

UiO : **Det juridiske fakultet**

Elektrosjokk på vaklende grunnlag

En vurdering og gjennomgang av det rettslige grunnlaget for gjennomføring av elektrokonvulsiv behandling på pasienter i strid med psykisk helsevernloven § 4-4 annet ledd.

Kandidatnummer: 701

Leveringsfrist: 25. april 2016

Antall ord: 14 648



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING – TEMA OG PROBLEMSTILLING	1
1.1	Problemstillingen	1
1.2	Historie og dagens situasjon.....	2
1.3	Metode og begrepsavklaring	3
1.3.1	Sentrale begreper.....	4
1.4	Oppsummering og den videre fremstilling.....	5
2	SAMTYKKEBEGREPET I PSYKISK HELSEVERNLOVGIVNINGEN.....	7
2.1	Introduksjon til det helserettslige samtykkebegrepet	7
2.2	Det stilltiende samtykke	7
2.3	Mangler pasienten samtykkekompetanse?	8
2.4	Er representasjonssamtykke en løsning?	10
3	EN REDEGJØRELSE AV DAGENS BRUK AV NØDRETT VED ECT.....	12
3.1	Hva sier lovgiver og forvaltning?.....	12
3.2	Innholdet i nødrettsvurderingen ved ECT behandling uten samtykke	14
3.3	Den nødrettslige vurderingen: Det reddede rettsgode i forhold til skaden.....	14
3.3.1	Strl. § 17 bokstav a.....	16
3.3.2	Strl. § 17 bokstav b	17
3.4	Rekkevidden av nødrettsgrunnlaget	17
3.5	Oppsummering	18
4	ER DAGENS ORDNING RETTSLIG HOLDBAR?.....	19
4.1	Et inngrep i borgernes rettsfære	19
4.1.1	Nødrett som rettslig grunnlag	20
4.2	En sammenligning med psykisk helsevernloven § 4-4 annet ledd bokstav b	21
4.2.1	Behovet for lovendring for tvangsernæring	21
4.3	En utdatert oppfatning?	24
4.4	Lovgivning i andre land	25
4.4.1	England	25
4.4.2	Danmark.....	27
4.5	De juridiske konsekvensene av dagens ordning.....	29
4.5.1	Rettsikkerhet.....	29
4.5.2	Skjønnsmessige vurderinger	30
4.6	Oppsummering	30

5	I LYS AV MENNESKERETTIGHETENE.....	32
5.1	Et internasjonalt perspektiv	32
5.2	Forbudet mot tortur og umenneskelig behandling	32
5.3	Retten til respekt for privatlivet.....	33
5.4	Internasjonal kritikk	34
5.4.1	FNs komite mot tortur.....	34
5.4.2	Europarådets rapport.....	35
5.4.3	Hva innebærer kritikken?.....	36
5.5	En ordning i strid med menneskerettighetene?	36
6	AVSLUTNINGSVIS	38
6.1	Hvorfor dagens situasjon er uholdbar	38
6.2	Veien videre	39
	LITTERATURLISTE.....	41

1 Innledning – tema og problemstilling

1.1 Problemstillingen

Pasienter som lider av dyp depresjon blir i dag behandlet blant annet med med elektrokonvulsiv behandling (ECT). Behandlingen innebærer at en liten mengde elektrisitet sendes gjennom hjernen til en pasient som er underlagt narkose. ECT har dokumentert effekt på pasienter med forskjellige typer av depresjon. Det benyttes i utgangspunktet som et siste behandlingsalternativ når mer tradisjonelle medikamenter og psykoterapi har vist seg å ikke fungere.¹ Det antas at det i Norge i dag gjennomføres cirka 500 – 1000 slike behandlinger per år på pasienter som enten i samråd med lege samtykker til slik behandling eller hvor det ikke er mulig å innhente gyldig samtykke.² Dette er et usikkert tall og man vet ikke med sikkerhet hvor mange behandlinger som skjer, da det mangler et enhetlig rapporteringssystem.³

Rettslig utgangspunkt for gjennomføring av slik behandling er samtykke, jf. Lov 2. juli 1999 nr. 62 om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern (heretter psykisk helsevernloven) § 2-1. Bestemmelsen viser til at psykisk helsevern kun kan ytes på bakgrunn av samtykke etter bestemmelsene i Lov 2. Juli 1999 nr. 63 om pasient- og brukerrettigheter (heretter pasientrettighetsloven) § 4-1. Unntak fra hovedregelen om samtykke, jf. pasientrettighetsloven § 4-1 kan gjøres når det foreligger hjemmel eller annet gyldig rettsgrunnlag. Det er et slikt ”annet gyldig rettsgrunnlag” som utgjør kjernen av problemstillingen i avhandlingen. For å kunne utføre ECT på en pasient må vedkommende i utgangspunktet samtykke til behandlingen. I psykisk helsevernloven § 4-4 annet ledd heter det at ”[U]ten at pasienten har samtykket kan det ikke gjennomføres undersøkelser og behandlinger som innebærer et alvorlig inngrep...”. ECT utgjør et alvorlig inngrep og fordi det ikke finnes særskilt hjemmel for å gjennomføre ECT uten samtykke, vil et slikt tiltak i utgangspunktet være ulovlig.⁴

Psykisk helsevern er et rettsområde som har satt pasientens selvbestemmelsesrett og integritet svært høyt, jf. phlsvl. § 1-1 hvor det fremgår følgende: ”[F]ormålet med loven her er å sikre at etablering og gjennomføring av psykisk helsevern skjer på en forsvarlig måte og i samsvar med grunnleggende rettssikkerhetsprinsipper. Formålet er videre å sikre at de tiltakene som er beskrevet i loven, tar utgangspunkt i pasientens behov og respekt for menneskeverdet.”

¹ Nasjonale retningslinjer for diagnostisering og behandling av voksne med depresjon i primær- og spesialisthelsetjenesten, s. 65

² Aarnes (2013)

³ Aarnes (2013)

⁴ Rundskriv IS 9/2012, s. 64

Pasientgruppen det utføres ECT på har følgende tilstand/sykdom: ”[P]asienten har en alvorlig psykotisk eller melankolsk depresjon med resistens for ulike medikamenter. Depresjonen har ført til en kataton stupor med manglende evne til å ta inn mat og drikke.”⁵ At pasienten befinner seg i en *kataton stupor* tilstand innebærer at vedkommende som oftest vil være utilgjengelig for enhver form for kontakt. For en gruppe pasienter vil det derfor være problematisk å påvise samtykkekompetanse. Det oppstår dermed et problem når en lege mener at ECT er den foretrukne form for behandling også for pasienter som mangler samtykkekompetanse. Selve samtykkebegrepet vil jeg komme tilbake til i kapittel 3.

I dag står vi overfor en situasjon hvor ECT blir benyttet til tross for manglende gyldig samtykke. Dette er i strid med psykisk helsevernloven § 4-4 annet ledd. Dette foregår ved at behandlerne oppfatter sykdomssituasjonen til pasienten som så prekær at det ved påberopelse av nødrett benyttes ECT, jf. Lov om straff (heretter straffeloven) § 17. En undersøkelse fra Helsedirektoratet viser at 30% av institusjonene som ble spurt hadde benyttet ECT på nødrettsgrunnlag i 2012.⁶

Jeg skal redegjøre for denne juridiske konstruksjonen og vurdere hvorvidt den er juridisk holdbar eller ikke. Avslutningsvis vil jeg se på eventuelle alternative løsninger.

1.2 Historie og dagens situasjon

ECT ble for første gang benyttet for å kurere psykisk syke i Italia i 1938.⁷ Behandlingen spredde seg, men det oppsto også en del kritikk på grunn av gjennomføringsmåten.⁸ Kritikken spredte seg utenfor psykiatrimiljøet og fortellinger fra populærkulturen skildrer en skremmende behandling og praksis. Dette har hatt en svært negativ virkning på offentlighetens syn på behandlingen.⁹ I dag henger dette i stor grad igjen og behandlingens metode og virkning er lite kjent utenfor fagmiljøet.

Lov om psykisk helsevern § 4-4 annet ledd etablerer det rettslige utgangspunktet: ”[U]ten at pasienten har samtykket kan det ikke gjennomføres undersøkelse og behandling som innebærer et alvorlig inngrep (...)”. Likevel gjennomføres det ECT på pasienter uten samtykkekompetanse. Dette fremgår av Helsedirektoratets retningslinje og rettstilstanden vi har endt opp med per i dag er uklar. Forvaltningen og fraværet av lovregulering etterlater pasient, pårørende

⁵ Berg (2008), s. 192

⁶ Johannesen (2016)

⁷ Berg (2009) s. 250

⁸ Berg (2009) s. 250

⁹ McDonald (2009)

og lege i en regulerings situasjon fri for kontrollmekanismer, rettssikkerhet og respekt for pasientens autonomi.

Det knytter seg altså en rekke problemstillinger til dagens ordning med ECT behandling ved fravær av et gyldig samtykke og disse problemstillingene skal jeg redegjøre for. Lovens utgangspunkt om samtykke til helsehjelp og respekt for pasienters autonomi og integritetshensyn skulle i sum ha ført til en klar hjemmel for å handle i strid med lovens hovedregel.¹⁰ Nettopp fordi inngrepet utgjør et betydelig inngrep i pasientens private rettssfære er kravet til lov hjemmel tydelig og klart, ”[F]or integritetskrenkende inngrep stilles krav om en klar og utvetydig lovhjemmel.”¹¹

1.3 Metode og begrepsavklaring

Avhandlingen tar for seg et aspekt ved psykisk helselovgivningen som mangler tradisjonelle rettskilder samt en særskilt psykiatrisk behandling som behøver inngående beskrivelse. Jeg har derfor jeg funnet behov for å snakke med fagfolk både i legeviten skapen og forvaltningen. Det er derfor nødvendig å ikke bare redegjøre for den juridiske metoden, men også den empiriske.

ECT behandling uten samtykke er et uregulert område ved psykisk helsevern. Det gjennomføres til tross for manglende hjemmel. Det er derfor fravær av tradisjonelle rettskilder som kan redegjøre for rettstilstanden, da den i utgangspunktet ikke skal eksistere. Problemstillingen har ikke vært oppe for domstolene og lovgiver har vært sparsommelig med uttalelser knyttet til dagens praksis.

Etter å ha redegjort for lovgivers standpunkt i psykisk helsevernloven § 4-4 annet ledd, kunne jeg raskt konkludere med at bestemmelsen ikke åpner for bruk av ECT på pasienter som ikke er samtykkekompetente. Det gjør derimot bestemmelsens forarbeider som anerkjenner både dagens forbud, men understreker at det kan omgås. Videre valgte jeg derfor å gå til forarbeider til tilsvarende behandlinger, som i grad av inngrep og manglende samtykke kan sammenlignes med ECT behandling. Forarbeidene har mye å si om hensyn som må ivaretas ved innføring av tvangshjemler for inngripende behandlinger og jeg har vurdert graden av overføringsverdi til ECT. Min juridiske metode på dette området har derfor i stor grad vært sammenlignende og undersøkende for å kunne vurdere innhold og holdbarhet av dagens rettstilstand.

¹⁰ Pasient- og brukerrettighetsloven § 4-1

¹¹ Kjønstad (2008) s. 433

Juridisk litteratur har hatt en begrenset rolle hva gjelder kjernen av problemstillingen. Det er verdt å merke seg at kommentarutgaven til psykisk helsevernloven ikke har mer å si om ECT i tilknytning til psykisk helsevernloven § 4-4 annet ledd enn det som fremgår av forarbeidene.¹² Problematikken i nødrettsordningen blir ikke en gang nevnt. Dagens rettstilstand er altså ikke drøftet ytterligere i det som er en svært viktig rettskilde for mange jurister som anvender psykisk helsevernloven til daglig.

På de områder som gjelder de internasjonale menneskerettighetene har jeg tatt i bruk dommer og faglitteratur for å etablere innholdet i rettighetene og benyttet meg av mer tradisjonell juridisk metode. Vedrørende henvisningene til dansk og britisk lovgivning har jeg ved å gå til sentrale rettskilder forsøkt å redegjøre nærmere for innholdet av og formålet med bestemmelsene. Jeg har valgt å ta særlig utgangspunkt i Danmark, da dette er et land med like rettskilde-tradisjoner som det er naturlig at Norge sammenligner seg med. Jeg har sett på uttalelser i både forarbeider og juridisk litteratur.

Jeg har ved tre anledninger samlet informasjon ved å snakke direkte med fagfolk. Jeg hadde en telefonsamtale med Arne Johannesen, som er psykiater og leder for arbeidsgruppen som har fått i oppdrag å utarbeide Helsedirektoratets retningslinjer for bruk av elektrokonvulsiv behandling. Jeg møtte professor John Erik Berg som er psykiater og professor ved Høgskolen i Oslo og Akershus som regnes som en ekspert på området. I tillegg pratet jeg over telefon med seniorrådgiver og advokat i Helsedirektoratet på avdeling for psykisk helse og rus, Wenche Dal Elde

Samtalene med disse personene har hovedsakelig vært for at jeg skulle få en bredere og bedre forståelse for hva ECT er, hvordan det gjennomføres og hva slags etiske spørsmål det reiser for dem som er fagfolk. Det skulle bidra til å gjøre det faglige grunnlaget for avhandlingen sterkere slik at jeg kunne få en solid grunnlag for mine juridiske vurderinger. I tillegg var samtalen med Helsedirektoratet en måte å få klarhet i de begreper som blir benyttet i deres forvaltningspraksis. Herunder nødrett og hvorvidt dette er en direkte henvisning til straffelovens § 17 om nødrett. Dette ble besvart bekreftende.

1.3.1 Sentrale begreper

Psykisk helsevernlovens og pasientrettighetslovens hovedregel om samtykke og medbestemmelse, jf. § 3-1, er et resultat av den grunnleggende ideen om menneskets *autonomi*. Autonomi innebærer en iboende rett til å bestemme over egen person, kropp og liv. Denne retten må leger respektere til tross for at pasienten kan komme til å ta medisinske avgjørelser i

¹² Syse (2007), s. 121

strid med deres råd. Når jeg peker på *integritetskrenkelse*, er det særlige en krenkelse av menneskets autonomi det siktes til og inngrep i denne.

Med *samtykke* i helselovgivningen menes et informert samtykke, hvor pasienten er kompetent etter pasientrettighetsloven § 4-1 til å ta medisinske avgjørelser for seg selv. En detaljert fremstilling av samtykkebegrepet og dets betydning for problemstillingen fremgår av kapittel 2. Dette er i stor grad tilknyttet det helserettslige begrepet om *tvang*. Tvang i helserettslig forstand menes enhver handling som blir utført på en pasient hvor det ikke foreligger et gyldig samtykke. Dette innebærer at det med tvang ikke bare siktes til de tilfeller hvor pasienten motsetter seg handlingen, men også de tilfeller hvor pasienter som ikke er samtykkekompetente *ikke* motsetter seg handlingen. Dette er særlig aktuelt hvor pasienten på grunn av sykdom ikke reagerer på omverdenen.

Med *nødrett* siktes det til de situasjoner som faller under straffelovens § 17 om straffrihet i nødrettstilfeller. Dette redegjør jeg utførlig for i kapittel 3 hvor jeg gjennomgår hva som ligger i lovbestemmelsen.

1.4 Oppsummering og den videre fremstilling

De fagkyndige og litteraturen på området er tilstrekkelig entydig i at behandlingsmetoden fungerer. Jeg kan derfor ta utgangspunkt i at elektrokonvulsiv behandling ved visse psykiske tilstander er et behandlingsalternativ som kan forbedre visse psykiske tilstander. Dette med en akseptabel risiko for eventuelle bivirkninger som hittil er kjent.¹³

Først skal jeg redegjøre for det helserettslige samtykkebegrepet og problemstillinger knyttet til dette. Deretter går jeg videre til å vurdere innholdet i dagens bruk av nødrett som grunnlag for ECT og hvor grensen for denne går.

Videre tar jeg utgangspunkt i dagens ordning med manglende hjemmel for ECT uten samtykke og vurderer om den er juridisk holdbar. Jeg skal forsøksvis svare på hvorfor lovgiver har valgt å ikke lovregulere når det likevel eksplisitt nevnes i forarbeidene at ECT i noen unntakstilfeller kan skje på grunnlag av nødrett. Det erkjennes dermed at det finnes et behov for å benytte ECT hvor man ikke har et gyldig samtykke.¹⁴ Herunder skal jeg også sammenligne lovgivers argumentasjon for å ikke åpne for ECT-behandling med adgangen til tvangsforing

¹³ Nasjonale retningslinjer for diagnostisering og behandling av voksne med depresjon i primær- og spesialisthelsetjenesten s. 65

¹⁴ Ot. Prp. nr. 11 (1998 – 1999) s. 160

av pasienter med alvorlig spisevegring. Dette er i dag er lovregulert i psykisk helsevernloven § 4-4 annet ledd bokstav b.

Følgende spørsmål skal utforskes: Hva slags argumentasjon blir benyttet for å opprettholde et forbud mot ECT under tvang. Hvordan er denne argumentasjonen sammenlignbar med begrunnelsen for å vedta hjemmel for tvangsforing. Er summen av argumenter og begrunnelse sett i lys av denne sammenligningen holdbar? Hvis svaret er nei, hvilke andre begrunnelser kan det være for at tvangsforing er tillatt uten samtykke, men ikke ECT? Her skal jeg avslutte med en vurdering av de aktuelle og potensielle juridiske konsekvensene av dagens ordning.

Jeg skal også forsøke å svare på om dagens rettslige ordning med påberopelse av nødrett er i strid med den Europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK) artikkel 3 og 8, særlig med blick på internasjonal kritikk Norge har vært mottaker av i henholdsvis 2012 og 2015. Hva slags virkninger, om noen, har slik kritikk for Norge? Og er bruk av nødrett uten samtykke et brudd på Norges forpliktelser etter EMK?

Til slutt skal jeg se på mulige løsninger. Er det hensiktsmessig å fortsette med dagens rettstilstand eller bør loven endres?

2 Samtykkebegrepet i psykisk helsevernlovgivningen

2.1 Introduksjon til det helserettslige samtykkebegrepet

Reglene om samtykke er et resultat av respekt for menneskets autonomi og selvbestemmelsesrett. Vi anerkjenner hverandre som selvstendige mennesker. Retten til respekt for integritet, selvbestemmelse og menneskeverd er en naturlig konsekvens av dette. I tillegg kommer avtalesfriheten som et resultat av retten til å bestemme over seg selv som også gir en rett til å ta forhåndsbeslutninger. Dette er et svært relevant hensyn ved vurderingen av representasjons-samtykker.

Utgangspunktet for all helsehjelp i Norge er at det foreligger samtykke fra pasienten, jf. pasientrettighetsloven § 4-1. I juridisk forstand snakker man ofte om at samtykke skal være *informert*. Dette vil si at pasienten skal få informasjon om og være i stand til å forstå behandlingen han får forespeilet, i tillegg til eventuell alternativer og konsekvensene av å ikke motta behandlingen. Det er også viktig å påpeke at det er det *gyldige* samtykke man er ute etter. Betingelser som avgjør hvorvidt et samtykke er gyldig er alder, mental tilstand og handlingens lovlighet.¹⁵ I tillegg er det et vilkår for samtykkets gyldighet at pasienten har fått tilstrekkelig informasjon.¹⁶

Jeg tar utgangspunkt i psykisk helsevernloven kapittel 4 og vurderer hvordan reglene om samtykke påvirker muligheten for gjennomføring av ECT-behandling. Videre vil jeg se på hvilke muligheter loven åpner opp for i de tilfeller pasienten enten mangler samtykkekompetanse eller er samtykkekompetent, men ikke samtykker til behandlingen. Fordi det er snakk om tvangsbehandling forutsettes det at pasienten er underlagt tvungent psykisk helsevern. Pasienter som er samtykkekompetente kan ikke underlegges tvangsbehandling. Grunnvilkåret om sinnslidelse og ett av tilleggsvilkårene i psykisk helsevernloven § 3-3 nr. 3 vil derfor være oppfylt.

2.2 Det stilltiende samtykke

Hvorvidt og hvordan gyldig samtykke foreligger vil avhenge av hvilken medisinsk situasjon man befinner seg i. Det er stor forskjell på hvordan helsearbeidere går frem for å sikre at det foreligger samtykke, og det er et klart skille mellom psykiske tilstander/sykdom og somatisk sykdom. Det mest aktuelle i de fleste tilfeller legehjelp blir gitt er det stilltiende samtykke. I pasientrettighetsloven i § 4-2 første ledd fremgår det at samtykke både kan gis stilltiende eller uttrykkelig. Dette er begrunnet ut i fra hensynet til at en bevisstløs pasient ikke vil kunne gi

¹⁵ Halvorsen (2016), s. 4

¹⁶ Halvorsen (2016), s. 6

uttrykk for samtykke. Man må kunne legge til grunn at det ut i fra en situasjon hvor pasienten risikerer å miste et lem for eksempel ønsker at dette skal reddes selv om de ikke kan gi uttrykk for dette.

Stilltiende samtykke innebærer at ”...*det ut fra pasientens handlemåte og omstendighetene for øvrig er sannsynlig at hun eller han godtar helsehjelpen.*”, jf. pasientrettighetsloven § 4-2. Et stilltiende samtykke er en reaksjon fra en pasient på en leges tilnærming. Dette innebærer at legen ut fra situasjonen vil kunne lese pasientens reaksjon uten at noe nødvendigvis blir sagt. Litt upresist betyr det at et samtykke ofte vil være basert på kroppsspråk. Pasienten har mulighet til å tilkjenne sin reaksjon, for eksempel ta i mot medisinen som blir gitt, rekke frem armen for en blodprøve eller legge seg til rette for annen type medisinsk behandling.

På grunn av hva som ligger i et stilltiende samtykke vil det ikke være tilstrekkelig som grunnlag for ECT på pasienter med sinnslidelser tilsvarende dyp depresjon. Disse menneskene er jo ofte i en slik tilstand at de ikke evner å vise hva de ønsker gjennom et signal som tilsier aksept. Dersom pasienten befinner seg i en katatonisk tilstand vil det sjelden være noen reaksjon å få fra pasienten i det hele tatt. Når stilltiende samtykke krever en klar reaksjon fra pasienten som tillater legen å handle vil det ikke være tilstrekkelig dersom pasienten ut fra sin tilstand *ikke er i stand* til å utøve slike signaler som en behandler kan stole på. Når reaksjonsmønsteret ikke lengre er rasjonelt, men i stor grad kontrolleres av sykdommen vil det ikke være et uttrykk for pasientens behov og ønsker. Unntak kan selvfølgelig tenkes for de tilfeller en behandler har jobbet tett med en pasient over en lengre periode hvor de kjenner pasientens handlingsmønster i sykdomstilstanden.

Avhengig av pasientens grad av depresjon, vil det altså ofte være problematisk å fastslå hvorvidt pasientene er samtykkekompetent i tilfeller det er aktuelt med ECT. Dersom pasienten ikke evner å tilkjenne en reaksjon på hvorvidt de samtykker til behandlingen er pasient og behandler avhengig av et klart regelverk som regulerer disse tilfellene. Her strekker ikke reglene om samtykke helt til. Særlig fordi det praktiske samtykke er stilltiende er det viktig med gode alternativer for gjennomføring av ECT basert på noe annet enn et samtykke. ECT-behandling står i så måte i en særstilling fordi det i første omgang er problematisk å i det hele tatt få en reaksjon fra pasienten. Som et resultat av denne problemstillingen har vi ironisk nok endt opp med en alt annet enn forutberegnelig og klart avgrenset situasjon for unntakene fra samtykke.

2.3 Mangler pasienten samtykkekompetanse?

Rettslig utgangspunkt for å vurdere om en pasient er samtykkekompetent er pasientrettighetsloven § 4-3. Enhver myndig person og mindreårige etter fylte 16 år har rett til å samtykke til helsehjelp. Unntak gjøres for det som følger av særlige lovbestemmelser. En samtykkekompe-

tent person har rett til å nekte helsehjelp. Helsehjelp uten samtykke kan dermed gjennomføres dersom vilkårene for tvungent psykisk helsevern og øvrige tvangsvilkår er oppfylt, jf. phlsvl. §§ 3-3 og 4-4.

I pasrl. § 4-3 annet ledd fremgår det at samtykkekompetansen helt eller delvis kan bortfalle ”...dersom pasienten på grunn av fysisk eller psykiske forstyrrelser, senil demens eller psykisk utviklingshemming åpenbart ikke er i stand til å forstå hva samtykket omfatter.”

I høringsrunden til psykisk helsevernloven uttalte Norsk psykiatrisk forening at ”...det ikke er uproblematisk å basere ECT-behandling på pasientens informerte samtykke.” De begrunnet dette i at ”[P]å grunn av den psykiatriske lidelse kan både tankeevne og dømmekraft være nedsatt, det kan i slike situasjoner reises tvil om pasienten er kompetent til å gi samtykke.”¹⁷ De som er aktuelle for ECT-behandling på grunnlag av nødrett vil som nevnt ofte være i en slik tilstand at det kan være vanskelig å påvise samtykkekompetanse i tråd med pasrl. § 4-3. Denne tilstanden blir beskrevet i faglitteraturen som at ”[D]epresjonen har ført til en kataton stupor med manglende evne til å ta inn mat og drikke.”¹⁸ Dette innebærer at man ikke får reaksjoner på tilnærminger til pasienten. De møter for eksempel ikke blikket ditt og det er umulig å vite hvordan de oppfatter virkeligheten rundt seg. Man kan ikke kan være sikker på hva pasienten klarer å tilegne seg av informasjon eller inntrykk rundt seg og uansett ikke få tydelig svar fra pasienten. En slik tilstand vil etter min mening oppfylle vilkåret i pasrl. § 4-3 om at pasienten på grunn av psykiske forstyrrelser åpenbart ikke er i stand til å forstå hva samtykket omfatter. Pasientens vil i mange tilfeller ikke ha samtykkekompetanse når de finner seg i den psykiske tilstanden som gjør dem til aktuelle kandidater for ECT.

ECT utført på nødrettsgrunnlag krever at pasientene ikke er samtykkekompetent og det vil som utgangspunkt derfor være fattet vedtak om etablering av tvungent psykisk helsevern i tråd med phlsvl. § 3-3.¹⁹ Grunnvilkåret for etablering av tvungent psykisk helsevern er at pasienten har en ”alvorlig sinnslidelse”, jf. phlsvl. § 3-3 første ledd nr. 3. Pasienter med ”alvorlig psykotisk eller melankolsk depresjon” vil oppfylle vilkåret til alvorlig sinnslidelse. I tillegg vil pasienten måtte være enten en fare for seg selv (suicidal, sluttet å ta til seg næring), eller eventuelt andre, jf. phlsvl. § 3-3. Dersom pasienten ikke er tvangsinnlagt er ikke tvangsbehandling aktuelt, da pasienten vil være samtykkekompetent.

¹⁷ Ot. prp. nr. 11 (1998-1999) s. 110

¹⁸ Berg (2008), s. 192

¹⁹ Nasjonale retningslinjer for diagnostisering og behandling av voksne med depresjon i primær- og spesialisthelsetjenesten, s. 65

2.4 Er representasjonssamtykke en løsning?

Er det andre alternative samtykkebestemmelser som likevel gjør at det foreligger lovhjemmel for bruk av ECT uten pasientens eget samtykke? To mulige alternativer i form av forhåndssamtykke og representasjonssamtykke finnes i lov av 29. mars 2010 nr. 9 om vergemål (heretter vergemålsloven), §§ 45 og 78, henholdsvis *forhåndssamtykke* og *fremtidsfullmakt*. Er det grunnlag for å benytte disse samtykkebestemmelsene?

Kan pasienter som er over 18 år og mangler samtykkekompetanse som har oppnevnt verge i tråd med vergemålsloven § 20 anvende *forhåndssamtykke*, jf. vergemålsloven § 45 eller *fremtidsfullmakt*, jf. vergemålsloven § 78 samtykke på forhånd?

Samtykke til helsehjelp gitt av vergen eller på vegne av fullmaktsgiveren er det svært begrenset adgang til, hvis noen. Pasientrettighetsloven åpner opp for at nærmeste pårørende, herunder vergen eller fremtidsfullmaktshaveren skal spørres før det gjennomføres helsetiltak av inngripende art, jf. pasrl. § 4-6 annet ledd. Det ble ved lovendring i 2008 besluttet at en slik avgjørelse ikke skulle ligge på de pårørendes skuldre, men hos helsepersonellet.²⁰ Dette gjelder likevel ikke dersom pasienten motsetter seg behandlingen. Dette innebærer ikke at vergen eller fullmektigen kan *samtykke* på vegne av fullmaktsgiveren. Selve avgjørelsen er uansett overlatt til helsepersonellet og det må godtgjøres at pasienten ville gitt tillatelse til slik hjelp. Dette er en form for presumert samtykke. Dette vil være vanskelig å legge til grunn ved et katatonisk tilstand fordi det er svært problematisk å skulle presumere hva en person i den tilstanden ønsker.

Vergemålsloven § 21 fjerde ledd setter grenser for at vergemålet kan omfatte kompetanse til å samtykke til tvang. Det må derfor vurderes hvorvidt et forhåndssamtykke eller fremtidsfullmakt til ECT i alle tilfeller vil innebære tvang. Dersom det er avgitt en fremtidsfullmakt eller forhåndssamtykke til ECT, men pasienten på behandlingstidspunktet likevel fysisk motsetter seg behandlingen vil man ikke kunne gjennomføre behandling, jf. pasrl. § 4-6 siste ledd. I slike tilfeller vil representasjonssamtykke ikke være rettslig grunnlag for gjennomføring av ECT på pasient uten samtykkekompetanse.

Fremtidsfullmakt defineres i vergemålsloven § 78 som en fullmakt ”...til én eller flere personer om å representere fullmaktsgiveren etter at fullmaktsgiveren på grunn av sinnslidelse (...) ikke lenger er i stand til å ivareta sine interesser innen de områder som omfattes av fullmakten.” Fullmaktens innhold og omfang fremgår av § 80. Bestemmelsens tredje ledd setter en

²⁰ Ot. prp. nr. 64 (2005-2006) s. 17

klar begrensning ved at ”[K]ompetansen til å (...) samtykke til tvang og andre særlige personlige forhold kan ikke omfattes av fullmakten uten særskilt hjemmel i lov.” Avgjørende blir dermed hvorvidt det er tvang dersom en pasient ikke motsetter seg behandlingen og det på forhånd er avgitt et forhåndssamtykke eller fremtidsfullmakt.

Av forarbeidene vises det til sosialtjenestelovens definisjon for tvang som er ”...tiltak som tjenestemottakeren motsetter seg eller tiltak som er så inngripende at de uansett motstand må regnes som bruk av tvang eller makt.”²¹ Det er altså en generell begrensning i muligheten en verge eller fremtidsfullmakt har til å samtykke til inngripende helsetiltak. Det fremgår videre at ”[N]år det gjelder spørsmålet om vergens rolle i forbindelse med spørsmål om tvang i (...) forbindelse med helsehjelp, finner utvalget at dette må reguleres i særlov og ikke i vergemålslovgivningen.”²² All form for helsehjelp som utløser tvang, altså at pasientens motsetter seg handlingen eller som er av inngripende art, skyver vergen eller fullmaktshaveren ut på sidelinjen.

Hvorfor utgjør ECT-behandlingen *tvang* dersom pasienten på forhånd har gitt tillatelse til dette? Fullmakten kan for eksempel være formulert som at ”[D]ersom jeg rammes av sykdom og havner i en gitt tilstand, ønsker jeg å bli behandlet med ECT.” Dette omfattes av vår avtalefriheten som også inkluderer retten til å ta fremtidige avgjørelser om seg selv. Hovedhensynet om å respektere pasientens autonomi synes i så måte å være ivaretatt ved bruk av fremtidsfullmakt. Men som nevnt har lovgiver uttalt tydelig i forarbeidene at de ikke ønsker å regulere disse spørsmålene i vergemålsloven.²³

Finnes det gode grunner for å ikke godta en fremtidsfullmakt om helsehjelp som grunnlag for behandling av pasienter uten samtykkekompetanse? Dette spørsmålet må besvares dersom dagens rettstilstand ikke åpner for at dette skal være mulig.

Selv om en pasient befinner seg i en gitt tilstand som de ved fullmakt har bedt om ECT-behandling for, kan det være legen finner at andre behandlingsformer er å foretrekke. Dette har potensiale til å skape nye og kompliserte spørsmål om legens rolle ved behandling av en rekke psykiske sykdommer. Videre tar ikke en slik fullmakt høyde for utvikling og endringer som kan påvirke hva som anses som riktig behandling for forskjellige typer sykdom. Legevitenskapen utvikler seg raskt og det må være en leges mulighet å kunne tilby den best tilgjengelige behandlingen. På samme måte som man kan oppdage nye bivirkninger som enda ikke er kjent.

²¹ NOU 2004:16, s. 138

²² NOU 2004:16, s. 138-139

²³ NOU 2004:16, s. 138-139

Det dukker altså opp en rekke praktiske problemstillinger knyttet til en slik ordning som skissert. Hvorvidt fullmaktslæren åpner for det eller ikke, så tar det ikke høyde for en rekke av disse problemstillingene. Dette kan blant annet være grunnen til at lovgiver foretrekker at disse spørsmålene reguleres i særlovgivningen.

Spørsmålet blir til syvende og sist hvorvidt det er her vi ønsker at løsningen skal finnes. Jeg heller nok mot lovgivers synspunkt om at dette burde reguleres i særlov og ikke vergemålsloven eller avtalefriheten. Dette kommer jeg tilbake til i kapittel 6.

3 En redegjørelse av dagens bruk av nødrett ved ECT

3.1 Hva sier lovgiver og forvaltning?

Vi har etablert at det finnes en pasientgruppe det er behov for å benytte elektrokonvulsiv behandling på som ikke er samtykkekompetente. Det er derfor nødvendig å se på hvordan helseforvaltningen begrunner dette rettslig.

Lovgiver har ikke valgt å si mye om emnet, men i lovforarbeidene til psykisk helsevernloven ble følgende uttalt;

”Begrensningen i annet ledd om at det uten pasientens samtykke ikke kan gjennomføres undersøkelse og behandling som innebærer et alvorlig inngrep overfor pasienten, betyr at det ikke kan benyttes elektrokonvulsjonsbehandling (ECT, også kalt «elektrosjokk») eller inngripende grensesettende tiltak som tvangsbehandlingstiltak. I spesielle nødrettsituasjoner kan man gå lenger i bruk av tvangsbehandlingstiltak enn det dette ledd hjemler, og man vil da også kunne vurdere bruk av ECT. Psykokirurgiske inngrep, såkalt lobotomi, er det ikke lenger aktuelt å bruke i Norge.”²⁴

Det er vanskelig å bli klok på dette avsnittet fordi lovgiver sier på den ene siden at hovedregelen om samtykke gjelder for denne bestemmelsen fordi det er et alvorlig inngrep, og at dette krever lov hjemmel. Denne hjemmelen har ikke lovgiver gitt og har foreløpig heller ingen planer om det. På den annen side anerkjennes det at behandlingen likevel kan gjennomføres i det som beskrives som ”spesielle nødrettsituasjoner”. Det kan se ut til at det indirekte henvises til helsepersonelloven § 7 om øyeblikkelig helsehjelp. Av helsepersonelloven § 7 annet ledd fremgår følgende: ”[M]ed de begrensninger som følger av pasient- og brukerrettighetsloven

²⁴ Ot. Prp. nr. 11 (1998 – 1999) s. 160

§ 4-9, skal nødvendig helsehjelp gis selv om pasienten ikke er i stand til å samtykke, og selv om pasienten motsetter seg helsehjelpen.” Henvisningen til nødrett dukker opp flere ganger i lovforarbeidene og helt presist viser departementet til at ”...nødrett kan komme inn som et eget grunnlag for å gi ECT-behandling uten pasientens samtykke, dersom det er fare for pasientens liv eller at vedkommende kan få alvorlig helseskade.”²⁵ Dersom dette stemmer kan altså helsepersonell utføre behandlinger det ikke er hjemmel for i strid med pasientens ønske så langt man kan si det foreligger en ”akuttsituasjon som ikke kan avhjelpest med andre midler...”.²⁶ Dette er ikke slik klar avgrenset lovregler som setter sterke føringer på hvor og når det er tillatt å gjennomføre noe så inngripende som det å tvangsbehandle ett menneske. Kravet til klar og uomtvistelig hjemmel som gjelder på dette rettsområdet vil da ikke være oppfylt.²⁷ Det er i altfor stor grad overlatt til skjønnsmessige vurderinger som skaper uforutsigbarhet og alt annet enn rettssikkerhet for pasienten.

Uttalelsene om nødrett i forarbeidene ble uansett plukket opp av forvaltningen i utarbeidelse av Rundskriv IS-9/2012 ”Pyskisk helsevernloven og psykisk helsevernloven med kommentarer” (heretter rundskrivet). I rundskrivets kommentar til phlsvl. § 4-4 annet ledd fremgår det at ”[I] spesielle nødrettssituasjoner vil man likevel kunne gå lenger i bruk av tvangsbehandlingstiltak enn dette ledd hjemler, og man vil da også kunne vurdere bruken av ECT.” Det samme gjentas i Helsedirektoratets Nasjonale retningslinje for diagnostisering og behandling av voksne med depresjon i primær- og spesialisthelsetjenesten (heretter retningslinjen).²⁸

Lovgivers vurdering er altså at phlsvl. § 4-4 annet ledd innebærer at ECT utgjør et alvorlig inngrep. Utgangspunktet er med andre ord at det ikke kan gjennomføres dersom det ikke foreligger samtykke. Likevel åpnes det for det i ”spesielle nødrettssituasjoner” i samme avsnitt hvor man først har redegjort for at ECT ikke er tillatt. Resultatet av disse uttalelsene er en rettstilstand som uttrykkelig angir en systematisk anvendelse av nødrett og en klar omgåelse av forbudet i phlsvl. § 4-4 annet ledd. Holdbarheten av en slik rettstilstand skal jeg vurdere i kapittel 4. Videre i dette kapitlet skal jeg forsøke å redegjøre for hva som ligger i såkalte ”spesielle nødrettssituasjoner” og hva dette innebærer.

²⁵ Ot. prp. nr. 11 (1998 – 1999) s. 110

²⁶ Ot. prp. nr. 11 (1998 – 1999) s. 111

²⁷ Kjønstad (2008) s. 433

²⁸ Nasjonal retningslinje for diagnostisering og behandling av voksne med depresjon i primær- og spesialisthelsetjenesten, s. 65.

3.2 Innholdet i nødrettsvurderingen ved ECT behandling uten samtykke

Det henvises verken i retningslinjen eller i rundskrivet til nødrettsbestemmelsen i straffeloven § 17. I Ot. prp. nr. 11 (1998-1999) s. 110 derimot vises det direkte til straffelovens nødrettsbestemmelse, tidligere straffeloven av 1902 § 47.

Innholdet i nødrettsvurderingen ved ECT behandling uten samtykke presiseres i Ot. prp. nr. 11 (1998-1999) s. 110:

”Det må imidlertid presiseres at nødretten kan komme inn som et eget grunnlag for å gi ECT-behandling uten pasientens samtykke (...). Det vises her til straffeloven § 47, som krever at det må foreligge en uavvendelig fare som ikke kan avverges på annen måte og som må anses særdeles betydelig i forhold til det inngrepet som ECT-behandling uten samtykke utgjør. Behandlingen kan således bare utføres i en akuttsituasjon som ikke kan avhjelpest med andre midler (...), og den kan bare fortsette til den konkrete faren er avverget. En slit akuttsituasjon vil det typisk være hvor det foreligger en overhengende fare for selvmord på grunn av alvorlig depresjon.”²⁹

Det vises her til den gamle straffeloven av 1902, men rettstilstanden endres ikke med iverksettelse av den nye straffeloven.³⁰ Det fremgår av forarbeidene at den nye bestemmelsen presiserer og viderefører innholdet i § 47 i den gamle straffeloven.³¹ Vilkåret er likevel at det må foreligge en ”akuttsituasjon”. Det presiseres at akuttsituasjon kan innebære en overhengende fare for selvmord.

3.3 Den nødrettslige vurderingen: Det reddede rettsgode i forhold til skaden

I en vurdering av om en ellers ulovlig handling er straffri på bakgrunn av nødrett, tar man utgangspunkt i straffeloven § 17. Essensen i vurderingen ligger i forholdet mellom det reddede rettsgode og skaden man gjør ved den ulovlige handlingen. Det reddede rettsgode i dette tilfellet er pasientens liv/helse, mens skaden man risikerer er en stor belastning for pasientens kroppslige integritet, og eventuelle bivirkninger. Særlig relevant her er tap av minne, selv om det er uenighet hvorvidt dette er en langvarig, alvorlig bivirkning som følge av ECT-behandlingen.³²

Straffeloven § 17 lyder som følger,

²⁹ Ot. prp. nr. 11 (1998 – 1999) s. 110-111

³⁰ Straffeloven § 17

³¹ Ot. prp. nr. 90 (2003 – 2004) s. 418

³² Bendiksen (2013)

”En handling som ellers ville være straffbar, er lovlig når

- a) den blir foretatt for å redde liv, helse, eiendom eller en annen interesse fra en fare for skade som ikke kan avverges på annen rimelig måte, og*
b) denne skaderisikoen er langt større enn skaderisikoen ved handlingen.”

Strl. § 17 viderefører og presiserer som sagt innholdet i § 47 i den gamle straffeloven av 1902, men kravet til interesseovervekt ”utvides midlertidig noe”.³³ Dette innebærer at kravet til ”langt større”, slik formuleringen er nå, stiller et noe mindre krav til interesseovervekt enn før lovendring. Dette betyr at faren som truer (i dette tilfellet liv/helse) må kunne anses som ”langt større” i stedet for ”særdeles betydelig”, i forhold til den skade som kan påføres pasienten (integritet/bivirkninger) av ECT behandlingen. Det er altså nå et mindre strengt krav til hvor mye større skaderisikoen ved å la være å gjennomføre handlingen må være enn skaderisikoen ved å gjennomføre handlingen. Det er usikkerhet knyttet til om denne endringen vil få betydning for fremtidig praksis, men det er heller tvilsomt.³⁴ Det er av relevant betydning at dersom interessene som står mot hverandre tilhører samme person er kravet til interesseovervekt mindre.³⁵

For ECT-behandling vil endringen få utslag i at graden av fare for liv/helse ved selvmord eller annen alvorlig helseskade må være mindre nå enn før i forhold til eventuell integritetskrenkelse/bivirkninger, for å oppfylle lovens krav. For å si det litt enkelt er kravet at situasjonen kan være litt mindre akutt enn før for at nødrettshandlingen er lovlig.

Etter dette blir nødrettsvurderingen denne: For det første må det foreligge en fare for skade. Denne skaden må true en annen lovlig interesse, og skaden kan ikke bli avverget på annen rimelig måte, jf. bokstav a. Nødrettshandlingen trenger altså ikke være eneste måte å avverge skaden på, men dersom det finnes mindre inngripende tiltak som er tilgjengelig innenfor rimelighetens grenser må disse være forsøkt.

Av bestemmelsens bokstav b følger det at skaderisikoen for denne skaden må være langt større enn skaderisikoen ved den skadereddende handling. Det må også foreligge en redningshensikt.³⁶

³³ Ot. prp. nr. 90 (2003 – 2004) s. 418

³⁴ Eskeland (2000) s. 249

³⁵ Eskeland (2000) s. 249

³⁶ Ot. Prp. nr. 90 (2003 – 2004) s. 418

For at en behandlers anvendelse av ECT uten samtykke skal være lovlig etter strl. § 17 må ECT gjennomføres for å redde pasientens liv eller helse. Faren for pasientens liv/helse kan ikke avverges på annen rimelig måte, og det må være interesseovervekt til fordel for ECT-behandlingen. Altså skaderisikoen pasientens liv/helse ved å ikke gjennomføre ECT skal være langt større enn skaderisikoen som er pasientens kroppslige integritet og eventuelle bivirkninger.

3.3.1 Strl. § 17 bokstav a

Det reddede rettsgode i nødrettsvurderingen vil være pasientens liv. Som nevnt er det aktuelt å bruke ECT på pasienter som ikke har samtykkekompetanse når det er fare for pasientens liv eller helse. Det kan være fare for liv eller helse ved at vedkommende har sluttet å ta til seg næring eller ved stor selvmordsfare. Man kan også se for seg at helsetilstanden er så alvorlig at det vil være uakseptabelt å ikke gjøre noe. For eksempel en fullstendig mangel på bevegelse og bevissthet ovenfor omgivelsene. Man kan altså konkludere med at ECT-behandlingen i strid med phlsvl. § 4-4 annet ledd oppfyller vilkåret om at handlingen blir foretatt for å redde noens liv/helse.

I tillegg må pasientens liv/helse ikke kunne reddes på ”annen rimelig måte”. Dette innebærer at mindre inngripende tiltak må ha vist seg å være håpløst. Mindre inngripende tiltak kan for eksempel være medisiner og psykoterapeutisk behandling. Medisinering er det hjemmel for å gjennomføre under tvang, jf. phlsvl. § 4-4 annet ledd bokstav a og eventuelle andre tiltak for avverge faren for liv ved høy selvmordsfare og at pasienten ikke lengre tar til seg næring. Terapeutisk behandling er også et klart behandlingsalternativ ved depresjon, ofte i kombinasjon med medisiner. Dette vil likevel ofte være nytteløst på grunn av pasientens tilstand. Det er ikke aktuelt med tvangsforing i de tilfellene hvor depresjonen har ført til at pasienten ikke lengre tar til seg næring fordi det kun er tillatt som ledd i behandling av pasienter med alvorlig spiseforstyrrelser, jf. phlsvl. § 4-4 annet ledd bokstav b. Det vil derfor være riktig at ECT-behandling i visse tilfeller vil være den mest fornuftige og rimelige behandlingsmetoden helsepersonell benytter seg av for å redde pasients liv og helse i tråd med strl. § 17.

Det fremgår av retningslinjen at ”[E]CT kan kun være førstevalg ved psykotiske depresjoner og depresjoner som anses som potensielt livstruende, det vil si ved alvorlig næringsvegring eller akutt selvmordsfare.”³⁷ Det er retningslinjen behandlere og institusjoner tar utgangspunkt i.³⁸ I retningslinjen nevnes det helt konkrete situasjoner hvor ECT kan benyttes på pasienter uten samtykkekompetanse, men uten en eneste henvisning til nødrettsbestemmelsen i

³⁷ Nasjonal retningslinje for diagnostisering og behandling av voksne med depresjon i primær- og spesialisthelsetjenesten, s. 66

³⁸ Veileder for utvikling av kunnskapsbaserte retningslinjer, s. 3

strl. § 17. Dette er problematisk fordi ved å liste opp disse konkrete tilfellene lager forvaltningen en egen forvaltningsmessig bestemmelse om når det er tillatt å benytte ECT uten samtykke. En slik bestemmelse og praksis finnes det ikke hjemmel for, men derimot et forbud mot, jf. phlsvl. § 4-4 annet ledd. Dersom man skal legge til grunn strl. § 17 som rettslig grunnlag for gjennomføring av ECT på pasienter uten samtykkekompetanse skal det foretas en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle som et unntakstilfelle.

Praksisen som kan utledes av retningslinjen utgjør en snarvei som er gjort til en systematisk og organisert anvendelse av nødrettsbestemmelsen. Dette kan neppe ha vært lovgivers intensjon når det ble uttalt i lovens forarbeider at det ”[E]tter gjeldende rett kan nødrett i en viss utstrekning også gis grunnlag for å yte tvungen helsehjelp overfor pasienter.”³⁹

Hverken forarbeider og forvaltningens kilder, retningslinjen og rundskrivet, er konsekvente i deres framstilling av *når* ECT kan gjennomføres tross manglende samtykke. Det er derfor vanskelig å si hvilken praksis det er som egentlig følges. Og hvorvidt det faktisk er andre mindre inngripende tiltak som det er rimelig å forvente at kan avhjelpe risikoen for skade, blir forsøkt. Denne uvissheten understøttes også av at det mangler dokumentasjon på både omfang og praksis av ECT-behandlingene.

3.3.2 Strl. § 17 bokstav b

Dernest kommer vurdering av om skadene ved redningshandlingen, altså integritetskrenkelsen og eventuelle bivirkninger er å foretrekke fremfor skadene ved å la være å gjennomføre ECT.

Dette vil være en vurdering som vanskelig kan foretas på generelt grunnlag. Man vet ikke hvilken tilstand man eventuelt etterlater pasienten i og hvordan forskjellige mennesker reagerer på den integritetskrenkelse det innebærer å bli behandlet mot sin vilje. I tillegg er ECT-behandling en inngripende metode med potensielt alvorlige bivirkninger som hukommelsestap. Likevel er jeg av den oppfatning at det er rimelig å anta at dette er å foretrekke i en del tilfeller fordi tilstanden til denne pasientgruppen ofte vil være svært kritisk. Denne tilstanden har jeg beskrevet i innledningen.

3.4 Rekkevidden av nødrettsgrunnlaget

Dagens praksis med en henvisning til nødrett for gjennomføring av ECT uten samtykke medfører at det er vanskelig å slå fast rekkevidden av denne juridiske konstruksjonen. Det er motstridende beskjeder i lov, forarbeid og forvaltningens kilder. I loven fremgår det at det ikke er

³⁹ NOU 2002:4, s. 217

adgang til benytte ECT uten samtykke.⁴⁰ Likevel blir det ”litt tillatt” i forarbeid og i rundskrivnet.⁴¹ Dette har ført til at det er tillates i retningslinjen.⁴² Dette skaper en uforutsigbarhet om når og under hvilke vilkår ECT blir benyttet på pasienter uten samtykkekompetanse.

Til syvende og sist fremstår det som overlatt til den enkelte behandler og hvilke tilfeller den konkrete behandler finner det nødvendig. Fordi det heller ikke finnes konkrete tall og rapporter på ECT-bruk i strid med phslvl. § 4-4 annet ledd er det nettopp en stor utfordring i å få etablert et mønster av rundskrivnet og retningslinjens bruk i praksis.

3.5 Oppsummering

Etter min vurdering er det klart at vilkårene i nødrettsvurderingen om fare for liv og helse vil være oppfylt i en del tilfeller hvor ECT-behandling på en pasient uten samtykkekompetanse er aktuelt. Det er mer problematisk å påvise at mindre inngripende tiltak er vurdert og forsøkt fordi vi ikke har et konsekvent og sentralisert rapporteringssystem. Avgjørelsen etterlater for mye opp til den enkelte beholders skjønn og preferanser som i dag ikke er underlagt kontroll tilsvarende andre tvangsbehandlinger. Hvorvidt vilkåret om at skaden kan avverges på annen rimelig måte, jf. strl. § 17 bokstav a er oppfylt er derfor vanskeligere å påvise. Dette er en stor svakhet ved dagens praksis som jeg vil komme tilbake til i neste kapittel.

I tillegg er det problematisk å få stadfestet rekkevidden av nødrettsgrunnlaget, hvilket innebærer at pasienter og pårørende ikke har mulighet til å forutberegne sin rettsstilling. Dette er problematisk av flere grunner. Det er særlig problematisk fordi pasienter som har blitt fratatt muligheten til å ta avgjørelser som omhandler seg og sin kropp burde være beskyttet av et tydelig og klart avgrenset regelverk for hva slags behandling de kan underlegges og hvor grensene for dette går. Kravet til klar lovhjemmel ved inngripende tiltak nevnes i denne sammenheng.

Selv om man kan komme til den konklusjon at ECT er foretatt for å redde noens liv er i tråd med nødrettsbestemmelsen gjenstår kjernen i problemstillingen. Den går ut på hvorvidt dette er en rettsstilstand vi ønsker og om en slik systematisk bruk av nødrettsbestemmelsen er fordelaktig. Spørsmålet som gjenstår er altså om rettsstilstanden som beskrevet i dette kapitlet er et holdbart juridisk grunnlag for ECT på pasienter uten samtykkekompetanse. Dette skal utforskes i neste kapittel.

⁴⁰ Psykisk helsesvernloven § 4-4 annet ledd.

⁴¹ Ot. prp. nr. 11, s. 110-111, Nasjonal retningslinje for diagnostisering og behandling av voksne med depresjon i primær- og spesialisthelsetjenesten, s. 65.

⁴² Nasjonal retningslinje for diagnostisering og behandling av voksne med depresjon i primær- og spesialisthelsetjenesten, s. 66

4 Er dagens ordning rettslig holdbar?

4.1 Et inngrep i borgernes rettsfære

Vi har etablert pasientgruppen ECT i strid med psykisk helsevernloven § 4-4 annet ledd er aktuelt for og hvordan dagens nødrettsordning fungerer. Hva slags rettslige problemstillinger har oppstått for de pasientene dette gjelder? I tillegg vil jeg se på reguleringen av en tvangsbehandling som er lovregulert, nemlig tvangsforing, jf. phlsvl. § 4-4 annet ledd bokstav b. Hvordan er disse tilfellene er sammenlignbare både i inngrepets karakter og art? I tillegg skal jeg se på eksempler fra andre europeiske land og deres argumenter for lovregulering.

I forarbeidene til psykisk helsevernloven fremkommer følgende vedrørende behovet for tiltak hvor pasienter ikke kan samtykke:

”Det synes nærliggende å regne med at samfunnet vanskelig ser at mennesker går til grunne uten at det gjøres noe for dem, og at dette i hvert fall ikke tåles hvis vedkommende oppfattes som alvorlig sinnslidende og derfor ute av stand til å vurdere sin situasjon rasjonelt og slik selv ivareta sine interesser.”⁴³

Likevel slås det senere fast i forarbeidet under drøftelsene til de enkelte bestemmelsene, her § 4-4 annet ledd, at ECT ikke kan benyttes.⁴⁴

Psykisk helsevernloven § 4-4 annet ledd forbyr altså behandling som utgjør et alvorlig inngrep overfor pasienten.⁴⁵ Både i forarbeidene og rundskriv til loven påpekes det eksplisitt at nettopp denne bestemmelsen innebærer at ECT ikke kan utføres på pasienter dersom det ikke foreligger et samtykke eller annet gyldig rettsgrunnlag.⁴⁶

Et slik inngrep vil kreve lovhjemmel, jf. unntakene i psykisk helsevernloven § 4-4 annet ledd bokstav a og b. Likevel finner vi at lovgiver har tatt en snarvei i forarbeidene og viser til at selv om det ikke er lovhjemmel for å utføre ECT uten samtykke, vil det i ”*spesielle nødretts-situasjoner*” være tillatt. Det er viktig å understreke nettopp dette for å få frem motsigelsene i systemet.

Departementet skriver selv med henvisning til bruken av nødrett som grunnlag at ”...*det må foreligge en uavvendelig fare som ikke kan avverges på annen måte og som må anses særde-*

⁴³ Ot. Prp. nr. 11 (1998 – 1999) s. 43

⁴⁴ Ot. prp. nr. 11 (1998 – 1999) s. 160

⁴⁵ Rundskriv IS-9/2012, s. 63

⁴⁶ Ot. Prp. nr. 11 (1998-1999) s. 160, Rundskriv IS-9/2012, s. 64

les betydelig i forhold til det inngrepet som ECT-behandling uten samtykke utgjør.”(min utheving). Det er da betimelig å stille spørsmål hvorfor denne anerkjennelsen av både behov for å gjennomføre ECT uten samtykke samt graden av alvorlig inngrep det utgjør ikke fører til at det foreligger et lovfestet unntak fra phlsvl. § 4-4 annet ledd. Hvorfor ikke lovfeste dette unntaket når lovforarbeidene understreker den alvorlige graden av inngrep ECT utgjør? I stedet er en så alvorlig vurdering av forholdet mellom inngrep og behov for helsehjelp overlatt til vage formuleringer i forarbeider og forvaltningskilder som ikke en gang er entydige.

Dette er stor svakhet ved dagens praksis som ikke er tilstrekkelig begrunnet. Hvis man først skal tillate et så inngripende tiltak på pasienter uten at det foreligger samtykke er det minste man kan stille som krav at det lovfestes og at lovgiver blir enig med seg selv.

4.1.1 Nødrett som rettslig grunnlag

Som vi har sett lener lovgiver seg på alternativet om at dersom ECT skal kunne utføres på en pasient uten samtykke må det foreligge et annet gyldig rettsgrunnlag, jf. pasrl. § 4-1. En henvisning til nødrett blir ansett som tilstrekkelig. Det er da nødvendig å påpeke at nødrett ikke er et rettslig grunnlag. Det er en bestemmelse som kan gjøre en ellers straffbar handling lovlig under nærmere bestemte vilkår, jf. strl. § 17. En henvisning til systematisk bruk av nødrettsbestemmelsen som fremgår i lovforarbeidene og forvaltningspraksis til phlsvl. § 4-4 annet ledd kan vanskelig sees på som en permanent løsning. Likevel ser det ikke ut til at lovgiver har planer om å endre rettstilstanden slik det ble gjort for tvangsføring, jf. phlsvl. § 4-4 annet ledd bokstav b. Her ble blant annet argumentet om at nødrett ikke kan være en permanent løsning tungtveiende. Dette skal jeg komme tilbake til under neste punkt.

En slik forvaltningsmessig systematisering og institusjonalisering av nødrettsbegrepet var neppe en tiltenkt ønsket konsekvens fra lovgivers side. Nødrett er ikke ment som en ”back up” i de tilfeller forvaltningen ikke har fått den hjemmelen den behøver for å systematisk gjennomføre en behandling. I alle fall ikke en behandling som loven uttrykkelig ikke tillater. Det var vel heller ment som en sikkerhetsventil for hendelser man vanskelig kan forutse. Dette nevnes også i forarbeidene til straffeloven.⁴⁷ Slik ECT spesifikt er nevnt i forarbeidene til psykisk helsevernloven kan man vanskelig argumentere for at ECT utført på pasienter uten samtykkekompetanse er en sikkerhetsventil for *uforutsette* hendelser.

⁴⁷ NOU 2002:4 s. 218

4.2 En sammenligning med psykisk helsevernloven § 4-4 annet ledd bokstav b

Ved lovendring som trådte i kraft i 2007 fikk psykisk helsevernloven § 4-4 annet ledd en bokstav b. Bestemmelsen åpnet opp for tvangsforing som ledd i behandling av pasienter med alvorlig spiseforstyrrelser. Det er derfor interessant å utforske hvorvidt dette er sammenlignbart med ECT og til hvilken grad argumentene for lovendring er overførbare. Foregikk det tvangsernæring før lovendring? Hva var begrunnelsen for innføring av hjemmel for bruk av tvangsernæring som ledd i behandling av pasienter med alvorlig spiseforstyrrelse? Kan de samme argumentene benyttes for å få tilsvarende lovhjemmel for ECT i phlsvl. § 4-4?

Utgangspunktet mitt for denne sammenligningen er at begge behandlingene, tvangsernæring og ECT, har vist seg å være svært effektive på de psykiske sykdommene de skal kurere. Både tvangsforing og ECT er inngripende behandlinger som i utgangspunktet ikke er tillat å utføre uten samtykke, jf. psykisk helsevernloven § 4-4 annet ledd. Likevel er det gjort unntak for tvangsforing i bestemmelsens bokstav b, men ikke for elektrokonvulsiv terapi.

4.2.1 Behovet for lovendring for tvangsernæring

Psykisk helsevernloven § 4-4 annet ledd bokstav b kom inn ved lovendring i 2007. Da ble det besluttet at det var behov for egen lovhjemmel for tvangsforing fordi det samtidig ble konkludert med at tvangsernæring av pasienter med alvorlig spiseforstyrrelser utgjorde et alvorlig inngrep, jf. phlsvl. § 4-4 annet ledd.⁴⁸

I høringsnotat om endringer i psykisk helsevernloven og pasientrettighetsloven som ledd i lovendringen redegjøres det for hensynet for lovendring og behovet for en klarere rettstilstand på området for tvangsernæring:

”Det er utilfredsstillende å måtte gjøre flere kortvarige behandlingsintervensjoner med hjemmel i nødrettsbetraktninger etter helsepersonellovens § 7. Dette vil ofte resultere i at pasientens tilstand gradvis blir redusert, og vil gjøre faren for død eller betydelig skade større for hver gang pasienten på nytt befinner seg i en kritisk tilstand. På denne bakgrunn er det av avgjørende betydning om det finnes tilstrekkelig hjemmelsgrunnlag for å iverksette et mer langsiktig behandlingsopplegg med bruk av tvang i de få tilfeller hvor dette er nødvendig.”⁴⁹

⁴⁸ Syse (2007) s. 120 – 121

⁴⁹ Høringsnotat om endringer i psykisk helsevernloven og pasientrettighetsloven, s. 78

Direktoratet skriver at *”Det er utilfredsstillende å måtte gjøre flere kortvarige behandlingstervensjoner med hjemmel i nødrettsbetraktninger etter helsepersonellovens § 7”*. Akkurat den samme betraktningen gjør seg gjeldende for ECT-behandling. Likevel blir det tydeligvis ansett som tilfredsstillende nok til ikke å gjøre lovendring når det kommer til pasienter med dyp depresjon som har behov for ECT. Videre skrives det at en ordning med nødrett *”...ofte (vil) resultere i at pasientens tilstand gradvis blir redusert, og vil gjøre faren for død (...) større for hver gang pasienten på nytt befinner seg i en kritisk tilstand.”* Igjen ser vi at akkurat de samme argumenter for at nødrettsgrunnlaget er uholdbart også gjør seg gjeldende for ECT. For å være effektiv skal ECT i utgangspunktet utføres en rekke ganger i en behandlingsserie bestående av 8-12 behandlinger.⁵⁰

Videre legger de vekt på at det burde finnes en mulighet til å *”...iverksette et mer langsiktig behandlingssopplegg med bruk av tvang i de få tilfeller hvor dette er nødvendig.”* Dette er, om ikke det aller viktigste, ett av de viktigste hensyn for å få innføre et ordentlig hjemmelsgrunnlag også for ECT-behandling av pasienter uten samtykkekompetanse, *”...i de få tilfeller hvor dette er nødvendig.”* Som nevnt innebærer ECT-behandling en serie med behandlinger. Ofte skal det gjennomføres i sum 8 til 12 behandlinger for å få best og mest varige resultater. Dersom man ved påberopelse av nødrett benytter ECT på en pasient vil ikke dette kunne utgjøre grunnlag for å utføre mer enn én behandling. Etter det er man avhengig av at pasienten samtykker til behandlingen. Forhåpentligvis vil de samtykke fordi de etter den ene behandlingen ønsker å fortsette med en behandlingsserie fordi de opplever at de blir friskere. Dersom pasientens psykiske tilstand ikke forbedres vil det på nytt kreves nødrettsgrunnlag. Som nevnt over vil dette være *utilfredsstillende*. Likevel er det ingen tegn til endring.

Som det fremgår er argumentene som ble benyttet overførbart til ECT-behandling, da det ikke er noen automatikk i at ECT-behandling er *mer* inngripende overfor pasienten enn det tvangsforing kan oppleves som. For en pasient som har tatt et aktivt valg om å ikke spise må det kunne oppfattes som minst like skremmende å sitte i våken tilstand å bli tvangsforet gjennom nesen, som det vil være for en pasient som blir lagt i narkose før ECT-behandlingen finner sted.

Det fremgår videre av høringsnotatet at:

”I følge Sosial- og helsedirektoratet er det fortsatt stort sprik mellom fagmiljøene med hensyn til behandlingsmetoder for alvorlige spiseforstyrrelser. Dette taler i utgangspunktet mot å åpne den rettslige adgangen til å anvende tvang. Likevel synes det å

⁵⁰ Sykehuset i Vestfold (2015)

*være bred faglig enighet om at det er behov for tvangshjemler i en del av de alvorligste tilfellene for å sikre nødvendig næring forut for at pasientens tilstand blir så alvorlig tilstand at det oppstår en øyeblikkelig- hjelp situasjon, jf. helsepersonelloven § 7.*⁵¹

Her legger direktoratet vekt på hva fagmiljøet mener, om det eksisterer faglig uenighet om behandlingen og behovet for en klarere hjemmel. ECT står i dag i en tilnærmet lik situasjon som tvangsforing gjorde forut for lovendringen. Men av Helsedirektoratets informasjon fremgår det, særlig i den nasjonale retningslinjen at ECT er en forsvarlig behandlingsform som det er stor og bred enighet om at fungerer. Dette gjenspeiles også av de samtale jeg har hatt med både Helsedirektoratet, og de som tilhører fagmiljøet.⁵² Ut fra den informasjonen jeg sitter på vil jeg derfor påstå at det er bredere faglig enighet om virkningen av ECT enn det var for tvangsforing.

Blant de mest tungtveiende argumentene mot at både tvangsernæring og ECT-behandling utført under tvang skal lovhjemles finner vi bekymringen for at tvangsbruken skal øke. Altså at tilstedeværelsen av lovhjemmel for tvangsbehandlingen innebærer en lavere terskel for å fatte tvangsvedtak. For tvangsforing ser vi at det har vært en økning i tvangsbehandlingen. Frykten er at det tilsvarende skal skje dersom man lovfester en unntaksvis mulighet til ECT.⁵³

I sitatet fra Høringsnotatet, fremgår det følgende: ”...*det er behov for tvangshjemler i en del av de alvorligste tilfellene for å sikre nødvendig næring forut for at pasientens tilstand blir så alvorlig at det oppstår en øyeblikkelig-hjelp situasjon, jf. helsepersonelloven § 7.*” Dette må leses i sammenheng med lovens ordlyd om at tvangsernæring kan skje ”*Som ledd i behandling av pasient med alvorlig spiseforstyrrelse*” jf. phlsvl. § 4-4 annet ledd bokstav b. Dette innebærer at det kan fattes vedtak om tvangsforing utover de rene nødrettssituasjoner. Det tidligere nødrettsgrunnlaget åpnet ikke for en bruk av tvangsforing som del av et helhetlig behandlingsopplegg. Når man ved lovhjemmel gir grunnlag for dette er det en naturlig følge at antallet slik vedtak vil øke da rettsgrunnlaget er utvidet.

Hvorvidt det samme vil skje dersom man lovfester en tilsvarende adgang til ECT vil avhenge av hvorvidt lovgivers intensjon eventuelt vil være å utvide adgangen fra de rene nødrettssituasjoner. Dette kan lovgiver velge å ikke gjøre alt ettersom hvilket behov man får klarlagt i en eventuell lovendringsprosess. Man må likevel se på behovet for hjemmel til å gjennomføre

⁵¹ Høringsnotat om endringer i psykisk helsevernloven og pasientrettighetsloven, s. 78

⁵² Berg (2016), Elde (2016), Johannesen (2016)

⁵³ Elde (2016)

ECT i de behandlingsserier som er dokumentert å være mest effektive for å forhindre tilbakefall.

Disse vurderingene og behovet for klar lovhjemmel er like gyldig for ECT-behandling på pasienter med dyp depresjon som det var for pasienter med alvorlig spiseforstyrrelse. De samme problemstillinger og argumentasjon gjør seg gjeldende.

Igjen sitter vi med spørsmål om *hvorfor* ECT fortsatt skal kunne gjennomføres på et såkalt nødrettsgrunnlag når dette ikke var tilstrekkelig i behandling av pasienter med alvorlig spiseforstyrrelser. Påberopelse av nødrett var ikke tilstrekkelig for pasienter som hadde behov for akutt tvangsforing. Det er det heller ikke for de som behøver ECT-behandling i en sinnslidende tilstand

4.3 En utdatert oppfatning?

Hva kan være forklaring på at rettstilstanden har blitt som den er blitt, når det er klare begrensinger og svakheter ved den. Departement og lavere helseforvaltning kjenner til problemet og som jeg har vist til har tilsvarende problem blitt løst for tvangsforing.

Da ECT-behandlingen ble benyttet uten bedøvelse på pasienter i asyl på midten av 1900-tallet fikk den et rykte som tilsynelatende har vedvart. Som konklusjon i omkring hvorvidt ECT-behandling skal tillates under tvang skriver departementet at ”[S]elv om hensikten er den aller beste ville mulighetene for tvangsmessig gjennomføring virke svært skremmende på mange pasienter og deres nærmeste.”⁵⁴ Hvorfor det skal være noe mindre skremmende når det gjennomføres i en ”akuttsituasjon” får vi ingen forklaring på annet enn at det da står det om liv. Departementet avslutter avsnittet med å slå fast at de ”...kan derfor i utgangspunktet ikke foreslå å innføre en adgang til tvangsbehandling i form av ECT”. Selv om de på samme side presiserer følgende: ”...nødretten kan komme inn som et eget grunnlag for å gi ECT-behandling uten pasientens samtykke...”⁵⁵

Det avgjørende argumentet man har falt ned på er altså at behandlingen kan oppfattes som skremmende på pasient og pårørende. Problemet er at dette ikke er en holdbar argumentasjon for å gjennomføre tvang uten tilstrekkelig klar hjemmel. Særlig sett i lys av departementets redegjørelse for å etablere tvangshjemmel for tvangsforing i dagens phlsvl. § 4-4 annet ledd bokstav b. Vi får heller ingen god forklaring på hvorfor de mener det er greit å utsette pasien-

⁵⁴ Ot. prp. nr. 11 (1998-1999) s. 110

⁵⁵ Ot. prp. nr. 11 (1998-1999) s. 110

ten for noe de beskriver som ”*svært skremmende*” uten lovhjemmel, men ikke med. Til å ha falt ned på å bevare dagens rettstilstand er det som fremstår som mest skremmende mangelen på god argumentasjon.

Oppfatningen av elektrokonvulsiv behandling som en kontroversiell behandling som nådeløst ble gjennomført uten bedøvelse er utdatert og i dag en myte. Det er uholdbart at man i dag velger fravær av lovregulering på dette området når det skjer den dag i dag fordi man er redd for kritikk. Jeg er av den oppfatning at behandlingen blir bedømt som skremmende på bakgrunn av behandlingens bakteppe og kritikkverdige historie. Denne kunnskapsløsheten må imøtegås med den informasjon og kunnskap vi sitter på i dag om behandlingen. I stedet blir diskusjonen forbigått i stillhet. Konsekvensen ved dette er en uholdbar juridisk konstruksjon som fratrar pasienter grunnleggende rettigheter de burde hatt som tvangsbehandlet i psykiatrien.

4.4 Lovgivning i andre land

England og Danmark er de eneste landene i Europa som eksplisitt tillater bruk av ECT på pasienter selv om det ikke foreligger samtykke.⁵⁶ Sammenlignbart er det absolutt Danmark som står oss nærmest. Det kan være interessant å forfølge dette som en mulig løsning også i Norge.

4.4.1 England

I England finner vi hjemmel til gjennomføring av ECT uten samtykke i Mental Health Act av 1983 (med endringer vedtatt i 2007), seksjon 58 (A), som viser til at ECT behandling kan utføres på pasienter som mangler samtykkekompetanse gitt en rekke vilkår er oppfylt, se særlig bestemmelsens nr. 5.

Man kan gjennomføre ECT på en pasient som faller inn under én av tre kategorier, jf. Mental Health Act seksjon 58 (A), avsnitt 1, jf. avsnitt 2:

”(1) This section applies to the following forms of medical treatment for mental disorders

(a) electro-convulsive therapy;

(2) Subject to section 62 below, a patient shall be not be given any form of treatment to which this section applies unless he falls within subsection (3), (4) or (5) below”

⁵⁶ Berg (2016)

Det vises til sub seksjon 3, 4 og 5 som grunnlag for å utføre ECT, hvorav sub seksjon 5 gir grunnlag for behandlingen uten samtykke fra pasienten;

”(5)A patient falls within this subsection if a registered medical practitioner appointed as aforesaid (not being the responsible clinician (if there is one) or the approved clinician in charge of the treatment in question) has certified in writing—

(a) that the patient is not capable of understanding the nature, purpose and likely effects of the treatment; but

(b) that it is appropriate for the treatment to be given; and

(c) that giving him the treatment would not conflict with—

(i) an advance decision which the registered medical practitioner concerned is satisfied is valid and applicable; or

(ii) a decision made by a donee or deputy or by the Court of Protection.”

For det første kreves det at pasienten ikke er ”*capable of understanding the nature, purpose and likely effect of the treatment*”. De er altså ikke kompetente til å samtykke. I bestemmelsens sub seksjon 3 og 4 følger det at samtykke er et vilkår for ECT-behandling. For at en person uten samtykkekompetanse skal kunne bli utsatt for ECT behandling kreves det etter bestemmelsen at ECT må være riktig valg av behandling og at avgjørelsen ikke kommer i konflikt med avgjørelse tatt av en ”*donee*” eller ”*deputy or by the Court of Protection*”. Med ”*donee*” siktes det til en verge utpekt av pasienten eller Court of Protection som har ”*power of attorney*” dersom vedkommendes avgjørelsesmyndighet gir kompetanse til å ta slike avgjørelser for pasienten.⁵⁷

Bestemmelsen må sees i lys av lovens seksjon 62 (1) som medfører at rettighetene gitt i seksjon 58 A ikke gjelder i de tilfellene behandlingen er ”*immediately necessary*” for å ”*save the patients life*” jf. seksjon 62 (1) bokstav a, eller ”*to prevent a serious deterioration of his condition*”, jf. seksjon 62 (1) bokstav b. Hensikten bak bestemmelsen er å unnta helsepersonell fra de detaljerte vilkårene i blant annet seksjon 58 A.⁵⁸ Det finnes altså en lovfestet unntaksmulighet som viser til nødrettslige tilstander hvor det er fare for pasientens liv og helse. Det presiseres at bestemmelsen ikke åpner for tvangsbehandling av en samtykkekompetent person.⁵⁹

⁵⁷ Mental Health Act section 58A subsection 9 (c)(d)

⁵⁸ Jones (2014), s. 1152

⁵⁹ Jones (2014), s. 1152

4.4.2 Danmark

I Danmark finner man hjemmelen for å gjennomføre tvangsbehandling i psykiatrien, blant annet ECT, i ”*Lov om frihedsberøvelse og anden tvang i psykiatrien*”. (heretter Psykiatriloven) kapittel 4 om tvangsbehandling av psykiske lidelser, § 12:

”Tvangsbehandling må kun anvendes over for personer, der opfylder betingelserne for tvangstilbageholdelse, jf. § 10.

Stk. 2. Ved tvangsmedicinering skal der anvendes afprøvede lægemidler i sædvanlig dosering og med færrest mulige bivirkninger.

Stk. 3. Tvangsbehandling med elektrostimulation må kun iværksættes, hvis patienten opfylder betingelserne i stk. 1 og befinder sig i en aktuel eller potentiel livstruende tilstand.

Stk. 4. Afgørelse om tvangsbehandling træffes af overlægen. Denne træffer samtidig bestemmelse om, i hvilket omfang der om fornødent kan anvendes magt til behandlingens gennemførelse.

Stk. 5. Indenrigs- og sundhedsministeren fastsætter nærmere regler om tvangsbehandling efter denne bestemmelse.”

Vilkåret for å gjennomføre tvangsbehandling på pasienter etter denne bestemmelsen er at pasienten er tvangsinnlagt eller oppfyller vilkårene for ”*tvangstilbakeholdelse*” jf. § 10. Psykiatrilovens § 10 viser til § 5 hvor det fremgår at tvangsinnleggelse eller tvangstilbakeholdelse kan finne sted såfremt pasienten er ”*sindssyg*” og det vil være uforsvarlig å ikke frihetsberøve vedkommende. Enten fordi ”*...udsigten til helbredelse eller en betydelig og afgørende bedring af tilstanden ellers vil blive væsentlig forringet*” eller ”*...den pågældende frembyder en nærliggende og væsentlig fare for sig selv eller andre.*” Pasienten må altså for å kunne bli tvangsbehandlet med ECT, oppfylle vilkårene for frihetsberøvelse, samt et tilleggsvilkår om at pasienten må befinne seg i en ”*aktuel eller potentiel livstruende tilstand.*”

Dette er sammenlignbart med vilkårene i straffelovens nødrettsbestemmelsen om at handlingen er lovlig dersom den ble foretatt for å redde liv eller helse fra en fare for skade, jf. strl. § 17 første ledd bokstav a. Utgangspunktet for slik tvangsbehandling er i både Norge og Danmark at pasienten også må være underlagt tvungen psykisk helsevern, jf. phlsvl. § 3-3 nr. 3, samt oppfylle tilleggsvilkårene, forverringskriteriet eller farekriteriet, hvilket tilsvarer kravene i den danske loven. Forskjellen er at Danmark ved å lovregulere har gitt tvangsbehandlingen tilstrekkelig rettslig grunnlag.

Særbestemmelsen om ECT-behandling kom inn i psykiatriloven ved lovendring i 2006. Formålet med lovendringen var å ”*...præcisere den hidtil gældende retstilstand, hvorefter tvangsbehandling med ECT alene kan gennemføres, hvis patienten befinder sig i en aktuel*

eller potensiell livstruende tilstand.”⁶⁰ Lovendringen begrunnes i rettssikkerhetsmessige hensyn som ”...tilsiger, at kriterierne fremgår af loven og ikke alene af forarbejdene.”⁶¹ Dansk lovgiver fant det altså ikke tilstrekkelig at reglene for gjennomføring av ECT skulle framgå av noe annet enn lov på bakgrunn av rettssikkerhetsmessige hensyn. En klar og avgrenset ordlyd i lovs form er en nødvendig forutsetning for en forutberegnelig rettstilstand. Dette for å sikre rettssikkerheten for pasienter underlagt tvang i psykisk helsevern som er et svært inngripende rettsområde. I tillegg er dette en forutsetning for at vi skal kunne være sikre på at de rettigheter som tilfaller de underlagt tvungent psykisk helsevern og tvangsbehandling skal tre i kraft. En slik lovfesting av gjeldende rettstilstand er absolutt en løsning Norge kan kopiere. Særlig fordi den innholdsmessig er svært like tatt i betraktning de materielle vilkårene for ECT. Men den tar tak i de klare svakheter som følger med å la en slik praksis kun støtte seg på uttalelser i forarbeider.

Når vi ser videre på de situasjoner Danmark anser ECT-behandling ved tvang for å være aktuelt finner vi ytterligere likheter til den norske praktiseringen. Det beskrives en tilstand som ”akut delir” som en følge av psykiske lidelser. Videre forklares en tilstanden som er ”...præget af hallucinationer, søvnløshed og bevægelsesuro. I løpet af kort tid kan der komme høj feber, væskemangel og afmatning, og pasienten kan dø meget hurtigt, hvis behandlingen ikke iværksettes. Hvis akut delir udvikler sig i livstruende retning, kan der være indikation for ECT-behandling.”⁶² Det beskrives videre tilfeller hvor ”[P]asienten kan være meget sterkt eller akut selvmordstruet eller i en så apatisk tilstand, at der er risiko for livsvigtige funktioner.”⁶³ Disse tilfellene tilsvarer situasjonene jeg har redegjort for hvor ECT-behandling er aktuelt i Norge.

Det er flere likheter enn ulikheter mellom den danske og norske praktiseringen av ECT-behandlingen under tvang. Forskjellene består stort sett av at Danmark har valgt lovregulering av de tilfellene ECT under tvang kan være aktuelt, mens Norge fortsatt lener seg på en ulovfestet ordning. Eksemplet fra Danmark understreker og bekrefter behovet for et lignende oppgjør her hjemme.

⁶⁰ Madsen (2015)

⁶¹ Madsen (2015)

⁶² Madsen (2015)

⁶³ Madsen (2015)

4.5 De juridiske konsekvensene av dagens ordning

I det det blir fattet vedtak om tvangsbehandling etter psykisk helsevernloven kapittel 4 aktiverer dette en rekke lovfestede rettigheter man har som pasient, i tillegg til nærmere regulering som fremgår av psykisk helsevernloven.

4.5.1 Rettssikkerhet

Psykisk helsevernloven gir kompetanse til å gjennomføre en rekke tiltak under tvang som lovgiver har sett som nødvendig, men setter også grenser og sikrer at de tiltak loven tillater er underlagt visse kontroll- og rapporteringsmekanismer, jf. phlsvl. kapittel 6. I tillegg settes det klare føringer for pasient, pårørende, leger og samfunnet for øvrig, for hva man kan forvente å bli utsatt for dersom man finner seg i den situasjonen at man er så psykisk syk at man blir underlagt tvungent psykisk helsevern eller opplever tvangsvedtak i psykiatrien.

Hva innebærer det at man på en systematisk måte benytter seg av straffelovens nødrettsbestemmelse for å få gjennomført et tiltak som er ulovlig, jf. phlsvl. § 4-4 annet ledd?

Som det fremgår i innledningen til oppgaven har det vist seg umulig å finne fullstendige tall på omfanget av ECT gjort i strid med phlsvl. § 4-4 annet ledd. Dette er en alvorlig konsekvens av dagens juridiske konstruksjon.

Norge ble blant annet kritisert for dette av FNs komite mot tortur, da de i 2012 hadde en gjennomgang av hvordan Norge oppfyller forpliktelsene våre etter FNs Torturkonvensjon. Dette tar jeg for meg mer detaljert i kapittel 5.

Som tidligere nevnt innebærer den mangelfulle rapporteringen at vi i dag ikke vet med sikkerhet hvor mange pasienter uten samtykkekompetanse som har vært igjennom ECT-behandling. Vi kjenner heller ikke til vurderingene som ligger bak beslutningen om at vilkårene for å påberope nødrett var tilstede. I tillegg medfører dette at man ikke med sikkerhet kan si om dagens praksis kan føre eller har ført til misbruk av den uklare rettstilstanden. Grunnen til at det er så viktig at tvangsvedtak er underlagt strenge rapporteringsregler er at man sikrer tvangsbehandlingene for mulig etterprøvbarehet i etterkant og man kan forsikre seg om at forvaltningen holder seg innenfor lovgivningen. Dette er en svært viktig rettssikkerhetsmekanisme. Problematikken knyttet til at ECT-behandling unntas slike mekanismer berøres hverken av lovgiver eller forvaltning.

En slik mulighet for etterprøvbarehet er svært viktig dersom pasienter ønsker å påklage vedtak, eller i det hele tatt om vedtakene er underlagt kontrollkomisjonens myndighet, jf. psykisk helsevernloven kapittel 6.

En av bekymringene knyttet til lovregulering av ECT, på lik linje som tvangsforing, har vært om dette vil føre til en økning i omfanget av ECT-behandling under tvang.⁶⁴ Hvorvidt dette vil være en konsekvens er det vanskelig å spekulere seg fram til, men de siste femten årene har det være en sterk økning i bruken av ECT.⁶⁵ Denne økningen har skjedd uten lovhjemmel, så spør det om en eventuell økning er en rimelig pris å betale for å sikre de pasientene det gjelder rettssikkerhet og klare rettigheter som man får når det fattes tvangsbehandlingsvedtak.

4.5.2 Skjønnsmessige vurderinger

Forarbeidene og rundskriv som viser til unntaket for bruk av ECT i nødrettssituasjoner setter få grenser. På bakgrunn av at det ikke finnes klare avgrensede regler for når ECT kan gjennomføres uten at det foreligger samtykke, er det i stor grad overlatt til behandlerens oppfatning av hvorvidt det er riktig eller ikke. En slik vid skjønnsmessig adgang til å gjennomføre en svært inngripende behandling på en utsatt pasientgruppe er uheldig. En beholders oppfatning skal kun være avgjørende innenfor rammene av en klart avgrenset hjemmel.

Når det kommer til tvang i psykiatrien skal det ikke være adgang til en så skjønnsmessig vurdering som det i dag åpnes for. Særlig ikke ved et så inngripende behandlingstiltak som elektrokonvulsiv behandling. På denne bakgrunn kan man ikke med sikkerhet garantere for at det foreligger en reell nødrettssituasjon hver gang ECT gjennomføres på pasienter uten samtykkekompetanse.

4.6 Oppsummering

Det er verdt å merke seg at lovgiver finner det nødvendig å påpeke i forarbeidene et unntak man ikke er villig til å gjøre i lovs form slik det i utgangspunktet krever, jf. legalitetsprinsippet. Det vises i tillegg til et rettsgrunnlag for som ikke behøver å nevnes. Dersom vilkårene for nødrett er tilstede når legen er av den oppfatning at ECT er det eneste gjenværende alternativ som kan redde pasientenes liv vil dette være tilstrekkelig i seg selv, for ikke å snakke om helsepersonelloven § 7.

Det fremstår som heller unødvendig av departementet og forvaltningen å nevne nødrett på den måten det er gjort i forarbeidene og forvaltningspraksis. På denne bakgrunn fremtrer det gjentakende henvisningen til nødrett som en invitasjon til å gjennomføre ECT hvor det er behov. Problemet er at lovgiver med dette viser og anerkjenner et behov som de samtidig ikke vil gi

⁶⁴ Elde (2016)

⁶⁵ Syse (2007), s. 119

et tilstrekkelig rettslig grunnlag. Den beste forklaring for dette er en henvisning til behandlingens karakter som skremmende. Dette er en svak begrunnelse for å gi grønt lys til ulovfestet grunnlag for tvangsbehandling i psykisk helsevern.

Uttalelsen i høringsbrevet til innføring av hjemmel til tvangsforing om at det er ”*utilfredsstillende*” å gjennomføre flere ”*kortvarige behandlingsintervensjoner*” med hjemmel i nødrettsbetraktninger står seg like godt. Det er et tilsvarende sterkt argument for å tilby lignende lov-hjemmel for ECT-behandling. Det er vanskelig å se holdbare argumenter for å etterlate pasientgruppen som det gjennomføres ECT på under henvisning til ”*spesielle nødrettssituasjoner*”. Dette fordi man samtidig ser og erkjenner at nødrettsgrunnlaget er en *uholdbar* rettstilstand for pasienter med andre lidelser og tilstander. Vi ser at de er kommet til tilsvarende konklusjoner i Danmark og som konsekvens ble det innført tilstrekkelig lovhjemmel.

Dette er et tungtveiende argumenter for å slå fast at dagens rettstilstand for pasientgruppen det gjennomføres ECT på i strid med psykisk helsevernloven § 4-4 annet ledd er uholdbar.

5 I lys av menneskerettighetene

5.1 Et internasjonalt perspektiv

Norge har ved to anledninger blitt kritisert for hvordan vi bruker ECT på pasienter uten at det foreligger samtykke. Henholdsvis av Europarådets menneskerettskommisær senest i 2015, og av FNs komité mot tortur i 2012. Europarådets rapport undersøker blant annet Norges gjennomføring av rettighetene til personer med nedsatt funksjonsevne, med utgangspunkt i blant annet FNs konvensjon om rettighetene til personer med nedsatt funksjonsevne. FNs komité mot tortur gjennomgikk i 2012 hvordan Norge overholdt forbudet mot tortur.

Det er på denne bakgrunn verdt å undersøke hvorvidt Norge bryter med sine folkerettslige forpliktelser. Hva består kritikken i rapportene av og hvilken betydning har eventuelt disse hatt. Er praksisen med ECT i strid med Norges forpliktelser etter den Europeiske menneskerettskonvensjonen (heretter EMK), herunder forbudet mot tortur og umenneskelig behandling og retten til respekt for privatlivet i henholdsvis EMK artikkel 3 og 8? Disse er gjort til norsk lov ved Lov om styrking av menneskerettighetene i norsk rett, heretter menneskerettsloven.

5.2 Forbudet mot tortur og umenneskelig behandling

Som nevnt har Norge gjentatte ganger blitt kritisert av menneskerettsorganisasjoner for vår praksis når det kommer til ECT. Det er derfor aktuelt å vurdere hvordan praksisen står seg mot de grunnleggende menneskerettighetene. Jeg presiserer at det her er praksisen med påberopelse av nødrett ved fravær av samtykke som skal vurderes, ikke selve ECT-behandlingen.

Av EMK artikkel 3 fremgår det at ”*Ingen må bli utsatt for tortur eller umenneskelig behandling*”. Vurderingstemaet er hvorvidt ECT behandling på pasienter som ikke har samtykket til det innebærer enten tortur eller umenneskelig behandling. Av konvensjonspraksis fremgår det at det skal mye til før artikkel 3 er krenket. Dersom svaret er ja innebærer dette at dagens praksis er i strid ikke bare med norsk lov, men også Norges folkerettslige forpliktelse om å beskytte grunnleggende menneskerettigheter.

Det følger av praksis fra den Europeiske menneskerettsdomstolen (EMD), at torturbegrepet i artikkel 3 reserveres til de mest alvorlige og grove forhold: ”*[D]efinisjonen reserverer torturbegrepet for alvorlige lidelser (severe pain). Og den forutsetter at smerten er påført i en bestemt hensikt.*”⁶⁶ ECT gjennomføres til tross for manglende samtykke i den tro at det er i pasientens beste. Det er fravær av hensikt i den betydning at ingen ønsker å skade, ydmyke eller straffe pasienten. Selv om gjennomføringen av ECT i disse tilfellene er kritikkverdige gjøres

⁶⁶ All (2011), s. 168

det tross alt i en livreddende hensikt. Dette faller ikke inn under EMDs praktisering av torturbegrepet.

Spørsmålet blir deretter om praksisen kan karakteriseres som ”umenneskelig behandling”. Hvorvidt noe innebærer umenneskelig behandling vil bero på en konkret vurdering av blant annet forholdets varighet, den fysiske eller psykiske virkning.⁶⁷ Selve ECT behandlingen skjer ved at pasienten er underlagt narkose og det hele er over på under ett minutt. I tillegg er formålet med behandlingen å redde pasientens liv. Det finnes ingen holdepunkter for at lovhemlet ECT under tvang, slik som i Danmark, utgjør umenneskelig behandling. Det er derfor vanskelig å se at Norges praksis med ECT skulle utgjøre umenneskelig behandling. Fravær av lovhemmel kan ikke utgjøre umenneskelig behandling. Det spørres i så fall om integritetskrenkelsen gjør det. Dersom alternativet til integritetskrenkelse er at pasienten begår selvmord eller dør som følge av at de ikke tar til seg næring er det ikke snakk om umenneskelig behandling.

5.3 Retten til respekt for privatlivet

EMK artikkel 8 verner retten til privatliv. Inngrep i denne retten kan gjøres i samsvar med lov såfremt det er nødvendig av bestemte hensyn, jf. artikkel 8 nr. 2. Bestemmelsen verner blant annet fysisk og psykisk integritet, herunder selvbestemmelse.⁶⁸

Av Costello-Roberts v. UK følger det at bestemmelsen ikke aktiviseres av enhver hendelse som kan sies å være en integritetskrenkelse, men er i hovedsakelig et vern mot alvorlige integritetskrenkelser.⁶⁹ Likevel medfører retten til respekt for sitt privatliv en rett til medbestemmelse for individet, jf. saken Pretty v. UK. Men det fremkom i samme sak at når formålet med statens handling var for å beskytte liv, utgjorde det ikke en krenkelse av artikkel 8.⁷⁰

Medisinsk behandling i strid med pasientens vilje er først og fremst en integritetskrenkelse. Dette utgjør et inngrep fordi den er i strid med pasientens selvbestemmelsesrett som er vernet av art. 8. Vilklårene i art. 8 annet ledd må derfor være oppfylt for at inngrepet skal være konvensjonsmessig. Vurderingen ligger i forholdet mellom integritetskrenkelsen og ansvaret for å beskytte pasientens liv og helse.⁷¹

Dagens praksis med ECT i strid med phlsvl. § 4-4 annet ledd er jo nettopp begrunnet i formålet med å redde pasientenes liv og/eller helse. At man kan slå fast at ordningen innebærer en

⁶⁷ All (2011), s. 169

⁶⁸ All (2011) s. 195

⁶⁹ Case Costello-Roberts v. UK, A 247-C, pkt. 33-36

⁷⁰ Case of Pretty v. The United Kingdom, 2346/02, avsnitt.17

⁷¹ All (2011), s. 201

integritetskrenkelse er uproblematisk. Det er verre å skulle begrunne at den er så alvorlig at det innebærer et brudd på EMK art. 8 når konsekvensene av å avstå fra integritetskrenkelsen er at pasienten risikerer å miste livet på grunn av selvmord eller mangel på næring. En stats mulighet til å beskytte sine borgers liv er så grunnleggende at staten må ha stor frihet til å sikre en effektiv beskyttelse. Fordi inngrepet skjer med hjemmel i straffelovens nødrettsbestemmelse oppfyller praksisen kravet om at inngrep i borgernes rettigheter må være i samsvar med lov. Det er mer interessant å se på hvorvidt praksisen oppfyller lovkravet i relasjon til norsk rett fordi det norske lovkravet er strengere enn konvensjonens.

5.4 Internasjonal kritikk

Som nevnt har både FNs komité mot tortur samt Europarådets menneskerettskommisær påpekt problematikken i dagens praksis med ECT. Kritikken har per nå ikke ført til endringer i praksisen. Slik det fremgår av begge rapportene er det ikke selve ECT-behandlingen som kritiseres, men fravær av tilstrekkelig kontroll av dagens praksis. Begge rapportene munner ut i anbefalinger som per dags dato ikke er blitt fulgt opp.

5.4.1 FNs komite mot tortur

FNs komité mot tortur var i Norge i 2012 for en gjennomgang av Norges overholdelse av FNs torturkonvensjon.⁷² I rapporten kommer Norges praksis med bruk av ECT ved påberopelse av nødrett opp. Kritikken peker på manglende statistikk og rapporteringsrutiner Norge fører ved ECT-behandling:

“The Committee, while noting the important steps being taken by the State party to reduce and ensure the correct use of coercive measures in mental health institutions, remains concerned (...), as well as at the lack of available statistical data, including on the administration of electroconvulsive treatment (ECT).”⁷³

Mangelen på enhetlig rapporteringsrutiner, som nevnt før, har ført til at det i dag er umulig å få korrekte tall på antall ECT behandlinger som gjøres uten pasientens samtykke. Dette er kritikkverdig og en direkte konsekvens av at ECT utført under tvang ikke er lovregulert.

Følgelig er komiteens anbefaling at Norge oppretter ”...a system for the collection and publication of uniform statistical information on the use of restraints and other coercive methods,

⁷² FNs torturkonvensjon

⁷³ FNs konklusjon om Norge og tortur, s. 5

including the incidence of ECT.”⁷⁴

Det fremgår av dette at det Norge ikke kritiseres for å benytte seg av ECT-behandling, men hvordan vi har valgt å gjennomføre det i de tilfeller pasienten ikke er samtykkekompetent. Kjernen av kritikken er at pasientene, på grunn av nødrettsordningen, mangler de samme rettssikkerhetsgarantier som andre pasienter som utsettes for tvang i psykisk helsevern.

Anbefalingen består av å innføre et rapporteringssystem som gjør at man kan føre statistikk på tvangsbruken. Dette vil være problematisk fordi en slik løsning vil innebære at Norge må systematisk føre statistikk for en praksis som er ulovlig. Man kan forstå hvorfor politikerne ikke har fulgt opp denne anbefalingen.

5.4.2 Europarådets rapport

I januar 2015 konkluderte Europarådets menneskerettighetskommisær med at praksisen tilknyttet bruk av ECT uten samtykke var i strid med ”human rights standards”.⁷⁵ Rapporten viser til FNs konvensjon om rettighetene til personer med nedsatt funksjonsevne (Convention on the Rights of Persons with Disabilities, heretter CRPD) som Norge ratifiserte i 2013. Jeg legger til grunn at det er standardene som fremkommer av denne konvensjonen det siktes til når det vises til at Norges ECT praksis er i strid med ”human rights standards”.

Videre vises til Norges fortolkningserklæringer vedrørende konvensjonens bestemmelser om samtykkekompetanse og tvangsmidler. Norge uttaler følgende om forståelsen av konvensjonens artikkel 14 og 25:

*”Norway recognises that all persons with disabilities enjoy the right to liberty and security of person, and a right to respect for physical and mental integrity on an equal basis with others. Furthermore, Norway declares its understanding that the Convention allows for compulsory care or treatment of persons including measures to treat mental illnesses, when circumstances render treatment of this kind necessary as a last resort, and the treatment is subject to legal safeguards.”*⁷⁶

Som reaksjon på denne uttalelsen har Europarådets kommisær følgende å si;

*”(...) may amount to de facto reservations to the CRPD (Convention on the Rights of Persons with Disabilities), have been criticised by the Equality Ombud and the National Institution for Human Rights, who have called on the government to withdraw them.”*⁷⁷

Rapporten viser til at kommisæren ikke er overbevist om at Norges ”...involuntary use of ECT in Norway is in line with human rights standards.”⁷⁸ Det siktes her til FNs konvensjon

⁷⁴ FNs konklusjon om Norge og tortur, s. 5

⁷⁵ Europarådets menneskerettskommisærs rapport, s. 4

⁷⁶ Europarådets menneskerettskommisærs rapport, s.7

⁷⁷ Europarådets menneskerettskommisærs rapport, s. 7-8

⁷⁸ Europarådets menneskerettskommisærs rapport, s. 4

om rettighetene til personer med nedsatt funksjonsevne.

Ved ratifisering av konvensjonen om rettigheter til personer med nedsatt funksjonsevne tok Norge altså et forbehold. Forbeholdet går ut på at konvensjonen tillater tvangsbehandling gitt at det er siste utvei og er underlagt visse rettssikkerhetsgarantier. På denne bakgrunn er Norge av den oppfatning at ordningen ikke er i strid med konvensjonsteksten. Problemet er at ECT-behandling ved tvang ikke er underlagt visse rettssikkerhetsgarantier.

Slik jeg har redegjort for i kapittel 4 så er nettopp ett av hovedproblemet med nødrettsordningen for ECT at man ikke har de samme rettssikkerhetsgarantier som tilsvarende tvangsbehandling som er hjemlet i lov.

5.4.3 Hva innebærer kritikken?

Konklusjonene og anbefalingene som fremkommer av disse to rapportene er ikke juridisk bindende for Norge og vil i utgangspunktet ikke ha noen juridisk virkning utover sin argumentasjonverdi. De er først og fremst politiske virkemidler som tar utgangspunkt i folkerettslige traktater som Norge har forpliktet seg til. Norge kan ikke tvinges til å etterleve de anbefalinger som fremgår av rapportene. Problematikken knyttet til ECT-behandling ble ikke berørt av Norge i regjeringens tilsvaret til rapporten fra Europarådets menneskerettskommisær og sto fast på sin fortolkning av CRPD.⁷⁹

5.5 En ordning i strid med menneskerettighetene?

Selv om dagens ordning med påberopelse av nødrett for å gjennomføre ECT i strid med phlsvl. § 4-4 annet ledd er kritikkverdigg og ikke juridisk holdbar etter norsk rett, kan man ikke konkludere med at den er i strid med EMK.

Rapportene fra Europarådets menneskerettskommisær og FNs komité mot tortur hvor Norges praksis ved bruken av ECT ved fravær av samtykke kritiseres kan ikke tas til inntekt for at praksisen er ulovlig. Det de peker på er svakheter ved praksisen som kan hindre pasienter tilstrekkelig rettigheter når de først underlegges tvangsbehandlingen.

England og Danmark som også er forpliktet av EMK har lovfestede regler om bruken av ECT i mangel av gyldig samtykke. Jeg kan ikke se at de har mottatt tilsvarende kritikk. Dette understreker at kritikken er sterkt tilknyttet vår ulovfestede praksis og at det ikke er ECT-behandlingen som er i strid med Norges folkerettslige forpliktelser på menneskerettighetsområdet. Til syvende og sist kommer kritikken fra organer som har i oppgave å ha et kritisk blikk

⁷⁹ Regjeringens tilsvaret til Europarådets rapport

på tvang og å overvåke nettopp denne tvangsbruken. Når Norge ikke engang kan fremvise eksakte tall som en følge av mangler i nasjonal lovgivning er denne kritikken på sin plass. Det er likevel på sin plass å påpeke at det ikke er noe som tilsier at Norge skiller seg ut som verre enn andre land vi kan sammenligne oss med når det kommer til bruken av tvang.⁸⁰

⁸⁰ Kjensli (2009)

6 Avslutningsvis

6.1 Hvorfor dagens situasjon er uholdbar

Som detaljert redegjort for er dagens praksis med påberopelse av nødrett for å gjennomføre ECT i strid med phlsvl. § 4-4 annet ledd en uholdbar rettslig konstruksjon. Ved å ikke lovregulere bruken av ECT under tvang i phlsvl. §4-4 har lovgiver unnlatt å gjennomføre den vanskelige vurderingen mellom respekten for pasientens medbestemmelsesrett og den mest nødvendige helsehjelpen. Dersom praksisen forholdt seg til det som følger av phlsvl. § 4-4 annet ledd, ville vurderingen allerede være gjort og ECT uten samtykke kunne ikke funnet sted. Det er ikke dagens praksis. Det er en omfattende henvisning til en systematisk bruk av straffelovens nødrettsbestemmelse, jf. strl. § 17 i forarbeid og forvaltningen, for å omgå forbudet. Det er få begrunnelser i rettskildene for dagens praksis med nødrett som grunnlag for ECT og de man finner er mangelfulle. Dette blir særlig klart ved se på redegjørelsen som ligger bak tilføyelsen i psykisk helsevernloven av § 4-4 annet ledd bokstav b om tvangsforing.

Vi har sett at de praktiske konsekvensene av fravær av lovgivning er totalt fravær av enhetlig rapportering og følgelig kontroll. Dette medfører alvorlige følger for de aktuelle pasientene som sitter på et rettsikkerhetsmessig underskudd og en uforutberegnelig rettsstilling. Konsekvenser for helsepersonell og faginstanser er en avvikende praksis som varierer fra institusjon til institusjon. Vi risikerer at disse avgjørelsene blir fattet utelukkende på medisinsk grunnlag uten tilstrekkelig vurdering av integritetskrenkelsen inngrepet innebærer for pasientene.

Summen av dette er et rettsikkerhetsmessig underskudd som til syvende og sist går utover en svært utsatt pasientgruppe.

Det betimelige spørsmål er derfor hvem som tjener på å opprettholde dagens tilstand, i stedet for å lovregulere på lik linje som tvangsforing, jf. phlsvl. § 4-4 annet ledd bokstav b. For det første har vi politikerne som slipper en vanskelig avveining og debatt. Avveiningen er om å sette en potensielt livreddende behandling opp mot retten til selv å bestemme over egen kropp og forhindre å bli utsatt for inngripende behandlinger man ikke ønsker. Det er vanskelig å forklare hvorfor en terapeutisk effekt skal veie tyngre enn inngrepet det er å bli fratatt selvbestemmelsen over egen kropp og sinn. Det er også en utfordring å formidle forskjellen mellom bruk av ECT på pasienter som ikke er samtykkekompetente og pasienter som aktivt nekter behandling, spesielt siden begge deler faller innenfor det helserettslige tvangsbegrepet. I tillegg er dette utad fortsatt en kontroversiell behandling. Offentligheten sitter igjen med et ganske annet syn på hva elektrokonvulsiv terapi innebærer sammenlignet med hvordan det i dag faktisk gjennomføres. Offentlighetens negative inntrykk av ECT kan være en del av forklaringen på forskjellen i lovregulering mellom ECT og tvangsforing.

Det er også motstand fra pasientrettighetsgrupper mot all tvangsbruk av ECT.⁸¹ For de er nok dagens rettstilstand å foretrekke da den er nærmere deres mål om å totalt forby tvangsbruk av ECT. Det kan være enklere å legge debatten død ved en henvisning til det generelle ønsket om mindre tvang i psykisk helsevern sektoren, heller enn å debattere hvordan ECT bør lovreguleres. Dette er likevel ingen unnskyldning og vi kan ikke lengre akseptere at et så viktig avveining blir etterlatt i et juridisk tåkelandsskap.

6.2 Veien videre

Jeg er av den oppfatning av at vi nå må ta det skritt å enten lovfeste dagens praksis eller forholde oss til forbudet som følger av dagens lovgivning. Det er ikke juridisk holdbart å vise til ulovfestet praksis som grunnlag for å gjennomføre tvangsbehandling i psykisk helsevern. Hvis ikke må man finne en annen løsning dersom man ønsker muligheten til å gjennomføre ECT på pasienter uten samtykkekompetanse. Dersom man finner at dette ikke er ønskelig må man gå til det skritt å avvikle dagens praksis og henviser til forbudet som følger av psykisk helsevernloven § 4-4 annet ledd.

Det er likevel også andre juridiske konstruksjoner man kan se på. For eksempel hvorvidt bestemmelser i vergemålsloven kan være en mulig fremtidig løsning for ECT-behandling på pasienter som mangler samtykkekompetanse. Dette kan være særlig aktuelt for pasienter som har vært gjennom ECT før og som risikerer å få tilbakefall av sykdomstilstanden.

Selv om det i dag ikke er grunnlag for å benytte forhåndssamtykke i form av en fremtidsfullmakt, jf. vergemålsloven § 80, for tvangsbehandling, så har vi i dag juridiske konstruksjoner for slike løsninger i vergemålsloven som nevnt i kapittel 2. En mulig løsning på dagens fravær av en klar og tydelig lovregulering av ECT behandling kan for eksempel være å la pasienten ta avgjørelser på om de er villige til å underlegge seg slik behandling før de havner i en så alvorlig psykisk tilstand at de ikke lengre er mulig å få kontakt med. På denne måten sikrer man pasientens selvbestemmelsesrett i en tilstand hvor de fortsatt har samtykkekompetanse og ivaretar hensynene som fremgår av både psykisk helsevernlovens og pasientrettighetslovens formålsbestemmelser om å ivareta pasientens integritet og respekten for menneskeverdet, jf. pasrl. § 1-1 og phlsvl. § 1-1. Men det er også klare svakheter ved en slik ordning og det er enkelt å se at behandlere kan være negative til å skulle lene seg på en avgjørelse pasienten har tatt en tidsperiode før det blir aktuelt. Hvem vet hva som kan forandre seg eller skje i mellomtiden. En forutsetning for en slik løsning vil være at pasienten tidligere har vært igjennom ECT behandling og vet hva et samtykke til slik behandling innebærer og på den bakgrunn kan foreta et informert samtykke basert på egne erfaringer.

⁸¹ Mental Helse (2012), s. 3

For meg fremstår den beste alternative løsningen å innføre en tilsvarende modell som tvangsforing i psykisk helsevernloven § 4-4 annet ledd bokstav b. På den måten vil vi følge i Danmarks fotspor. Dette gir lovgiver mulighet til å sette strenge vilkår og kan innebære at bruken av ECT under tvang fortsatt skal forbeholdes de tilfeller hvor det er fare for liv og helse. Man kan på den måten imøtegå påstander om at dette vil kunne føre til en økning i tvangsbruk. Forskjellen er at man ved en slik ordning har en klar hjemmel for tvangsinngrepet som er underlagt de samme kontroll- og rapporteringsrutiner som tilsvarende tvangsinngrep. I tillegg sikrer det pasientenes rettssikkerhet og skaper forutberegnelighet for pasient, lege og pårørende. Jeg vil likevel være av den oppfatning at et lovfestet unntak til tvangsbehandling er nødvendig sett i lys av legalitetsprinsippets krav om klar hjemmel ved inngrep i borgernes rettssfære.

Uavhengig av hva slags løsning man anser som den mest passende, er uansett praksisen og det vaklende grunnlaget den hviler på overmoden for endring.

Litteraturliste

Litteratur

Aarnes, Helle, Egedius, Tonje, ”Mangler oversikt over elektroshjokk-bruk, Her får 29-åringen sitt 68. Elektroshjokk”, *Aftenposten A-magasinet*, 15. november 2013

All, Jørgen, "*Rettsstat og menneskerettigheter*" 3. utgave, 2011

Bendiksen, Ingunn K. ”Elektroshjokk mot alvorlig depresjon”, *Forskning.no*, 10. juni 2013.

Berg, John E., "*Akuttpsykiatri for leger og sykepleiere*" 2. utgave, 2008

Berg, John E., "*Electroconvulsive Treatment – More than Electricity, An Odyssey of Facilities*" *Journal of ECT*, Volume 25, Number 4, desember 2009

Halvorsen, Marit, "*Lovregler om samtykke til helsehjelp*" manuskript, *Festskrift til Aslak*, 2016

Jones, Michael. A. (red.), *Clerk & Lindsell on Torts*, 21. utg., 2014.

Kjensli, Bjørnar, "For dårlige tall om tvang" *Forskning.no* 30. april 2009.

Kjønstad, Asbjørn og Aslak Syse, "*Velferdsrett I – Grunnleggende rettigheter, rettsikkerhet og tvang*" 4. utgave, 2008

Madsen, Helle B. (2015) Merknad til § 12 nr. 3 i psykiatriloven (DK) i Karnov, 1. juni 2015 [Sist sjekket: 30. Mars 2016]

McDonald, A, Walter, G, "*Hollywood and ECT*", *International Review of Psychiatry*, Volum 21, (2009), s. 200-206. (Sisert fra Tandfonline)
<http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/19459094>

Sykehuset i Vestfold, *ECT (Electro Convulsive Therapy)* (2015),
<http://www.siv.no/pasient/behandlinger/ect-%28electro-convulsive-therapy%29>[sisert 28.03.16]

Syse, Aslak, "*Psykisk helsevernloven – med kommentar*" 2. utgave, 2007

Forarbeider

NOU 2004:16 Vergemål

Ot. Prp. nr. 11 (1998 – 1999) *Om lov om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern (psykiatriloven)*

Ot. Prp. nr. 90 (2003 – 2004) *Om lov om straff (straffeloven)*

Ot. Prp. nr. 65 (2005 – 2006) *Om lov om endringer i psykisk helsevernloven og pasientrettighetsloven m.v.*

Høringsnotat om endringer i psykisk helsevernloven og pasientrettighetsloven, 16. juni 2005, Helse- og omsorgsdepartementet

Mental Helse (2012) Høring: NOU 2011:9 Økt selvbestemmelse og rettssikkerhet, 03.02.2012

Lover

1902 Lov 22. mai 1902 nr. 10 Almindelig borgerlig Straffelov (Straffeloven)

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

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

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

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

2005 Lov 20. Mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven)

2010 Lov 26. mars 2010 nr. 9 om vergemål (vergemålsloven)

Utenlandske lover

Psykiatriloven Lovbekendtgørelse nr. 1160 af 29. september 2015 om anvendelse af tvang i psykiatrien (Psykiatriloven) [Danmark]

Mental Health Act

An Act to consolidate the law relating to mentally disordered persons, 9th of May 1983 (Mental Health Act) [England]

Konvensjoner

FNs Torturkonvensjon

Konvensjon mot tortur og annen grusom, umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff, New York 4. februar 1985.

CRPD

Konvensjon om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne, New York 13. desember 2006.

Dommer

Costello-Roberts v. Storbritannia

The European Court of Human Rights, 25. mars 1993
Strasbourg,

Pretty v. Storbritannia

The European Court of Human Rights, 29. april 2002
Strasbourg,

Forvaltningspraksis

Rundskriv IS-9/2012 "Psykisk helsevernloven og psykisk helsevernforskriften med kommentar", utgitt 31.10.2012

Nasjonal retningslinje om behandling av voksne med depresjon i primær- og spesialisthelsetjenesten, Helsedirektoratet, utgitt 01.12.2009

Veileder IS-1870 "Veileder for utvikling av kunnskapsbaserte retningslinjer", Helsedirektoratet, utgitt 01.10.2012

Rapport

FNs komité mot tortur. *Concluding observations on the combined sixth and seventh periodic reports of Norway, adopted by the Committee at its forty-ninth session.* CAT/C/NOR/CO/6-7 13. desember 2012. (<http://www.fn.no/Tema/Menneskerettigheter/Norge-og-menneskerettighetene/Tortur>) [Sisert 5. Mars 2016].

Commissioner for Human Rights, Council of Europe. *Report by Nils Muižnieks, Council of Europe Commissioner for Human Rights, following his visit to Norway*. 18. Mai 2015. (<https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=2751937&SecMode=1&DocId=2272542&Usage=2>) [Sisert 5. Mars 2016].

Den norske regjering. *Comments from the Norwegian Government to the report by the Commissioner for Human Rights of the Council of Europe following his visit to Norway from 19 to 23 January 2015*. (Udatert) (<https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=2746318&SecMode=1&DocId=2268168&Usage=2>) [Sisert 20. April 2016]

Personlig meddelelse

Berg, John. E., Oslo, 15 januar 2016

Elde, Wenche Dal, telefonsamtale, 03. februar 2016

Johannesen, Arne, telefonsamtale, 21. januar 2016