

# Utviklingshemning, samtykkekompetanse og vergemål



Børge Holden

## Utviklingshemning (fra DSM-IV-TR, 2000)

### Lett utviklingshemning

- De fleste utvikler sosiale ferdigheter og språk før de er fem år
- De fleste har minimale sensoriske og motoriske svekkelser, og kan ofte ikke skjernes fra barn uten utviklingshemning før de blir eldre
- I slutten av tenårene kan de tilegne seg skoleferdigheter på nivå med ca. sjette klasse
- I voksen alder kan de oppnå nok sosiale og arbeidsmessige ferdigheter til stort sett å klare seg selv, men kan trenge veiledning, støtte og bistand i vanskelige sosiale og økonomiske situasjoner
- Med riktig støtte kan de fleste med lett utviklingshemning klare seg godt i samfunnet, enten selvstendig eller i en bolig med bistand

Ca. 9- til 12-årsstadiet. IQ ca. 50–69

**NB.** Lett utviklingshemning spenner fra tilnærmet selvstendighet til tydelig utviklingshemning

## Moderat utviklingshemning

- De fleste med moderat utviklingshemning lærer noe kommunikasjon i løpet av de første leveårene
- De kan lære et arbeid
- Med litt veiledning kan de stille seg en del selv
- De kan ha utbytte av ulike former for opplæring, men lærer sjelden skoleferdigheter utover 3. klasse i grunnskolen
- De kan lære å reise alene til kjente steder
- I ungdommen kan manglende kunnskap om sosiale regler skape problemer i relasjoner til jevnaldrende
- I voksen alder kan de fleste utføre enkelt manuelt arbeid under veiledning
- De er som regel avhengige av bistand i dagliglivet

Ca. seks- til niårsstadiet. IQ ca. 35–49

(Alvorlig og dyp utviklingshemning er ikke så interessant i denne sammenhengen)

## Ellers:

- Diagnoser for utviklingshemning stilles på grunnlag av (1) IQ fra ca. 69 og nedover, (2) et generelt nedsatt funksjonsnivå og (3) at tilstanden inntreffer før voksen alder, altså ca. 18 år
- Trolig en drøy prosent av befolkningen har utviklingshemning (IQ 62–67 er på 1-persentilen, IQ 68–70 er på 2-persentilen)
- Det er flere som er på grensen mellom utviklingshemning og ikke utviklingshemning, enn som har en tydelig utviklingshemning
- Mange med lett utviklingshemning får dermed diagnosen nokså skjønnsmessig, og diagnosen kan endres

## Samtykke, og samtykkekompetanse, er aktuelt på mange områder:

- Vergemål, og valg av verge
- Helse
- Økonomi
- Valg av bosted
- Motta tjenester
- Inngå av juridisk bindende avtaler

(Men ikke ekteskap, adopsjon, behandling i psykisk helsevern, stemming ved valg)

## Om samtykkekompetanse, generelt

- Samtykkekompetanse kan bortfalle helt eller delvis, så det må klarlegges **hva** personen skal forstå, hva samtykket gjelder
- **Redusert forståelseevne er ikke nok** til å mangle samtykkekompetanse: Det må være **åpenbart** at personen ikke kan forstå hva samtykket gjelder, og følgene av det
- Terskelen for at kompetansen bortfaller, er derfor **meget høy**. (Kravene for å si at en person har samtykkekompetanse, må ikke overstige krav til folk flest)
- Er det **tvil** om forståelseevnen, skal personen regnes som **kompetent**, og samtykke til, eller motstand mot, et tiltak må respekteres
- Manglende forståelse må også ha en bestemt **årsak**, for eksempel psykisk utviklingshemning, men en slik tilstand alene er ikke nok til at samtykkekompetansen bortfaller: Personen må **på grunn av** tilstanden åpenbart ikke være i stand til å forstå hva samtykket innebærer

## Vurdering av samtykkekompetanse må ta stilling til evnen til å:

1. Uttrykke valg (tydelig og konsistent)
2. Forstå og huske informasjon som er relevant for å ta en beslutning
3. Forstå konsekvenser av valg; hva som skjer hvis beslutningen tas eller ikke tas
4. Avveie relevant informasjon for og imot beslutningen
5. Holde fast på en beslutning
6. Hva personen kan være samtykkekompetent til

Samtykkekompetanse er ikke «enten/eller». Den kan mangle for noen beslutninger, men ikke for andre

Men *evne* til å forstå er ikke alt – personen må også *ville prøve* å forstå, og på andre måter *kunne* motta informasjon

## Annet enn utviklingshemning kan derfor svekke samtykkekompetanse, som:

- Psykose
  - Angst
  - Depresjon
  - Personlighetsforstyrrelser, med trekk som:
    - - «Piggene ut»
    - - Benekting
    - - Aggresjon, ustabilitet
    - - Manipulering
    - - Avhengighet, påvirkbarhet
    - - Engstelighet
  - ADHD (særlig uoppmerksomhet, impulsivitet)
  - Autisme- og aspergertegn (for eksempel rigiditet, «naivitet»).
- Psykose, autisme og asperger også kan være eget diagnosegrunnlag

## Noen er ikke samtykkekompetente, men kan bli det

De skal få hjelp til det:

- En forutsetning for å kunne forstå konsekvenser av en beslutning, er god informasjon om hva den gjelder
- Informasjon må tilpasses alder, modenhet, psykisk tilstand, språk, funksjonsnivå, kultur- og erfaringsbakgrunn og annet, og må gis:
  - enkelt, uten unødige detaljer
  - i en situasjon og atmosfære som passer for personen
  - i den ro og mak som kreves (når det er tid til det)
  - om konsekvenser (farer og fordeler) ved en beslutning, og ved flere mulige beslutninger

## Mer om tilpasset informasjon

- Man skal best mulig sikre at personen forstår informasjonen, og legge til rette for at personen kan beholde, eller få, samtykkekompetanse
  - hvis man altså klarer å gi den, og
  - noen kan gi den. (Det er ikke helt klart *hvem* som skal gi den, og hvor mye *tid* som kan settes av)
- Og: Informasjon som er for tilpasset, er neppe fullverdig. Hvis personen trenger stor tilpasning, taler det imot samtykkekompetanse

(Noen som er imot vergemålsordningen, er for at personen skal få «beslutningsstøtte», men det skal en verge i praksis gi...)

Uansett er målet selvstendighet, ikke formynderi

Og/men: samtykkekompetanse må ikke forveksles med at personen:

- Har lett for å følge «gode råd»
- Sier det personen har blitt fortalt at han eller hun skal si, altså påvirkning
- Ikke hevder sin mening fordi personen tror at verge bestemmer uansett

## **Grad av utviklingshemning, og samtykkekompetanse. En «tommelfingerregel»:**

- Helt generelt kan personer i det øvre sjiktet av lett utviklingshemning ha samtykkekompetanse, særlig gitt grundig og tilpasset informasjon (hvis man igjen klarer å gi den...)
- Men fra det nedre sjiktet av lett utviklingshemning er det vanskelig, og videre «nedover» er det i praksis umulig

## Konsekvenser, forståelse og vilje

- Konsekvenser av beslutninger, som at en beslutning er svært tapsbringende, skal ikke ha noe å si for samtykkekompetanse
- Vi kan gjøre «ville» valg hvis vi forstår godt nok hva vi gjør
- Forståelse er altså viktigere enn konsekvenser, men hva med forholdet mellom forståelse og vilje?

## Samtykkekompetanse, og oppretting av vergemål, § 20:

Den som har fylt 18 år, og som på grunn av sinnslidelse, herunder demens, psykisk utviklingshemming, rusmiddelmissbruk, alvorlig spilleavhengighet eller alvorlig svekket helbred ikke er i stand til å ivareta sine interesser, kan settes under vergemål hvis det er behov for det.

Den som settes under vergemål, skal **skriftlig samtykke i opprettelsen av vergemålet**, vergemålets omfang og hvem som skal være verge, **med mindre han eller hun ikke er i stand til å forstå hva et samtykke innebærer**. Det kreves ikke samtykke hvis vergemålet omfatter fratakelse av den rettslige handleevnen.

Det kan opprettes vergemål også for personer under 18 år etter reglene i første og annet ledd, når det etter omstendighetene anses nødvendig at vergemålet fortsetter uavbrutt når personen når myndighetsalderen.

## Andre beslutninger, når personen ikke er samtykkekompetent, og har verge

§ 33. Vergens plikt til å høre den som er satt under vergemål, mv., som er slik:

«Vergen skal så vidt mulig høre den som er satt under vergemål, før det foretas disposisjoner av større betydning og også når dette ellers fremstår som naturlig.

*Er den som er satt under vergemål, ikke fratatt den rettslige handleevnen, kan vergen ikke foreta disposisjonen hvis den som er satt under vergemål, motsetter seg det. Dette gjelder likevel ikke hvis han eller hun ikke er i stand til å forstå hva disposisjonen innebærer. Fylkesmannen, eller vergen med fylkesmannens samtykke, kan innhente legeerklæring for å få klargjort om vedkommende er i stand til å forstå hva disposisjonen innebærer.*

*Er den som er satt under vergemål, fratatt den rettslige handleevnen, skal vergen legge vekt på det han eller hun mener. Ektefelle eller samboer skal få uttale seg. Er den som er satt under vergemål, uenig i vergens avgjørelse, kan han eller hun bringe spørsmålet inn for fylkesmannen.»*

§ 33 gir altså en verge vider fullmakter når den som har verge, ikke anses som samtykkekompetent

Det er nok en viktig grunn til at få fratatt rettslig handleevne (som langt på vei er et nytt ord for umyndiggjøring)



## Forholdet mellom vilje og forståelse:

### Justisdepartementets tolkningsuttalelse 20. mars 2018:

«Den klare hovedregelen må være at vergemål ikke kan opprettes mot personens reelle vilje, heller ikke når personen ikke forstår hva et samtykke til vergemål innebærer, selv om det også kan ha betydning om personen er samtykkekompetent eller ikke.»

- Det må vel også gjelde beslutninger generelt, og ikke bare beslutning om vergemål?
- Hva er «reell vilje»? Kan vilje til noe som ikke er forstått, være reell? Ikke alt er altså klart...

Det siste året har en del fått opphevet vergemål etter at:

- Fylkesmannen først har avvist det, men der personen har fått medhold hos Statens sivilrettsforvaltning (SRF), også der personen neppe forstår sitt vergebehov
- Fylkesmannen har gjort det direkte, etter krav fra personen

(Det ser ut som det har vært mindre fokus på § 33 i så måte)

## Forslag til endringer i vergemålsloven ble sendt ut på høring 14. november 2018

Departementet foreslår å endre § 20, andre ledd, til:

Den som settes under vergemål, skal skriftlig samtykke i opprettelsen av vergemålet, vergemålets omfang og hvem som skal være verge. Er han eller hun ikke i stand til å forstå hva et samtykke innebærer, kreves ikke skriftlig samtykke, **men vergemålet kan ikke opprettes dersom det må legges til grunn at dette vil være i strid med vedkommendes vilje**. Første og annet punktum gjelder ikke hvis vergemålet omfatter fratakelse av den rettslige handleevnen.

Departementet foreslår også å endre § 33, 2. ledd til:

Er den som er satt under vergemål, ikke fratatt den rettslige handleevnen, kan vergen ikke foreta disposisjonen hvis den som er satt under vergemål, motsetter seg det. Dette gjelder ikke hvis han eller hun ikke er i stand til å forstå hva disposisjonen innebærer, **men vergen kan i slike tilfeller likevel ikke opptre i strid med vedkommendes vilje**. Fylkesmannen, eller vergen med fylkesmannens samtykke, kan innhente legeerklæring for å få klargjort om vedkommende er i stand til å forstå hva disposisjonen innebærer.

## Forholdet mellom vilje og forståelse går altså igjen, i første omgang i forbindelse med § 20

### Justisdepartementet skriver:

«Det antas at spørsmålet i praksis først og fremst vil komme på spissen i situasjoner hvor personen protesterer mot opprettelsen. **Samtidig kan det at vedkommende protesterer, ikke alene være avgjørende når han eller hun ikke er i stand til å forstå hva et samtykke til opprettelse av vergemål innebærer.»**

Man er også inne på «... **om det forhold at personen motsetter seg bistand, faktisk reflekterer vedkommendes reelle ønsker og vilje.** Dette spørsmålet er krevende og kan vanskelig besvares generelt. Forholdene som gjør at en person oppfyller vilkårene for opprettelse av vergemål i § 20 første ledd, og **vedkommendes grad av forståelse kan ha betydning for den enkeltes evne og mulighet til å gi uttrykk for egen vilje.** Det antas at man i vurderingen må kunne se hen til forhold som **graden av forståelse, hva personen gir uttrykk for, og på hvilken måte.»**

Ellers formoder departementet «... at et ordinært vergemål ikke strider mot ønskene og viljene til personen det er aktuelt å opprette vergemål for [og] at ordinært vergemål er en bistands- og støtteordning», og ber om høringsinstansenes syn på om en slik formodning bør legges til grunn.

### Og om § 33:

Høringsnotatet presiserer «... uttrykkelig at en verge ikke kan foreta disposisjoner for en person uten samtykkekompetanse i strid med vedkommendes reelle vilje dersom denne kan kartlegges ... Ved et ordinært vergemål har personen sin rettslige handleevne fullt ut i behold. Vergen vil da ikke kunne opptre i strid med vedkommendes ønsker og vilje, **men er personen ikke i stand til å forstå hva disposisjonen innebærer, kan det være behov for tolkning og en bredere vurdering av hva personens ønsker og vilje går ut på.** At vedkommende protesterer mot en disposisjon, kan imidlertid ikke alene være avgjørende når han eller hun ikke er i stand til å forstå hva disposisjonen innebærer ... **Det kan være at personen ikke er i stand til å forstå hva et «nei» i realiteten innebærer.»**

Neppe noe av dette gir personen større selvbestemmelse i disposisjoner som personen ikke forstår. Alt i alt er det vel mer forsøk på presiseringer enn grunnleggende endringer

Ellers framheves «minste middels prinsipp», eller ikke å gripe inn mer enn nødvendig

Det tas også til orde for større individtilpasning av vergemål

## Andre momenter i vurdering av samtykkekompetanse

- Å bli undervurdert som samtykkeincompetent, er overgrep
- Å bli overvurdert som samtykkekompetent er svikt
- Det er en balanse mellom selvbestemmelse og omsorg!
- Vurdering av samtykkekompetanse er skjønnsmessig, og ingen standardiserte tester gir en «objektiv» indeks for samtykkekompetanse
- Spesialisterklæringer om samtykkekompetanse må være nokså generelle, og gå mest ut på å finne «bunnivået», det vil si om personen *kan* være inkompetent (og kanskje litt om til hva)
- Verge, og andre, må vurdere kompetanse fra situasjon til situasjon
- Kompetanse kan også endre seg, slik at vurderinger kan foreldes raskt, og må gjentas

## Spørsmål i en studie av personer med utviklingshemnings evne til å samtykke til å delta i forskning:

1. Please tell me, in your own words, what is this study about?
2. What will you be doing if you take part in this study?
3. What are the risks of being in this study?
4. When I say your taking part is completely voluntary, what does that mean to you?
5. When I say that your answers will be kept confidential, what does that mean to you?
6. What can you do if you start the study but don't want to finish it?

## Spørsmål i ACE (Aid to Capacity Evaluation) (særlig aktuelt i forbindelse med kapittel 4 A i Lov om pasient- og brukerrettigheter):

### 1. Evne til å forstå det medisinske problem

Mulige spørsmål:

Hvilke problem har du akkurat nå?

Hva er det som er det største problemet?

Hvorfor er du på sykehuset?

Har du [navn på tilstand/problem]?

Observasjoner:

### 2. Evne til å forstå foreslått behandling

Mulige spørsmål:

Hva er behandlingen for [din tilstand]?

Hva annet kan vi gjøre for å hjelpe deg?

Kan du få/kan det være aktuelt med [foreslått behandling]?

Observasjoner:

### 3. Evne til å forstå alternativer til den foreslåtte behandlingen (hvis noen)

Mulige spørsmål:

Er det noen andre [behandlingsalternativ]?

Hvilke andre muligheter har du?

Kan du få/kan det være aktuelt med [behandlingsalternativ]?

Observasjoner:

### 4. Evne til å forstå muligheten til å nekte den foreslåtte behandlingen (inkluderer både å la være å påbegynne og å avslutte foreslått behandling)

Mulige spørsmål:

Kan du nekte [foreslått behandling]?

Kan vi avslutte [foreslått behandling]?

Observasjoner:

**5. Evne til å anerkjenne konsekvenser som det er rimelig å forvente at en aksept av behandlingen kan føre til**

Mulige spørsmål:

Hva kan skje med deg hvis du får [foreslått behandling]?

Kan [foreslått behandling] forårsake problemer/bivirkninger?

Kan [foreslått behandling] hjelpe deg å leve lenger?

Observasjoner:

**6. Evne til å anerkjenne konsekvenser som det er rimelig å forvente at det å nekte behandling vil kunne føre til (inkluderer både å la være å påbegynne og å avslutte foreslått behandling)**

Mulige spørsmål:

Hva vil kunne skje med deg hvis du ikke får [foreslått behandling]?

Kunne du bli sykere/dø hvis du ikke får [foreslått behandling]?

Hva vil kunne skje hvis du får [andre behandlingsalternativ]? *[Hvis behandlingsalternativ er tilgjengelig]*

Observasjoner:

**7a. Personens beslutning er påvirket av depresjon**

Mulige spørsmål:

Kan du hjelpe meg å forstå hvorfor du vil/ikke vil ha behandling?

Føler du at du blir straffet for noe?

Tenker du at du er en dårlig person?

Har du noe håp for fremtiden?

Fortjener du å få behandling?

Observasjoner:

**7b. Personens beslutninger er påvirket av vrangforestilling/psykose**

Mulige spørsmål:

Kan du hjelpe meg å forstå hvorfor du vil/ikke vil ha behandling?

Tror du noen forsøker å skade deg?

Stoler du på legen/sykepleieren din?

Observasjoner:

**Merk: For spørsmål 7a og 7b, vil et «ja»-svar bety at personens beslutning er påvirket av depresjon eller psykose**

## Sårbarhetsfaktorer, særlig ved lett utviklingshemning

- Fungerer tilsynelatende godt, og kan bli overvurdert og overlatt for mye til seg selv, gjerne i dårlige omgivelser. (Mange har ikke engang diagnosen)
- Godtroende, lite selvhevdende, og lett for å bli utnyttet
- Psykiske lidelser er trolig mer utbredt blant personer med lett utviklingshemning enn ellers i befolkningen
- Det kan tale for at grensen for å vurderes som samtykkekompetent, ikke bør være for lav
- Blir den det, kan det bli et «skred» av rettslig handleevnesaker

## Noen praktiske sider ved vergemål:

- Det er nok vanskelig å unngå å ta hensyn til konsekvenser, og kanskje aller mest når verge er nært relatert
- En viss motivering og overtalelse kan derfor være vanskelig å unngå, også når informasjon gis. (Det kan heller ikke være galt å gi råd selv om personen forstår konsekvenser, når konsekvensene er alvorlige?)
- Men personen må ikke få eller gis inntrykk av at verge bestemmer mer enn verge skal bestemme

Hvis valg som personen forstår, blir vesentlig skadelige, kan kapittel 9 være et alternativ til at verge tøyer sitt oppdrag for langt

## Samtykkekompetanse spesielt i kapittel 9

«Beslutningskompetanse» brukes som begrep

- I forbindelse med kapittel 9 «... må en persons **beslutningskompetanse hensyntas** når et tiltak vurderes iverksatt mot vedkommendes vilje» (Rundskrivnet, s. 29), særlig for tiltak som gjelder personens grunnleggende behov.
- Beslutningskompetanse må «**tillegges vesentlig vekt i spørsmålet om tiltaket er forholdsmessig, og etisk forsvarlig**» (s. 29).
- Det innebærer imidlertid ikke «full nektingsrett»: **Beslutningskompetanse er kun et moment** i vurderingen av om vilkårene er oppfylt

- ... beslutningskompetanse vil også kunne være **av betydning i vurderingen av om et tiltak er å anse som så inngripende at det uansett motstand må regnes som bruk av tvang eller makt**, jf. § 9-2 andre ledd. Hvis en person uttrykker ønske om at et bestemt tiltak iverksettes, og vedkommende vurderes til å være beslutningskompetent i det aktuelle spørsmålet, vil dette kunne lede til at et **enkelte kortvarige eller på andre måter mindre omfattende tiltak likevel ikke anses som så inngripende at de må anses som tvang uavhengig av motstand**. Dette er nærmere omtalt i pkt. 4.2.5.3. (s. 30)
- Personens beslutningskompetanse har (selvfølgelig) **mindre å si for skadeavvergende tiltak**, fordi straffeloven da er rettesnor: Ingen har rett til å begå straffbare handlinger, samme hvor mye de forstår



## **Vergemålsloven er under press, men uavhengig av dagens vergemålslov må noe gjelde**

- Mye som man kan gjøre overfor en annen, krever den andres samtykke, og dermed samtykkekompetanse (motta gaver, kjøp og salg, sex og en rekke andre beslutninger)
- Mange situasjoner krever derfor at vi vurderer om den andre kan samtykke. Ellers kan vi straffes (hvis vi er samtykkekompetansevurderingskompetente)
- Noen mangler ferdigheter, og andre må gjøre ting for dem. Det gjelder (selvfølgelig) også beslutninger
- Vi kommer derfor ikke utenom at noen (1) får hjelp til å ta beslutninger, eller (2) trenger at andre tar en eller flere beslutninger for seg
- Det må (selvfølgelig) skje gjennom en offentlig ordning