 1998 s. 1538 «*Cauda equina*-dommen» sto betydningen av mangel på informasjon helt sentralt. Den skadelidte⁸⁵, en 26 år gammel mann, hadde gjennomgått en ryggoperasjon som følge av langvarige isjiassmerter. Denne grunnlidelsen skyldtes en bilulykke i 1983. Under operasjonen ble ryggen gjenstand for en uheldbredelig skade, noe som påvirket mannens seksualfunksjon. Mannen hadde ikke fått informasjon om denne risikoen forut for operasjonen. Førstvoterende fant først at selve inngrepet var utført i tråd med gjeldende retningslinjer. Spørsmålet for Høyesterett var om pasienten kunne kreve erstatning på grunn av informasjonssvikt i forkant av inngrepet. Pasienten, den skadelidte, mente at hans samtykke i forkant av operasjonen var avgitt på et utilstrekkelig grunnlag av informasjon. Dommeren redegjorde først for det materielle innholdet i «informasjonssvikt» jf. § 2 i regler av 1. januar 1988 for midlertidig ordning med pasientskadeerstatning for somatiske sykehus/poliklinikker.⁸⁶ Førstvoterende gikk deretter over til å klargjøre hvor mye informasjon sykehuset hadde plikt til å gi i forkant av en slik ryggoperasjon jf. § 25 tredje ledd i daværende legelov av 1980:

«Ut fra legeloven § 25 tredje ledd hadde A først og fremst krav på fullstendig informasjon om og vurdering av selve operasjonen, som gikk ut på å fjerne benvev og eventuelt annet vev som øvde et mekanisk trykk på nerverøttene. Videre hadde A krav på fullstendig informasjon om og vurdering av operasjonsindikasjonen. Denne omfattet As grunnlidelse - nerveskaden fra 1983 som fortsatt var under utvikling i 1990. Videre omfattet den risikoen for at denne skaden ville øke og særlig risikoen for at A uten operasjon kunne få nye, alvorligere skader på nerverøttene selv ved mindre uhell, som å falle på hælke. Operasjonsindikasjonen omfattet dessuten risikoen ved selve operasjonen, som her var noe

⁸⁴ Kjønstad (2007) s. 98.

⁸⁵ Av Høyesterett referert til som «A».

⁸⁶ Forskriften er gitt i medhold av pasientskadeloven av 2001 § 21. § 21 regulerer overgangstilfeller for skader som er oppstått før lovens ikrafttredelse. Erstatningskrav for skader som er voldt før 1. januar 2003, men konstatert etter 1. januar 1988, skal derfor behandles etter reglene for de midlertidige ordningene.

større enn normalt på grunn av As grunnlidelse, og nytten av å foreta operasjonen på det aktuelle tidspunkt, som var større enn nytten av en operasjon på et senere tidspunkt ville være.

Etter at A var innlagt på sykehuset 30. august 1990, overlot sykehuset - ifølge overlege Hagens erklæring - i samsvar med vanlig praksis ved sykehuset, til den opererende lege [D] å gi A nærmere informasjon. ... Heller ikke fikk A nærmere informasjon om risiki ved å gå uoperert, jf. det jeg har sagt om operasjonsindikasjonen.

Etter min mening var den informasjonen [D] ga utilstrekkelig, slik at det forelå informasjonssvikt. 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. At A viste engstelse, kunne ikke være god nok grunn til å begrense informasjonen så langt som D gjorde». ⁸⁷

Annenvoterende, dommer Dolva, var prinsipielt enig i synspunktene om at det forelå informasjonssvikt, men hadde et annet standpunkt når det gjaldt årsakssammenhengen mellom informasjonssvikten og skadefølgen:

«Når det gjelder spørsmålet om informasjonssvikten kan sies å ha «forårsaket» As skade, er jeg videre enig i at det må vurderes konkret og individuelt for A. Vurderingen av om han med adekvat informasjon ville latt seg operere, er vanskelig. I denne situasjonen bør det etter min mening ikke stilles strenge krav til sannsynligjøring av at han med tilstrekkelig informasjon ville valgt ikke å la seg operere.

A var på tidspunktet for operasjonen 26 år, 100 prosent sykmeldt på grunn av isjiassmerter, han levde i et samboerforhold og hadde barn med samboeren. Mange forhold - både rasjonelle og irrasjonelle - kan komme inn i vurderingen av operasjon, og særlig her hvor det også forelå risiko for skade på seksualfunksjonen. Jeg legger til grunn at A riktignok - som nevnt i 1993-dommen - hadde valgmuligheter. Men selv med det syn jeg har gitt uttrykk for når det gjelder tvilsrisikoen, **er jeg blitt stående ved å måtte bygge på at**

⁸⁷ Rt. 1998 s. 1538 på side 1547.

han i denne situasjonen ville valgt å følge legens råd om å la seg operere.⁸⁸ Operasjonen ville da ha blitt gjennomført likevel, og informasjonssvikten er ikke årsak til As skader».⁸⁹

Domsslutningen ble avsagt i tråd med annenvoterendes vurderinger under dissens 3-2. I vurderingen av forholdet mellom skadens årsakssammenheng og den hypotetiske presumsjonen som tillegges A, uttaler førstvoterende imidlertid at «svaret må bero på en hypotese om hvilket standpunkt A ville ha tatt til legens anbefaling om operasjon dersom han hadde fått tilstrekkelig informasjon».⁹⁰

Dissensen knytter seg dermed ikke til hvorvidt man skal godta et hypotetisk samtykke som selvstendig rettsgrunnlag, men til hvorvidt pasienten rent hypotetisk faktisk hadde latt seg operere.

Rettssetningen i *Caudia equina*-dommen må forstås som at informasjonssvikt kan gi grunnlag for erstatning, men bare dersom en konkret vurdering tilsier at informasjonssvikten har forårsaket skaden. Dette innebærer at det må foretas en konkret og individuell drøftelse av hvorvidt en pasient allikevel ville valgt å la seg behandle hvis han hadde blitt korrekt informert om bivirkninger og risikoer. Selv om denne vurderingen knytter seg til hvorvidt det er erstatningsrettslig årsakssammenheng mellom det manglende samtykket og den skade som pasienten ble påført, viser ikke Høyesterett at hypotetisk samtykke som kompetansegrunnlag er mangelfullt som et gyldig samtykke.⁹¹

Caudia equina-dommen ble avsagt før ikrafttreddelsen av pasient- og brukerrettighetsloven. Rettssetningene om gyldigheten av hypotetiske samtykke har imidlertid fortsatt betydning for denne lovens virkeområde. Høyesteretts anvisning blir videre benyttet i begrunnelsene til Pasientskadenemnda.

Jeg vil i det følgende gi eksempler på avgjørelser fra andre instanser, for å illustrere den utstrakte bruken av hypotetisk samtykke som rettsgrunnlag for medisinsk inngripen. Avgjørel-

⁸⁸ Min utheving.

⁸⁹ Rt. 1998 s. 1538 på side 1548.

⁹⁰ Rt. 1998 s. 1538 på side 1547.

sene som er nevnt omhandler erstatningssaker etter pasientskadeloven. Uttalelsene som er gitt om hypotetisk samtykke antas imidlertid også å gjelde for pasient- og brukerrettighetslovens område. Dette fordi legen på behandlingstidspunktet har iverksatt medisinsk hjelp basert på en forutsatt hypotetisk presumsjon om hva pasienten *ville* ha ønsket.

5.2.2 Agder lagmannsretts dom av 6. september 2010⁹²

Lagmannsrettens avgjørelse omhandlet en 61 år gammel dame som i 1988 fikk påvist diagnosen syringomyeli.⁹³ Etter gjentatte sykehusundersøkelser ble det i 2004 iverksatt operasjon etter mistanke om funn av en tumor utenfor ryggmargen. Forutfor operasjonen fremkom det av journalen at *”pasienten informeres om at vi håper på å kunne bremse fortsatt nevrologisk forverrelse, men at vi ikke kan garantere bedring og at det selvsagt foreligger en viss risiko for lammelse i begge underekstremiteter... Pasienten får således informasjon om operasjonens art, risiko, muligheter og begrensninger, og hun samtykker til planlagt kirurgi»*.⁹⁴

Under den påfølgende operasjonen lyktes ikke kirurgene med å finne en tumor som først antatt, og man besluttet derfor å åpne ryggmargen i området der røntgenbildene hadde vist en tumor. Legene oppdaget da et blodkar, og tok avgjørelse om å lukke dette for å hindre videre negativ utvikling av pasientens diagnose. Operasjonen påførte imidlertid pasienten ytterligere funksjonstap, og hun hevdet hun ikke ville latt seg operere i ryggmargen dersom hun hadde fått tilstrekkelig informasjon om inngrepets risiko.

Retten slo fast at kvinnen hadde blitt feilinformert, og at det derfor ikke forelå et gyldig samtykke på operasjonstidspunktet. I vurdering av årsakssammenhengen mellom informasjonsvikten og kvinnens skade, trekker flertallet inn prejudikatet fra *Caudia equina*-dommen og uttrykker at *«slik lagmannsretten forstår uttalelsene, innebærer en konkret vurdering i dette tilfellet om A ville latt seg operere 29. november 2004 slik hun faktisk ble, ikke om hun ville motsatt seg enhver operasjon for eksempel på et senere tidspunkt.»*

Lagmannsretten konkluderte med at det ikke forelå et hypotetisk samtykke. Dommen underkjenner ikke et hypotetisk samtykke som rettsgrunnlag, men vektlegger at et slikt samtykke

⁹² LA-2010-11107. Hentet fra <https://lovdata.no/pro/#document/LASIV/avgjorelse/la-2010-11107?searchResultContext=1321>. Sist besøkt: 17.11.2015

⁹³ Syringomyeli er sjelden ryggmargssykdom som skyldes væskefylte hulrom i ryggmargen.

⁹⁴ LA-2010-11107 avsnitt 19.

ikke kan bli konstruert i det aktuelle tilfellet da kvinnen på forhånd hadde vært svært tydelig på at hun ønsket å avstå fra operasjon med mindre henne sykdomsbilde var betydelig forverret.

5.2.3 Oslo tingretts dom av 18. april 2007⁹⁵

Saken, som var til avgjørelse i Oslo tingrett, omhandlet en pasient som ble operert på grunn av kroniske rygg smerter.

Etter ryggkirurgien opplevde pasienten en forverring av sin opprinnelige tilstand, og det ble derfor gjennomført en reoperasjon som ikke førte til bedring av pasientens sykdomsbilde. Den medisinske sakkyndige opplyste at det var høyst sannsynlig at det forelå årsakssammenheng mellom pasientens smerter og de behandlingene han hadde gjennomgått. Selv om det var god indikasjon for inngrepene, hevdet den skadelidte at han ville ha avstått fra inngrepet dersom han hadde fått tilstrekkelig informasjon knyttet til risikoen ved operasjonene.

Tingretten uttaler at *«det konkrete vurderingstema i denne sammenheng er om det må anses mest sannsynlig at A likevel ville ha gjennomført operasjonen dersom han hadde fått adekvat informasjon. Vurderingen er hypotetisk i sin natur. Høyesteretts flertall uttaler om retningslinjene for denne vurdering i Rt. 1998 s. 1538 ... Retten er klar over den dissens dommen er avsagt under, og retten er klar over at flertallets synspunkter til dels er kritisert i teorien. Som uttrykk for gjeldende rett er det etter rettens oppfatning likevel ingen tvil om at de synspunkter som her kommer til uttrykk må anses retningsgivende også for tingrettens konkrete vurdering.»*

Retten besluttet dermed at de var av den oppfatning at pasienten ville ha samtykket til operasjonen, selv om han hadde vært i bevissthet om at det kun var to tredjedeler av de behandlede som opplevde bedring i sin helsetilstand.

⁹⁵ TOSLO-2006-138523. Hentet fra <https://lovdata.no/pro/#document/TRSIV/avgjorelse/toslo-2006-138523?searchResultContext=1305>. Sist besøkt: 17.11.2015.

Konklusjonen var følgelig at det ikke forelå årsakssammenheng mellom pasientens skade og mangelen på informasjon. Spesielt for denne dommen er at retten tydelig velger å gi uttrykk for sin skepsis til å anvende hypotetisk samtykke som rettsgrunnlag, samtidig som at det fremkommer at tingretten anser seg som bundet av Rt. 1998 s. 1538. Oslo tingretts avgjørelse er derfor et tydelig eksempel på prejudikatslæren.

5.2.4 Pasientskadenemndas avgjørelse av 21. mai 2015⁹⁶

Saken som var til vurdering hos Pasientskadenemnda gjaldt erstatningskrav for nedsatt funksjonsevne og smerter i rygg, skuldre og armer etter en operasjon.

Pasienten, en 56 år gammel kvinne, ble operert på grunn av av økende smerter i hoftepartiet. Etter operasjonen ble det konstatert svekket setemuskulatur og forkortning av venstre ben. Kvinnen ble som følge av disse komplikasjonene operert på nytt, men det allikevel ble konstatert vedvarende svikt i setemuskulaturen.

Pasienten mente at hun ikke mottok tilstrekkelig informasjon om alternative behandlinger eller risikoen for ulike komplikasjoner. Den sakkyndige ortopedien opplyste nemnda om at pasienten burde ha vært informert om muligheten for benforkortelse, i tillegg til at hun burde vært forelagt alternative behandlingsmetoder for sin tilstand. Behandlingsstedet uttalte at det ble gitt informasjon om potensielle komplikasjoner, men ikke spesifikt om de lidelsene som kvinnen ble påført.

Etter en konkret vurdering der det blant annet ble lagt vekt på at pasienten hadde hatt sterke smerter i flere år konkluderte nemnda med at pasienten ville latt seg operere, også hvis hun hadde fått tilstrekkelig informasjon om komplikasjon og alternative behandlingsmetoder. Nemnda baserte sin vurdering på det hypotetiske samtykket som selvstendig rettsgrunnlag, og mente derfor at det ikke var grunnlag for erstatning som følge av informasjonssvikt.⁹⁷

⁹⁶ PSN-2014-1697.

⁹⁷ Om dette uttaler nemnda at den « legger til grunn at pasienten ville gjennomført behandlingen også med tilstrekkelig informasjon om beinforkortning».

5.3 Nærmere om hypotetisk samtykke

Som vist ovenfor har det i norske rettsinstanser vokst frem en ensartet praksis når det gjelder bruk av hypotetisk samtykke som rettsgrunnlag. Dette til tross for at det etter lovens ordlyd bare kan gis helsehjelp hvis det foreligger gyldig samtykke.⁹⁸ Selv om pasient- og brukerrettighetsloven ikke var vedtatt på tidspunktet for domsavsigelsen, er rettssetningen i *Caudia equina*-dommen en noe overraskende rettstolkning sett i lys av operasjonens alvorlige bivirkninger og det faktum at pasienten var samtykkekompetent.

Som nevnt innledningsvis innebærer et hypotetisk samtykke at det skal legges til grunn at pasienten ville ha samtykket til den behandling som har blitt gjennomført. Man legger følgelig grunn på en presumsjon om at gyldig samtykke hadde blitt avgitt.

Fremstilt på denne måten, står hypotetisk samtykke svært nært den rettslige kategorien presumert samtykke. Betegnelsesbruken for disse begrepene kan fremstå som uklar, og det fremstår av forarbeidene at det heller ikke er gjort noe forsøk på å trekke et klart skille hva gjelder terminologibruk: *«Begrepene hypotetisk eller presumert samtykke er også brukt om slike samtykker, som i forholdsvis stor utstrekning er akseptert som gyldige rettsgrunnlag etter norsk rett»*.⁹⁹

Hypotetisk samtykke som grunnlag for helsehjelp fremkommer ikke av pasient- og brukerrettighetslovens bestemmelser om samtykke. Kjørstad mener at dette må være fordi *«det ikke anses som tilstrekkelig at man kan anta at personen samtykket hvis han eller hun hadde blitt spurt»*.¹⁰⁰ Syse har sluttet seg til dette syn, og har uttalt at *«hypotetisk samtykke har vært vur-*

⁹⁸ Unntaket i § 4-1 første ledd åpner for at helsehjelp kan gis uten samtykke, forutsatt at dette følger av lov- hjemmel eller et annet gyldig rettsgrunnlag. Som drøftet i kapittel fire anses helsepersonelloven § 7 å være en lovhjemmel som med gyldighet kan fravike pasient- og brukerrettighetsloven § 4-1. Vilåret etter helsepersonelloven § 7 er imidlertid at hjelpen må være påtrengende nødvendig. Som redegjort for i kapittel fire, innebærer dette av situasjonen må bære preg av å være akutt, og at det må være fare for pasientens liv og helse. Slik hypotetisk samtykke er benyttet i rettspraksis kan ikke helsepersonelloven § 7 komme til anvendelse som en slik unntaksbestemmelse, da det ikke er et vilkår for hypotetisk samtykke at situasjonen må være akutt. Det er i teorien konsensus om at det i akutte situasjoner kan være aktuelt å bruke alminnelige nødrettsbetraktninger som rettsgrunnlag for å fravike samtykkekravet, men også er det et vilkår at det foreligger en nødsituasjon. Se Syse (2009) s 301 og Aasen (2000) s. 539.

⁹⁹ Ot.prp. nr. 12 (1998-1999) s. 77.

¹⁰⁰ Kjørstad (2007) s. 262.

*dert som et lite egnet kompetansegrunnlag for inngripende behandlingsprosedyrer eller integritetskrenkende undersøkelser».*¹⁰¹

Videre fremkommer det av NOU 2005:1 at «såkalt hypotetisk samtykke, som ikke forekommer i loven... har liten legitimitet og begrunnelse som selvstendig rettsgrunnlag etter utviklingen av regler om informert samtykke».¹⁰² Dette er også utgangspunktet i forarbeidene til loven, der det fremgår at «en lege må kunne vise til et gyldig rettsgrunnlag for å undersøke og behandle pasienter. Som den overveiende praktiske hovedregel er dette rettsgrunnlaget en tillatelse eller samtykke fra pasienten».¹⁰³

Situasjoner lik det som var tilfelle i *Caudia equina*-dommen er ikke drøftet i forarbeidene, og det må da legges til grunn at lovgiver ikke har ment at et slikt kompetansegrunnlag skal være tilstrekkelig. Slik jeg ser det er det imidlertid ikke fravær av samtykke som foreligger i disse tilfellene, men heller at man tilegner det allerede eksisterende samtykket et videre innhold i ettertid.

Etter beskrivelsen ovenfor kan hypotetisk samtykke som kompetansegrunnlag sammenlignes med avtalerettens fullmaktsbestemmelser, der samtykket som allerede er avgitt av pasienten innebærer en fullmakt for legene til å handle.¹⁰⁴ For å illustrere urettmessigheten av det hypotetiske samtykket som grunnlag for behandling av pasienten kan avtalelovens regler benyttes videre: Utgangspunktet i avtaleloven av 1918 § 10 er at en fullmektig som inngår avtale i fullmaktsgiverens navn, binder fullmaktsgiveren såfremt avtalen er innenfor fullmaktens fastlagte grense. Antitetisk vil dette bety at dersom fullmektigen går utenfor fullmaktens grenser, blir fullmaktsgiver ikke bundet til avtalen.

Overført til helserettens område vil dette bety at en presumsjon om at pasienten ville ha samtykket hvis han hadde blitt spurt, klart er utenfor samtykkets (*fullmaktens*) grense. Selv om denne analogiske tilnærmelsen ikke uten videre er overførbar finner jeg det allikevel betenkelig at det for kontraktsrettens vedkommende er strengere regler for utvidelse av en fullmakt,

¹⁰¹ Syse (2009) s. 301.

¹⁰² NOU 2005:1 s. 71.

¹⁰³ Ot.prp. nr. 12 (1998-1999) s. 76.

¹⁰⁴ Et gyldig samtykke er også avtalerettens utgangspunkt. Avtaleretten bygger på læresetningen «pacta sunt servanta», som betyr at avtaler skal holdes.

enn hva som er tilfelle for helserettens område. Dette gjelder særlig ettersom pasient- og brukerrettighetsloven er ment å verne om rettssubjekter som finner seg i en vanskelig situasjon som har stor betydning for deres fremtidige liv og helse.

Hypotetisk samtykke som kompetansegrunnlag for inngrep kan også diskuteres ut i fra et autonomiperspektiv. Det følger av Warberg at «dersom tilsvarende spørsmål ble prøvet for retten i dag etter de nyere og mer omfattende reglene... bør pasientenes rett til fyllestgjørende informasjon og selvbestemmelse slå igjennom».¹⁰⁵

På det tidspunkt hvor *Caudia equina*-dommen ble avsagt var kravet til autonomi og gyldig samtykke allerede velutviklet i norsk rett og teori.¹⁰⁶ Allerede i Bergen byretts dom av 31. mai 1880 ble det utledet et krav om samtykke ut fra alminnelige strafferettslige regler om legems-krenkelser¹⁰⁷. Denne dommen har naturlig nok ikke tjent som prejudikat all den tid den er avsagt av førsteinstans. Det kan også stilles spørsmålsteget ved dommens analogiske overførbarhet da den ble anlagt etter straffelovens regler.

Selv om kravet til autonomi og samtykke var velutviklet også tidligere, var det ikke direkte lovfestet før pasient- og brukerrettighetsloven av 1999. Ordlyden i § 4-1 kan leses som lovgivers forsøk på å synliggjøre pasientautonomien særlig viktige betydning. Det er ikke tvilsomt at et hypotetisk samtykke fratrar en pasient sin mulighet til å utøve selvautonomi etter loven. At en pasient skal samtykke på grunnlag av mangelfull informasjon for så at han senere skal tillegges en hypotetisk mening strider også mot lovens formålsbestemmelse.¹⁰⁸

Hypotetisk samtykke kan videre betraktes som særlig autonomikrenkende for visse pasientgrupper. Det følger av pasient- og brukerrettighetsloven § 4-9 at pasienter med særlig overbevisning har rett til å nekte å motta blod eller blodprodukter. Vilkåret for en slik nektelsesrett er at pasienten innehar en alvorlig overbevisning som kan være blant annet politisk, moralsk

¹⁰⁵ Warberg (2011) s. 94. Med «tilsvarende spørsmål» sikter Warberg til tilsvarende spørsmål som i *Caudia equina*-dommen. Se også Kjønstad (2007) s. 263

¹⁰⁶ Se f.eks. Andenæs (1974) s. 174 og Andenæs (1990) s. 80.

¹⁰⁷ Bergen byretts dom omhandlet en lege som i forskningsøyemed bevisst hadde smittet en pasient med lepra-bakterier uten pasientens samtykke.

¹⁰⁸ Pasient- og brukerrettighetsloven § 1 annet ledd: «Lovens bestemmelser skal bidra til å fremme tillitsforholdet mellom pasient og bruker og helse- og omsorgstjenesten, fremme sosial trygghet og ivareta respekten for den enkelte pasients og brukers liv, integritet og menneskeverd» (min utheving).

eller religiøst motivert. I teorien har det religiøse trossamfunnet «Jehovas vitner» tjent som eksempel på en pasientgruppe med slik alvorlig overbevisning.¹⁰⁹ Å benytte hypotetisk samtykke som kompetansegrunnlag overfor en slik gruppe vil være å anse som betenkelig, da man på forhånd ville hatt klare holdepunkter på et slikt samtykke ville vært stridende mot deres overbevisning.

Kompetansegrunnlaget kan videre anses som «paternalismens beskytter». Mot dette syn kan det imidlertid innvendes at pasienter i de fleste tilfeller frivillig oppsøker behandlingsinstitusjoner. Følgelig vil det da ikke dreie seg om en umyndiggjøring av pasienten hvis legen handler faglig forsvarlig. Etter min mening vil et slikt syn kun være akseptabelt i de tilfellene hvor stilltiende samtykke anses å være gyldig rettsgrunnlag. Dette utelukker i all hovedsak inngripende behandlingsmetoder. Som «paternalismens beskytter» mener jeg det forhold at retten har godtatt hypotetisk samtykke som kompetansegrunnlag for behandling i ikke-akutte situasjoner, og at grunnsetningen for denne læren er at man tilegner noen en retroperspektiv mening. Dette er etter mitt syn en umyndiggjøring av pasientrollen basert på en paternalistisk tankegang.

For å bli omfattet av pasient- og brukerrettighetsloven §§ 4-1 og 4-2 er det en forutsetning at man er i psykisk stand til å verne om sin egen autonomi. Dette vises ved at loven har egne bestemmelser for de tilfeller hvor pasienter fratras sin samtykkekompetanse på bakgrunn av en medisinskfaglig vurdering.¹¹⁰ Det kan derfor være nærliggende å forutsette at full autonomiutførelse er medisinsk forsvarlig for hovedgruppen av pasienter ved norske sykehus.¹¹¹ Selv om det hypotetiske samtykke ikke er ment å være en slik bevisst umyndiggjøring som fører til innskrenking selvbestemmelsesretten, er det allikevel lite tvilsomt at dette kompetansegrunnlaget hindrer pasienten i å utøve sin lovfestede samtykkerett. Særlig gjelder dette for svake-restiterte individer som ikke i all enkelthet kan formidle sitt syn. Syse har i forlengelsen av dette uttalt at *«i situasjoner der en person klart er den svare part, må hensynet til vedkommende sin autonomi tillegges særlig vekt for å hindre ytterligere reduksjon av selvbestemmelsesretten»*.¹¹²

¹⁰⁹ Halvorsen (2002) s. 323.

¹¹⁰ Se f.eks. bestemmelsene i pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4A.

¹¹¹ De som omfattes av hovedreglene i §§4-1 og 4-2.

¹¹² Syse (1991) s.185.

5.4 Forholdet til menneskerettighetene.

Vedtakelsen av menneskerettsloven av 1999 førte til at flere internasjonale konvensjoner ble gjeldende som norsk rett.¹¹³ For denne avhandlingens tema er det *FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter*¹¹⁴, *FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter*¹¹⁵ og *den europeiske menneskerettighetskonvensjonen*¹¹⁶ og *den europeiske menneskerettskonvensjonen* som vil ha særlig betydning. Det følger av forrangsbestemmelsen i menneskerettsloven at bestemmelsene i disse konvensjonene skal gå foran norsk rett ved motstrid.

Retten til frivillig behandling basert på gyldig informert samtykke kan leses ut av ordlyden i EMK artikkel 8. Det følger av bestemmelsen at «*enhver har rett til respekt for sitt privatliv og familieliv... Det skal ikke skje noe inngrep av offentlig myndighet i utøvelsen av denne rettighet unntatt når dette er i samsvar med loven og er nødvendig i et demokratisk samfunn av hensyn til den nasjonale sikkerhet, offentlige trygghet eller landets økonomiske velferd, for å forebygge uorden eller kriminalitet, for å beskytte helse eller moral, eller for å beskytte andres rettigheter og friheter*».¹¹⁷

Slik hypotetisk samtykke er fremstilt i *Caudia equina*-dommen er det nærliggende å anta at unntaket i artikkel 8 ikke kan brukes for å legitimere dette kompetansegrunnlaget. For at unntakene i artikkelen skal komme til anvendelse må det begrunnes ut i fra at det er «nødvendig i et demokratisk samfunn». Å gjøre inngrep i en persons privatliv for å beskytte helsen viser her til tilfeller som er omfattet av EMK artikkel 5, hvor det fremkommer at det kan benyttes tvang for å hindre spredning av smittsomme sykdommer.¹¹⁸

I EMDs dom *Pretty mot Storbritannia* av 29. april 2002 fremholdes det at «*the imposition of medical treatment, without the consent of a mentally competent adult patient, would interfere with a person's physical integrity in a manner capable of engaging the rights protected under*

¹¹³ Se menneskerettsloven § 2.

¹¹⁴ Heretter forkortet til «SP».

¹¹⁵ Heretter forkortet til «ØSK».

¹¹⁶ Heretter forkortet til «EMK».

¹¹⁷ Min utheving.

¹¹⁸ Se EMK artikkel 5 punkt 1 e.

Article 8 § 1 of the Convention".¹¹⁹ Som det fremkommer av dommen må samtykke foreligge for at medisinske tiltak skal kunne iverksettes. Skal behandling uten samtykke være konvensjonsmessig, må det etter artikkel 8 nr. 2 foreligge hjemmel. Etter ordlyden og vilkåret i artikkel 8 nr. 2 er det grunn til å tro at hypotetisk samtykke ikke danner et kompetansegrunnlag som hjemler behandling uten avgitt samtykke.

SP artikkel 1 manifesterer selvbestemmelse som en grunnleggende menneskerettighet, og pålegger staten en plikt til å respektere denne retten¹²⁰. Slik samtykkekravet er nedfelt i pasient- og brukerrettighetsloven §§ 4-1 og 4-2 samsvarer det med denne retten til selvbestemmelse.

Det fremkommer av menneskerettslovens forarbeider at det ved konvensjonstolkning må vektlegges at mange av bestemmelsene er målsettingsbestemmelser som ikke gir individene absolute rettigheter. Statene vil da ha en vid skjønnsmargin ved gjennomføringen av konvensjonen. Konvensjonsbrudd vil være mest aktuelt hvis de regulerte rettigheter synker under et visst minimumsnivå og hvis myndighetene treffer tiltak som motvirker konvensjonsbestemmelsens formål.¹²¹

Caudia equina-dommen ble avsagt før menneskerettslovens ikrafttredelse. Dette forklarer at gyldigheten av hypotetisk samtykke som kompetansegrunnlag ikke er drøftet i forhold til menneskerettighetene. Det er vanskelig å konstatere at hypotetisk samtykke som kompetansegrunnlag medfører at selvbestemmelsesretten kommer under et slikt minimumsnivå som nevnt i forarbeidene. Etter min mening kan en vid praksis med å godta det hypotetiske samtykket imidlertid innebære konvensjonsbrudd basert på at det motvirker selvbestemmelsesretten i SP artikkel 1.

¹¹⁹ EMD-2002-2346 avsnitt 63.

¹²⁰ Se SP artikkel 1.

¹²¹ Ot.prp. nr. 3 (1998-1999) s.67.

5.5 Kort om det hypotetiske samtykkets forhold til den erstatningsrettslige årsakssammenheng

For å få tildelt erstatning etter norsk rett må det, foruten vilkårene om ansvarsgrunnlag og økonomisk tap, foreligge en årsakssammenheng mellom den utførte handlingen eller unnlatesen og den skade som er oppstått. Det vanlige utgangspunktet for en rettslig vurdering av årsakssammenheng, vil normalt være betingelseslæren.¹²²

Som redegjort ovenfor, konkluderte flertallet med at et hypotetisk samtykke utelukket erstatning som følge av informasjonssvikt. Dette har blitt avgjørende for utøvelsen av pasientskadeloven § 2 første ledd bokstav a. Det følger av bestemmelsen at «*selv om det ikke foreligger grunnlag for erstatningsansvar... kan det unntaksvis ytes erstatning når det har skjedd en pasientskade som er særlig stor eller særlig uventet, og som ikke kan anses som utslag av en risiko som pasienten må akseptere. Det skal legges vekt på om det er gitt tilstrekkelig informasjon på forhånd*».¹²³

Ut fra betingelseslæren i den alminnelige erstatningsretten skal det foretas en sammenligning mellom det som rent faktisk har skjedd, og hva som ville ha skjedd hvis den erstatningsbetingede hendelsen ikke hadde forekommet. Dersom skaden likevel ville ha inntrådt har ikke den skadelidte rett til erstatning. Det hypotetiske samtykkets betydning for betingelseslæren på helserettens område innebærer at pasienten i de fleste tilfeller ikke vil ha krav på erstatning etter pasientskadeloven § 2 første ledd bokstav a. Dette fordi rettssetningen i *Caudia equinadommen* stadfester at et hypotetisk samtykke presumerer at pasienten ville ha samtykket til operasjonen. Etter denne synsvinkelen, foreligger det derfor ikke årsakssammenheng mellom det forhold at pasienten har fått for lite informasjon og de skader som har oppstått.

Det har i teorien blitt rettet kritikk mot bruken av hypotetisk samtykke for å dokumentere årsakssammenheng.¹²⁴ Etter Kjønstads syn innebærer en slik praksis at to grunnleggende juri-

¹²² Se Rt. 1992 s. 64 *P-pilledom II*. Høyesterett uttaler på side 69 at «Årsakskravet mellom en handling eller unnlatesen og en skade er vanligvis oppfylt dersom skaden ikke ville ha skjedd om handlingen eller unnlatesen tenkes borte.» Dommen anses som en sentral rettskilde for stadfestelse av årsakskravet i norsk rett.

¹²³ Min utheving.

¹²⁴ Kjønstad (2007) s. 264.

diske normer, kravet til årsakssammenheng og autonomiprinsippet, står mot hverandre.¹²⁵

Som det følger av kapittel tre, vant autonomiprinsippet innpass i norsk rett ved vedtakelsen av pasient- og brukerrettighetsloven. Prinsippet om årsakssammenheng i erstatningsretten ble stadfestet i Rt. 1992 s. 64 *P-pilledom II*. Etter den alminnelige metodelæren kan det vektlegges at loven berører et snevrere juridisk område enn hva som er tilfelle for erstatningsretten. Kjønstad mener at man derfor at *lex posterior* og *lex specialis* kan tale for at hypotetisk samtykke heller ikke skal godtas for å konstatere manglende årsakssammenheng.¹²⁶ Sett i et slikt perspektiv, vil disse prinsippene tale for at hypotetisk samtykke ikke kan benyttes for å konstatere manglende årsakssammenheng.

Jeg er enig i Kjønstads vurderinger om at det vitner om dårlig harmoni i rettsbildet ettersom hypotetisk samtykke ikke kan anses som et gyldig samtykke etter pasient- og brukerrettighetsloven, samtidig som at det i erstatningssaker fører til at kravet om årsak ikke er oppfylt.

6 Oppsummering og avsluttende bemerkninger

Som redegjørelsen ovenfor har belyst, er det kun rettspraksis som hjemler hypotetisk samtykke som kompetansegrunnlag. De øvrige rettskildefaktorene godtar ikke denne samtykkeformen, da den strider mot pasient- og brukerrettighetsloven §§ 4-1 og 4-2.

Etter mine vurderinger bør det være grunn til å diskutere om *Caudia equina*-dommens vekt som prejudikat kan anses å være svekket.¹²⁷ At pasient- og brukerrettighetsloven trådte i kraft etter domsavsigelsen er etter mine øyne et viktig moment for denne vurderingen. Videre bør det bemerkes at flertallet var svært kort i sin begrunnelse. Begrunnelsen bærer preg av å inneholde minimalt med momenter som taler for å legge et slikt kompetansegrunnlag til grunn; retten legger i sin vurdering vekt på medisinsksakkyndige uttalelser om at normal pasientatferd i sin alminnelighet medfører at pasienter følger legens råd.¹²⁸ Å legge vekt på «normal

¹²⁵ Kjønstad (2007) s. 264.

¹²⁶ Kjønstad (2007) s. 265.

¹²⁷ Det vil vanligvis tale imot en doms vekt som prejudikat at dommen er avsagt under dissens. *Caudia equina*-dommen ble avsagt under dissens 3-2, hvor justitiarius Carsten Smith stemte i mindretallets favør. Jeg finner imidlertid ikke grunnlag for at dissensen skal svekke dommens virkning som prejudikat da mindretallet også la et hypotetisk samtykke til grunn for sin drøftelse.

¹²⁸ Rt. 1998 s. 1538 på side 1547.

pasientatferd» strider mot den økende vektleggelsen av autonomiprinsippet og en pasients rett til informasjon etter lovens § 4-1.

Etter mitt syn bærer det hypotetiske samtykket preg av å være et forsøk på å finne en praktisk «middelvei» mellom behandleransvar og pasientautonomi som to ytterpunkter. Disse ytterpunktene tjener motstridende interesser; behandleransvaret er paternalistisk i sin natur, mens prinsippet om pasientautonomi er ment å sikre pasienters selvbestemmelsesrett som et svar til den tidligere paternalistiske kulturen. Et hypotetisk samtykke virker dermed å ivareta legens fleksibilitet hva gjelder behandling, samtidig som at pasientautonomien ivaretas da legens avgjørelse baserer seg på pasientens *hypotetiske* mening.

Et hypotetisk samtykke baseres seg på en leges avgjørelse om hva pasienten *ville ha gjort* hvis han selv hadde hatt muligheten til å bestemme. At en lege i disse tilfellene foretar en hypotetisk vurdering om hva pasienten selv ville ha ønsket, innebærer at legen overtar pasientenes selvbestemmelsesrett. Selv om det ikke er grunn til å anta at legens hypotetiske presumsjon ville motstride det samtykke pasienten ville ha avgitt hvis det hadde vært forelagt han, innebærer et hypotetisk samtykke allikevel at pasienten frarøves sin lovfestede rett til selvbestemmelse.

Nyere lovgivning på andre rettsområdet viser at lovgiver har forsøkt å regulere samtykkekravets form mer konkret enn hva som er tilfelle for pasient- og brukerrettighetslovens bestemmelser. Det følger av bioteknologiloven av 2003 § 2-5 at «*paret skal gis informasjon om behandlingen og om de medisinske og rettslige virkninger behandlingen kan få... Før behandlingen påbegynnes, skal behandlende lege påse at det foreligger skriftlig samtykke fra kvinnen og hennes ektefelle eller samboer. Ved gjentatte behandlinger skal nytt samtykke innhentes. Bare personer over 18 år som ikke er fratatt rettslig handleevne på det personlige området, kan gi slikt samtykke*». Det fremkommer videre av bioteknologilovens forarbeider at samtykkeerklæringen skal vedlegges journalen.¹²⁹ I lov om helseforskningsloven av 2008 er det også benyttet en mer konkret ordlyd; samtykkebestemmelsen i lovens § 13 slår fast at «*samtykket skal være informert, frivillig, uttrykkelig og dokumenterbart*».

¹²⁹ Ot.prp.nr 64 (2002-2003) s. 128.

I NOU 2005: 1 er pasient- og brukerrettighetslovens samtykkebestemmelser diskutert. I en kommentar uttaler utvalget at «såkalt hypotetisk samtykke, som ikke forekommer i loven, men som har vært brukt i juridisk teori, betegner at det ikke foreligger noe samtykke, heller ikke i form av konkludent atferd, men at det likevel legges til grunn at pasienten ville ha samtykket om vedkommende hadde kunnet eller blitt spurt. Denne form for samtykke har liten legitimitet og begrunnelse som selvstendig rettsgrunnlag etter utviklingen av regler om informert samtykke».¹³⁰

Det finnes ingen rettskildemessige holdepunkter som kan forklare hvorfor ordlyden i pasient- og brukerrettighetsloven §§ 4-1 og 4-2 ikke har blitt endret, slik at samtykkebestemmelsene fremstår som klarere hva gjelder den manglende gyldigheten av hypotetisk samtykke som kompetansegrunnlag. Hadde lovens ordlyd blitt endret tilsvarende ordlyden i bioteknologiloven § 2-5 hadde dette fastlagt at hypotetisk samtykke som kompetansegrunnlag ikke oppfyller vilkårene for gyldig samtykke etter pasient- og brukerrettighetsloven.

Denne avhandlingen har vist at hypotetisk samtykke ikke oppfyller lovens krav til et gyldig samtykke. Det er allikevel vanskelig å se bort i fra at dette kompetansegrunnlaget er å anse som en medisinskpraktisk løsning i visse behandlingstilfeller; særlig gjelder dette for tilfeller hvor uforutsette hendelser oppstår under medisinsk behandling.

Usikkerheten som har eksistert angående hvorvidt hypotetisk samtykke som kompetansegrunnlag kan anses som lovmessig, kunne også opphørt ved en eksplisitt domsavgjørelse der forholdet til pasient- og brukerrettighetsloven ble drøftet. Vanskeligheten her er imidlertid at svært få pasientrettslige spørsmål blir behandlet av Høyesterett; etter lovens ikrafttredelse har det blitt avsagt tretten avgjørelser i Høyesterett.¹³¹ Ingen av disse avgjørelsene dreier seg om anvendelsen av hypotetisk samtykke. Dersom tilsvarende spørsmål ble prøvet for retten i dag er det nærliggende å tro at rettighetsbestemmelsene i pasient- og brukerrettighetsloven §§ 3-2 til 3-4 og § 4-1 ville hatt størst rettskildemessig vekt.

Det kan stilles spørsmål om det har blitt fokusert for mye på pasientsamtykke og autonomi. Etter mitt syn er det vanskelig å tenke seg at tillitsforholdet mellom lege og pasient ville blitt

¹³⁰ NOU 2005: 1 s. 71

¹³¹ Tall hentet ved undersøkelse av Lovdata.

oppretholdt uten gjensidig tillit. Særlig viktig i denne sammenheng er det forhold at pasienten ikke bare er en kropp som skal behandles, men også et menneske som trenger bistand til å treffe riktige beslutninger. Ved å benytte hypotetisk samtykke som kompetansegrunnlag for medisinske inngrep blir dette tillitsforholdet svekket.

7 Kilde- og litteraturliste

7.1 Litteratur

- Andenæs (1974) Andenæs, Johs., *Alminnelig strafferett*, 2. utg., 1974.
- Andenæs (1990) Andenæs, Johs. og Anders Bratholm, *Spesiell strafferett*, 2. utg., 1990.
- Andenæs (2004) Andenæs, Johs. og Arne Fliflet, *Statsforfatningen i Norge*, 9. utg., 2004.
- Aubert (1997) Aubert, Vilhelm, *Rettsosologi*, 1997.
- Bernt (1998) Bernt, Jan Fridtjof og David Doublet, *Vitenskapsfilosofi for jurister*, 1998.
- Eckhoff (1997) Eckhoff, Torstein, *Forvaltningsrett*, 6. utg., ved Eivind Smith, 1997.
- Eckhoff (2001) Eckhoff, Torstein, *Rettskildelære*, 5. utg. ved Jan E. Helgensen, 2001.
- Faden (1986) Faden, Ruth R. og Tom L. Beauchamp, *A History and Theory of Informed Consent*, 1986.
- Halvorsen (1998) Halvorsen, Marit., *Rettslige grunnlag for medisinsk behandling*, 1998.
- Halvorsen (2002) Halvorsen, Marit, «Pasienter som nekter behandling», I: *Tidsskrift for Den norske legeforening* (2002), s. 323-324.
- Kindt (1957) Kindt, Olaf Trampe, «Fremleggelse av sykejournaler som bevis i rettsak», I: *Norsk Retstidende*, 1957, s. 129-135.
- Kjønstad (2006) Kjønstad Asbjørn, «Reelle hensyn som rettskilde», I: *Festskrift til Carl August Fleischer, dog Fred er ej det Bedste...*, 2006, s. 357-382 (Sitert fra Lovdata).
- Kjønstad (2007) Kjønstad, Asbjørn, *Helserett. Pasienters og helsearbeideres rettsstilling*, 2. utg., 2007.

- McLean (1994) McLean, Sheila A.M, «Talking to Patients – Information, Disclosure as Good Medical Practice», I: *Patient's Right-Informed Consent, Access and Equality*, Westerhäll L, 1994, s. 171-189.
- Perland (2013) Perland, Olav Fr., *Tilretteleggeransvar*, 2013.
- Smith (1982) Smith, Eivind, «Legalitetsprinsippet på ny», *Jussens Venner* (1982), s. 207-231.
- Syse (1991) Syse, Aslak, «Samtykke som kompetansegrunnlag for samhandling med og beslutninger overfor psykisk utviklingshemmete». I: *NOU 1991:20 Rettssikkerhet for mennesker med psykisk utviklingshemming*, 1991 s. 181-255.
- Syse (2009) Syse, Aslak, *Pasientrettighetsloven med kommentarer*, 3. utg., 2009.
- Warberg (2011) Warberg, Lasse A., *Norsk helserett*, 2. utg., 2011.
- Aasen (2000) Aasen, Henriette Sinding, *Pasientens rett til selvbestemmelse ved medisinsk behandling*, 2000.
- Aasen (2002) Aasen, Henriette Sinding, «Kravet om årsakssammenheng ved pasientskadeerstatning for informasjonssvikt», I: *Festskrift til Nils Nygaard på 70-årsdagen*, 2002, s. 225-239.

7.2 Domsregister

7.2.1 Høyesterettsdommer

Rt. 1977 s. 1035.

Rt. 1981 s. 728.

Rt. 1990 s. 884.

Rt. 1992 s. 64.

Rt. 1993 s. 1169.

Rt. 1998 s. 1538.

Rt. 2000 s. 646.

Rt. 2006 s. 799

Rt. 2010 s. 612

7.2.2 Lagmannsrettsdommer

LB-2005-52848

LA-2010-11107

7.2.3 Tingrettsdommer

TOSLO-2006-138523

7.2.4 Nemndavgjørelser

PSN-2014-1697

7.2.5 Utenlandske dommer

EMDN-2002-2346

ECtHR 8239/78

7.3 Lov- og forarbeidsregister

1814	Lov 17. mai 1814. Kongeriket Norges Grunnlov
1860	Lov 16. mai 1860. Lov om Sundhedskommissioner og om Foranstaltninger i Anledning af epidemiske og smitsomme Sygdommer [sunnhetsloven].
1902	Lov 22. mai 1902. Aldmindelig borgerlig Straffelov [straffeloven].
1918	Lov 31. mai 1918. Lov om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer [avtaleloven].
1927	Lov 27. april 1927. Lov om læger [legeloven].
1967	Lov 1. januar 1967. Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker [forvaltningsloven].
1969	Lov 19. juni 1969. Lov om sykehus [sykehusloven].
1980	Lov 13. juni 1980. Lov om leger [legeloven].
1999	Lov 21. mai 1999. Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett [menneskerettsloven].
<i>Ot.prp. nr. 3 (1998-1999)</i>	<i>Om lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett.</i>
1999	Lov 2. juli 1999. Lov om helsepersonell m.v. [helsepersonelloven].
<i>Ot.prp.nr.13 (1998-1999)</i>	<i>Om lov om helsepersonell m.v.</i>
1999	Lov 2. juli 1999. Lov om pasient- og brukerrettigheter [pasient- og brukerrettighetsloven].

	ven].
<i>NOU 1992:8</i>	<i>Lov om pasientrettigheter.</i>
<i>Ot.prp.nr.12 (1998-1999)</i>	<i>Om lov om pasientrettigheter</i>
1999	Lov om spesialisthelsetjenesten m.m. [spesialisthelsetjenesteloven].
2001	Lov 15. juni 2001. Lov om erstatning ved pasientskader mv. [pasientskadeloven].
2003	Lov 15. desember 2003. Lov om humanmedisinsk bruk av bioteknologi m.m. [bioteknologiloven].
<i>Ot.prp.nr 64 (2002-2003)</i>	<i>Om lov om humanmedisinsk bruk av bioteknologi m.m.</i>
2005	Lov 20. mai 2005. Lov om straff [straffeloven].
2008	Lov 20. juni 2008. Lov om medisinsk og helsefaglig forskning [helseforskningsloven].
<i>NOU 2005:1</i>	<i>God forskning - bedre helse. Lov om forskning og helsefaglig forskning m.v.</i>

7.4 Forskrifter

1988	Forskrift 1. januar 1988 nr. 4458 om Regler for midlertidig ordning med pasientskaderstatning for somatiske sykehus/poliklinikker
2000	Forskrift 21. desember nr.1385 om pasientjournal

7.5 Utenlandske lover

2014

LBK nr 1202 af 14/11/2014 Gældende
(Sundhedsloven)

2014

Patientlag (2014:821).