

Tvangsbegrensningsloven

Forslag til felles regler om tvang og inngrep uten samtykke i helse- og omsorgstjenesten

Utredning fra et utvalg oppnevnt ved kongelig resolusjon 17. juni 2016.

Avgitt til Helse- og omsorgsdepartementet 18. juni 2019.

Til Helse- og omsorgsdepartementet

Ved kongelig resolusjon 16. juni 2016 oppnevnte regjeringen Solberg et utvalg som skulle utrede behov for endringer i tvangslovgivningen i helse- og omsorgssektoren. Utvalget legger med dette fram sin innstilling.

Innstillingen er ikke enstemmig. Medlemmene Erichsen og Gitlesen har valgt å ta en generell dissens.

	Oslo 18. juni 2019	
	Bjørn Henning Østenstad Leder	
Trond F. Aarre	Liv Drangsholt	Tommy Sjøfjell
Tormod Stangeland	Randi Sigurdson	Jens Petter Gitlesen
Øyvind Kirkevold	Arnhild Lauveng	Kari-Ann Baarlid
Bjørn Roar Vagle	May Helen Molvær Grimstad	Vibeke Erichsen
Adrian Johannes Lorentsson		
		Liv Telle
		Eldrid Byberg

Del I

Sammendrag og innledning

1 Sammendrag og anbefalinger

Boks 1.1 Utvalgets hovedforslag

- Felles tvangsbegrensningslov for helse- og omsorgstjenesten.
- Økt fokus på forebygging av tvangsbruk. Plikt og rett til tilrettelegging framheves. Full oversikt over omfang av tvangsbruk skal sikres.
- Barns rettssikkerhet løftes fram.
- Ny, felles ordning for saksbehandling, overprøving og kontroll: fylkesmennene og nye tvangsbegrensningsnemnder de sentrale aktører.
- Helhetstenking om individet og tilrettelegging for samhandling i tjenestene sentrale bærebjelker i lovutkastet.
- Fjerning av diagnosenære vilkår i tvangshjemlene. Erstattes med krav om fravær av beslutningskompetanse og «sterkt behov» for aktuelt tiltak. Dette gjelder ikke ved fare for andre.
- Felles, snevrere tvangsbegrep (overvinning av motstand). Det blir lettere å få hjelp for den som ikke viser motstand, men mangler beslutningskompetanse.
- Ny inntaksmodell i tverrfaglig spesialisert behandling for rumiddelavhengighet, overgang til en tjenestemodell.
- Styrking av adgangen til å forhåndssamtykke til tvang.
- Økt fokus på gjennomføringsfasen. Krav til ivaretagelse av grunnleggende behov og krav til skjermingslokaler.
- Ny reguleringsmodell for skjerming. Skiller ut fra formål, skjerpede vilkår for skjerming som behandling.
- Klarere og strengere regler om inngrep i nødssituasjoner. Hjemmel for mekaniske innretninger som hindrer bevegelsesfriheten, tidsavgrenses til tre år.
- Forbud mot bruk av mekaniske innretninger som hindrer bevegelsesfriheten, i behandling i psykisk helsevern (unntatt ved tvungen ernæring).
- Forbud mot tvang i trenings- og opplæringstiltak.
- Flertallet tilrår å opprettholde en snever adgang til tvangsmedisinering i behandling av psykiske lidelser.
- Flertallet foreslår en snever hjemmel for bruk av elektrokonvulsiv behandling (ECT) uten tvang (ikke motstand) som et livreddende tiltak.
- Reservasjonsordning for antipsykotika og ECT.
- Utpøving av nye modeller for veiledning, rådgivning og støtte til å ta beslutninger i saker etter tvangsbegrensningsloven.

[Boks slutt]

1.1 Innledning

Utvalget ble oppnevnt ved kongelig resolusjon 17. juni 2016 for å foreta en samlet gjennomgang og utrede behov for revisjon og modernisering av regelverket om tvang i helse- og omsorgssektoren. Utvalget skulle etter mandatet blant annet foreslå nødvendige lovendringer for å møte behovene i dagens og framtidens helse- og omsorgstjenester og legge til rette for god samhandling mellom tjenestene. Utvalget skulle også utrede forholdet til våre internasjonale forpliktelser, blant annet FNs konvensjon om rettigheter til personer med nedsatt funksjonsevne (CRPD) og vurdere om det er behov for endringer i regelverket for å imøtekomme disse forpliktelsene.

Utredningen inneholder 31 kapitler, fordelt på fem hoveddeler, som samlet begrunner utvalgets forslag til ny tvangsbegrensningslov.

1.2 Sammendrag og innledning

I dette kapitlet oppsummeres utvalgets forslag. I kapittel 2 gjøres det rede for utvalgets forståelse av mandatet og for utvalgets arbeid.

I kapittel 3 oppsummeres utvalgets vurderinger av om en felles lov om adgang til og grenser for å bruke tvang i helse- og omsorgstjenesten er mulig og ønskelig.

Utvalget mener at det er mulig å lage en felles lov. En felles lov gir gode muligheter for en enhetlig tilnærming til de menneskerettslige kravene. Det har vært et mål å gi CRPD et konkret og forpliktende innhold i en norsk kontekst. Lovforslaget vil etter utvalgets vurdering bidra til en markert reduksjon i den faktiske tvangsbruken. Forslagene om at manglende beslutningskompetanse og antatt samtykke som hovedregel skal være vilkår for å anvende tvang, innstramming av rammene for inngrep i nødssituasjoner, et overprøvingssystem som er innrettet mot redusert bruk av tvang, innstramming av tvangsbegrepet og bedre tilrettelegging for samhandling mellom tjenestene og helhetstenkning rundt individet vil bidra til det. Et økt fokus på alternativer til tvang er gjennomgående i utredningen og er ment å skulle bidra til positive holdningsendringer i tjenestene. Lovforslaget gir videre økt rettssikkerhet for barn og større grad av likebehandling. Forslaget vil dessuten bidra til en mer effektiv bruk av offentlige ressurser ved at dagens fire parallelle kontroll- og overprøvingsordninger slås sammen.

Utvalgets medlemmer Vibeke Erichsen og Jens Petter Gitlesen stiller seg ikke bak sentrale elementer i de vurderingene og forslagene som går fram av utredningen og har valgt å ta en generell dissens. Denne er tatt inn som vedlegg til utredningen.

1.3 Bakgrunnskunnskap

Utredningens del II inneholder bakgrunnskunnskap om områdene som omfattes av utvalgets mandat.

I kapittel 4 gis det faglige beskrivelser av karakteristiske trekk ved tilstander som tradisjonelt har aktualisert spørsmål om bruk av tvang i helse- og omsorgstjenesten: psykiske helseproblemer, rusproblemer, psykisk utviklingshemning og demens. Her omtales også særlige aspekter ved situasjoner som kan føre til bruk av tvang overfor barn.

I kapittel 5 gis det en oversikt over dagens rettsregler inkludert den historiske bakgrunnen for dem. Det gis en katalogaktig beskrivelse av de fire regelsettene før disse sammenstilles for å påvise likheter og forskjeller. Trekk i samfunnsutviklingen av betydning for vurderingen av gjeldende rett påpekes. Utdypende omtaler, drøftelser og beskrivelser av forholdet til annet regelverk er tatt inn kapitlene der de naturlig hører hjemme.

I kapittel 6 gis det en oversikt over evalueringer, tilsynsrapporter og andre vurderinger av hvordan dagens rettsregler virker.

I kapittel 7 gjøres det rede for hvilke føringer menneskerettighetene gir for utarbeidelsen av regelverk om bruk av tvang i helse- og omsorgstjenesten

I kapittel 8 gjøres det rede for rettstilstanden i enkelte andre land med særlig vekt på Danmark, Sverige, England og Irland.

I kapittel 9 gis det et situasjonsbilde på omfang av tvangsbruk og antall klagesaker.

I kapittel 10 oppsummeres kunnskap om virkninger og bivirkninger i behandling av psykiske helseproblemer, rusproblemer og somatiske tilstander, både ved frivillig behandling og behandling under tvang. I tillegg oppsummeres effekt og bivirkninger av gjennomføring av pleie- og omsorgstiltak med tvang og gjennomføring av akutt skadeavverging med tvang.

I kapittel 11 gjøres det rede for nasjonal og internasjonal forskning og kunnskap om tiltak som reduserer eller forebygger tvang. Tvang kan i mange tilfeller forebygges. Bruk av tvang mot personer i målgruppene for utvalgets mandat kan reduseres betydelig og i en del tilfeller elimineres helt, uten at det får skadelige konsekvenser. Reduksjon av tvangsbruk kan tvert imot ofte føre til flere ønskede bieffekter, inkludert bedre arbeidsforhold for personalet og bedre helse og omsorg for pasientene. For å redusere tvangsbruken kreves det først og fremst vilje til endring, kompetanse og konkrete endringer på et overordnet og organisatorisk nivå. Det vil ta tid å få gjennomført en grunnleggende omlegging.

For å få et bredere grunnlag for vurderingene inviterte utvalget en rekke offentlige instanser, interesseorganisasjoner og ulike deler av helse- og omsorgstjenesten til å gi skriftlige innspill til problemstillingene mandatet reiser. Alle som ønsket det kunne sende inn synspunkter. Utvalget mottok 60 innspill. Disse illustrerer hvor komplekse utfordringene på feltet som inngår i utvalgets mandat er. Innspillene oppsummeres i kapittel 12.

1.4 Prinsipielle synspunkt

Utvalget har funnet det hensiktsmessig å beskrive sitt verdisyn gjennom premissene

Alle har rett til:

1. selvbestemmelse i personlige spørsmål
2. beskyttelse mot krenkelse av rettigheter
3. nødvendige helse- og omsorgstjenester og
4. respekt for sitt iboende menneskeverd.

Utvalget har stått overfor komplekse problemstillinger der ulike verdier og menneskerettigheter må veies mot hverandre. I dette bildet blir ytterposisjonene etter utvalgets syn, dypt problematiske ved at de på hver sin måte kan hevdes å fremme gruppetenkning framfor hva som er best for sårbare enkeltmennesker. Utvalget oppfatter kjernen i CRPD som et krav om skjerpet innsats mot tvangsbruk og en særlig kritisk vurdering av behovet for særbestemmelser for enkeltgrupper. Se nærmere omtale i kapittel 13.

Lovforslaget ivaretar enkeltmenneskers materielle rettssikkerhet ved blant annet å kreve at et tvangstiltak må være egnet og nødvendig for å nå målet og at fordelene ved tiltaket klart må overstige ulempene. Det ivaretar også enkeltmenneskers prosessuelle rettssikkerhet ved å stille krav om at prosessen fram mot vedtaket og selve vedtaket er forsvarlig. Det ivaretar dessuten personers reelle rettssikkerhet ved at det etableres systemer som virke tvangsbegrensende.

Utvalget forutsetter at det i årene framover tas kraftfulle nasjonale faglige initiativer for redusert tvangsbruk. Reduksjon av tvangsbruk er et langvarig og krevende arbeid. Utvalget mener derfor at det fortsatt er helt nødvendig å ha lovgivning som etablerer nødvendig rettssikkerhet rundt den tvangsbruken som faktisk forekommer. Se nærmere omtale i kapittel 14.

Utvalget understreker viktigheten av økt tilrettelegging for frivillig tjenesteyting. Dette handler både om å stimulere til økt selvbestemmelse gjennom støttende tiltak og et økt fokus på utformingen av tjenestetilbudet. På et prinsipielt grunnlag vurderer utvalget at hovedvilkårene for bruk av tvang – der personen ikke utgjør en fare for andre – bør knyttes til fare for vesentlig helseskade, manglende beslutningskompetanse og en antakelse om at vedkommende ville ha samtykket dersom han eller hun hadde hatt kompetansen intakt.

Utvalget foretrekker å bruke «psykiske helseproblemer» som et begrep i lovutkastet heller enn «sinnslidelse» eller «psykisk lidelse». Unntak gjelder ved regulering av medikamentell be-

handling – der «psykisk lidelse» blir brukt – og fare for andre, der «alvorlig sinnslidelse» holder stand. Videre foretrekker utvalget «rusproblemer» heller enn «rusmiddelavhengighet» eller «rusmisbruk», men også her må det gjøres enkelte nyanseringer.

Dagens regelverk er fragmentert, verdimessig inkonsistent og legger dårlig til rette for helhetstenkning. Utvalget diskuterer ulike løsninger og konkluderer med at det er behov for mer overordnede grep enn det som er realistisk innenfor dagens lovstruktur. Utvalget ser at fragmenteringen i dagens regelverk formelt sett kan virke tvangsdempende. En sammenslåing av lovene gir fare for mer generelle regler og dermed utglidningsfare. Det har derfor vært en stor utfordring for utvalget å etablere nye skranker mot unødvendig tvangsbruk. Se nærmere omtale i kapittel 15.

1.5 En samordnet tvangslovgivning – problembeskrivelser, utfordringer og løsningsforslag

Utvalget foreslår at formålene med dagens fire regelverk videreføres og tas inn i en felles formålsbestemmelse. Det foreslås videre at hensynet til barns særlige rettigheter og behov og faglig og etisk forsvarlighet i tjenestene tas inn i formålsbestemmelsen for å markere at det er viktig at også disse hensynene ivaretas ved tolkning og praktisering av loven.

Regelverket må legge forholdene til rette for god samhandling mellom tjenestene. Det foreslås at loven skal gjelde for bruk av tvang og for inngrep uten gyldig samtykke, i helse- og omsorgstjenesten. Tiltak til vern mot smittsomme sykdommer skal fortsatt reguleres i smittevernloven. Tvangsbegrensningslovens bestemmelser om gjennomføring av opphold i institusjon skal i utgangspunktet også gjelde ved opphold i institusjon under tvangsbegrensningsloven med grunnlag i annen lovgivning. Private skal som hovedregel ha avtale med en kommune eller et foretak for å kunne yte tjenester etter tvangsbegrensningsloven. Avtalen skal regulere hvordan kontroll med virksomheten skal utøves. Se nærmere omtale i kapittel 16.

Helse- og omsorgslovgivningen kjennetegnes av en balansegang mellom myndige personers selvbestemmelsesrett over eget liv og det offentliges omsorgsansvar. Spørsmålet blir under hvilke forutsetninger og på hvilken måte det offentlige skal tre inn overfor den som ikke kan ivareta egen velferd. For barn blir balansepunktet et annet enn for voksne, fordi de ikke har generell selvbestemmelsesrett. Det påvirker blant annet vurderingen av hva som anses som tvang overfor barn, hva som utgjør en frihetsberøvelse overfor barn og kravet til rettslig grunnlag for gjennomføring av slike tiltak. Utvalget har rettet særlig oppmerksomhet mot forholdet mellom helse- og omsorgslovgivningen og barnevernloven. Se nærmere omtale i kapittel 17.

Det er ikke mulig å redusere tvangsbruken uten å gjenkjenne tvangen. Utvalget ønsker at rettssikkerhetsgarantiene, i større grad enn det som er tilfelle i dag, skal konsentreres om situasjoner der personer motsetter seg et tjenestetilbud. Å definere tvang på denne måte gir etter utvalgets syn et større samsvar mellom begrepets juridiske innhold og alminnelig språkbruk. Utvalget foreslår at begrepet «motstand» skal brukes når en person som tilbys helse- og omsorgstjenester, framviser en negativ holdning til tilbudet som ikke vil kunne overvinnes uten bruk av tvang. Ved tvil skal det legges til grunn at det foreligger motstand. Det foreslås at tvang skal forstås som overvinning av motstand med virkemidler som går ut over det som er vanlig akseptert i samhandling mellom mennesker, og i tillegg omgåelse av motstand ved at vesentlig informasjon bevisst holdes skjult. Utvalget mener at styrking av barns rettslige posisjon ikke kan skje ved å etablere samme tvangsdefinisjon for barn og voksne på grunn av hensynet til foreldreansvaret. For barn mellom 12 og 16 år foreslås det derfor at tiltaket i tillegg

må være særlig inngripende for at det skal bli ansett som tvang med den konsekvens at tiltaket utløser offentlig saksbehandling. Se nærmere omtale i kapittel 18.

I kapittel 19 omtales og vurderes sentrale begreper i utredningen og lovutkastet. Det blir redegjort for rettslige konsekvenser av skillet mellom begrepene helsehjelp, kommunale helse- og omsorgstjenester og spesialisthelsetjenester i dagens regelverk. Det blir særlig vurdert hvordan begrepet behandling i utvalgets lovutkast bør forstås. Begrepene pasient og bruker blir også gjennomgått. Utvalget foreslår at person brukes som fellesbetegnelse i lovutkastet. Videre blir ulike definisjoner og ulik bruk av institusjonsbegrepet i dagens regelverk gjennomgått. Det foreslås at departementet skal få hjemmel til å fastsette nærmere bestemmelser om hva som skal anses som institusjon, helseinstitusjon og bolig særskilt tilrettelagt for heldøgns helse- og omsorgstjenester.

I kapittel 20 redegjøres det blant annet for hva som ligger i CRPDs krav om at statene skal treffe hensiktsmessige tiltak for å gi mennesker med nedsatt funksjonsevne tilgang til den støtten de kan trenge for å kunne utøve sin rettslige handleevne (beslutningsstøtte). Det redegjøres videre for hvilke elementer av beslutningsstøtte som allerede finnes og hvilke av utvalgets forslag som bidrar til å gi personer beslutningsstøtte. Utvalget mener at det er behov for en ny ordning der personer kan få beslutningsstøtte fra en uavhengig hjelper. Utvalget ser behov for et betydelig utviklingsarbeid og anbefaler derfor at det lovfestes at departementet skal sørge for at det prøves ut nye modeller for veiledning, rådgivning og støtte til personer som ønsker hjelp til å ta egne beslutninger i saker etter tvangsbegrensingsloven. Vergemålslovens ordning med fremtidsfullmakt vurderes ikke egnet til å introdusere på helse- og omsorgsfeltet.

I kapittel 21 omtales utfordringer ved vurderingen av om vilkårene beslutningskompetanse og antatt samtykke er oppfylt. Utvalget anbefaler å erstatte begrepet «samtykkekompetanse» med «beslutningskompetanse» i helse- omsorgslovgivningen. Det er anbefales ikke å lovfeste vilkår for tap av beslutningskompetanse.

Utvalget ønsker ikke å innføre en *generell* ordning med bindende forhåndserklæringer. Forhåndserklæringer vil derimot inngå i vurderingen av personens antatte samtykke

Utvalget ønsker å videreføre og framheve tjenestenes plikt til å tilby, og personers rett til å få, nødvendige tiltak for å unngå tvangsbruk. Utvalget vurderer dette grepet som et viktig tiltak for redusert tvangsbruken. Det er ikke tale om å innføre nye rettigheter men å løfte fram aspekter ved retten til nødvendig hjelp som allerede ligger i lovgivningen. Se nærmere omtale i kapittel 22.

Det foreslås at adgangen til tvangsinngrep i nødssituasjoner i helse- og omsorgstjenesten fullt ut (uttømmende) reguleres i tvangsbegrensingsloven. Straffeloven som er grunnleggende vag og uklar om dette, skal ikke tjenestene kunne bygge på. Avgrensningen av hvilke tiltak som kan benyttes må da først og fremst komme til uttrykk gjennom generelle vilkår som nødvendighet og forholdsmessighet.

Det foreslås at det skal måtte foreligge en akutt fare. Dette vil etter utvalgets syn begrense virkeområdet for inngrep samtidig som det reduserer behovet for særhjemler. Ved repeterende nødssituasjoner skal det vurderes om det å treffe vedtak om planlagte inngrep etter de ordinære reglene i lovutkastet kapittel 6 kan redusere det totale omfanget av tvang. Utvalget mener at det vil føre til sterkere oppmerksomhet rundt arbeidet med å forebygge tvangsbruk.

Den klassiske nødssituasjonen er en krise i rask utvikling mot en nært forestående skade. Avgjørelser må da tas raskt. Det får betydning for hvilke krav det bør stilles til saksbehandling og kontroll i forkant og hva som skal være vurderingstemaet for avgjørelsen. Utvalget foreslår at det i slike situasjoner skal kreves at tiltaket er nødvendig og forholdsmessig, men at det ikke skal kreves manglende beslutningskompetanse og antatt samtykke.

Det foreslås særlig begrensninger i adgangen til å gjennomføre inngrep ved akutt skadeavverging i form av mekaniske innretninger som begrenser bevegelsesfriheten, skjerming, legemidler, fysisk nedleggelse og tilbakehold ved akutt selvmordsfare.

Utvalget forslår tunge nasjonale initiativ for økt fokus på forebygging av tvang. For å understreke potensialet som ligger i forebyggende arbeid, foreslås det å gjøre hjemmelen for bruk av mekaniske innretninger i nødssituasjoner tidsbegrenset til tre år fra lovens ikrafttredelse med ambisjon om at tiltaket deretter skal forbys.

Ved skjerming som akutt skadeavverging, kan ikke personer under 18 år holdes på låst rom. Se nærmere omtale i kapittel 23.

Også for tvangsinnleggelse og tvunget tilbakehold mener utvalget at det er urealistisk i overskuelig framtid å fjerne alle særhemler for bruk av tvang. Der personen ikke motsetter seg innleggelse skal terskelen være lav for å gi hjelp, lavere enn etter psykisk helsevernloven i dag. På den andre siden må kravene være strengere enn det som i dag gjelder for innleggelse på sykehjem ut fra menneskerettighetene. Utvalget foreslår her en ny modell basert på denne avveiningen

For tvangsinnleggelse og tvungent tilbakehold mener utvalget likevel at det er mulig å gjøre regelverket atskillig mer diagnosenøytralt enn i dag. Vilkår som «alvorlig sinnslidelse» og rusmisbruk byttes ut med en kombinasjon av «sterkt behov» for opphold og manglende beslutningskompetanse. Det foreslås at det å la være å gripe inn gir en nærliggende og alvorlig risiko for personens eget liv eller for at han eller hun skal bli påført vesentlig helseskade. Unntak gjelder ved fare for andre.

Det foreslås videre at det ved vedtak skal kreves klar sannsynlighetsovervekt for at lovens vilkår er oppfylt.

Behovet for tvangstiltak utenfor helseinstitusjon vil bli fanget opp av forslaget om adgang til å bruke utgangshindrende tiltak.

Utvalget ønsker å styrke samtykke som rettslig grunnlag for tvang. Det foreslås at det skal være adgang til å samtykke til tilbakehold i institusjon i inntil tre uker (seks uker dersom personen aktivt ønsker det). Forlengelser av samtykker skal kunne trekkes tilbake i 24 timer etter at de er gitt. Rettssikkerheten ivaretas gjennom styrkede prosessuelle regler.

Utvalget foreslår å videreføre adgangen til å holde gravide rusmiddelavhengige som motsetter seg dette, tilbake i institusjon. Det foreslås at det tydeliggjøres at unnlattelse av å gripe inn vil medføre en nærliggende og alvorlig risiko for at det ufødte barnet påføres helseskade og at tiltaket må være nødvendig og egnet for å hindre eller begrense helseskade på det ufødte barnet. Det foreslås at det skal lovfestes at institusjonen skal være særlig tilrettelagt for at kvinnen skal bli i stand til å ta vare på barnet.

Det foreslås dessuten at det skal være et vilkår for tvangsinnleggelse og tvungent tilbakehold i institusjon for tverrfaglig spesialisert behandling for rusmiddelavhengighet at det er inngått en avtale mellom oppholdskommunen og spesialisthelsetjenesten om samarbeid og planlegging av personens tjenestetilbud før, under og etter oppholdet.

Se nærmere omtale i kapittel 24.

I kapittel 25 omtales andre typer helse- og omsorgstiltak enn innleggelse og tilbakehold i helseinstitusjon.

Statene har en bred skjønnsmargin i avveiningen av spenningsforholdet mellom presise og avgrensede tvangshjemler og behovet for hjemler som åpner for konkrete vurderinger av hva som er rimelig.

En felles regulering forutsetter harmonisering av et stort antall bestemmelser. Utvalget mener at terskelen for å yte helse- og omsorgstjenester overfor personer som ikke motsetter seg hjelpen, men som mangler beslutningskompetanse må være atskillig lavere enn for dem som motsetter seg hjelp.

Regelverket bør i utgangspunktet være arenanøytralt. Tvangsbruk må som hovedregel begrenses til situasjoner der en person mangler beslutningskompetanse og har et sterkt behov for hjelpen tjenestene kan tilby. Det skal gjelde generelle vilkår som er diagnosenøytrale, men spesielt for psykisk helsevern er det nødvendig med enkelte spesifikke bestemmelser for å hindre utglidning i tvangsbruken.

Tvangsmedisinering

Utvalgets flertall har stor forståelse for at det, ut fra den kunnskapen man i dag har om virkninger og bivirkninger, er et ønske om å forby tvangsmedisinering. Utvalgets flertall har likevel lagt avgjørende vekt på at det fortsatt bør være en mulighet for å gripe inn for å hindre vesentlig helseskade. Det forutsettes at det etableres gode, reelle alternativer til medisinering og at disse blir prøvd før tvangsmedisinering vurderes.

Utvalgets flertall foreslår en klar innstramming av adgangen til tvangsmedisinering. Det foreslås et nytt krav om at legemiddel og dosering må vær godkjent for personens kliniske diagnose. Fokus rettes mot alternativer til tvang og medisiner.

Prognoser for virkning og bivirkning av legemidlet ved første gangs bruk skal kunne baseres på generell kunnskap og erfaring med det aktuelle legemidlet. Ved senere bruk skal det derimot utelukkende gjøres individuelle vurderinger med utgangspunkt i personens tidligere erfaringer.

Tvangsmedisinering er et svært inngripende tiltak som kan ha store skadevirkninger. Utvalgets flertall mener derfor at det er behov for særlige rettssikkerhetsgarantier. Det foreslås at det etableres en ordning med Uavhengig Psykiatrifaglig Undersøkelse (UPO) der særlig kvalifiserte psykiatere ved behandling av klagesaker skal gjøre en selvstendig gjennomgang av det faglige grunnlaget for tvangsmedisinering og gi en uttalelse til klageinstansen, tvangsbegrensningsnemnda.

Utvalgets flertall foreslår at det skal kunne avgis forhåndssamtykke til tvangsbehandling av psykiske lidelser med legemidler i inntil tre uker (seks uker dersom personen aktivt ønsker det) og at et samtykke skal kunne trekkes tilbake i inntil 24 timer etter at det er blitt forlenget. Det skal videre være adgang til å reservere seg mot behandling av psykiske lidelser med bestemte typer antipsykotika eller samtlige typer, i inntil ti år. Det er en forutsetning at personen tidligere har hatt psykose og blitt behandlet med antipsykotika. Forhåndserklæringen om reservasjon skal godkjennes av tvangsbegrensningsnemnda. Reservasjonen skal ikke gjelde i nødssituasjoner, hvis personen på grunn av alvorlig sinnslidelse utgjør en nærliggende og alvorlig fare for andres liv eller helse, eller hvis hensynet til omsorgssituasjonen for barn gjør seg gjeldende som et tungtveiende argument mot å tillate reservasjon. Personen kan når som helst trekke tilbake erklæringen, også i en situasjon der vedkommende ikke regnes som beslutningskompetent.

Et *mindretall* bestående av medlemmene Vibeke Erichsen og Jens Petter Gitlesen har tatt dissens på forslaget om adgang til tvangsmedisinering.

Mekaniske innretninger

Utvalget foreslår at det skal være forbudt å bruke mekaniske innretninger i behandlingen av psykiske helseproblemer. Bruk av mekaniske innretninger skal derimot være tillatt ved

tvangsbehandling av spiseforstyrrelser for å unngå skade på den som blir tvangsernært. Det kan også være adgang til å bruke mekaniske innretninger som begrenser bevegelsesfriheten, utenfor nødssituasjoner overfor personer med omfattende orienteringssvikt og personer som har en alvorlig selvskadende atferd som ikke kan kontrolleres på annen måte.

Skjerming

Utvalget har valgt å definere skjerming som det «å holde en person helt eller delvis atskilt fra medpasienter og personell». Utvalget foreslår at skjerming skal kunne brukes som:

- akutt skadeavvergende tiltak
- behandlingstiltak
- kortvarig gjennomføringstiltak ved behandling eller
- tiltak for å verne fellesskapsinteresser i institusjon.

Utvalget foreslår blant annet en betydelig terskelheving for bruk av skjerming som behandlingstiltak og stiller krav til skjermingslokalene.

Elektrokonvulsiv behandling (ECT)

Utvalgets flertall mener at dagens rettstilstand der bruk av ECT uten samtykke kan begrunnes i strafferettslig nødrett, er uholdbar. Utvalgets flertall anbefaler derfor at det lovfestes en snever adgang til bruk av ECT som et livreddende tiltak. Det skal kunne brukes mot personer som ikke motsetter seg tiltaket, men som mangler beslutningskompetanse. Det er altså ikke tale om bruk av tvang. Det skal være adgang til å reservere seg mot ECT-behandling gjennom en forhåndserklæring som skal godkjennes av tvangsbegrensningsnemnda.

Et mindretall bestående av medlemmene Vibeke Erichsen og Jens Petter Gitlesen har tatt dissens på forslaget om elektrokonvulsiv behandling.

Et annet *mindretall* bestående av medlemmet Bjørn Roar Vagle har tatt dissens på forslaget om elektrokonvulsiv behandling med en annen begrunnelse.

I kapittel 26 rettes oppmerksomheten mot inngrep som er begrunnet i fellesskapsinteresser. Det foreslås at det utenfor institusjon bare skal være adgang til å gi husordensregler for fellesarealer. Husordensregler skal bare kunne håndheves med tvang dersom vilkårene for å treffe individuelle vedtak (utenfor nødssituasjoner) etter lovforslagets ordinære regler er oppfylt. Behovet for lokale tilpasninger og tilpasning ut fra type tjenestetilbud, framstår her som særlig stort. Loven bør derfor etter utvalgets syn, bare etablere en ytre ramme. Rutinekontroll for å hindre innførsel av farlige gjenstander må, for å fremme ikke-diskriminering, praktiseres likt for alle. Regler om romundersøking, kroppsvisitasjon og beslag av rusmidler, farlige gjenstander mv. blir felles for psykisk helsevern og den spesialiserte rusbehandlingen.

I kapittel 27 behandles spørsmål knyttet til gjennomføring av tvangsvedtak som det ikke har vært mer naturlig å drøfte andre steder i utredningen. Utvalget mener at det bør rettes mer oppmerksomhet mot gjennomføringen av tvangsvedtak. Utgangspunktet er at lovens vilkår for å treffe et vedtak også regulerer gjennomføringen av det. I tillegg stilles det spesifikke krav om at tiltak må gjennomføres så skånsomt som mulig og at personens grunnleggende behov blir ivaretatt. Det foreslås regler om krav til lokalene ved skjerming. Utvalget foreslår at gjennomføringen av et vedtak kontinuerlig skal vurderes og straks avbrytes dersom lovens vilkår ikke lenger er oppfylt. Personen og dennes nærmeste pårørende skal kunne klage til fylkesmannen over feil eller mangler ved gjennomføringen av tiltak. Det skal som hovedregel skal være to personell tilstede ved gjennomføring av tvangstiltak som innebærer direkte

kroppslige inngrep. Kontrollinstansene skal på ethvert tidspunkt kunne stille vilkår knyttet til gjennomføringssituasjonen.

I kapittel 28 vurderes styrker og svakheter ved dagens saksbehandlingsregler og overprøvingsorganer.

Enkelte av forskjellene mellom dagens ordninger for saksbehandling, overprøving og kontroll er så grunnleggende at det blir et spørsmål om det i det hele tatt er mulig å få til en felles regulering. Utvalget har identifisert to kritiske punkter: «midlertidighetsproblematikken» der både terminologi og løsninger er ulike i de fire regelsettene, og «tvungent psykisk helsevern» og «tvungen observasjon» etter psykisk helsevernloven. Utvalget har løst dette ved å foreslå å innføre fellesbetegnelsen «midlertidig vedtak». Utvalget foreslår også at frihetsberøvelse i institusjoner for tverrfaglig spesialisert behandling for rusmiddelavhengighet innlemmes i det samme systemet for saksbehandling og kontroll som gjelder i helsetjenesten for øvrig.

Utvalget mener at arbeidsmengden, viktigheten av nærhet til virksomhetene og muligheten for aktiv oppfølging tilsier det den daglige forvaltningen av tvangslovgivningen må skje lokalt. Utvalget mener at fylkesmannen med sin administrative styrke og erfaring på feltet vil være sentral i en ny kontrollordning.

Rettsikkerhetsgarantier må stå i forhold til inngrepets alvorlighet og risikoen for overgrep. Saker om bruk av tvang i helse- og omsorgstjenesten reiser til dels vanskelige juridiske spørsmål. Det vil være en fordel med en administrativ behandling av et organ som har mengdetrening på saksfeltet, før de alminnelige domstoler eventuelt involveres. Det foreslås at fylkesnemndene og kontrollkommisjonene erstattes av en ny felles overprøvingsordning. Tvangsbegrensningsnemndene blir her klage- og overprøvingsinstans, fylkesmennene skal motta og gjennomgå alle vedtak og beslutninger og tilrettelegge for nemndene. Blant annet skal fylkesmannen fordele saker og drifte saksbehandlings- og arkivsystem for nemndene.

Utvalget foreslår at det skal lovfestes at det skal være en hovedoppgave for kontrollorganene å begrense bruken av tvang. Det er et formål for virksomheten å sikre helhetstenkning rundt individets situasjon.

Det foreslås at tvangsbegrensningsnemndene primært skal fungere som et generalistorgan og ha ansvaret i et geografisk avgrenset område. De skal ledes av en jurist, og ha et medlem som er lege og ett lekmedlem. Det skal i tillegg opprettes særlige utvalg av fageksperter, blant annet på forebygging av tvang, som etter anmodning fra nemndsleder, kan oppnevnes til å supplere nemnda ved behandling av enkeltsaker. Virketiden for nemndsmedlemmene begrenses til fire år med mulighet for én gjenoppnevning. Deretter skal det være en karenstid før man igjen kan oppnevnes. Det foreslås at tvangsbegrensningsnemndene administrativt skal knyttes til fylkesmennene, men at den faglige uavhengigheten lovfestes.

Utvalget mener at det, uavhengig av om personen ber om det, er et stort behov for obligatoriske kontroller av om vilkårene for et tvangsvedtak fortsatt er oppfylt. Utvalget foreslår at det for de alvorligste sakene skal innføres krav om høring i tvangsbegrensningsnemnda innen 30 dager etter at et vedtak er truffet dersom det ikke allerede er fremmet en klage. Formålet med overprøvingen skal være å få avklart om lovens vilkår fortsatt er oppfylt, med særlig vekt på retten og plikten til et tilrettelagt tilbud uten bruk av tvang. Saksbehandlingen skal legge til rette for samhandling på tvers av forvaltningsnivåer. Forlengelse av vedtak ut over ett år bør også utløse obligatorisk kontroll.

Tvangsbegrensningsnemndas oppgaver

Tvangsbegrensningsnemnda skal overprøve de mest inngripende avgjørelsene etter tvangsbegrensningsloven, dvs.:

1. behandle klage over beslutning om og gjennomføring av særlig inngripende tiltak som skadeavverging i nødssituasjoner
2. overprøve forhåndssamtykke til tvungent tilbakehold i helseinstitusjon
3. behandle klager over vedtak etter tvangsbegrensningsloven
4. være klageinstans for midlertidige vedtak om innleggelse og tilbakehold i institusjon (tvangsbegrensningsnemndas leder)
5. prøve gyldigheten av forhåndssamtykker
6. gjennomføre høring i de alvorligste sakene dersom vedtaket ikke er påklaget 30 dager etter at det er fattet
7. Iverksette høringssak av eget tiltak
8. behandle søknad om forlengelse av de mest inngripende tvangsvedtakene ut over ett år:
9. behandle sak om godkjenning av reservasjon mot behandling av psykiske lidelser med legemidler og
10. gjennomføre stedlig tilsyn i helseinstitusjon der det forekommer tvangsinnleggelse eller tvungent tilbakehold samt med tiltak som utløser høringssak og rapportere om funn til Statens helsetilsyn.

Fylkesmannens oppgaver

I utvalgets lovutkast blir det ikke lagt opp til at fylkesmannen skal treffe vedtak i første instans.

Fylkesmannen skal utføre de kontroll- og tilsynsoppgavene som ikke er lagt til tvangsbegrensningsnemnda, dvs.:

1. motta og holde oversikt over vedtak som treffes etter av tvangsbegrensningsloven
2. motta og holde oversikt over beslutninger om tiltak i nødssituasjoner
3. motta og holde oversikt over forhåndssamtykker, samtykker og reservasjoner
4. straks gjennomgå alle dokumenter som mottas og vurdere om riktig framgangsmåte er fulgt og om lovens vilkår er vurdert
5. holde oversikt over omfanget av tvangsbruken i helse- og omsorgstjenesten
6. ha det administrative ansvaret for tvangsbegrensningsnemndene
7. være klageinstans for beslutning om og gjennomføring av tiltak etter tvangsbegrensningsloven, unntatt ved bruk av særlig inngripende tiltak som skadeavverging i nødssituasjoner
8. opprette og administrere fylkesvise lister over sakkyndige som kan oppnevnes som medlemmer i tvangsbegrensningsnemnda i enkeltsaker
9. føre tilsyn og holde Statens helsetilsyn orientert i samsvar med kravene etter helsetilsynsloven.

Fri rettshjelp

Utvalget foreslår at det skal gis fri sakførsel ved klage over vedtak om

- innleggelse og tilbakehold som personen motsetter seg
- innleggelse og tilbakehold i psykisk helsevern ved fare for andres liv eller helse
- innleggelse og tilbakehold av gravide rusmiddelavhengige ved motstand
- utgangsbegrensende tiltak utenfor institusjon
- overføring mellom institusjoner

- tiltak med pleie- og omsorgsformål som personen motsetter seg herunder
 - bruk av inngripende varslings- og lokaliseringsteknologi
 - bruk av mekaniske innretninger som hindrer personens bevegelsesfrihet med omsorgsformål
 - kontinuerlig observasjon utenfor helseinstitusjon ved fare for andre
- behandling av psykiske lidelser med legemidler
- elektrokonvulsiv behandling (ECT)
- pålegg om oppmøte til behandling
- krav om prøving av gyldigheten av forhåndssamtykke til bruk av tvang

Utvalget har valgt å omtale avgjørelser i nødssituasjoner som «beslutninger». Utvalget foreslår at arbeidet med å treffe vedtak profesjonaliseres ved å kreve at virksomheten skal utpeke personell som skal kunne håndtere dette. Utvalget mener videre at det av hensyn til klarhet og tilgjengelighet og det forhold at forvaltningsloven i liten grad er tilpasset de særlige behov som kan foreligge der den private parten har psykiske funksjonsvansker, er behov for en del særregler for tvangssakene. Dette anses som viktig med tanke på realisering av forpliktelser som springer ut av CRPD.

Utvalget vil sterkt understreke at utøving av partsrettigheter under saksbehandlingen kan skje uavhengig av om personen er beslutningskompetent i spørsmålet saken gjelder.

Ved behov for videreføring av et tiltak bør det etter utvalgets syn være mulig å treffe vedtak om forlengelse av det eksisterende vedtaket. Når det gjelder varigheten på vedtak videreføres i stor grad gjeldende rett. Utgangspunktet er en lengste varighet på ett år, men dette avhenger av vedtakstype. Den vedtaksansvarlige har imidlertid både kompetanse og plikt til å vurdere om vedtaksperioden bør være kortere.

1.6 Lovutkast m.m.

I kapittel 29 gjøres det rede for de økonomiske og administrative konsekvensene av utvalgets forslag.

Utvalgets merknader til de enkelte bestemmelsene i lovforslaget er tatt inn i kapittel 30.

Utvalgets utkast til lov om begrensnings av bruk av tvang i helse- og omsorgstjenesten (tvangsbegrensningsloven) og endringer i enkelte andre lovbestemmelser går fram av kapittel 31. Loven er delt inn i 15 kapitler.

De materielle hjemlene for inngrep er fordelt på fire kapitler:

- Nødssituasjoner (kapittel 4)
- Innleggelse og tilbakehold i helseinstitusjon (kapittel 5)
- Individuelle undersøkelses-, behandlings- og omsorgstiltak (kapittel 6)
- Rettighetsbegrensende tiltak og tvang av hensyn til fellesskapsinteresser i institusjon eller bolig (kapittel 7)

Inndelingen er dels basert på ulikhet i situasjonene som påvirker de materielle avveiningen. Nødssituasjonene er preget av knappheten på tid, mens inngrep av hensyn til fellesskapsinteresser i institusjonssamfunnet dypest sett handler om å ivareta medpasienters rettigheter. Innleggelse og tilbakehold i helseinstitusjon omfatter kjerneområdet for frihetsberøvelse som individene har et særlig menneskerettslig vern mot. Selv om vilkårene stort sett er de samme

som etter kapittel 6, tilsier dette et behov for å skille problemstillingen ut og slik også framheve enkelte nyanser. Som regel vil det være klart hvilket kapittel som kommer til anvendelse, men kapittel 6 vil komme til anvendelse for eventuelle overskytende spørsmål.

De prosessuelle reglene er disponert etter et tidsaksesynspunkt. Saksbehandlingen i første instans (kapittel 9) kommer således før bestemmelsene om kontrollinstansene (kapittel 10). Deretter kommer obligatorisk kontroll (kapittel 11) før klage og omgjøring (kapittel 12). Særlige saksbehandlingsregler for overprøvingsinstansen følger så (kapittel 13) før domstolsprøving (kapittel 14).

1.7 English summary

1.7.1 Commission mandate to assess the need for amendments to laws relating to the use of coercion in the health and care sector

1. Background for the appointment of the commission

Regulations regarding the use of coercion in the health and care sector are contained in four laws: The Mental Health Care Act, the Act on Patient and Service User Rights, Chapter 4A (coercive measures in somatic healthcare for patients, such as those with dementia), Chapter 9 of the Health and Care Services Act, (use of coercion in the care of people with intellectual disabilities) and Chapter 10, (use of coercive measures in the care of patients with alcohol and drug dependencies). There are also applicable regulations in the Act relating to the Control of Communicable Diseases, and Section 7 of the Health Personnel Act involving emergency health care, and the general provisions of the Act on Patient and Service User Rights, involving consent to health and care services, as well as the right to be heard and to receive information.

Each of the four laws have their own provisions regarding objectives, scope of application, conditions for the use of coercion, administration and case management, implementation, appeals and supervision. Altogether they comprise an extensive legislation, making it necessary for patients and services users to obtain an overview of several different laws in order to determine their legal rights.

The differences between the laws have primarily been explained by differences in the need for coercive measures against the target groups, and by the dissimilar traditions of the various disciplines. There has been no general review of the regulations regarding coercive measures aimed at uncovering inexpedient differences between the various laws. Grey areas have also been noted between the different laws, creating some uncertainty in the application of these regulations in specific situations. It is also noted that some groups of patients and service users might have received better services had there been a better coordination of the applications of these regulations.

Certain laws have been evaluated, and areas of improvement have been noted. For instance, the *Uni Rokkansenteret* evaluated the regulations regarding the use of coercive measures with alcohol and substance abusers; see the report «Use of coercive measures with alcohol and drug dependency, evaluation of the Act relating to Social Services, Sections 6–2, 6–2a and 6–3» (June 2010). *Nordlandsforskning* evaluated the regulations regarding the use of coercive measures in the care of patients with intellectual disabilities; see the NF report no. 1/2008

«Chapter 4A – a professional revolution?» In the autumn of 2013, Oxford Research AS evaluated the provisions of Chapter 4A in the Act on Patient and Service User Rights; see their report «The Evaluation of the Act on Patient and Service User Rights, Chapter 4A».

Major geographical differences have been registered in the current use of coercive measures between the various health trusts and municipalities. One of the goals is to reduce the use of coercion in favour of alternative voluntary measures.

Every person has the right to freedom and personal security, as well as respect for their physical and psychological integrity. Coercive measures shall be implemented only when necessary, under certain circumstances, and as a last resort, and only if these measures are subject to legal safeguards.

It is essential to examine whether current regulations regarding coercive interventions adequately support these goals and principles.

A more flexible arena for services

Developments in the field of health and care services continue to progress towards a more flexible arena for services. This includes the treatment of children and adolescents. Services are often provided in several different arenas: in the home, at school, during recreational activities, and in public spaces such as shopping centres, public transport, etc. In addition, much of the treatment for adults takes place outside institutions, such as ambulatory care that provides outreach services and offers treatment in patients' homes. Developments in municipal care have also had greater focus on home services. Legislative regulations must, to the extent possible, be adapted to the individual patient or service user's need for health and care services, regardless of the type of institution or whether the services are provided by the municipality or a hospital, such as services in the home environment or in an outpatient clinic.

The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities

In 2013, Norway ratified the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD). This Convention endeavours to prevent discrimination on the basis of disabilities. It is meant to ensure respect for the civil, political, economic, social and cultural rights of persons with disabilities. Norway submitted its first report to the UN regarding the implementation of the Convention on 2 July 2015.

Many service user organisations believe that many of the regulations in the health and care sector authorising coercive measures on people with disabilities are too broad. Several have argued in favour of a diagnostically neutral legislation regarding the use of coercive intervention. The Gender Equality and Anti-Discrimination Ombud oversees the CRPD in Norway. In their 2015 report to Convention Committee, the Ombud stated that the Mental Health Care Act is inconsistent with the requirements of the Convention. The Ombud is concerned that we have discriminating laws that allow for coercive measures against a specific group of people, while at the same time there is documentation to indicate that the use of coercion often causes a great deal of harm and has little effect.

Proposal by the Paulsrud Commission – NOU 2011: 9

The Paulsrud Commission carried out an assessment on how to ensure patients' legal rights and self-determination in mental health care, cf. NOU 2011: 9. The Commission noted certain issues that they were unable to address in greater detail, due to the composition of the Commission, its mandate, and time frame. Nevertheless, the Commission did recommend that these issues be examined more closely.

For instance, the Commission referred to arguments in favour of general regulations regarding coercive measures in the health and care sector, and proposed that work should commence on the assessment of this issue.

The Paulsrud Commission lacked specialised competency in the field of children and adolescents, and therefore refrained from addressing issues related to this group. The Commission recommended that these issues should be assessed in the future work on coordinating regulations regarding coercive measures.

The Commission also commented on issues related to current regulations on electroconvulsive therapy (ECT), indicating a need for further review, which the Commission was unable to perform due to lack of time.

The Paulsrud Commission proposed the establishment of a joint inspection and review body for all decisions under the Mental Health Care Act, suggesting that it should be comprised of the county councils for child welfare and social affairs. The Commission did not pursue this issue or propose any specific legislative amendments.

Some of the proposals by the Paulsrud Commission will also have significance extending beyond the mental health sector, and must be viewed in a larger context. These proposals should be examined more closely, especially considering the effect on other areas of the health and care sector. This applies, for instance, to the proposal for amendments to the regulations under the Act on Patient and Service User Rights regarding the capacity to consent, proposals involving competency requirements for healthcare personnel, and the proposal to expand the scope of application for Chapter 36 of the Dispute Act, including the right to free legal representation.

Report by the Ombudsman for Children – Care Beyond Borders

In the project «Care beyond borders – the use of coercive measures with children in child welfare services and mental health care services», the Ombudsman for Children has collected various experiences in the use of coercive measures with children, partly through interviews with children, personnel and professionals, and through a review of cases. In the project report, the Ombudsman for Children recommends a revision of the legal framework for mental health care for children and adolescents, adapting it to address the special needs of children and their right to protection. The Ombudsman also recommends highlighting the basic principles of the Convention on the Rights of the Child in these regulations, and an assessment of the use of coercive measures outside the institution. According to the Ombudsman, the appeal system in mental health care is somewhat inaccessible to children. The Ombudsman believes that this is a breach of children's rights regarding participation and opportunity to influence decisions affecting their own lives. Furthermore, the Ombudsman believes that changes ought to be made in the regulations and the practice of these, in order to strengthen children's rights to coordinated services in the child welfare and mental health care sector.

The Directorate of Health has also commented on the need for revised regulations regarding children and adolescents.

Protection of unborn children

Point 11.7 of Prop. 106 L (2012–2013) Changes to the Act relating to Child Welfare Services, mentions the importance of assessments regarding greater protection of unborn children. One such issue is the reevaluation of documentation requirements under the Act related to Health and Care Services in cases where a mother's alcohol or substance abuse may cause serious harm to her child.

2. Task

The Commission shall perform an overall review and assessment of the need for revision and modernisation of the regulations regarding coercive measures in the health and care sector.

The Commission shall propose necessary legislative amendments to meet the needs of the current and future health and care services. The new legislation shall support the government's goal to create health and care services suited to the needs of patients and service users. Legislation shall facilitate optimal cooperation across different types of institutions and between municipal health and care services and specialist healthcare services.

The Commission must examine how such legislation can be designed to promote better cooperation and avoid the problems of grey areas, as well as areas with an unclear legal basis. The Commission is free to decide on the structure of the regulations.

The Commission shall consider whether amendments are needed in order to adapt regulations to the needs of different patient and service users, including the needs of children and adolescents.

In its work, the Commission must take into consideration adjacent regulations regarding coercive measures, and propose possible amendments to increase opportunities for optimal cooperation between health and care services and other care services, including child welfare services.

The Commission shall also assess our international obligations, including the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities, and consider whether there is a need for amendments to the regulations in order to meet these obligations.

In its work, the Commission shall assess regulations regarding:

Objectives

- Definition and conditions for the use of coercive measures
- Capacity to make decisions/consent to health and care services
- Coercive measures in the implementation of health and care services
- Competency requirements for personnel, and requirements for institutions
- Case management and administration
- Appeals and reviews, judicial review
- Legal aid and representation

Proposals by the Commission shall apply to the use of coercive measures with patients and service users throughout the health and care sector, at a municipal level and in specialist healthcare services. The Commission is not expected to review and propose amendments to regulations regarding coercive measures in the Act Relating to the Control of Communicable Diseases.

The Commission must be aware of work being carried out in adjacent areas.

The Rights Commission shall analyse and assess any changes needed to ensure the basic rights of persons with intellectual disabilities. The Rights Commission will submit its report in September 2016.

The Child Welfare Act Commission shall review the Act relating to Child Welfare Services to improve the legal rights of children, and to simplify the law, rendering it more comprehensible and contemporary. The Child Welfare Act Commission shall submit its report in the autumn of 2016.

3. Financial and administrative consequences, legal drafting techniques, etc.

The financial, administrative and other significant consequences of the Commission's proposals shall be assessed and presented in accordance with the Instructions for Official Studies and Reports (2016) Chapter 2. At least one proposal shall be based on unaltered resource expenditures.

The Commission's budget will be determined separately. Remuneration will be determined based on current provisions in the Personnel Handbook for State Employees regarding remuneration etc. for commission chairs, members and secretaries.

The Commission shall draft its legislative proposals in accordance with the rules set by the Ministry of Justice Guidelines on Drafting Technique and Preparation of Legislation (2000), cf. Instructions for Official Studies and Reports, Point 4–1. To achieve user-friendly regulations, the legislative proposals should involve proper systematics, and clear and simple language.

The archive systems will be subject to Archive Regulations, Section 1–2, as well as more detailed provisions.

4. Deadline

The Commission shall submit its report to the Ministry of Health and Care Services by September 1st, 2018.

1.7.2 Commission's proposals

Boks 1.2 Commission's main proposals

- Joint regulation in a common law on coercion limiting for the health and care services.
- Increased focus on preventing the use of coercion. Emphasis on the duty and right to facilitation. Full overview of the extent of the use of coercion must be ensured.
- The legal safeguards of children are highlighted.
- New, common system for administrative proceedings, review and supervision: county governors and new coercion limiting boards as the central parties.
- Holistic approach about the individual and facilitating coordination in the services are central pillars of the draft act.
- Removal of diagnosis-specific terms in the legal basis for coercion. Replaced with requirements regarding the absence of decision-making competency and a «strong need» for relevant measures. This does not apply in cases of danger to others.
- A shared, narrower definition of coercion (overcoming resistance). It will be easier to get help for those who do not show resistance, but lack the capacity to make decisions
- New model for interdisciplinary specialised treatment for substance dependency, transition to a service model.
- Strengthening opportunities to pre-consent to coercion.
- Increased emphasis on implementation phase. Requirement for maintaining basic needs and requirements for shielding areas.
- New regulation model for shielding. Distinguish from purpose, stricter terms for shielding as treatment.
- Clearer and stricter rules concerning intervention in emergency situations. Authorisation for mechanical implements that restrict freedom of movement, limited to a three-year period.
- Prohibition on the use of mechanical implements that restrict freedom of movement in treatment in mental healthcare (except in cases of forced nutrition).
- Prohibition on coercion in training and education programmes.

- The majority recommend maintaining limited access to forced medication in the treatment of mental illnesses.
- The majority suggest limited authorisation for the use of electroconvulsive treatment (ECT) without coercion (no resistance) as a life-saving measure.
- Reservation system for antipsychotics and ECT.
- Testing of new models for guidance, counselling and support to make decisions in matters following the coercion limitation act.

[Boks slutt]

It is the Commission's opinion that it is possible to make a common act. A common law allows for good opportunities for a unified approach to requirements pertaining to human rights. It has been a goal to give the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD) a concrete and mandatory content in a Norwegian context. The draft act will, in the Commission's assessment, contribute to a marked reduction in the actual use of coercion. The Commission's proposals for lack of decision-making capacity and assumed consent shall be the primary key criteria for using coercion. Tightening limits on intervention in emergency situations, a review system targeted at reducing the use of coercion, tightening the definition of coercion and improved arrangement for coordination between services as well as holistic considerations surrounding the individual will all contribute to this. An increased emphasis on alternatives to coercion is a through-line in the report and is intended to contribute to positive attitude changes in the services. The draft act furthermore improves legal safeguards for children and a greater degree of equitable treatment.

Commission members Vibeke Erichsen and Jens Petter Gitlesen do not support the Commission's assessments and proposals given in the report and have chosen to state a general dissent.

The Commission has faced complex issues in which various values and human rights must be measured against each other. In this context, the outermost positions are deeply problematic in the Commission's view as they can, on each of their sides, be said to promote group thinking over what is best for vulnerable individuals. The Commission perceives the core of CRPD as a requirement for enhanced efforts against the use of coercion and a particularly critical evaluation concerning the need for special provisions for individual groups.

The Commission presumes that in upcoming years, powerful, national, professional initiatives will be taken to reduce the use of coercion. Reducing the use of coercion is long-term, demanding work. Therefore, the Commission believes it is still entirely necessary to have legislation that establishes necessary legal safeguards concerning the use of coercion that actually occurs.

Legislation must arrange terms for good coordination between the services. The Commission proposes that the act apply to the use of coercion and for intervention without valid consent in the health and care services.

Health and care legislation is characterised by a balancing act between the right of legal persons to self-determination and public care responsibilities. The question is then under what terms and in what manner public authorities shall intervene for those who cannot maintain their own welfare. For children, the balancing point is different than it is for adults, as they do not have a general right to self-determination. This affects issues such as the consideration of what should be considered coercion for children, what constitutes deprivation of liberty to children and the requirement for a legal basis for conducting such measures.

It is not possible to reduce the use of coercion without recognising coercion. The Commission wishes for the legal protection guarantees, to a greater extent than is the case today, shall concentrate on situations where a person objects to an offered service. In the Commission's view,

defining coercion in this manner allows for greater correspondence between the term's legal content and colloquial usage. The Commission suggests that the term «resistance» is to be used when a person who is offered health and care services presents a negative attitude to the offer that cannot be overcome without the use of coercion. In cases of doubt, it should be assumed that resistance is present. The Commission proposes that coercion should be understood as overcoming resistance using means that go beyond those normally accepted in interactions between people, as well as the circumvention of resistance by consciously withholding relevant information. The Commission believes that strengthening the legal position of children cannot be done by establishing the same definition of coercion for children and adults due to concern for parental responsibility. For children between ages of 12 and 16, it is therefore recommended that the measure must be particularly invasive in order to be considered coercion with the consequence that the measure results in public administrative proceedings.

The Commission believes there is a need for a new system in which persons can get support in making decisions by an independent helper. The Commission sees a need for considerable development efforts, and therefore recommends that it is legislated that the ministry shall ensure that new models are tested for guidance, counselling and support for persons who want help making their own decisions in matters pursuant to the coercion limitation legislation.

The Commission does not wish to introduce a *general* system with binding prior declarations. Prior declarations will however be included in the assessment of the person's assumed consent.

The Commission wishes to continue and emphasise the services' duty to offer, and persons' right to receive, necessary measures to avoid the use of coercion. The Commission considers this effort a key measure in reducing the use of coercion.

It is recommended that options for coerced intervention in emergency situations in the health and care services are fully (exhaustively) regulated in the coercion limitation act. The limitation determining which measures may be used must then first and foremost be expressed through general terms such as necessity and proportionality.

The Commission proposes that there must be an acute danger. In cases of repeated emergency situations, it shall be considered whether reaching administrative decisions for planned interventions following ordinary rules of the draft act can reduce the total extent of coercion. The Commission believes this will lead to greater attention surrounding efforts to prevent the use of coercion.

In particular, limitations are suggested on the ability to conduct interventions to avoid acute harm in the form of mechanical implements that restrict freedom of movement, shielding, medication, physical restraint or detention in cases of acute suicide risk.

The Commission proposes heavy national initiatives for an increased focus on the prevention of coercion. The Commission also proposes to make the authorisation for use of mechanical implements in emergency situations limited to a period of three years starting from when the law is enacted, with the ambition of the measure later being prohibited.

Where shielding areas are used for acute harm prevention, persons under the age of 18 cannot be kept in locked rooms.

For involuntary commitment and involuntary detention, the Commission believes it is unrealistic in the foreseeable future to remove all special authorisations for the use of coercion. Where the person does not object to commitment, the threshold for providing help shall be low.

For involuntary commitment and involuntary detention, the Commission believes it is possible to make legislation considerably more diagnosis-neutral than it is today. Terms such as «serious mental illness» and substance abuse are replaced with a combination of «strong need» for commitment and a lack of decision-making capacity. The Commission proposes that there must be an immediate serious risk to the person's own life or for him or her to suffer a significant bodily injury. The exception applies in cases of danger to others.

It is furthermore proposed that by decision, clear probability assessments shall be required for the law's requirements to be met.

The Commission wishes to strengthen consent as a legal basis for coercion. It is proposed that it shall be possible to consent to detention in an institution for up to three weeks (six weeks if the person actively desires it).

The Commission suggests continuing the option to detain, in an institution, pregnant women who are addicted to substances and object to this.

For other types of health and care services than commitment and detention in an institution, legislation shall in principle be site-neutral. The use of coercion shall as a rule be limited to situations in which a person lacks a decision-making capacity and has a strong need for the help the services can offer. This shall apply to general requirements that are diagnosis-neutral, but it is important with certain specific provisions in mental healthcare in particular.

Involuntary medication

The Commission's majority has placed crucial weight on the continued possibility to intervene in order to prevent significant bodily injury. It is presumed that good, actual alternatives to medication are established and tested before involuntary medication is considered. A new requirement for medication and dosage being approved for the person's clinical diagnosis is proposed. Emphasis is placed on alternatives to coercion and medication.

Prognoses for the medication's effects and side-effects for first-time use shall be based on general knowledge and experience with the actual substance in question. For later use, however, there shall be an exclusive use of individual assessments with a basis in prior experiences with the person.

Involuntary medication is a highly invasive measure that may have major adverse effects. The Commission's majority therefore believes there is a need for special legal protections. The Commission proposes a system inspired by the British SOAD system, with an independent expert psychiatric investigation in which highly qualified psychiatrists shall conduct an independent review of the professional basis for involuntary medication and present a statement to the appellate body.

A proposal is made for an option to reserve oneself against treatment of mental illness using specific or all types of anti-psychotics for up to ten years. It is a prerequisite that the person has previously suffered psychosis and has been treated with anti-psychotics. The preliminary declaration concerning reservation shall be approved by the coercion limitation board. The reservation shall not apply in critical situations if the person, due to severe mental illness, poses an immediate and serious threat to the lives or health of others, or if considerations for the care situation of children presents a strong argument against permitting this reservation. Resistance to the treatment must also be present in the actual situation.

A *minority* consisting of members Vibeke Erichsen and Jens Petter Gitlesen have dissented to the suggestion concerning permission to use involuntary medication.

Mechanical implements

The Commission suggests a prohibition on the use of mechanical implements in the treatment of psychiatric health problems. The use of mechanical implements may, however, be permitted in cases of involuntary treatment of eating disorders in order to prevent harm to the person receiving involuntary nutrition. There may also be permission to use mechanical implements that restrict freedom of movement outside of critical situations with regard to people with a significant failure of navigational capacity and persons with severe self-harming behaviour.

Shielding

The Commission has decided to define shielding as «keeping a person wholly or partially separate from fellow patients and staff». The Commission suggests that the legal regulation of shielding is divided by purpose:

- shielding as acute injury prevention measures
- shielding as a treatment measure in mental healthcare
- shielding as a short-term implementation measure in treatment or
- shielding as a measure to protect fellow patients in mental healthcare.

The Commission proposes measures such as a considerable threshold raising for the use of shielding as a treatment measure and places requirements on the shielding sites.

Electroconvulsive treatment (ECT)

The Commission's majority believes that the current legal condition, in which the use of ECT without consent can be justified by the principle of necessity in criminal law, is untenable. The Commission's majority therefore suggest that there be legislated a narrow authorisation to use ECT as a life-saving measure. This shall be used on persons who do not object to the measure, but who lack a decision-making capacity. In other words, this does not pertain to the use of coercion. There shall be access to reserve oneself against ECT treatment through a preliminary declaration that must be approved by the coercion limitation board.

A minority consisting of members Vibeke Erichsen and Jens Petter Gitlesen have dissented to the suggestion concerning electro-convulsive treatment.

Another *minority* consisting of member Bjørn Roar Vagle has dissented to the suggestion concerning electro-convulsive treatment with a different reasoning.

The Commission believes that more attention should be directed at the implementation of administrative decisions of coercion. The foundation is that the provisions of the law for reaching an administrative decision also regulate its implementation. Furthermore, specific requirements for measures to be conducted as carefully as possible and for the person's fundamental needs to be maintained. Regulations are suggested concerning requirements for shielding areas. The Commission suggests that the implementation of an administrative decision shall be continuously assessed and immediately terminated if the terms of the law are no longer met. The person and their next of kin shall be able to complain to the county governor concerning errors or faults in the implementation of measures. As a general rule, there shall be two staff members present in the implementation of coercive measures that involve direct bodily intervention.

Legal safeguards must be held in relation to the severity of the intervention and the risk of abuse. The Commission proposes that the present dissimilar arrangements are replaced by a

new, shared administrative appeal system. Coercion limitation boards will be the administrative appeal body, county governors shall receive and review all individual administrative decisions and decisions and facilitate the work of the boards.

The Commission proposes that it be legislated that there be a main task for the inspection bodies to reduce the use of coercion. It is a goal for the services to ensure holistic thinking concerning the individual's situation.

The Commission suggests that the coercion limitation boards shall primarily be a general body and shall hold responsibility within a geographically demarcated area. They shall be led by a legal professional and shall include one member who is a physician as well as one lay member. There shall furthermore be established a special commission of professional experts, such as on the prevention of coercion, who by the board leader's request may be appointed to support the board by handling individual cases. The tenure of the board members is limited to four years with the possibility of being re-appointed once. The Commission proposes that the coercion limitation boards are administratively linked to county governors whilst professional independence is legislated as well.

The Commission believes that, regardless of whether a person requests it or not, there is a major need for mandatory supervision of whether the terms for a coercive administrative decision are met. The Commission suggests that in the most serious cases, there shall be requirements for a hearing in the coercion limitation board at least 30 days after an administrative decision has been reached, unless a complaints case has already been held. The purpose of the review shall be to determine whether the provisions of the law continue to be met, with a special emphasis on the right and duty to an arranged service without the use of coercion. Administrative proceeding shall facilitate coordination across administrative levels. Extension of administrative decisions beyond one year shall be pre-approved in the coercion limitation board.

The coercion limitation board is the central review body in individual cases. The county governor no longer issues administrative decisions in the first instance, but conducts inspection and supervision tasks that are not allotted to the coercion limitation board.

The Commission suggests that free legal aid is provided in case of administrative decisions concerning the most invasive measures for the coercion limitation board.

The Commission suggests that efforts to reach administrative decisions is rendered more professional by requiring institutions to appoint staff to handle these issues. The Commission furthermore believes that it is important to adapt case management regulations that may be present where the private party has mental disabilities. This is viewed as important with regard to the realisation of duties pursuant to CRPD.

The Commission wishes to strongly underline that the execution of parties' rights in case processing may take place regardless of whether the person has a capacity to make decisions in the matter the case involves.

2 Utvalgets arbeid

2.1 Oppnevning og sammensetning av utvalget

Ved kongelig resolusjon 17. juni 2016 oppnevnte regjeringen Solberg et lovutvalg for å foreta en samlet gjennomgang og utrede behov for revisjon og modernisering av regelverket om tvang i helse- og omsorgssektoren.

Utvalget har vært sammensatt slik:

- Bjørn Henning Østenstad (leder), professor i rettsvitenskap, Det juridiske fakultet, Universitetet i Bergen. Fjell
- Kari-Ann Baarlid, nestleder, fagavdelingen, Nasjonalforeningen for folkehelsen. Lørenskog. Ved oppnevningen: fungerende fagsjef, Nasjonalforeningen for folkehelsen
- Liv Drangsholt, spesialkonsulent, Kompetansesenter rus – region sør, Borgestadklinikken. Larvik
- Vibeke Erichsen, førsteamanuensis, Landsforeningen for pårørende innen psykiatri (LPP). Bergen
- Jens Petter Gitlesen, forbundsleder, Norsk forbund for utviklingshemmede. Sola
- May Helen Molvær Grimstad, rådmann, Sykkylven kommune. Ålesund
- Øyvind Kirkevold, assisterende forskningssjef/dr. philos: Nasjonal kompetansetjeneste for aldring og helse, Sykehuset i Vestfold. Professor: Forskningscenter for Aldersrelatert funksjonssvikt og Sykdom (AFS), Sykehuset Innlandet. Professor: NTNU i Gjøvik, Institutt for helsevitenskap i Gjøvik. Hamar
- Arnhild Lauveng, seniorrådgiver/forsker, Nasjonalt senter for erfaringskompetanse innen psykisk helse. Lørenskog. Ved oppnevningen: doktorgradsstipendiat og psykologspesialist, Ahus,
- Adrian Johannes Lorentsson, ved oppnevningen: kommunikasjonssjef, Mental Helse Ungdom. Hamar
- Randi Sigurdsen, professor, Det juridiske fakultet, Norges arktiske universitet UiT. Porsgrunn. Ved oppnevningen: førsteamanuensis ved Det juridiske fakultet, Norges arktiske universitet UiT
- Tommy Sjøfjell, vernepleier ansatt i bruker- og pårørendeorganisasjonen A-larm og som rådgiver/forsker ved universitetet i Sørøst-Norge. Asker. Ved oppnevningen: fylkesleder A-larm Oslo
- Tormod Stangeland, psykologspesialist, Ungdomspsykiatrisk klinikk, Akershus universitetssykehus. Bærum
- Bjørn Roar Vagle, seniorrådgiver, Undersøkelseskommisjonen for helse- og omsorgstjenesten (Ukom). Klepp. Ved oppnevningen: seksjonsleder, habiliteringstjenesten for voksne Helse Stavanger
- Trond F. Aarre, avdelingssjef, Nordfjord psykiatrisenter. Eid

Utvalgets sekretariat har vært lagt til Helse- og omsorgsdepartementet. Sekretariatet har bestått av:

- Seniorrådgiver Liv Telle (fra 1. september 2016 til 18. juni 2019)
- Seniorrådgiver Eldrid Byberg (fra 1. oktober 2018 til 18. juni 2019).
- Seniorrådgiver Kirsten M. Been Dahl (fra 1. oktober 2016 til 1. september 2018)
- Seniorrådgiver Hanne Ramstad Jensen (fra 1. april 2017 til 31. oktober 2018)

Seniorkonsulent Adriana Ocares og rådgiver Aira Din har også bistått med sekretariatsarbeid.

2.2 Utvalgets mandat

Ved kongelig resolusjon 17. juni 2016 ble utvalget gitt følgende mandat:

«1. Bakgrunn for oppnevningen av utvalget

Reglene om bruk av tvang i helse- og omsorgssektoren er samlet i fire regelsett; psykisk helsevernloven, pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4A (tvungen somatisk helsehjelp til blant annet demente), helse- og omsorgstjenestelovens kapittel 9 (tvang overfor psykisk utviklingshemmede) og kapittel 10 (tvangstiltak overfor rusmiddelavhengige). I tillegg gjelder tvangsreglene i smittevernloven, hjelpeplikten i helsepersonelloven § 7 og pasient- og brukerrettighetslovens generelle regler om blant annet samtykke til helsehjelp og rett til medvirkning og informasjon.

Hvert av de fire regelsettene har egne bestemmelser om formål, virkeområde, vilkår for bruk av tvangstiltak, saksbehandling, gjennomføring, klage og tilsyn. Til sammen gir dette et omfattende regelverk der pasient og bruker i mange tilfeller må ha oversikt over flere lovverk for å kunne forutsi sin rettsstilling.

Ulikhetene i regelverkene har i hovedsak vært begrunnet i forskjellige behov for å bruke tvang overfor målgruppene, men også i ulike fagtradisjoner. Det har imidlertid ikke blitt foretatt noen generell gjennomgang av tvangsregelverket med sikte på å avdekke uhensiktsmessige forskjeller mellom de ulike regelsettene. Det har også vært pekt på gråsoner mellom de forskjellige regelsettene som skaper usikkerhet ved anvendelse av reglene i konkrete situasjoner. Videre er det pekt på grupper av pasienter og brukere som kunne vært gitt et bedre tilbud dersom virkeområdet for regelsettene hadde vært mer samordnet.

Enkelte av regelsettene har vært evaluert, og det har blitt pekt på forbedringspunkter. For eksempel har Uni Rokkansenteret evaluert reglene om tvang overfor rusmisbrukere, se rapporten «Tvang overfor rusmiddelavhengige, evaluering av lov om sosiale tjenester §§ 6-2, 6-2a og 6-3» (juni 2010). Nordlandsforskning har evaluert reglene om tvang overfor psykisk utviklingshemmede, se NF-rapport nr. 1/2008 Kapittel 4A – en faglig revolusjon? Oxford Research AS evaluerte høsten 2013 reglene i pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A, se deres rapport «Evaluering av pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4A».

I dag er det registrert store geografiske forskjeller i tvangsbruken mellom forskjellige helseforetak og kommunene imellom. Videre er det et mål å redusere bruk av tvang til fordel for alternative frivillige tiltak.

Ethvert menneske har rett til frihet og personlig sikkerhet og rett til respekt for sin fysiske og psykiske integritet. Tvungen omsorg og behandling skal bare brukes når omstendighetene gjør dette nødvendig som en siste utvei, og tiltakene er undergitt rettssikkerhetsgarantier.

Det er nødvendig å undersøke om dagens tvangsregler støtter opp under disse målsettingene og prinsippene på en tilstrekkelig måte.

Mer arenafleksible tjenestetilbud

Utviklingen innen helse- og omsorgstjenestene går stadig i retning av mer arenafleksible tilbud, blant annet ved behandling av barn og unge. Oppfølgingen foregår gjerne på flere ulike arenaer som hjemmet, på skole, ved fritidsaktiviteter og i det offentlige rom som kjøpesenter, offentlig transport mv. Også for voksne foregår mye behandling utenfor institusjon, blant annet ved at det opprettes ambulante tjenester som driver oppsøkende virksomhet og tilbyr behandling hjemme hos pasientene. Utviklingen i kommunene har også gått i

retning av en større satsing på hjemmetjenester. Lovverket må så godt som mulig være tilpasset den enkelte pasient eller brukers behov for helse- og omsorgstjenester, uavhengig av type institusjon eller av om tilbudet gis av kommune eller sykehus, som tilbud i hjemmemiljøet eller i poliklinikken.

FNs konvensjon om rettigheter til personer med nedsatt funksjonsevne

Norge ratifiserte i 2013 FNs konvensjon om rettigheter til personer med nedsatt funksjonsevne (CRPD). Konvensjonen skal motvirke diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne. Den skal sikre respekt for gjeldende sivile, politiske, økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter til mennesker med nedsatt funksjonsevne. Norge avga sin første rapport til FN om implementering av konvensjonen 2. juli 2015.

Mange brukerorganisasjoner mener gjeldende tvangsregler for helse- og omsorgssektoren gir for vide fullmakter til bruk av tvang overfor mennesker med nedsatt funksjonsevne. Fra flere hold er det også tatt opp spørsmål om en diagnosenøytral tvangslovgivning. Ligestillings- og diskrimineringsombudet har tilsynsansvaret for CRPD i Norge. I sin rapport til konvensjonens komité fra 2015 uttalte ombudet at psykisk helsevernloven ikke er i samsvar med konvensjonens krav. Blant annet er ombudet bekymret for at vi har en diskriminerende særlovgivning som åpner for tvang overfor en bestemt gruppe, samtidig som det er dokumentert at tvang medfører stor skade og har manglende effekt.

Paulsrud-utvalgets forslag – NOU 2011: 9

Paulsrud-utvalget utredet hvordan pasienters rettssikkerhet og selvbestemmelse kan ivaretas bedre i det psykiske helsevernet, jf. NOU 2011: 9. Utvalget pekte på noen problemstillinger som de av hensyn til utvalgets sammensetning, mandat og tidsramme ikke hadde kunnet gå inn på, men som utvalget mente burde utredes nærmere.

Blant annet viste utvalget til argumenter som kan tale for en felles regulering av tvang i helse- og omsorgssektoren og foreslo at det settes i gang et arbeid for å utrede dette spørsmålet.

Paulsrud-utvalget manglet særskilt kompetanse på barn og unge og avgrenset derfor mot problemstillinger knyttet til denne gruppen. Utvalget anbefalte at disse spørsmålene utredes i tilknytning til et eventuelt arbeid med samordning av tvangsreglene.

Utvalget pekte også på problemstillinger knyttet til dagens regulering av elektrokonvulsjonsbehandling (ECT), som det var behov for å utrede nærmere, men som utvalget ikke fikk gjort innenfor sin tidsramme.

Paulsrud-utvalget foreslo å etablere en felles kontroll- og overprøvingsinstans for alle vedtak etter psykisk helsevernloven og argumenterte for at dette bør være fylkesnemndene for barnevern og sosiale saker. Utvalget utredet imidlertid ikke spørsmålet nærmere og foreslo ikke konkrete lovendringer.

Noen av forslagene fra Paulsrud-utvalget får betydning også utenfor psykisk helsevern og bør sees i en større sammenheng. Forslagene bør utredes ytterligere, særlig med tanke på virkningen for andre deler av helse- og omsorgssektoren. Dette gjelder blant annet forslaget til endringer i pasient- og brukerrettighetslovens regler om samtykkekompetanse, forslag knyttet til kompetansekrav for helsepersonell og forslaget om utvidelse av virkeområdet for tvisteloven kapittel 36 med rett til fri sakførsel.

I sitt prosjekt «Grenseløs omsorg – bruk av tvang mot barn i barnevern og psykisk helsevern» har Barneombudet samlet erfaringer om bruk av tvang mot barn, blant annet gjennom samtaler med barn, ansatte og fagfolk, og gjennom innsyn i saker. Barneombudet anbefaler i sin rapport fra prosjektet at det juridiske rammeverket for psykisk helsevern for barn og unge revideres og utformes med tanke på barns særlige behov og rett til beskyttelse, at barnekonvensjonens grunnleggende prinsipper synliggjøres i regelverket og at bruken av tvang utenfor institusjon utredes. Ombudet uttaler også at klagesystemet i psykisk helsevern er lite barnesensitivt og lite tilgjengelig for barn. Ombudet mener dette bryter med barns rett etter barnekonvensjonen til deltakelse og innflytelse i eget liv. Videre mener ombudet at det må gjøres endringer i regelverket og praktiseringen av dette, slik at barnets rett til samordnede tjenester i barnevern og psykisk helsevern styrkes.

Helsedirektoratet har også spilt inn behov for regelverksutvikling når det gjelder barn og unge.

Vern av barn som ikke er født

Av punkt 11.7 i Prop. 106 L (2012–2013) Endringer i barnevernloven fremgår det at det er viktig å utrede nærmere hvordan vernet av barn som ikke er født kan styrkes, herunder om beviskravet i helse- og omsorgstjenesteloven bør revurderes i tilfeller hvor det er sannsynlig at mors rusbruk vil føre til alvorlig skade på barnet.

2. Oppdrag

Utvalget skal foreta en samlet gjennomgang og utrede behov for revisjon og modernisering av regelverket om tvang i helse- og omsorgssektoren.

Utvalget skal foreslå nødvendige lovendringer for å møte behovene i dagens og framtidens helse- og omsorgstjenester. Det nye regelverket skal støtte opp under regjeringens mål om å skape pasientens og brukerens helse- og omsorgstjeneste. Regelverket skal legge til rette for god samhandling på tvers av ulike institusjonstyper og mellom kommunal helse- og omsorgstjeneste og spesialisthelsetjenesten.

Utvalget må vurdere hvordan regelverket kan utformes for å bli bedre samordnet og for å unngå problemer med gråsoner og områder med uklart hjemmelsgrunnlag. Utvalget står fritt i valg av lovstruktur.

Utvalget skal vurdere om det er behov for endringer for å tilpasse reguleringen til ulike pasient- og brukergruppers behov, for eksempel barn og unge.

I sitt arbeid må utvalget se hen til tilstøtende tvangsregelverk og foreslå eventuelle endringer for å bedre mulighetene for god samhandling mellom helse- og omsorgstjenesten og andre omsorgstilbud, blant annet barnevernet.

Utvalget skal også utrede forholdet til våre internasjonale forpliktelser, blant annet FNs konvensjon om rettigheter til personer med nedsatt funksjonsevne og vurdere om det er behov for endringer i regelverket for å imøtekomme disse forpliktelsene.

I sitt arbeid skal utvalget vurdere regler om blant annet:

- Formål
- Definisjon og vilkår for bruk av tvang
- Samtykke-/ beslutningskompetanse
- Tvang ved gjennomføring av helse- og omsorgstjenestene

- Kompetansekrav for personell og krav til institusjoner
- Saksbehandling
- Klage- og overprøving, domstolskontroll
- Juridisk bistand og rettshjelp.

Utvalgets forslag skal omfatte bruk av tvang overfor pasienter og brukere i hele helse- og omsorgssektoren, både på kommunalt nivå og i spesialisthelsetjenesten. Utvalget forventes likevel ikke å gjennomgå og foreslå endringer i tvangsreglene i smittevernloven.

Utvalget må være oppmerksom på arbeider som er i gang på tilgrensende områder.

Rettighetsutvalget skal analysere og vurdere hvilke endringer som er nødvendige for å sikre oppfyllelsen av grunnleggende rettigheter til mennesker med utviklingshemming.

Rettighetsutvalget leverer sin innstilling i september 2016.

Barnevernlovutvalget skal gjennomgå barnevernloven for å bedre rettsikkerheten for barna og for å gjøre loven enklere, mer forståelig og tidsriktig. Barnevernlovutvalget skal levere sin innstilling høsten 2016.

3. Økonomiske og administrative konsekvenser, lovteknikk m.m.

Økonomiske, administrative og andre vesentlige konsekvenser av utvalgets forslag skal utredes og fremgå av utredningen i samsvar med Utredningsinstruksen – Instruks om utredning av statlige tiltak (2016) kapittel 2. Minst ett forslag skal baseres på uendret ressursbruk.

Utvalgets budsjett vil bli fastsatt særskilt. Om godtgjøring gjelder de til enhver tid gjeldende bestemmelsene i Statens personalhåndbok om godtgjøring mv. til leder, medlemmer og sekretærer i utvalg.

Utvalget skal utforme sitt lovforslag i tråd med reglene i Justisdepartementets veiledning Lovteknikk og lovforberedelse (2000), jf. utredningsinstruksen punkt 4–1. For å oppnå brukervennlige regler, bør lovforslaget ha god systematikk og et enkelt og klart språk.

Om arkivordningen gjelder arkivforskrifta § 1-2 og eventuelle utfyllende bestemmelser.

4. Frist

Utvalget skal avgi sin utredning til Helse- og omsorgsdepartementet innen 1. september 2018.»

I april 2018 ble utvalgets frist for å levere utredningen utsatt til 15. juni 2019.

2.3 Utvalgets forståelse av mandatet og avgrensning av utvalgets arbeid

De regelverk som omfattes av mandatet, har på ulikt vis kontaktflater mot justissektoren. Mest åpenbart gjelder dette dom på overføring til tvungen psykisk helsevern, jf. straffeloven § 62 og psykisk helsevernloven kapittel 5, samt straffeloven § 63 om dom på overføring til tvungen omsorg. Enkelte av regelsettene har egne inngreps hjemler som er aktuelle ved fare for andre utenfor nødssituasjoner. I særlig grad gjelder dette psykisk helsevernloven. Det er videre en kjent problemstilling at helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 kan bli brukt som et substitutt for tiltak etter straffeloven § 63.

Utvalget har vurdert at eventuelle forslag om endringer i den sivile tvangslovgivningens håndtering av fare-for-andre-problematikken, vil kunne påvirke forholdet til straffelovgivningen direkte eller indirekte. Utvalget har ikke hatt en sammensetning til å gå med tilstrekkelig dybde inn i de spørsmål som da vil reise seg. Arbeidet har følgelig blitt avgrenset i denne retning. Dette innebærer at gjeldende rett om tvang ved fare for andre i det alt vesentlige foreslås videreført, med nødvendige tilpasninger til lovutkastet. Det er foretatt en teknisk tilpasning av psykisk helsevernloven kapittel 4A og kapittel 5.

Det framgår av mandatet at utvalget ikke forventes å gjennomgå og foreslå endringer i tvangsreglene i smittevernloven. Utvalget har av kapasitetsmessige grunner ikke vurdert disse reglene.

Det har i utvalgets virketid vært et økende fokus på bruk av tvang overfor personer som oppholder seg i fengsel og som kan knyttes til behov for helsehjelp. Utvalget har vurdert at disse særlige spørsmål faller utenfor mandatet.

Spørsmål om konsekvenser av ulovlig tvangsbruk, herunder spørsmål om rett til erstatning, har ikke utvalget hatt kapasitet til å utrede. De er for øvrig heller ikke nevnt i mandatet.

2.4 Møter og arbeidsform i utvalget

Utvalget hadde sitt første møte 24. august 2016. Det siste møtet ble avholdt 25., 26. og 27. februar 2019. Til sammen har utvalget hatt 17 møter. Ett av disse har vært dagsmøte, 15 har gått over to dager, og ett møte har gått over tre dager. Dette utgjør til sammen 34 møtedager, inkludert 5 studiebesøk. De fleste møtene har vært avholdt i eller i nærheten av Oslo eller Bergen. Ett møte ble avholdt i Tromsø.

I den første delen av utvalgsarbeidet ble kunnskapsinnhenting prioritert.

Mye ekspertise på de aktuelle fagfeltene er representert blant utvalgets medlemmer. Mange av innledningene på utvalgets møter har derfor vært holdt av utvalgets medlemmer.

Utvalget fant det hensiktsmessig å invitere representanter for etater og enkeltpersoner til å innlede om bestemte temaer på noen av utvalgets møter. Innledere og etater mv. er nevnt nedenfor i den rekkefølgen innleggene ble holdt. Tittel/yrke og arbeidssted er nevnt slik dette ble oppgitt da innleggene ble holdt:

1. Norges nasjonale institusjon for menneskerettigheter
2. Likestilling- og diskrimineringsombudet
3. Kirsten Sandberg, professor, Universitetet i Oslo og leder av FNs barnekomité
4. Aslak Syse, professor emeritus, dr. juris, Universitet i Oslo
5. Reidar Pedersen, professor og leder for Senter for medisinsk etikk, Universitetet i Oslo
6. Helsedirektoratet
7. Ingrid Melle, forskningsleder og professor ved Institutt for klinisk medisin, Det medisinske fakultet ved Universitetet i Oslo
8. Eivind Aakhus, psykiater, Avdeling alderspsykiatri, Sykehuset Innlandet
9. Mette Ellingsdalen
10. Olav Nytingnes, stipendiat, psykolog, Divisjon psykisk helsevern, Akershus universitetssykehus HF
11. Georg Høyer, professor dr. med., Universitetet i Troms, leder av Nettverk for forskning og kunnskapsutvikling om bruk av tvang i det psykiske helsevernet (TvangsForsk)
12. Martin Veland, klinikkssjef, psykiatrisk klinikk, Lovisenberg Diakonale Sykehus
13. Karl Harald Søvig, professor, Universitetet i Bergen
14. Thomas Clausen, professor, SERAF (Senter for rus og avhengighetsforskning)

15. Ewa Ness, seniorrådgiver/spesialist i psykiatri, Stab for pasientsikkerhet og kvalitet, Oslo Universitetssykehus HF
16. Stein Frostad, seksjonsoverlege, Seksjon for spiseforstyrrelser, Klinikk for psykosomatisk medisin, Haukeland universitetssykehus
17. Elena Selvåg, overlege, NKS Olaviken alderspsykiatriske sykehus
18. Etat for sosiale tjenester, Byrådsavdeling for sosial, bolig og inkludering, Bergen kommune
19. Nasjonalt kompetansesenter for psykisk helsearbeid (NAPHA)
20. Fylkesmannen i Hordaland
21. Fylkesmannen i Rogaland
22. Statens helsetilsyn
23. Asker kommune, FOU-enheten, Helse- og omsorg
24. Maren Anna Lervik Dam, tidligere sekretariatsleder for Rettighetsutvalget
25. Kristin Jørstad Fredriksen, overlege, Seksjon sikkerhet, Stavanger universitetssykehus
26. Nils Olav Aanonsen, avdelingsleder, Avdeling for nevrohabilitering, Oslo universitetssykehus
27. Pål Iden, assisterende fagdirektør, Helse Vest RHF
28. Kontrollkommisjonen ved UNN – Universitetssykehuset, Nord-Norge
29. Nasjonalt kompetansemiljø om utviklingshemming (NAKU)
30. Barneombudet
31. Astrid Furre, forsker, Regionsenter for barn og unges psykiske helse, Helseregion Øst og Sør (RBUP)
32. Thor Willy Ruud Hansen, professor emeritus dr. med., Institutt for Klinisk medisin, Universitetet i Oslo og leder av Klinisk Etikk-komite, Oslo universitetssykehus
33. Jørgen Dahlberg, Klinikk for kirurgiske fag, Akershus universitetssykehus, knyttet til Senter for medisinsk etikk, Universitetet i Oslo
34. Barne- ungdoms- og familiedirektoratet (Bufdir)
35. Fylkesmannen i Oslo og Akershus
36. Forandringsfabrikken, PsykiskehelseProffene
37. Åse Helene Gjørde, seksjonsleder, avdeling for sjukehuspsykiatri Sunnmøre, Klinikk for psykisk helsevern, Helse Møre og Romsdal HF
38. Riksadvokatembetet
39. Randi Rosenqvist, psykiater, Ila fengsel og sikringsanstalt
40. Emmanuel Revis, spesialrådgiver/psykologspesialist, Midlertidig Rettspsykiatrisk Enhet (MRE), Brøset, Divisjon Psykisk Helsevern, St. Olavs hospital HF
41. Arbeidstilsynet
42. Sivilombudsmannen
43. Marius Storvik, førsteamanuensis, Universitetet i Tromsø
44. Helene Warholm Gimnes, overlege, Akuttpsykiatrisk Døgnetenhet, Diakonhjemmet Sykehus AS
45. Marcus Gabrielsen, overlege, spesialisert poliklinikk, Voksenpsykiatrisk avdeling, Vinderen, Diakonhjemmet Sykehus AS
46. Bærum kommune
47. Tore Roald Riedl, advokat
48. Sarpsborg kommune
49. Regjeringsadvokaten
50. Jan Fridthjof Bernt, professor emeritus, Universitetet i Bergen
51. Statens sivilrettsforvaltning
52. Tordis Krokeide, rettshjelper og verge
53. Oslo universitetssykehus, Avdeling for nevrohabilitering

54. Oslo universitetssykehus, Avdeling rus og avhengighetsbehandling
55. Sykehuset Innlandet, Avdeling for Rusrelatert psykiatri og avhengighet
56. Haukeland universitetssjukehus, Lokal sikkerhetsavdeling
57. Helse Nord-Trøndelag, Barne- og ungdomspsykiatrisk avdeling
58. Nasjonalt kompetansesenter for migrasjons- og minoritetshelse (NAKMI)
59. Oxford Research AS.

Utvalget har vært på studiebesøk ved

1. Universitetssykehuset Nord-Norge HF (UNN Åsgård), Tromsø, Psykisk helse- og rusklinikken
2. Kroken sykehjem, Krokeldalen, Tromsø
3. Akershus universitetssykehus, Lørenskog, Ungdomspsykiatrisk klinikk, Avdeling for barn og unges psykiske helse (BUP),
4. Oslo universitetssykehus HF, Dikemark sykehus, Asker, Regional sikkerhetsseksjon Helse Sør-Øst
5. Akershus universitetssykehus, Avdeling Voksenhabilitering, Lørenskog, der utvalget også hadde møte med ansatte ved Mjøsen Bo og Habilitering AS.

For å få innblikk i andre lands regelverk og erfaringer på feltene har representanter for utvalget vært på studiebesøk i Sverige, Danmark, England og Irland. Under hvert av besøkene reiste en delegasjon som besto av utvalgsleder, tre andre utvalgsmedlemmer og en eller to utvalgssekretærer. Besøkene ble gjennomført høsten 2017 og vinteren 2018. Under besøkene hadde utvalget møter med offentlige myndigheter, organisasjoner, representanter fra helse- og omsorgstjenesten og akademikere. Slik har utvalget fått innblikk i organisering og praktisering og hvordan forholdene oppfattes i ulike miljøer. Den norske ambassaden i hvert av landene bisto med planlegging og gjennomføring av besøkene.

I Sverige (Stockholm) møtte utvalget representanter fra Socialstyrelsen, Svenskt Demenscentrum, Socialdepartementet; Justitieombudsmannen, Inspektionen för vård och omsorg (IVO), Nationell samordnare inom området psykisk hälsa og Riksförbundet för Social och Mental Hälsa (RSMH).

I Danmark (København) møtte utvalget representanter fra Sundhedsstyrelsen, Styrelsen for Patientsikkerhed, Sundhedsdatastyrelsen, Børne- og Socialministeriet, Ankestyrelsen, Dansk Psykiatrisk Selskab, Bedre Psykiatri, Alzheimerforeningen, Det Psykiatriske Patientklagenævn, Det psykiatriske Ankenævn, Tvangsbehandlingsnævnet, Sundheds- og Ældreministeriet og Eva Naur Jensen, lektor ved det juridiske institutt, Universitetet i Aarhus. I England (London) møtte utvalget Department of Health, Baroness Ilora Finlay fra the House of Lords, Mind (Mental Health Charity), Oxford Health NHS Foundation Trust, Mersey Care NHS Foundation Trust, Court of Protection, Care Quality Commission (CQC).

I Irland (Dublin) møtte utvalget dr. Eilinoir Flynn, Centre for Disability Law and Policy ved NUI Galway, Mental Health Commission (MHC), Decision Support Service (DSS) og Health Service Executive (HSE), Quality Improvement Division.

Omtale av rettstilstanden i Danmark, Sverige, England og Irland er tatt inn i kapittel 8. I tillegg er det i kapittel 8 tatt inn en omtale av rettstilstanden på Island.

Utvalget sendte 29. juni 2017 ut en invitasjon til å gi skriftlige innspill til utvalget. Invitasjonen ble sendt til et bredt utvalg av organisasjoner, offentlige instanser med flere. Mottatte innspill er omtalt i kapittel 12.

Utvalget har også mottatt andre skriftlige henvendelser med innspill av ulik art.

Utvalgsleder og sekretariatet har hatt egne møter med representanter fra ulike instanser, blant annet Frambu kompetansesenter for sjeldne diagnoser. I tillegg har utvalgsleder holdt enkelte presentasjoner om utvalgets arbeid og i den forbindelse fått innspill og synspunkter fra forskjellige hold.

Utvalget tilrådte i brev til Helse- og omsorgsdepartementet datert 20.02.2017 at det skulle settes i gang en evaluering av kvaliteten på tvangsvedtak fattet av kontrollkommisjonene, fylkesmennene og fylkesnemndene, supplert med en spørreskjemaundersøkelse. Departementet inngikk 22. juni 2017 en avtale med Oxford Research AS om evaluering av tvangsvedtak etter de fire regelsettene som utvalgets mandat omfatter. Endelig rapport ble avgitt 31. desember 2017. Rapporten er nærmere omtalt i punkt 6.2.2.

2.5 Mindretallets generelle dissens – den redaksjonelle håndteringen

To medlemmer (Erichsen og Gitlesen) har formulert en generell dissens, inntatt som vedlegg til utredningen. Det har vært et spørsmål hvordan dissensen for øvrig skulle reflekteres i teksten, for eksempel om den systematisk skulle påpekes alle steder der uttrykksmåten «utvalget mener» eller lignende brukes, jf. NOU 2011: 9 der denne modellen ble brukt. Erichsen og Gitlesen har imidlertid ikke ønsket dette. Løsningen har derfor blitt at det blir minnet om deres generelle dissens i utredningsteksten der dette framstår som særlig naturlig.

3 Oppsummering: Er en felles lov mulig og ønskelig?

3.1 Særlige utfordringer i utvalgets arbeid

Tvangslovutvalgets mandat er særdeles omfattende. Allerede det å beskrive og sammenstille dagens ulikeartede regelsett – i full bredde – på en systematisk måte, er krevende. Selv innenfor rettsvitenskapen er dette tidligere bare gjort i mer begrenset utstrekning. Sammenlignet med et mer tradisjonelt og endimensjonalt lovarbeid, er omfanget av rettsstoffet utvalget har måtte forholde seg til mangedoblet. Denne volumutfordringen har naturligvis også forplantet seg inn i undersøkelsene av fremmed rett. Av kapasitetsmessige grunner har det derfor vært nødvendig å avgrense kretsen av hvilke andre lands rett som skal omtales sterkere enn det som ellers hadde vært naturlig.

Det er likevel forsøket på å bygge sammen dagens fragmenterte lovgivning som har vært mest krevende for utvalget. Dette gjelder tankemessig – sentrale utfordringer er omtalt i neste punkt –, men også arbeidsmessig: å føre drøftinger og lovutkast ned på et relativt detaljert nivå, gjennomgående, har vært nødvendig for å identifisere og vurdere samordningsproblemer.

Arbeidets kompleksitet har også reist disposisjonsmessige utfordringer i utredningsteksten. Det store spennet i problemstillinger fra det prinsipielle til det konkrete, samtidig som dagens regelsituasjon er fragmentert, har gjort at et enkelt oppsett på formen først gjeldende rett, deretter utvalgets vurderinger, ikke har vært mulig å gjennomføre fullt ut. Tidvis har det vært nødvendig å beskrive gjeldende rett i flere runder – med mellomliggende vurderinger – for å komme i mål. Dette er gjerne et kjennetegn ved sammensatte juridiske tekster. Hva som er framstilling av gjeldende rett og hva som er utvalgets vurderinger, skal uansett framgå klart.

I sin enkleste form kan en felles lov innebære at dagens ulikeartede regelsett samles under en felles overskrift, men uten noen nevneverdig grad av innholdsmessig samordning. Det vil i tilfelle være en felles lov i navn, men ikke i gavn. Utvalget har vurdert en slik løsning som lite aktuell. Når utvalget har vurdert om en felles lov er mulig og ønskelig, er det derfor en reelt samordnet lovgivning som har vært problemstillingen, selv om dette ikke er en entydig størrelse.

3.2 Er en felles lov mulig?

I arbeidet med å etablere grunnlaget for en felles lov har utvalget støtt på store utfordringer. Selv om det ikke er mulig å skille skarpt, kan disse beskrives som hovedsakelig dels å være av verdimessig art, dels strukturell.

Ulike verdivalg kommer i gjeldende lovgivning til uttrykk blant annet i rammene for bruk av tvang, herunder formulering av vilkår og avgrensning av persongrupper. Innenfor rammene av en felles lov kan slike ivaretas gjennom særregler for enkeltgrupper, i den grad de finnes tilstrekkelig tungtveiende til å videreføres. Lovutkastet gir flere eksempler på dette, blant annet i relasjon til barn og personer med psykiske lidelser og ruslidelser. Dersom man vurderer behov for svært omfattende og gjennomgående særregler for enkeltgrupper, er det mer et argument mot at felles regler er ønskelig enn at det ikke er mulig å få til.

Når det kommer til de strukturelle utfordringene, er bildet mer komplisert ved at en (reelt) felles lovgivning i større grad forutsetter en nedbygging av slike. Her skal for det første *spennet i sentral begrepsbruk* i dagens lovgivning framheves. Det gjelder allerede oppfatningen av hva tvang er, med overvinning av motstand og fravær av gyldig samtykke som ytterpunkter. Videre skal nevnes spenningen mellom psykisk helsevernlovens tvungent vern-konstruksjon, som et slags overbegrep, sammenlignet med de øvrige regelverkens direkte fokus på de enkelte tiltak. Et tredje eksempel gjelder «midlertidighetsproblemet» – behovet for å treffe vedtak der man ikke kan vente til alle forhold er avklart med ordinær sikkerhet – og det spennet i terminologi vi her ser.

For det andre vil utvalget framheve det store *spennet i fokuspunkt* mellom de ulike regelsettene. Dette gjelder blant annet om vekten er lagt på tradisjonell frihetsberøvelse eller andre inngrep, og i hvilken grad nødrettsproblematikk eller fare for andre er adressert. I forlengelsen – og nærmest som en følge – ligger store ulikheter i lovgivningsteknikk: fra avgrensninger i inngrepsadgangen gjennom generelle vilkår, til en tilnærmet kasuistisk regulering av hvilke typer av inngrep som kan gjennomføres.

Som en tredje strukturell utfordring skal nevnes de svært ulikeartede *systemene for saksbehandling og overprøving*, der vi har fire ulike hovedmodeller – en for hvert lovområde. Hver på sitt vis søker disse stort sett å ivareta de samme hensyn. Endelig skal framheves de store variasjoner i måten barns rettssikkerhet søkes ivaretatt på etter gjeldende lovgivning.

Som nevnt forutsetter en (reelt) felles lov i stor grad en nedbygging av strukturelle ulikheter, og er slik sett mer krevende å håndtere enn ulike verdimessige avveininger i rammene for inngrep etter dagens lovgivning (som kan hensyntas gjennom enkeltstående særbestemmelser). En slik nedbygging av strukturelle ulikheter er ikke umulig rent teknisk, men spørsmålet gjelder konsekvensene. Også her må altså en vurdering av ønskeligheten til syvende og sist være avgjørende.

3.3 Er en felles lov ønskelig?

3.3.1 Innledning

Om en felles lov er ønskelig, er altså avgjørende uansett hvilke utfordringer – verdimessige eller strukturelle – vi står overfor. I fortsettelsen er det ikke nødvendig å skille her. Utvalget har vurdert spørsmålet ut fra et sett av kriterier med utgangspunkt i hva som er nedfelt i mandatet. Utvalget ser det som klart at særlige utfordringer som kan oppstå i en overgangsfase etter iverksettelse av lovutkastet, ikke kan være avgjørende: slike vil alltid oppstå ved større reformer, men er av midlertidig karakter. I vurderingen er det derfor de mer langsiktige konsekvenser – både positive og negative – som er fokusert. Spørsmålet kan ikke vurderes abstrakt, men må nødvendigvis ta utvalgets lovutkast.

3.3.2 Forenkling og klargjøring

En felles lov – slik skissert i lovutkastet – vil virke forenkende og klargjørende nærmest per definisjon. Dette gjennom økt tilgjengelighet både rent fysisk ved at aktuelt regelverk samles på ett sted, men også innholdsmessig ved at lovformuleringer samordnes på tvers av dagens skillelinjer: det som kan og bør være likt blir nettopp det, og formuleres dermed ikke i flere forskjellige versjoner ut fra historisk opprinnelse og tradisjon. For de fleste – personer (pasienter/brukere), pårørende, helsepersonell eller andre – som involveres etter mer enn ett av dagens ulikeartede regelsett, vil utvalgets forslag om en felles ordning for saksbehandling og overprøving utgjøre en vesentlig forenkling.

Til tross for de åpenbare forenklingsgevinster som realiseres, er utvalgets lovutkast omfattende. Dette skyldes langt på vei at problemstillinger som det etter gjeldende rett har vist seg å være et praktisk behov for å avklare eller gi nye regler om, blir omtalt direkte i utkastet til lovtekst. Enkelte spørsmål som i dag er regulert på forskriftsnivå, er videre vurdert naturlig å ta inn i selve lovtekstutkastet. Endelig introduserer utvalget enkelte vilkår og vurderingstema som både er skjønsmessige og som ikke fullt ut er forankret i gjeldende rett. Sistnevnte er tilfelle for «antatt samtykke» som er gjort til et gjennomgående vilkår. Til tross for disse kompliserende trekkene, er det utvalgets klare oppfatning at hovedbildet er at utkastet representerer en vesentlig forenkling og klargjøring sammenlignet med gjeldende rett.

3.3.3 Redusert bruk av tvang

3.3.3.1 Innledning

Mennesker som er særlig utsatt for tvangsbruk karakteriseres blant annet av opphopning av sårbarhetsfaktorer av ulik art. For en kulturnasjon påhviler det derfor en særlig moralsk plikt til å gi disse borgerne et godt og verdig helse- og omsorgstilbud uten bruk av tvang, så langt det er mulig. Utvalget legger til grunn at det gjennomgående brukes for mye tvang i tjenestene, selv om det også finnes eksempler på det motsatte. Det vises særlig til utredningen kapittel 11 om kunnskap om forebygging av tvang.

Hva gjelder villkårene for tvang, er det på mange punkter ikke intendert en terskelendring sammenlignet med gjeldende rett. Det gjelder særlig for reglene om bruk av tvang ved fare andre i psykisk helsevern. I fortsettelsen fokuseres på områder der utkastet må antas å kunne ha en innvirkning på de rettslige rammene for bruken av tvang, sammenlignet med det som følger av gjeldende rett. Selv om mange faktorer er av betydning for bruk av tvang, og lovtekstens ord ofte ikke er den viktigste, vurderer utvalget at lovutkastet med stor sikkerhet vil bidra til en markert reduksjon i den faktiske bruken av tvang. Dette skyldes flere forhold.

3.3.3.2 Økt fokus på alternativer til tvang

I lovutkastet gis det tradisjonelle vilkåret om at alternativer til tvang må være prøvd, et mer forpliktende innhold. Dette ved at vilkåret knyttes opp mot virksomhetenes plikt til å forebygge tvang, samt retten til et tilrettelagt tilbud uten bruk av tvang. Sistnevnte er ingen ny rettighet, men en synliggjøring av en side ved retten til nødvendige helse- og omsorgstjenester som hittil har vært lite fokusert, se nærmere omtale i kapittel 22.

3.3.3.3 Utviding av området for beslutningskompetanse-modellen

Ett element her er innstramminger på vilkårssiden. Manglende beslutningskompetanse som vilkår for bruk av tvang, foreslås utvidet til også å omfatte tvangsinnleggelse og tilbakehold i institusjon for tverrfaglig spesialisert behandling for rusmiddelavhengighet. I kombinasjon med lovmessige grep for å gjøre samtykkebasert tvang til et mer praktisk alternativ i rusbehandlingen, vil det bidra til å redusere antall tvangsvedtak. I motsatt retning trekker at endringer i inntaksmodellen på rusfeltet gjøre det enklere å etablere tvang, sammenlignet med fylkesnemndsmodellen, se punkt 28.5.6. Her vil likevel kravet om samarbeids- og planleggingsavtale mellom spesialisthelsetjenesten og oppholdskommunen, som også gjelder i akutttilfellene, virke til å hindre utglidning. Det kan videre tenkes at enkeltpersoner som tidligere har vært tatt under tvang i psykisk helsevern fordi det er den enkleste løsningen, vil bli sluset over i tverrfaglig spesialisert rusbehandling ut fra en vurdering av behandlingsbehovet. En mulig økning her vil i så fall naturlig motsvares av en nedgang i psykisk helsevern – og i utgangspunktet måtte ses på som positivt.

Alt i alt hefter det stor usikkerhet ved hvordan utvalgets endringer vil slå ut i *antall tvangsvedtak* på rusfeltet, sammenlignet med helse- og omsorgstjenesteloven § 10-2. Hva gjelder *omfang av faktisk tvangsbruk* er imidlertid utvalgets vurdering at utkastet vil føre til en tydelig reduksjon. Det følger av at vedtakene vil være kortere enn etter fylkesnemndsmodellen – der standard er tre måneder –, ved at de aller fleste personene etter kort tid vil gjenvinne beslutningskompetansen. Videre tvang må da eventuelt baseres på samtykke.

Også ved tiltak i omsorgen for personer med utviklingshemning, som i dag reguleres i helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9, foreslår utvalget å gjøre bruk av fravær av beslutningskompetanse som vilkår. I tillegg kommer at det på vilkårssiden gjøres innstramminger slik at «vesentlig helseskade» som hovedregel også blir terskelen for tvang for denne gruppen, med enkelte unntak (som ikke er knyttet til personer med utviklingshemning spesifikt). At dette vil ha konkret betydning i en del saker er utvilsomt, men det er vanskelig å lage prognoser for i hvor mange. I utvalgets opplegg videreføres ikke ordningen med forhåndskontroll av vedtak om planlagte inngrep etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9. Denne omstendelige prosessen kan nok ha virket dempende på antallet vedtak, men ikke nødvendigvis i samme grad på den faktiske bruken av tvang: tiltak har vært i bruk også i «vedtaksløse» perioder. Som erstatning skal tvangsbegrensningsnemnda holde høring i de mest alvorlige sakene etter 30 dager og godkjenne forlengelse ut over ett år. Alt i alt vurderer utvalget at utkastet vil begrense bruken av tvang overfor personer med utviklingshemning i sterkere grad enn dagens regelverk.

3.3.3.4 Risikoen for utglidning ved fjerning av diagnosekriterier

En særlig bekymring for utvalget har vært risikoen for utglidning ved å fjerne «alvorlig sinnslidelse» som inngangsportal til tvang i psykisk helsevern til fordel for en kombinasjon av «særlig behov» for hjelp og manglende beslutningskompetanse. Dette gir mindre regelklarhet. Spørsmålet er nærmere drøftet i punkt 24.8.2, og det er foreslått grep for å hindre utglidning.

3.3.3.5 Antatt samtykke som gjennomgående vilkår

Antatt samtykke introduseres som et gjennomgående vilkår, men med enkelte unntak. Formålet er å styrke selvbestemmelsesretten for personer som mangler beslutningskompetanse på

avgjørelsestidspunktet. Vilkåret vil særlig få selvstendig betydning der det foreligger subjektive holdepunkt for hva personen ville ha foretrukket. Bestemmelsen vil ha en tvangsbegrensende virkning.

3.3.3.6 Innstramming av rammene for inngrep i nødssituasjoner

I lovutkastet kapittel 4 har utvalget foreslått en uttømmende regulering av inngrep i nødssituasjoner. Nødssituasjonsbegrepets kobling til akuttsituasjonene gir en klarere og snevrere ramme enn det som er i tilfelle i dag, for eksempel etter psykisk helsevernloven. Dette er viktig for å unngå utglidning.

Det er foreslått særregler om enkelte spesielt inngripende tiltak som også vil virke innstrammende sammenlignet med psykisk helsevernloven § 4-8. Hjemmelen for bruk av mekaniske innretninger som begrenser bevegelsesfrihetene, er foreslått tidsavgrenset til tre år og forutsettes fulgt opp av tunge nasjonale, faglige initiativ for redusert tvangsbruk. Ved repeterende tvangsbruk kan det være aktuelt å fatte vedtak etter lovutkastet kapittel 6 med formål om å redusere behovet for tvang.

Utvalget vurderer at reguleringen av nødssituasjoner vil ha en klart tvangsdempende effekt.

3.3.3.7 Nye hjemler for tvang

Utvalget foreslår enkelte nye hjemler for bruk av tvang. Det gjelder imidlertid i spørsmål der dagens hjemmelssituasjon har vist seg særlig problematisk og ikke har nødvendig legitimitet i tjenestene. De sentrale eksempler er utgangsbegrensende tiltak på nattestid (utenfor helseinstitusjon) ved omfattende desorientering eller forvirring, samt legemiddelbehandling av psykiske lidelser utenfor psykisk helsevern.

3.3.3.8 Et overprøvingssystem som er innrettet mot redusert bruk av tvang

Vilkårene for bruk av tvang er viktige, saksbehandlingsreglene likeså, men utvalget vil framheve overprøvings- og kontrollsystemet som den viktigste faktoren for å få til en reell begrensning i tvangsbruken. Den modell som er valgt utnytter forvaltningsrettens fleksibilitet til å etablere kontrollorganer som har til oppgave aktivt å arbeide for begrenset bruk av tvang. En tydelig lovfesting av kontrollorganenes formål på dette feltet er en nyskapning sammenlignet med gjeldende rett, og forventes å prege så vel fylkesmennenes som tvangsbegrensningsnemndenes tilnærming til oppgavene sterkt. Formålet underbygges av mer spesifikke regler, herunder kravet om høring i de alvorligste sakene innen 30 dager og plikten til å vurdere totalbelastningen for personen ved flere vedtak. En oppnevningssystemmodell for nemndene er valgt blant annet for å sikre sirkulasjon og dermed forebygge normalitetsforskyvning («tvangsblindhet»). Særlig skal nevnes at nemndsmodellen også skal omfatte tiltak etter dagens kapittel 9 og 10 i helse- og omsorgstjenesteloven, samt kapittel 4 A i pasient- og brukerrettighetsloven. Dette betyr at nemndene for eksempel vil sette møter på sykehjem og vurdere kritisk om de anstrengelser som gjøres for å unngå bruk av tvang er tilstrekkelige.

Særlig i rusbehandlingen vil lovutkastet medføre store endringer. Utvalgets modell innebærer her en ny type rettssikkerhetstenking ved at domstolmodellen – som fylkesnemnda langt på vei representerer – utelates i første overprøvingsrunde. Som erstatning kommer et institusjonsnært organ (tvangsbegrensningsnemnda) inn med sitt klare formål om å begrense bruken av tvang. Utvalget vurderer at denne modellen vil gi et godt rettssikkerhetsvern også for personer med rusproblemer.

Utvalget erkjenner at det alltid vil være usikkerhet knyttet til hvordan gode intensjoner i lovverket følges opp i praksis. De grep som er foreslått gir uansett i sum et kraftfullt signal om retningen for arbeidet til de som blir involvert. Med mindre man er helt avvisende til lovers styringskraft, er det grunn til å tro at det systemet som nå foreslås etablert er langt mer egnet til å begrense bruken av tvang enn det som gjelder i dag.

3.3.3.9 Innstramming av tvangsbegrepet

Allerede den innstramming og avgrensning av tvangsbegrepet til motstandstilfellene som foreslås av utvalget, vil redusere tvangstallene. Riktig nok vil enkelte inngrep som ikke kvalifiserer til bruk av tvang, fortsatt måtte underkastes særlige rettssikkerhetsgarantier etter ulike bestemmelser. Men dette er ikke tvang i utkastets forstand, og bør av prinsipielle grunner heller ikke omtales som det, heller ikke der det tale om rettslig likestilling med tvang ved at de samme vilkår gjelder.

3.3.4 Samhandling mellom tjenestene

Utvalget har vært opptatt av at et framtidig regelverk må legge forholdene til rette for bedret samhandling mellom tjenestene, også på tvers av forvaltningsnivåer. Dette kan best fremmes gjennom en felles lov. I lovutkastet er aspektet ivaretatt på ulike måter.

For det første gjennom en oppmykning og delvis fjerning av de begrensninger som dagens virkeområdebestemmelser for ulike regelverk setter og som blir oppfattet som problematisk fra et praktisk ståsted. Dette virker klargjørende for omsorgstvang-problematikken der særlig rekkevidden av pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A i praksis har reist utfordringer. Dagens forbud mot behandling av psykiske helseproblemer utenfor psykisk helsevern mykes også opp: dels gjennom en innstramming av tvangsbegrepet, dels gjennom en oppmykning av arenakravet ved enkelte typer tiltak. En omlegging av inntaksmodellen til tvang i den spesialiserte rusbehandlingen er ment å legge til rette for bedre samhandling med psykisk helsevern ved å sikre at det er personens behov for hjelp som er avgjørende for plassering og ikke hvor ressurskrevende eller komplisert inntaksprosedyren er. Samtidig blir rusfeltets egenart og sosialfaglige forankring ivaretatt.

For det andre etableres en ny ordning med høring i tvangsbegrensningsnemnda i de mest alvorlige sakene. Dette skal skje innen 30 dager, og her skal representanter for ulike aktører i tjenestetilbudet for personen innkalles for å belyse om vilkårene for tvang er oppfylt, særlig plikten og retten til tilrettelegging uten bruk av tvang.

3.3.5 Helhetstenkning rundt individet

En klar svakhet ved dagens lovgivning er at sektoriseringen gjør det vanskelig å tenke helhetlig rundt enkeltindividet. En felles lov kan endre på dette. Den omtalte høringsordningen vil yte et viktig bidrag her ved at personens totale tjenestetilbud – både i kommunen og i spesialisthelsetjenesten – blir sett i sammenheng. Kontrollinstansene vil ikke kunne avgrense sin overprøving under tilvising til virkeområdet for ulike lover.

Viktigheten av helhetstenking har videre fått en mer tydelig, selvstendig forankring i utkastet gjennom kravet om at den samlede belastning ved ulike tvangstiltak overfor samme person skal hensyntas. I dag er det ingen sjeldenhet at personer på samme tid er underkastet vedtak etter ulike tvangsregelsett: utvalget er kjent med tilfeller der samme person på ett tidspunkt var underkastet samtlige fire regelsett. I lovutkastet legger et felles overprøvingssystem grunnlaget for at den samlede belastningen for individet både kan og skal hensyntas.

3.3.6 Økt rettssikkerhet for barn

Barns rettssikkerhet ved bruk av tvang er ulikt løst i dagens lovgivning. En felles lov legger det beste grunnlaget for en enhetlig tenkning rundt barns rettssikkerhet. Utkastet bygger på en nyansert modell der foreldreansvaret balanseres mot behovet for økt rettssikkerhet gjennom saksbehandling for et offentlig organ i de mer alvorlige sakene.

3.3.7 Økte forskjeller i den rettslige reguleringen av fare for seg selv og fare for andre i psykisk helsevern

Utvalgets lovutkast berører i utgangspunktet ikke grensen mellom helse- og omsorgstjenestens og justissektorens ansvarsfelt. Dette har sammenheng med mandat og sammensetning av utvalget. En konsekvens er at skillet mellom de vilkår som gjelder for bruk av tvang ved fare for personen selv og ved fare for andre vil øke. Utvalget ser ikke dette som problematisk. Et skille langs denne akse er allerede nedfelt i lovgivningen i større og mindre grad. De prosessuelle forbedringene sammenlignet med dagens lovgivning, kommer også personer som underkastes tvang ved fare for andre til gode. Utvalget legger opp til at reglene om dom på overføring til tvungent psykisk helsevern videreføres.

3.3.8 Mer effektiv ressursbruk

Et sentralt grep i utvalgets lovutkast er en avgrensning og innstramming av tvangsbegrepet til bare å gjelde motstandstilfellene. En sentral begrunnelse for dette er i større grad å rette fokus mot og bruke kontrollressurser på de mest alvorlige krenkelser i personers integritet og selvbestemmelsesrett. At kontrollinnsatsen i for liten grad blir tilpasset sakens alvorlighet er en kritikk særlig etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 og psykisk helsevernloven i dag. Lovutkastet er nyansert ved at enkelte tiltak som ikke representerer tvang også skal innregnes av særlige rettssikkerhetsgarantier – det gjelder blant annet «objektivt betydelig inngripende» tiltak overfor personer med store formidlingsproblemer. Likevel innebærer utkastet en tydelig dreining for å sikre at kontrollressursene mer effektivt blir brukt til å forebygge og redusere bruken av tvang gjennom et sterkere fokus på de alvorligste sakene.

Et annet moment er at dagens system med fire parallelle overprøvingsordninger – ett for hvert av lovverkene – gir en lite effektiv ressursutnyttelse. Allerede det å drifte sideordnede systemer som ivaretar samme funksjon, har en økonomisk kostnad der en samordningsgevinst er nærliggende. I tillegg kommer så ressurstap utløst av at saker som i utgangspunktet kunne blitt behandlet parallelt av samme organ, må splittes opp som en følge av et fragmentert regelverk. En felles lov der fokus er rettet mot helhetstenkning rundt individet, åpner for å ta ut effektiviseringsgevinster gjennom forening av saker. Særlig vil en beskjæring av fylkesnemndenes ansvarsportefølje ved at sakene etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 og 10 bortfaller, frigjøre ressurser som kan bidra til å finansiere utbygging av rettssikkerhetsvernet etter den mer institusjonsnære modellen i lovutkastet.

På tjenestenivået vurderer utvalget at de forenklinger og klargjøringer lovutkastet legger opp til gjennom samordning av vilkår og saksbehandlings- og overprøvingsordninger, vil gi en «gjenkjenningseffekt» på tvers av dagens inndelinger som gjør at ressursbruken i selve vedtaksprosessene over tid effektiviseres. Dette gjelder særlig for dem som kan bli involvert i saker etter flere av dagens regelverk. Særlig må endringen i inntaksmodell på rusfeltet antas være ressursbesparende for kommunene, ikke minst for kommuner som må kjøpe ekstern kompetanse for å forberede sak etter dagens kapittel 10 i helse- og omsorgstjenesteloven.

På den annen side innføres enkelte nye vilkår og vedtakskategorier, samt nye krav til vedtakenes innhold, sammenlignet med det som i dag framgår av forvaltningsloven § 25. Disse er tydeligere og kan i praksis oppfattes som mer omfattende. Dette vil blant annet ha betydning for tiltak som i dag er hjemmehørende under kapittel 4 A i pasient- og brukerrettighetsloven.

Utvalget legger ikke opp til at det skal brukes mindre ressurser på saksbehandling og kontroll i framtiden. I denne runden, er poenget å få fram at en felles lov legger et godt grunnlag for en mer effektiv ressursbruk: at samfunnet får mer rettssikkerhet for hver krone som brukes.

3.3.9 Likebehandling

Bekymringer knyttet til manglende likhet i praktiseringen av regelverket, gjerne på tvers av geografiske skiller, er reist etter flere av dagens lovverk. Utvalget vurderer at dette er en viktig problemstilling, samtidig som det ikke finnes noen enkel løsning på grunnen til at spørsmålet blir reist: elementet av skjønn i beslutningsprosessen. Virkeligheten er mangslungen med hensyn til hvilke spørsmål som kan oppstå, og prinsippet om individuelle vurderinger er fundamentalt i helse- og omsorgstjenesten. «Enkle» løsninger i form av firkantede og lette praktiserbare bestemmelser er dermed ofte ikke gjennomførbart eller ønskelig, selv om lovutkastet er nyansert også på dette punkt.

Likhetsproblematikken har flere dimensjoner. Det som er en sikker antagelse er at likheten i praksis på tvers av dagens ulike regelsett vil bli større gjennom en felles lov. Dette er en følge både av at de materielle vilkårene og saksbehandlings- og overprøvingsordningene i stor utstrekning harmoniseres. I den grad dagens forskjeller ikke finnes godt begrunnet, er en slik utvikling klart ønskelig.

Hva så innenfor de enkelte saksfelt som i dag er underkastet separate regler?

På rusfeltet blir inntaksmodellen dramatisk endret i lovutkastet, sammenlignet med det som gjelder i dag. Ved at kommunene får et mindre omfattende ansvar for å drive fram saken, vil risikoen for skjevutvalg i «rekrutteringen» til tvang ut fra varierende fagkompetanse i norske kommuner, rimeligvis bli redusert.

Sammenlignet med helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9, heves terskelen for hvilke inngrep som omfattes av tvangsreglene. Dette vil sannsynligvis bidra til større likhet i praksis. Usikkerhet rundt den nedre grensen har trolig vært en av grunnene til ulikheter i vedtaksrater mellom fylker. En tilsvarende virkning innenfor psykisk helsevern kan forventes gjennom utvalgets innstramming av tvangsbegrepet og dermed åpning for å gi psykisk helsehjelp til personer som ikke motsetter seg dette, etter mindre strenge regler. Dagens rettstilstand har blitt regnet som krevende, og den lokale anvendelsen varierer, etter det utvalget kjenner til.

I lovutkastet foreslås «vesentlig» helseskade som gjennomgående vilkår. Sammenlignet både med helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 og 10 og psykisk helsevernloven, vil dette innebære en formell innstramming og skjerping av fokus som isolert sett vil kunne bidra til økt likhet i praksis.

Et særlig spørsmål for utvalget har vært konsekvensene av på psykisk helsevernfeltet å avvike det diagnosenære «alvorlig sinnslidelse»-vilkåret til fordel for en kombinasjon av «særlig behov» for hjelp og manglende beslutningskompetanse. Svekket regelklarhet har også en side mot likhet i praksis. Spørsmålet er nærmere vurdert i punkt 24.8.2, og det er blant annet lagt inn mekanismer som skal hindre utgliding. Dette gjennom en kobling til anerkjent faglig praksis, som naturligvis vil være knyttet til dagens lovgivning. Utvalget har vurdert at ønsket om et sterkere fokus på enkeltindividets behov her må veie tyngre enn behovet for å opprettholde dagens grad av regelklarhet. Som et annet grep for å øke fokuset på det enkelte individ, introduserer lovutkastet «antatt samtykke» som et gjennomgående vilkår. Ulik forståelse av denne uttrykksmåten på et generelt plan, vil naturligvis være et problem. Derfor er det foreslått inntatt en presisering av hva det skal legges vekt på i lovutkastet § 1-5.

Tvangsbegrensningsnemndenes faglige autonomi gjelder i enkeltsaker. På et mer generelt nivå er det viktig at det arbeides systematisk og kraftfullt for å koordinere praksis. I lovutkastet er det derfor særskilt nedfelt at departementet skal sørge for at det blir tatt initiativ som kan bidra til nettopp likhet i praktiseringen. Departementet skal også holde oversikt over omfanget av tvangsbruken på et nasjonalt nivå, som et verktøy i dette arbeidet.

Introduksjon av et nytt regelverk som i stor grad skal anvendes av ikke-jurister, vil gi særlige likhetsutfordringer i en overgangsfase. Utvalget forutsetter at det her vil bli nødvendig med en særlig ressursinnsats for å gi opplæring på alle nivåer – både i første instans og kontrollinstansene.

3.3.10 Forholdet til menneskerettighetene

En felles lov gir gode muligheter for en enhetlig tilnærming til menneskerettslige krav nedfelt i Grunnlova og i ulike internasjonale menneskerettsdokumenter. Som det framgår i kapittel 7 er det høyst ulike oppfatninger særlig om hvilke skranker CRPD-konvensjonen legger. Utvalget vurderer at CRPD skjerper kravene til begrunnelse for når særlige regler om tvang for personer med psykisk funksjonsnedsettelse kan aksepteres, slik også Stortinget synes å forutsette gjennom den ordlyd tolkingsforbeholdene har fått (tvang må være «en siste utvei»). Utvalget har hatt som mål å gi CRPD et konkret og forpliktende innhold i en norsk kontekst. Sentrale elementer i utkastet er her

- avskaffing av diagnose- eller diagnosenære kriterier og overgangen til en beslutningskompetansemodell,
- krav om antatt samtykke som gjennomgående vilkår,
- overprøvingsinstanser som er særlig innrettet mot å begrense tvangsbruk,
- saksbehandlingsregler som er tilpasset enkeltindividets behov og
- en styrket representasjonsordning i påvente av utvikling av et bredere beslutningsstøtte-konsept.

CRPD-komiteen er tolket slik at den vil gå enda mye lenger og forby alle særregler om bruk av tvang. Utvalgets flertall (alle medlemmene unntatt Erichsen og Gitlesen) er uenig i en så radikal forståelse og mener for øvrig – i likhet med den tyske konstitusjonsdomstolen – at det kan være berettiget tvil om hva komiteen mener fordi konsekvensene av en slik tolkning ikke uttrykkelig er omtalt, se nærmere kapittel 13.

3.3.11 Sammenfatning

Som det framgår ovenfor vurderer utvalget at viktige målsetninger og verdier kan fremmes gjennom en felles lov. Det viktigste argumentet mot et alternativ som skissert i utkastet, er sannsynligvis at endringen vil bli så dyptgripende at det er vanskelig i forkant å beskrive og kvantifisere alle mulige virkninger med en rimelig grad av sikkerhet. Antallet variabler er ganske enkelt for stort – og virker til dels i ulike retning – allerede på et regelnivå. I tillegg kommer usikkerhet om hvordan ikke-rettslige mekanismer vil spille inn i praktiseringen. Lovutkastet bygger likevel på en klar grunnholdning om behov for begrensning av bruk av tvang. Dette trekket er så sterkt og gjennomgripende at utvalget vurderer at utkastet i seg selv vil kunne stimulere til faglig og etisk diskusjon og refleksjon i tjenestene om hvordan tvang kan reduseres, blant annet gjennom bedre tilrettelegging.

Det er også en risiko forbundet med ikke å gripe fatt i de svakheter utvalget har påvist i gjeldende lovgivning. Rett nok kan noe gjøres gjennom endringer innenfor dagens lovstruktur, men da bare i begrenset grad. Feltet synes å være overmodent for en større lovreform. Utvalget har gjennom utredningen vist at det er mulig på en meningsfull måte å etablere en felles lov til erstatning for dagens fragmenterte regelbilde og vil anbefale Helse- og omsorgsdepartementet å følge dette sporet videre.

3.4 Lovtekniske avveininger

3.4.1 Innledning

Utvalgets utredning utgjør et omfattende lovbyggingsprosjekt. De lovtekniske utfordringer har vært tallrike, men samtidig tett knyttet til de underliggende materielle samordningsspørsmålene. Derfor har det vært naturlig å identifisere og håndtere de lovtekniske spørsmål underveis i utredningsteksten og ikke å samle dem i et enkelt punkt. En oppsummering av noen av de valg som er gjort, er likevel på sin plass her.

3.4.2 Materielle og prosessuelle bestemmelser

Etter gjeldende lovgivningen varierer det hvor tydelig skille som blir trukket mellom materielle og prosessuelle bestemmelser. I pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A og helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 10 er det skilt ganske tydelig, mens bildet etter psykisk helsevernloven er mer sammensatt. Her er for eksempel retten til å uttale seg oppstilt blant vilkårene for tvungen observasjon/tvungent psykisk helsevern, jf. § 3-2 nr. 6 og § 4-4a nr. 9. Mer generelt er reguleringen av ulike tiltak etter psykisk helsevernloven kapittel 4 preget av det veksles mellom materielle og prosessuelle spørsmål.

Utvalget vurderer at det innenfor rammene av en felles lov er nødvendig å operere med et tydelig skille. Dette henger sammen med omfanget og kompleksiteten av de spørsmål som er gjenstand for regulering. Både hensynet til klarhet og til å holde nede tekstmengden i lovutkastet har pekt i retning av en stram struktur med fellesregler om de prosessuelle spørsmål så langt det har vært mulig. Baksiden er den fragmentering dette skaper: En leser av lovutkastet som bare er interessert i ett bestemt tema, må forholde seg til flere bestemmelser plassert i ulike deler av teksten.

3.4.3 Hovedstrukturen

De materielle hjemlene for inngrep er fordelt mellom fire kapitler:

- Nødssituasjoner (kapittel 4)
- Innleggelse og tilbakehold i helseinstitusjon (kapittel 5)
- Individuelle behandlings- og omsorgstiltak (kapittel 6)
- Rettighetsbegrensende tiltak og tvang av hensyn til fellesskapsinteresser i institusjon eller bolig (kapittel 7)

Inndelingen er dels basert på ulikhet i situasjonene, noe som påvirker de materielle avveiningen. Nødssituasjonene er således preget av knappheten på tid, mens inngrep av hensyn til fellesskapsinteresser i institusjonssamfunnet dypest sett handler om å ivareta medpasienters rettigheter. Innleggelse og tilbakehold i helseinstitusjon omfatter kjerneområdet for frihetsberøvelse, som individene har et særlig menneskerettslig vern mot. Selv om vilkårene stort sett er de samme som etter kapittel 6, tilsier dette et behov for å skille problemstillingen ut og slik også framheve enkelte nyanser. Som regel vil det være klart hvilket kapittel som kommer til anvendelse. Men for å unngå eventuelle gliper, er det lagt inn en bestemmelse (utkastet § 6-1) som utpeker kapittel 6 til å ha en slags overordnet funksjon ved at dette kapitlet kommer til anvendelse for eventuelle overskytende spørsmål.

De prosessuelle reglene, her medtatt spørsmålet om vedtaks- og beslutningskompetanse, er løst disponert etter et tidsaksesynspunkt. Saksbehandlingen i første instans (kapittel 9) kommer således før kontrollinstansene presenteres (kapittel 10). Deretter kommer obligatorisk

kontroll (kapittel 11), før klage og omgjøring (kapittel 12). Særlige saksbehandlingsregler for tvangsbegrensningsnemnda følger så (kapittel 13), før domstolsprøving (kapittel 14).

3.4.4 Andre spørsmål

Temaet for lovreguleringen er komplekst og det har derfor vært nødvendig å bygge inn en rekke særregler for ulike situasjoner. Utvalget har her valgt å basere seg på en henvisningsteknikk tilbake til en hovedbestemmelse – det gjelder særlig § 5-4 for kapittel 5 og § 6-5 for kapittel 6. Dette valget er basert på et ønske om å holde nede tekstmengden, samt skape klarhet om hva som er likt og hva som er ulikt mellom de enkelte bestemmelser. Ulempen er at leseren ofte må forholde seg til flere paragrafer for å få det fulle bildet, selv der spørsmålet er avgrenset til hvilke vilkår som gjelder.

Et hovedtrekk i utredningen er ønsket om å skyve fram gjennomføringsfasen som mer sentral enn tidligere. Et grep i den sammenheng har vært å gjennomgående uttrykke i lovteksten at lovens vilkår både gjelder vedtak – eventuelt beslutning – og gjennomføring. Ut fra tematikkens kompleksitet – som springer ut av at det er tale om å sy sammen fire ulike lovreguleringer – har det også ellers vært nødvendig å markere ulike forbehold og nyanser underveis.

Det er klart at på et så omfattende felt – og der rettssikkerhetsbehovet tilsier stor grad av klarhet – vil det være nødvendig å supplere loven med bestemmelser i forskrifts form. Utvalget har vektlagt at de viktigste reglene bør være uttrykt i selve lovteksten. Det vesentlige av spørsmål som i dag er regulert i forskrift om rettigheter og tvang i rusinstitusjon er nå foreslått omfattet av lovutkastet.

Tilsvarende gjelder sentrale saksbehandlingsregler som i dag er håndtert lovteknisk på litt ulik måte i regelsettene. Utvalgets vurdering er at bestemmelsene om saksbehandling har behov for en modernisering i form av tilpasning til de særlige behov på dette spesielle saksfeltet. Det nødvendiggjør samtidig at de sentrale bestemmelsen tas med i selve loven. Tiden da man kunne nøye seg med en henvisning til forvaltningsloven er forbi.

Del II

Bakgrunnskunnskap

4 Hva karakteriserer tilstander som tradisjonelt har aktualisert spørsmål om bruk av tvang?

4.1 Innledning

I dette kapittelet omtales hva som karakteriserer tilstander som tradisjonelt har aktualisert spørsmål om bruk av tvang i helse- og omsorgstjenesten. Utvalget refererer mange steder til «psykiske lidelser», «demens», «utviklingshemning», «rusmisbruk», «avhengighet» og lignende. Det primære i dette kapittelet er å gi en faglig beskrivelse av karakteristiske trekk ved tilstandene, og hva som tradisjonelt er forstått som situasjoner som kan gi grunnlag for bruk av tvang.

Psykiske lidelser omtales i punkt 4.1, ruslidelser i punkt 4.2, psykisk utviklingshemning i punkt 4.4 og demens i punkt 4.5. I punkt 4.6 omtales særlige aspekt ved situasjoner som kan lede til bruk av tvang overfor barn.

Se også omtalene av historikk og gjeldende vilkår for bruk av tvang i kapittel 5, omfanget av bruk av tvang i kapittel 9 og utfordringer knyttet til vurderingen av beslutningskompetanse i punkt 21.2 og 21.3.

4.2 Psykiske helseproblemer

4.2.1 Innledning

Helt fra sinnssykeloven av 1848 til i dag har det vært de alvorligste psykiske plagene som har vært omfattet av tvangshjemlene. Benevnelsen har skiftet fra sinnssykdom til alvorlig sinnslidelse. Paulsrud-utvalget foreslo å endre til «alvorlig psykisk lidelse» for å bringe det juridiske begrepet mer i overensstemmelse med vanlig klinisk ordbruk.¹ Det kliniske innholdet har i all hovedsak vært det samme og skal nå omtales kort.

Tilstandene som beskrives nedenfor kan være grunnlag for tvungen innleggelse og tvungen observasjon etter gjeldende rett. Under selve innleggelsen kan tilstandene aktualisere andre typer tvangstiltak som kortvarig fastholding, beltelegging, skjerming og medisinerings.

4.2.2 Psykoser

Begrepene sinnssykdom/alvorlig sinnslidelse/alvorlig psykisk lidelse har alltid omfattet psykoser. En psykose blir gjerne definert som en tilstand der evnen til realistisk vurdering av en selv, andre eller av forholdet til omgivelsene, er nedsatt. Dette viser seg ved de karakteristiske psykosesyndromene som omtales kort nedenfor.

Psykoselidelser er forholdsvis sjeldne. En regner med at omtrent 0,5 prosent av befolkningen i løpet av livet kan oppfylle de diagnostiske kriteriene for schizofreni. Vrangforestillingslidelser blir oppgitt å ramme under 0,05 prosent av befolkningen.

4.2.2.1 Hallusinasjoner

Hallusinasjoner er sanseopplevelser som oppstår uten påvirkning av sanseorganene. Det vanligste er at en hører stemmer snakke til eller om seg når en er alene, eller at en ser syner.

Mindre vanlig er det med lukt- eller smaksopplevelser løsrevet fra stimuli, eller med kroppslige hallusinasjoner der det for eksempel kan kjennes som om det er dyr under huden eller at indre organer råtner.

4.2.2.2 Vrangforestillinger

Vrangforestillinger er uriktige forestillinger om den ytre verden som personen står fast på trass i manglende grunnlag eller bevis for det motsatte, og som blir fastholdt uten den minste tvil. Dersom vrangforestillingen er en verdidom, er den så ekstrem at den mangler enhver troverdighet. Forestillingen blir ikke akseptert av andre i personens kultur eller subkultur. De vanligste vrangforestillingene er forestillinger om trakassering, forfølgelse, komplott og spionering. Ofte vil pasienten ha klare forestillinger om hvem som står bak, og det dreier seg gjerne om berømte personer eller institusjoner.

¹NOU 2011: 9

Vrangforestillinger om tyveri og utroskap er forholdsvis vanlige. Slike vrangforestillinger kan være vanskelige å vurdere fordi det kan tenkes at pasienten har rett. De *bisarre vrangforestillinger* derimot, strider mot all kunnskap og kan følgelig umulig være riktige. Eksempler kan være tanker om at folk skifter ham, at teknologi fra romstasjoner styrer alle ting, at avdøde mennesker styrer tanke- og følelsesliv, eller at tankene blir kringkastet. *Selvhenføring* er en forestilling der personen oppfatter at ting dreier seg spesielt om ham eller henne, for eksempel at kringkastingen eller pressen hentyder til en selv, eller at en mottar spesielle beskjeder ved å legge merke til hvordan ting er plassert rundt en.

4.2.2.3 Formelle tankeforstyrrelser

Formelle tankeforstyrrelser innebærer at selve tankestrukturen blir påvirket eller helt oppløst. Vi merker det ved at talen blir vanskelig å følge eller umulig å forstå på grunn av avsporinger, luftige og vilkårlige assosiasjoner, ugjennomtrengelig symbol- eller metaforbruk, selsom bruk av kjente ord eller nylagde ord som ikke gir mening for andre. I milde tilfeller kan talen være vag eller bare så vidt forståelig, på det mest uttalte en meningsløs ordsalat.

4.2.2.4 Psykotiske atferdsforstyrrelser

Psykotiske atferdsforstyrrelser er forholdsvis uvanlige. Noen pasienter har grovt kaotisk atferd som vi bare kan forstå som et uttrykk for psykose. Et eksempel kan være pasienten som legger fram eiendeler på bordet, sorterer dem etter ukjente prinsipper, smiler innforstått og forventer at tilskueren umiddelbart forstår poenget. Et annet eksempel kan være pasienten som sitter på golvet, fjern og utilnærmelig, mens han gjør underlige bevegelser og arrangerer ting rundt seg.

4.2.3 Stemningslidelser

Stemningslidelser omfatter depresjoner og bipolare lidelser. Ved slike lidelser er pasienten enten unormalt oppstemt eller nedstemt. I de mest uttalte tilfellene kan pasientene da utvikle psykotiske symptomer. I mani er det ikke så uvanlig med storhetsforestillinger, for eksempel om at man er rik, berømt eller har gjort store oppdagelser. I nedstemte perioder kan en føle seg syndig, skyldig og hjemfallen til straff og fortapelse. I slike situasjoner vil lidelsene falle inn under begrepet «alvorlig sinnslidelse». Men også i mindre uttalte tilfeller, der stemningsleiet likevel er svært avvikende, vil stemningslidelsene sidestilles med psykoser. Det kan dreie seg om sengeliggende, deprimerte mennesker som ikke snakker, spiser eller drikker eller om maniske personer som er søvnløse, overaktive, hektiske, oppkavede og som engasjerer seg i aktiviteter med stort skadepotensiale uten å bekymre seg for konsekvensene.

Stemningslidelser med psykotiske symptomer er noe sjeldnere enn schizofreni, men det er vanskelig å finne epidemiologiske tall for den eksakte forekomsten. Bipolare lidelser rammer trolig mellom en og to prosent av befolkningen i løpet av livet. De færreste av dem vil ha psykotiske symptomer. Depresjoner er blant de vanligste psykiske plagene i befolkningen, men det er få pasienter som utvikler psykotiske symptomer i løpet av en depresjon.

4.2.4 Alvorlige personlighetsforstyrrelser

Alvorlige personlighetsforstyrrelser kjennetegnes av at personen til vanlig har tanke-, følelses- eller atferdsmønstre som er statistisk uvanlige, lite tilpasningsdyktige og svekker funksjonen på mange livsområder, som sosialt eller i utdanning og arbeid. Personer med de mest dyptgripende personlighetsforstyrrelsene kan utvikle kortvarige psykotiske eller psykosenede symptomer, vanligvis under påkjenninger. Da kan de for eksempel bli forbigående hallusinert, få tanker på grensen til vrangforestillinger og manglende kontroll over følelser og atferd. I

slike situasjoner kan funksjonsnivået bli som ved en pågående psykose. «Alvorlig sinnslidelse» i psykisk helsevernloven omfatter også disse forbigående forverringene når de er så uttalte at de kan sidestilles med psykose.

Norske studier tyder på at litt over ti prosent av befolkningen oppfyller kriteriene for en eller flere personlighetsforstyrrelser i løpet av livet. De fleste av disse er milde og faller ikke inn under begrepet «alvorlig sinnslidelse». Selv de alvorlige personlighetsforstyrrelsene vil bare falle inn under begrepet «alvorlig sinnslidelse» i korte perioder med sterkt nedsatt funksjonsnivå og utgjør derfor en liten gruppe av dem som blir underlagt tvangstiltak i psykisk helsevern. Alvorlig og langvarig suicidalitet hos personer med emosjonelt ustabil personlighetsforstyrrelse kan i blant utløse omfattende tvangstiltak, men det kliniske omfanget av dette er ukjent.

4.2.5 Alvorlige spiseforstyrrelser

Alvorlige spiseforstyrrelser kan også falle inn under begrepet «alvorlig sinnslidelse». Dette gjelder framfor alt ved alvorlig anoreksi. Ved anoreksi er kroppsbildet forstyrret ved at en feilaktig oppfatter seg som fet eller overvektig. I de mest uttalte tilfellene kan pasienter sulte seg til døde mens de mener at de fremdeles bør ta av for å oppnå den «riktige» vekten. Rettspraksis tilsier at slike forestillinger om kroppen kan oppfattes som uttrykk for sviktende evne til å gjøre realistiske vurderinger. Dette åpner for at anoreksi i de mest alvorlige tilfellene kan oppfattes som en alvorlig sinnslidelse og behandles med tvungen ernæring.

Spiseforstyrrelser er forholdsvis vanlige, men de alvorlige og livstruende tilstandene er svært sjeldne. Dermed er det få personer med anoreksi som blir behandlet med tvang i psykisk helsevern.

4.3 Rusproblemer

Helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 10 handler om «Tvangstiltak overfor rusmiddelavhengige». Ordbruken er ikke konsekvent, og lovteksten bruker begrepene «misbruk» og «avhengighet» om hverandre.

I verdens helseorganisasjons diagnosesystem ICD-10 skilles det mellom «skadelig bruk» og «avhengighet», mens begrepet misbruk ikke lenger er i bruk. I det amerikanske diagnoseapparatet DSM har en tidligere skilt mellom «abuse» og «dependence». Etter at DSM-5 kom ut i 2013 er disse skillene borte, og alt kalles nå «substance use disorder», som en erkjennelse av at skillet mellom misbruk og avhengighet var vilkårlig.

Utvalget har valgt å bruke begrepet rusproblemer. Se nærmere omtale i kapittel 19.

Definisjonen av rusmiddelmisbruk er vid. Epidemiologiske studier fra USA og Norge viser for eksempel at godt over 20 prosent av befolkningen fyller kriteriene for alkoholmisbruk i løpet av livet. Det sier seg selv at ikke alle disse vil være kandidater for tvangstiltak.

I klinisk praksis er tvangsbehandling et siste skanse-tiltak som rettes inn mot en undergruppe av de personene med rusproblemer som ikke klarer å benytte seg av frivillig tiltak. Det gjelder framfor alt de som ruser seg kontinuerlig, ukontrollert, ukritisk og destruktivt og slik utsetter seg for smittefare og risiko for overdoser og dødsfall som følge av ulykker. Personene det gjelder vil ofte ha lav boevne, være ute av stand til å sikre nødvendig renhold og ernæring og ofte framstå som forkomne og åpenbart hjelpetrengende.

I slike tilfeller kan tvang framstå som det eneste realistiske alternativet til fortsatt rusbruk som kan få fatale følger.

4.4 Psykisk utviklingshemning

4.4.1 Innledning

Ifølge Helsedirektoratet var det per 1. januar 2018 19 858 personer over 16 år som hadde en diagnose som medfører psykisk utviklingshemning og som hadde vedtak om tjenester etter helse- og omsorgstjenesteloven. Tallet inkluderer personer med diagnosene psykisk utviklingshemning, Downs syndrom, Retts syndrom mfl. med helsetjenester i hjemmet, personlig assistanse, BPA og avlastning mfl. Denne gruppen utgjorde 0,46 prosent av befolkningen over 16 år.

Mange mottar svært omfattende tjenester, og de fleste vil ha behov for tjenester livet ut. Noen av dem får vedtak om tjenester som de ikke selv ønsker.

Verdens helseorganisasjon (WHO) beskriver utviklingshemning slik:

«Tilstand av forsinket eller mangelfull utvikling av evner og funksjonsnivå, som spesielt er kjennetegnet ved hemning av ferdigheter som manifesterer seg i utviklingsperioden, ferdigheter som bidrar til det generelle intelligensnivået, f. eks. kognitive, språklige, motoriske og sosiale. Utviklingshemning kan forekomme med eller uten andre psykiske og somatiske lidelser.

Følgende underklassifikasjon på fjerdetegnsnivå skal brukes sammen med diagnosene F70-F79 for å identifisere graden av atferdsproblemer:

- .0 Ingen eller minimale atferdsproblemer
- .1 Betydelige atferdsproblemer som krever oppmerksomhet eller behandling
- .8 andre spesifiserte atferdsproblemer
- .9 Uten beskrivelse av atferdsproblemer»²

Det er viktig å huske at personer med utviklingshemning på ingen måte er en ensartet gruppe. Noen kjører bil og kan bo for seg selv uten å motta omsorgstjenester, mens andre trenger tjenester døgnet rundt for å overleve. Psykisk utviklingshemning deles inn i fire underkategorier. Beskrivelsen nedenfor er hentet fra ICD-10, supplert med DSM-5, et klassifikasjonssystem for psykiske lidelser utgitt av den Amerikanske Psykiaterforening³. Dette for å få fram aspekter som kan være viktige for å forstå hvorfor tilstandene kan aktualisere problemstillinger knyttet til bruk av tvang.

4.4.1.1 F70 Lett psykisk utviklingshemning

Personer med lett psykisk utviklingshemning har en IQ på anslagsvis mellom 50 og 69, noe som hos voksne personer kan sammenlignes med mental alder mellom ni og 12 år. De kan for eksempel ha problemer med å oppfatte sosiale signaler fra jevnaldrende nøyaktig. Personer med lettere psykisk utviklingshemning kan videre ha vansker med å regulere følelser og atferd på aldersadekvate måter. De har begrenset forståelse av risiko i sosiale situasjoner, de sosiale vurderingene er umodne for alderen, og det er fare for at personen kan bli manipulert av andre (er godtroende).

²WHO, ICD-10, 2013

³American Psychiatric Association, 2013. Beskrivelsen av F70-73 er basert på oversettelse til norsk av psykologspesialist Børge Holden, 2013.

4.4.1.2 F71 Moderat psykisk utviklingshemning

Personer med moderat psykisk utviklingshemning har en IQ på anslagsvis mellom 35 og 49, noe som hos voksne kan sammenlignes med en mental alder mellom 6 og 9 år. Evnen til sosiale vurderinger og å ta avgjørelser er begrenset, og omsorgspersoner må bistå med å ta viktige avgjørelser. Personen kan som voksen, ivareta personlige behov som spising, påkledning, renslighet og hygiene. Personen trenger lengre trening og tid for å oppnå selvstendig på disse områdene, og kan trenge påminnelser. Personen trenger omfattende støtte fra andre for å oppfylle sosiale forventninger, utføre vanskelige oppgaver og annet ansvar som tidsplanlegging, transport, helse og pengehåndtering. Ulike fritidsaktiviteter kan utvikles, men kan kreve langvarig ekstra støtte og trening. Noen kan ha problematferd som skaper sosiale vansker.

4.4.1.3 F72 Alvorlig psykisk utviklingshemning

Personer med alvorlig psykisk utviklingshemning har en IQ på anslagsvis mellom 20 og 34, noe som hos voksne kan sammenlignes med en mental alder mellom tre og seks år. De har vanligvis et kontinuerlig omsorgsbehov. De kan som regel ikke lære alfabetet eller enkel telling, men kan lære noen få, viktige ordbilder. Personen forstår enkelt språk og gester. Forhold til familiemedlemmer og andre kjente er en kilde til glede og hjelp. Personen trenger støtte i alle aktiviteter i dagliglivet, inkludert måltider, påkledning, dusjing og renslighet. Personen trenger tilsyn hele tiden. Læring av alle slags ferdigheter krever langvarig opplæring og støtte. Noen har utfordrende atferd, inkludert selvskading.

4.4.1.4 F73 Dyp utviklingshemning

Personer med dyp utviklingshemning har en IQ på under 20, noe som hos voksne kan sammenlignes med en mental alder under 3 år. De har alvorlige begrensninger når det gjelder egenomsorg, kontinens, kommunikasjon og bevegelighet. De fleste med dyp psykisk utviklingshemning har en kjent nevrologisk lidelse som er årsak til utviklingshemningen. I løpet av barndommen viser de sterkt nedsatt sensorisk-motorisk fungering. Optimal fungering kan være avhengig av sterkt strukturerte omgivelser med kontinuerlig bistand fra omsorgspersoner som kjenner dem godt. Fritidsaktiviteter kan være å høre musikk, se film, gå tur, vannaktiviteter, alt med støtte. En del har problematferd.

4.4.1.5 F78 Annen psykisk utviklingshemning

Diagnosen annen psykisk utviklingshemning gis f.eks. til personer har en vanskelig registrerbar psykisk utviklingshemning, f.eks. pga. døvblindhet.

4.4.1.6 F79 Uspesifisert psykisk utviklingshemning

Diagnosen uspesifisert psykisk utviklingshemning gis når det ikke foreligger nok informasjon til å fastslå graden av utviklingshemning.

Det er viktig å få fastsatt graden av psykisk utviklingshemning for å oppnå best mulig tilrettelagte omgivelser i form av struktur, hjelp, støtte, tilpassete krav og forventninger. Tilpasset kommunikasjon er svært viktig.

4.4.2 Særlige problemstillinger knyttet til å motta informasjon og gi uttrykk for preferanser

4.4.2.1 Ekspressive og impressive språkvansker

Noen generelle forhåndsregler bør en alltid ta når viktig informasjon skal gis, men alt dette er svært individuelt. De fleste vil ha nytte av å få en beskjed om gangen. Flere vil ha nytte av supplerende kommunikasjon som tekst, bilder, bruk av konkrete eller tilpassede filmsnutter om det aktuelt forestående. Mange kompenserer manglende forståelse med å tolke situasjonene riktig. Mange klarer ikke å formidle sin mening på en lett forståelig måte, og særlig det å

ta et begrunnet valg vil være en utfordring. Da er det personens ytre atferdsuttrykk som må tolkes og forstås inn i en meningsskapende kontekst.

Hos noen må personlige preferanser utelukkende avdekkes gjennom observasjon, og suppleres med informasjonsinnhenting fra noen som kjenner personen godt. Fagadministrative systemer med informasjon om den enkelte kan kompensere noe for manglende personlig kjennskap.

Hos personer med utviklingshemning som har et godt ekspressivt språk, men impressive språkvansker, er det en stor fare for at misforståelser skjer gjennom at personen blir overvurdert og bare oppfatter bruddstykker av det som blir fortalt. Selv ved lett utviklingshemning må det være stor oppmerksomhet om at informasjon må tilpasses det personen er i stand til å begripe.

Muntlig informasjon må tilpasses den enkeltes begrepsforståelse, latensid og kapasitet til å ta imot flere informasjonsbiter om gangen, slik at ikke bare enkelte ord eller løsrevne setninger blir oppfattet. Dette sikrer også i større grad at personen selv får komme med sine vurderinger og spørsmål. Samtidig kan det være et dilemma hvorvidt samtykke ved svært forenklet informasjon kan regnes som informert.

4.4.2.2 Praktiske utfordringer knyttet til å gi informasjon

Personlig kjennskap kan komme til kort når det gjelder å få gitt tilstrekkelig informasjon og tolke hva som er den enkeltes mening. Bilder om det forstående kan oppfattes som nøytrale stimuli som gir personen lite informasjon. Ved mer alvorlig utviklingshemning kan det oppleves å være helt umulig å forklare, selv helt enkle ting som skal skje. Vansker med generalisering kan også skape utfordringer i en informasjonsprosess, da begrepsforståelsen kan være knyttet til helt bestemte situasjoner. Mange har også en veldig bokstavelig forståelse av begreper og utsagn. Autisme øker slike vansker.

Særlig stilt overfor nye situasjoner vil bruk av Alternativ og supplerende kommunikasjon (ASK) ofte være et mangelfullt verktøy for å formidle personens mening, stille spørsmål eller oppklare misforståelser fordi repertoaret, og personens forutsetninger for bruken, er mest knyttet til kjente og kjære ting.

I viktige valgsituasjoner, særlig der press utøves og situasjoner er uoversiktlige, kan enkelte reagere med utfordrende atferd eller nekting. Tilpasset informasjon kan avhjelpe, men det vil likevel være en utfordring å vite om personen forstår de viktigste omstendighetene og valgets konsekvenser.

4.4.2.3 Vansker med læring

Noen er ikke i stand til å forstå hvilke konsekvenser ens atferd eller valg vil ha på kort eller lang sikt, og heller ikke til å trekke lærdom av sine erfaringer. Sistnevnte er aktuelt særlig der konsekvensene av atferden er forsinket, diffuse eller kumulativt alvorlige. For eksempel om en person med utviklingshemning ikke vil skifte en bleie med avføring. Det er bred faglig enighet om at personer med utviklingshemning kan reagere på paradoksale måter ved ubehag, smerter, plager og sykdom. Mest sannsynlig vil motstanden mot å skifte bleie dermed bare bli større ved å la tiden gå, som en følge av økt ubehag og irritasjon. Mange har en iboende aversjon mot endring i seg selv. Strategien «å la personen få lære av sine feil» vil derfor kunne være omsorgssvikt, når det ikke fungerer som et reelt erfaringsgrunnlag eller at negative konsekvenser er irreversible.

4.4.3 Særtrekk ved psykisk utviklingshemning som kan lede til bruk av tvang

Det er neppe noen grupper av mennesker som har opplevd større maktovertredelser, fornedrelser og uetisk behandling i møte med omsorgstjenestene enn personer med utviklingshemning.⁴ Utviklingshemning innebærer en omfattende funksjonsnedsettelse på alle livets områder, ikke minst som en følge av manglende forståelse og evne til problemløsning. Tilstanden kan kreve svært gjennomtenkt tilrettelegging og faglige tilnærminger. Historisk sett har utfordrende atferd som følge av manglende tilrettelegging, blitt møt med bruk av tvang.

Når personen hverken skjønner meningen eller evner å bli forklart viktige gjøremål, som i tillegg kan oppleves ubehagelige og isolert sett meningsløse (f.eks. negleklipp og tannstell), er det å forvente at personen kan reagere på en måte som er problematisk. Det er en kjent problemstilling at personalet forsøker å holde på nødvendige krav og grenser, men at dette fører til at personen intensiverer den utfordrende atferden. Dersom tjenestetilbudene er preget av vilkårlighet etableres det ofte over tid en mer utfordrende atferd.

Mange med utviklingshemning klarer ikke å si fra, eller kan reagere på paradoksale måter ved sykdom, smerter og kroppslige plager, som kløe, trøtthet, angst, tretthet osv. Nedsatt evne til å formidle sine meninger og behov til dem som skal bistå dem, kan føre til frustrasjon og fortvilelse, som kan eskalere til utfordrende atferd. Personer med utviklingshemning kan ha veldig sterke preferanser når det gjelder klesplagg, bestemte matvarer, rekkefølgen gjøremål skal skje i osv.

Mange har også dårlige forutsetninger for selvregulering, og særlig ved enkelte syndromer som f.eks. Smith-Magenis, Prader Willi og autisme. Noen reagerer med utfordrende atferd eller vold når de opplever skuffelser, at noe uventet inntreffer, eller ved endringer i planer.

Andre forhold som kan aktualisere bruk av tvang, er at noen med utviklingshemning har preferanser som ikke er et menneske verdig, slik som å grise med avføring eller spise uspiselige ting. Andre har tilbøyeligheter til å utvikle svært sosialt invalidiserende atferdsmønstre; rigiditet, nekting eller altoppslukende selvstimulerende atferd. Et siste moment er at noen kan være impulsive og lett påvirkelige. I feil miljø kan disse personene lett bli offer for grov utnyttelse av ulik karakter, slik som stjeling, salg av narkotika, sex m.m. Dette er som nevnt en særlig problemstilling ved lett utviklingshemning.

Behovet for tvang har vært diskutert i flere tiår. Lossius-utvalget skrev at det kan være behov for å gripe kortvarig inn når personer med utviklingshemning helt mister kontrollen over seg selv og står i fare for å ødelegge seg selv eller andre, eller volde annen skade, slik som forsøk på brannstiftelse.⁵ Et eksempel utenfor en nødsituasjon kunne være en mann som til enhver tid var reimet fast til en stol for å forhindre selvskading. Videre refererte utvalget til retningslinjer for miljøterapeutisk behandling som ga anvisning om at «Klienten må holdes fast, fysisk forhindres i å utføre atferdsavviket totalt». Lossius-utvalget drøftet videre tvang i behandlingsøyemed, hvor inndragning av goder inngikk. Det ble referert til en mann som ikke fikk lommepengene sine til å kjøpe kassetter, fordi han ikke hadde holdt sin del av avtalen om å gå ned i vekt.

⁴NOU 1985: 34

⁵NOU 1985: 34

Røkke-utvalget beskriver mange av de samme utfordringene.⁶

Tvangslovutvalget ser ved gjennomgang av disse NOU-ene at forhold og tilstander som aktualiserer bruk av tvang, ikke har endret seg mye når det gjelder type atferdsmessige utfordringer og skader som kan skje. Derimot har holdninger endret seg. Bruk av tvang i normaliseringsøyemed anses nå som faglig og etisk utdatert. Regulering av bruk av personens egne eiendeler er forbudt, men utvalget er kjent med at slik praksis fremdeles forekommer. Rus og kriminalitetsforebyggende tiltak har, tilsynelatende, blitt en mer aktuell problemstilling enn før. Det samme gjelder problemstillinger knyttet til Internett- og mobiltelefonbruk.

Medisinsk utredning eller behandling som er smertefull, ubehagelig eller som stiller store krav til samarbeid vil ofte kunne være vanskelig å få gjennomført overfor personer som har en mer alvorlig utviklingshemning. Inntrykket er at en høy andel vedtak om helsehjelp til personer med utviklingshemning uten samtykkekompetanse som motsetter seg helsehjelpen, dreier seg om tiltak for å omgå motstand, slik som narkose for å få gjennomført tannbehandling.

4.5 Demens

4.5.1 Innledning

Demens er ikke en spesifikk sykdom, men et syndrom som er forårsaket av forskjellige sykdommer eller skader som omfatter hjernen. Den mest vanlige formen er Alzheimers sykdom (ca. 60 prosent av tilfellene). I engelskspråklig og særlig amerikansk litteratur brukes ofte «Alzheimers disease» synonymt med demens uansett årsak. Nest hyppigst er vaskulær demens (ca. 15 prosent av tilfellene) og deretter Lewylegme demens. Resten av tilfellene er sykdommer som demens ved Parkinson sykdom, alkoholdemens, frontotemporal demens og forskjellige mer sjeldne tilstander.

Egypterne beskrev demens allerede 1000 år før Kristus. De så på demens som en konsekvens av aldring.⁷ Demens er også beskrevet fra norrøn tid og ble beskrevet som «gammeltullet» eller «gammelmannsvås».⁸

Siden det har demens blitt omtalt med forskjellige betegnelser. I dag er «senil demens», «Alzheimers sykdom», «Demens av Alzheimers type» eller bare «demens» vanlige måter å betegne demens på.

Engedal og Haugen definerer demens som:

«... et ervervet hjerneorganisk syndrom hos en voksen eller eldre person. Syndromet kjennetegnes ved svekket kognitiv kapasitet med redusert evne til hukommelse, oppmerksomhet, læring, tenkning og kommunikasjon. Den kognitive svikten fører til nedsatt evne til å klare dagliglivets aktiviteter. Endret atferd er vanlig. Tilstanden er kronisk, kan ikke kureres og forverrer seg ofte over tid.»

⁶NOU 1991: 21

⁷Engedal og Haugen, 2018, s.7

⁸Engedal og Haugen, 2018, s. 7

Forekomsten av sykdommer som fører til demens øker med alderen. Andelen av befolkningen som har demens, er derfor størst i de eldste befolkningsgruppene. Blant personer under 70 år er demens sjeldent (under 2 prosent). I aldersgruppen mellom 70 og 74 år er forekomsten fire prosent. Så øker det på til sju prosent for gruppen over 75–79 år, 13 prosent for aldersgruppen 80–84 år, 22 prosent for 85–86 år og blant dem over 90 år er forekomsten over 40 prosent.⁹

Selv om demens har vært et kjent og vanlig fenomen, har ikke omfanget av de omsorgsmessige utfordringene vært så omfattende som i dag. Før krigen ble nok mye av omsorgen ytt av familien. Endringer i samfunnet, økt mobilitet og endringer i arbeidslivet førte til at eldreomsorgen i større grad ble offentlig med utvikling av aldershjem og sykehjem. Dette sammen med en sterk økning i den eldre befolkningen og dermed antallet personer med demens, ga utfordringer i omsorgen.

4.5.2 Demografisk utvikling

Etter andre verdenskrig var det en jevn økning av eldre i Norge fram til ca. 1990 da økningen flatet noe ut, først for gruppen 67–80 år og fra ca. 2000 også for personer over 80 år. Denne utflatingen kommer av de lave fødselstallene fra midten av 1920-årene og fram til slutten av andre verdenskrig. De store fødselskullene etter andre verdenskrig fram til et stykke ut i 1960-årene sammen med lav barnedødelighet, gjør at antall og andel eldre i befolkningen vil øke dramatisk fra ca. 2022 og i 20–30 år framover. Man regner med at det er ca. 80 000 personer med demens i Norge i dag (77 000 i 2012) og at antallet nesten vil dobles i løpet av 30 år.^{10 11} Antall nye tilfeller per år (insidens) er ca. 10 000 og dette vil også fordoble seg i løpet av de neste 30–40 årene.¹²

4.5.3 Symptombildet – hvorfor behov for tvang

Demens er et syndrom som medfører reduksjon i en rekke kognitive funksjoner. Det er først og fremst hukommelsen som svikter, men redusert vurderingsevne, sviktende evne til å uttrykke seg (språksvikt), orienteringsproblemer, nedsatt evne til abstraksjon og problemer med å kontrollere følelser, er også vanlige symptomer. Sykdommene som fører til demens er som regel progressive og medfører en gradvis forverring i symptomene, i tillegg til at det kan oppstå nevrologiske symptomer. Evnen til å gjenkjenne andre reduseres. Det å forstå hva som skjer i omgivelsene blir vanskelig. Da kan det oppstå krevende situasjoner i samhandling mellom personer med demens og omsorgsgiverne. Personer med demens kan rote seg ut og gå seg bort, motsette seg nødvendige hygienetiltak fordi de ikke forstår at de trenger hjelp, eller at helsesituasjonen blir for skremmende. I tillegg er det ikke uvanlig at demens medfører psykotiske symptomer som vrangforestillinger og hallusinasjoner, noe som kan skape nye

⁹Prince mfl., 2013, tabell 2 på s. 68

¹⁰Dementia in Europe Yearbook, 2013

¹¹Prince mfl., 2013

¹²Engedal og Haugen, 2018

problemstillinger og utfordringer knyttet til nødvendig behandling og omsorg. I noen situasjoner vil det være behov for å gjennomføre sikringstiltak som å holde en person tilbake (låse dører) og gjennomføre helsetiltak som en person ikke samtykker til.

Tidlig i sykdomsforløpet vil personer med demens trenge støtte og oppfølging, men etter hvert også hjelp til daglige gjøremål som husarbeid, av- og påkledning, personlig hygiene, administrasjon av legemidler osv. Til sist vil de bli totalt pleietrengende.

Ved demens vil funksjoner som oppmerksomhet og konsentrasjon variere både gjennom døgnet og fra dag til dag. Evnen til å kommunisere og forstå vil derfor kunne variere etter tidspunkt og situasjon.

Før krigen ble nok mye av omsorgen ytt av familie. Endringer i samfunnet, økt mobilitet og endringer i arbeidslivet førte til at eldreomsorgen i større grad ble offentlig med utvikling av aldershjem og sykehjem. Dette sammen med en sterk økning i den eldre befolkningen og dermed antallet personer med demens, ga utfordringer i omsorgen. Noen av de tidligste beskrivelsene av disse utfordringene i Norge ble gjort av Eek mfl. og Schei.¹³ Ingen av disse publikasjonene har tvang som fokus, men beskriver utfordringene med å gi personer med demens et godt tilbud. I 1986 ble en rekke kritikkverdige forhold på sykehjem ble tatt opp. Selv om både skjult medisinerings og bruk av tvang nevnes, var fokuset på manglende kvalitet på omsorgen, sviktende faglighet, ressurser og ledelse. Demens blir ikke nevnt spesielt.¹⁴

Omtrent samtidig som disse bøkene kom, ble fenomenet «skjermede enheter» mer vanlig og ble etter hvert regulert i forskrift. Selv om «skjermede enheter» var ment å gi et bedre tilbud til en sårbar gruppe, ble nok både forskriften og andre publikasjoner tolket som at det var greit å låse avdelinger for personer med demens for å sikre at de ikke kom seg ut og til skade. Utvalget har ikke noe oversikt over tvangsbruk overfor personer med demens før år 2000, men antar at det utover låsing av dører også var utstrakt bruk av forskjellige former for psykofarmaka for å regulere atferd. Utvalgsmedlemmer som arbeidet i demensomsorgen på den tiden, har opplyst at holdning av hender føtter eller hodet for å få gjennomført «nødvendig» stell ikke var uvanlig.

4.5.4 Den lovregulerte tvangen

I Norge ble demensproblematikken virkelig satt på dagsorden gjennom «Utviklingsprogram om aldersdemens 1990–1994» og dette fokuset gjorde at blant annet bruken av tvang overfor personer med demens ble aktualisert. Som en følge av dette fikk daværende Nasjonalt kompetansesenter for aldersdemens (nå en del av Nasjonal kompetansetjeneste for aldring og helse) i oppdrag av Sosial- og helsedepartementet å gjennomføre en omfattende kartlegging av rettighetsbegrensninger og bruk av tvang i norsk eldreomsorg.^{15 16} Disse kartleggingene viste at

¹³Eek mfl., 1980; Schei, 1984

¹⁴Pettersen, 1986

¹⁵Engedal mfl., 2001

¹⁶Engedal mfl., 2002

nærmere 38 prosent av beboerne på somatiske sykehjemsavdelinger og 45 prosent av beboerne på skjermede enheter ble utsatt for mist et tvangstiltak i løpet av en uke og at demens, lav funksjon i dagliglivets aktiviteter og uro og utagering (agitasjon) var de pasientkarakteristika som var sterkest assosiert med å bli utsatt for tvang.^{17 18}

Dette ble starten på et arbeidet for å lovregulere bruken av tvang overfor personer med demens i Norge.

4.6 Barn

4.6.1 Innledning

Tilstander og situasjoner som aktualiserer bruk av tvang overfor barn, er generelt viet mindre oppmerksomhet enn det som er tilfellet for voksne. En årsak er at den reelle tvangsbruken dekkes over i tilfeller der samtykke fra foreldrene eller andre med foreldreansvaret gir rettslig grunnlag for å gjennomføre tiltak barn motsetter seg. Fremstillingen nedenfor omhandler bruk av tvang mot barn på områdene som dekkes av utvalgets mandat.

4.6.2 Barn med psykiske problemer

4.6.2.1 Særtrekk ved psykiske helseproblemer hos barn som kan lede til tvang

Barn som kommer i kontakt med psykisk helsevern mangler gjerne en klar forståelse av egen situasjon slik voksne oftere har. Ofte er det voksne som ønsker at barnet skal få psykisk helsehjelp, fordi det er en oppfatning om at det er forhold ved barnet som bør endres. Barnet kan være uenig, enten fordi hun selv ikke vedgår vanskene sine, eller fordi hun ikke tror behandling vil være til hjelp. Foreldrene kan likevel insistere på henvisning til det psykiske helsevernet, der vurderingen av henvisningen baserer seg på beskrevne symptomer og funksjonsnivå. Barnets egen holdning til behandling inngår ikke alltid i vurderingen, selv om den er av vesentlig betydning. Hvis barn blir henvist uten at de selv ønsker det, påvirker det utgangspunktet for behandlingsrelasjonen. Når de har uttrykt motvilje mot behandling, er de normalt også mindre motiverte for behandlingstiltakene de blir tilbudt. Utvalget er kjent med at barnets egen holdning ikke alltid går fram av henvisningen og dermed heller ikke blir tatt med i vurderingen som gjøres av psykisk helsevern.

Manglende innsikt og aksept av sin psykiske uhelse, kan føre til motstand mot å ta imot nødvendige behandlingstilbud. Kontakten med psykisk helsevern blir derfor i enkelte tilfeller først etablert ved behov for øyeblikkelig hjelp. Situasjon har da utviklet seg slik at det er behov for rask inngripen for å hindre eller begrense en skadefølge, eksempelvis alvorlige former for selvskading eller trusler om selvmord (suicid). Når det foreligger selvmordsfare hos barn er terskelen for innleggelse lavere enn for voksne, fordi det er mindre aksept for at barn tar livet sitt. Innleggelse av barn under 16 år kan skje med foreldresamtykket til tross for motstand. Se nærmere omtale i kapittel 17. Innleggelse av barn under 16 år vil da kunne skje selv om barnet motsetter seg dette, uten at tilstanden vurderes som «alvorlig sinnslidelse» eller at det anvendes tvang i lovens forstand.

¹⁷Kirkevold og Engedal, 2004c

¹⁸Kirkevold mfl., 2004

4.6.2.2 Tvangsinnleggelse og -behandling i institusjon

Alvorlige tilstander av anoreksi kan føre til innleggelse selv om barnet motsetter seg dette. Tvungen institusjonsinnleggelse for barn over 16 år med «alvorlig sinnslidelse» gjennomføres på samme måte som for voksne. Det dreier seg i hovedsak om psykotiske tilstander, inkludert rusutløst psykose, og omfattende bipolare episoder. Forekomsten av denne type tilstander hos barn er imidlertid lavere enn hos voksne. Tvungen behandling av svært alvorlig anoreksi organiseres ulikt ulike steder i landet. Noen steder gjennomføres tvungen ernæring ved livstruende undervekt på somatiske sykehus. Andre steder gjennomføres tvungen ernæring utover livreddende behandling for å oppnå vektnormalisering, ved innleggelse i institusjoner under psykisk helsevern. Alvorlige depressive tilstander fører i noen grad til tvangsbehandling, særlig der tilstanden er ledsaget av selvmordsatferd som skaper tvil om sikkerheten til barnet. Tilstander med alvorlig funksjonsfall (typisk falt ut av skolegang, svekket hygiene og forstyrret døgnrytme, behov for tett tilsyn fra foreldre), der hjemmebaserte tiltak har vært forsøkt uten effekt, fører noen ganger til tvungen innleggelse.

Innleggelse av barn forekommer også der forhold ved barnets tilstand eller atferd medvirker til at omsorgssituasjonen bryter sammen, og foreldrene ikke makter å ivareta barnet. Det dreier seg typisk om vold og trusler fra barnet, rømming fra hjemmet eller selvmordsatferd som krever konstant tilsyn fra voksne. Behovet for observasjon av barnets psykiske helseproblemer, gjør at situasjonen ikke faller inn under barnevernstjenestens ansvarsområde, til tross for at omsorgen i familien er brutt sammen.

4.6.2.3 Tvangsmiddelbruk i institusjoner

Under institusjonsopphold kan det være aktuelt å benytte tvangsmidler, også overfor barn. I fagmiljøet er det omdiskutert om beltebruk skal være forbudt overfor barn under 18 år, slik det er etter gjeldende lovverk fram til 16 år, eller om det vil være mer skånsomt å bygge på forhåndsavtaler med hensyn til valg av virkemidler for å stanse utagerende atferd. For barn under 16 år vil andre tiltak under oppholdet som for voksne krever oppfyllelse av lovens krav, kunne gjennomføres med foreldresamtykke. «Tvangen» får en uformell karakter, og godet barnet skal tilføres, får lett den motsatte effekt – redusert tillit til helsetjenesten og større tvil om det er meningsfylt å følge opp behandlingsplanen.

4.6.2.4 Uformell tvang utenfor institusjoner

For å komme i posisjon til å hjelpe barn, må helsetjenesten finne fram til tilnærminingsmåter som er tilpasset barns situasjon. Arenafleksibel behandling kan være aktuelt når innleggelse eller poliklinisk behandling ikke er formålstjenlig. Skole, fritidsklubb og hjemmet kan være arenaer der kontakten med barn forsøkes etablert og oppfølging skjer. Oppsøkende, arenafleksible tiltak som hjemmebesøk med behandlere som kommer inn på barnerommet, telefonopp-ringninger og familiesamtaler kan oppleves svært påtrengende dersom personen det gjelder ikke selv ønsker dem. Når foreldresamtykket er det rettslige grunnlaget for tiltak, blir tvang mindre synlig, og dens rettmessighet blir vanskeligere å etterprøve – tvangen får en privat karakter. Nye rettslige spørsmål følger av at kontakt med barn skjer via sms, apper for selvhjelp mv., fordi det er kontaktformer barn lettere godtar.

4.6.3 Barn med rusproblemer

Når barn utvikler rusproblemer, har det ofte samme årsaksforhold som psykiske vansker. Og ikke sjelden er det sammenheng mellom rusmisbruk og psykiske helseproblemer. Tilsvarende som for barn med psykiske vansker, har disse barna vansker med hensyn til motivasjon, er utrygge for hva en endring kan bety og hvilket personlig besvær et behandlingsopplegg kan medføre. Behandling av rusproblemer hos barn vil likevel i stor grad skje med grunnlag i bar-

nevernlovgivningen. I den grad barn også har behov for psykisk helsehjelp må det skje i samarbeid mellom barneverntjenesten og spesialisthelsetjenesten. Denne problematikken behandles i kapittel 17.

4.6.4 Barn med psykisk utviklingshemning

Barn med psykisk utviklingshemning har funksjonsnedsettelse som påvirker innlæring av intellektuelle ferdigheter og utvikling av selvstendighet på linje med jevngamle. Å ikke forstå, henger ofte sammen med nedsatt evne til å gjøre seg forstått. Ønsker og preferanser blir ikke oppfattet eller blir misforstått av omgivelsene. Dessuten kan det bli stilt krav til barnet som det ikke evner å oppfylle. Disse faktorene kan lede til frustrasjon som så gir seg utslag i utfordrende atferd. Tilrettelegging av samhandlingssituasjoner så vel som innøving av praktiske ferdigheter atskiller seg ofte fra det som gjelder for jevngamle. Stadige repetisjoner og påtakelig klarere rammer for innlæring, gir en oppdragelsesform som oppfattes som avvikende, og som i seg selv kan foranledige etiske og rettslige spørsmål.

Bistand fra andre, fortrinnsvis i form av avlastningstiltak, er ofte en forutsetning for at barn kan bo sammen med foreldre og søsken frem til det når en alder der det er naturlig å flytte for seg selv. Fra barnets ståsted kan derimot avlastning oppleves som en belastning og for noen, skremmende. Selv om avlastningsstedet er et godt sted å være, vil et barn kunne foretrekke å være hjemme med familien sin. Av den grunn motsetter en del barn seg å være på avlastningsopphold.

Sammensetningen av den barnegruppen som mottar avlastningsopphold samtidig, blir ikke alltid foretatt ut fra barns behov, men heller fra familiens behov for avlastning. Barn kan bli plassert sammen med barn som påvirker hverandres atferd negativt og barn kan oppleve andre barn som truende, blant annet når det er stor aldersspredning i gruppen. Dette er faktorer som kan forsterke utfordrende atferd.

Under et avlastningsopphold bør det være et mål at barnets normale rutiner videreføres. Det er likevel ikke gitt at andre personer kan tre inn i foreldrenes sted og stille samme krav som dem. Foreldre har normalt et så nært emosjonelt forhold og kjennskap til barnet at det legger begrensninger på hvilke oppdragelsestiltak som tas i bruk. Personale i en avlastningsbolig vil ikke ha samme grad av personlig relasjon til barnet. Dessuten viser tilsyn at deler av personalet i avlastningsboliger mangler helse- eller omsorgsfaglig utdanning og er tilsatt i til dels små stillingsbrøker. Det påvirker mulighetene til å kunne yte individuelt tilpassede tjenester til barn med et forsterket behov for dette. Samhandlingen med ukjente personer eller personer som kjenner dem dårligere enn foreldrene, er egnet til å forsterke problemene med å forstå og bli forstått. Dette kan lede inn i situasjoner der det kan være aktuelt å sette inn tiltak for å styre barnets atferd.

Se omtale av barns beslutningskompetanse i punkt 17.3.1.

5 Gjeldende tvangslovgivning – en oversikt

5.1 Innledning

Formålet med dette kapitlet er å gi en oversikt over dagens rettsregler på områdene som omfattes av utvalgets mandat, inkludert den historiske bakgrunnen for disse. Enkelte uavklarte spørsmål blir påpekt. Det gis først en katalogaktig beskrivelse (punkt 5.2 til 5.8) av de enkelte regelsett. Deretter foretas en oppsummerende vurdering (punkt 5.9) og helt til slutt er det tatt

inn en skjematisk sammenstilling av regelverkene for å lette oversikten over likheter og ulikheter (5.10). Mer dyptpløyende drøftinger av enkeltspørsmål blir foretatt senere i utredningen det det naturlig hører hjemme.

Utvalget har foreslått å innføre begrepet «beslutningskompetanse» i lovgivningen, til erstatning for «samtykkekompetanse». I dette kapitlet blir likevel begrepet «samtykkekompetanse» benyttet i det omfang det er nødvendig eller hensiktsmessig ut fra koblingen til gjeldende lovgivning.

Forholdet til annen lovgivning blir omtalt i de kapitlene der det naturlig hører hjemme. Dette gjelder forholdet til barnevernloven, forvaltningsloven, helsetilsynsloven, vergemålsloven, opplæringsloven m.m. Utredningens omfang og kompleksitet har gjort et slik opplegg hensiktsmessig.

5.2 Samtykke som grunnlag for helsehjelp

5.2.1 Hovedregel

Hovedregelen er at helsehjelp bare kan gis med pasientens samtykke. Dette framgår av pasient- og brukerrettighetsloven § 4-1. Det er åpnet for unntak, se nedenfor, men samtykke er *det foretrukne* rettsgrunnlaget for yting av helsehjelp, noe som også har klangbunn i sentrale menneskerettslige dokumenter. Hovedregelen om samtykke gjelder alle former for helsehjelp, både somatisk og psykisk. Helsehjelp er i pasient- og brukerrettighetsloven definert slik at det omfatter handlinger som har «forebyggende, diagnostisk, behandlende, helsebevarende, rehabiliterende eller pleie- og omsorgsformål, og som er utført av helsepersonell», jf. § 1-3 bokstav c. Dette betyr at både undersøkelse, innleggelse, pleie og omsorgstjenester og behandling omfattes hvis hjelpen utføres av helsepersonell.

Pasienten må ha fått «nødvendig informasjon om sin helsetilstand og innholdet i helsehjelpen» for at samtykket skal være gyldig, jf. § 4-1 første ledd.

Reglene i pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 er avgrenset til å gjelde helsehjelp, slik at omsorgstjenester ikke er omfattet. Dette er kommentert nærmere i punkt 19.2.1 om rettslige konsekvenser av skillet mellom helsehjelp og kommunale omsorgstjenester.

5.2.2 Særregler for barn og unge

Foreldrene eller andre med foreldreansvaret har rett til å samtykke til helsehjelp for pasienter under 16 år. Dette framgår av pasient- og brukerrettighetsloven § 4-4 første ledd. Tilsvarende gjelder for ungdom mellom 16 og 18 år som mangler samtykkekompetanse, så langt vedkommende ikke motsetter seg helsehjelpen.

Unntak gjelder for pasienter mellom 12 og 16 år som kan samtykke etter pasient- og brukerrettighetsloven § 4-3 første ledd bokstav c. Denne bestemmelsen blir nærmere behandlet i kapittel 17, som inneholder en samlet framstilling av særlige spørsmål som gjelder barn. Spørsmål som gjelder helserettslig myndighetsalder og betydningen for foreldreansvaret, blir behandlet i punkt 17.2.4.

5.2.3 Unntak

Unntak fra kravet om samtykke framgår blant annet av helsepersonelloven § 7. Denne bestemmelsen regulerer plikt for helsepersonell til å gi øyeblikkelig helsehjelp og gjelder selv om pasienten motsetter seg helsehjelpen. Bestemmelsen pålegger helsepersonell en plikt til å

gripe inn i tradisjonelle nødrettssituasjoner, uavhengig av om pasienten gir samtykke. Se nærmere omtale i punkt 5.4.

Også utenfor nødssituasjoner er det i særlige lovregler gjort unntak fra hovedregelen om at helsehjelp bare kan gis med pasientens samtykke. Reglene om bruk av tvang i helse- og omsorgssektoren er i hovedsak samlet i psykisk helsevernloven, pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4A (somatisk helsehjelp til pasienter uten samtykkekompetanse som motsetter seg helsehjelpen mv.), helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 (bruk av tvang og makt overfor enkelte personer med psykisk utviklingshemning) og helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 10 (tvangstiltak overfor rusmiddelavhengige). Disse reglene blir omtalt nærmere i punkt 5.5 – 5.8.

Smittevernloven har regler om tvangstiltak for å forebygge en allmennfarlig smittsom sykdom eller motvirke at den blir overført. Det er presisert i mandatet at utvalget ikke forventes å gjennomgå og foreslå endringer i tvangsreglene i smittevernloven. Disse reglene blir derfor ikke omtalt nærmere.

5.2.4 Samtykkekompetanse

Pasient- og brukerrettighetsloven har nærmere regler om hvem som har rett til å samtykke til helsehjelp, jf. § 4-3 første ledd. Utgangspunktet er at personer over 18 år har samtykkekompetanse hvis ikke annet følger av § 4-7 eller annen særlig lovbestemmelse. I tillegg har personer mellom 16 og 18 år samtykkekompetanse hvis ikke annet følger av særlig lovbestemmelse eller av tiltakets art. Dette betyr at hovedregelen er at personer over 16 år har samtykkekompetanse.

Utvalget har foreslått at «samtykkekompetanse» blir erstattet med begrepet «beslutningskompetanse», jf. særlig kapittel 14 og 21. I beskrivelsen av gjeldende rett, særlig i dette kapitlet, blir begrepet «samtykkekompetanse» brukt.

Samtykkekompetansen kan bortfalle helt eller delvis hvis pasienten «på grunn av fysiske eller psykiske forstyrrelser, senil demens eller psykisk utviklingshemning åpenbart ikke er i stand til å forstå hva samtykket omfatter», jf. § 4-3 andre ledd. Dette betyr at dersom det ikke framstår som åpenbart for helsepersonellet at pasienten ikke er i stand til å forstå hva samtykket omfatter, skal pasienten ha rett til å samtykke til behandlingen, eventuelt nekte å motta behandling. Terskelen er ganske høy. I Rt. 2010 s. 612 (Sårstelldommen) uttaler Høyesterett at bortfall av kompetanse kan være aktuelt i «mer ekstreme tilfeller». Bestemmelsen stiller også krav om bestemte årsaker for bortfall av samtykkekompetansen. Det kan reises spørsmål ved nødvendigheten av dette, noe utvalget vil komme tilbake til i kapittel 21.

I rundskriv fra Helsedirektoratet om pasient- og brukerrettighetsloven er det redegjort nærmere for reglene i § 4-3 og momenter som er relevante når det skal tas stilling til spørsmålet om en pasient har samtykkekompetanse.¹⁹ Her framgår det at vurdering av samtykkekompetanse gir rom for helsepersonellens fagetiske standarder, vurderinger og skjønn. Det er også vist til flere veiledere om dette spørsmålet, og at disse som regel fokuserer på følgende:

- evnen til å uttrykke et valg
- evnen til å forstå informasjon som er relevant for beslutningen om helsehjelp
- evnen til å anerkjenne informasjonen i sin egen situasjon, spesielt i forhold til egen lidelse og mulige konsekvenser av de ulike behandlingsalternativene

¹⁹Helsedirektoratet, IS-8/2015, s. 36–39

- evnen til å resonnerere med relevant informasjon i en avveining av de ulike behandlingsalternativene.

Rundskriv fra Helsedirektoratet om psykisk helsevernloven²⁰ har nærmere kommentarer til krav om manglende samtykkekompetanse ved bruk av tvang etter psykisk helsevernloven. Dette kravet blir nærmere omtalt i punkt 5.5.10.

Pasient- og brukerrettighetsloven § 4-3 fastslår at det er det helsepersonellet som yter helsehjelp, som avgjør om pasienten har samtykkekompetanse, jf. tredje ledd. I forarbeidene framgår det at dette vil være den som har det faglige ansvaret for behandlingen.²¹ Videre er det i § 4-3 presisert at helsepersonellet ut fra pasientens alder, psykiske tilstand, modenhet og erfaringsbakgrunn skal legge forholdene til rette for at pasienten selv kan samtykke til helsehjelp. Avgjørelser om manglende samtykkekompetanse skal være begrunnet og skriftlige og kan påklages etter reglene i pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 7.

I NOU 2011: 9 ble det foreslått endringer i pasient- og brukerrettighetsloven § 4-3. Begrepet samtykkekompetanse ble foreslått erstattet med beslutningskompetanse, og dagens diagnose-tilknytning ble foreslått opphevet og erstattet med fem vurderingskriterier. I tillegg ble det foreslått å senke beviskravet, slik at det skal mindre til for å komme fram til at pasienten mangler beslutningskompetanse enn det som i dag gjelder for å komme fram til at pasienten mangler samtykkekompetanse.²² I Prop. 147 L (2015–2016) er det anført:

«Etter departementets vurdering tilsier konsekvensene for øvrig helselovgivning at utvalgets forslag om hvem som har samtykke-/beslutningskompetanse utredes nærmere av et nytt lovutvalg. Dette gjelder særlig forholdet til pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A, som regulerer somatisk helsehjelp til pasienter uten samtykkekompetanse som motsetter seg helsehjelpen. Forholdet til regler i andre lover der begrepet samtykkekompetanse blir brukt, bør også utredes nærmere. Departementet mener at det er viktig at disse reglene blir vurdert i en større sammenheng. Utredning av dette vil inngå i mandatet til lovutvalget som skal revidere og modernisere reglene om bruk av tvang i helse- og omsorgstjenesten [...]»²³

Utvalget vil vurdere spørsmålet om endring av reglene i pasient- og brukerrettighetsloven § 4-3 mv. i kapittel 21.

5.3 Pasient- og brukerrettighetsloven § 4-6: ubedt hjelp-regelen

Pasient- og brukerrettighetsloven § 4-6 regulerer når det kan gis helsehjelp til pasienter over 18 år som ikke har samtykkekompetanse, men heller ikke motsetter seg helsehjelpen. Innholdet i denne bestemmelsen tilsvarer i stor grad det alminnelige, ulovfestede prinsippet om ubedt hjelp («negotiorum gestio»).

²⁰Helsedirektoratet, IS-1/2017, punkt 1.2.1

²¹Ot.prp. nr. 12 (1998–99) kapittel 12

²²NOU 2011: 9, se nærmere omtale i punkt 3.5.1.

²³Prop. 147 L (2015–2016) punkt 6.2.4.2

Etter første ledd i denne bestemmelsen kan den som yter helsehjelp, ta avgjørelse om helsehjelp som er av «lite inngripende karakter med hensyn til omfang og varighet». I forarbeidene framgår det at forutsetningen er at det foreligger et antatt samtykke fra pasienten, selv om dette ikke kommer til uttrykk i lovteksten. Videre heter det:

«Kravet om antatt samtykke forutsetter at helsepersonell vurderer og tar stilling til hva pasienten ville ha ønsket om vedkommende hadde hatt evne til å treffe avgjørelse i spørsmål som gjelder hans/hennes helse. Helsepersonellet må altså til en viss grad sette seg inn i pasientens behov. Det antatte samtykke kan ikke legges til grunn som rettsgrunnlag for inngrep overfor pasienter uten samtykkekompetanse dersom tiltaket som ønskes iverksatt ville vært faglig unødvendig i en situasjon med tilfredsstillende tilgang på økonomiske ressurser eller tiltak som pasienten oppfatter, eller antas å ville oppfatte, som nedverdiggende og krenkende. [...]»²⁴

Mens første ledd omhandler «lite inngripende» helsehjelp, regulerer andre ledd helsehjelp som «innebærer et alvorlig inngrep for pasienten». Om grensetrekkingen her heter det i forarbeidene:

«At tiltaket er av lite inngripende karakter med hensyn til omfang og varighet betyr at operative inngrep ikke kan foretas, med mindre [...] inngrepet er helt bagatellmessig, f. eks. fjerning av fotvorter som hemmer gangen. [...] Dersom tiltaket i utgangspunktet er lite inngripende, men tiltaket går over så lang tid at det med sannsynlighet vil medføre komplikasjoner eller bivirkninger, kan tiltaket heller ikke iverksettes med hjemmel i § 4-6 første ledd».

I Ot.prp. nr. 12 (1998–99) var det foreslått at beslutningsmodellen ved «alvorlig inngrep» skulle være «representert samtykke», dvs. at samtykke fra pasientens nærmeste pårørende kunne legges til grunn som pasientens eget. Bestemmelsen ble imidlertid endret under stortingsbehandlingen i 1999 og da de nye reglene i pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A ble vedtatt i 2006, jf. punkt 5.8.1.

Helsehjelp etter § 4-6 andre ledd kan gis «dersom det anses å i pasientens interesse, og det er sannsynlig at pasienten ville ha gitt tillatelse til slik hjelp». Det nærmere innholdet av disse vilkårene er i liten grad utpenslet i forarbeidene. Utvalget legger til grunn at et utgangspunkt for interessevurderingen vil være hva kompetente pasienter normalt vil akseptere av bivirkninger. Antatt samtykke-vurderingen («sannsynlig at pasienten ville ha gitt tillatelse til slik hjelp») må ofte ta utgangspunkt i hvilke holdninger pasienten har gitt uttrykk for tidligere i livet. Norsk rett anerkjenner ikke formelle erklæringer om framtidig behandlingsvalg («forhåndserklæringer», «livstestamente» e.l.) som rettslig bindende.

Det er helsepersonellet som skal ta beslutningen, men det er stilt nærmere krav til prosessen når det gjelder alvorlige inngrep etter andre ledd. Det er presisert i lovteksten at der det er mulig, skal det innhentes informasjon fra pasientens nærmeste pårørende om hva pasienten ville ha ønsket. I tillegg er det presisert at beslutningen om å gi helsehjelp skal treffes av den som er ansvarlig for helsehjelpen, etter samråd med annet kvalifisert helsepersonell. I forarbeidene til en endringslov er dette kommentert slik:

«Uttrykket «den som er ansvarlig» peiker på at det er den som har kompetanse til å avgjøre kva helsehjelp som skal ytast, som òg skal bestemme at inngrepet skal gjennomførast. Ut-

²⁴Ot.prp. nr. 12 (1998–99) kapittel 12

trykket blir brukt for å skilje mot den som utfører sjølv inngrepet. Dette kan vere same personen, men treng ikkje vere det. Til dømes kan ein lege bestemme at ein pasient skal få sterke smertestillande preparat, men det er ein sjukepleiar som set sprøyta. Det er då legen som er «ansvarlig» for helsehjelpa. Kravet om å rådføre seg med anna kvalifisert helsepersonell inneber at det alltid skal vere to fagpersonar som vurderer om ein skal gi helsehjelpa.»²⁵

I § 4-6 tredje ledd er det bestemt at helsehjelp etter første og andre ledd ikkje kan gis hvis pasienten motsetter seg dette, «med mindre annet følger av særlige lovbestemmelser». Slike særlige lovbestemmelser er gitt i pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A, som gir adgang til å gi somatisk helsehjelp til pasienter uten samtykkekompetanse som motsetter seg helsehjelpen. Dette er nærmere omtalt i punkt 5.8.

I rundskriv fra Helsedirektoratet framgår det at det også kan ytes helsehjelp for psykiske lidelser etter § 4-6. Forutsetningen er ifølge dette rundskrivet at pasienten ikkje motsetter seg helsehjelpen, og at pasienten ikkje har eller antas å ha en alvorlig sinnslidelse, jf. § 4-3 femte ledd, som lyder:

«Undersøkelse og behandling av psykiske lidelser hos personer som mangler samtykkekompetanse etter annet ledd og som har eller antas å ha en alvorlig sinnslidelse eller motsetter seg helsehjelpen, kan bare skje med hjemmel i psykisk helsevernloven kapittel 3.»

Videre framgår det i rundskrivet:

«Adgangen til å yte psykisk helsehjelp til personer uten samtykkekompetanse etter pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4, er praktisk i forhold til blant annet personer med demens og personer med psykisk utviklingshemning, men kan også være aktuell overfor andre pasienter uten samtykkekompetanse og som ikkje har en alvorlig sinnslidelse eller motsetter seg hjelpen.»²⁶

I juridisk litteratur har det blitt hevdet at reglene om å kunne gi helsehjelp til personer uten samtykkekompetanse etter pasient- og brukerrettighetsloven § 4-6 andre ledd bare gjelder for somatiske tilstander, og at dette er klargjort i pasient- og brukerrettighetsloven § 4-3 femte ledd.²⁷ Andre har ikkje gått like langt, men kritisert femte ledd dels for å vere noe uklart formulert, dels for å gjøre det for vanskelig å gi psykisk helsehjelp til personer som mangler kompetanse og som ikkje motsetter seg å motta slik hjelp. Utvalget vil komme tilbake til dette i kapittel 21.

5.4 Grunnlag for tiltak i nødssituasjoner

5.4.1 Helsepersonelloven § 7

Helsepersonelloven § 7 bestemmer: «Helsepersonell skal straks gi den helsehjelp de evner når det må antas at hjelpen er påtrengende nødvendig». Dette betyr at helsepersonell har plikt og

²⁵Ot.prp. nr. 64 (2005–2006) kapittel 8

²⁶Helsedirektoratet, IS-8/2015, s. 88–89

²⁷Syse, 2015, § 4-3, note 5.

rett til å gi øyeblikkelig hjelp. Hjelpeplikten gjelder alt helsepersonell uansett arbeidssted. Hva slags helsehjelp helsepersonellet har plikt til å gi, vil avhenge av de kvalifikasjonene personellet har, og hva som kan forventes ut fra kvalifikasjonene, jf. formuleringen «den hjelp de evner».

Det framgår også av helsepersonelloven § 7 at dersom det er tvil om helsehjelpen er påtrengende nødvendig, må helsepersonellet foreta nødvendige undersøkelser. I tillegg er det presisert at hjelpeplikten ikke gjelder i den grad annet kvalifisert helsepersonell påtar seg ansvaret for å gi helsehjelpen.

Vilkåret om at hjelpen må være «påtrengende nødvendig» innebærer et visst skjønn. Det gjelder både pasientens helsetilstand, helsepersonelllets mulighet til å gi adekvat hjelp og tidsperspektivet. Både somatiske og psykisk tilstander kan utløse hjelpeplikten. Av forarbeidene framgår det at det «skal ganske mye til for at plikten skal inntre».²⁸ Det framgår også at det i vurderingen må legges vekt på om det er «fare for liv eller fare for alvorlig forverring av en helsetilstand». Bestemmelsen dekker intervensjon i tradisjonelle nødssituasjoner preget av en krise i rask utvikling:

«Bestemmelsen om øyeblikkelig hjelp er ment å fange opp situasjoner som krever livredende innsats og innsats for å avverge alvorlig helseskade for å hjelpe pasienten ut av en akutt situasjon.»²⁹

I rundskriv fra Helsedirektoratet er det, i tråd med dette, presisert:

«Som et alminnelig utgangspunkt vil øyeblikkelig hjelp-plikten gjelde i situasjoner der det oppstår et akutt behov for undersøkelse og behandling, blant annet for å gjenopprette og/eller vedlikeholde vitale funksjoner, for å forhindre eller begrense alvorlig funksjonsnedsettelse som følger av skade og sykdom eller for å gi akutt smertelindring.

Helsehjelp kan også være påtrengende nødvendig av hensyn til andres liv enn pasientens. For eksempel når en pasient er til fare for andre pga. sin psykiske tilstand. I slike tilfeller kan § 7 anvendes som hjemmel for akutt avhjelping av situasjonen. Det er ikke aktuelt å benytte bestemmelsen som hjemmel for tvangsinnleggelser. Da anvendes *psykisk helsevernloven*. Nødrett kan også være hjemmel for akutte skadeavvergende tiltak.

At hjelpen er «påtrengende nødvendig» innebærer også at den hjelpen som gis, kan ha en effekt på helsetilstanden. Bestemmelsen forplikter altså bare helsepersonellet så langt de har muligheter for å gi adekvat hjelp.

(...) Videre innebærer kravet om at hjelpen må være «påtrengende nødvendig» en tidsavgrensning. Når pasienten har fått tilstrekkelig hjelp og faren er over, eller pasienten er døende uten at det kan ytes adekvat hjelp, opphører øyeblikkelig hjelp-plikten.»³⁰

Det er presisert i helsepersonelloven § 7 at plikten til å gi nødvendig helsehjelp gjelder selv om pasienten ikke er i stand til å samtykke, og selv om pasienten motsetter seg helsehjelpen.

²⁸Ot.prp. nr. 13 (1998–99) kapittel 26

²⁹Ot.prp. nr. 13 (1998–99) kapittel 26

³⁰Helsedirektoratet, IS-8/2012, kommentarer til § 7

Reguleringen i helsepersonelloven § 7 har to paralleller i henholdsvis spesialisthelsetjenesteloven § 3-1 og i helse- og omsorgstjenesteloven § 3-5. Det sentrale vurderingstemaet – «påtrengende nødvendig» – er det samme. En forskjell gjelder hvem bestemmelsene retter seg mot. Helsepersonelloven § 7 retter seg mot det enkelte helsepersonell, spesialisthelsetjenesteloven § 3-1 mot spesialisthelsetjenesten («helseinstitusjoner eller avdelinger i slike institusjoner») og helse- og omsorgstjenesteloven § 3-5 mot kommunene. En annen forskjell er at spørsmålet om tvang ikke er omtalt i de to sistnevnte bestemmelsene.

Helsepersonelloven § 7 reiser en rekke tolkningsspørsmål. Ett gjelder forholdet mellom *plikt* og *rett* til å gripe inn. Formelt omhandler § 7 pliktspørsmålet, og det har derfor vært reist spørsmål om *retten* til å gripe inn rekker lenger. Spørsmålet er ikke helt avklart, men straffelovens nødregler gis en kort omtale nedenfor, og utvalget vil komme nærmere tilbake til spørsmålet i kapittel 23.

En annen problemstilling gjelder hvor absolutt plikten til å gripe inn er der pasienten motsetter seg hjelpen. Spørsmålet er blant annet drøftet av Palliasjonsutvalget (NOU 2017: 16).

Endelig er det en kritikk mot helsepersonelloven § 7 at den ikke fanger opp særlige problemstillinger ved repeterende nødssituasjoner der det kan være behov for å forebygge at situasjoner skal oppstå igjen.

5.4.2 Retten til å nekte hjelp i nødssituasjoner

Pasienten er gitt en rett til å nekte helsehjelp i nødssituasjoner etter pasient- og brukerrettighetsloven § 4-9. Denne bestemmelsen regulerer i første ledd rett til å nekte å motta blod eller blodprodukter eller til å nekte å avbryte en pågående sultestreik. I tillegg gir bestemmelsen i andre ledd en døende pasient rett til å motsette seg livsforlengende behandling. Etter tredje ledd er vilkår for nektingsretten at pasienten er over 18 år, ikke fratatt rettslig handleevne på det personlige området, har fått tilstrekkelig informasjon og er nektingskompetent: «har forstått konsekvensene for egen helse ved behandlingsnektelsen».

Paragraf 4-9 reiser flere vanskelige tolkningsspørsmål. Det gjelder ikke minst hvordan vurderingene for døende pasienter etter andre ledd skal håndteres. Det er hevdet at lovteksten på dette punkt er uklar. Tematikken er blant annet drøftet av Palliasjonsutvalget (NOU 2017: 16).

5.4.3 Reglene om nødrett i straffeloven § 17

Straffeloven³¹ har en bestemmelse om nødrett i § 17. Etter denne bestemmelsen er en handling som ellers er straffbar, i visse tilfeller både straffri og lovlig. Bestemmelsen gjelder for alle nødssituasjoner uavhengig av hvordan faren har oppstått. Dette innebærer at den gjelder uavhengig av arena eller tjenestesektor. Forutsetningen for at bestemmelsen kan anvendes, er at det foreligger en «fare for skade som ikke kan avverges på annen rimelig måte».

Kravet om at det må foreligge en «fare for skade» betyr at det må foreligge en skaderisiko. Det er uten betydning hvordan skaden har oppstått eller hva den består i, men det er en forutsetning at den interessen som faren truer, er lovlig.³²

³¹Straffeloven, 2005

³²Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) kapittel 30

Det framgår av lovteksten at handlingen er lovlig når den foretas «for å redde liv, helse eller eiendom eller en annen interesse fra en fare for skade». Handlingen kan foretas både i egen og andres interesse. Kravet om at handlingen må foretas for å «redde» de aktuelle rettsgodene, betyr at bestemmelsen ikke omfatter handlinger som utelukkende foretas for å oppnå en fordel.³³

Kravet om at faren ikke kan avverges «på annen rimelig måte» betyr at det alltid må vurderes om det fins andre handlingsalternativer og i tilfelle hvilke.

Det er i lovteksten også stilt krav om at skaderisikoen må være «langt større enn skaderisikoen ved handlingen». Med skaderisiko menes både faregraden og omfanget av den skaden som kan voldes. Ifølge forarbeidene er det lovbryterens egen oppfatning av situasjonen som skal legges til grunn.

Tidligere har det vært mye diskutert om reglene om nødrett kan anvendes for å redde en persons helse, for eksempel i form av tvangsernæring under en sultestreik. Dette spørsmålet er i dag regulert i pasient- og brukerrettighetsloven § 4-9 og helsepersonelloven § 7, jf. punkt 5.4.1. Tematikken er fortsatt aktuell, se for eksempel utredningen kapittel 23.

5.4.4 Reglene om nødverge i straffeloven § 18

Straffeloven § 18 regulerer nødverge. I likhet med det som gjelder etter § 17, er det i § 18 bestemt at en handling som ellers ville være straffbar, i visse tilfeller er lovlig. Forutsetningen for at § 18 kan komme til anvendelse, er at det foreligger et ulovlig angrep.

Nødverge kan utøves både på egne og andres vegne. Kravet om at angrepet må være «ulovlig», må vurderes objektivt. Dette betyr at angrepet kan være ulovlig selv om angriperen er i aktsom god tro eller utilregnelig. Slike forhold kan imidlertid få betydning for hvor langt den som blir angrepet, har adgang til å gå.³⁴

Forsvarshandlingen må foretas for å «avverge» et ulovlig angrep. Dette innebærer at handlingen både kan gå ut på å hindre et angrep i å skje og å stoppe et angrep som er i gang. Det kreves ikke at angrepet har begynt eller at det vil skje umiddelbart, men hvis dette ikke er tilfelle, vil det være lettere å finne andre alternativer enn å bruke makt. Lovteksten stiller krav om at nødvergehandlingen «ikke går lenger enn nødvendig». I vurderingen av dette er det ifølge forarbeidene «lovbryterens oppfatning av de faktiske forholdene som skal legges til grunn».³⁵

Videre stiller § 18 krav om at handlingen «ikke går åpenbart ut over hva som er forsvarlig under hensyn til hvor farlig angrepet er, hva slags interesse som angrepet krenker, og angriperens skyld». Ifølge forarbeidene er det «meningen at den angrepne fremdeles skal ha rikelige marginer i sin vurdering av hva som er etisk forsvarlig». Videre er det presisert:

³³Matningsdal, 2015, s. 143

³⁴Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) kapittel 30

³⁵Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) kapittel 30

«I enkelte tilfeller vil nødvendighetsregelen og/eller forsvarlighetsregelen føre til at den som angripes, (om mulig) er forpliktet til å flykte i stedet for å anvende makt overfor angriperen. Dette kan for eksempel være tilfellet dersom angriperen er «sinnssyk, i sterk rus eller av andre grunner ikke har dømmekraften i behold». [...] Eksemplet forutsetter imidlertid at flukt er et noenlunde trygt alternativ. Den som angripes kan ikke tvinges til å flykte dersom dette fremstår som en risikofull affære som kan gi angriperen overtaket.»³⁶

5.5 Psykisk helsevernloven

5.5.1 Bakgrunn

Dagens psykisk helsevernlov har en lang forhistorie. Lovreguleringen av psykisk helse-feltet startet med sinnssykeloven i 1848³⁷. Denne loven ble gitt for å bedre forholdene for mennesker med alvorlige psykiske helseproblemer. Loven innførte egne asyls for pasienter med alvorlige psykiske helseproblemer og ga adgang til tvangsinnleggelse og tvangsbruk overfor disse pasientene. Før loven ble vedtatt, hadde legen Herman Wedel Major gjennomført en større undersøkelse av forholdene for mennesker med psykiske helseproblemer i Norge, og denne undersøkelsen viste at forholdene var helt uverdige og rettssikkerheten nærmest fraværende.³⁸ Opprinnelig var loven fra 1848 en ren tvangslov, men fra 1935 ble det ved en egen lov gitt mulighet til frivillig innleggelse i asylene. Lov om Kriminalasylet³⁹ ble vedtatt i 1898, og i 1922 ble lov om Reitgjerdet asyl vedtatt.⁴⁰ Disse lovene gjaldt farlige sinnslidende. Alle disse lovene ble opphevet da lov om psykisk helsevern ble vedtatt i 1961.⁴¹ Denne loven bygde på en innstilling fra 1955 fra Komiteen til revisjon av sinnssykelovgivningen.

Loven fra 1961 ga en bedre regulering av tiltak under gjennomføringen av psykisk helsevern og stilte klarere krav til saksbehandlingen enn de tidligere lovene. I tillegg ble begrepsbruken modernisert og psykisk helsevern ble mer sidestilt med resten av helsetjenesten.⁴² Begrepet sinnssyk ble erstattet med «alvorlig sinnslidende», men dette skulle ikke innebære noen innholdsmessig endring. Innholdet i begrepet skulle fortsatt være et grunnvilkår for tvangsinnleggelse. De materielle reglene om tvungent vern ble i hovedsak opprettholdt uendret fra 1848-loven. Ordningen med egne kontrollkommisjoner ble videreført. Loven fikk også regler om

³⁶Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) kapittel 30

³⁷Sinnsykeloven, 1848

³⁸Syse, 2016, punkt 1.3

³⁹Lov om Kriminalasylet, 1898

⁴⁰Lov om Reitgjerdet asyl, 1922

⁴¹Lov om psykisk helsevern, 1961

⁴²NOU 2011: 9, punkt 7.1.8

forvern og ettervern, det vil si regler om pasientenes rettslige situasjon i forkant og etterkant av et tvungent institusjonsopphold.

Loven fra 1961 ble endret i flere omganger. Mulighetene for rettslig prøving ble bedret i 1969, og i 1984 ble det gitt klarere hjemler for begrenset bruk av tvangsmidler og tvangsbehandling. Videre ble overlegens asylsuverenitet (retten til å bestemme over inntak og utskrivning fra institusjon) begrenset i 1970- og 1980-årene. Det ble også gjort en viktig begrensning i overlegens makt ved forskrift vedtatt i 1984 om begrenset adgang til tvangsbehandling.⁴³ Etter denne forskriften kunne ikke lenger overlegen, uten innsyn og kontroll, behandle pasienter med ulike typer behandlingsmotiverte inngrep.

I 1981 ble det nedsatt et utvalg til å utrede behovet for nye rettsregler i det psykiske helsevernet. Det ble presisert i mandatet at utvalget særlig skulle ha henblikk på:

- «1. En bedre utnyttelse av ressursene innen det psykiske helsevern, herunder vurdere regelendringer som kan gi enkelte særlig vanskeligstilte pasienter/pasientkategorier en bedre psykiatrisk service, samt vurdere regelendringer som kan styrke samarbeidet mellom det psykiske helsevern og det øvrige helsevesen, sosialsektoren og arbeidskraftmyndighetene, særlig med tanke på å forbedre ettervernet.
2. At pasientens rettssikkerhet skal økes.
3. At man søker en administrativ tilnærming til det somatiske helsevesen og dermed en reduksjon av de uheldige virkninger en særomsorg lett medfører.»

En delutredning om asylsuvereniteten ble avgitt i 1983.⁴⁴ I mars 1988 ble NOU 1988: 8 Lov om psykisk helsevern uten eget samtykke avgitt. Utvalget la fram et utkast til ny lov om psykisk helsevern uten eget samtykke. Av sammendraget i innstillingen framgår det:

«Dette innebærer en ganske omfattende reform av det rettslige grunnlag for det tvungne psykiske helsevern. Utkastet representerer imidlertid ikke noe drastisk brudd med hovedprinsippene i dagens rettsregler, men tar sikte på å bøte på det man ser som større eller mindre svakheter i dagens regler om de materielle vilkår for tvangsmessige inngrep, og om saksbehandling ved og kontroll av slike vedtak.

Utvalget mener også at tiden nå er inne for å gå et skritt videre med hensyn til å sikre tvangsinnlagte pasienter et skikkelig behandlingsmessig og forpleiningsmessig tilbud, og foreslår derfor lovfestet regler om dette.

Utkastet bygger på det grunnsyn at det er ønskelig å redusere det psykiske helseverns karakter av særomsorg så mye som mulig [...]»⁴⁵

Utvalgets innstilling ble sendt på høring i mai 1988. Med henvisning til at høringsrunden ikke viste stor nok oppslutning om lovutkastet, fant ikke departementet umiddelbart å kunne

⁴³Forskrift om begrenset adgang til tvangsbehandling, 1984

⁴⁴NOU 1983: 5

⁴⁵NOU 1988: 8, punkt 1.3

fremme en lovproposisjon for Stortinget. Lovproposisjon ble fremmet i 1998, og her viste departementet til at utvalget hadde gjort «et solid og dyptpløyende utredningsarbeid, som satte i gang en helt nødvendig diskusjon om de rettslige rammebetingelser for norsk psykiatri». ⁴⁶

Lov om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern (psykisk helsevernloven) ble vedtatt i 1999. ⁴⁷ Denne loven innebar ikke store innholdsmessige endringer sammenliknet med hvordan loven fra 1961 skulle forstås. Den nye loven ble imidlertid mer omfattende og detaljert enn loven fra 1961. Adgang til bruk av tvangsmidler, skjerming og tvangsmedisinering ble presisert i lovteksten. Dette var tidligere regulert i forskrift fra 1977, som gjaldt både for psykisk helsevern, helsevernet for psykisk utviklingshemmede og helsevernet for epileptikere. ⁴⁸

I 1999 ble det også vedtatt ny lov om pasientrettigheter ⁴⁹, som trådte i kraft 1. januar 2001. Denne loven styrket pasientrettighetene. Det ble presisert i psykisk helsevernloven at pasientrettighetsloven skulle gjelde «så langt det passer». Tittelen på denne loven ble med virkning fra 1. januar 2012 endret til lov om pasient- og brukerrettigheter.

Viktige endringer i psykisk helsevernloven ble vedtatt i 2006. ⁵⁰ Et hovedformål med disse endringene var å styrke pasientrettighetene i det psykisk helsevernet. Begrensningen om at pasientrettighetsloven skulle gjelde «så langt det passer» ble fjernet. Meningen med dette var også å «bidra til å normalisere synet på personer med psykiske lidelser ved større grad av rettslig likestilling mellom pasienter med psykiske lidelser og pasienter med somatiske lidelser». ⁵¹

I forbindelse med lovendringene i 2006 ba Stortinget om en grundigere vurdering av «be-handlingskriteriet som grunnlag for vedtak om tvungent psykisk helsevern». ⁵² Det ble nedsatt en arbeidsgruppe ledet av professor Jan Fridthjof Bernt, som leverte sin rapport i juni 2009. Arbeidet resulterte ikke i et samlet standpunkt til spørsmålet om lovendringer, men et flertall anbefalte at det ble nedsatt et lovutvalg for å vurdere etiske, faglige og rettslige sider av gjeldende regler og praksis innen psykisk helsevern. Regjeringen fulgte anbefalingen og oppnevnte 28. mai 2010 et lovutvalg for å utrede regler om tvang mv. innen psykisk helsevern, ledet av advokat Kari Paulsrud. Dette utvalget fikk særlig i oppdrag å gjennomgå:

⁴⁶Ot.prp. nr. 11 (1998–99) punkt 2.3.5

⁴⁷Psykisk helsevernloven, 1999

⁴⁸Forskrifter om begrenset adgang til bruk av tvangsmidler og forbud mot korporlig refselse innen psykisk helsevern, helsevernet for psykisk utviklingshemmede og helsevernet for epileptikere, 1977

⁴⁹Pasientrettighetsloven, 1999

⁵⁰Lov om endringer i psykisk helsevernloven og pasientrettighetsloven mv., 2006. Disse endringene trådte i kraft 1. januar 2007.

⁵¹Ot.prp. nr. 65 (2005–2006) punkt 1

⁵²Innst. O nr. 66 (2005–2006) punkt 2.5.3

- Forholdet mellom psykisk helsevernloven og samtykkebestemmelsene i pasientrettighetsloven og menneskerettigheter.
- Behandlingsvilkåret for etablering av tvungen psykisk helsevern.
- Vilkårene for iverksetting av behandling under tvang (herunder tvangsmedisinering) og bruk av tvangsmidler.
- Gjeldende kontrollordninger for overprøving av tvangsvedtak.»

Paulsrud-utvalget avga NOU 2011: 9 Økt selvbestemmelse og rettssikkerhet 17. juni 2011. Utvalgets medlem Hege Orefellen stilte seg ikke bak forslagene i utredningen og valgte å gi en samlet framstilling av sitt syn i vedlegg 1 til NOUen.

Utvalgets flertall foreslo å innføre en kompetansebasert modell i psykisk helsevernloven, slik at det skal være et vilkår for å bruke tvang at pasienten mangler beslutningskompetanse. Unntak fra dette ble foreslått ved fare for eget liv og ved fare for andres liv og helse. Flertallet foreslo også at antatt samtykke fra pasienten skal være et vilkår for bruk av tvang. Det ble vist til at det foreligger en «bred og begrunnet kritikk av tvungen behandling, særlig når det gjelder langtidseffekten av antipsykotika».⁵³ Flertallet kom likevel fram til at behandlingsvilkåret burde opprettholdes. Det ble også foreslått flere endringer i saksbehandlingsreglene og en felles kontroll- og overprøvingsinstans for alle vedtak som fattes med hjemmel i psykisk helsevernloven. I tillegg foreslo flertallet at undersøkelse og behandling av psykiske lidelser hos aldersdemente kan skje med tvang i kommunale sykehjem m.m.

Helse- og omsorgsdepartementet sendte NOU 2011: 9 på høring i august 2011. Utredningen ble delvis fulgt opp ved Prop. 147 L (2015–2016) Endringer i psykisk helsevernloven mv. (økt selvbestemmelse og rettssikkerhet). Denne lovproposisjonen ble fremmet 17. juni 2016, samme dag som Tvangslovutvalget ble oppnevnt. I proposisjonen er det redegjort for oppnevningen av Tvangslovutvalget og blant annet uttalt:

«Det nye lovutvalget vil også bli bedt om å se nærmere på noen av forslagene fra Paulsrud-utvalget som får betydning utenfor psykisk helsevern og som derfor bør ses i en større sammenheng. Forslagene bør utredes ytterligere, særlig med tanke på virkningen for andre deler av helse- og omsorgssektoren. Dette gjelder blant annet forslaget til endringer i pasient- og brukerrettighetslovens regler om samtykkekompetanse, forslag knyttet til kompetansekrav for helsepersonell og forslaget om utvidelse av virkeområdet for tvisteloven kapittel 36 med fri sakførsel.»⁵⁴

Med virkning fra 1. september 2017 ble det gjort flere viktige endringer i psykisk helsevernloven, i samsvar med forslagene i Prop. 147 L (2015–2016).⁵⁵ Det ble innført en kompetansebasert modell, som innebærer at pasienter som har samtykkekompetanse, som hovedregel kan nekte å ta imot tilbud fra psykisk helsevern, eventuelt nekte fortsatt behandling. Videre ble det gjort tilføyelser i formålsbestemmelsen, kravene til begrunnelse av vedtak ble skjerpet, og det ble innført krav om at bruk tvang skal evalueres sammen med pasienten. Disse endringene blir nærmere omtalt nedenfor.

⁵³NOU 2011: 9 punkt 3.2

⁵⁴Prop. 147 L (2015–2016) punkt 4

⁵⁵Lov om endringer i psykisk helsevernloven mv., 2017

Ordningen med fritt rettsråd ble utvidet med virkning fra 1. juli 2017, jf. punkt 28.8.3.

5.5.2 Hovedtrekk

Dagens lovregulering av bruk av tvang innenfor psykisk helsevern er særlig detaljert og omfangsrik. Dette må ses som et forsøk på å bygge bolverk mot de omfattende tvangsfullmaktenes. Tendensen over tid har særlig gått i retning av å utvide reguleringen av inngrep under opphold i institusjon. Formelt har dette gitt flere tvangshjemler fordi inngrep som tidligere var uregulert etter hvert har blitt regulert, til dels med stadig større detaljeringsgrad. Et annet trekk er et økt fokus og regelproduksjon rettet inn mot fare for andre. Den rettslige reguleringen på de andre feltene som utvalgets mandat omfatter, er betydelig mindre omfattende.

Hovedregelen er at psykisk helsevern skal ytes på grunnlag av samtykke etter reglene i pasient- og brukerrettighetsloven. Unntak gjelder for pasienter med «alvorlig sinnslidelse». Vilåret om at pasienten må ha en alvorlig sinnslidelse blir gjerne omtalt som hoved- eller grunnvilkåret for å etablere tvungent psykisk helsevern. I tillegg stiller loven to alternative vilkår som har nær tilknytning til hovedvilkåret, gjerne omtalt som tilleggsvilkårene, jf. punkt 5.5.10.

Reglene om tvang omfatter både tvungen observasjon, tvungent psykisk helsevern, tvangsbehandling (legemiddelbehandling og ernæring uten eget samtykke) og bruk av forskjellige typer tvangsmidler. I tillegg kommer skjerming og «innskrenkninger» i retten til å motta besøk, benytte telefon, sende og motta brev og pakker, kroppsvisitasjon m.m. Reguleringen av tiltak under gjennomføring av psykisk helsevern er omtalt i punkt 5.5.13, mens reglene om behandling uten eget samtykke blir omtalt særskilt i punkt 5.5.13.4. Reglene om hva tvungen observasjon og tvungent psykisk helsevern kan omfatte, er omtalt i punkt 5.5.5. Utgangspunktet er at bruk av tvang skal skje i institusjon, men loven regulerer også tvungen observasjon og tvungent psykisk helsevern uten døgnopphold i institusjon (TUD).

Psykisk helsevernloven har også nærmere regler om saksbehandling, kontroll, etterprøving og domstolsprøving, jf. punkt 5.5.14–5.5.17.

I tillegg har psykisk helsevernloven et eget kapittel om sikkerhetstiltak i regionale sikkerhetsavdelinger og i enhet med særlig høyt sikkerhetsnivå, jf. kapittel 4A. Formålet med reglene i dette kapitlet er å sørge for tilstrekkelig sikkerhet for pasienter, medpasienter og personell i regionale sikkerhetsavdelinger, herunder i enhet med særlig høyt sikkerhetsnivå. Reglene skal også ivareta samfunnsvernet. Utvalget har ikke hatt en sammensetning til å gå med tilstrekkelig dybde inn i disse reglene. Gjeldende rett om tvang ved fare for andre er i det vesentlige foreslått videreført, med nødvendige tilpasninger til lovutkastet. Det er foreslått en teknisk tilpasning av psykisk helsevernloven kapittel 4A. Det samme gjelder reglene i psykisk helsevernloven kapittel 5 om dom på overføring til tvungent psykisk helsevern.

5.5.3 Formål

Formålet med psykisk helsevernloven er å sikre at etablering og gjennomføring av psykisk helsevern skjer på en forsvarlig måte og i samsvar med grunnleggende rettssikkerhetsprinsipper, jf. § 1-1 første ledd. Ved lovendring som trådte i kraft 1. september 2017, ble det presisert at formålet med loven også er å sikre at etablering og gjennomføring av psykisk helsevern skjer i samsvar med menneskerettighetene. I tillegg ble det tilføyd at det er et formål med reglene å forbygge og begrense bruk av tvang. Dette er en harmonisering med ordlyden i formålsbestemmelsene i pasient- og brukerrettighetsloven og helse- og omsorgstjenesteloven.

Med virkning fra 1. september 2017 er det også presisert at «Helsehjelpen skal tilrettelegges med respekt for den enkeltes fysiske og psykiske integritet, og så langt mulig være i overensstemmelse med pasientens behov og selvbestemmelsesrett og respekten for menneskeverdet», jf. § 1-2 andre ledd. I forarbeidene framgår det:

«Kravet om at helsehjelpen *så langt mulig skal være i overensstemmelse med pasientens behov og selvbestemmelsesrett* er en markering av frivillighetsprinsippet og av at bruk av tvang alltid skal være en subsidiær løsning. Det må dermed lages individuelt tilpassede løsninger for hver enkelt pasient.»⁵⁶

5.5.4 Virkeområde

Virkeområdet for psykisk helsevernloven er regulert i § 1-1 a. Her framgår det at loven gjelder for undersøkelse og behandling i det psykiske helsevernet, i tillegg til forutgående undersøkelse med sikte på etablering av tvungent psykisk helsevern. Psykisk helsevern er definert slik i § 1-2 første ledd:

«Med psykisk helsevern menes spesialisthelsetjenestens undersøkelse og behandling av mennesker på grunn av psykisk lidelse, samt den pleie og omsorg dette krever.»

Denne definisjonen innebærer at somatiske undersøkelser og behandlingstilbud som utgangspunkt faller utenfor lovens virkeområde. Somatisk behandling av psykisk lidelse kan imidlertid ligge innenfor psykisk helsevernloven, for eksempel ved alvorlig anoreksi.⁵⁷ Tilbud og tjenester fra kommunen faller også utenfor virkeområdet til psykisk helsevernloven. Kommunale helse- og omsorgstjenester er regulert i helse- og omsorgstjenesteloven.⁵⁸

Tvungent psykisk helsevern er i § 1-2 tredje ledd definert slik:

«Med tvungent psykisk helsevern menes slik undersøkelse, behandling, pleie og omsorg som nevnt i første ledd uten at det er gitt samtykke etter bestemmelsene i pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4.»

Tvungen observasjon er i § 1-2 andre ledd definert slik:

«Med tvungen observasjon menes slik undersøkelse, pleie og omsorg som nevnt i første ledd, med sikte på å klarlegge om vilkårene for tvungent psykisk helsevern foreligger uten at det er gitt samtykke etter bestemmelsene i pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4.»

I § 1-1 a andre ledd framgår det at bestemmelsene i kapittel 4 om gjennomføring av psykisk helsevern med visse unntak også gjelder hvis en institusjon i det psykiske helsevernet er ansvarlig for et opphold som skjer i medhold av en annen lov. Eksempler på dette er pasienter innlagt med hjemmel i helse- og omsorgstjenesteloven §§ 10-2 og 10-3 eller barnevernloven § 4-24. Disse bestemmelsene er nærmere omtalt i punktene 5.6.6 og 5.6.7. Unntak gjelder blant annet for behandling uten eget samtykke etter psykisk helsevernloven § 4-4 og restriksjoner i kontakt med omverdenen, jf. § 4-5 andre ledd. Formålet med bestemmelsen i § 1-1 a

⁵⁶Prop. 147 L (2015–2016) kapittel 14

⁵⁷Syse, 2016, s. 96

⁵⁸Helse- og omsorgstjenesteloven, 2011

andre ledd er å hindre uheldige forskjeller mellom pasienter som oppholder seg på samme institusjon.

5.5.5 Hva tvungen observasjon og tvungent psykisk helsevern kan omfatte

Psykisk helsevernloven § 3-5 regulerer hva tvungen observasjon og tvungent psykisk helsevern kan omfatte. Etter denne bestemmelsen kan tiltakene gjennomføres enten med eller uten døgnopphold i institusjon. Første ledd regulerer døgnopphold i institusjon og fastsetter at institusjonen må være godkjent for formålet. Videre framgår det at pasienten kan holdes tilbake mot sin vilje og hentes tilbake ved unnvikelse, om nødvendig med tvang. I forarbeidene er det forutsatt at tilbakehentingene «skal skje på en mest mulig skånsom måte for pasienten».⁵⁹

I andre ledd er det gjort unntak fra kravet om at døgnoppholdet må finne sted på en godkjent institusjon. Vilkåret er at dette er «nødvendig av hensyn til forsvarlig helsehjelp». Den godkjente institusjonen skal i slike tilfeller være ansvarlig for det tvungne vernet. Formålet med dette unntaket er å sikre at pasienter som er underlagt tvungent psykisk helsevern, kan få opphold ved somatisk avdeling i spesialisthelsetjenesten der dette er nødvendig for å kunne gi forsvarlig helsehjelp. Dette kan være aktuelt der pasienten har en alvorlig spiseforstyrrelse, og det er behov for avansert medisinsk overvåkning.

Psykisk helsevernloven § 3-5 tredje ledd regulerer gjennomføring av tvungen observasjon eller tvungent psykisk helsevern uten døgnopphold. Dette kan bare skje hvis det vurderes som et bedre alternativ for pasienten enn tvungent vern med døgnopphold. I vurderingen må det legges vekt på om pasienten har behov for døgnkontinuerlig omsorg og behandling i institusjon, eller om vernet kan ivaretas tilstrekkelig og forsvarlig uten innleggelse. I forarbeidene er det vist til at denne bestemmelsen markerer at det er pasientens behov som skal være avgjørende for valg av form for tvungent psykisk helsevern.⁶⁰ Det er også presisert i lovteksten at det skal tas tilbørlig hensyn til pårørende som pasienten bor sammen med, jf. også psykisk helsevernforskriften § 11 som omhandler spørsmålet.

Tvungen observasjon og tvungent psykisk helsevern etter § 3-5 tredje ledd er avgrenset til å gjelde pålegg overfor pasienten om frammøte til undersøkelse eller behandling. Det er presisert at pasienten om nødvendig kan avhentes, og at dette kan gjennomføres med tvang hvis det er nødvendig. I fjerde ledd er det satt vilkår om at tvungent psykisk helsevern uten døgnopphold bare kan skje under ansvar av en institusjon som er godkjent for den aktuelle behandlingsformen.

5.5.6 Særregler om samtykke

Hovedregelen er at psykisk helsevern skal ytes på bakgrunn av samtykke etter reglene i pasient- og brukerrettighetsloven. Dette er presisert i psykisk helsevernloven § 2-1 første ledd, men det er gjort unntak for tilfeller der «annet følger av loven her». Reglene om samtykke i pasient- og brukerrettighetsloven er nærmere omtalt i punkt 5.2.

⁵⁹Ot.prp. nr. 11 (1998–99) kapittel 14

⁶⁰Ot.prp. nr. 11 (1998–99) kapittel 14

I § 2-1 andre ledd er det gitt en særregel for barn som har fylt 12 år og ikke selv er enig i et tiltak ved undersøkelse og behandling med opphold i institusjon. I slike tilfeller skal spørsmålet om etablering av psykisk helsevern bringes inn for kontrollkommisjonen. I forarbeidene framgår det:

«I disse sakene bør kontrollkommisjonen ta stilling til om pasientens nektelse bør respekteres ut fra en helhetsvurdering av pasientens tilstand og alder, pasientens grunner for å nekte, samt behandlingens varighet og intensitet. I vurderingen vil det videre være naturlig å se hen til vilkårene for etablering av tvungent psykisk helsevern.»⁶¹

Psykisk helsevernloven § 2-2 har regler om samtykke til å være undergitt reglene om tvungent psykisk helsevern i § 3-5 (samtykke til tvang). Bestemmelsen gir adgang til å samtykke til å være underlagt disse reglene i inntil tre uker fra etableringen av vernet. Samtykket innebærer ikke samtykke til at det kan fattes vedtak om behandling uten eget samtykke, eller at det kan vedtas innskrenkninger i pasientens forbindelse med omverdenen. Helsedirektoratet har i rundskriv presisert følgende:

«Det må utvises tilbakeholdenhet med å kreve slikt samtykke. Et krav kan for eksempel være berettiget overfor en pasient som har varierende behandlingsmotivasjon på grunn av avhengighet av rusmidler. Muligheten til å stille vilkår om tidsbegrenset tilbakeholdsrett vil kunne være et alternativ til etablering av tvungent vern, som er mer inngripende. Muligheten må imidlertid ikke brukes i utide for å hindre en pasients rett til å begjære seg utskrevet av psykisk helsevern.»⁶²

5.5.7 Krav om legeundersøkelse

Før det kan treffes vedtak om tvungen observasjon eller tvungent psykisk helsevern, må det foretas en legeundersøkelse av pasienten. Dette er regulert i psykisk helsevernloven § 3-1 første ledd, jf. § 3-2 første ledd. Kravet er at en lege personlig skal undersøke vedkommende for å avklare om lovens vilkår er oppfylt og gi en skriftlig uttalelse.

Loven gir også hjemmel for tvungen legeundersøkelse i tilfeller der vedkommende «unndrar seg» undersøkelsen, jf. § 3-1 andre ledd. At vedkommende «unndrar seg» undersøkelsen, betyr at vedkommende i ord eller handling motsetter seg undersøkelsen. Dersom det i slike tilfeller er behov for legeundersøkelse, kan kommunelegen etter eget tiltak eller etter begjæring fra annen offentlig myndighet eller fra vedkommendes nærmeste pårørende treffe vedtak om tvungen legeundersøkelse. Hvis pasienten motsetter seg undersøkelsen til tross for at det er truffet vedtak om tvungen legeundersøkelse, kan vedkommende avhentes og undersøkes med tvang.

5.5.8 Varslings- og bistandsplikt for offentlig myndighet

Offentlig myndighet er pålagt en varslings- og bistandsplikt i psykisk helsevernloven § 3-6. Etter lovens § 1-3 omfatter offentlig myndighet kommunelegen eller dennes stedfortreder, den kommunale helse- og omsorgstjenesten, sosialtjenesten, politiet eller kriminalomsorgen. Disse instansene skal sørge for at personer som må antas å fylle vilkårene for tvungent psykisk helsevern, og som ikke selv ønsker behandling, blir undersøkt av lege. Hvis de mener

⁶¹Ot.prp. nr. 65 (2005–2006) kapittel 12

⁶²Helsedirektoratet, IS-1/2017, punkt 1.2.2

tvungen undersøkelse, tvungen observasjon eller tvungent psykisk helsevern er nødvendig, er de pålagt plikt til å fremme begjæring om dette, jf. § 3-6 første ledd.

I andre ledd er offentlig myndighet pålagt plikt til å gi nødvendig bistand til å få personen til tvungen undersøkelse eller tvungen observasjon eller bringe vedkommende under tvungent psykisk helsevern. Offentlig myndighet skal også gi nødvendig bistand i forbindelse med avhenting eller tilbakehenting og kan om nødvendig anvende tvang.

5.5.9 Forbud mot overføring fra frivillig til tvungent psykisk helsevern

Psykisk helsevernloven § 3-4 setter forbud mot overføring fra frivillig til tvungent psykisk helsevern eller tvungen observasjon. Dette blir omtalt som «konverteringsforbudet». Forbudet gjelder både personer som er innlagt ved en institusjon, og pasienter som følges opp poliklinisk. I forarbeidene er det vist til at «bordet ikke skal fange», og at dette prinsippet er helt sentralt for at pasienter under frivillig vern skal føle seg trygge på den psykiatriske helsetjenesten, og for at tilliten mellom pasient og tjeneste skal kunne opprettholdes.⁶³ Forbudet innebærer en hovedregel om at det ikke kan settes i gang en prosess for etablering av tvungen observasjon eller tvungent psykisk helsevern før det frivillige vernet er opphevet ved en utskrivelse som må vurderes som realitet for pasienten.

Det gjelder unntak fra konverteringsforbudet hvis utskrivning innebærer at pasienten utgjør en nærliggende og alvorlig fare for eget eller andres liv eller helse. Dette unntaket ble innført ved lovendring som trådte i kraft i 2007,⁶⁴ tidligere hadde man basert seg på nødrett. I forarbeidene til endringsloven er det vist til at det må stilles strenge krav til begrunnelsen for å nekte pasienten en reell utskrivning, og at det bare bør gjøres unntak der det foreligger en faretilstand som må antas å vare over noe tid.⁶⁵

5.5.10 Vilkår for vedtak om tvungen observasjon og etablering av tvungent psykisk helsevern

Formålet med tvungen observasjon er å skaffe forsvarlig grunnlag for å vurdere om vilkårene for tvungent psykisk helsevern er oppfylt. Observasjonen vil innebære at lege/psykiater, psykolog og annet helsepersonell vurderer pasientens mentale og fysiske tilstand.

Psykisk helsevernloven § 3-2 regulerer adgang til å treffe vedtak om tvungen observasjon, mens § 3-3 regulerer vilkår for vedtak om tvungent psykisk helsevern. Vilråene i disse bestemmelsene er stort sett de samme. Både § 3-2 første ledd og § 3-3 stiller sju vilkår som alle må være oppfylt.

Det første vilkåret for tvungen observasjon eller tvungent psykisk helsevern er at frivillig psykisk helsevern har vært forsøkt, uten at dette har ført fram, eller det er åpenbart formålsløst å forsøke dette. Unntak fra prinsippet om at frivillighet skal være prøvd først, kan for eksempel være aktuelt hvis pasienten mangler samtykkekompetanse. Det er imidlertid reist spørsmål om

⁶³Ot.prp. nr. 11 (1998–99) kapittel 14

⁶⁴Lov om endringer i psykisk helsevernloven og pasientrettighetsloven mv., 2006

⁶⁵Ot.prp. nr. 65 (2005–2006) punkt 9.3.5

loven praktiseres slik – om man i psykisk helsevern fullt ut tar konsekvensen av de begrensninger i mulighetene til å kunne yte frivillig hjelp som lovens vide tvangsbegrep medfører.

Høyesterett har lagt til grunn at frivillighetsvilkåret bare gjelder for situasjonen på etableringstidspunktet, jf. Rt. 2001 s. 1481, jf. NOU 2011: 9 s. 39 og 182. Ved spørsmål om fortsatt tvungent vern inngår frivillighetsaspektet som moment i helhets- eller forholdsmessighetsvurderingen, jf. nedenfor.

Det andre vilkåret er at pasienten har vært undersøkt av to leger, og at den ene legen er uavhengig av den institusjonen som det tvungne vernet eventuelt skal etableres ved, jf. omtale av § 3-1 ovenfor.

Det tredje vilkåret for etablering av tvungent psykisk helsevern er at pasienten har en «alvorlig sinnslidelse». Dette blir ofte omtalt som hovedvilkåret eller grunnvilkåret og gjelder med to alternative tilleggsvilkår (behandlingsvilkår og farevilkår). Disse vilkårene er regulert i § 3-3 nr. 3 og blir nærmere omtalt nedenfor i punkt 5.5.11.

For tvungen observasjon er det i § 3-2 første ledd nr. 4 satt som vilkår at det er «overveiende sannsynlig» at pasienten fyller hovedvilkåret og ett av tilleggsvilkårene i § 3-3 nr. 3. Dette innebærer at det må foreligge alminnelig sannsynlighetsovervekt (mer enn 50 % sannsynlig) for at vilkårene i § 3-3 nr. 3 er oppfylt.⁶⁶

Med virkning fra 1. september 2017 er det innført et nytt *fjerde vilkår* for tvungen observasjon og tvungent psykisk helsevern. Dette vilkåret går ut på at pasienten mangler samtykkekompetanse, jf. § 3-2 første ledd nr. 3 og § 3-3 nr. 4. I forarbeidene til disse lovendringene er det presisert:

«Dette innebærer at en ny kompetansebasert modell innføres. Etter denne modellen kan pasienter som har samtykkekompetanse, nekte å ta imot tilbud fra psykisk helsevern. Det innebærer også rett til å trappe ned eller avslutte igangsatt behandling. Blant annet vil pasienter som etter en tids behandling vurderes å ha fått tilbake sin samtykkekompetanse, få rett til å ta en slik beslutning. I vurderingen av samtykkekompetanse skal reglene i pasient- og brukerrettighetsloven § 4-3 legges til grunn.

[...] Unntak fra krav om manglende samtykkekompetanse gjelder ved nærliggende og alvorlig selvmordsfare eller ved nærliggende og alvorlig fare for andres liv eller helse.»⁶⁷

Helsedirektoratet har i rundskriv om psykisk helsevernloven presisert at retten til å nekte å ta imot tilbud fra psykisk helsevern gjelder «selv om pasienten har en alvorlig sinnslidelse og helsepersonellet mener at pasienten trenger behandling, og selv om konsekvensene er at pasienten igjen blir så dårlig at vilkårene for etablering av tvang på nytt kan bli oppfylt.»⁶⁸

I rundskriv fra Helsedirektoratet framgår også følgende:

«Endringen innebærer en overgang fra fokus på diagnose til fokus på funksjonsnivå, og bringer vilkårene for psykisk helsehjelp bedre i samsvar med det som ellers er hovedprin-

⁶⁶Helsedirektoratet, IS-1/2017 punkt 1.3.2

⁶⁷Prop. 147 L (2015–2016) kapittel 14

⁶⁸Helsedirektoratet, IS-1/2017, punkt 1.3.3

sippene for helsehjelp; pasientens selvbestemmelse og samtykke som vilkår før helsehjelpen ytes. Beslutningsgrunnlaget for tvang blir bredere når avgjørelsen skal bygge på pasientens samtykkekompetanse i tillegg til diagnose og helsefaglige vurderinger om behov for behandling.

[...] Pasienten har ikke bare rett til å avslutte behandlingen, men kan også ha rett til å fortsette denne på frivillig grunnlag.»⁶⁹

Det femte vilkåret for tvungen observasjon og tvungent psykisk helsevern er at institusjonen er faglig og materielt i stand til å tilby pasienten tilfredsstillende behandling og omsorg og er godkjent etter reglene i § 3-5. Slik godkjenning forutsetter at institusjonen blant annet oppfyller generelle krav til bemanning og fysisk utforming. Videre framgår det i rundskriv fra Helsedirektoratet:

«Kravet til faglighet innebærer at det i tillegg til kompetent behandlings- og pleiepersonell må være tilgang til personellressurser som er gode nok til å gi pasienten tilfredsstillende behandling, omsorg, samt et tilfredsstillende aktivitetstilbud.

I vurderingen må det tas utgangspunkt i den enkelte pasients (behandlings)behov. Pasientsammensetningen ved den aktuelle institusjon vil da være sentral, for eksempel i forhold til kjønn, alder, rusproblematikk og grad av utagering. En ung jente bør for eksempel ikke plasseres på en avdeling med bare menn. Er pasienten ung, vil mulighet for skole, nettverk og aktiviteter stå sentralt. [...]

Institusjonen må være innrettet, utstyrmessig og på annen måte, slik at den utgjør et egnet sted for å gi pasienten den hjelpen vedkommende trenger. Det gjelder for eksempel møblement, badrom, innredning og sikkerhetsnivå ved institusjonen.

Kravet om at institusjonen skal egne seg faglig og materielt for den enkelte pasient er absolutt. Konsekvensen av manglende oppfyllelse blir at tvungent vern ikke kan etableres ved institusjonen eller eventuelt må opphøre. Alternativt kan tvungent vern etableres ved en institusjon som oppfyller kravet, eller pasienten kan overføres til slik institusjon (§ 4-10). Ved overføring kan pasienten holdes tilbake ved institusjonen i en kort periode i påvente av plass ved egnet institusjon.»⁷⁰

Det sjette vilkåret er at pasienten har fått anledning til å uttale seg. I tillegg har vedkommendes nærmeste pårørende og offentlig myndighet som er direkte engasjert i saken, rett til å uttale seg. Det er presisert i lovteksten at det skal legges særlig vekt på uttalelser om tidligere erfaring med bruk av tvang.

Det sjuende vilkåret for tvungen observasjon og tvungent psykisk helsevern er at dette «etter en helhetsvurdering framtrer som den klart beste løsning for vedkommende». Dette innebærer at selv om de andre vilkårene er oppfylt, skal spørsmålet om tvungen observasjon eller tvungent psykisk helsevern også vurderes ut fra hensiktsmessighets- og rimelighetsbetraktninger. Det er presisert i lovteksten at det skal legges særlig vekt på hvor stor belastning det tvangsmessige inngrepet vil medføre for vedkommende.

⁶⁹Helsedirektoratet, IS-1/2017 punkt 1.2.1

⁷⁰Helsedirektoratet, IS-1/2017, punkt 1.3.3

Kravet om «klart beste løsning» gjelder også ved anvendelse av fare-for-andre-alternativet, men vurderingen påvirkes i den forstand at det skal mindre til for at vilkåret er oppfylt, jf. Rt. 2001 s. 1481 (på s. 1490):

«Etter bestemmelsens ordlyd kan det reises spørsmål om den får anvendelse i de tilfellene hvor det er tale om fare for andres liv eller helse. Det fremgår imidlertid av Ot.prp. nr. 11 at det er forutsatt at det skal foretas en helhetsvurdering også i disse tilfellene, men at vektleggingen av hva som er den klart beste løsningen for vedkommende svekkes når tvangsinngrepet er begrunnet i slik fare [...]»

Vilkår om varighet av tvungen observasjon

Etter psykisk helsevernloven § 3-2 andre ledd kan tvungen observasjon som hovedregel ikke vare ut over 10 dager fra undersøkelsens begynnelse uten pasientens samtykke. Hvis pasientens tilstand tilsier at det er strengt nødvendig, kan fristen forlenges inntil 10 dager etter samtykke fra kontrollkommisjonens leder.

Tvungen observasjon skal ikke vare lenger enn det som er nødvendig for å avklare om vilkårene for tvungent psykisk helsevern er oppfylt. Tiltaket må avbrytes så snart forholdene tilsier det, enten ved at det treffes vedtak om opphør, eller ved at det treffes vedtak om etablering av tvungent psykisk helsevern.

Begrepet «strengt nødvendig» innebærer at det skal mye til for å forlenge observasjonstiden. Forlengelse kan for eksempel være aktuelt i tilfeller der pasienten har både rusrelaterte og psykiske problemer, og det er uklarerheter rundt årsakssammenhengen.

5.5.11 Nærmere om hovedvilkåret alvorlig sinnslidelse og tilleggsvilkår⁷¹

Vilkårene for etablering av tvungent psykisk helsevern er regulert i psykisk helsevernloven § 3-3. Hovedvilkåret om at pasienten må ha en alvorlig sinnslidelse ble videreført fra loven om psykisk helsevern fra 1961. Dette vilkåret er i rundskriv fra Helsedirektoratet omtalt slik:

«Begrepet «alvorlig sinnslidelse er et rettslig begrep som ikke tilsvarer noen klar psykiatrisk diagnose. Psykoser, herunder rusutløste psykoser, faller inn under begrepets kjerneområde.

Også enkelte andre tilstander enn psykose omfattes av lovens hovedvilkår. Når det gjelder hvilke grensetilfeller dette gjelder, vil man stå overfor en helhetsvurdering der ikke bare selve sykdomstilstanden, men også utslagene den gir seg, må tillegges vekt. Spørsmålet er om sykdommen får så store konsekvenser for pasientens funksjons- og realitetsvurderende evne at tilstanden kan sidestilles med en psykosetilstand.

[...] Det vil altså være art og grad av psykiske symptomer som avgjør om hovedvilkåret er oppfylt. I denne vurderingen er det ikke relevant om symptomene er utløst av rusmiddel-misbruk eller andre årsaker.»⁷²

Syse oppsummerer rettstilstanden slik:

⁷¹For en drøfting av Høyesteretts praksis, se Bårdsen 2016 og Syse 2016.

⁷²Helsedirektoratet, IS-2/2017, punkt 1.3.3

«Noe enkelt sagt, men relativt godt dekkende, omfatter begrepet ‘alvorlig sinnslidelse’ klare, aktive psykoser, herunder rusutløste psykoser, samt visse svært manifeste avvikstilstander av ikke-psykotisk karakter der funksjonssvikten er like stor som den man ser ved psykoser. I tillegg innbefattes personer med en kronisk psykosesykdom, også i symptomfrie perioder, når symptomfriheten settes i sammenheng med antipsykotisk medisin.»⁷³

Høyesteretts formuleringer fra Rt. 2015 s. 913, som direkte gjaldt spiseforstyrrelse, kan si noe om vurderingsmønsteret utenfor de tradisjonelle psykoselidelsene (avsnitt 41–42):

«Pasienten må altså – etter en totalvurdering av de konkrete omstendighetene – ha en tilstand som kan likestilles med en psykose for at en spiseforstyrrelse skal regnes som en alvorlig sinnslidelse.

Ved denne vurderingen er det etter mitt skjønn grunn til å feste særlig oppmerksomhet ved pasientens evne til å foreta en realistisk vurdering av slike forhold som eget utseende, kroppens vekt og fungering og de helsemessige konsekvensene av å innta mindre næring enn det som er nødvendig. Har pasienten tilsynelatende en form for innsikt i sin anoreksi og dens konsekvenser, vil evnen til å innrette seg etter dette stå sentralt.»

En særlig problemstilling har vært i hvilken grad demenslidelser ledsaget av atferdsmessige symptomer kan omfattes. Utvalget er kjent med at loven har blitt forstått ulikt rundt omkring i landet på dette punktet.

Paragraf 3-3 nr. 3 stiller også to alternative vilkår for vedtak om tvungent psykisk helsevern. Hvert av disse inneholder også to alternativer. Det er tilstrekkelig at ett av de til sammen fire alternativene er oppfylt.

I § 3-3 nr. 3 bokstav a har vi det såkalte behandlingsvilkåret. Det ene alternativet blir gjerne omtalt som behandlingsvilkårets positive side, eller bedringskriteriet. Dette alternativet forutsetter at etablering av tvungent psykisk helsevern er nødvendig for å hindre at pasienten «får sin utsikt til helbredelse eller vesentlig bedring i betydelig grad redusert». I rundskriv fra Helsedirektoratet er dette kommentert slik:

«Begrepet «vesentlig bedring» må forstås slik at det kreves at pasientens tilstand vil bli merkbart bedre. Med «i betydelig grad redusert» menes at det må dreie seg om en reduksjon i utsiktene som vil få store og merkbare konsekvenser for pasienten. [...]

Oppfyllelse av vilkåret forutsetter at pasienten klart forventes å bli langt bedre med tvungen psykiatrisk behandling enn uten.»⁷⁴

Det andre alternativet, kalt behandlingsvilkårets negative side eller forverringsalternativet, forutsetter at det er «stor sannsynlighet for at pasienten uten tvungent vern i meget nær fremtid vil få sin tilstand vesentlig forverret.» Helsedirektoratet har vist til at dette er et strengt vilkår og anført:

«Bruk av tvang overfor pasienter som er godt/optimalt behandlet vurderes å være et svært inngripende tiltak og skal kun benyttes innenfor snevre rammer. [...]

Kravet om «stor sannsynlighet innebærer at det kreves mer enn vanlig sannsynlighetsovervekt for vesentlig forverring innenfor lovens tidsperspektiv.»

⁷³Syse, 2016, kommentarer til § 3-3, note 5

⁷⁴Helsedirektoratet, IS-2/2017, punkt 1.3.3

Kravet om at pasienten må få sin tilstand «vesentlig forverret» innebærer at pasienten uten tvungent psykisk helsevern må bli merkbart verre, og at dette således må få store konsekvenser for vedkommende.⁷⁵

Når det gjelder kravet om at forverringen må skje i løpet av «meget nær framtid», er det i praksis fra Høyesterett lagt til grunn at vesentlig tilbakefall ved bruk av depotpreparater som hovedregel må skje innen et tidsspenn på tre til fire måneder etter avviklingen av det tvungne vernet for at vilkåret skal være oppfylt, jf. Rt. 2014 s. 801 og HR-2016-1286-A. Det gjelder både ved bruk av første- og andregenerasjons antipsykotika. En nylig oppstått problemstilling, som legger press på og skaper usikkerhet om de føringer som er lagt av Høyesterett, er at preparater med særlig langtidsvirkende effekt nylig er tatt i bruk. Ved tablettbehandling har Helsedirektoratet i skriv fra november 2015 antydnet en grense for vesentlig tilbakefall på 2–3 måneder. En slik tidsgrense har vunnet tilslutning i lagmannsrettspraksis.

Det andre tilleggsvilkåret er regulert i psykisk helsevernloven § 3-3 nr. 3 bokstav b og blir kalt farevilkåret. Etter dette vilkåret må pasienten utgjøre en «nærliggende og alvorlig fare for eget eller andres liv eller helse» Vilkåret forutsetter at det er en årsakssammenheng mellom pasientens sinnslidelse og faren. «Helse» omfatter både fysisk og psykisk helse. Fare for ødeleggelse av materielle verdier omfattes ikke. I forarbeidene til bestemmelsen framgår det:

«Når det gjelder fare for eget liv og egen helse, tenkes ikke bare på faren for selvmord eller selvbeskadigelse, men også på faren for at vedkommende forkommer eller lider overlast på en slik måte at det er en nærliggende og alvorlig og alvorlig fare for eget liv eller helse.»⁷⁶

Helsedirektoratet har blant annet presisert:

«Faren må for det første vurderes som «alvorlig». Dette vil si at den må innebære et kvalifisert skadepotensiale.

For det andre må faren vurderes som «nærliggende.» Dette innebærer i henhold til rettspraksis at den må vurderes som reell, konkretiserbar og påregnelig. Dette betyr at faren må ha vist seg tidligere eller være dokumenterbar på annen måte [...]

Det følger av rettspraksis at det ikke kreves av faren vil oppstå innen en klart begrenset tidshorisont (Rt. 2001 s. 1481). Tidsmomentet er likevel relevant ved vurderingen av den konkrete påregneligheten for at kvalifiserte faresituasjoner vil oppstå. Desto lenger frem i tid, desto mindre blir påregneligheten for at faren vil materialisere seg.»⁷⁷

5.5.12 Vilkår for opphør av tvungen observasjon eller tvungent psykisk helsevern

I psykisk helsevernloven § 3-7 første ledd er det bestemt at ingen kan beholdes under tvungen observasjon eller tvungent psykisk helsevern uten at vilkårene for å treffe vedtak om tvungen observasjon eller tvungent psykisk helsevern fremdeles er oppfylt. Siden det er faglig ansvar-

⁷⁵Helsedirektoratet, IS-2/2017, punkt 1.3.3

⁷⁶Ot.prp. nr. 11 (1998–99) kapittel 14

⁷⁷Helsedirektoratet, IS-2/2017, punkt 1.3.3

lig som skal treffe vedtak om tvungen observasjon og tvungent psykiske helsevern, er det naturlig at det er faglig ansvarlig som skal avgjøre om tvungen observasjon eller tvungent psykisk helsevern skal opprettholdes. Den faglig ansvarlige skal fortløpende vurdere dette og treffe vedtak om opphør hvis vedkommende finner at vilkårene ikke lenger til stede, jf. § 3-7 andre ledd.

I tillegg kan pasienten og dennes nærmeste pårørende når som helst be om at tvungen observasjon eller tvungent psykisk helsevern skal opphøre, jf. § 3-7 tredje ledd. Også i slike tilfeller er det faglig ansvarlig som skal treffe vedtak i saken.

Tvungen observasjon og tvungent psykisk helsevern opphører enten ved at den faglig ansvarlige opphever vedtaket, eller ved at kontrollkommisjonen opphever vedtaket. Nærmere regler om etterprøving av kontrollkommisjonen uten klage er gitt i § 3-8, jf. punkt 5.5.16. Tvungen observasjon kan i tillegg opphøre ved at tidsfristen i § 3-2 andre ledd går ut. I tillegg kan tvungent psykisk helsevern opphøre ved at domstolene opphever vedtaket, eller ved passivitet, det vil si at det ikke sendes søknad om forlengelse av vernet etter ett år, jf. § 3-8.

5.5.13 Tiltak under gjennomføring av psykisk helsevern

5.5.13.1 Individuell plan

Etter psykisk helsevernloven § 4-1 første ledd har institusjonen plikt til å utarbeide en individuell plan for pasienter med behov for langvarige og koordinerte tilbud. Institusjonen er også pålagt en plikt til å samarbeide med andre tjenesteytere om planen for å bidra til et helhetlig tilbud for pasientene. Det må foretas en konkret vurdering av behovet for individuell plan.

Med behov for «langvarige» tilbud menes at behovet må være av en viss varighet, men det kreves ikke at behovet skal være varig eller strekke seg over et visst antall måneder eller år. Med behov for «koordinerte» tilbud menes at behovet må gjelde to eller flere helse- og omsorgstjenester, det vil si tjenester fra forskjellige tjenesteytere, og at tjenestene må eller bør ses i sammenheng.

Hvis en person har behov for tilbud både etter psykisk helsevernloven og helse- og omsorgstjenesteloven, har kommunen plikt til å sørge for at arbeidet med planen settes i gang og koordineres, jf. psykisk helsevernloven § 4-1 andre ledd. Det er presisert i lovteksten at institusjonen skal medvirke i kommunens arbeid med individuell plan. Institusjonen er også pålagt en plikt til å varsle kommunen så snart som mulig når den ser at det er behov for en individuell plan som også omfatter kommunale helse- og omsorgstjenester.

Formålet med individuell plan er at den skal bidra til at personen får et helhetlig, koordinert og individuelt tilpasset tjenestetilbud. Planen skal inneholde en oversikt over pasientens eller brukerens mål, ressurser og behov for tjenester på ulike områder.

Forskrift om habilitering og rehabilitering, individuell plan og koordinator (forskrift om habilitering og rehabilitering) har nærmere bestemmelser om formål, hva den individuelle planen skal inneholde m.m.⁷⁸ Her er det også presisert at planen ikke gir pasienten eller brukeren større rett til helse- og omsorgstjenester enn det som følger av det øvrige regelverket, jf. § 16.

Pliktbestemmelsene i psykisk helsevernloven § 4-1 innebærer at institusjonen og kommunen må vurdere den enkeltes behov for individuell plan, men ikke at individuell plan skal utarbeides mot personens vilje. I forskrift om habilitering og rehabilitering framgår det at individuell

⁷⁸Forskrift om habilitering og rehabilitering, individuell plan og koordinator, 2011

plan ikke skal utarbeides uten samtykke fra pasienten eller brukeren eller den som kan samtykke på vegne av vedkommende, jf. § 17.

I pasient- og brukerrettighetsloven § 2-5 er det bestemt at pasient- og bruker som har behov for langvarige og koordinerte helse- og omsorgstjenester, har rett til å få utarbeidet individuell plan i samsvar med bestemmelsene i helse- og omsorgstjenesteloven (§ 7-1), spesialisthelsestjenesteloven (§ 2-5) og psykisk helsevernloven (§ 4-1).

I forskrift om habilitering og rehabilitering, individuell plan og koordinator framgår det at vedkommende har rett til å delta i arbeidet med sin individuelle plan, og at det skal legges til rette for dette, jf. § 16. Videre er det bestemt at pårørende skal trekkes inn i arbeidet i den utstrekning pasienten og brukeren og pårørende ønsker det. Dersom en pasient ikke har samtykkekompetanse, har vedkommendes nærmeste pårørende rett til å medvirke sammen med pasienten eller brukeren.

Helsepersonelloven § 38 a pålegger helsepersonell plikt til snarest mulig å gi melding om behov for individuell plan. Forskrift om habilitering og rehabilitering § 23 fastslår at samme plikt gjelder for annet personell som yter helse- og omsorgstjenester etter helse- og omsorgstjenesteloven.

5.5.13.2 *Generelle vilkår for tiltak under gjennomføring av psykisk helsevern*

Psykisk helsevernloven § 4-2 er en generell bestemmelse som skal sikre den personlig integritet i gjennomføringen av tiltak. I første ledd er det bestemt at restriksjoner og tvang skal innskrenkes til det «strengt nødvendige», og at det så langt som mulig skal tas hensyn til pasientens syn på slike tiltak. Videre er det bestemt at det gjelder et forholdsmessighetsprinsipp: «Det kan bare benyttes tiltak som gir en så gunstig virkning at den klart oppveier ulemperne med tiltaket.» I tillegg gjelder et minste inngreps prinsipp: «Er mindre inngripende tiltak tilstrekkelige, skal disse benyttes.»

Paragraf § 4-2 fjerde ledd slår fast at opphold i institusjon i psykisk helsevern må gjennomføres slik at pasientens selvbestemmelsesrett blir ivaretatt så langt det er forenlig med formålet og den enkeltes tilstand. Femte ledd utdyper nærmere hva dette innebærer. Sjette ledd presiserer at det skal tas hensyn til den enkeltes livssyn og kulturelle bakgrunn. I sjuende ledd er det gitt hjemmel til å fastsette forskrifter om husordensregler i institusjoner i det psykiske helsevernet. Denne hjemmelen er ikke benyttet.

I rundskriv fra Helsedirektoratet er det slått fast at institusjonene i psykisk helsevern i kraft av sin eierrådighet kan fastsette interne regler for at institusjonene skal fungere best mulig som sosialt fellesskap og for å legge til rette for et godt behandlingsmiljø.⁷⁹ Her framgår det også at husordensreglementet ikke kan inneholde bestemmelser om tiltak som er av så inngripende karakter som tiltak regulert i lovens kapittel 4. Det er også presisert at det er viktig at reglene ikke er strengere enn det som er absolutt nødvendig ut fra driftsmessige hensyn eller av hensyn til medpasienter.

5.5.13.3 *Skjerming og bruk av tvangsmidler*

Psykisk helsevernloven § 4-3 regulerer *skjerming*. Dette er et tiltak som går ut på å holde pasienter helt eller delvis atskilt fra medpasienter og fra personell som ikke deltar i undersøkelse og behandling av og omsorg for pasienten. Det er ikke en forutsetning for bruk av dette tiltaket at pasienten er underlagt tvungent psykisk helsevern, men overfor personer med frivillig opphold må det avklares om vedkommende heller ønsker å forlate institusjonen. Tiltaket kan

⁷⁹Helsedirektoratet, IS-1/2017, punkt 1.4.2

være aktuelt både ved motstand fra pasienten og i situasjoner der pasienten ikke motsetter seg tiltaket.

Vilkårene for bruk av skjerming er fastsatt i § 4-3 første ledd. Her framgår det at skjerming må være nødvendig på grunn av pasientens psykiske tilstand eller utagerende atferd. Utfyllende regler er gitt i psykisk helsevernloven § 16. Her framgår det blant annet at hensynet til andre pasienter kan gi grunnlag for skjerming når pasientens oppførsel er svært forstyrrende, plagsom eller uheldig for andre pasienter. Videre er det presisert at ved skjerming av hensyn til pasienten selv, må det vurderes om tiltaket vil ha en gunstig behandlingseffekt. Ved skjerming av hensyn til andre må medpasientenes behov vurderes opp mot de uheldige konsekvensene skjerming kan få for pasienten. (I forarbeidene er det forutsatt at skjerming ikke skal brukes for å få kontroll over en nødrettsliknende situasjon.⁸⁰)

I § 4-3 andre ledd er det presisert at det skal treffes vedtak hvis pasienten motsetter seg skjerming, eller hvis skjerming opprettholdes ut over 24 timer. Dersom pasienten overføres til skjermet enhet eller liknende som innebærer en betydelig endring av pasientens omgivelser eller bevegelsesfrihet, skal det uansett treffes vedtak hvis skjerming opprettholdes ut over 12 timer. Utfyllende regler om vurderingen av hva som vil innebære en betydelig endring av pasientens omgivelser eller bevegelsesfrihet er gitt i psykisk helsevernloven § 17.

Psykisk helsevernloven § 18 har nærmere regler om gjennomføring av skjerming. Her framgår det: «Skjerming kan innebære at pasienten henvises til opphold på sitt eget rom eller i lokaler som er atskilt fra fellesareal og pasientrom i avdelingen (skjermet enhet).» Det framgår også av loven at det ikke er adgang til å låse eller på annen måte stenge døren til rommet der pasienten oppholder seg. Helsepersonell skal være til stede i den utstrekning det er nødvendig. Hvis pasienten gir uttrykk for å ville være alene, skal helsepersonellet forlate rommet hvis tilstedeværelsen ikke anses som nødvendig.

Bruk av skjerming når pasienten motsetter seg dette, har en del likhetstrekk med bruk *tvangsmidler*, som er regulert i psykisk helsevernloven § 4-8. Paragraf 4-8 andre ledd har en opplysning om hvilke tvangsmidler som kan tas i bruk. Opplysningen er uttømmende og gjelder:

- a. mekaniske tvangsmidler som hindrer pasientens bevegelsesfrihet, herunder belter og remmer og skadeforebyggende spesialklær
- b. kortvarig anbringelse bak låst eller stengt dør uten personale til stede
- c. enkeltstående bruk av korttidvirkende legemidler i beroligende eller bedøvende hensikt
- d. kortvarig fastholding.

Paragraf 4-8 er avgrenset til å gjelde institusjoner for døgnopphold. Den gjelder både overfor pasienter som er frivillig innlagt, og overfor pasienter som er underlagt tvungen psykisk helsevern. Det framgår av forarbeidene at bruk av tvangsmidler overfor en person som er frivillig innlagt, kan aktualisere utskriving, slik at det i praksis kan bli tale om en svært kortvarig tvangsbruk. Videre framgår det:

«Formålet med bestemmelsen er å hjemle tiltak som kan brukes i nødrettsliknende tilfeller der pasienten har en utagerende og ukontrollert atferd. Bestemmelsen formulerer dette slik at tvangsmidler bare må brukes når det er uomgjengelig nødvendig for å hindre pasienten i å skade seg selv eller andre eller for å avverge betydelig skade på bygninger, klær, inventar

⁸⁰Ot.prp. nr. 11 (1998–99) kapittel 14

m.m. Kravet om at det er uomgjengelig nødvendig å bruke tiltaket er strengt, og viser at tiltaket bare skal brukes når det ikke er noen vei utenom. Slik bestemmelsen er formulert, er det også klart at tvangsmidler ikke kan brukes i tvangsbehandlingsøyemed.»⁸¹

Helsedirektoratet har i rundskriv påpekt at bruk av tvangsmiddel er et tiltak som skal avverge en akutt situasjon, og at tvangsmidler ikke kan brukes for å håndtere alminnelig uro, trusler og liknende.⁸²

Paragraf 4-8 første ledd slår også fast at tvangsmidler bare kan benyttes når lempeligere midler «har vist seg åpenbart forgjeves eller utilstrekkelige». Dette innebærer at mindre inngripende tiltak må ha vært forsøkt først. Etter en konkret vurdering kan dette for eksempel være verbal tilnærming, skifte av personale eller å sette inn flere ansatte. Helsedirektoratet har også vist til at bruk av skjerming eller eventuelt andre tvangsmidler som pasienten gir uttrykk for at han eller hun finner mindre inngripende, kan være lempeligere tiltak.

Tvangsmidler kan i motsetning til skjerming ikke iverksettes på grunnlag av pasientens samtykke alene. Vilkårene i § 4-8 må være oppfylt, og det må alltid fattes et formelt vedtak, selv om pasienten ber om eller samtykker til at tvangsmidler tas i bruk.

I vurderingen av om det er forsvarlig å bruke mekaniske tvangsmidler må det legges vekt på både formålet med tvangsmiddelbruken og pasientens holdning til bruken.

Kortvarig anbringelse bak låst eller stengt dør uten personale til stede er i forarbeidene omtalt som «isolasjon». Det er påpekt at isolasjon representerer et mer inngripende tiltak enn skjerming, som bare kan gjennomføres med ulåst dør. Videre framgår det at isolasjon uten pleiepersonalet til stede kan føles som et meget alvorlig inngrep for pasienten, og at det bare kan brukes som er «ren nødforanstaltning», der personalet ikke kan oppnå kontroll over situasjonen på en annen hensiktsmessig måte. I § 4-8 tredje ledd er det satt forbud mot å bruke mekaniske tvangsmidler eller isolasjon overfor pasienter under 16 år.

Når det gjelder bruk av legemidler, er det påpekt i forarbeidene at valg av medikament og dosering må skje ut fra formålet, å dempe akutt uro. Langtidsvirkende preparater kan derfor ikke anvendes. Er pasientens tilstand slik at det er spørsmål om bruk av medikamenter i behandlingsøyemed, må dette skje med hjemmel i bestemmelsen om tvangsbehandling i § 4-4. Det må likevel være riktig å ta hensyn til hvilke preparater som må antas å ha en generelt gunstig virkning på pasienten og hans eller hennes tilstand, og det må aksepteres at det vil ta noe tid før virkningene av preparatet opphører helt.⁸³

Tiltak som gjelder fastholding, må være kortvarige. Begrepet kortvarig er tatt inn for å understreke at tvangsmidlet ikke skal opprettholdes lenger enn strengt nødvendig, slik det framgår i § 4-8 første ledd. Det framgår av forarbeidene at det kan forekomme situasjoner der pasienten trenger å bli holdt rundt som en del av omsorgen, eller der pasienten må håndledes inn på rommet uten behov for bruk av makt. Helsedirektoratet har i rundskriv presisert at i den grad hovedformålet med et tiltak er omsorg og grensesetting (ikke skadeavverging), tiltaket er lite

⁸¹Ot.prp. nr. 11 (1998–99) kapittel 14

⁸²Helsedirektoratet, IS-1/2017, punkt 1.4.10

⁸³Ot.prp. nr. 11 (1998–99) punkt 8.8.4.5

inngripende og pasienten ikke motsetter seg det, vil tiltaket falle utenfor bestemmelsen. Fastholding kan være særlig aktuelt overfor pasienter under 16 år på grunn av forbudet mot bruk av mekaniske tvangsmidler overfor denne gruppen.

I rundskriv fra Helsedirektoratet er det lagt til grunn at dersom det er nødvendig å holde en pasient for å få gjennomført de øvrige tvangsmidlene, er det ikke nødvendig å treffe et eget vedtak om kortvarig fastholding. Dette betyr at et vedtak om et av de øvrige tvangsmidlene skal forstås slik at det også omfatter vedtak om holding for å kunne gjennomføre tvangsmidlene.⁸⁴

Psykisk helsevernloven § 4-8 fjerde ledd stiller krav om at pasient som underkastes tvangsmiddel, skal ha kontinuerlig tilsyn av pleiepersonale. Det er også presisert at ved fastspenning i seng eller stol skal pleiepersonell oppholde seg i samme rom som pasienten hvis ikke pasienten motsetter seg dette.

Nærmere regler om gjennomføring av tvangsmiddelbruk er gitt i psykisk helsevernforskriften § 26.

5.5.13.4 *Behandling og undersøkelse uten eget samtykke*⁸⁵

Psykisk helsevernloven § 4-4 regulerer vilkår for å treffe vedtak om undersøkelse og behandling uten eget samtykke. Bestemmelsen er avgrenset til å gjelde for pasienter som er underlagt tvungent psykisk helsevern. Dette innebærer at det må foreligge et vedtak om tvungent psykisk helsevern overfor pasienten, jf. § 3-3, som er nærmere omtalt i punkt 5.5.10.

I § 4-4 første ledd er det bestemt at pasienten uten eget samtykke kan undergis undersøkelse og behandling som «klart er i overensstemmelse med faglig anerkjent psykiatrisk metode og forsvarlig klinisk praksis». Ifølge forarbeidene innebærer dette:

«De behandlingstiltak som skal kunne brukes, er etter dette de som det psykiatriske fagmiljøet er enig om har et godt faglig grunnlag. Behandlingstiltak som har usikker virkning eller er eksperimentelle, skal ikke kunne brukes som tvangsbehandlingstiltak.»⁸⁶

Det framgår også av forarbeidene at behandling uten samtykke kan omfatte andre behandlingsformer enn medisiner, for eksempel samtaleterapi, gruppeterapi og arbeidsterapi. Videre er det presisert at bestemmelsen gjelder psykiatrisk undersøkelse og behandling, ikke somatisk undersøkelse og behandling.

Hvis det ved gjennomføringen av behandlingen er nødvendig å utøve tvang (holding eller mekaniske tvangsmidler), må det treffes eget vedtak om dette etter reglene i psykisk helsevernloven § 4-8.

Etter lovendringer i psykisk helsevernloven i 2017 er det et vilkår for å vedta undersøkelse og behandling uten samtykke at pasienten mangler samtykkekompetanse. Dette vil si at det ble innført en kompetansebasert modell, der det gjelder et krav om samtykke for de tilfellene der pasienten er samtykkekompetent. Dette innebærer at pasienter som mangler samtykkekompetanse, kan nekte å ta imot tilbud om undersøkelse og behandling. Pasienter som etter en tids

⁸⁴Helsedirektoratet, IS-1/2017, punkt 1.4.10

⁸⁵For et kritisk perspektiv på gjeldende rett, se Gøtzsche og Lund, 2016

⁸⁶Ot.prp. nr. 11 punkt 8.4.5

behandling gjenvinner samtykkekompetansen, får rett til å avslutte behandlingen. Retten gjelder selv om pasienten har en alvorlig sinnslidelse og helsepersonellet mener at pasienten trenger behandling. I forarbeidene er det lagt til grunn at kravet om manglende samtykkekompetanse særlig vil få konsekvenser for langvarig tvangsmedisinering.⁸⁷

Spørsmålet om pasienten mangler samtykkekompetanse må vurderes etter reglene i pasient- og brukerrettighetsloven § 4-3. Denne bestemmelsen er omtalt nærmere i punkt 5.2.4.

Unntak fra krav om manglende samtykkekompetanse gjelder ved nærliggende og alvorlig fare for eget liv eller andres liv eller helse. I forarbeidene er det vist til at en kompetansebasert modell ikke bør gjelde i tilfeller der det er en nærliggende og alvorlig fare for selvmord. Videre er det vist til at hensynet til samfunnsvernet vil være det sentrale ved nærliggende og alvorlig fare for andres liv eller helse.

Etter § 4-4 andre ledd er hovedregelen at det uten pasientens samtykke er forbudt å gjennomføre undersøkelse og behandling som innebærer et alvorlig inngrep. Det er gjort to unntak fra dette. Det ene unntaket (bokstav a) gjelder behandling med legemidler. Lovteksten åpner for legemiddelbehandling med preparater som er registrert her i landet, og med vanlig brukte doser. I tillegg er det satt krav om at legemiddelbehandling bare kan gjennomføres med legemidler som har en gunstig virkning som klart oppveier ulempene ved eventuelle bivirkninger. I forarbeidene framgår det:

«Det kan [...] ikke være tvil om at innføringen av effektive psykofarmaka i psykiatrien har vært et framskritt og har gjort det mulig å behandle psykotiske tilstander på en annen og bedre måte enn tidligere. I enkelte tilfeller kan dessuten bruk av legemidler være en helt nødvendig forutsetning for å få andre behandlingstiltak til å virke.

[...] Bruken av legemidler vil ikke sjelden ha sjenerende bivirkninger, og det må således stilles strenge krav til kvaliteten av det medisinske skjønn som ligger til grunn for en beslutning om behandling med legemidler.»⁸⁸

Gjennomføring av behandling med legemidler er nærmere regulert i psykisk helsevernfor-skriften § 22.

Det andre unntaket fra forbudet mot å gjennomføre undersøkelse og behandling som innebærer et alvorlig inngrep, gjelder ernæringstilførsel som ledd i behandling av pasient med alvorlig spiseforstyrrelse. Lovteksten stiller krav om at dette må framstå som et strengt nødvendig behandlingsalternativ, jf. § 4-4 andre ledd bokstav b. Ifølge forarbeidene er spørsmålet om bruk av tvang i behandlingen av alvorlige spiseforstyrrelser så særegent at det vanskelig kan løses uten en særskilt regulering rettet inn mot denne pasientgruppen. Det er også vist til at loven bør legge terskelen høyt for tvangsmessige inngrep overfor denne pasientgruppen på grunn av manglende faglig konsensus på dette området. Unntaket omfatter ikke bare rene nødssituasjoner. Ernæring uten pasientens samtykke kan framstå som strengt nødvendig av hensyn til pasientens videre prognose også utenfor situasjoner der pasienten er utenfor livsfare.⁸⁹

⁸⁷Prop. 147 L (2015–2016) punkt 6.2.4

⁸⁸Ot.prp. nr. 11 (1998–99) kapittel 14

⁸⁹Ot.prp. nr. 65 (2005–2006) punkt 10.2.5

Slik lovteksten er formulert, må ernæring uten eget samtykke være et tiltak som inngår i et helhetlig behandlingsopplegg.

Paragraf 4-4 gir bare hjemmel for å gjennomføre behandling der hovedvilkåret «alvorlig sinnslidelse» er oppfylt, jf. punkt 5.5.11 Dette innebærer at ernæringstilførsel uten eget samtykke bare vil være aktuelt overfor svært syke pasienter med alvorlig undervekt.⁹⁰

Gjennomføring av ernæringstilførsel er nærmere regulert i psykisk helsevernforskriften § 23.

Hovedregelen i psykisk helsevernloven § 4-4 andre ledd med forbud mot å gjennomføre undersøkelse og behandling som innebærer et alvorlig inngrep, betyr at det ikke kan benyttes elektrokonvulsiv behandling (ECT). I forarbeidene er det presisert at heller ikke «inngripende grensesettende tiltak» kan benyttes. I tillegg framgår det:

«Det må imidlertid presiseres at nødretten 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. 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 som særdeles betydelig i forhold til det inngrepet som ECT-behandling uten samtykke utgjør. Behandlingen kan således bare utføres i en akutsituasjon som ikke kan avhjelpes med andre midler, f.eks. bruk av psykofarmaka, og den kan bare fortsette til den konkrete faren er avverget. En slik akutsituasjon vil det typisk være hvor det foreligger en overhengende fare for selvmord på grunn av alvorlig depresjon.»⁹¹

Helsedirektoratet har i rundskriv IS-1/2017 gitt utfyllende kommentarer til spørsmålet om bruk av elektrokonvulsiv behandling.

Psykisk helsevernloven § 4-4 tredje ledd stiller krav om at undersøkelse og behandling bare kan skje når det er forsøkt å oppnå et samtykke til undersøkelsen og behandlingen, eller det er åpenbart at samtykke ikke kan eller vil bli gitt. Dersom det ikke er åpenbart umulig, skal det også vurderes om det kan tilbys andre frivillige tiltak som alternativ til undersøkelse og behandling. Som eksempel på tilfeller der det vil være åpenbart umulig å oppnå frivillighet, er det i forarbeidene vist til tilfeller der pasienten er i en slik sinnstilstand at det ikke er mulig å kommunisere med vedkommende.⁹²

Paragraf 4-4 fjerde ledd stiller krav om at behandlingstiltak først kan benyttes etter at pasienten har vært tilstrekkelig undersøkt til å gi grunnlag for å bedømme tilstanden og behovet for behandling. I tillegg er det presisert at behandlingstiltak bare kan igangsettes og gjennomføres når det når de med stor sannsynlighet kan føre til helbredelse eller vesentlig bedring av pasientens tilstand, eller at pasienten unngår en vesentlig forverring av sykdommen. Det kreves med andre ord en høy sannsynlighetsgrad med hensyn til forventet virkning, og virkningen må være av kvalifisert art.⁹³ Dette er et omstridt vilkår som utvalget kommer tilbake til i kapittel 25.

⁹⁰Helsedirektoratet, IS-1/2017, punkt 1.4.4

⁹¹Ot.prp. nr. 11 (1998–99) punkt 8.4.5.3

⁹²Ot.prp. nr. 11 (1998–99) kapittel 14

⁹³Ot.prp. nr. 11 (1998–99) kapittel 14

Femte ledd stiller krav om at pasienten må ha vært observert og forsøkt hjulpet i minst fem døgn fra etableringen av vernet før det kan treffes vedtak om legemiddelbehandling uten eget samtykke. Unntak fra dette kravet gjelder hvis pasienten ved utsettelse vil lide vesentlig helse-skade, eller hvis pasienten gjennom tidligere behandlingsopphold er godt kjent av institusjonen som vedtar behandlingen.

5.5.13.5 Andre tiltak under gjennomføring av psykisk helsevern

Psykisk helsevernloven § 4-5 åpner for inngrep i pasientens *forbindelse med omverdenen*. I første ledd er det slått fast at den som har døgnopphold i institusjon for psykisk helsevern, har rett til å motta besøk og benytte telefon, i tillegg til å sende og motta pakker. Tilsvarende gjelder pasientens rett til å benytte elektronisk kommunikasjon. For den som er under tvungent psykisk helsevern i form av døgnopphold i institusjon, kan imidlertid den faglig ansvarlige vedta innskrenkninger, jf. andre ledd. Innskrenkningene kan vedtas for inntil 14 dager av gangen, i den utstrekning sterke behandlingsmessige eller velferdsmessige hensyn, eller sterke hensyn til nærstående personer gjør dette nødvendig. Ifølge forarbeidene dreier det seg om kvalifiserte krav til unntakssituasjonen, krav som viser at man nærmer seg nødretten.⁹⁴ Hvis det vedtas restriksjoner, får institusjonen et spesielt ansvar for å sørge for at pasienten får nødvendig informasjon om sine pårørende og forhold utenfor institusjonen som er av betydning for pasienten.

Tredje ledd inneholder en oppstilling av instanser det ikke kan vedtas restriksjoner i retten til å kommunisere med «utover det som følger av rimelige begrensninger i husordensreglement». Fjerde ledd gir hjemmel for at den faglig ansvarlige kan treffe vedtak om å åpne og kontrollere pasientens post. Vilkåret for dette er at det foreligger begrunnet mistanke om at medikamenter, rusmidler, rømningshjelpemiddel eller farlig gjenstand vil bli forsøkt innført til en pasient. Kravet om begrunnet mistanke innebærer at det må foreligge konkrete holdepunkter for mistanken.

Paragraf 4-6 regulerer *undersøkelse av rom og eiendeler og kroppsvisitasjon*. Første ledd gir hjemmel for undersøkelse av pasienter ved begrunnet mistanke, men andre ledd gir hjemmel for rutinemessige undersøkelser. Vilkåret for at den faglig ansvarlige kan treffe vedtak etter første ledd, er enten at det foreligger begrunnet mistanke om at medikamenter, rusmidler, rømningshjelpemiddel eller farlig gjenstand vil bli forsøkt innført i institusjonen, eller at de nevnte gjenstandene allerede er innført i institusjonen. Bestemmelsen omfatter i dag alle institusjoner i psykisk helsevern, uavhengig av om pasienten får døgnbehandling eller ikke. Dette innebærer at ambulant virksomhet ikke omfattes.⁹⁵

Adgangen til å innføre rutinekontroll etter § 4-6 andre ledd er avgrenset til å gjelde «døgninstitusjon eller enhet for døgnopphold». Formålet med rutinekontrollen skal være å hindre innføring av rusmidler, legemidler, skadelige stoffer, rømningshjelpemidler og farlige gjenstander. Rutinekontroll kan bare gjennomføres ved innleggelse og etter opphold utenfor institusjonen eller enheten. I motsetning til hva som gjelder etter første ledd, omfatter ikke rutinekontroll etter andre ledd avledning av pasienten. I forarbeidene er det presisert at denne avgrensningen ikke er til hinder for at pasienten kan bli bedt om å ta av seg ytterklær, store gensere, caps og sko. Videre er det presisert i lovteksten at rutinekontroll bare kan innføres når

⁹⁴Ot.prp. nr. 11 (1998–99)

⁹⁵Prop. 78 L (2015–2016) kapittel 10

det er nødvendig for å ivareta sikkerheten eller hensynet til helsehjelpen. Begrepet helsehjelp omfatter i denne sammenhengen både tilbudet til pasienten og tilbud til medpasientene. Ifølge forarbeidene skal begrepet tolkes vidt og omfatte både selve behandlingstilbudet og annen omsorg som institusjonene gir pasientene.

Det er også presisert i § 4-6 andre ledd at mindre inngripende tiltak skal være vurdert. Dette innebærer at det ikke er adgang til å innføre rutinekontroll hvis en kan oppnå den samme bedringen av sikkerheten på måter som er mindre integritetskrenkende. Helsedirektoratet har vist til at god informasjon om hvilke gjenstander som er uønskede og hvorfor, gode rutiner for inntakssamtaler og bruk av metalldetektor kan være eksempler på mindre inngripende tiltak.⁹⁶ Det må også vurderes om kontrolltiltaket skal iverksettes for hele institusjonen eller bare deler av den. Videre er det bestemt i § 4-6 andre ledd at institusjonen skal dokumentere at vilkårene for å innføre rutinekontroll er oppfylt. Dokumentasjonen skal oppbevares av institusjonen og vil være et viktig grunnlag for eventuelle tilsyn med at loven er fulgt.

Paragraf 4-6 tredje ledd gjelder både kontroll med grunnlag i begrunnet mistanke og ved rutinekontroller. Bestemmelsen pålegger institusjonene å gjennomføre kontrollene så skånsomt som mulig og avpasse intensiteten slik at den står i rimelig forhold til det en kan oppnå. I tillegg er det stilt krav om at kroppsvisitasjon skal foretas av en person av samme kjønn som pasienten og stilt forbud mot undersøkelse av kroppens hulrom.

Paragraf 4-6 gir ikke adgang til bruk av fysisk makt for å gjennomføre kontrollene. Hvis bruk av makt unntaksvis er helt nødvendig, må dette skje med hjemmel i § 4-8, som regulerer bruk av tvangsmidler, jf. punkt 5.5.12.3.

Psykisk helsevernloven § 4-7 regulerer *beslag*. Etter denne bestemmelsen kan faglig ansvarlig vedta at gjenstander som blir funnet ved postkontroll eller ved undersøkelse eller kroppsvisitasjon, skal beslaglegges. I tillegg kan den faglig ansvarlige vedta at rusmidler, legemidler, skadelige stoffer eller farlige gjenstander som pasienten ikke rettmessig kan inneha, skal tilintetgjøres. Hva slags tiltak som skal iverksettes, må avgjøres ut fra en skjønnsmessig helhetsvurdering. Tilintetgjørelse er et svært inngripende tiltak og kan bare gjennomføres i tilfeller der pasienten ikke har beskyttelsesverdige interesser i å få gjenstanden tilbake etter beslag. Dette kan for eksempel gjelde ved funn av våpen eller rusmidler.

Paragraf 4-7 a regulerer *rusmiddeltesting av biologisk materiale*. Bestemmelsen gir i første ledd hjemmel for at faglig ansvarlig kan begjære samtykke fra pasienten til å ta prøver av pasientens biologiske materiale. I tillegg gir bestemmelsen hjemmel for at faglig ansvarlig kan treffe vedtak om at det kan tas slike prøver, jf. andre ledd. Dette innebærer at det ikke er adgang til å ta slike prøver rutinemessig. Både for begjæring om samtykke og for vedtak om prøvetaking er det stilt vilkår om at det må foreligge mistanke om at pasienten misbruker rusmidler, og prøvetakingen må framstå som strengt nødvendig av hensyn til helsehjelpen. Dette innebærer at formålet med tiltaket må være å gi pasienten helsehjelp. Det er også presisert i forarbeidene at prøvetaking må være et egnet tiltak for kontroll, slik at det samme formålet ikke kan oppnås med andre og lempeligere midler, for eksempel gjennom tillitsskapende tiltak.⁹⁷ Hjemmel er teknologinøytral og gir adgang til både å benytte urinprøver og nyere testmetoder som benytter materiale som spytt eller hår.

⁹⁶Helsedirektoratet, IS-1/2017, punkt 1.4.7

⁹⁷Ot.prp. nr. 65 (2005–2006) kapittel 12

Hjemmelen for å begjære samtykke fra pasienten etter første ledd gjelder både overfor frivillig innlagte pasienter og pasienter under tvungen observasjon og tvungent psykisk helsevern. Adgangen til å treffe vedtak om prøvetaking etter andre ledd er avgrenset til å gjelder pasienter under tvungen observasjon eller tvungent psykisk helsevern.

5.5.14 Saksbehandling

5.5.14.1 Generelt

Psykisk helsevernloven § 1-4 slår fast at den faglig ansvarlige for å treffe vedtak og beslutte tiltak etter denne loven skal være lege med relevant spesialistgodkjenning eller klinisk psykolog med relevant praksis og videreutdanning. Nærmere regler om faglig ansvarlig er gitt i psykisk helsevernloven § 5. Her framgår det at den enkelte institusjon skal sørge for en forsvarlig organisering av vedtakskompetent personell og utpeke en eller flere faglig ansvarlige. Det er også stilt nærmere krav om den faglig ansvarliges kompetanse m.m.

Hovedregelen er at forvaltningsloven gjelder for behandlingen av saker etter psykisk helsevernloven, jf. psykisk helsevernloven § 1-6. Forvaltningsloven § 12, som regulerer bistand fra advokat eller annen fullmektig, gjelder imidlertid bare der dette er uttrykkelig nevnt.

Psykisk helsevernloven har egne regler om rett til å bruke advokat eller annen fullmektig, jf. § 1-7. Her framgår det at pasienten har rett til å la seg bistå av advokat eller annen fullmektig ved klage til kontrollkommisjonen eller fylkesmannen over vedtak etter psykisk helsevernloven. Videre framgår det at pasienten ved klage til kontrollkommisjonen har rett til fri rettshjelp – i form av fri sakførsel – i følgende saker:

- saker som gjelder tvungen observasjon, etablering, opprettholdelse eller opphør av tvungent psykisk helsevern
- saker om overføring (§§ 4-10 og 5-4)
- spørsmål om etablering av psykisk helsevern i saker som gjelder undersøkelse eller behandling med opphold i institusjon for barn som har fylt 12 år, og som ikke er enig i tiltaket (§ 2-1 andre ledd)
- saker som gjelder krav om samtykke til å være undergitt reglene om tvungent psykisk helsevern (§ 2-2 fjerde ledd).

Ved lovendring som trådte i kraft i september 2017, ble pasientens rett til fri rettshjelp – da i form av fritt rettsråd – utvidet til også å gjelde ved klage til fylkesmannen over vedtak om undersøkelse og behandling etter psykisk helsevernloven.

Rett til fri rettshjelp er regulert nærmere i lov om fri rettshjelp (rettshjelploven).⁹⁸

5.5.14.2 Rett til å uttale seg før vedtak treffes

I psykisk helsevernloven § 3-9 første ledd er det bestemt at den personen saken direkte gjelder, skal gis anledning til å uttale seg før det treffes vedtak etter kapittel 3. Det er presisert i lovteksten at dette blant annet gjelder spørsmålet om etablering av tvungen observasjon og tvungent psykisk helsevern og spørsmålet om hvilken institusjon som skal ha ansvaret for det tvungne vernet. I tillegg er personens nærmeste pårørende og offentlig myndighet som er direkte engasjert i saken, gitt en rett til å uttale seg. Offentlig myndighet regnes som direkte involvert i saken hvis den aktuelle myndigheten har tatt initiativ til/vært begjærende instans i forhold til det vedtaket som skal treffes.

⁹⁸Rettshjelploven, 1980

Retten til å uttale seg gjelder også i forkant av kontrollkommisjonens vedtak ved tre måneders kontroll og ett års kontroll, jf. § 3-8 andre og tredje ledd.

Etter § 3-9 andre ledd skal opplysningene etter første ledd nedtegnes og ligge til grunn for vedtaket. Det er også presisert at det skal legges særlig vekt på uttalelser om tidligere erfaring med bruk av tvang. Dette følger allerede av kravet til helhetshetsvurdering i §§ 3-2 og 3-3, men er ifølge forarbeidene gjentatt i denne bestemmelsen for å bidra til at uttaleretten blir så reell som mulig.⁹⁹ Det er også presisert i forarbeidene at i den grad pasienten eller pårørende gir uttrykk for at pasienten har hatt negative erfaringer med tvungent psykisk helsevern eller spesifikke tvangstiltak, innebærer dette en høyere terskel for gjentakelse av slike tiltak og en særlig forpliktelse til å vurdere alternativer.¹⁰⁰

Pasientens rett til å uttale seg er også tatt med som et eget punkt i vilkårene for å treffe vedtak om tvungen observasjon og tvungent psykisk helsevern, jf. § 3-2 nr. 6 og § 3-3 nr. 6.

5.5.14.3 *Krav til hva vedtak om tvungen observasjon eller tvungent psykisk helsevern skal inneholde m.m.*

Psykisk helsevernloven § 3-3 a stiller krav til saksbehandling og utforming av alle vedtak om tvungen observasjon og tvungent psykisk helsevern. I første ledd er det bestemt at den faglig ansvarlige skal treffe vedtak om dette. Faglig ansvarlig må på grunnlag av foreliggende opplysninger og egen undersøkelse av pasienten vurdere om de materielle vilkårene i §§ 3-2 og 3-3 er oppfylt eller ikke. Vedtaket skal treffes snarest og senest innen 24 timer etter at pasienten er kommet til institusjonen. Det er også presisert i lovteksten at vedtaket straks skal nedtegnes. Plikten til å treffe vedtak gjelder også hvis faglig ansvarlig kommer fram til at vilkårene for å etablere tvungen observasjon eller tvungent psykisk helsevern ikke er oppfylt, jf. andre ledd.

Tredje ledd stiller nærmere krav til begrunnelsen av vedtaket. Disse trådte i kraft første september 2017 og innebærer en skjerping og klargjøring sammenlignet med tidligere. Som påpekt i forarbeidene, vil begrunnelsen for tvangsvedtak ofte være en forutsetning for at pasienten kan bruke klageretten. Det er også viktig for klageinstansen å ha et mest mulig presist faktisk, faglig og rettslig grunnlag for sin prøving.¹⁰¹

Som det framgår i punkt 5.5.12, er det den faglig ansvarlige som også skal treffe vedtak om opphør av tvungen observasjon eller tvungent psykisk helsevern, jf. § psykisk helsevernloven § 3-7.

5.5.14.4 *Vedtak om tiltak under gjennomføring av psykisk helsevern*

Psykisk helsevernloven § 4-4 a pålegger den faglig ansvarlige en plikt til å rådføre seg med annet kvalifisert helsepersonell før det treffes vedtak om *undersøkelse og behandling uten samtykke*, jf. første ledd. I forarbeidene er det vist til at en slik plikt kan bidra til en kvalitetssikring av vedtaket. Videre kan en slik plikt legge til rette for en bred vurdering utover det medisinsk-

⁹⁹Ot.prp. nr. 65 (2005–2006) punkt 9.7.2.

¹⁰⁰Ot.prp. nr. 65 (2005–2006) kapittel 12

¹⁰¹Prop. 147 L (2015–2016) punkt 9.2.4

faglige, og at flere begrunnede meninger om saken kommer fram. Plikten gjelder i alle tilfeller der faglig ansvarlig vurderer å treffe vedtak om undersøkelse og behandling uten samtykke.¹⁰²

Psykisk helsevernforskriften § 27 har nærmere regler om vedtakskompetanse for tiltak etter § 4-4. Her framgår det at vedtak om behandling med legemidler uten samtykke skal treffes av faglig ansvarlig lege med spesialistutdanning. Videre er det vist til forskriften § 5 andre ledd, der det framgår at lege som skal være faglig ansvarlig, skal være spesialist i psykiatri eller barne- og ungdomspsykiatri.

I § 4-4 a andre ledd er det bestemt at vedtaket skal nedtegnes straks. Videre er det presisert hvilke opplysninger vedtaket skal inneholde. Kravene om hva vedtaket skal inneholde trådte i kraft første september 2017 og innebærer, tilsvarende som § 3-3 a, en skjerping og klargjøring av kravene sammenlignet med tidligere.

Når det gjelder andre tiltak under gjennomføring av psykisk helsevern, er det bestemt at den faglig ansvarlige kan treffe vedtak om følgende:

- tiltak som gjelder innskrenkninger i retten til å motta besøk, benytte telefon og til å sende og motta brev og pakker (§ 4-5)
- undersøkelse av rom og eiendeler og kroppsvisitasjon (§ 4-6)
- beslag (§ 4-7)
- rusmiddeltesting av biologisk materiale (§ 4-7 a)
- bruk av tvangsmidler (§ 4-8)
- overføring uten samtykke (§ 4-10).

Tvangsmidler kan bare benyttes etter vedtak av den faglig ansvarlige, dersom ikke annet er fastsatt i forskrift. Psykisk helsevernforskriften § 27 fastslår at vedtak om korttidsvirkende legemidler i beroligende eller bedøvende hensikt skal treffes av lege. Hvis faglig ansvarlig er lege, vil det være naturlig at denne legen treffer vedtak om også denne type tvangsmidler.

Psykisk helsevernforskriften § 25 andre ledd gjør unntak fra lovens hovedregel om at faglig ansvarlig skal treffe vedtak. Her er det bestemt at dersom en akutt nødssituasjon gjør at umiddelbar kontakt med faglig ansvarlige ikke er mulig, kan ansvarshavende ved avdelingen treffe vedtak om bruk av mekaniske tvangsmidler, isolering eller kortvarig fastholding. I slike tilfeller skal den faglig ansvarlige underrettes så snart som mulig. Det er også presisert at dersom situasjonen gjør fortsatt bruk av tvangsmidler nødvendig, skal den faglig ansvarlige ta standpunkt til om bruken av tvangsmidler skal opprettholdes.

Etter psykisk helsevernloven § 4-10 skal det treffes vedtak om overføring av en pasient under tvungent psykisk helsevern ved overføring mellom institusjoner eller mellom ulike tvangsformer (opphold i institusjon med eller uten døgnopphold). Dette gjelder både når pasienten samtykker i overføringen og når pasienten ikke samtykker i dette. Bestemmelsen gjør unntak for overføring mellom ulike former for døgnopphold i samme institusjon. Det skal heller ikke treffes vedtak om overføring ved overføring av pasienter under tvungen observasjon eller hvis pasienten har behov for midlertidig opphold i somatisk institusjon. Dette innebærer at det ikke er klageadgang på slike overføringer.

¹⁰²Prop. 147 L (2025–2016) punkt 8.4

5.5.15 Klageordninger

De fleste vedtakene etter psykisk helsevernloven kan påklages til kontrollkommisjonen. Nærmere regler om kontrollkommisjonen, herunder sammensetning, uavhengighet m.m., er gitt i psykisk helsevernloven kapittel 6. Utfyllende regler om kontrollkommisjonens virksomhet er gitt i psykisk helsevernloven kapittel 5.

Adgangen til å klage til kontrollkommisjonen gjelder følgende vedtak:

- vedtak om etablering eller ikke etablering av tvungen observasjon eller tvungent psykisk helsevern
- vedtak om opphør eller opprettholdelse av tvungen observasjon eller tvungent psykisk helsevern
- vedtak om skjerming
- vedtak som gjelder innskrenkninger i retten til å motta besøk og benytte telefon og til å sende og motta brev og pakker
- vedtak om undersøkelse av rom og eiendeler og kroppsvisitasjon
- vedtak om beslag
- vedtak om rusmiddeltesting av biologisk materiale
- vedtak om bruk av tvangsmidler
- vedtak om overføring uten samtykke.

Retten til å klage over vedtak er regulert i de samme paragrafene som regulerer hvem som skal treffe vedtak m.m. Både pasienten og hans eller hennes nærmeste pårørende kan klage på vedtakene. Når det gjelder vedtak om etablering eller opphør av tvungen observasjon eller tvungent psykisk helsevern, kan også den myndigheten som har framsatt begjæring etter § 3-6, påklage vedtaket til kontrollkommisjonen. Videre framgår det at pasienten kan klage på vedtak om etablering eller opprettholdelse av tvungen observasjon eller tvungent psykisk helsevern i inntil tre måneder etter at observasjonen eller vernet har opphørt. For de øvrige vedtakene er klagefristen tre uker, i tråd med reglene i forvaltningsloven § 29.

Psykisk helsevernloven § 6-4 har særlige saksbehandlingsregler som gjelder for kontrollkommisjonens klagebehandling. Utgangspunktet er at reglene i forvaltningsloven skal gjelde, jf. psykisk helsevernloven § 1-6. Reglene i psykisk helsevernloven § 6-4 går imidlertid foran som spesialregler hvis de bestemmer noe annet enn forvaltningsloven.

Helsedirektoratet har utgitt et eget saksbehandlingsrundskriv for kontrollkommisjonene.¹⁰³

Flere av bestemmelsene i § 6-4 gir klageren en sterkere partsstilling enn hva som følger av forvaltningsloven. Utfyllende regler om behandlingen av klagesaker i kontrollkommisjonen er gitt i psykisk helsevernloven §§ 51-56. I tillegg har forskriften nærmere regler om klage i § 28.

For vedtak om undersøkelse og behandling uten samtykke har psykisk helsevernloven en særregel om at vedtak kan påklages til fylkesmannen, jf. § 4-4 a tredje ledd. I forarbeidene til psykisk helsevernloven framgår det at departementet ønsket å videreføre ordningen med fylkeslegen som klageorgan. Departementets syn var at kontrollkommisjonene ikke hadde noen bedre forutsetning enn fylkeslegene for å behandle klager over tvangsbehandling. I tillegg ble det vist til at det var viktig å «sikre at man har et klageorgan som kan behandle klagen på et

¹⁰³Helsedirektoratet, IS-6/2016

tidligere tidspunkt enn det kontrollkommisjonene som oftest vil være i stand til, da kontrollkommisjonene er organer som ikke sitter sammen til enhver tid.»¹⁰⁴ Etter integreringen av fylkeslegeembetene i fylkesmannsembetene i 2003 ble fylkeslegen som klageorgan erstattet fylkesmannen, jf. lovendring satt i kraft samme år.¹⁰⁵

Reglene om klage i psykisk helsevernloven § 28 gjelder både ved klage til kontrollkommisjonen og ved klage til fylkesmannen. For øvrig er fylkesmannens klagebehandling utførlig omtalt i Veileder for fylkesmannens behandling av klagesaker etter psykisk helsevernloven § 4-4 a, jf. § 4-4.¹⁰⁶

5.5.16 Etterprøving og kontroll

Etter psykisk helsevernloven § 3-8 første ledd skal det sendes underretning til kontrollkommisjonen sammen med kopi av underlagsdokumentene når en pasient blir undergitt tvungen observasjon eller tvungent psykisk helsevern. Kontrollkommisjonen skal så snart som mulig forvisse seg om at riktig framgangsmåte er fulgt, og at vedtaket bygger på en vurdering av vilkårene i §§ 3-2 eller 3-3. Konsekvensene av feil er et til dels omdiskutert spørsmål som utvalget kommer tilbake til i kapittel 28.

I § 3-8 andre ledd er det bestemt at kontrollkommisjonen på eget initiativ skal vurdere om det fortsatt er behov for tvungent vern når det har gått tre måneder etter vedtaket. Forutsetningen er at det ikke allerede er gjennomført klagesaksbehandling. Dette blir ofte omtalt som «tre-månederskontrollen». Denne ordningen er ifølge forarbeidene ment som et tiltak for å bedre rettssikkerheten i de tilfellene det blir aktuelt med tvungent psykisk helsevern av lengre varighet.¹⁰⁷ Kontrollkommisjonen skal imidlertid ikke overprøve det nærmere innholdet i det tvungne vernet, for eksempel om det skal skje med eller uten døgnopphold i institusjon eller om pasienten skal gis behandling uten eget samtykke.

Kontrollkommisjonen er i § 3-8 andre ledd også pålagt å kontrollere at det foreligger en individuell plan for pasienten. Kontrollen skal begrense seg til å påse at det foreligger en slik plan. Vurdering av planens kvalitative innhold hører inn under tilsynsmyndighetenes ansvarsområde. Videre er det presisert i forarbeidene at mangel på individuell plan alene ikke bør gi grunnlag for å oppheve det tvungne vernet, men at dette kan være en indikasjon på manglende planlegging av pasientens behandling og videre oppfølging. Sammen med andre momenter kan dette tilsi opphør av det tvungne vernet etter den hensiktsmessighetsvurderingen som skal foretas.¹⁰⁸

Etter § 3-8 tredje ledd opphører tvungent psykisk helsevern etter ett år hvis ikke kontrollkommisjonen samtykker i at vernet forlenges. Kommisjonen kan samtykke i forlengelse av vernet

¹⁰⁴Ot.prp. nr. 11 (1998–99) punkt 8.4.5.4

¹⁰⁵Lov 29. august 2003 nr. 87

¹⁰⁶Helsedirektoratet, IS-2229

¹⁰⁷Ot.prp. nr. 11 (1998–99) kapittel 14

¹⁰⁸Ot.prp. nr. 65 (2005–2006) punkt 6.4.8

med inntil ett år av gangen, regnet fra tidspunktet for etablering av tvungent psykisk helsevern.

Når en pasient er under tvungent psykisk helsevern, er den faglig ansvarlige pålagt en plikt til minst en gang hver tredje måned å vurdere om vilkårene for vernet fremdeles er til stede, jf.

§ 4-9. Den faglig ansvarlige må i den forbindelse selv foreta en personlig undersøkelse av pasienten. Ordningen er særlig viktig når personer er under tvungent psykisk helsevern i lengre perioder. Resultatet av kontrollundersøkelsen skal inntas i pasientens journal og sendes kontrollkommisjonen i kopi, jf. psykisk helsevernforskriften § 13.

Psykisk helsevernloven § 6-1 pålegger kontrollkommisjonen å føre den kontroll den finner nødvendig for pasientenes velferd. Denne kontrollen blir omtalt som «velferdskontroll». I lovteksten er denne oppgaven avgrenset til å gjelde «i den utstrekning det er mulig». I forarbeidene er det vist til at velferdskontrollen vil bli en «sekundær oppgave i forhold til de avgjørelser kontrollkommisjonene er tillagt». Det er også uttalt at kontrollkommisjonens fullmakter når det gjelder den alminnelige velferdskontrollen, bør begrenses til å ta opp saker med den faglig ansvarlige og eventuelt fylkeslegen.¹⁰⁹ Innholdet av velferdskontrollen har de siste år kommet under debatt, noe som gjenspeiles i kapittel 28 i utvalgets utredning.

5.5.17 Domstolsprøving

Psykisk helsevernloven § 7-1 regulerer adgang for pasienten eller pasientens nærmeste pårørende til å bringe vedtak fra kontrollkommisjonen inn for domstolene. Bestemmelsen fastslår at vedtak i saker som gjelder tvungen observasjon og etablering eller opprettholdelse av tvungen psykisk helsevern kan bringes inn for tingretten etter reglene i tvisteloven kapittel 36. Etter tvisteloven § 36-1 andre ledd kan det ikke reises søksmål etter at vedtaket har falt bort. Tvungen observasjon er et tiltak av så kortvarig art at det dermed ikke vil være aktuelt å få prøvd dette for domstolene etter reglene i tvisteloven kapittel 36.

Adgangen til å bringe vedtak inn for domstolene gjelder også kontrollkommisjonens vedtak om overføring etter § 4-10.

5.6 Helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 10

5.6.1 Bakgrunn

Lovene om fattigvesenet fra 1845 var de første nasjonale lover som hadde regler om tvangsinnleggelse av personer med alkoholproblemer.¹¹⁰ Personer som var «hengivne til Ørkesløshet eller Drukkenskap og ikke kunne lovlig ernære sig» kunne innlegges i tvangsarbeidshus i inntil seks måneder. I forarbeidene til disse bestemmelsene ble det fokusert på tigger- og omstreiferproblematikken, men behovet for regler om tvangsinnleggelse av personer med alkoholproblemer ble ikke uttrykkelig drøftet.¹¹¹

¹⁰⁹Ot.prp. nr. 11 (1998–99) punkt 10.2.1.3

¹¹⁰Lover om fattigvesenet, 1845. Det var separate lover for kjøpstedene og landet.

¹¹¹Søvig, 2007, s. 37–38

I 1894 ble det gitt nærmere regler om politiets framgangsmåte ved tvangsinnleggelse og understreket at aktuelle personer hadde rett til å uttale seg før det ble truffet tvangsvedtak. Samme år ble det også sendt ut et sirkulære (rundskriv) der Justisdepartementet ba om innskjerping av praksis. Tvangsinnleggelsestallene ble nesten halvert de påfølgende årene, og nedgangen ble forklart med innskjerpingen av saksbehandlingsreglene og presiseringen av de materielle vilkårene.¹¹²

I 1898 ble umyndiggjøringsloven vedtatt.¹¹³ Paragraf 30 i denne loven åpnet for å tvangsinnlegge dem som var umyndiggjort:

«Er den umyndiggjorte drikkfæddig eller forfalden til ødeleggende brug af morfin eller andre beruselses- eller bedøvelsesmidler, kan han efter beslutning, fattet paa den maade, som i § 27 andet afsnit er bestemt, anbringes i en af kongen godkjent kuranstalt, forsaavidt dertil er adgang. Før saadan beslutning fattes, skal den umyndiggjorte være hørt eller have haft adgang til at udtale sig.

Uden den umyndiggjortes eget samtykke maa han ikke holdes i anstalten længere end 1 aar, med mindre ny beslutning derom fattes.»

Det ble ikke satt andre vilkår enn drikkfeldighet/ødeleggende bruk. Den innlagte skulle ikke lenger tvinges til arbeid, men tas i kur for sin rusmiddelavhengighet. I praksis ble det imidlertid benyttet de samme institusjonene som etter fattiglovene.¹¹⁴

Løsgjengerloven av 1900 trådte i kraft i 1907. Denne loven ble forberedt av straffelovkommissjonen av 1885. Reglene om tvangsbruk kunne bare benyttes overfor dem som ble idømt straff. Hovedfokuset for loven var bekjempelse av alkohol, men reduksjon av antall omstreifere var også viktig.

Etter løsgjengerloven kunne den som var «forfalden til drukkenskap» idømmes tvangsarbeid i tvangsarbeidshus eller opphold i kuranstalt – sammen med fengselsstraff. Det var presisert at anbringelsen skulle vare

«for den tid som af arbeidshusets eller kuranstaltens vedkommende findes paakrevet til hans helbredelse, dog ikke udover 18 maaneder, medmindre han tidligere har været anbragt paa den maade. I sidste tilfælde kan han anbringes i vedkommende anstalt i et tidsrum af indtil 3 aar.

Skeer saadan anbringelse, kan fullbyrdelsen af den idømte fængselsstraf helt eller delvis bortfalde.»¹¹⁵

Tvangsarbeid eller opphold i kuranstalt kunne også idømmes sammen med straff ved forsømmelse av underholdsbidrag på grunn av drukkenskap.

¹¹²Søvig, 2007, s. 39

¹¹³Lov om Umyndiggjørelse, 1898

¹¹⁴Søvig, 2007, s. 40

¹¹⁵Løsgjengerloven, 1900

Presiseringen om helbredelse ble tatt ut ved en lovendring i 1918 fordi ordlyden kunne hindre anbringelse i tilfeller der det ikke var utsikt til helbredelse.¹¹⁶

Løsgjengerloven åpnet også for det som i dag gjerne kalles «avtalt tvang».

I 1926 ble «Edruelighetskomiteen» oppnevnt. Denne komiteen mente at det var uheldig at alkoholistforsorgen i første rekke ble en oppgave for politiet og foreslo å opprette kommunale edruskapsnemnder valgt av kommunestyret. Komiteens forslag fikk langt på vei støtte under den videre lovbehandlingen,¹¹⁷ og edruskapsloven ble vedtatt i 1932.¹¹⁸ Denne loven ga adgang til tvangsanbringelse i inntil to år i institusjon (kursted), og virkeområdet var begrenset til bruk av alkohol. Tvangsbestemmelsene i løsgjengerloven og umyndiggjøringsloven ble opprettholdt.

Ved en lovrevisjon i 1957 ble det gjort flere endringer i edruskapsloven. Virkeområdet ble utvidet ved at misbruk av «andre berusende eller bedøvende midler» ble likestilt med alkohol. I tillegg ble det gjort en endring i vilkårene for tvangsbehandling ved at også hensynet til vedkommendes egen helse kunne tillegges vekt («utsetter seg selv for alvorlig legemlig eller sjelelig skade, volder fare for sig selv eller andre, eller gjentatte ganger forulemper sine omgivelser»).

I 1969 ble umyndiggjøringsloven § 30 opphevet. Bestemmelsen ble lite brukt, og det ble vist til at det under «enhver omstendighet synes riktig at man også overfor umyndiggjorte alkoholikere og narkotikere bruker reglene i edruskapsloven av 1932».¹¹⁹

Sosialtjenesteloven ble vedtatt i 1991 og trådte i kraft 1. januar 1993.¹²⁰ Denne loven bygget på en utredning avgitt av Sosiallovutvalget i 1985.¹²¹ Lovens kapittel 6 regulerte særlige tiltak overfor rusmiddelmisbrukere. Dette kapitlet hadde opprinnelig to bestemmelser om tilbakehold i institusjon. Den ene gjaldt tilbakehold uten eget samtykke, mens den andre gjaldt tilbakehold på grunnlag av eget samtykke, ofte kalt «avtalt tvang». I 1995 ble det tilføyd en bestemmelse om tilbakehold av gravide rusmisbrukere.

Ved rusreformen i 2004 fikk de regionale helseforetakene ansvaret for å sørge for tverrfaglig spesialisert behandling (TSB) for rusmiddelmisbruk, herunder institusjonsplasser for rusmiddelmisbrukere som ble tvangsinnlagt. Særlige regler for pasienter underlagt TSB ble da samlet i spesialisthelsetjenesteloven kapittel 3, jf. §§ 3-12 flg.¹²²

¹¹⁶Søvig, 2007, s. 42

¹¹⁷Søvig, 2007, s. 44

¹¹⁸Edruskapsloven, 1932

¹¹⁹Ot.prp. nr. 40 (1967–68) s. 24

¹²⁰Sosialtjenesteloven, 1991

¹²¹NOU 1985: 18

¹²²Spesialisthelsetjenesteloven, 1999

Helse- og omsorgstjenesteloven ble vedtatt i 2011.¹²³ Denne loven trådte i kraft 1. januar 2012 (med visse unntak) og erstattet sosialtjenesteloven og kommunehelsetjenesteloven. Reglene i sosialtjenesteloven kapittel 6 ble i hovedsak videreført uten endringer i helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 10.

5.6.2 Hovedtrekk

Tvangstiltak overfor rusmiddelavhengige er i dag regulert i helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 10. Kapitlet har tre forskjellige tvangsbestemmelser som regulerer vilkår for innleggelse og tilbakehold i institusjon, inkludert såkalt frivillig tvang (basert på avtale/samtykke). I tillegg inneholder kapitlet regler om saksbehandling i kommunen og fylkesnemnda og overprøving i tingretten. Utgangspunktet for reglene er at frivillige tiltak i åpen omsorg skal være prøvd før bruk av tvang vurderes. Kapittel 10 er formelt sett aktuelt også for barn, men brukes i liten grad overfor mindreårige: hovedsakelig fordi institusjonen er lite tilrettelagt for denne gruppen.

5.6.3 Formål

Helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 10 har ikke en egen formålsparagraf, men formålet med de ulike tiltakene framgår av de forskjellige paragrafene. I § 10-2 om tilbakehold i institusjon uten eget samtykke, framgår det at hensikten med oppholdet skal være å hindre fysisk eller psykisk helseskade for personen selv på grunn av rusbruken. Et kritikkpunkt har likevel vært at det framstår som uklart hva det nærmere formålet med oppholdet kan være. Hovedalternativene her er akutt skadeavverging, stabilisering eller rehabilitering.¹²⁴

I bestemmelsen om tilbakehold av gravide rusmiddelavhengige (§ 10-3) er det presisert at oppholdets formål er å hindre eller begrense sannsynligheten for at barnet påføres skade. Det framgår også at det skal legges vekt på at kvinnen tilbys tilfredsstillende hjelp for sitt rusmiddelmisbruk og for å bli i stand til å ivareta barnet.

5.6.4 Virkeområde

Virkeområdet for tvangsreglene i helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 10 er avgrenset til institusjoner for tverrfaglig spesialisert behandling for rusmiddelavhengighet. De regionale helseforetakene skal peke ut hvilke institusjoner i det enkelte helseforetaket som kan ta imot rusmiddelavhengige med hjemmel i helse- og omsorgstjenesteloven §§ 10-2 til 10-4, jf. spesialisthelsetjenesteloven § 2-1 a.

5.6.5 Plikt til å vurdere bruk av tvang etter melding fra pårørende

Kommunen skal ved melding fra pårørende om omfattende rusmiddelmisbruk foreta nødvendige undersøkelser i saken og vurdere om det skal fremmes sak etter reglene i helse- og omsorgstjenesteloven §§ 10-2 eller 10-3. Dette framgår av helse- og omsorgstjenesteloven § 10-1. Her er det også presisert at når saken er utredet, skal den pårørende ha

¹²³Helse- og omsorgstjenesteloven, 2011

¹²⁴Se Søvig, 2007, s. 91-94

tilbakemelding om dette.

5.6.6 Inntak og tilbakehold i institusjon uten eget samtykke

Helse- og omsorgstjenesteloven § 10-2 regulerer inntak og tilbakehold i institusjon uten samtykke for «undersøkelse og tilrettelegging av behandling» i institusjon utpekt av regionalt helseforetak, jf. spesialisthelsetjenesteloven § 2-1a fjerde ledd. Tvingen består i at rusmiddelmissbrukeren uten eget samtykke kan tas inn i og holdes tilbake i institusjonen i opptil tre måneder. Det er ikke noen mekanisme for forlengelse av oppholdet. Er dette ønskelig må ny sak fremmes for fylkesnemnda.

Av forarbeidene til loven¹²⁵ framgår det at adgangen til inntak og tilbakehold i institusjon uten eget samtykke først og fremst omfatter de som – på det tidspunktet det er aktuelt med et behandlingsopplegg – er så «nedkjørte» at de vanskelig kan ta standpunkt til et behandlingsopplegg.

Hvis det blir truffet et tvangsvedtak med hjemmel i helse- og omsorgstjenesteloven § 10-2, betyr det at den rusmiddelavhengige kan tas inn i institusjonen, eventuelt med bistand fra politiet, og at vedkommende kan hentes tilbake hvis han eller hun forlater institusjonen.

Helse- og omsorgstjenesteloven § 10-2 gir ikke hjemmel for tvangsbehandlingstiltak, for eksempel tvangsmedisinering.

Følgende vilkår må være oppfylt for at helse- og omsorgstjenesteloven § 10-2 kan komme til anvendelse:

- den rusmiddelavhengige må ved sitt misbruk «utsette sin fysiske eller psykiske helse for fare»
- misbruket må være «omfattende og vedvarende»
- frivillige hjelpetiltak er ikke tilstrekkelig.

Den sentrale avgrensende uttrykksmåten i § 10-2 er «omfattende og vedvarende [rus]misbruk», jf. første ledd. Etter spesialbestemmelsen for gravide i § 10-3 er bare «[rus]misbruk» brukt.

Som rusmidler regnes både alkohol, narkotika og andre rusframkallende stoffer, herunder vanedannende medikamenter». ¹²⁶ Misbruksbegrepet er lite drøftet i forarbeidene, og utsagnene er til dels uklare. ¹²⁷ I veileder IS-2355, som antas å reflektere oppfatningen i praksis, framgår det:

«Det er et krav at misbruket er av et visst omfang, både i tid og mengde. Det må foretas en helhetsvurdering av personenes rusmiddelbruk. Det er ikke mulig å sette opp definerte størrelser, for eksempel at inntak mer enn et gitt antall alkoholenheter skal regnes som misbruk, siden det avgjørende er konsekvensen av bruken, ikke mengden i seg selv.

¹²⁵Ot.prp. nr. 29 (1990–91) punkt 6.6

¹²⁶Helsedirektoratet, IS-2355, s. 49

¹²⁷Se oppsummering hos Søvig, 2007, s. 260

Sentrale momenter i vurderingen av om det foreligger et misbruk vil være økt toleranse, abstinens, sterk trang til rusmiddelinntak og manglende evne til å kontrollere rusmiddelinn-taket. Momentene er ikke uttømmende, og ikke alle må være til stede for at det skal dreie seg om et misbruk i lovens forstand.»¹²⁸

Hensynet til vern av fosteret tilsier en lavere terskel etter § 10-3.¹²⁹

Da kommunehelsetjenesteloven og den tidligere sosialtjenesteloven ble erstattet av helse- og omsorgstjenesteloven (med virkning fra 1. januar 2012), ble begrepet som gjelder perso-nen(e), det vil si «*rusmiddelmisbruker(e)*» erstattet med «*rusmiddelavhengig(e)*» i paragrafover-skrifter og i lovteksten i § 10-4. Det ble i forarbeidene vist til at disse endringene var «i tråd med dagens språkbruk».¹³⁰ Departementet foreslo ikke endringer i begrepene som betegner (selve) misbruket, dvs. «*rusmiddelmisbruk*» og «*misbruk*». Disse begrepene ble vedtatt videre-ført, jf. helse- og omsorgstjenesteloven § 10-1 første ledd, § 10-2 første ledd og § 10-3 første og andre ledd). Det er altså innført et skille mellom betegnelsen på personene reglene gjelder for, og handlingene disse må ha utøvd for å kvalifisere til å omfattes av reglene. Formålet syn-es ikke å ha vært å endre rekkevidden av bestemmelsene i §§ 10-2 og 10-3. Det kan ellers legges til at ved lov 16. juni 2017 om endringer i barnevernloven fikk helse- og omsorgstje-nesteloven § 10-3 et nytt sjuende ledd. I dette leddet er begrepet «*rusavhengighet*» benyttet. (Denne endringen trådte i kraft 1. januar 2018). Begrepsbruken er ikke kommentert i forarbei-dene.¹³¹

En kritikk mot dagens lovgivning har vært at uttrykksmåten «utsette [...] for fare» legger lis-ten for lavt. En annen kritikk har vært at loven ikke eksplisitt referer til viktige juridiske krav som nødvendighet og forholdsmessighet. En problemstilling det er uenighet om i litteraturen, er om samtykke til frivillig opphold utelukker vedtak om tvungen innleggelse.

Det er presisert i § 10-2 at et vedtak bare kan settes i verk dersom institusjonen «faglig og ma-terielt er i stand til å tilby vedkommende tilfredsstillende hjelp sett i forhold til formålet med inntaket i institusjonen». Kommunen kan la være å sette i verk et vedtak om forholdene tilsier det. Hvis vedtaket ikke er satt i verk innen seks uker, bortfaller det. Institusjonen har frihet til å avslutte oppholdet før vedtaket er utløpt, uten klagemulighet for kommunen som har initiert frihetsberøvelsen.

5.6.7 Tilbakehold av gravide rusmiddelavhengige

Etter helse- og omsorgstjenesteloven § 10-3 kan det vedtas at en gravid rusmiddelavhengig skal tas inn i institusjon utpekt av regionalt helseforetak og holdes tilbake der i hele

svangerskapet. Følgende vilkår må være oppfylt:

¹²⁸Helsedirektoratet, IS-2355, s. 49

¹²⁹Helsedirektoratet, IS-2355, s. 55

¹³⁰Prop. 91 L (2010–2011) kapittel 47

¹³¹Prop. 169 L (2016–2017)

- misbruket må være av en slik art at det er «overveiende sannsynlig at barnet vil bli født med skade»
- frivillige hjelpetiltak er ikke tilstrekkelig.

Kommunen skal, i samråd med institusjonen, minst hver tredje måned vurdere om det fortsatt er grunnlag for tilbakehold. Tilbakeholdelsen kan bare fortsette hvis kommunen treffer avgjørelse om det innen denne fristen. Det er også bestemt at kommunen kan la være å sette i verk et vedtak hvis forholdene tilsier det. Hvis vedtaket ikke er satt i verk innen to uker, bortfaller det. En kritikk mot bestemmelsen har vært at det er vanskelig å identifisere aktuelle gravide tilstrekkelig tidlig med tanke på å avgrense eventuelle skadevirkninger for fosteret.

5.6.8 Tilbakehold i institusjon på grunnlag av eget samtykke

Helse- og omsorgstjenesteloven § 10-4 viderefører den bestemmelsen i sosialtjenesteloven som skulle være hovedregelen om bruk av tvang ved behandling av rusmiddelavhengige. Bestemmelsen regulerer såkalt avtalt eller samtykkebasert tvang. Den tar utgangspunkt i at den rusmiddelavhengige selv ønsker opphold i institusjon for å få behandling for sitt rusproblem. Hvis vedkommende under behandlingsforløpet ønsker å avbryte behandlingen, gir bestemmelsen mulighet til å holde vedkommende tilbake i institusjonen.

Det er presisert i § 10-4 at institusjonen kan sette som vilkår at vedkommende samtykker i å bli holdt tilbake i «opptil tre uker regnet fra inntaket». For at et slikt samtykke skal være gyldig, må det tilfredsstille følgende krav:

- samtykket må være skriftlig
- før samtykket gis, må den rusmiddelavhengige informeres om hva samtykket innebærer og gjøres kjent med hvor lenge han eller hun kan holdes tilbake
- samtykket må være gitt til institusjonsledelsen senest når oppholdet i institusjonen starter.

Ved opphold i institusjon med sikte på behandling eller opplæring i tre måneder eller mer, kan det også settes som vilkår at den rusmiddelavhengige kan holdes tilbake i opptil tre uker etter at samtykket uttrykkelig er trukket tilbake. Tilbakehold kan skje opptil tre ganger for hvert opphold.

Bestemmelsen har i femte ledd en særregel om samtykke fra barn og unge under 18 år. Barn over 12 år, men under 16, kan bare holdes tilbake i institusjon når både barnet og de som har foreldreansvaret, samtykker i at dette kan skje. Er personen over 16 år, er det tilstrekkelig med samtykke fra vedkommende selv.

Paragraf 10-4 er kritisert for å være komplisert. Overfor utvalget er dette antydning som en mulig grunn til at den sannsynligvis er lite brukt.

5.6.9 Saksbehandlingsregler og overprøving i tingretten

Kommunen må utarbeide forslag til tiltak, jf. helse- og omsorgstjenesteloven § 10-6. Det er ikke stilt krav i loven om hvem som har myndighet til å utarbeide forslag til tiltak, så dette må kommunen selv bestemme.

Kompetansen til å fatte vedtak etter §§ 10-2 og 10-3 er lagt til fylkesnemnda for barnevern og sosiale saker. Saksbehandlingsregler for fylkesnemnda er gitt i barnevernloven kapittel 7, jf. henvisningsbestemmelse i helse- og omsorgstjenesteloven § 10-5.

Kommunen har i spesielle tilfeller hjemmel for å treffe midlertidig vedtak, noe som i praksis skjer ofte. Dette er nærmere regulert i helse- og omsorgstjenesteloven §§ 10-2 og 10-3. Slike vedtak blir ofte omtalt som hastevedtak. Vilåårene for å treffe slike vedtak er for det første at de alminnelige vilåårene for bruk av tvang etter §§ 10-2 og 10-3 er oppfylt. I tillegg er det et vilåår at de interessene som skal ivaretas kan bli «vesentlig skadelidende dersom vedtak ikke treffes og gjennomføres raskt». Et midlertidig vedtak underkastes en forenklet behandling i fylkesnemnda. Kommunen må innen to uker sende forslag om ordinært vedtak til fylkesnemnda. Hvis sak ikke fremmes fylkesnemnda innen fristen, faller det midlertidige vedtaket bort.

Den private parten eller kommunen kan bringe fylkesnemndas vedtak inn for tingretten etter reglene i tvisteloven kapittel 36. Nærmeste pårørende har ikke denne retten. Etter helse- og omsorgstjenesteloven § 10-7 er fristen for å reise søksmål som hovedregel to måneder fra den dagen den som har rett til å reise sak, fikk melding om vedtaket.

5.6.10 Forskrift om rettigheter og tvang i rusinstitusjon

Med virkning fra 1. november 2016 trådte forskrift om rettigheter og bruk av tvang under opphold i institusjon for behandling, omsorg og rehabilitering av personer med rusmiddelproblemer i kraft, nedenfor referert til som forskrift om rettigheter og tvang i rusinstitusjon).¹³² Av formålsbestemmelsen framgår at formålet er å gi regler om gjennomføring av opphold i institusjon for personer med rusmiddelproblemer, å avklare når det er adgang til å bruke tvang og å hindre at tvang brukes i større utstrekning enn nødvendig. Forskriften gjelder for alle institusjoner på rusfeltet, både offentlige og private og ikke bare de som er godkjent for frihetsberøvelse etter kapittel 10, med andre ord også kommunale rusinstitusjoner. Spørsmålet om de forskjellige tiltakene som forskriften regulerer, skal anvendes, må bero på en konkret vurdering av om de vilåår som er nedfelt i forskriften, er oppfylt. Et gjennomgående vilåår er at tiltaket må være nødvendig for å oppnå formålet med oppholdet.

Forskriften har nærmere regler om følgende:

- vern om personlig integritet
- husordensregler mv.
- oppbevaring av eiendeler og økonomiske midler
- rusmiddeltesting
- forbindelse med omverdenen
- kroppsvisitasjon og undersøkelse av pasient og brukers rom og eiendeler
- beslag og tilintetgjøring av legemidler, rusmidler, skadelige stoffer og farlige gjenstander
- kortvarig fastholding
- adgang til tilbakehold og tilbakeføring ved rømming
- registrering, underretning og fortløpende vurdering av vedtak
- klage
- samarbeid mellom institusjonen og kommunen.

¹³²Forskrift om rettigheter og tvang i rusinstitusjon, 2016

Helsedirektoratet har gitt nærmere informasjon om forskriften og tolkningen av denne i et eget skriv datert 03.10.2016.¹³³

5.7 Helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9

5.7.1 Bakgrunn

I NOU 1973: 25 ble det foretatt en faglig gjennomgang av omsorgen for personer med psykisk utviklingshemning.¹³⁴ Her ble det foreslått å utvide virkeområdet for lov om psykisk helsevern til også å omfatte behandlingstrengende psykisk utviklingshemmede. Dette forslaget fikk ikke tilslutning fra departementet, jf. St.meld. nr. 88 (1973–74) Om omsorg for psykisk utviklingshemmede.

I de tidligere HVPU-institusjonene var det bygd ut særlige avdelinger der beboernes frihet kunne være sterkt begrenset, og der ulike former for tvangsbehandling og tvangsmedisinering ble benyttet. Denne virksomheten var ikke lovhemlet, men tvangsmiddelforskriften fra 1977 ga en begrenset adgang til å bruke tvangsmidler innen psykisk helsevern, helsevernet for psykisk utviklingshemmede og helsevernet for epileptikere.¹³⁵ Bruk av tvang etter denne forskriften skulle anses som handlinger basert på nødretts- og nødvergeprinsipper, slik disse var angitt i straffeloven av 1902 §§ 47 og 48.¹³⁶

Fra midten av 1970-tallet ble rettssikkerheten for de utviklingshemmede mye diskutert. Dette hadde sammenheng med at offentligheten tidvis fikk innsyn i at tvangsmessige tiltak som del av et «behandlingsopplegg», også syntes å ha karakter av klare overgrep.¹³⁷

I St.meld. nr. 32 (1976–77) Rettssikkerhet i sosial- og helseinstitusjoner ble regelverk og ansvarsforhold drøftet på et mer generelt grunnlag. Her ble det blant annet uttrykt ønske om et bedre tilsyn med institusjonsomsorgen.

Røkke-utvalget ble oppnevnt i 1990. Mandatet for dette utvalget var

«å utrede spørsmål vedrørende etiske retningslinjer, bruk av tvang og kontrollordning eller lignende for mennesker med psykisk utviklingshemming og andre med tilsvarende problemer og behov under kommunalt ansvar».

Utvalget avga sin innstilling i 1991, jf. NOU 1991: 20 Rettssikkerhet for mennesker med psykisk utviklingshemming. Om andre persongrupper med tilsvarende problemer og behov uttalte utvalget blant annet:

¹³³Helsedirektoratet, 2016

¹³⁴NOU 1973: 25

¹³⁵Forskrifter om begrenset adgang til bruk av tvangsmidler og forbud mot korporlig refselse innen psykisk helsevern, helsevernet for psykisk utviklingshemmede og helsevernet for epileptikere, 1977

¹³⁶Sosialdepartementet, I-107/77

¹³⁷Ot.prp. nr. 58 (1994–95) s. 4

«Slike grupper kan imidlertid kreve en egen utredning med sikte på en grundig vurdering av spesielle problemer og behov utover denne innstilling. Med dette forbehold kan det sies at innstillingens forslag ikke knytter seg til en bestemt diagnose, men til det særpregede ved ulike typer av tjenester. I utgangspunktet kan derfor forslagene legges til grunn for alle som mottar tjenester av et slik omfang eller en slik karakter som nevnt.»¹³⁸

Utvalget foreslo lovfesting av enkelte rettigheter for vern av brukerens grunnleggende behov, personlig integritet og selvbestemmelsesrett. I tillegg utformet utvalget forslag til «Ethiske retningslinjer – rettigheter og selvbestemmelse», «Praktisk anvendbare etiske retningslinjer for «omgang med» tjenestemottakere» og «Ethiske retningslinjer for profesjonell omsorgsyttelse, behandling, opplæring, trening, observasjon og forskning».¹³⁹

Utvalget foreslo at bruk av tvang i nødssituasjoner fortsatt skulle bygge på straffelovens regler om nødverge og nødrett, og at all annen bruk av tvang skulle reguleres som tvang i «systematiske tiltak i behandling, opplæring, trening og profesjonell omsorgsyttelse». Etter utvalgets forslag kunne det ved gjennomføring av slike tiltak brukes tvang «i begrenset omfang» hvis det var «påkrevd av hensyn til beboers livssituasjon».

Utvalget la til grunn at virkeområdet for reglene skulle være institusjoner og boformer regulert i sosialtjenesteloven og kommunehelsetjenesteloven. For personer som bodde i egen bolig, foreslo utvalget at tvang i systematiske tiltak skulle bygge på samtykke.

Innstillingen fra Røkke-utvalget sto sentralt i den videre prosessen fram mot nye lovregler. På bakgrunn av debatten om utvalgets innstilling m.m. fant Sosial- og helsedepartementet det nødvendig å foreta en ny utredning om hvordan eventuelle nye regler kunne utformes. I 1994 ble det derfor sendt ut et høringsnotat med et nytt forslag til lovregler om bruk av tvang og makt overfor personer med psykisk utviklingshemning. Dette høringsnotatet begrenset seg til bruk av tvang og andre inngripende virkemidler. Lovproposisjon ble fremmet i 1995.¹⁴⁰ Lovforslaget i denne proposisjonen avvek på vesentlige punkter fra Røkke-utvalgets forslag, men mange av de grunnleggende forutsetningene for forslaget var de samme som utvalget la til grunn. Departementet foreslo et nytt kapittel 6A i sosialtjenesteloven om bruk av tvang og makt mv. overfor personer med psykisk utviklingshemning. I tillegg ble det foreslått en ny bestemmelse i kommunehelsetjenesteloven. Etter denne bestemmelsen skulle sosialtjenesteloven kapittel 6 A gjelde tilsvarende under utøvelsen av helsetjenester etter kommunehelsetjenesteloven.

Under behandlingen av Ot.prp. nr. 58 (1994–95) ba Sosialkomiteen departementet om en juridisk vurdering av forholdet mellom lovforslaget og de internasjonale menneskerettighetskonvensjonene. En slik vurdering ble gitt i en tilleggsproposisjon som ble fremmet i 1996.¹⁴¹ Departementet valgte i denne proposisjonen å trekke en av bestemmelsene fra forslaget og foreslo også enkelte andre endringer. Lovforslaget ble vedtatt i 1996, etter flere endringer og til-

¹³⁸NOU 1991: 20, s. 35-36

¹³⁹NOU 1991: 20, s. 39-48

¹⁴⁰Ot.prp nr. 58 (1994–95)

¹⁴¹Ot.prp. nr. 57 (1995–96)

føyelser under stortingsbehandlingen, jf. Innst. O. nr. 79 (1995–96). Det ble blant annet tilføyd en bestemmelse om at en rådgivende gruppe (Rådet) skulle følge med i praktiseringen av loven, og at reglene skulle ha en tidsavgrenset varighet på tre år fra ikrafttredelsen. Stortinget ba også regjeringen legge fram en stortingsmelding om nærmere retningslinjer for praktiseringen av loven og om hovedinnholdet i forskriftene til loven, før loven skulle tre i kraft. Stortingsmelding om dette ble fremmet i 1998.¹⁴² Etter dette ble det bestemt at lovendringene skulle tre i kraft fra 1. januar 1999.

I 2001 ble det fremmet en lovproposisjon der det ble foreslått at virketiden for sosialtjenesteloven kapittel 6A skulle forlenges med to år, og at Rådets funksjonstid skulle forlenges med et halvt år. Bakgrunnen for dette var i hovedsak et ønske om noe lengre tids praktisering av loven før den ble revurdert, men også at forskningsprosjekter som kunne ha sentral verdi for lovens evaluering, var blitt forsinket.¹⁴³ Stortinget vedtok forslagene samme år.

Høringsnotat med forslag til regler som skulle avløse de midlertidige reglene, ble sendt ut i 2002, og lovproposisjon ble fremmet i 2003.¹⁴⁴ Rådet hadde påpekt at reglene burde plasseres nært opp til rettighetsbestemmelsene i sosialtjenesteloven kapittel 4. Departementet og høringsinstansene var enig i dette, og reglene ble derfor foreslått tatt inn som et nytt kapittel 4A i sosialtjenesteloven. Virkeområdet for forslaget var det samme som for kapittel 6A. Det gjaldt fortsatt bruk av tvang og makt som ledd i pleie- og omsorgstjenester til personer med psykisk utviklingshemning. Vilkårene for bruk av tvang og makt som gjaldt etter de midlertidige reglene, ble foreslått videreført. Det samme gjaldt i hovedsak saksbehandlingsreglene. Forslaget ble vedtatt i 2003, og nytt kapittel 4A trådte i kraft 1. januar 2004.¹⁴⁵

Helse- og omsorgstjenesteloven ble vedtatt i 2011.¹⁴⁶ Denne loven trådte i kraft 1. januar 2012 (med visse unntak) og erstattet sosialtjenesteloven og kommunehelsetjenesteloven. Reglene i sosialtjenesteloven kapittel 4A ble i hovedsak videreført uten endringer i helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9.

5.7.2 Hovedtrekk

Helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 har regler om bruk av tvang og makt overfor personer med psykisk utviklingshemning. Tittelen på kapitlet er «Rettsikkerhet ved bruk av tvang og makt overfor enkelte personer med psykisk utviklingshemning». Her er det gitt regler om vilkår for når tvang og makt kan brukes, i tillegg til regler om kommunens saksbehandling, fylkesmannens overprøving, krav til gjennomføring og evaluering, klage og domstolsprøving.

¹⁴²St.meld. nr. 26 (1997–98)

¹⁴³Ot.prp. nr. 62 (2000–2001) s. 7

¹⁴⁴Ot.prp. nr. 55 (2002–2003)

¹⁴⁵Lov om endringer i lov om sosiale tjenester mv.. og lov om helsetjenesten i kommunene, 2003

¹⁴⁶Helse- og omsorgstjenesteloven, 2011

5.7.3 Formål

Formålet med reglene er å hindre at personer med psykisk utviklingshemning utsetter seg selv eller andre for vesentlig skade og forebygge og begrense bruk av tvang og makt, jf. § 9-1. Hovedregelen er at andre løsninger skal være prøvd før bruk av tvang vurderes. Dette betyr at kommunen plikter å unngå tvang der det er mulig. Det er også presisert i formålsbestemmelsen at tjenestetilbudet skal tilrettelegges med respekt for den enkeltes fysiske og psykiske integritet, og så langt som mulig i overensstemmelse med brukerens eller pasientens selvbestemmelsesrett. I tillegg er det presisert at ingen skal behandles på en nedverdiggende og krenkende måte.

5.7.4 Virkeområde

Virkeområdet for helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 er avgrenset på tre måter; hvilke personer som er målgruppen, hvilke tjenester reglene gjelder for og hva som skal regnes som bruk av tvang eller makt. Virkeområdet for kapittel 9 gjelder bare for personer med diagnosen psykisk utviklingshemning. I rundskriv fra Helsedirektoratet er det påpekt at «psykisk utviklingshemning» er en samlebetegnelse for en rekke forskjellige tilstander og vist til diagnose-systemet ICD-10, der diagnosen er beskrevet slik:

«Tilstand av forsinket eller mangelfull utvikling av evner og funksjonsnivå, som spesielt er kjennetegnet ved hemning av ferdigheter som manifesterer seg i utviklingsperioden, ferdigheter som bidrar til det generelle intelligensnivået, f.eks. kognitive, språklige, motoriske og sosiale. Utviklingshemning kan forekomme med eller uten andre psykiske og somatiske lidelser.»¹⁴⁷

Spesialisthelsetjenesten har ansvaret for diagnostiseringen.

Etter § 9-2 første ledd gjelder kapitlet bruk av tvang og makt som ledd i tjenester etter helse- og omsorgstjenesteloven § 3-2 nr. 6 bokstavene a til c og § 3-6 første ledd nr. 2. Dette innebærer avgrensning til følgende tjenester:

- a. helsetjenester i hjemmet
- b. personlig assistanse, herunder praktisk bistand og opplæring og støttekontakt
- c. plass i institusjon, herunder sykehjem
- d. avlastningstiltak.

Av forarbeidene til loven framgår det at «helsetjenester i hjemmet» må tolkes innskrenkende, slik at reglene bare omfatter pleie og omsorg i hjemmesykepleie, slik virkeområdet var avgrenset i sosialtjenesteloven kapittel 4 A.¹⁴⁸

Helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 gir ikke hjemmel for tvangsmedisinering, tvungen undersøkelse og behandling av somatiske og psykiske lidelser. Denne avgrensningen reiser ulike spørsmål mot annet lovverk. Om kapittel 9 eller pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4A kommer til bruk, kan således avhenge av om tjenesten regnes som medisinsk behandling eller pleie- og omsorg. Dette kan by på tvil i enkelte tilfeller. Kapittel 9 gir heller ikke hjemmel for bruk av tvang i skoleverket, i barnehager eller på arbeidsplasser. Her har det opp-

¹⁴⁷Helsedirektoratet, IS-10/2015

¹⁴⁸Prop. 91 L (2010–2011) s. 501

stått en rekke spørsmål om i hvilken grad kapitlet (likevel) kan gjøres gjeldende på slike arenaer, særlig dersom personale fra helse- og omsorgstjenesten er til stede og utøver tvangsbruken.

Den tredje avgrensningen gjelder hva som skal regnes som bruk av tvang eller makt. I § 9-2 framgår det:

«Som bruk av tvang eller makt etter reglene i kapitlet her regnes tiltak som tjenestemottakeren motsetter seg, eller tiltak som er så inngripende at de uansett motstand må regnes som bruk av tvang eller makt.»

Dette innebærer at definisjonen av tvang eller makt i dette kapitlet for det første inneholder en subjektiv del (tiltak som brukeren eller pasienten motsetter seg). Presiseringen foretatt i lovteksten om at «Alminnelige oppfordringer og ledelse med hånden eller andre fysiske påvirkninger av liknende art anses ikke som bruk av tvang eller makt» refererer særlig til dette. Den objektive delen av tvangsbegrepet omfatter «tiltak som er så inngripende at de uansett motstand må regnes som bruk av tvang eller makt». Spørsmålet her er om folk flest ville motsatt seg tiltaket. Eksempel fra praksis kan være låsing av kjøleskapdør. Det har vært en diskusjon om praktiseringen av det objektive kriteriet har vært for streng i enkeltsaker. Det er uttrykkelig fastslått i lovteksten at bruk av inngripende varslingssystemer med tekniske innretninger alltid skal regnes som bruk av tvang eller makt. Utviklingen av omsorgsteknologi reiser nye problemstillinger som ikke tidligere har vært påtenkt, for eksempel bruk av elektroniske løsninger for å unngå oversvømmelse fra vask, men som samtidig begrenser pasient/brukers vante bruk.

Kapittel 9 gjelder også overfor barn, men bare for tiltak som går utover hva som er vanlig i omsorg for normalt utviklede barn på samme alder. De konkrete grensetrekningene kan være vanskelige.

Problemstillinger knyttet til tvangsbegrepet er nærmere drøftet kapittel 18.

5.7.5 Rett til medvirkning og informasjon – krav til forebygging

Helse- og omsorgstjenesteloven § 9-3 regulerer rett til medvirkning og informasjon. Både pasienten/brukeren, pårørende og verge skal høres før kommunen treffer vedtak om bruk av tvang og makt. Disse skal gis informasjon om adgangen til å uttale seg i saker som skal overprøves, klageadgang og adgangen til å bringe vedtaket inn for tilsynsmyndigheten og tingretten. Dersom verge ikke allerede er oppnevnt der kommunen anser det aktuelt å fatte vedtak om bruk av tvang og makt, skal verge oppnevnes. Verge og pårørende er ikke tillagt noen formell beslutningsrett, men skal ivareta tjenestemottakerens interesser under saksforberedelsen.

I § 9-4 er det stilt krav til forebygging. Ifølge denne bestemmelsen har kommunen plikt å sørge for at forholdene legges til rette for minst mulig bruk av tvang og makt og til å gi nødvendig opplæring, herunder faglig veiledning og oppfølging i gjennomføring av tiltak etter kapittel 9.

5.7.6 Vilkår for bruk av tvang og makt – krav til situasjoner der tvang og makt kan brukes

Helse- og omsorgstjenesteloven § 9-5 regulerer vilkårene for bruk av tvang og makt. Alle vilkårene i denne bestemmelsen må være oppfylt for at det skal være adgang til å bruke tvang og makt. Utgangspunktet er at alle «andre løsninger» må være vurdert og prøvd ut før tiltak etter kapittel 9 settes i verk, jf. første ledd. Dette betyr at tiltak for å hindre eller begrense vesentlig skade alltid skal forsøkes løst ved frivillighet og samarbeid med brukeren eller pasienten, og

at alle tilgjengelige og forsvarlige faglige tilnærminger skal være utnyttet for å unngå bruk av tvang og makt.

Hvis kommunen i samarbeid med brukeren eller pasienten, pårørende og verge ikke finner løsninger slik at den utfordrende atferden dempes eller forsvinner, må kommunen be om bistand fra spesialisthelsetjenesten. Kommunen og spesialisthelsetjenesten må da gjennomgå alle faktorer som kan ha betydning for den utfordrende atferden, og endre det som er mulig å endre. Kravet om at andre løsninger skal være prøvd først, kan bare fravikes «i særlige

tilfeller», og det skal i slike tilfeller gis en begrunnelse. Det har blitt diskutert i hvilken grad tidsfaktoren kan begrunne at det blir gjort unntak fra utprøvingskravet, og her er det gjort viktige klargjøringer i rundskriv IS-10/2015.

Inngrep kan bare foretas for å hindre eller begrense «vesentlig skade». Skadebegrepet er langtrekkende og i rundskriv IS-10/2015 opererer man med følgende kategorier: (1) fysisk skade på egen person, (2) psykisk skade på egen person/hemming av egen utvikling, (3) sosial fornedring, (4) skader på andre personer, (5) materielle skader på egne eiendeler og (6) materielle skader på andre sine eiendeler.

Nettopp fordi skadebegrepet i liten grad setter grenser for hvilke interesser som kan ha vern gjennom et inngrep, får vesentlighetskravet en særlig viktig avgrensende funksjon. I forarbeidene er kravet presisert gjennom generelle formuleringer om at det må være fare for skade av «betydelig omfang» eller «alvorlige konsekvenser».

I § 9-5 tredje ledd er det presisert nærmere hvilke situasjoner tvang og makt kan anvendes i. Her er det skilt mellom tre situasjoner:

- a. skadeavvergende tiltak i nødsituasjoner
- b. planlagte skadeavvergende tiltak i gjentatte nødsituasjoner og
- c. tiltak for å dekke tjenestemottakerens grunnleggende behov for mat og drikke, påkledning, hvile, søvn, hygiene og personlig trygghet, herunder opplærings- og treningstiltak.

Overfor utvalget er det påpekt at en del problemstillinger som ikke var i fokus ved lovens forberedelse og vedtakelse, senere har trådt i forgrunnen. Dette gjelder for eksempel ulike tiltak for å forebygge kriminelle handlinger, som «fotfølging». Målgruppen her vil gjerne være personer med lett utviklingshemning som i noen tilfeller utelukkende blir tildelt kommunale tjenester for at man skal kunne føre kontroll. Dette reiser spørsmål om rekkevidden av dagens regler.

5.7.7 Krav til tiltakets innhold

Tvang og makt bare brukes når det er «faglig og etisk forsvarlig». Dette vilkåret gjelder både vedtakets innhold og ved gjennomføring av tiltak. Hva som er faglig forsvarlig, refererer grunnleggende sett til fagdisiplinens egne normer, og er uttrykk for en såkalt rettslig standard. Fag og etikk vil ofte inngå i hverandre, noe som er særlig understreket i forarbeidene til denne loven, men slik loven er utformet, er etisk forsvarlighet et selvstendig krav. Dette kan innebære at tiltak som etter en faglig vurdering er forsvarlig, ikke uten videre kan anses som etisk forsvarlig. Det må foretas en konkret vurdering av tiltaket i hver enkelt sak.

Et uttrykkelig krav om etisk forsvarlighet finnes ikke igjen i noe annet norsk tvangsregelverk, og det har vært reist spørsmål om hensiktsmessigheten. Kravet blir imidlertid utdypet gjennom vurderingskriterier i lovteksten der tradisjonelle juridiske uttrykksmåter om nødvendighet og forholdsmessighet også er brukt, jf. § 9-5 andre ledd:

«I vurderingen skal det legges særlig vekt på hvor inngripende tiltaket er for den enkelte tjenestemottaker. Tiltakene må ikke gå lenger enn det som er nødvendig for formålet, og må stå i forhold til det formålet som skal ivaretas.»

I nødvendighetskravet ligger at det minst inngripende effektive tiltaket må velges. Forholdsmessighetsvurderingen («stå i forhold til det formålet») vil være bred og ta hensyn til både positive og negative virkninger av tvangen. Mens fravær av beslutningskompetanse ikke er vilkår for inngrep etter kapittel 9, må slike vurderinger inngå i den skjønnsmessige vurderingen.

I § 9-6 er nedfelt særlige skranker for bruk av enkelte typer tiltak som blir regnet som særlig inngripende, eller misbrukspotensialet anses særlig stort. Det gjelder for det første mekaniske tvangsmidler som hindrer brukerens eller pasientens bevegelsesfrihet, herunder belter, remmer, skadeforebyggende spesialklær og liknende. Slike tiltak kan bare brukes for å gi nødvendig støtte for fysiske funksjonshemninger, for å hindre fall og for å hindre at brukeren eller pasienten skader seg selv. Uansett må vilkårene i § 9-5 være oppfylt. I tillegg har § 9-6 nærmere regler om skjerming av brukeren eller pasienten fra andre personer og om grenser for bruk av tvang og makt ved opplærings- og treningstiltak.

Det framgår klart av forarbeidene at kapittel 9 ikke omfatter frihetsberøvelse i betydningen tilbakehold i bolig. Det har vært påpekt at dette forekommer i praksis og reist spørsmål om hvordan dette bør håndteres lovmessig.

5.7.8 Kommunens saksbehandling og fylkesmannens overprøving

Saksbehandlingsprosedyren er forskjellig avhengig av hvilken situasjon bruken av tvang og makt gjelder. Dette er nærmere regulert i helse- og omsorgstjenesteloven §§ 9-7 og 9-8. For skadeavvergende tiltak i enkeltstående nødsituasjoner gjelder det en enklere prosedyre enn ved planlagte inngrep.

Når det gjelder for skadeavvergende tiltak enkeltstående nødsituasjoner, skal den som har det daglige ansvaret for tjenesten, treffe *beslutning* om bruk av tvang og makt, jf. § 9-7 første ledd. Kommunen må ta uttrykkelig stilling til hvem som skal ha dette ansvaret. Hvis den som har det daglige ansvaret ikke er til stede, eller det ikke er tid til å vente på at vedkommende skal ta en slik beslutning, må beslutningen tas av tjenesteyteren. Det skal straks sendes melding om beslutningen til den faglige ansvarlige for tjenesten, fylkesmannen, verge og pårørende, eller på den måten fylkesmannen beslutter. Meldingen skal opplyse om adgangen til å klage.

Når det gjelder skadeavvergende tiltak i gjentatte nødsituasjoner og tiltak for å dekke

grunnleggende behov, jf. § 9-5 tredje ledd bokstav b og c, skal det treffes *vedtak*. Slike vedtak skal treffes av den som har det overordnede faglige ansvaret for tjenesten, jf. § 9-7 andre ledd. Kommunen må peke ut hvem som skal ha dette ansvaret. Vedtak kan gjelde for inntil tolv måneder om gangen, og spesialisthelsetjenesten skal bistå ved utformingen av tiltakene. Kommunen må sørge for at spesialisthelsetjenesten bringes inn i saken og får de opplysningene den trenger for å bistå på en forsvarlig måte.

Det er gitt detaljerte regler om hva vedtaket skal inneholde. Grunnen til dette er særlig at vedtaket skal gi grunnlag for de berørte partene til å avgi uttalelse og grunnlag for fylkesmannen til å overprøve vedtaket. Samtidig bidrar de strenge kravene til å sikre individuelle vurderinger. Hvor utfyllende dokumentasjonen må være, vil avhenge av hvor alvorlig saken er.

Alle vedtak om planlagt bruk av tvang (bokstav b- og c-tiltak) skal overprøves av fylkesmannen, jf. § 9-8. Overprøvingen er ikke avhengig av formell klage fra vedkommende selv eller andre klageberettigede. Fylkesmannen har ved overprøvingen full kompetanse og skal prøve

alle sider av saken. Overprøvingen kan resultere i godkjenning, nektet godkjenning, avvisning eller omgjøring. Kommunens vedtak kan ikke iverksettes før fylkesmannen har godkjent det. Hvis noen av de private partene klager på et vedtak fylkesmannen har godkjent, kan heller ikke godkjenningsvedtaket iverksettes før fylkesnemnda for barnevern og sosiale saker har behandlet saken.

Modellen med at vedtak fra kommunen må overprøves av fylkesmannen før iverksetting, har sin særegne historiske bakgrunn. Da lovproposisjon med forslag til nye regler om bruk av tvang og makt overfor personer med psykisk utviklingshemning ble fremmet i 1995, var det et særlig behov for å verne disse personene mot overgrep, jf. oversikt over den historiske bakgrunnen for helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9, inntatt i punkt 5.7.1. Det ble i proposisjonen uttalt: «I og med at bruk av tvang i prinsippet skjer mot vedkommende vilje, er det rimelig at kommunens vedtak blir overprøvd som om det var påklaget.»¹⁴⁹

5.7.9 Krav til gjennomføring og evaluering

Spesialisthelsetjenesten skal bistå ved gjennomføring av skadeavvergende tiltak i gjentatte nødsituasjoner og tiltak for å dekke tjenestemottakerens grunnleggende behov, jf. helse- og omsorgstjenesteloven § 9-9. Spesialisthelsetjenestens ansvar og rolle er nærmere omtalt i punkt 5.7.11. Brukeren eller pasienten har rett til kvalifisert personale ved gjennomføring av disse tiltakene, og det skal være to tjenesteytere til stede hvis ikke dette er til ugunst for brukeren eller pasienten. Det er i lovteksten i § 9-9 tredje ledd også stilt nærmere krav til personalets utdanning, men fylkesmannen kan i særlige tilfeller gi dispensasjon fra utdanningskravet. Utdanningskravet gjelder bare for den ene av de to tjenesteyterne som skal delta i gjennomføringen av tiltakene. Tiltaket skal vurderes kontinuerlig og avbrytes straks hvis vilkårene for tiltaket ikke lenger er til stede, eller det viser seg ikke å ha de forutsatte konsekvensene eller å ha uforutsette, negative virkninger.

5.7.10 Klage og overprøving i tingretten

Klageadgangen er regulert i helse- og omsorgstjenesteloven § 9-11. Her framgår det at beslutning om skadeavvergende tiltak i nødssituasjoner kan påklages til fylkesmannen, og at fylkesmannen kan prøve alle sider av saken. Både brukeren eller pasienten selv, verge og pårørende har klageadgang. Siden det her gjelder en etterfølgende klage, kan klagebehandlingen ikke få betydning for allerede utførte skadeavvergende tiltak, men fylkesmannens avgjørelse vil være retningsgivende for framtidig praksis. Fylkesmannens avgjørelse er endelig.

Kommunale vedtak som er overprøvd av fylkesmannen, kan påklages til fylkesnemnda for barnevern og sosiale saker. Også i disse sakene gjelder klageadgangen for brukeren eller pasienten, verge og pårørende. Fylkesnemnda kan prøve alle sider av saken.

Barnevernloven kapittel 7 har særlige saksbehandlingsregler som gjelder for fylkesnemnda. De fleste av disse reglene er gitt tilsvarende anvendelse for behandling av klage i saker etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9.

Vedtak i klagesak etter § 9-11 kan bringes inn for tingretten, men søksmålsadgangen gjelder ikke hvis fylkesnemnda har nektet å godkjenne kommunens vedtak. Dette framgår av § 9-12, der det også er gitt nærmere regler om hvem som kan reise sak, frist m.m.

¹⁴⁹ Ot. prp. nr. 58 (1994–95) punkt 3.7.6

5.7.11 Spesialisthelsetjenestens ansvar og rolle

Reglene i helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 gjelder også for spesialisthelsetjenesten når den deltar i tiltak etter kommunale vedtak, jf. § 9-13. Denne bestemmelsen gir spesialisthelsetjenesten kompetanse til selv å fatte vedtak etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9. Spesialisthelsetjenesten er pålagt å bistå kommunen både ved utforming og gjennomføring av skadeavvergende tiltak i gjentatte nødssituasjoner og ved utforming og gjennomføring av tiltak for å dekke grunnleggende behov. Det vil først og fremst være aktuelt med vedtak fra spesialisthelsetjenesten når det ikke foreligger et kommunalt vedtak, eller når det er behov for tiltak som ikke omfattes av det kommunale vedtaket. Dette kan for eksempel gjelde ved opphold i døgninstitusjon under spesialisthelsetjenestens ansvar. Problemstillingen er ikke så praktisk ved at de fleste døgnplasser i habiliteringstjenesten nå er nedlagt. Det kan ikke fattes vedtak om bruk av tvang og makt etter kapittel 9 for å gi pasienten behandling for psykiske eller somatiske lidelser.

Vilkårene for bruk av tvang er de samme for spesialisthelsetjenesten som for kommunen. Saksbehandlingsreglene i kapittel 9 gjelder «så langt de passer». Dette betyr at det må gjøres nødvendige tilpasninger som følge av at spesialisthelsetjenesten er vedtaksinstans og ikke kommunen. Spesialisthelsetjenesten må forholde seg til pasienten eller brukeren, verge, pårørende og fylkesmannen på samme måte som kommunen. Lovteksten avklarer ikke hvem i spesialisthelsetjenesten som skal ha kompetanse til å treffe vedtak etter kapittel 9, slik det er gjort for kommunene. Det er lagt til grunn at det er de regionale helseforetakene som, i avtale eller gjennom instruksjonsmyndighet, må plassere vedtakskompetansen, og at kompetansen må plasseres etter de samme prinsippene som gjelder for kommunene.

De regionale helseforetakene har plikt til å sørge for at spesialisthelsetjenesten har den kompetansen og bemanningen som er nødvendig for å yte forsvarlig bistand til kommunene ved tiltak etter reglene i helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9.

5.7.12 Særregler om tilsyn

Helse- og omsorgstjenesteloven § 12-3 regulerer statlig tilsyn med kommunens oppfyllelse av plikter etter denne loven. Hovedregelen er at tilsynet skal skje i form av lovlighetskontroll. Bestemmelsen har særregler om tilsyn med tiltak etter lovens kapittel 9. Disse går ut på at det ved bruk av tvang og makt ved planlagte skadeavvergende tiltak i gjentatte nødssituasjoner og ved tiltak for å dekke brukerens eller pasientens grunnleggende behov for mat og drikke, påkledning, hvile, søvn, hygiene og personlig trygghet, herunder opplærings- og treningstiltak, også skal føres stedlig tilsyn. I tillegg er det presisert at tilsynet kan gjennomføre tilsynsbesøk uten beboerens samtykke ved tiltak etter lovens kapittel 9.

5.8 Pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4A

5.8.1 Bakgrunn

I NOU 1988: 8 Lov om psykisk helsevern uten eget samtykke ble rettssikkerhetsproblemer for personer med aldersdemens tatt opp. Flertallet i utvalget foreslo at også «alderdomssløve personer» plassert i institusjoner utenfor det psykiske helsevernet skulle komme inn under de rettssikkerhetsgarantiene som ble foreslått i lovutkastet. Flertallet uttalte:

«Rettssikkerhetsproblemene for de alderdomssløve er betydelige, og etter alt å dømme vesentlig større utenfor enn innenfor det psykiske helsevern. Det ville etter flertallets mening

derfor være lite tilfredsstillende om akkurat denne gruppe fortsatt skulle holdes fullstendig utenfor lovens rettssikkerhetsgarantier og kontrollordninger.»¹⁵⁰

Flertallet foreslo en egen bestemmelse om at det skulle være adgang til å beholde pasienter i sykehjem, selv om de under oppholdet mister evnen til å samtykke i dette, så lenge verken pasienten eller vedkommendes nærmeste gir uttrykk for ønske om at oppholdet skal avsluttes. I tillegg foreslo flertallet en egen bestemmelse om skjerming av pasienter som var frivillig innlagt på sykehjem:

«Ved alminnelige sykehjem kan det etableres særskilte avsnitt med låst ytterdør for desorienterte og forvirrete pasienter uten evne til å ta vare på seg selv, hvor dette er nødvendig for å forhindre dem fra å forlate institusjonen. Ved slike avsnitt må det til enhver tid være til stede personale som kan låse opp døren.»¹⁵¹

Forslagene som skulle gjelde for aldersdemente på sykehjem ble ikke fulgt opp i prosessen fram mot vedtakelsen av psykisk helsevernloven av 1999.

I 2002 sendte Sosialdepartementet ut et høringsnotat om rettigheter for og begrensning og kontroll med bruk av tvang mv. overfor personer med demens. Reglene ble foreslått plassert i en egen lov og omfattet pleie- og omsorgstjenester etter kommunehelsetjenesteloven og sosialtjenesteloven. Alle høringsinstansene var enige om at det var behov for et regelverk på området, men mente at det så snart som mulig også måtte utarbeides regler om bruk av tvang ved medisinsk undersøkelse og behandling.

Helsedepartementet startet etter dette å arbeide med et regelverk om helsehjelp til pasienter uten samtykke. Etter omorganisering av departementene ble det i 2005 sendt ut et nytt høringsnotat fra Helse- og omsorgsdepartementet. Her ble det foreslått at regler om helsehjelp til pasienter uten samtykkekompetanse som motsetter seg helsehjelpen, skulle tas inn som et nytt kapittel 4A i pasientrettighetsloven.

I 2006 la Helse- og omsorgsdepartementet fram en lovproposisjon.¹⁵² I tråd med forslaget i høringsnotatet ble det foreslått et nytt kapittel 4A i pasientrettighetsloven om «Helsehjelp til pasienter uten samtykkekompetanse som motsetter seg helsehjelpen mv». Endringsloven ble vedtatt i 2006, men trådte først i kraft 1. januar 2009.¹⁵³

5.8.2 Hovedtrekk

Pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4A har tittelen «Helsehjelp til pasienter uten samtykkekompetanse som motsetter seg helsehjelpen mv.» Kapitlet gjelder som utgangspunkt all helsehjelp, men undersøkelse og behandling av psykisk lidelse uten samtykke kan bare skje med hjemmel i psykisk helsevernloven, jf. § 4A-2 andre ledd. . Reglene gjelder både i og

¹⁵⁰NOU 1988: 8, s. 172–173

¹⁵¹NOU 1988: 8, s. 227

¹⁵²Ot.prp. nr. 64 (2005–2006)

¹⁵³Lov om endringer i pasientrettslova og biobanklova, 2006

utenfor institusjon, i spesialisthelsetjenesten, den kommunale helse- og omsorgstjenesten og tannhelsetjenesten.

Kapitlet inneholder vilkår for når det kan gis helsehjelp som pasienten motsetter seg, i tillegg til regler om gjennomføring av helsehjelpen, saksbehandlingsregler, klage, overprøving, etterfølgende kontroll og domstolsprøving.

5.8.3 Formål

Formålet med pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4A er for det første å yte nødvendig helsehjelp for å hindre vesentlig helseskade. Reglene skal også forebygge og redusere bruken av tvang, jf. § 4A -1. Det er også presisert at helsehjelpen skal tilrettelegges med respekt for den enkeltes fysiske og psykiske integritet, og så langt som mulig være i overensstemmelse med pasientens selvbestemmelsesrett.

5.8.4 Virkeområde

Kapittel 4A gjelder når helsepersonell yter *helsehjelp* til pasienter over 16 år som mangler samtykkekompetanse, og som motsetter seg helsehjelpen, jf. § 4A-2. Dette innebærer at personer som ikke mottar helsehjelp, ikke omfattes. Begrepet helsehjelp er gitt en vid definisjon, jf. pasient- og brukerrettighetsloven § 1-3 bokstav c. Begrepet omfatter handlinger som har forebyggende, diagnostisk, behandlende, helsebevarende, rehabiliterende eller pleie- og omsorgsformål, og som er utført av helsepersonell. Helsepersonell er definert i helsepersonelloven § 3.

Det er presisert i § 4A -2 andre ledd at «undersøkelse og behandling av psykisk lidelse» uten eget samtykke bare kan skje med hjemmel i psykisk helsevernloven. Denne avgrensningen har reist ulike tolkningsmessige problemstillinger både om hva som utgjør en «psykisk lidelse» og hva som utgjør «undersøkelse og behandling», særlig i relasjon til personer med demens med atferdsmessige utfordringer. Diskusjonen må ses i sammenheng med de arenamesige begrensningene i psykisk helsevernloven, der tvungent vern uten døgnopphold bare kan omfatte «pålegg overfor pasienten om frammøte» til undersøkelse eller behandling, jf. psykisk helsevernloven § 3-5 tredje ledd. Det har vært reist spørsmål om det å ha et system som presser fram at skrøpelige personer med demens må transporteres til psykiatrisk institusjon for undersøkelse eller behandling, uten å kunne få nødvendig hjelp lokalt, kan være problematisk også i relasjon til menneskerettighetene. Utvalget kommer tilbake til slike spørsmål i kapittel 25.

Virkeområdet er også avgrenset til å gjelde pasienter over 16 år som mangler samtykkekompetanse. Spørsmålet om en pasient mangler samtykkekompetanse må vurderes etter reglene i pasient- og brukerrettighetsloven § 4-3. Disse reglene er nærmere omtalt i punkt. 5.2. Reglene gjelder uavhengig av årsaken til at pasienten mangler samtykkekompetanse. Den mest aktuelle pasientgruppen vil ofte være personer med demens, men reglene har i praksis også vist seg å være aktuelle overfor pasienter med psykisk utviklingshemning, psykisk sykdom, forskjellige former for hjerneskade mv. Helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 kommer til anvendelse som spesialregler innenfor sitt virkeområde, jf. punkt 5.7.

Reglene er videre avgrenset til å gjelde pasienter som motsetter seg helsehjelpen. I forarbeidene er det vist til at pasienten på ulike måter kan gi uttrykk for motstand mot helsehjelpen, enten verbalt eller fysisk. Det er også påpekt at motstanden kan komme til uttrykk på ulike tidspunkt, typisk når helsehjelpen blir tilbudt, men også tidligere. Videre framgår det:

«Unntaksvis kan venta motstand omfattast av verkeområdet for reglane, dette kjem til uttrykk i formuleringa «(...) med stor sannsynlighet vil opprettholde sin motstand» i § 4A-3. Dersom helsepersonellet veit at pasienten tidlegare har gitt uttrykk for at han eller ho motset

seg behandling, og vil halde oppe motstanden, kan også denne forma for motstand omtattast av verkeområdet for kapitlet». ¹⁵⁴

5.8.5 Vilkår for å gi helsehjelp som pasienten motsetter seg

Vilkårene for å gi helsehjelp som pasienten motsetter seg, er regulert i pasient- og brukerrettighetsloven § 4A-3. I første ledd er det bestemt at *tillitsskapende tiltak* må ha vært forsøkt, med mindre det er åpenbart formålsløst å prøve dette. Formålet med tillitsskapende tiltak er å forebygge og begrense bruken av tvang. Vilkåret innebærer at helsetjenesten plikter å legge forholdene best mulig til rette, slik at pasienten kan samtykke til helsehjelp, eller i alle fall ikke viser motstand (som er avgjørende for om regelverket kommer til anvendelse).

Helsedirektoratet har i rundskriv presisert at kravet om å forsøke tillitsskapende tiltak, med mindre det er åpenbart formålsløst, er et strengt vilkår, og at det skal mye til for at helsepersonell ikke skal forsøke tillitsskapende tiltak. Videre har direktoratet gitt flere eksempler på tiltak som kan bidra til at ikke motsetter seg helsehjelpen. ¹⁵⁵

For de tilfellene der pasienten opprettholder sin motstand, eller der personellet med stor sannsynlighet vet at vedkommende vil opprettholde sin motstand, er det gitt nærmere vilkår for å treffe vedtak om helsehjelp, jf. § 4A-3 andre ledd. For det første er det stilt vilkår om at unnlatelse av å gi helsehjelp kan føre til «*vesentlig helseskade*» for pasienten. Det er med andre ord stilt krav til konsekvensene av at helsehjelpen uteblir. Kravet innebærer at skaden må ha et betydelig omfang og/eller ha alvorlige konsekvenser. Både fysisk og psykisk skade omfattes.

For det andre er det stilt krav om at helsehjelpen anses «*nødvendig*». Hva som er nødvendig, må avgjøres ut fra en konkret faglig vurdering av det helsemessige behovet til pasienten. Vilkåret er mindre strengt enn for øyeblikkelig hjelp etter helsepersonelloven § 7, der det er stilt krav om at hjelpen skal være «*påtrengende nødvendig*».

For det tredje er det et krav at *tiltakene står i forhold til behovet for helsehjelpen*. Dette innebærer at det aktuelle tiltaket må være klart mer positivt enn de negative konsekvensene av bruk av tvang. Bruken av tvang skal ikke gå lenger enn nødvendig. Hvilke tiltak som skal benyttes, må vurderes ut fra pasientens situasjon og behov.

I § 4A-3 tredje ledd er det bestemt at selv om vilkårene i første og andre ledd er oppfylt, kan helsehjelp bare gis der dette etter en helhetsvurdering framtrer som *den klart beste løsning for pasienten*. Det er presisert i lovteksten at det i vurderingen av om slik helsehjelp skal gis, blant annet skal legges vekt på graden av motstand og om det i nær framtid kan forventes at pasienten vil gjenvinne sin samtykkekompetanse. Dette innebærer at helsepersonellet må vurdere alle momentene i situasjonen, og at motstridene hensyn må veies opp mot hverandre. Ved vurderingen av graden av motstand, bør det også legges vekt på pasientens evne til å uttrykke motstand. Hvis det kan forventes av pasienten i nær framtid vil gjenvinne sin samtykkekompetanse, må helsepersonellet vurdere om tilbudet om helsehjelp kan utsettes til pasienten igjen blir samtykkekompetent, uten at det oppstår fare for vesentlig helseskade i mellomtiden.

¹⁵⁴Ot.prp. nr. 64 (2005–2006) kapittel 8

¹⁵⁵Helsedirektoratet, IS-8/2015, kapittel 4

5.8.6 Gjennomføring av helsehjelpen

Pasient- og brukerrettighetsloven § 4A-4 regulerer gjennomføring av helsehjelpen. I første ledd er det bestemt at dersom vilkårene i § 4A-3 er oppfylt, kan helsehjelp gjennomføres med tvang eller andre tiltak for å omgå motstand hos pasienten. Andre tiltak kan ifølge forarbeidene for eksempel være bruk av narkose for å unngå at pasienten motsetter seg nødvendig tannbehandling. Videre framgår det i forarbeidene:

«Kravet i helsepersonellova § 4 om at alt helsepersonell pliktar å utøve fagleg forsvarleg verksemd, set grenser for kva tiltak som kan nyttast for å gjennomføre helsehjelpa. Bruk av tvang eller liknande for å gjennomføre helsehjelp set særleg store faglege og etiske krav. Eit grunnleggjande element i kravet om fagleg forsvarlegheit er at tiltaka som blir brukte, er alminneleg anerkjende i fagmiljøet. Omgrepet «forsvarlighet» er ein rettsleg standard som inneber at innhaldet kan variere over tid, og ikkje knytter vurderinga til bestemte og eintydige kriterium.»¹⁵⁶

Paragraf 4A-4 gir også eksempler på gjennomføringstiltak som kan ha hjemmel. Andre ledd nevner innleggelse og tilbakehold og avgrenser adgangen til å bruke disse tiltakene til helseinstitusjon. Tredje ledd nevner varslings- og lokaliseringssystemer med tekniske innretninger og bevegelseshindrende tiltak som belter og lignende. Bruk av disse tiltakene er ikke avgrenset til å gjelde særskilte arenaer. I forarbeidene er det vist til at tiltakene nevnt i § 4A-3 andre og tredje ledd blir regnet for å være så inngripende at de må ha særskilt hjemmel.

I § 4A-4 fjerde ledd er det bestemt at helsehjelpen skal vurderes fortløpende og avbrytes straks lovens vilkår ikke lenger er til stede. Det er også presisert at det skal legges særlig vekt på om helsehjelpen viser seg ikke å ha ønsket virkning, eller har uforutsette negative virkninger. Hvis helsehjelpen ikke lenger er nødvendig, skal den straks opphøre. Helsepersonellet skal fortløpende vurdere om tvang kan unngås ved bruk av tillitsskapende tiltak.

5.8.7 Saksbehandling og klage

Pasient- og brukerrettighetsloven § 4A-5 har nærmere regler om vedtak om helsehjelp som pasienten motsetter seg. I første ledd er det bestemt at vedtak om helsehjelp etter kapittel 4 A skal treffes av det helsepersonellet som er ansvarlig for helsehjelpen. Det er som oftest en lege eller tannlege som er ansvarlig for helsehjelpen, men i noen tilfeller kan også annet helsepersonell være ansvarlig. Dette kan for eksempel gjelde ved avgjørelser som gjelder pleie og/eller omsorg. Uansett må forsvarlighetskravet i helsepersonelloven § 4 være oppfylt.

Det er også presisert i § 4A-5 første ledd at vedtak bare kan treffes for inntil ett år av gangen.

I andre ledd er det bestemt at dersom helsehjelpen innebærer et «alvorlig inngrep» for pasienten, skal det treffes vedtak av helsepersonell som nevnt i første ledd, etter samråd med annet kvalifisert helsepersonell. Ifølge forarbeidene er plikten til å konsultere annet kvalifisert helsepersonell ment å skulle kvalitetssikre vedtaket. Når helsepersonell innhenter uttalelser fra annet helsepersonell, skal det journalføres. Nærmere regler om plikt til å føre journal, krav til journalens innhold m.m. er gitt i helsepersonelloven §§ 39 og 40. Hvis helsepersonellet er uenige om det skal gis helsehjelp eller ikke, skal dette dokumenteres i journalen.

Paragraf 4A-5 andre ledd har også regler om hva som skal regnes som «alvorlig inngrep». Det er presisert at det i vurderingen blant annet skal tas hensyn til om tiltaket innebærer inngrep i kroppen, bruk av reseptbelagte legemidler og graden av motstand. Videre er det bestemt at

¹⁵⁶Ot.prp. nr. 64 (2005–2006) kapittel 8

dersom pasienten motsetter seg innleggelse eller tilbakeholdelse i institusjon eller bruk av bevegelseshindrende tiltak, skal dette alltid regnes som alvorlige inngrep.

I tredje ledd er det bestemt at vedtak om undersøkelse og behandling omfatter den pleie og omsorg som er nødvendig for å gjennomføre undersøkelsen og behandlingen. I tillegg er det presisert at dersom hovedformålet med helsehjelpen er pleie og omsorg, skal det treffes eget vedtak om dette. Et vedtak om operasjon som pasienten motsetter seg, vil for eksempel omfatte de tiltakene som er nødvendige for å kunne gjennomføre selve det kirurgiske inngrepet og i tillegg den pleie og omsorg som er nødvendig i etterkant. For noen pasienter vil imidlertid den primære helsehjelpen ofte dreie seg om pleie og omsorg. I slike tilfeller må det treffes eget vedtak om dette.

Der det er mulig, skal det innhentes informasjon fra pasientens nærmeste pårørende om hva pasienten ville ha ønsket, før det treffes vedtak etter § 4A-5 første og andre ledd. Dette er bestemt i § 4A-5 fjerde ledd. I forarbeidene framgår det at ordlyden «der det er mulig» er valgt fordi det vil forekomme situasjoner der det ikke er tid til å innhente informasjon. Det er også presisert at nærmeste pårørende ikke har noen plikt til å uttale seg.

Plikt til å gi underretning er regulert i § 4A-6. Her framgår det at pasienten og pasientens nærmeste pårørende snarest mulig skal underrettes om vedtak truffet etter § 4A-5. Etterfølgende underretning til pasienten er likevel tilstrekkelig hvis underretningen vil medføre fare for at helsehjelpen ikke kan gjennomføres. Et eksempel på dette er der det er aktuelt å skjule medisiner i mat fordi det ellers er sikkert at personen vil nekte inntak. Underretningen skal opplyse om adgangen til å klage og uttale seg i saken. I tillegg er det bestemt i § 4A-5 at kopi av underretningen skal sendes den som har det overordnede ansvaret for helsehjelpen, og at kopi av vedtaket skal sendes til fylkesmannen.

I § 4A-9 er det bestemt at forvaltningsloven gjelder så langt den passer for vedtak etter § 4A-5, med de særlige bestemmelsene som er gitt i kapittel 4 A. I forarbeidene er det vist til at saksbehandlingsreglene i forvaltningsloven er fleksibelt utformet med egne unntaksregler, og at reglene derfor i de fleste tilfellene kan sikre særbehovene for rask avklaring som kan oppstå der det er nødvendig å handle for å hindre vesentlig helseskade. Videre framgår det:

«Forvaltingslova skal derfor som utgangspunkt gjelde, men ettersom lovforslaget inneholdt ein del særreglar, blir det likevel presisert at forvaltingslova gjeld «så langt den passer.»¹⁵⁷

5.8.8 Klageordning

Adgang til å klage på vedtak om helsehjelp etter § 4A-5 er regulert i § 4A-7. Her framgår det at vedtakene kan påklages til fylkesmannen av pasienten eller pasientens nærmeste pårørende. Bestemmelsene i pasient- og brukerrettighetsloven § 7-3 gjelder tilsvarende for klage etter § 4A-7. Dette innebærer blant annet at klagen skal være skriftlig. Fristen for å klage til fylkesmannen er tre uker fra vedkommende fikk eller burde ha fått kjennskap til vedtaket. I forarbeidene er det vist til at den som tar imot klagen, i visse tilfeller kan velge å behandle den selv om fristen har gått ut, jf. forvaltningsloven § 31. Dette gjelder hvis den som klager ikke kan lastes for å ha oversett fristen, eller det av særlige grunner er rimelig at klagen blir prøvd.

Det er ikke adgang for pårørende til å klage over at det ikke benyttes tvang. I forarbeidene heter det:

¹⁵⁷Ot.prp. nr. 64 (2005–2006) kapittel 8

«Dersom det blir ytt tilstrekkelege og forsvarlege tenester i heimen, kan likevel helsetenesta komme til at vilkåra for å gi helsehjelp mot pasientens samtykke ikkje er til stades. Departementet meiner framleis at pårørende i dette tilfellet ikkje bør ha sjølvstendig klagerett etter lova, men eventuelt kan be tilsynsstyresmaktene om å etterprøve vurderinga.»¹⁵⁸

5.8.9 Overprøving og etterfølgende kontroll

Som nevnt i punkt 5.8.7, skal kopi av vedtak etter § 4A-5 sendes til fylkesmannen. I § 4A-8 første ledd er det bestemt at fylkesmannen av eget tiltak kan overprøve vedtak som er truffet etter § 4A-5. Dette innebærer at fylkesmannen har en adgang til å overprøve vedtak selv om de ikke er påklaget. Etter instruks fra Statens helsetilsyn til fylkesmennene blir dette også gjort systematisk. I tillegg er fylkesmannen i § 4A-8 andre ledd pålagt en plikt til å vurdere om det fortsatt er behov for helsehjelpen når det har gått tre måneder fra vedtaket ble truffet, og vedtaket ikke er påklaget. Fylkesmannen må treffe et eget vedtak om opprettholdelse, endring eller oppheving av vedtak etter § 4A-5. Dette vedtaket anses som et nytt enkeltvedtak. Statens helsetilsyn er klageinstans for disse vedtakene. I de tilfellene der fylkesmannen opphever vedtaket, vil det imidlertid normalt ikke foreligge rettslig klageinteresse, jf. forvaltningsloven § 28.

5.8.10 Domstolsprøving

Pasienten eller pasientens nærmeste pårørende kan etter § 4A-10 bringe fylkesmannens vedtak etter kapittel 4A inn for domstolene etter særlige regler i tvisteloven kapittel 36. Tvisteloven kapittel 36 regulerer «Saker om administrative tvangsvedtak i helse- og sosialsektoren». Adgangen til domstolsprøving etter kapittel 4A er avgrenset til å gjelde innleggelse og tilbakehold i institusjon og helsehjelp som strekker seg ut over tre måneder. Adgangen gjelder både vedtak i klagesak etter pasient- og brukerrettighetsloven § 4A-7 og vedtak som fylkesmannen treffer av eget tiltak etter § 4A-8. I forarbeidene er det vist til at disse sakene må anses som særlig inngripende for pasienten, og at rettssikkerhetshensyn tilsier at pasienten og nærmeste pårørende må ha adgang til å bringe disse vedtakene inn for domstolene etter særlige regler i tvisteloven.¹⁵⁹

5.9 Oppsummerende vurderinger om gjeldende rett

5.9.1 Innledning

Gjennomgangen viser at dagens lovgivning på tvangsfeltet er ulik på viktige punkter. Dels avspeiler dette hvilke problemstillinger som har framstått som særlig påtrengende å håndtere rettslig. Men regelsettene har også sitt utspring i ulike tidsepoker og ulike faglige og kulturelle tradisjoner. I fortsettelsen vil utvalgets hovedobservasjoner oppsummeres, som grunnlag for de videre drøftelsene. Tabellen i punkt 5.10 over likheter og ulikheter i dagens lovgivning på utvalgte punkter er ment å lette oversikten for leseren.

¹⁵⁸Ot.prp. nr. 64 punkt 4.6.6.11

¹⁵⁹Ot.prp. nr. 64 (2005–2006) viser til tidligere regler i tvistemålsloven kapittel 33. Tvistemålsloven er opphevet og erstattet av tvisteloven, 2005.

5.9.2 Ulike tvangsbegreper

I moderne lovgivning på helse- og omsorgsfeltet blir gjerne «tvang» brukt som et stikkord for hvilke typer av samhandling mellom pasient/bruker og helsepersonell/tjenesteyter som trenger å omslutes av særlige rettssikkerhetsgarantier. I dag er det et stort sprik i valget av modell/begrepsbruk. Dette drøftes nærmere i kapittel 18. Utvalget skal her nøye seg med å påpeke at overvinning av motstand og fravær av samtykke er blant hovedtypene av tvangsbegreper som gjenfinnes i lovgivningen. Overvinning av barns motstand synes i liten grad å være anerkjent som tvang, på tvers av ulike regelverk.

5.9.3 Ulike fokuspunkt for ulike regelsett

5.9.3.1 Innledning

En hovedobservasjon er at dagens lovgivning er preget av store variasjoner i hvilke problemsstillinger som er gjort til gjenstand for rettslig regulering i lov eller forskrift. Ulikhetene følger ikke noe fast mønster, men går på kryss og tvers av de ulike regelsettene, alt etter hvilket tema det gjelder.

5.9.3.2 Frihetsberøvelse versus andre typer av inngrep

Psykisk helsevern er det feltet som har lengst tradisjoner for regulering av tvangsinngrep, fulgt av rusomsorgen. Karakteristisk for begge disse områdene er at hovedtemaet for den rettslige reguleringen tradisjonelt har vært selve frihetsberøvelsen. Spørsmålet om hva som skjer under oppholdet, har blitt oppfattet som sekundært. Det er talende at det først var ved 1999-loven vi fikk særlig hjemmel i lov for tvangsbehandling på psykisk helsevernfeltet. Tidligere var slike tiltak forskriftsregulert, og det var en diskusjon om rekkevidden av 1961-lovens forskriftshjemmel.

I kjølvannet av økt oppmerksomhet på at mange opplever det som skjer under oppholdet som mer inngripende enn selve frihetsberøvelsen, har tendensen de siste tiår vært en stadig utfylling av reguleringen av inngrep under institusjonsoppholdet: særlig i psykisk helsevernloven kapittel 4. Dette har skjedd dels gjennom endringer i lov- og forskriftstekst, dels gjennom forsøk på å tette hull gjennom administrative tolkningsuttalelser, særlig fra Helsedirektoratet. På rusfeltet er inngrep og restriksjoner under oppholdet fortsatt regulert på forskriftsnivå, med en ny versjon vedtatt høsten 2016 (forskrift om rettigheter og tvang i rusinstitusjon).

Fortsatt forekommer det imidlertid praktisk utbredte problemstillinger som ikke er adressert i lovgivningen ut fra den lappeteppe-teknikken som hittil har blitt valgt. Dette kommer utvalget tilbake til i kapittel 25.

Bildet er fundamentalt annerledes etter de to andre regelsettene. Etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 er det ikke hjemmel for tiltak som kvalifiserer til frihetsberøvelse etter EMK artikkel 5, men derimot «frihetsinnskrenkninger», se punkt 18.6.5. Selv om dette skillet er problematisk i lys av utviklingen i EMD-praksis, er hovedpoenget i denne sammenheng at fokuset etter kapittel 9 ligger på enkelttiltakens pleie- og omsorgsmessige formål og ikke eventuelle utilsiktede konsekvenser i form av tvangsmessig tilbakehold.

Pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4A er det nyeste av dagens regelsett. Det er ingen begrensninger i hvilke typer av helsehjelp som omfattes – både innleggelse, tilbakehold og andre former blir dekt. Her kan det spørres om fokuset på de særlige problemer ved frihetsberøvelse er nedtonet i for sterk grad. Dette ved at det ikke gjelder særlige rettssikkerhetsgarantier nettopp for tvangsinneleggelse og tvungent tilbakehold, bortsett fra plikten til å rådføre seg med annet kvalifisert helsepersonell i § 4A-5 andre ledd.

5.9.3.3 *Inngrep i og utenfor nødssituasjoner*

Tradisjonelle nødssituasjoner er karakterisert av en krise i rask utvikling. De særreguleringene av bruk av tvang vi i dag har på helse- og omsorgsfeltet er – som hovedregel – rettet inn mot behovet for inngrep utenfor slike. Det skarpeste unntaket utgjør helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9, som har regulering av nødinngrep – både enkeltstående og gjentakende – som et hovedområde, jf. § 9-5 andre ledd bokstav a og b. Et klart element av regulering av nødintervensjon finner vi også i psykisk helsevernloven § 4-8 om bruk av tvangsmidler, men her er det usikkert hvor uttømmende denne er ment å være.

Fordi det i liten grad finnes særregulering av nødinngrep i helse- og omsorgslovgivningen utgjør helsepersonelloven § 7 et sentralt utgangspunkt. Dette er riktignok en regel om plikt til inngrep, ikke rett, og det er understreket i forarbeidene at bestemmelsen ikke hjemler frihetsberøvelse, jf. punkt 23.2.1. I spesielle situasjoner der de respektive regelverkene ordinære bestemmelser ikke kan følges, blir det da ofte henvist til straffeloven § 17, tidligere straffeloven 1902 § 47, om nødrett. Dette innebærer imidlertid en nær fullstendig oppgivelse av tradisjonell rettsikkerhetstenkning, selv om man eventuelt vil supplere med et synspunkt om et ulovfestet forvaltningsrettslig nødrettsgrunnlag.

5.9.3.4 *Inngrep av hensyn til personen selv versus hensynet til andre*

Alle regelverkene har et hovedfokus på intervensjon ut fra hensynet til personen selv. Om det foreligger såkalt egenfare eller fremmedfare, har stor betydning for den rettslige håndteringen. Til dels er dette også et spørsmål om type tiltak.

Hva gjelder frihetsberøvelse, avvises i helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 10 eksplisitt hensynet til andre som (den primære) begrunnelsen for tvang, jf. § 10-2. (Unntak gjelder etter § 10-3 der hensynet til fosteret går foran hensynet til den gravide.) Også etter pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4A er dette bildet, jf. § 4A-3 bokstav a, som fokuserer på vesentlig helseskade «for pasienten». Bildet er annerledes etter psykiskhelsevernloven kapittel 3. Fare for andre utgjør her uttrykkelig et mulig grunnlag for inngrep, jf. psykisk helsevernloven § 3-3 nr. 3 bokstav b: noe som også gjelder ved tvungent vern uten døgnopphold (tidligere såkalt ettervern).

Det særlige regelsettet for personer med utviklingshemning (helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9) regulerer klart nok inngrep for å ivareta andre, særlig i nødssituasjoner. Utenfor nødssituasjoner er spørsmålet mer komplisert. Både på psykisk helsevernfeltet og på rusfeltet er det hjemler for å ivareta hensynet til andre under institusjonsoppholdet, jf. psykisk helsevernloven kapittel 4 og forskrift om rettigheter og tvang i rusinstitusjon. Det eneste regelsettet som ikke på noen måte omhandler hensynet til andres interesser, er etter dette pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4A.

5.9.4 **Avgrensning av personkretsen**

Alle de fire hovedregelverkene opererer med en avgrensning av hvilke personer som kan omfattes. Helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 opererer med et eksplisitt diagnosekriterium: «psykisk utviklingshemning», jf. § 9-2 første ledd. Etter psykisk helsevernloven er det tale om et diagnosenært kriterium når «alvorlig sinnslidelse» er brukt, jf. § 3-3 nr. 3 bokstav a. Dette ut fra forståelsen av begrepet i forarbeider og rettspraksis. Etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 10 gir uttrykksmåten «misbruk» en mindre sterk diagnosetilknytning.

En helt annen tilnærming er valgt i pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4A, der «mangler samtykkekompetanse» er gjort til avgrensningskriterium for regelverkets virkefelt, jf. § 4A-2 første ledd. Riktig nok henger det også her igjen elementer av diagnosetilknytning via

reguleringen av når man kan tape kompetansen i § 4-3 annet ledd, se oppregningen av tilstander der. Kategoriene er likevel så vide at det kan stilles spørsmål ved om opplistingen har noen reell avgrensende funksjon.

Bestemmelsen om nødintervensjon i helsepersonelloven § 7 er den eneste som ikke har noen form for avgrensning på det personelle plan. Dette kompenseres av en skarp avgrensning av i hvilke situasjoner det kan gripes inn.

5.9.5 Situasjonsvilkår for inngrep

De ulike regelsettene stiller vilkår for i hvilke situasjoner det kan gripes inn. Et hovedspørsmål er hvilke interesser som kan legitimere intervensjon med tvang: enten dette er definert som tiltak mot personens vilje, uten vedkommendes samtykke eller på annen måte.

5.9.5.1 Ulike skadebegreper

Bruken av et skadebegrep er utbredt i lovgivningen, gjerne med en kvalifisering i tillegg. I sin kjerne innebærer «skade» en form for negativ påvirkning. Etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 er uttrykksmåten «vesentlig skade», jf. § 9-5 andre ledd. Dette omfatter både fysisk og psykisk skade, uavhengig av hvem som rammes, samt materiell skade, sosial fornedring av egen person og hemming av egen utvikling. Etter pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4A er fokuset snevrere. Her er det bare «vesentlig helseskade for pasienten» som omfattes, jf. § 4A-3 andre ledd bokstav a. I helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 10 er språkb Bruken litt annerledes ved at det ikke gjelder noe vesentlighetskrav. Etter § 10-2 første ledd er spørsmålet om man «utsetter sin fysiske eller psykiske helse for fare». Problemstillingen er om barnet overveiende sannsynlig vil bli «født med skade» i § 10-3 første ledd.

Psykisk helsevernloven opererer med et tradisjonelt skadekriterium i § 3-3 nr. 3 bokstav b, riktignok formulert i en fareterminologi: «nærliggende og alvorlig fare for eget eller andres liv eller helse». Av prinsipiell interesse er bokstav a som inneholder et såkalt behandlingskriterium. Den negative siden av dette kan sees på som en variant av et tradisjonelt skadekriterium: «i meget nær framtid får sin tilstand vesentlig forverret». Behandlingskriteriet i sin positive stopning er formulert slik:

«får sin utsikt til helbredelse eller vesentlig bedring i betydelig grad redusert».

Det spesielle her er at tvangens formål er å tilføre pasienten noe positivt – en helseforbedring. Utvalget kommer tilbake til hvordan skadebegrepet bør håndteres i en framtidig lovgivning, og om det eventuelt er behov for å supplere med andre begreper, jf. punkt 14.4.1.

5.9.5.2 Prognosevurderinger

Formålet med intervensjon i en helse- eller omsorgskontekst vil normalt være å hindre eller begrense skade. Det er altså et spørsmål om håndtering av risiko. Krav til sikker dokumentasjon for at skade vil kunne inntre (eller få økt omfang) er et sentralt spørsmål – dette blir gjerne omtalt som prognosekrav eller beviskrav. Det er svært varierende i hvilken grad denne tematikken omtales i regelsettene. Etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 og pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4A er spørsmålet ikke berørt. I psykisk helsevernloven har vi derimot enkeltbestemmelser om problematikken som kravet om «stor sannsynlighet» tilknyttet forverringsalternativet i § 3-3 nr. 3 bokstav a og «overveiende sannsynlig» i observasjonsbestemmelsen (§ 3-2 nr. 4). I helse- og omsorgstjenesteloven § 10-3 første ledd er uttrykksmåten «overveiende sannsynlig» brukt, mens man er taus om problematikken i § 10-2.

5.9.5.3 Krav til utprøving av frivillig baserte tiltak

Et krav om at tvangsinngrep er subsidiære til frivillig baserte tiltak er gjennomgående, men uttrykt på ulik måte i de aktuelle regelverkene. I helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 er

formuleringen at «andre løsninger [...] skal være prøvd», jf. § 9-5 første ledd. Dette «kan bare fravikes i særlige tilfeller, og det skal i så fall gis en begrunnelse». Formuleringen er tilpasset en pleie- og omsorgskontekst og forutsetter at man bredt må vurdere hvordan tvang kan unngås, også om dette har ressursmessige konsekvenser. En likhet i tilnærming finner vi i helse- og omsorgstjenesteloven §§ 10-2 og 10-3, begge første ledd, der spørsmålet er om «hjelpetiltak ikke er tilstrekkelig».

I pasient- og brukerrettighetsloven § 4A-3 første ledd er uttrykksmåten at «tillitsskapende tiltak [må] ha vært forsøkt, med mindre det er åpenbart formålsløst å prøve dette». Rent språklig synes tilnærmingen her å være mer snevert rettet mot det å forhandle/overtale pasienten. Det kan reflektere at det er problemstillingene ved medikamentell diagnostikk og behandling som har dannet mønster for lovarbeidet. Forarbeidene antyder likevel at bestemmelsen ikke skal tolkes snevrere enn «andre løsninger» i helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9. I psykisk helsevernloven finner vi ulike formuleringer som har likhet med den nevnte i pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4A. Det gjelder psykisk helsevernloven § 3-3 nr. 1 som fastsetter at frivillig psykisk helsevern skal være forsøkt, med mindre dette er «åpenbart formålsløst å forsøke», jf. § 3-3 nr. 1, men se også § 4-4 andre ledd.

5.9.6 Krav til tiltakets innhold ved tvang og lignende inngrep

5.9.6.1 Ulike reguleringsteknikker

I helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 og pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4A har man – bevisst – ikke gjort noe forsøk på en positiv og uttømmende oppregning av lovlige typer av tiltak. I pasient- og brukerrettighetsloven § 4A-4 andre og tredje ledd har man nøyd seg med å gi eksempler på tiltak, riktignok slik at disse også skal anses som en yttergrense for hva som kan ha hjemmel. I tillegg til de avgrensninger som er gjort for kapitlets virkeområde, se § 4A-2 andre ledd, har man for øvrig stort sett basert seg på å avgrense tvangsfullmaktene gjennom allmenne rettslige krav, se nedenfor. Etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 har man i sterkere grad supplert med bestemmelser om hva som ikke er lov (negative begrensninger), jf. blant annet § 9-6. I psykisk helsevernloven og på rusfeltet (helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 10, inkludert forskrift om rettigheter og tvang i rusinstitusjon) er bildet et annet. Her er hovedbildet at man har forsøkt å definere positivt hvilke typer av inngrep som kan ha hjemmel. Det gjelder frihetsberøvelse og ulike tiltak under oppholdet. Utvalget kommer tilbake til fordeler og ulemper med ulike reguleringsteknikker og nøyer seg her med å konstatere forskjellene.

5.9.6.2 Krav om forholdsmessighet og nødvendighet

Etter de ulike regelsettene gjelder enkelte allmenne rettslige begrensninger for hvilke tiltak som kan iverksettes. Hvordan slike kommer til uttrykk, er imidlertid høyst varierende.

Grunnleggende er kravet om at inngrepet må være forholdsmessig. I helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 uttrykkes dette slik: «stå i forhold til det formålet som skal ivaretas». I pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4A bruker man to ulike formuleringer som langt på vei dekker det samme: «tiltakene står i forhold til behovet for helsehjelpen», jf. § 4A-3 andre ledd, bokstav c. Og i tredje ledd: «etter en helhetsvurdering framtrer som den klart beste løsningen for pasienten». Det nye i denne siste formuleringen er at det blir markert en terskel ved at fordelene ved tvangstiltaket «klart» må overstige ulempene for pasienten, se også psykisk helsevernloven § 3-3 nr. 7, som har en tilsvarende formulering.

På rusfeltet (helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 10) finnes ikke noen eksplisitt henvisning til et forholdsmessighetskrav, men det er likevel innfortolket via kravet om at det skal foretas en vurdering (skjønnsutøvelse), jf. ordet «kan» i §§ 10-2 og 10-3.

Et krav om at inngrepet må være «nødvendig» for å oppnå formålet finner vi i helse- og omsorgstjenesteloven § 9-5 andre ledd. Denne bestemmelsen uttrykker et prinsipp om at det minste inngrep må velges. Parallelle formuleringer gjenfinnes ikke i helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 10, men derimot i pasient- og brukerrettighetsloven § 4A-4 andre ledd («nødvendig» i § 4A-3 andre ledd bokstav b omhandler et annet aspekt). I psykisk helsevernloven er minste-inngrep-tanken kommet til uttrykk på ulikt vis, dels ved at bruk av ordet «nødvendig» er brukt i ulike sammenhenger, jf. for eksempel § 3-3 nr. 3. Helt eksplisitt er dette uttrykt i § 4-2 første ledd, siste setning: «Er mindre inngripende tiltak tilstrekkelig, skal disse benyttes.»

5.9.6.3 Forholdet mellom vedtak og gjennomføring

Én ting er hva som er nedfelt i selve vedtaket om hva personen må akseptere av tjenesteyting, noe annet er hvordan vedtaket blir gjennomført i praksis. Behovet for å se disse spørsmål i sammenheng er stort, fordi man ikke nødvendigvis kan gå ut fra at personen vil kapitulere og akseptere et vedtak om tvang. Dette i motsetning til hva vi stort sett kan forvente ved andre forvaltningsvedtak.

Det er helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 som sterkest markerer nødvendigheten av å integrere gjennomføringsaspektet i vedtaksfasen. Dette speiles i uttrykksmåten «bruk av» tvang (eller makt) som er gjennomgående i lovteksten. Etter de andre regelsettene er det et sterkere skille mellom vedtaksfasen og gjennomføringsfasen.

5.9.6.4 Tidsramme for tvangsfullmaktene

Rusfeltet (helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 10) er relativt oversiktlig. Vedtak etter § 10-2 kan maksimalt ha en varighet på «opptil tre måneder». Det er i utgangspunktet ikke lagt opp til forlengelse: i tilfelle må det reises ny sak for fylkesnemnda, men problemstillingen er av ulike grunner lite praktisk. Etter § 10-3 er det varigheten av svangerskapet som utgjør den maksimale tidsramme, men kommunen skal i samråd med institusjonen minimum hver tredje måned vurdere om det fortsatt er grunnlag for tilbakeholdet, jf. tredje ledd. Det er ikke hjemmel for tvungen rusbehandling under oppholdet, men ulike andre tiltak for å sikre formålet med oppholdet og hensynet til medpasienter er nedfelt i forskrift.

Etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 kan vedtak fattes for «inntil tolv måneder av gangen», jf. § 9-7 andre ledd andre setning. Ved behov for forlengelse må det gjennomføres ny, ordinær saksbehandling. Prosedyren er betydelig mindre omfattende enn etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 10, og forlengelse forekommer ofte.

Også etter pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4A kan det fattes vedtak for «inntil ett år av gangen», jf. § 4A-5 første ledd. Forlengelse forutsetter nytt vedtak «fra bunnen av», og problemstillingen er praktisk.

Etter psykisk helsevernloven utgjør ordningen med «tvungent psykisk helsevern» et slags rammevedtak som danner basis for mer spesifikke selvstendige vedtak om gjennomføringen: Det gjelder for eksempel overføring mellom ulike former for vern (§ 4-10), men også andre tiltak under oppholdet. Hovedformer av tvungent vern er tradisjonell frihetsberøvelse med døgnopphold i institusjon og plikt til oppmøte til behandling (uten døgnopphold), jf. § 3-5 første og tredje ledd. Vedtak om tvungent psykisk helsevern er gyldig i inntil ett år om gangen, jf. psykisk helsevernloven § 3-8 tredje ledd. Her skjer forlenging etter samtykke fra kontrollkommisjonen, og problemstillingen er svært praktisk.

Etter psykisk helsevernloven kapittel 4 er det hjemmel for tvungen behandling (§ 4-4). Ulike andre tiltak for å sikre formålet med oppholdet og hensynet til medpasienter er også hjemlet. Maksimal vedtakslengde er varierende. For skjerming er tidsgrensen to uker (§ 4-3 andre ledd), og tilsvarende gjelder for begrensninger i kontakt med omverdenen (§ 4-5 andre ledd).

For tvangsbehandlingsvedtak (4-4) gjelder en maksimal grense på tre uker. For vedtak om behandling med legemidler uten eget samtykke er den maksimale grensen satt til tre måneder (psykisk helsevernloven § 21 andre ledd). For tvangsmiddelbruk etter § 4-8 er det tolkningstvil rundt varigheten av enkelte typer vedtak, for eksempel hva som kan sies å være «kortvarig fastholding» (§ 4-8 andre ledd bokstav d).

5.9.7 Saksbehandling, overprøving og kontroll

Det overordnede bildet er at modellene for saksbehandling, overprøving og kontroll spriker svært mye etter dagens regelverk. Vi kan skille mellom fire hovedmodeller:

Pasient- og brukerrettighetsloven opererer med det som kan omtales som *en tjenestemodell med fylkesmannskontroll i etterkant*. Utgangspunktet her er at den ansvarlige for helsehjelpen er vedtakskompetent. Vedtaket kan påklages til fylkesmannen, og fylkesmannen har videre ansvaret for å gjennomføre en automatisk overprøving etter tre måneder dersom det ikke er gjennomført klagesak. (pasient- og brukerrettighetsloven § 4A-8 andre ledd). I praksis blir det også utført en materiell gjennomgang ved mottak av melding om vedtaket (§ 4A-8 første ledd), men dette er basert på instruks fra Statens helsetilsyn om utøving av kan-skjønnet i loven.

Psykisk helsevernloven opererer med det som kan omtales som *tjenestemodell med kommisjonskontroll i etterkant*. Her er utgangspunktet at den faglig ansvarlige fatter vedtaket, jf. psykisk helsevernloven § 1-4 om hvem dette kan være. Pasienten kan klage og vil da få opp saken sin for full kontrollkommisjon med rett til offentlig oppnevnt advokat, jf. psykisk helsevernloven § 6-4. Unntak gjelder vedtak om behandling uten samtykke hvor fylkesmannen er klageinstans, jf. § 4-4a andre ledd. Kontrollkommisjonen skal for øvrig «så snart som mulig» gjennomføre en formalkontroll av vedtaket: «forvisse seg om at riktig framgangsmåte er fulgt og at vedtaket bygger på en vurdering av vilkårene i §§ 3-2 eller 3-3», jf. psykisk helsevernloven § 3-8 første ledd. Dersom det ikke er avholdt klagesak, skal kommisjonen så «av eget tiltak» gjennomføre en vurdering av om vedtaket skal opprettholdes etter tre måneder, jf. § 3-8 andre ledd. Forsinkelse eller unnlatelse av å gjennomføre denne kontrollen utløser ikke at vedtaket bortfaller. Institusjonen kan videre søke kontrollkommisjonen om forlengelse «med inntil ett år av gangen, regnet fra årsdagen for etableringen» (§ 3-8 tredje ledd). Kommisjonens vedtak etter andre og tredje ledd «treffes av fulltallig kommisjon» (psykisk helsevernloven §§ 58 og 59), for øvrig gjelder forvaltningslovens alminnelige regler.

Etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 gjelder *fylkesmannsmodellen med forhåndskontroll*. For planlagt bruk av tvang – inkludert planmessige inngrep i repeterende nødssituasjoner – gjelder krav om forhåndsgodkjenning fra fylkesmannen, jf. § 9-8. Kommunene er bare tilkjent en initiativrett i disse sakene. Det gjelder selv om avgjørelsen om å fremme sak blir omtalt som «vedtak» i loven, jf. § 9-7 andre ledd. Spesialisthelsetjenesten har en lovpålagt medvirkningsplikt.

På rusfeltet – etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 10 – finner vi så *fylkesnemndsmodellen med forhåndskontroll*. Etter denne skal saker etter §§ 10-2 og 10-3 behandles i domstolslignende former i første instans. Ved hastevedtak, som det er mange av, er prosedyren forenklet.

5.9.8 Trekk i samfunnsutviklingen av betydning for utvalgets syn på gjeldende rett

Samfunnet er i stadig utvikling, og dette kan ha betydning også for vurderingen av gjeldende rett. Lovgivningen skal svare på de utfordringer samfunnet står overfor. Trekk i samfunnsutviklingen av betydning vil utvalget komme tilbake til der det naturlig hører hjemme i utredningen, men enkelte tendenser bør nevnes her.

For alle de fire tradisjonelle lovområdene har den teknologiske utviklingen betydning. Velferdsteknologi gir muligheter for bedre og mer individtilpassede tjenester og redusert bruk av tvang, men reiser også problemstillinger av ulik art. De personvernmessige utfordringene ligger i dagen, men vel så viktig er frykten for at slike nye løsninger skal redusere den menneskelig kontakten mellom personen og hjelpeapparatet, for eksempel ved at færre ansatte kan passe på flere.

Med en viss tilknytning her ligger frykten for segregering. I omsorgen for mennesker med utviklingshemning og demens er man bekymret for slike tendenser ved at det noen steder blir bygget opp større anlegg der personer med spesielle behov samles. Dette har en side mot institusjonsbegrepet, se utredningen kapittel 19, som ikke er en fast størrelse.

Som et spesifikt trekk på psykisk helsevern-feltet skal framheves tendensen til nedbygging av sengeplasser til fordel for ambulant oppfølging. Dette betyr at kommunene får ansvar for mer ressurskrevende personer, og parallelt økte utfordringer i relasjon til bruk av tvang. Dette er en utvikling som har pågått lenge, og det er ingen signal om politikkendring. Et annet trekk på psykisk helsevern-feltet gjelder tendensen til sammenveving av sivil psykiatri og strafferettspsykiatri. Kretsen av hvem som kan dømmes til tvungent psykisk helsevern, er over tid blitt utvidet, og nå går diskusjonen om Prop. 154 L (2016–2017) der dette tas ytterligere ett hakk videre. Dette må antas å gi «et økt press på plassene i psykiatrien», som det heter i proposisjonen.¹⁶⁰ Når strafferettspsykiatrien med sitt sikkerhetsfokus blir mer dominerende, kan det lett få ringvirkninger for den sivile psykiatrien også.

I omsorgen for personer med utviklingshemning har problembildet til dels endret seg siden 1980 og -90-tallet, da premissene for det som i dag er helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 ble lagt. Den gang var det sterkt fokus på alvorlig selvskading og behovet for tvang i trenings- og opplæringstiltak for å gjøre personene så selvhjulpne og «normale» som mulig. I dag er begge deler mindre fokusert. Et viktig poeng er at respekten for retten til selvbestemmelse og annerledeshet har vokst seg sterkere i tjenestene. Nye problemstillinger som så å si springer ut av nedleggingen av institusjonene, er knyttet til kontrollbehov overfor enkeltpersoner som utfordrer oppfatningen vår av hva som er helse- og omsorgstjenestens oppgaver.

Rusfeltet er preget av å være nytt som tjenesteområde innen spesialisthelsetjenesten (fra 2004). Feltet er til dels preget av et høyt innslag av private aktører og dårlig koordinering av tjenestetilbudet.

5.10 Oversiktstabell over likheter og ulikheter i de ulike regelsettene

For å gjøre tabellen nedenfor mer lesevennlig er det ikke tatt inn paragrafhenvvisninger.

Psykisk helsevernloven	Helse- og omsorgstjenesteloven kap. 10	Helse- og omsorgstjenesteloven kap. 9	Pasient- og brukerrettighetsloven kap. 4 a

¹⁶⁰Prop. 154 L (2016–2017) s. 15

<i>Formål</i> Sikre at etablering og gjennomføring av psykisk helsevern er forsvarlig og i samsvar med menneskerettighetene og grunnleggende retts-sikkerhetsgarantier Forebygge og begrense bruk av tvang Helsehjelpen skal tilrettelegges med respekt for pasientens fysiske og psykiske integritet, og så langt mulig være i samsvar med pasientens behov, selvbestemmelsesrett og respekt for menneskeverdet.	<i>Formål</i> Hensikten med tilbakehold i institusjon uten eget samtykke er å hindre fysisk eller psykisk helseskade på den rusmiddelavhengige For gravide: Hindre eller begrense sannsynligheten for at barnet påføres skade, legge vekt på at kvinnen tilbys tilfredsstillende hjelp for rusmiddelmisbruket og at hun blir i stand til å ta vare på barnet <i>Gjennomføringsforskriften</i> Avklare når det er adgang til å bruke tvang og hindre at tvang brukes mer enn nødvendig (<i>i rusinstitusjoner</i>)	<i>Formål</i> Hindre at personer med psykisk utviklingshemning utsetter seg selv eller andre for vesentlig skade, forebygge og begrense bruk av tvang og makt Tilrettelegge tjenestetilbudet med respekt for den enkeltes fysiske og psykiske integritet og så langt som mulig i samsvar med brukers/pasientens selvbestemmelsesrett Ingen skal behandles på en nedverdiggende eller krenkende måte.	<i>Formål</i> Yte nødvendig helsehjelp for å hindre vesentlig helseskade på pasienten, forebygge og begrense bruk av tvang Helsehjelpen skal tilrettelegges med respekt for den enkeltes fysiske og psykiske integritet og så langt som mulig være i samsvar med pasientens selvbestemmelsesrett.
<i>Målgruppe</i> Ved tvungent vern: Pasienter med alvorlig sinnslidelse som ikke samtykker. Må mangle samtykkekompetanse, med mindre det er fare for andres liv eller helse eller eget liv	<i>Målgruppe</i> Rusmiddelavhengige	<i>Målgruppe</i> Personer med psykisk utviklingshemning	<i>Målgruppe</i> Pasienter over 16 år som mangler samtykkekompetanse, og som motsetter seg helsehjelp

<i>Tvangsbegrepet</i> Knyttet til tvungen observasjon, etablering av psykisk helsevern <i>uten samtykke</i> («tvungent psykisk helsevern»), behandling uten eget samtykke. Begrepet er noe uklart i enkelte bestemmelser i kap. 4.	<i>Tvangsbegrepet</i> «Tvangstiltak» brukt som samlebetegnelse på tiltak <i>uten samtykke</i> <i>Gjennomføringsforskriften</i> omfatter «tvang og restriksjoner», presisert at pasienten <i>mot sin vilje</i> kan holdes tilbake og tilbakeføres. Lovhjemlene for forskriften bruker tvangstiltak som samlebetegnelse på div. ulike tiltak. Stedvis noe uklart hvilket tvangsbegrep som blir brukt.	<i>Tvangsbegrepet</i> Bruk av tiltak som brukeren/pasienten <i>motsetter seg</i>, tiltak som er så <i>inngripende</i> at de uansett motstand må regnes som bruk av tvang eller makt, inngripende varslings-systemer med tekniske innretninger	<i>Tvangsbegrepet</i> Overvinning av motstand, men også i noen tilfeller omgåelse av motstand
<i>Type tiltak/tjenester</i> Tradisjonell frihetsberøvelse (tvangsinnleggelse og tilbakehold), eventuelt plikt til å møte til behandling (Tvungen observasjon og tvungent psykisk helsevern, med el. uten døgnopphold) <i>Under oppholdet:</i> Behandling uten samtykke (inkl. medisiner og ernæring) Skjerming, innskrenkninger i kontakt med omverdenen, undersøkelse av	<i>Type tiltak/tjenester</i> Tradisjonell frihetsberøvelse (tvangsinnleggelse og tilbakehold): undersøkelse og tilrettelegging av behandling Tilbakehold av gravide Tilbakehold på grunnlag av eget samtykke <i>Under oppholdet:</i> <i>div. tiltak regulert i gjennomføringsforskrift:</i> Rusmiddeltesting Husordensregler, innskrenkninger i kontakt med omverdenen, undersøkelse	<i>Type tiltak/tjenester</i> Tiltak som ledd i tjenester etter helse- og omsorgstjenesteloven, bl.a.: Hjemmesykepleie, personlig assistanse, plass i institusjon og avlastningstiltak. Ikke tradisjonell frihetsberøvelse Tre ulike tiltak: a. skadeavvergende tiltak i nødssituasjoner b. planlagte skade avvergende tiltak i gjentatte nødssituasjoner c. tiltak for å dekke grunnleggende behov for mat og drikke, påkledning, hvile, søvn, hygiene og personlig trygghet	<i>Type tiltak/tjenester</i> Gjennomføre helsehjelp, herunder undersøkelse og behandling, pleie og omsorg Særskilte eksempler nevnt: Innleggelse og tilbakehold i helseinstitusjon, varslings- og lokaliseringssystemer med tekniske innretninger og bevegeshindrende tiltak som belter o.l.

rom og eiendeler, kroppsvisitasjon, beslag, urinprøve, rusmiddeltesting av biologisk materiale, bruk av tvangsmidler Sikkerhetstiltak i regionale sikkerhetsavdelinger Tiltak under gjennomføring av dom på tvungent psykisk helsevern	av rom og eiendeler, kroppsvisitasjon, beslag og tilintetgjøring av legemidler, rusmidler, skadelige stoffer og farlige gjenstander Kortvarig fastholding (Ikke hjemmel for behandling uten samtykke)		
<i>Arena</i> I godkjent institusjon i <i>spesialisthelsetjenesten</i>, ev. ved oppmøte i slik institusjon	<i>Arena</i> <i>Lovreglene:</i> Institusjon i spesialisthelsetjenesten <i>Gjennomføringsforskriften:</i> Alle rusinstitusjoner, både i spesialisthelsetjenesten, kommunale og private	<i>Arena</i> I og utenfor institusjon i den <i>kommunale</i> helse- og omsorgstjenesten. <i>Spesialisthelsetjenesten</i> kan treffe eget vedtak om bruk av tvang og makt ved bistand til kommunen	<i>Arena</i> Der helsepersonell yter helsehjelp, både i og utenfor institusjon, i kommunen og i spesialisthelsetjenesten

<i>Materielle vilkår</i>	<i>Materielle vilkår</i>	<i>Materielle vilkår</i>	<i>Materielle vilkår</i>
<i>Tvungent psykisk helsevern</i> 1. Frivillig vern skal som hovedregel være forsøkt 2. To leger har undersøkt pasienten 3. Pasienten har en alvorlig sinnslidelse, pluss behandlingsvilkår og farevilkår 4. Manglende samtykkekompetanse, unntak ved nærliggende og alvorlig fare for eget liv eller andres liv eller helse 5. Institusjonen er faglig og materielt i stand til å tilby tilfredsstillende behandling 6. Pasienten er gitt anledning til å uttale seg 7. Tvungent psykisk helsevern framtrer som den klart beste løsning for pasienten, med mindre vedkommende utgjør en nærliggende og alvorlig fare for andres liv eller helse. <i>Tvungen observasjon</i> I hovedsak samme vilkår som for tvungent psykisk helsevern <i>Undersøkelse og behandling uten eget samtykke</i> Forutsetter at pasienten er underlagt tvungent vern Må være klart i samsvar med faglig aner-	Hjelpetiltak er ikke tilstrekkelig. Pasienten må utsette sin fysiske eller psykiske helse for fare ved omfattende og vedvarende misbruk. <i>For gravide:</i> Hjelpetiltak er ikke tilstrekkelig. Misbruket må være av en slik art at det er overveiende sannsynlig at barnet vil bli født med skade. <i>Gjennomføringsforskriften</i> «Tvang og restriksjoner» skal innskrenkes til det strengt nødvendige Skal så langt som mulig ta hensyn til pasient/brukers syn på tiltakene Kan bare bruke tiltak med en så gunstig virkning at det klart oppveier ulempene med tiltaket Tvangsbruk kan bare skje når det er strengt nødvendig av hensyn til pasient/bruker, av hensyn til andre	Andre tiltak skal som hovedregel være prøvd. Tvang og makt kan bare brukes når det er faglig og etisk forsvarlig. Tiltakene må ikke gå lengre enn det som er nødvendig for formålet, og må stå i forhold til formålet. Tiltakene kan bare brukes for å hindre eller begrense vesentlig skade. Særlige vilkår for bruk av mekaniske tvangsmidler, skjerming og opplærings- og treningstiltak.	Tillitsskapende tiltak skal som hovedregel være forsøkt. Unnlatelse av å gi helsehjelp kan føre til vesentlig helse-skade for pasienten, helsehjelpen må anses nødvendig, og tiltakene må stå i forhold til behovet for helsehjelpen. Helsehjelpen kan bare gis hvis dette framtrer som den klart beste løsningen for pasienten. Skal legge vekt på graden av mot stand og om det i nær framtid kan forventes at pasienten kan gjenvinne sin samtykkekompetanse.

kjent psykiatrisk metode og forsvarlig klinisk praksis Manglende samtykkekompetanse, unntak ved nærliggende og alvorlig fare for eget liv el. andres liv el. helse Må være prøvd å oppnå samtykke, hvis det ikke er åpenbart at samtykke ikke kan eller vil bli gitt. Skal vurdere å tilby frivillige tiltak hvis det ikke er åpenbart umulig Behandlingstiltak kan bare gjennomføres når de med stor sannsynlighet kan føre til helbredelse el. vesentlig bedring el. at vesentlig forverring av sykdommen unngås.	medpasienter/brukere, el. av hensyn til ansatte på institusjonen. Unntak for kortvarig fastholding Institusjonen skal, så langt det er forenelig med formålet med oppholdet, institusjonens ansvar for å ivareta forsvarlig drift og hensynet til andre pasienter/brukere, drives slik at pasient/brukers mulighet til å bestemme over seg selv blir ivaretatt Diverse særvilkår for de ulike tvangstiltakene/ -restriksjonene		

Alvorlig inngrep forbudt, unntatt *legemiddelbehandling* uten samtykke: bare med preparater registrert her i landet, vanlig brukte doser og hvis legemidlene har en gunstig virkning som klart oppveier ulemperne ved eventuelle bivirkninger. Vedtak om legemiddelbehandling kan som hovedregel ikke fattes før pasienten er observert og forsøkt hjulpet i minst 5 døgn. Også åpnet for *ernæring uten eget samtykke*: må framstå som et strengt nødvendig behandlingsalternativ

Andre gjennomføringstiltak

Diverse særvilkår

Pluss en generell bestemmelse (§ 4-2):

«Restriksjoner og tvang» skal innskrenkes til det strengt nødvendige

Skal så langt som mulig ta hensyn til pasientens syn på tiltakene

Kan bare benytte tiltak med en så gunstig virkning at det klart oppveier ulempene med tiltaket

Opphold i institusjon skal så langt det er forenlig med formålet og den enkeltes tilstand gjennomføres slik at pasientens mulighet til å bestemme over seg selv blir ivaretatt.			
<i>Varighet</i> <i>Tvungen observasjon</i> kan som hovedregel ikke vare mer enn 10 dager uten pasientens samtykke <i>Tvungen psykisk helsevern</i> opphører etter 1 år hvis ikke kontrollkommisjonen samtykker i forlengelse. Kommisjonen kan forlenge vernet med inntil 1 år av gangen. <i>Undersøkelse og behandling uten eget samtykke</i> Total undersøkelsestid kan som hovedregel ikke vare under 3 døgn. Kan vedta planlagt varighet for behandlingen til	<i>Varighet</i> Tilbakehold i institusjon uten eget samtykke kan vedtas i opptil tre måneder. Tilbakehold av gravide kan vare i hele svangerskapet, kommunen må vedta fortsatt opphold minst hver tredje måned. Tilbakehold i institusjon på grunnlag av eget samtykke: opptil tre uker fra inntaket eller etter at samtykket er trukket tilbake og opptil tre ganger for hvert opphold	<i>Varighet</i> Vedtak kan treffes for inntil 12 måneder om gangen.	<i>Varighet</i> Vedtak kan treffes for inntil ett år av gangen. Hvis et vedtak ikke er påklaget og helsehjelpen vedvarer, skal fylkesmannen, 3 måneder etter vedtaket, vurdere om det fortsatt er behov for helsehjelpen.

maks 3 uker. Varighet for behandling med legemidler kan vedtas til maks til 3 måneder (forskriftsregulert). <i>Andre gjennomføringstiltak</i> Kan vedta skjerming for maks to uker om gangen. Tvangsmidler skal brukes så kortvarig som mulig, isolering i maks 2 timer av gangen. Ved sammenhengende bruk av mekaniske tvangsmidler ut over 8 timer, skal pasienten gis friere forpleining i kortere eller lengre tid (forskriftsregulert).			

<i>Saksbehandlingskrav</i> <i>Vedtak om tvungen observasjon eller tvungent psykisk helsevern</i> Faglig ansvarlig skal treffe vedtak ut fra foreliggende opplysninger og egen undersøkelse av pasienten. Vedtak skal treffes snarest og senest innen 24 timer etter at pasienten er kommet til institusjonen. Listet opp i 5 punkter hva vedtaket skal inneholde <i>Vedtak om undersøkelse og behandling uten eget samtykke</i> Faglig ansvarlig skal treffe vedtak etter samråd med annet kvalifisert helsepersonell. Listet opp i 11 punkter hva vedtaket skal inneholde <i>Vedtak om andre gjennomføringstiltak</i> Faglig ansvarlig kan vedta de ulike tiltakene.	<i>Saksbehandlingskrav</i> <i>Fylkesnemnda kan treffe vedtak. Kommunen må forberede saken.</i> Saksbehandlingsregler for fylkesnemnda framgår av <i>barnevernloven kapittel 7</i>. Forhandlingsmøte skal holdes snarest, hvis mulig innen to uker etter at nemnda mottok saken. «Vedtak skal begrunnes som dommer.» <i>Kommunen kan treffe midlertidig vedtak</i> Dette må umiddelbart etter iverksetting sendes fylkesnemnda for foreløpig godkjenning. Leder i nemnda skal snarest ta stilling til saken. Kommunen må sende forslag til endelig vedtak til fylkesnemnda innen 2 uker. <i>Særregler om iverksetting</i> Fylkesnemndas vedtak kan bare iverksettes hvis institusjonen faglig og materielt er i stand til å tilby tilfredsstillende hjelp. Kommunen kan la være å iverksette vedtaket hvis forholdene tilsier det. Vedtaket bortfaller hvis det ikke er iverksatt innen 6 uker. 2 ukers	<i>Saksbehandlingskrav</i> <i>Beslutning om skadeavvergende tiltak i nødssituasjoner treffes av den som har det daglige ansvaret for tjenesten i kommunen. Ved tidsnød treffes beslutning av tjenesteyteren. Beslutningen skal nedtegnes straks etter gjennomføring av tiltaket. Angitt i 6 punkter hva som skal nedtegnes. Melding om beslutningen skal straks sendes faglig ansvarlig for tjenesten, verge og pårørende, eller på den måten fylkesmannen beslutter, og skal opplyse om klageadgangen. Bruk av tvang og makt i andre tilfeller skal avgjøres i vedtak av den som har det overordnede faglige ansvaret i kommunen.</i> Plikt for spesialisthelsetjenesten til å bistå i utformingen av tiltakene. Angitt i 9 punkter hva vedtaket skal inneholde. Vedtaket skal sendes fylkesmannen til overprøving og skal	<i>Saksbehandlingskrav</i> Vedtak treffes av det helsepersonellet som er ansvarlig for helsehjelpen. Hvis helsehjelpen innebærer et alvorlig inngrep, skal vedtaket treffes i samråd med annet kvalifisert helsepersonell. Hvis pasienten motsetter seg innleggelse, tilbakeholdelse, eller bevegelseshindrende tiltak, skal det alltid regnes som alvorlig inngrep. Vedtak om undersøkelse og behandling omfatter den pleie og omsorg som er nødvendig for å gjennomføre undersøkelsen og behandlingen. Hvis hovedformålet med helsehjelpen er pleie og omsorg, skal det treffes eget vedtak om dette.

	frist for iverksetting av vedtak for gravide.	samtidig sendes spesialisthelsetjenesten, verge og pårørende, som kan gi uttalelse til fylkesmannen. Fylkesmannen skal prøve alle sider av saken og kan godkjenne vedtaket, nekte godkjenning og ev. gjøre endringer. Fylkesmannen kan også sende saken tilbake til kommunen, f. eks. for å få nærmere opplysninger. Vedtaket kan ikke iverksettes før det er godkjent av fylkesmannen.	

<i>Rolle/rettigheter for pårørende/verge</i>	<i>Rollen til pårørende/ verge</i>	<i>Rollen til pårørende/ verge</i>	<i>Rollen til pårørende/ verge</i>
«Den nærmeste pårørende eller den som handler på pasientens vegne» kan bringe beslutning fra faglig ansvarlig om å kreve samtykke fra pasienten til å være undergitt regler om tvungent psykisk helsevern, inn for kontrollkommisjonen. Pasientens nærmeste pårørende kan be- gjære legeundersøkelse for å bringe på det rene om lovens vilkår for tvungent psykisk helsevern er oppfylt. Nærmeste pårørende har klagerett over vedtak om – tvungen obser- vasjon el. tvungent psykisk hel- severn – opphør av tvungen obser- vasjon el. tvungent psykisk hel- severn – diverse gjen- nomføringstil- tak, bl.a. under- søkelse og be- handling uten eget samtykke. Nærmeste pårørende kan henvende seg til kontrollkommisjonen	Kommunen har plikt til å vurdere tvangsinnleggelse etter melding fra pårørende. Klageadgang på midlertidige vedtak er avgrenset til de «private parter», i veileder fra H-dir. definert som «den som kommunen vil fremme tvangsvedtak overfor», dvs. ikke pårørende/verge. Adgang til å bringe nemndas vedtak inn for domstolen er avgrenset til å gjelde den private part eller kommunen, dvs. ikke pårørende/verge.	«Pårørende og verge» skal høres før det treffes vedtak og gis informasjon om adgangen til å uttale seg i saker som skal overprøves, har adgang til å klage og til å bringe vedtaket inn for tilsynsmyndighet og tingretten. Plikt til å oppnevne verge hvis verge ikke allerede er oppnevnt der det er aktuelt å treffe vedtak. Verge og pårørende kan påklage beslutning fra kommunen til fylkesmannen. Verge og pårørende kan påklage vedtak overprøvd av fylkesmannen, til fylkesnemnda. Verge og pårørende kan bringe vedtak i klagesak behandlet av fylkesnemnda inn for retten etter tvisteloven kapittel 36.	Der det er mulig, skal det før vedtak treffes innhentes informasjon fra pasientens nærmeste pårørende om hva pasienten ville ha ønsket. Nærmeste pårørende har klageadgang. Nærmeste pårørende kan bringe enkelte vedtak inn for retten etter tvisteloven kapittel 36.

i saker som gjelder pasientens velferd.

Den som handler på pasientens vegne, skal gis adgang til å uttale seg før kontrollkommisjonen avgjør sak om tvungen observasjon, etablering, opprettholdelse eller opphør av tvungent psykisk helsevern, pluss sak om overføring.

Nærmeste pårørende kan bringe kontrollkommisjonens vedtak i sak om tvungen observasjon, etablering eller opprettholdelse av tvungent psykisk helsevern m.m. inn for domstolen etter tvisteloven kap.36.

<i>Klage/overprøving, tilsyn og kontroll</i>	<i>Klage/overprøving, tilsyn og kontroll</i>	<i>Klage/overprøving, tilsyn og kontroll</i>	<i>Klage/overprøving, tilsyn og kontroll</i>
Vedtak om undersøkelse og behandling uten eget samtykke kan påklages til fylkesmannen. Øvrige vedtak kan påklages til kontrollkommisjonen. Hvis det ikke klages over etableringen av tvungent psykisk helsevern, skal kontrollkommisjonen 3 måneder etter vedtaket vurdere om det fortsatt er behov for tvungent vern. Faglig ansvarlig skal minst en gang hver tredje måned vurdere om vilkårene for tvungent psykisk helsevern fortsatt er til stede. Kontrollkommisjonene skal føre velferdskontroll «i den utstrekning det er mulig». Kontrollkommisjonens vedtak i saker om tvungen observasjon, etablering el. opprettholdelse av tvungent psykisk helsevern kan bringes	Privat part kan når som helst påklage midlertidig vedtak fra kommunen til fylkesnemnda. Klagen skal behandles av nemndsleder, som skal treffe vedtak innen en uke. Privat part el. kommunen kan bringe fylkesnemndas vedtak inn for domstolsprøving etter tvisteloven kap. 36. Fylkesmannen skal føre tilsyn i form av lovlighetskontroll med kommunens plikter. For øvrig gjelder reglene om tilsyn i helsetilsynsloven.	Beslutning kan påklages til fylkesmannen. Vedtak som er overprøvd av fylkesmannen, kan påklages til fylkesnemnda. Vedtak som er klagebehandlet av fylkesnemnda, kan bringes inn for domstolsprøving etter tvisteloven kap. 36, men ikke hvis fylkesmannen har nektet å godkjenne vedtaket. Fylkesmannen skal føre tilsyn i form av lovlighetskontroll med kommunens plikter. I tillegg skal fylkesmannen føre stedlig tilsyn med tiltak der kommunen har truffet vedtak om bruk av tvang eller makt. For øvrig gjelder reglene om tilsyn i helsetilsynsloven.	Vedtak kan påklages til fylkesmannen. Presisert at fylkesmannen av eget tiltak kan overprøve vedtak om helsehjelp som pasienten motsetter seg. Hvis et vedtak ikke er påklaget og helsehjelpen vedvarer, skal fylkesmannen etter 3 måneder vurdere fortsatt behov for helsehjelpen. Enkelte vedtak kan bringes inn for domstolsprøving etter tvisteloven kap. 36. Reglene om tilsyn i helsetilsynsloven gjelder.

inn for domstolsprøving etter reglene i tvisteloven kap. 36. Det samme gjelder kontrollkommisjonens vedtak om overføring til døgnopphold i institusjon. For øvrig gjelder reglene om tilsyn i helseetilsynsloven.			

6 Erfaring med regelsettene

6.1 Innledning

I dette kapitlet gis det en oversikt over evalueringer, tilsynsrapporter og andre vurderinger av hvordan rettsreglene på området som er omfattet av utvalgets mandat, virker og hvordan de praktiseres.

Alle statlige virksomheter skal sørge for at det gjennomføres evalueringer for å få informasjon om effektivitet, måloppnåelse og resultater innenfor hele eller deler av virksomhetens ansvarsområde og aktiviteter. Dette går fram av Reglement for økonomistyring i staten § 16. Bestemmelsen gjelder også for regelverk. Formålet med evalueringer er å kontrollere om regelverket virker etter sin hensikt. Systematikken og metoden skal være etterprøvbare og utføres av noen som har en viss avstand til det som evalueres.

Reglene om bruk av tvang i helse- og omsorgssektoren er samlet i fire regelsett: psykisk helsevernloven, pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A (tvungen somatisk helsehjelp til bl.a. personer med demens), helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 (tvangstiltak overfor personer med utviklingshemning) og kapittel 10 (tilbakehold i tverrfaglig spesialisert rusbehandling). Se nærmere omtale av regelverket i kapittel 5.

Kontrollorganenes (fylkesmannen, Statens helsetilsyn, fylkesnemndene for barnevern og sosiale saker og kontrollkommisjonene) rolle er beskrevet i kapittel 5 og i kapittel 28.

Erfaringene med regelsettene kan kort oppsummeres slik:

- Nytt regelverk gir økt oppmerksomhet rundt de forholdene regelverket tar sikte på å regulere.

- Mange forhold påvirker om implementering av nytt regelverk blir vellykket.
- Det kan være vanskelig å anvende regelverk i konkrete tilfeller.
- Veiledning om hvordan regelverket skal forstås, erfaringslæring og refleksjon rundt etiske dilemma bidrar til bedre praktisering av regelverket.

Utvalget har også valgt å omtale en rapport fra Nasjonalt kompetansesenter for psykisk helsearbeid (NAPHA) som omhandler erfaringer med inngrep på et felt som i dag i liten grad er lovregulert.

6.2 Psykisk helsevernloven

6.2.1 Evaluering av kravet om samtykkekompetanse

Senter for medisinsk etikk (SME) ved Universitetet i Oslo gjennomførte, på oppdrag fra Helsedirektoratet, en kvalitativ evaluering av lovendringene i psykisk helsevernloven som trådte i kraft 1. september 2017.¹⁶¹ Formålet med evalueringen var blant annet å få økt kunnskap om betydningen av det nye vilkåret om manglende samtykkekompetanse for å kunne anvende tvang og hvordan samtykkekompetansevurderingene gjennomføres.

Det ble gjennomført semistrukturerte intervjuer med til sammen 60 personer fra ulike informantgrupper som ble berørt av lovendringene. De ble også gjennomført en analyse av relevante deler av pasientjournaler.

Ifølge SME har lovendringene trolig ført til et økt fokus på pasientautonomi. Lovendringene synes i stor grad å være implementert i psykisk helsevern, men i mindre grad i kommunehelsetjenesten enn i spesialisthelsetjenesten.

Både ansatte i tjenestene og pårørende uttrykte bekymring for at lovendringene skulle føre til flere kortere innleggelser og økt belastning på de pårørende. De mente også at lovendringene vil kunne føre til økt press på og behov for kommunale tjenester, frivillige alternativer og samhandling.

Alle informantgruppene mente at lovendringene hadde ført til økt rettsikkerhet og bedre mulighet for brukermedvirkning. Flere pekte også på at brukere av psykiske helsetjenester nå har blitt gitt samme mulighet og rett til å nekte å motta behandling som brukere av øvrige helse-tjenester.

Mange av dem som ble intervjuet syntes det var krevende å vurdere samtykkekompetanse og trodde at vilkåret ble vurdert ulikt. Både ansatte, brukere og pårørende fortalte at de hadde positive erfaringer med at vurdering av samtykkekompetanse førte til lengre, grundigere og bedre samtaler. Mange ansatte og flere av pasientene nevnte at dette kunne ha en pedagogisk effekt og bidra til å motivere pasientene til å motta frivillig behandling på sikt. Både pårørende og brukere fortalte at de hadde fått større forståelse for behandlernes vurderinger av hva som var pasientens problem og mulige løsninger. Pårørende satte spesielt pris på å bli involvert i vurderingene. Flere av de ansatte fortalte at de hadde blitt mer oppmerksomme på brukernes ressurser, evner og muligheter til å samtykke og medvirke i beslutninger.

¹⁶¹Senter for medisinsk etikk, 2019

Flere av de ansatte fortalte at de tolket lovendringene som et signal fra helsemyndighetene om at de ønsker en reduksjon i bruk av tvang, og at lovendringene var velegnede for å nå dette målet.

De fleste ansatte mente at vurderingen rundt bruk av tvang var blitt mer tid- og ressurskrevende. Mange spesialister sa at de var usikre på forholdet mellom samtykkekompetanse og begrep som psykose og sykdomsinnsikt. Noen var f.eks. usikre på om psykose utelukket samtykkekompetanse. Fagfolk med lengre erfaring virket mer tilbøyelige til å mene at psykose og manglende sykdomsinnsikt utelukker samtykkekompetanse, mens yngre fagfolk uttrykte et mer nyansert syn.

Det ble framhevet som en utfordring ved vurderingen av samtykkekompetanse at pasienter kunne ta seg sammen i kortere perioder og at vurderingen dermed kunne bli basert på et litt skjævt øyeblikksbilde av pasienten. Enkelte spesialister i psykisk helsevern var bekymret for at en vurdering av samtykkekompetanse kunne krenke pasienten eller ødelegge behandlingsrelasjonen. Informantene som representerte tilsynsorganene, hadde erfart at enkelte pasienter hadde blitt krenket og opplevd det som uverdigg at samtykkekompetansen deres ble vurdert. I noen tilfeller hadde pasienter gitt uttrykk for at de trodde de hadde blitt umyndiggjort. Spesialister på DPS nevnte at det er særlig vanskelig å gjennomføre samtykkekompetansevurderinger for ruspasienter, pasienter som skader seg selv og pasienter med alvorlig spiseforstyrrelser, maniske symptomer eller risiko for suicid. Informantene fra tilsynsorganene fremhevet samtykkekompetansevurderinger av ruspasienter, pasienter med psykisk utviklingshemning, samt andre pasienter med sammensatt problematikk som særlig utfordrende.

Flere av de ansatte mente at lovverket har utviklet seg til å bli uoversiktlig og komplisert. Eksempler som ofte ble nevnt var pasienter som sliter med sammensatt problematikk, som kan falle inn under flere lovverk som eldre med kognitive og psykiske utfordringer og yngre som sliter med både rus og psykiske utfordringer.

Ingen av informantene ga uttrykk for at tidligere erfaringer med tvang ble nøyere undersøkt eller hadde fått større plass i vurderingene av bruk av tvang etter at lovendringene trådte i kraft. SME fant heller ingen klare indikasjoner på at lovendringene hadde medført noen betydelig endring når det gjaldt involvering av de pårørende. De ansatte forholdt seg i hovedsak til underretningsplikten ved tvangsvedtak etter psykisk helsevernloven og ikke informasjonsplikten som følge av manglende samtykkekompetanse etter pasient- og brukerrettighetsloven.

Journalnotatene tyder på at det er innført nye dokumentasjonsrutiner som følge av endrede kriterier for bruk av tvang og mer detaljerte krav til vedtakene. Vurderingen av samtykkekompetanse knyttes ofte tett opp mot sykdomsinnsikt eller det å være enig/uenig med behandler. Journalene inneholder gjennomgående lite informasjon om pasientens begrunnelse for å være positiv eller negativ til de aktuelle tiltakene.

Et viktig funn er at kommunetjenesten bør involveres mer i framtidige opplæringstiltak for å øke kompetansen i å vurdere samtykkekompetanse.

SME mener at funnene bekrefter at det er behov for en forenkling av eksisterende lovverk som hjemler bruk av tvang innen helsetjenesten, for eksempel ved å samle all lovgivning som hjemler bruk av tvang i helsetjenesten i en felles lov. Evalueringen tyder videre på at lovendringene kan ha medført at farekriteriet i større grad blir brukt som alternativt hjemmelsgrunnlag for tvang, at forbudet mot å gjøre frivillig psykisk helsevern om til tvungent psykisk helsevern oftere blir omgått. Mange personer med alvorlig sinnslidelse som manglet samtykkekompetanse, men som ikke motsatte seg helsehjelpen ble «frivillig innlagt» selv om loven krever vedtak om tvungent psykisk helsevern.

6.2.2 Evaluering av kvaliteten på tvangsvedtak

Oxford Research evaluerte på oppdrag fra Helse- og omsorgsdepartementet blant annet kvaliteten i kontrollkommisjonenes og fylkesmennenes klagevedtak i saker om bruk av tvang etter psykisk helsevernloven.¹⁶² Rapporten ble levert i desember 2017.

Oxford Research gikk gjennom et utvalg av vedtak i klagesaker for å vurdere kvaliteten på begrunnelsene sett opp mot lovens krav. Vedtaksanalysen består først og fremst av en kvalitativ, juridisk analyse av dokumenter.

Som et supplement til vedtaksgjennomgangen, ble det gjennomført spørreundersøkelser til kontrollkommisjonsledere og utvalgte saksbehandlere hos fylkesmennene. Noen av de sentrale temaene i spørreundersøkelsene var saksforberedelse, informasjon og kontakt, saksbehandling og vurderinger av arbeidsbelastning.

6.2.2.1 Fylkesmannens vedtak

Vedtaksanalysen ble gjennomført på 45 tilfeldig uttrukne vedtak i klagesaker etter psykisk helsevernloven om behandling uten eget samtykke (§ 4-4) fra 2016. Ti av dem gjaldt tvangsernæring.

Oxford Research vurderte storparten av vedtakene til å holde høy kvalitet. I en del av sakene manglet det likevel en redegjørelse for det rettslige grunnlaget for tvangsbehandling. Ifølge Oxford kan det føre til at lovens vektlegging av pasientautonomi ikke kommer godt nok fram. Dette kan igjen påvirke helhetsvurderingen av om tvangsmedisinering eller tvangsernæring er den eneste mulige tilnærmingen ved behandlingen av den konkrete pasienten. To av pasientene hadde fått advokatbistand i forbindelse med klagesaken. I disse sakene oppfylte vedtakene alle lovens krav til begrunnelse.

Vedtak i klagesakene ble videreformidlet direkte til pasienten, med kopi til aktuell avdeling og noen ganger også til kontrollkommisjonen.

Svarprosenten i spørreundersøkelsene til utvalgte saksbehandlere hos fylkesmennene var 81 prosent. De som svarte oppga at de var jurister (40 prosent), leger (16 prosent), sykepleier (16 prosent), vernepleiere (10 prosent) eller hadde annen utdanning (12 prosent).

På spørsmål om kravet til rask avgjørelse kan stå i strid med kravet til forsvarlig saksbehandling, svarte 10 prosent aldri, 37 prosent sjelden, 30 prosent av og til og 12 prosent ofte. Rask saksbehandling, nærhet til dem som fatter vedtaket og tverrfaglighet ble gjennomgående framhevet som sterke sider ved dagens klageordning. At fylkesmannen er for avhengig av den skriftlige beskrivelsen fra førsteinstansen, manglende faglig oppdatering, mangelfull kompetanse, misforhold mellom saksmengde og ressurser og ulik praksis mellom embetene ble vurdert som svake sider ved dagens ordning.

De som svarte oppfattet også regelverket som delvis vanskelig tilgjengelig.

På spørsmålet om fylkesmannen stiller krav om skriftlig klage etter psykisk helsevernloven svarte 47 prosent aldri, 7 prosent sjelden og 20 prosent ofte.

Ved klagebehandling av saker om undersøkelse og behandling uten eget samtykke svarte 80 prosent at det alltid ble tatt personlig kontakt for å sikre opplysning av saken.

¹⁶²Oxford Research, 2017

På spørsmål om fylkesmannen kontaktet pasienten dersom nærmeste pårørende klaget på vedtak om helsehjelp som pasienten motsatt seg svarte 3 prosent aldri, 10 prosent sjelden, 13 prosent av og til, 20 prosent ofte og 13 prosent alltid. Halvparten av de spurte svarte at de ikke visst eller at det ikke var relevant. Når pasienten klaget på vedtak om helsehjelp som de motsatte seg, svarte 7 prosent at de aldri kontaktet de pårørende, 7 prosent at de sjelden gjorde det, 10 prosent av og til, 13 prosent ofte og 13 prosent alltid. Også her oppgir halvparten at de ikke vet eller at spørsmålet ikke er relevant.

Godt og vel halvparten oppga samlet sett at de sjelden eller aldri kontaktet pasienten når fylkesmannen av eget tiltak overprøvde vedtak om helsehjelp som pasienten motsatte seg. På spørsmål om nærmeste pårørende ble kontaktet i slike saker svarte 23 prosent aldri, 17 prosent sjelden, 17 prosent av og til, 7 prosent ofte og 20 prosent alltid.

6.2.2.2 Kontrollkommisjonenes vedtak

Fore å sikre at analysen omfattet et visst antall vedtak fra kontrollkommisjoner med få vedtak ble uttrekk av et tilfeldig (randomisert) utvalg av vedtak gjennomført etter at kommisjonene var delt opp i to grupper basert på hvor mange vedtak kommisjonene hadde fattet. Vedtaksanalysen omfatter følgende vedtak fra 2016:

- 33 vedtak om etablering og opphør av tvungen observasjon eller tvungent psykisk helsevern (psykisk helsevernloven § 3-3 og § 3-7)
- 29 vedtak om kontrollkommisjonens kontroll av vedtak om tvungent psykisk helsevern som ikke er påklaget (psykisk helsevernloven § 3-8 andre ledd)
- 33 vedtak om kontrollkommisjonens samtykke til forlengelse av vedtak om tvungent psykisk helsevern ut over ett år (psykisk helsevernloven § 3-8 tredje ledd)
- 36 vedtak om bruk av mekaniske tvangsmidler (psykisk helsevernloven § 4-8 andre ledd bokstav a)
- Begge realitetsvedtakene om enkeltstående bruk av korttidsvirkende legemidler (§ 4-8 andre ledd bokstav c)

Analysen omfatter også 9 vedtak fra 2015 rettet mot barn (psykisk helsevernloven § 2-1 andre ledd og § 2-2 fjerde ledd andre punktum).

Oxford Research vurderte at 85 prosent av klagevedtakene om etablering av tvungent psykisk helsevern og om opphør av tvungen observasjon eller tvungent psykisk helsevern hadde høy kvalitet.

De resterende vedtakene ble også vurdert til å ligge godt over det minstemålet de mener må stilles til saksbehandling og vedtaksutforming.

Vedtakene i klagesaker om bruk av tvangsmidler ble også vurdert å ha gjennomgående høy kvalitet. Et par av de dårligst vurderte vedtakene ble fattet etter kun dokumentgjennomgang, men også flere av disse vedtakene holdt et høyt nivå. Bare ett vedtak ble vurdert å ikke tilfredsstille lovens minimumskrav og seks vedtak ble vurdert som middels tilfredsstillende.

Fem av vedtakene om samtykke til forlengelse av tvungent psykisk helsevern med inntil ett år ble vurdert til å ikke tilfredsstille minimumskravet til denne typen vedtak, mens de øvrige vedtakene (85 prosent) ble vurdert til å ha alminnelig god kvalitet.

Oxford Research mente derimot at analysen av kvaliteten på vedtak om tremånederskontroll av om vilkårene for tvungent psykisk helsevern fortsatt foreligger når pasienten ikke har påklaget vedtaket, ga grunn til bekymring. Hele 12 av 29 vedtak ble vurdert til ikke å holde et kvalitativt minstemål. Fire vedtak lå i et midtsjikt, mens bare 13 vedtak (45 prosent) ble vurdert å ha alminnelig god kvalitet.

Ifølge Oxford Research legger kontrollkommisjonene stort arbeid i det lille antallet henvendelser fra barn under 16 år som ikke ønsker sykehusinnleggelse på grunnlag av foreldresamtak. Her holder alle vurderingene (som alle godkjenner et fortsatt sykehusopphold) svært høy kvalitet.

Oxford Research har kommentert at bruk av standardformuleringer noen ganger svekker kvaliteten i begrunnelsene i de undersøkte vedtakene.

Oxford Research konkluderer med at kontrollkommisjonenes klassiske oppgaver ivaretas på en tilfredsstillende måte og at kommisjonene stort sett synes å fungere godt. Saksbehandlingen synes betryggende og vedtakene er utformet i samsvar med regelverket. Det legges vekt på kontradiktorisk saksbehandling og at pasientenes stemme og motstand mot tvangsinngrep tydeliggjøres. De fleste vedtakene er enstemmige. Kontrollkommisjonenes kontroll av om vilkårene for tvungen psykisk helsevern fortsatt foreligger selv om pasienten ikke har påklaget vedtaket (tremånederskontrollen), ivaretas derimot ikke på en tilsvarende god måte som ved den tradisjonelle klagesaksbehandlingen. Analysen avdekker ifølge Oxford Research også at det at flere personer skal delta i kontrolloppgaver, ikke nødvendigvis fører til skjerpet kontroll.

Svarprosenten i spørreundersøkelsene til kontrollkommisjonslederne var 66 prosent. De som svarte oppga at de hadde bakgrunn som advokat (86 prosent) eller dommer (13 prosent). 42 prosent av kontrollkommisjonsledere hadde erfaring fra statsforvaltningen og 19 prosent fra kommunalforvaltningen. På spørsmål om hvordan kontrollkommisjonene underretter om vedtak som retter seg mot barn svarte 24 prosent direkte muntlig, 12 prosent direkte ved brev, 18 prosent via advokat, 9 prosent via institusjonen og 36 prosent på annen måte. På tilsvarende spørsmål om vedtak i klagesaker om opphør av tvungen observasjon eller tvungen psykisk helsevern svarte 24 prosent at underretningen skjer direkte muntlig, 24 prosent direkte ved brev, 30 prosent via advokat, 15 prosent via institusjonen og 6 prosent på annen måte. Underretning om vedtak i forbindelse med etterprøving uten klage og opphør av forlengelse av tvungen psykisk helsevern skjedde i hovedsak ved brev (55 prosent) eller via institusjonen (27 prosent). Den typiske underretningen om vedtak i saker om bruk av mekaniske tvangsmidler skjer direkte muntlig (33 prosent) eller direkte via brev (42 prosent). Den typiske underretningen om vedtak om enkeltstående bruk av korttidsvirkende legemidler i beroligende eller bedøvende hensikt skjer muntlig (30 prosent) eller direkte ved brev (45 prosent).

På spørsmål om de opplever at kravet om en rask avgjørelse kan stå i strid med kravet til forsvarlig saksbehandling oppga 48 prosent at de sjelden og 21 prosent at de aldri opplevde dette. 21 prosent oppga at de av og til opplevde konflikt mellom kravet til rask saksbehandling og kravet til forsvarlig saksbehandling mens 6 prosent ofte opplevde slik konflikt.

Flertallet (79 prosent) av kontrollkommisjonslederne oppfatter det som en oppgave for kommisjonen å arbeide for redusert bruk av tvang innen psykisk helsevern, 9 prosent svarte nei, mens 12 prosent svarte at de ikke visste eller at det ikke var relevant. Flertallet (70 prosent) av kontrollkommisjonslederne svarte at de ikke hadde endret holdning det siste året, 21 prosent at de hadde.

Flertallet (76 prosent) av kontrollkommisjonslederne anså kommisjonen kompetent til å legge føringer for institusjonenes videre behandling i klagesak.

Kontrollkommisjonslederne oppfattet at kommisjonens rolle og oppgaver som klageinstans i stor grad (55 prosent) eller i svært stor grad (42 prosent) var klart nok definert i regelverket. De oppfattet at oppgavene og regelverket i stor grad (45 prosent) eller i svært stor grad (30 prosent) var klart nok definert når det gjelder kommisjonens kontroll med tvangsvedtak. De

oppfattet i mindre grad at kontrollkommisjonens rolle i velferdskontrollen var klart nok definert i regelverket. De rapporterte i liten grad at de opplevde utfordringer med kommisjonenes uavhengighet og upartiskhet.

Kontrollkommisjonslederne framhevet tverrfaglig kompetanse, uavhengighet, nærhet til institusjonene og pasientene, rask saksbehandling og at kommisjonene er fleksible organisasjoner som lett kan tilpasse seg endringer, som sterke sider ved dagens ordning for kontroll- og klagesaksbehandling og kontrollkommisjonene som kontroll- og overprøvingsorganer. Manglende felles administrative verktøy og systemer og manglende administrativ standardisering ble trukket fram som klare svakheter ved dagens system. De pekte også på at det er en risiko for at praksis kan bli for avhengig av den enkelte kontrollkommisjonslederen og at det er mange dokumenter som må gjennomgås.

6.2.3 Bruk av tvang mot barn i psykisk helsevern

Barneombudet besøkte ni døgninstitusjoner i psykisk helsevern for barn og unge.¹⁶³ De hadde samtaler med barn mellom 10 og 18 år og ansatte. Ombudet fikk dessuten tilgang til tvangsprotokoller og tvangsvedtak ved tre av institusjonene. De innhentet også tall fra Norsk pasientregister og gjennomførte en spørreundersøkelse rettet mot kontrollkommisjonene.

Barneombudet viste til at den helserettslige myndighetsalderen på 16 år førte til at barn mellom 16 og 18 behandles som voksne når det gjelder bruk av tvang. Helselovgivningen gir barn dårligere rett til medvirkning enn de generelle reglene. Regelverket framsto som komplisert og lite tilgjengelig. Dette gjaldt spesielt for barn og unge. Ifølge Barneombudet ble det fattet urovekkende mange vedtak om bruk av beltelegging for barn mellom 16 og 18 år. Det ble dessuten fattet to vedtak om bruk av mekaniske tvangsmidler for barn under 16 år selv om det er forbudt etter loven.

De fleste barna ombudet snakket med understreket at de mente at de som jobbet på institusjonene var flinke til å lytte og snakke med dem. De fleste hadde opplevd kortvarig fastholding. Noen av dem mente at det av og til kunne være nødvendig mens andre mente det kunne oppleves som krenkende. Barna var generelt opptatt av at det var lettere å bli holdt fast dersom de forsto bakgrunnen for det. Barneombudet pekte på at det forutsetter at barna får informasjon i forkant, at de blir hørt og at episodene evalueres sammen med barna i etterkant. Ombudet fikk tilbakemeldinger om at det kunne oppleves like ille å overvære at andre blir utsatt for holding som å bli holdt selv.

Barn definerte og oppfattet handlinger som ikke defineres som tvang i lovverket som tvang. Det ble sjelden fattet vedtak før mobiltelefoner ble inndratt. De fleste institusjonene låste dører. Det ble ikke fattet egne vedtak om «visuell kontakt med pasienten», fordi det ble ansett som en del av behandlingen. Selv om psykisk helsevernloven ikke stiller krav om vedtak om fotfølging er det ifølge Barneombudet ikke gitt at dette er i tråd med våre menneskerettslige forpliktelser.

Barneombudet uttrykte bekymring over at det ikke fantes noen samlet oversikt over tvangsvedtak overfor barn og mangelfull kunnskap om hvordan tvang praktiseres og gjennomføres overfor barn som er innlagt i psykisk helsevern. De finnes i tillegg liten kunnskap om barns opplevelse av tvangsbruk.

¹⁶³Barneombudet, 2015

Behandlingen av barn under 16 år baseres i stor grad på foreldrenes ønsker. Ombudet stilte spørsmål ved om regelverket i tilstrekkelig grad ivaretok barns rett til særlig beskyttelse av sin personlige integritet, og om prinsippene om barnets beste og rett til medbestemmelse ble godt nok ivare tatt, så lenge disse ikke var synliggjort i regelverket.

Barneombudet mente at det lå et stort potensiale i å lære av erfaringene fra de institusjonene som hadde et bevisst forhold til bruk av tvang.

Barna opplevde ikke at de kunne påvirke husordensreglene. Ombudet mente at involvering kan forebygge tvang.

De fleste kontrollkommisjonene som svarte på spørreundersøkelsen, sa at de prøvde å snakke med alle innlagte barn uavhengig av om de hadde klaget. Svært få barn og unge klager på vedtak om bruk av tvang. De få barna som hadde klaget til kontrollkommisjonen var fornøyde med hvordan de ble møtt og ivare tatt.

Barneombudet fant at institusjonene var relativt samvittighetsfulle med å føre protokoller og tvangsvedtak. Tvangsprotokollene var imidlertid svært kortfattede og ga ikke tilstrekkelig grunnlag for å vurdere om tvang var absolutt nødvendig. Barneombudets inntrykk var ellers at barn hadde svært begrensede muligheter til å gi uttrykk for sin mening og opplevelse av situasjonen.

Barneombudet mente også at manglende tilsyn og barns manglende mulighet til å klage på tvang når de mottar areafleksible tiltak er en fare for rettssikkerheten for barn i psykisk helsevern.

6.2.4 Evaluering av kontrollkommisjonene i psykisk helsevern

Ved behandlingen av statsbudsjettet for 2002 vedtok Stortinget å be regjeringen om å foreta en evaluering av kontrollkommisjonene i psykisk helsevern ut fra målsetningen om at disse samlet skal fungere bedre enn i dag.¹⁶⁴

Daværende Helsedepartement ba Helsedirektoratet om å foreta evalueringen. Direktoratet gjennomførte evalueringen i egen regi, som en utvidet del av direktoratets løpende oppfølging av kontrollkommisjonenes virksomhet. Helsedirektoratet avga sin rapport i 2005.¹⁶⁵ Evalueringen var basert på kontrollkommisjonenes årlige rapporter og vurdering av et utvalg vedtak i klage- og etterprøvingssaker, samt en spørreskjemaundersøkelse til alle kontrollkommisjonene. Alle datakildene gjaldt virksomheten i 2003.

Helsedirektoratet konkluderte med at kontrollkommisjonene i hovedsak syntes å ivareta oppgavene sine på en tilfredsstillende måte, og at viktige rettssikkerhetsgarantier for pasienten ble overholdt. Konklusjonen ble basert at på gjennomgangen av datamaterialet blant annet viste at:

- klager fra pasienter syntes godt opplyst gjennom dokumentasjon og muntlige forklaringer
- det ble avholdt møter i klagesaker
- kommisjonene fulgte en relativt fast praksis for hvordan møtene var lagt opp

¹⁶⁴Budsjettinnst. S. nr. 11 (2001–2002)

¹⁶⁵Sosial- og helsedirektoratet, IS-1338

- klager fikk anledning til å uttale seg og var representert ved advokat i de fleste sakene
- klagesakene ble stort sett behandlet innen to uker og
- kommisjonene fremsto som relativt aktive når det gjaldt å ta opp forhold ved tvangs-
middelbruk, tvangsbehandling og andre restriktive tiltak med institusjonene, samt å
varsle Helsetilsynet i fylket om alvorlige forhold ved institusjonene

Det ble imidlertid også påvist at det er rom for forbedringer:

- kvaliteten på det skriftlige vedtaket i klage- eller etterprøvingssaker varierte
- det var stor variasjon mht. i hvilken grad vilkåret om at vedtak om tvungent psykisk
helsevern bare kunne treffes og gjennomføres dersom ansvarlig institusjon faglig og
materielt var i stand til å tilby vedkommende person tilfredsstillende behandling og
omsorg ble vurdert
- det var ulik forståelse av hva som var vurderingstemaet i klager på overføring av pasi-
enter under tvungent psykisk helsevern til institusjon for døgnopphold
- kommisjonene synes generelt å legge mindre arbeid i behandling av klager på gjen-
nomføringen av psykisk helsevern
- det var ulik praksis ved etterprøving av vedtak uten klage, blant annet mht. hvilke
formelle feil som førte til opphevelse av vedtak etter dokumentkontroll og
- det var ulik prioritering og praksis når det gjaldt kontroll med velferden til pasienter
på tvungent psykisk helsevern uten døgnopphold

Helsedirektoratet anbefalte på denne bakgrunn at det ble utarbeidet retningslinjer for kontroll-
kommisjonenes saksbehandling og standardiserte maler for hvilke elementer som måtte være
med i kontrollkommisjonenes vedtak. Direktoratet anbefalte også at systemet for kontroll-
kommisjonenes årlige rapportering ble videreutviklet for å sikre erfaringsoverføring og kom-
petanseutvikling, samt å gi direktoratet grunnlag for å følge opp at kontrollkommisjonene
fungerer tilfredsstillende

6.2.5 Sivilombudsmannens forebyggingsenhet

Sivilombudsmannens forebyggingsenhet ble opprettet for å utøve mandatet etter FNs tortur-
konvensjon (OPCAT). Forebyggingsenheten besøker steder der mennesker er fratatt friheten,
f.eks. institusjoner i psykisk helsevern. Besøkene kan være varslede eller uvarslede. Under be-
søkene søker Forebyggingsenheten å avdekke risikofaktorer for krenkelse gjennom egne ob-
servasjoner og samtaler med de berørte. Etter hvert besøk publiserer Sivilombudsmannen en
rapport som beskriver funn og gir anbefalinger for å forebygge tortur, umenneskelig og ned-
verdiggende behandling og ber alltid om en tilbakemelding om hvordan anbefalingene er fulgt
opp. Tilbakemeldingene de mottok i 2017 viste at institusjonene generelt synes å følge opp
anbefalingene på en grundig måte og at de implementerte tiltak som er viktige for å styrke
rettssikkerheten og redusere risiko for inngripende integritetskrenkelser. Sivilombudsmannen
har jevnlig møter med sentrale myndigheter hvor forholdene for mennesker som er fratatt fri-
heten tas opp. Forebyggingsenheten avgir egne årsmeldinger om virksomheten sin til Stor-
tinget.

6.2.5.1 Årsmeldingen for 2018

I årsmeldingen for 2018 retter Sivilombudsmannen i hovedsak fokus mot andre områder enn
psykisk helsevern.¹⁶⁶ De viser imidlertid til sin temarapport om skjerming i psykisk helsevern
som er referert i punkt 6.2.5.2.

¹⁶⁶Sivilombudsmannen, 2019

6.2.5.2 Forebyggingsenhetens temarapport om skjerming

Sivilombudsmannens forebyggingsenhet la i 2018 fram en temarapport om skjerming.¹⁶⁷ Sivilombudsmannen slår fast at selv om skjerming ikke er ment å være isolasjon eller avstraffelse, har funn gjort under deres besøk vist at skjerming ofte oppleves slik. Det skyldes særlig at skjerming ofte innebærer store inngrep i pasientenes selvbestemmelse, bevegelsesfrihet og tilgang til meningsfull sosial kontakt. Mange utsettes for skjerming, skjerming kan pågå over lang tid og pasientene er ofte utsatt for en rekke restriksjoner under skjermingen.

Det foreligger lite kunnskap om effekten av skjerming i Norge. Ifølge Sivilombudsmannen er tiltaket en blanding av tvangstiltak og behandling, slik at formålet kan framstå uklart. Skjerming har en markant lavere terskel enn for tvangsmiddelet isolering, samtidig som tiltaket anses som et effektivt behandlingstiltak til tross for svakt kunnskapsgrunnlag. Tiltaket kjennetegnes dessuten ved særlig lang varighet, der hvert vedtak kan fattes for inntil 14 dager om gangen, uten noen grense for hvor mange vedtak som kan fattes etter hverandre.

Sivilombudsmannen kommenterer at terskelen for å iverksette skjerming som et kontrolltiltak, er klart lavere enn det den Europeiske menneskerettighetsdomstolen synes å legge opp til ettersom det ikke kreves at pasienten utgjør en fare for andre pasienter.

Sivilombudsmannen besøkte i perioden 2015–2018 tolv steder under psykisk helsevern. Flere av sengepostene som ble besøkt hadde en kultur kjennetegnet av grensesetting, korreksjon av uønsket atferd og høyt fokus på struktur. Brudd på husordensregler kunne utløse konflikter som endte i et skjermingsvedtak. I lys av at pasientene er innlagt for alvorlige psykiske helseutfordringer mener Sivilombudsmannen at kravene til akseptert atferd mange steder var overraskende høy. Manglende muligheter for meningsfull aktivitet og liten mulighet til aktivitet i friluft kan bidra til situasjoner som utløser vedtak om skjerming. Skjermingsenhetene omtales mange steder både av ansatte og pasienter som fengselslignende. Sivilombudsmannen mener at skjermingsenhetene samlet sett flere steder i liten grad har ivaretatt pasientenes verdighet.

Vilkårene for å iverksette skjerming under tvang er mindre strenge enn for tvangsmidler, men personalet kan oppleve at gjennomføringen er avhengig av at man fysisk kan kontrollere pasientene. Risikoen for at man i realiteten utøver tvang som faller inn under vilkårene i bestemmelsen om tvangsmidler, er derfor klart tilstede. Funn fra besøkene tyder på at det er varierende grad av etisk refleksjon hos miljøpersonale og behandlere om hvordan skjerming kan gjennomføres på en så human og omsorgsfull måte som mulig.

Et gjennomgående funn var at skriftlig dokumentasjon som vedtak, behandlingsplaner og journalføringer sjelden inneholder en nærmere beskrivelse av behandlingen som skal gis mens pasienten er underlagt skjerming. De rettslige vilkårene synes i liten grad å bli opplevd som en reell skranke for inngrep. Det manglet ofte en tilstrekkelig presis beskrivelse av hvorfor skjerming ble vurdert som nødvendig og om mindre inngripende alternativer var vurdert. I mange vedtak ble det ikke tatt stilling til om skjermingen gjennomføres som et behandlingstiltak av hensyn til pasienten, eller for å skjerme andre pasienter.

Eksisterende forskning gir ikke belegg for å hevde at skjerming er et effektivt behandlingstiltak og at menneskerettslige krav er oppfylt.

¹⁶⁷Sivilombudsmannen, 2018a

Sivilombudsmannen er bekymret over de samlede funnene om hvordan skjerming praktiseres, og mener at flere sider av praksisen gir en risiko for umenneskelig eller nedverdiggende behandling.

Sivilombudsmannen gir en rekke anbefalinger for å bidra til å forebygge risiko for umenneskelige og nedverdiggende behandling. Det anbefales blant annet at det foretas en vurdering av om lovverket for bruk av skjerming er i tråd med menneskerettslige krav og standarder, både adgangen til å bruke skjerming som behandlingstiltak og som kontrolltiltak. Behov for særlige rettssikkerhetsgarantier for å unngå langvarig skjerming bør også vurderes.

6.2.5.3 Årsmeldingen for 2017

I årsmeldingen fra Forebyggingsenheten for 2017 rettet Sivilombudsmannen særlig fokus mot bruk av elektrokonvulsiv behandling (ECT) med grunnlag i nødrett og isolasjonspreget skjerming.¹⁶⁸

Forebyggingsenheten gjorde funn som synliggjorde at pasientene utsettes for en høy risiko for umenneskelig eller nedverdiggende behandling under bruk av elektrokonvulsiv behandling (ECT) på grunnlag av nødrett.

Dagens bruk av nødrett som grunnlag for å gi ECT uten samtykke står etter Forebyggingsenhetens syn i et problematisk forhold til Grunnlovens krav om at myndighetenes inngrep overfor den enkelte må ha grunnlag i lov.

Et tydelig funn var at pasienter som fikk ECT på nødrett, også ble utsatt for andre inngripende tvangstiltak i behandlingsforløpet, slik som beltebruk for å få gjennomført ECT-behandling. Det ble også gjort funn som viste at tvangsbruken hadde eskalert etter ECT-behandlingsforløp på nødrett. I flere tilfeller var ECT på nødrett iverksatt uten at det var klart om og hvorfor de strenge vilkårene for nødrett var oppfylt. I flere saker var det ikke dokumentert om lovlige behandlingstiltak var forsøkt eller vurdert først.

Dagens praksis med bruk av nødrettslig ECT uten klar lovregulering skaper også risiko for misforståelser om innholdet i regelverket. Forebyggingsenheten fant eksempler på at den faglig ansvarlige som iverksatte ECT-behandling på nødrett ba om samtykke til behandlingen fra pasientens nærmeste pårørende. I de fleste tilfeller ble ECT-behandling dessuten gitt på nødrett gjentatte ganger med varighet over flere dager eller uker. Funnene ga ifølge Forebyggingsenheten grunn til å understreke at nødrett uansett aldri er et tilstrekkelig rettsgrunnlag for å etablere et behandlingsopplegg som strekker seg utover det som er nødvendig for å avverge en akutt fare for pasientens helse. I mange tilfeller var det også uklart ut fra dokumentasjonen om den enkelte behandlingen skjedde på nødrett eller ikke. Det ble også avdekket at det ikke fantes noen oversikt over omfanget av bruken av ECT på nødrett. Sivilombudsmannen har tatt problemstillingen opp i sin dialog med sentrale helsemyndigheter.

Et annet sentralt funn var at flere institusjoner hadde en praksis med omfattende bruk av skjerming. Skjermingen ble ofte gjennomført i lite egnede lokaler med svært begrenset mulighet til menneskelig kontakt og aktivisering. Ombudsmannen uttrykte ved flere anledninger bekymring over at tiltaket i praksis bar preg av isolasjon. Skjermingstiltak som gjennomføres med så begrenset menneskelig kontakt at det i realiteten utgjør isolasjon, utgjør en høy risiko for umenneskelig og nedverdiggende behandling. Et gjennomgående funn var at begrunnelsene for vedtak om skjerming var mangelfulle. Det manglet ofte en tilstrekkelig beskrivelse av hvorfor det ble vurdert som nødvendig å iverksette skjerming. Terskelen for akseptert adferd

¹⁶⁸Sivilombudsmannen, 2017

hos tvangsinnlagte pasienter framsto ofte som lav. I flere vedtak ble det ikke tatt stilling til om skjermingen ble gjennomført som et behandlingstiltak av hensyn til pasienten, eller for å skjerme andre pasienter. Funnene tydeliggjorde ifølge Forebyggingsenheten at skjerming er en vanskelig blanding av tvang og behandling. At det sto beltesenger i flere av de besøkte skjermingsenhetene forsterket inntrykket av at skjerming ble brukt som et tvangsmiddel. Dokumentgjennomganger tydet på at gjennomføringen av skjerming skjedde på en lite planmessig måte. Forebyggingsenheten har påpekt at den faglig ansvarlige har et ansvar for å sikre at skjermingstiltak ikke gjøres mer inngripende enn strengt nødvendig. Funn viste at mange skjermingstiltak pågår over lang tid. Dersom skjerming opprettholdes i lang tid uten noen forandring i forholdet som gjorde at skjermingen ble vurdert som nødvendig, kan dette tilsi at pasienten har behov for en annen form for behandling.

6.2.5.4 Årsmeldingen for 2016

I årsmeldingen fra Forebyggingsenheten for 2016¹⁶⁹ rettet Sivilombudsmannen fokus mot pasientens rett til informasjon og institusjonskultur og ledelse som risiko og beskyttelse.

Forebyggingsenheten pekte på at god, oppdatert og tilgjengelig informasjon kan øke tryggheten og forebygge både frustrasjon og risiko for umenneskelig behandling. Den konkrete begrunnelsen for å utøve tvangen må gå tydelig fram av tvangsvedtaket. Det skal gå fram hvordan lovens vilkår for bruk av tvang er oppfylt i det enkelte tilfellet, og gis en konkret beskrivelse av hvilke lempeligere midler som har vært brukt eller forsøkt brukt. Forebyggingsenheten anbefalte gjennomgående at alle pasienter rutinemessig både skulle motta en skriftlig og en muntlig begrunnelse for tvangsvedtaket og at pasienter ikke skal trenge å be om journalinnsyn for å få informasjon om hvorfor tvangsvedtaket er fattet.

Det går fram av årsmeldingen at Helsedirektoratet, som følge av en rekke anbefalinger i Sivilombudsmannens besøksrapporter, i brev til kontrollkommisjonene høsten 2016 presiserte pasientenes rett til informasjon om tvangsvedtak, informasjon om klagemuligheter, tilgang til informasjonsmateriell mv. Direktoratet hadde videre opplyst at det ble jobbet med en teknisk løsning i det sentrale pasientjournalssystemet som ville sikre at journalnotatet alltid skrives ut samtidig med vedtaket.

Forebyggingsenheten pekte videre på at ubalansen i makt mellom ledelse/ansatte og dem som er plasserte på institusjonen og lite allment innsyn skaper ulike former for sårbarhet for krenkelser av menneskers verdighet og grunnleggende rettigheter. At noen mennesker er gitt makt over andre, stiller krav til hvordan makten utøves. Enkelte trekk og holdninger ved en institusjonskultur kan representere en risiko for umenneskelig behandling. Spesielt gjelder dette interne kulturer der de ansatte slutter å forholde seg til dem som er fratatt friheten som enkeltindivider, men behandler dem som objekter eller som en gruppe. At ansatte opplever at kontroll eller såkalt statisk sikkerhet er en overordnet prioritet, øker risikoen for at det vokser fram holdninger om at tvang og maktmisbruk er normalt og nødvendig. Det samme gjelder når ansatte ikke opplever at de har alternative virkemidler eller kunnskap om andre måter å håndtere konflikter på. På flere av stedene som ble besøkt, fant Forebyggingsenheten eksempler på at de som var fratatt friheten ble omtalt på måter som framsto som dehumaniserende og som ga dem en opplevelse av utrygghet og mindreverdiget. Flere steder ble det også konstatert at det var gjennomført tvangstiltak uten at det var fattet vedtak om dette. Slike funn kan være tegn på at enkelte av personalet ser på tvangsutøvelse som en integrert del av normal praksis og

¹⁶⁹Sivilombudsmannen, 2016

noen ganger som straff. Ved noen av stedene var personalet dessuten organisert slik at det var liten eller ingen samhandling mellom ulike skift.

At man opplever at man vil bli holdt til ansvar for en krenkende praksis, har ifølge Forebyggingsenheten på den annen side en sterkt sosialisierende effekt i positiv retning. En institusjonspraksis preget av åpenhet, refleksjon om egen praksis, ansvarlighet, deltakelse og medvirkning for de som er fratatt friheten og et godt arbeidsmiljø, vil være en viktig beskyttelsesfaktor for dem som er fratatt friheten.

For å motvirke risiko for umenneskelig behandling er det svært viktig at institusjoner der mennesker er fratatt friheten, arbeider aktivt for å fremme verdier, holdninger og en felles kultur som er i overensstemmelse med retten til å bli behandlet humant og med verdighet. Ledelsen har ansvar for at den sosiale identiteten og kulturen som utvikler seg blant de ansatte er i tråd med menneskerettighetene og med grunnleggende rettigheter som pasientsikkerhet og ivaretagelse av verdighet. Et viktig element vil også være at ansatte får oppfølging dersom det oppstår alvorlige hendelser på jobb, eller dersom noen blir skadet i arbeidstiden.

6.2.5.5 Årsmeldingen for 2015

I årsmeldingen fra Forebyggingsenheten fra 2015 rettet Sivilombudsmannen et særlig fokus mot bruk av tvangsmidler, aktivitetstilbud og tiltak for å motvirke isolasjon og helsepersonells rolle ved behandling av mennesker som er fratatt friheten.¹⁷⁰

Ifølge Forebyggingsenheten representerer bruk av tvangsmidler en klar risiko for krenkelse av forbudet mot tortur og umenneskelig behandling. De undersøker derfor alltid hvilke tvangsmidler institusjonen har tilgjengelig, hvor ofte og hvor lenge de brukes, hvordan bruken dokumenteres, klagemuligheter og hvordan de som er fratatt friheten selv opplever å bli utsatt for bruk av tvangsmidler.

Bruk av tvangsmidler skal dokumenteres både gjennom skriftlige vedtak og logging av hendelsesforløpet. Det er viktig for å gi grunnlag for god internkontroll og for å sikre reell klagemulighet og tilsyn. Under besøkene ble det funnet til dels store forskjeller i praksis og i kvaliteten på dokumentasjonen. Forebyggingsenheten pekte på at dette er forhold som bør rettes opp gjennom klare interne retningslinjer og jevnlig opplæring av ansatte.

Sivilombudsmannen har understreket at vedtak om beltelegging må ha kortest mulig varighet. Kunnskapsgrunnlaget om effekt av skjerming er relativt svakt. Skjerming er dessuten et inngripende tiltak i pasientens frihet. Under et besøk ble det avdekket at pasienter som var underlagt skjerming, var alene og uten direkte tilsyn på skjermingsenheten mesteparten av dagen. Ifølge Forebyggingsenheten lignet praksisen derfor isolasjon. Samme sted påpekte Forebyggingsenheten at det var uheldig å plassere belteseng i skjermingsenhetene, fordi det ikke bidrar til å roe ned pasienter, og øker risikoen for at belter benyttes før mindre inngripende tiltak er forsøkt. De mente også at det var bekymringsfullt at tvangsinnlagte pasienter som ved skjerming allerede har begrenset kontakt med andre og derfor er særlig sårbare, også på andre måter får innskrenket sin kontakt med omverdenen.

Legers rolle er å søke å etablere tillit, verne om integriteten, respektere privatlivet og taushetsplikten, fremme velferd og gi behandling med utgangspunkt i pasientens informerte samtykke. En lege kan imidlertid også ha rollen som sakkyndig. I denne rollen handler legen på vegne av staten, ikke pasienten. Forebyggingsenheten pekte på at de to motstridende rollene

¹⁷⁰Sivilombudsmannen, 2015

kan utfordre hverandre, og at håndteringen av dem stiller krav til tydelighet og åpenhet i forholdet til pasienten.

6.2.6 Norges institusjon for menneskerettigheter

Norges nasjonale institusjon for menneskerettigheter (NIM) ble opprettet av Stortinget ved lov 22. mai 2015 som en uavhengig institusjon, organisatorisk lagt under Stortinget. Institusjonens mandat er å fremme og beskytte menneskerettighetene i tråd med Grunnloven, menneskerettsloven og den øvrige lovgivning, internasjonale traktater og folkeretten for øvrig. NIM skal blant annet overvåke og rapportere om menneskerettighetenes stilling i Norge, herunder legge frem anbefalinger for å sikre at Norges menneskerettslige forpliktelser oppfylles. NIM skal også gi råd til Stortinget, Sametinget, regjeringen og andre offentlige og private organer om gjennomføringen av menneskerettighetene. NIM avgir årsmeldinger til Stortinget.

6.2.6.1 Temarapporten Eldres menneskerettigheter – Syv utfordringer

Norges institusjon for menneskerettigheter (NIM) peker i sin temarapport om eldres menneskerettigheter på at det i forbindelse med tilsyn er påvist svakheter ved hvordan menneskerettslige krav til tvungen helsehjelp blir ivaretatt i praksis.¹⁷¹ NIM anbefaler på denne bakgrunn at myndighetene sikrer at helsepersonell på sykehjem har tilstrekkelig kunnskap om de menneskerettslige normene, herunder hvordan de skal vurdere samtykkekompetanse, hva som er et gyldig samtykke, og hva som skal til for å ivareta minste inngreps prinsipp. De peker videre på at tilsyn har avdekket at det blir brukt tvang uten at vilkår er vurdert og vedtak fattet og anbefaler at myndighetene sikrer at sentrale rettsikkerhetsgarantier ivaretas, herunder god vedtaks- og dokumentasjonspraksis. De viser også til mangelfull rapportering om tvangsbruk på sykehjem og anbefaler at Helsetilsynet iverksetter landsomfattende undersøkelser for å kartlegge hvordan tvungen helsehjelp utføres på sykehjemmene.

6.2.6.2 Årsmeldingen for 2018

I årsmeldingen for 2018 retter NIM fokus mot andre områder enn psykisk helsevern.¹⁷²

6.2.6.3 Årsmeldingen for 2017

NIM viste i sin årsmelding for 2017 til at de var kjent med at Helsedirektoratet hadde iverksatt flere tiltak for å sørge for at vurderingen av samtykkekompetanse blir reell.¹⁷³ Eksempelvis ferdigstilte direktoratet rundskriv til psykisk helsevernlov, som har en egen del om vurdering av samtykkekompetanse. Direktoratet hadde også gjennomført en rekke informasjonsmøter og foredrag om lovendringene overfor helseforetak, fylkesmenn, kontrollkommisjoner etc. NIM oppfattet slike tiltak som svært positive. De viste til at den reelle testen på om menneskerettighetene blir respektert, er hva som skjer i det praktiske liv. Det er myndighetenes ansvar å utstyre den enkelte ansatte i helsesektoren med tilstrekkelig kompetanse om regelverket.

¹⁷¹Norges institusjon for menneskerettigheter, 2019

¹⁷²Norges institusjon for menneskerettigheter, 2019

¹⁷³Norges nasjonale institusjon for menneskerettigheter, 2017

NIM pekte videre på at elektrokonvulsiv behandling (ECT) uten samtykke ikke har noen klar lovmessig forankring, og at den har svake rettssikkerhetsgarantier. NIM mente at hjemmelsgrunnlaget for ECT på nødrettslig grunnlag sto i et svært anstrengt forhold til både Grunnloven § 113 og EMK artikkel 8. I beste fall utføres ECT på et svakt rettslig grunnlag og med en kontroll som er langt dårligere enn for behandlingstiltak som ifølge forarbeidene til psykisk helsevernloven tilsynelatende anses som mindre inngripende overfor pasientene enn det ECT uten samtykke er. NIM stiller videre spørsmål ved om all ECT som i dag gjennomføres uten samtykke, faktisk bare gjennomføres i klare unntakstilfeller.

De pekte også på at det er problematisk at en behandling som begrunnes i nødrett, i praksis kan strekke seg over dager og uker. De stilte spørsmål ved om en innledende nødrettsbetraktning er tilstrekkelig for hele behandlingsperioden, eller om det må foretas en ny nødrettsvurdering før hver oppfølgende behandling. De pekte også på at det var både rettslig og faktisk uklart når kriteriene for nødrettsbasert tvungen ECT forelå.

NIM mente at dette området burde reguleres på en mer rettssikker og betryggende måte.

NIM pekte blant annet på at det er et svakt vern mot vilkårlig eller feil behandling. Rettssikkerhetsgarantiene er for det første spredt i ulike lover og retningslinjer og enkelte rettssikkerhetsgarantier mangler helt. F.eks. er retten til fri rettshjelp ved bruk av ECT uten samtykke ikke eksplisitt hjemlet i lov om fri rettshjelp.

NIM uttrykte forståelse for at det er vanskelig å skulle lovregulere denne tvangsbehandlingen. De mente likevel at dersom behandlingen skal kunne utføres i disse tilfellene, må det reguleres på en bedre måte enn i dag og at denne reguleringen måtte på plass raskt.

6.2.6.4 Årsmeldingen for 2016

NIM ga i sin årsmelding for 2016 uttrykk for at de var positive til at regjeringen 17. juni 2016 oppnevnte Tvangslovutvalget.¹⁷⁴

De viste til at den reelle testen på om menneskerettighetene blir respektert, er hva som skjer i det praktiske liv. I 2016 kom det fram opplysninger om praksis, særlig innen psykisk helsevern, som ga grunn til alvorlig bekymring blant annet gjennom funnene ved Sivilombudsmanens forebyggingsenhets besøk. I tillegg kom det fram opplysninger i media som tydet på at det innen psykisk helsevern foregikk utstrakt bruk av ulovlig tvang, brudd på saksbehandlingsregler og at det er mangler ved kontrollmekanismene.

NIM deltok i den muntlige høringen for Stortingets helse- og omsorgskomite, om de foreslåtte endringene i psykisk helsevernloven om økt selvbestemmelse og rettssikkerhet. De støttet i hovedsak forslaget. Ifølge NIM fulgte hovedprinsippene i lovendringen senere tids menneskerettslige utvikling, slik at de ga økt selvbestemmelse, strengere og mer funksjonsbaserte vilkår for tvang, og økt rettssikkerhet. Samlet sett mente NIM at lovforslaget var et steg i riktig retning for å ivareta menneskerettighetene i psykisk helsevern. De ga likevel uttrykk for at de samtidig så at den faktiske gjennomføringen av endringene kunne by på utfordringer. De pekte blant annet på at det måtte sikres at vurderingen av pasienters samtykkekompetanse ble reell.

¹⁷⁴Norges nasjonale institusjon for menneskerettigheter, 2016

6.3 Helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 10 (rusmiddelavhengige)

6.3.1 Evaluering av bestemmelsene om tilbakehold og tvang

Uni Rokkansenteret evaluerte som en del av et evalueringsoppdrag som ble initiert og finansiert av Helsedirektoratet, erfaringer med og praktiseringen av sosialtjenestelovens §§ 6-2, 6-2 a og 6-3, samt § 6-1 a.¹⁷⁵ Uni Rokkansenteret undersøkte hvordan de ulike tvangsbestemmelsene ble forstått, hvordan de ble praktisert, om formålet med reglene ble oppnådd og om dette varierte mellom kommuner og helseregioner. Rapporten er basert på både kvalitative og kvantitative data fra alle instanser i tiltakskjeden som er involvert i bruk av tvang overfor rusmiddelmisbrukere, herunder sosialtjenesten, fylkesnemndene, behandlingsinstitusjonene og klientene selv.

Evalueringen viste at tvangsreglene ble benyttet i begrenset omfang. Samtidig hadde det vært en jevn økning de seneste årene. Et hovedfunn var at det var betydelige variasjoner i rettsanvendelsen mellom ulike kommuner, NAV-kontor og sosialarbeidere. Disse kunne bare til en viss grad forklares med at noen kommuner og bydeler hadde en større andel personer med rusproblemer enn andre. En viktigere forklaring så ut til å være spesialisering av arbeid med tvangsvedtak ved noen kontorer, ulike holdninger og kunnskap hos den enkelte sosialarbeider, tilgang på tvangsplasser i regionene, og sosialarbeidernes vurdering av kvaliteten på plassene.

Et annet viktig funn var at måten tvangsinnleggelsen ble gjennomført på og hvordan den enkelte ble behandlet i de ulike delene av prosessen, hadde stor betydning for opplevelsen av og resultatene av tvang. Tvang kan ifølge Uni Rokkansenteret bidra til en rekke konstruktive brudd i livet til en rusavhengig. For mange fører imidlertid tvangen til liten eller ingen endring og representerer først og fremst destruktive brudd.

Evalueringen avdekket at de tvangsinnlagte i liten grad ble tilbudt et strukturert oppfølgings-tilbud. Strukturert oppfølging bedrer ifølge Uni Rokkansenteret resultatene av tvang. Velfungerende ansvarsgrupper og bruk av individuell plan ga gode resultater. Tilrettelegging av tvangstilbudet i spesialisthelsetjenesten ble administrert og organisert forskjellig i regionene.

Som en del av evalueringen ble det gjennomført en undersøkelse av fire institusjoner som tilbød tvangsplasser. Den viste at samarbeidet mellom institusjon og sosialtjeneste før tvangsinnleggelser var svært viktig, men at det ikke alltid fungerte godt. Institusjoner med høyt sikkerhetsnivå skaper dårligere forutsetninger for relasjonsbygging, øker risiko for rømming og tilbyr mindre aktivitet og færre behandlingstiltak. Brukerne etterlyste mer innhold i institusjonenes tilbud og individuell tilrettelegging. Det ble opplevd som et problem at noen av dem som ønsket et tilbud om videre behandling etter oppholdet ikke fikk det fordi noe av intensjonen med det tvungne oppholdet da blir borte.

Utskrivelse før tiden forekom blant annet fordi bruker kom med alvorlige trusler. Kommunene opplevde dette som svært problematisk fordi de ble informert kort tid i forveien. Dermed fikk de ikke tid til å få andre tiltak på plass. Rapporten pekte også på at det er manglende dokumentasjon fra institusjonene på utskrivning før tiden og at dette var et brudd på god forvaltningsskikk. Mulighetene for å fortsette frivillig behandling ved samme institusjon ble trukket fram som positivt.

¹⁷⁵Uni Rokkansenteret, 2010

«Avtalt tvang» ble i beskjeden grad brukt, og det er lite forskning og dokumentasjon som sier noe om resultatene. De fleste får videre oppfølging av kommunene/NAV-kontorene og om lag halvparten går videre til frivillig behandling.

Gjennomgangen av vedtakene i fylkesnemndene viste at kvinner i større grad enn menn ble tvangsinnlagt, til tross for at det ikke ble gjort funn som tilsa at kvinner har større nytte av bruk av tvang enn menn. De fleste som ble innlagt på tvang hadde et narkotikarelatert misbruk. Evalueringen viste at det ikke først og fremst var de eldste med lengst misbrukskarriere som ble lagt inn på tvang.

Gjennomgangen av tvangsbruk overfor rusavhengige i Norge viste at det var spredt og liten forskning på området. Rusmiddelforskningsprogrammet i Norges forskningsråd hadde få studier knyttet til tvang og ingen knyttet til gravide på tvang. Ulike deler av evalueringen viste at det på enkelte punkter kunne være behov for en revisjon av reglene om tvang overfor rusavhengige. Det ble vist til at flere av vilkårene i bestemmelsene kunne vært klarere utformet. Bestemmelsen om «avtalt tvang» i § 10-4 ble f.eks. framhevet som en bestemmelse der ordlyden var vanskelig å forstå.

Videre ble det framhevet som svakheter ved reglene at terskelen for tvangsinnleggelse etter § 10-3 («fare» for egen helse) var lav i forhold til annet regelverk det var naturlig å sammenlikne med, og at bestemmelsen manglet en uttrykkelig formålsbestemmelse.

Et vilkår for tvangsinnleggelse av gravide er at fylkesnemnda finner det «overveiende sannsynlig» at barnet blir født med skader som følge av mors rusmiddelbruk under svangerskapet. Rapporten stilte spørsmål ved om ikke hensynet til fosteret tilsa at også mindre sannsynlige, men alvorlige helseskader, kunne gi grunnlag for intervensjon, det vil si at beviskravet i loven ble senket.

Det er godt kjent at misbruk av rusmidler under svangerskap utsetter det ufødte barn for fare for å bli født med betydelige skader. Evalueringen viste til at et grunnleggende problem var å få kvinnen til å avstå fra rusmiddelbruk så tidlig som mulig i svangerskapet, fordi organutviklingen starter allerede i de første svangerskapsukene.

6.3.2 Evaluering av kvaliteten på tvangsvedtak

Oxford Research evaluerte på oppdrag fra Helse- og omsorgsdepartementet blant annet kvaliteten i begrunnelsene i fylkesnemnda for barnevern og sosiale sakers vedtak i klagesaker om bruk av tvang etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 10.¹⁷⁶ Rapporten ble levert i desember 2017.

Oxford Research gikk gjennom et utvalg av fylkesnemndas vedtak for å vurdere kvaliteten på begrunnelsene sett opp mot lovens krav. Vedtaksanalysen består først og fremst av en kvalitativ, juridisk analyse av dokumenter.

Som et supplement til vedtaksgjennomgangen, ble det gjennomført spørreundersøkelser til fylkesnemndslederne. Noen av de sentrale temaene i spørreundersøkelsene var saksforberedelse, informasjon og kontakt, saksbehandling og vurderinger av arbeidsbelastning.

Vedtaksanalysen er basert på:

- 10 tilfeldig uttrukne ordinære vedtak om tilbakehold i institusjon uten eget samtykke (helse- og omsorgstjenesteloven § 10-2)

¹⁷⁶Oxford Research, 2017

- 9 tilfeldig uttrukne ordinære vedtak om tilbakeholdelse av gravide rusmiddelavhengige (helse- og omsorgstjenesteloven § 10-3)
- 7 tilfeldig uttrukne vedtak om klager på akuttvedtak om tilbakehold i institusjon uten eget samtykke (helse- og omsorgstjenesteloven § 10-2 fjerde ledd)
- 6 tilfeldig uttrukne vedtak om klage på akuttvedtak om tilbakeholdelse av gravide rusmiddelavhengige (helse- og omsorgstjenesteloven § 10-3 femte ledd)

Oxford Research vurderte sakene som forsvarlig avgjort og i hovedsak framstilt på en tilfredsstillende måte. De kommenterte likevel at redegjørelsene for sakens faktum i større grad burde tydeliggjøre om det er en del av det faktum avgjørelsen bygger på, eller om det kun utgjør en bakgrunnshistorie. Det kunne videre i større grad ha vært presisert om partene var enige om faktum og eventuelt hvilke av vilkårene som ble bestridt oppfylt.

Bruk av standardformuleringer om rettsanvendelsen er ifølge Oxford Research bra så lenge det bidrar til en felles rettsforståelse blant fylkesnemndene, men det er en fare for automatikk «på grensen mot at det ikke blir en rettsforståelse». Bevisvurderingene framsto i noen grad mer som konstateringer enn som bevisvurderinger. Det burde også tydeliggjøres hvilke vilkår som må være oppfylt. Det så ut som om det ikke nødvendigvis var noen sammenheng mellom presentasjonen av jussen og hvilke vurderinger som faktisk ble gjort. Akuttvedtakene var i omfang relativt like de ordinære tvangsvedtakene.

Utformingen og begrunnelsen for vedtak om klage på akuttvedtak om tilbakeholdelse av gravide rusmiddelavhengige varierte relativt mye. I enkelte avgjørelser var det ikke godt samsvar mellom den private partens anførsler og fylkesnemndas drøftelser.

Svarprosenten på spørreundersøkelsen var 59,7 prosent. De fleste fylkesnemndslederne som svarte, oppga at de hadde yrkesbakgrunn fra det offentlige. 26 prosent hadde jobbet som dommere eller dommerfullmektiger, 10 prosent som advokater og 48 prosent i statsforvaltningen. Nesten alle hadde erfaringer med saker etter helse- og omsorgstjenesteloven § 10-2 og 10-3. De oppfattet rollen sin som klar i svært stor (78 prosent) eller stor grad (22 prosent).

Bare 13 prosent av fylkesnemndslederne svarte at barn saken gjelder i stor grad blir direkte hørt av nemnda. Over halvparten svarte at dette skjedde i liten eller ingen grad.

Dagens ordning for kontroll- og klagesaksbehandling ble i hovedsak vurdert som god. Saksbehandlingsmåten og kompetansen i nemnda ble oppfattet som en sterk side ved dagens ordning. Tilstrekkelig kvalifiserte fagkyndige og begrenset erfaring med klagesaker etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 10 og at tvangsbruken kan ha vart en god stund før det ble truffet vedtak ble vurdert å kunne være en utfordring.

6.4 Helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 (psykisk utviklingshemmede)

6.4.1 Evaluering av kvaliteten på tvangsvedtak

Oxford Research evaluerte på oppdrag fra Helse- og omsorgsdepartementet blant annet kvaliteten i fylkesmannens vedtak i saker om overprøving av kommunens bruk av tvang og makt overfor enkelte personer med psykisk utviklingshemning etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 og i fylkesnemnda for barnevern og sosiale sakers behandling av klager på vedtak fylkesmannen har overprøvd. Rapporten ble levert i desember 2017.¹⁷⁷

¹⁷⁷Oxford Research, 2017

Oxford Research gikk gjennom et utvalg av fylkesnemndas vedtak for å vurdere kvaliteten på begrunnelsene sett opp mot lovens krav. Vedtaksanalysen består først og fremst av en kvalitativ, juridisk analyse av dokumenter.

Som et supplement til vedtaksgjennomgangen, ble det gjennomført en spørreundersøkelse til fylkesnemndslederne. Noen av de sentrale temaene i spørreundersøkelsene var saksforberedelse, informasjon og kontakt, saksbehandling og vurderinger av arbeidsbelastning.

Vedtaksanalysen er basert på følgende vedtak fra 2016:

- 15 tilfeldig uttrukne vedtak der fylkesmannen *godkjenner* kommunens vedtak i saker der fylkesmannen overprøver vedtak (helse- og omsorgstjenesteloven § 9-8)
- 15 tilfeldig uttrukne vedtak der fylkesmannen *ikke godkjenner* kommunens vedtak i saker der fylkesmannen overprøver vedtak (helse- og omsorgstjenesteloven § 9-8)

Oxford Research fant at det er utarbeidet detaljerte og omfattende maler for kommunens vedtak som sikrer at kommunen vurderer hvert enkelt vilkår.

Fylkesmannens vedtak om å sende kommunens vedtak tilbake til kommunen har knappe begrunnelser. Ifølge Oxford Research er det som forventet. De øvrige vedtakene er få, men godt begrunnede. Alle vedtakene framstår ifølge Oxford Research som tilnærmet eksemplariske.

Ni av de 15 vedtakene der fylkesmannen godkjenner kommunens vedtak, framstår som tilnærmet eksemplariske. De øvrige vedtakene er snauere i form og ikke minst vurderingsmessig innhold i relasjon til regelverket. De store fylkesmannsembetene fattet ifølge Oxford Research svært gode vedtak.

I alle de åtte klagesakene av materiell karakter er klagesaksbehandlingen gjennomført i tråd med lovens krav. Samlet sett gir klagesakene en indikasjon på at fylkesmannen gjør en grundig vurdering av så vel regelverket som den faktiske situasjonen som den aktuelle brukeren befinner seg i, når kommunen fatter vedtak om inngripende tiltak.

På spørsmål om fylkesmannen krever skriftlig klage etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 svarte 3 prosent sjelden og 30 prosent alltid. På spørsmålet om hvor ofte pasient/bruker, verge og pårørende blir varslet ved klage etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 svarte 20 prosent alltid og 3 prosent ofte. Se omtalen av resultatene fra spørreundersøkelsen til fylkesmennene i 6.2.2.1 og fylkesnemndene i 6.3.2.

6.4.2 Gjennomgang av vedtak

SINTEF gjennomførte på oppdrag fra Statens Helsetilsyn en gjennomgang av vedtak etter det som den gangen var kapittel 4 A i sosialtjenesteloven om bruk av tvang og makt overfor personer med psykisk utviklingshemning.¹⁷⁸ Rapporten ble levert i mars 2011. Målet var å få mer kunnskap om tvangstiltakene som var i bruk i kommunene. SINTEF gjennomførte en dokumentanalyse av overprøvde vedtak som inneholdt bruk av tvang og makt knyttet til 151 tjenestemottakere og intervjuer med saksbehandlere fra fylkesmannsembetene. SINTEF gikk gjennom et utvalg overprøvde vedtak med det formål å:

- kategorisere tvangsvedtak som var i bruk og som var godkjent av fylkesmennene

¹⁷⁸SINTEF, 2011

- undersøke hvilke andre løsninger kommunene hadde gjennomført eller forsøkt å gjennomføre når det var fremmet vedtak om bruk av tvang
- undersøke et utvalg søknader om dispensasjon fra utdanningskravene
- undersøke hvilke tvangstiltak fylkesmennene godkjente og hva de eventuelt ikke godkjente
- undersøke hvilke skjønnsmessige vurderinger som blir gjort før det tas stilling til hva som godkjennes og hva som ikke godkjennes
- undersøke om fylkesmennene vurderte hva som var faglig og etisk forsvarlig bruk av tvang ulikt

SINTEF fant at majoriteten av vedtakene som ble sendt fylkesmennene for overprøving, ble godkjent. Kun åtte av 182 vedtak ble av ulike grunner ikke godkjent. De fleste vedtakene som ble sendt til overprøving, gjaldt tiltak som var utformet for å ivareta tjenestemottakernes grunnleggende behov. Resultatene tydet på at det i liten grad utøves ulikt skjønn mellom embetene når det gjelder klassifisering av hvilke tiltak som er skadeavvergende og hvilke som gjelder dekking av grunnleggende behov. Selv om det er intensjonen med tiltaket som avgjør hvilken kategori det faller i, så det ut til å være en viss skjønnsmessig vurdering både fra kommunenes og fylkesmennenes side. Resultatene kunne tyde på at kommunene til en viss grad var usikre på hvor tiltakene skulle hjemles. Ifølge SINTEF var det likevel viktig å påpeke at dokumentgjennomgangen viste at begrunnelsen for tiltakene varierte mht. hvilken bestemmelse tiltaket var hjemlet i.

SINTEF fant at kommunene og fylkesmannen i relativt liten grad gjorde rede for hvor inngripende de vurderte tiltaket å være. Fylkesmannen viste ofte til kommunenes arbeid med andre løsninger.

Dokumentgjennomgangen viste at 53,6 prosent av tjenestemottakerne hadde vedtak som inkluderte flere tiltak, men at summen av tiltak ofte ikke ble tatt med i vurderingen av hvor inngripende tiltaket var.

Generelt viste dokumentgjennomgangen at mer utstrakt problematikk følges opp av flere tiltak.

Vedtak ble som hovedregel truffet for inntil ett år om gangen, dvs. maksimal lengde. Det fantes imidlertid eksempler på at fylkesmannen reduserte vedtaksperioden blant annet fordi tiltakene ble vurdert som så inngripende at de ba om hyppigere rapportering fra kommunen mht. tiltakenes effekt. Det hendte også at fylkesmannen knyttet vilkår til vedtaket blant annet når det gjaldt opplæringstiltak, endrede turnusplaner osv. som ble forutsatt igangsatt før det var gått ett år.

Fylkesmannens overprøving førte sjelden til at vedtak ikke ble godkjent, men det hendte at de hadde merknader til vedtakene om saksbehandlingen, selve vedtaket eller søknaden om dispensasjon fra utdanningskravet. Merknader til saksbehandlingen kunne være at vedtaket ble fattet for sent, at alternativer ikke var godt nok beskrevet eller at vedtaket manglet tilstrekkelig dokumentasjon. Merknader til selve tiltaket kunne være at tjenestestedet burde arbeide for å finne lempeligere alternativer eller at tjenestestedet skulle søke ytterligere veiledning hos spesialisthelsetjenesten.

Merknader til dispensasjonssøknadene dreide seg f.eks. om at tjenestestedet burde tilrettelegge turnusen slik at det alltid var en på vakt som kjente tjenestemottakeren godt, eller at kommunen ikke hadde jobbet tilstrekkelig med rekruttering av personell som oppfylte utdanningskravene i vedtaksperioden. For å presse kommunene til å arbeide for å øke andelen fagpersonell kom det fram i intervjuene at tiltak kunne bli godkjent for kortere perioder enn ett

år, kommunen kunne bli bedt om å rapportere underveis i perioden eller fylkesmannen kunne foreta hyppigere tilsyn i kommunen.

De intervjuede saksbehandlerne ga uttrykk for at mye tid gikk med til tilsyn i kommunene, og at dette var en medvirkende årsak til at saksbehandlingen i overprøvingssaker var for lang. På den annen side hadde tilsynene en opplærende funksjon overfor kommunene når det gjaldt å øke kunnskapen om blant annet lovkravene.

Uttalelser fra tjenestemottaker, pårørende og verge eller hjelpeverge var lite beskrevet i vedtakene.

For majoriteten av tjenestemottakerne dreide vedtakene seg om videreføringer av eksisterende vedtak om tvang og makt.

Hovedinntrykket var at spesialisthelsetjenesten ble trukket med i utformingen av de aktuelle tiltakene, og at fylkesmannen la stor vekt på deres vurderinger, særlig når det gjaldt tiltakenes faglige og etiske forsvarlighet. SINTEF mente at det var stor sannsynlighet for at spesialisthelsetjenesten bidro til at vedtak ble utformet slik at tiltakene ble godkjent.

Det var stor variasjon i hvordan fylkesmannen håndterte at kommunen fattet vedtak for sent, og at tidligere vedtak gikk ut før nytt vedtak var godkjent. Intervjuene viste at det var utarbeidet rutiner for å sende påminnelser til kommunene når vedtaksperioden nærmet seg slutten. Generelt ble det utvist en viss pragmatisme ved at det ble erkjent at tiltaket i de fleste tilfeller ville bli utført, at det fra personalets side ble opplevd som nødvendig og at det ikke var et reelt alternativ å ikke gjennomføre tiltaket. Dokumentgjennomgangen tydet imidlertid på motsatt tendens.

SINTEFs inntrykk var at det var liten forskjell mellom fylkesmennene i hvordan de vurderte hva som var faglig og etisk forsvarlig bruk av tvang.

SINTEF fant at virkemidlene for å begrense bruk av tvang og makt kunne deles i tiltak på individnivå rettet mot den enkelte tjenestemottaker og tiltak på systemnivå som inkluderte tiltak for å rekruttere flere fagfolk og generelt arbeid med å heve den faglige kvaliteten på tjenesten.

I 119 av de 151 sakene var det søkt om dispensasjon fra de formelle utdanningskravene. Bare seks søknader ble avslått. Ifølge SINTEF gjorde kommunene trolig i de fleste tilfellene det de kunne for å rekruttere tilstrekkelig med kompetente fagfolk.

6.4.3 Evaluering av regelverket

6.4.3.1 Innledning

Det daværende Sosial- og helsedirektoratet ga Nordlandsforskning i oppdrag å evaluere det som den gangen var sosialtjenestelovens kapittel 4 A om rettssikkerhet ved bruk av tvang og makt overfor enkelte personer med psykisk utviklingshemning.¹⁷⁹ Formålet med oppdraget var å studere hvorvidt regelverket forebygger og begrenser bruk av tvang og makt overfor personer med psykisk utviklingshemning. Datainnsamlingen ble gjort i 2007.

Følgende fire områder sto sentralt i evalueringen:

1. Kompetanse på kommunalt nivå
2. Kompetanse på spesialisthelsetjenestenivå

¹⁷⁹Nordlandsforskning, 2008

3. Forebygger og legger kommunene til rette for minst mulig bruk av tvang overfor utviklingshemmede?
4. Forebygging på spesialisthelsetjenestenivå

Evalueringen ble designet rundt tre kartleggingsstudier, en kvalitativ intervjustudie og en bearbeiding og analyse av eksisterende data.

6.4.3.2 Kommunenes rolle

Kommunene hadde varierende erfaringer med implementering av kravene i kapittel 4 A. Kommunene med best erfaring ga uttrykk for at det hadde skjedd mye positivt i kjølvannet av innføring av regelverket blant annet ved vesentlige endringer i tjenesteyters menneskesyn, holdningene til de psykisk utviklingshemmede og til bruk av makt. Disse kommunene la ned mye arbeid i å forebygge og begrense bruk av makt og tvang blant annet ved å tilrettelegge slik at tjenestemottakerne fikk meningsfulle aktiviteter på dagtid, allsidig og forutsigbart miljø rundt den enkelte tjenestemottaker og ved at tjenesteyterne fikk veiledning og kurs slik at bevissthetsnivået om tjenestemottakernes situasjon og behov og bestemmelsene i kapittel 4 A økte. Det ble også lagt organisatorisk til rette for en forsvarlig tjenesteutøvelse og klar ledelsesforankring i kommunene.

Mangelen på kompetanse var et stort problem i de fleste kommunene. Sakbehandlingsreglene ble oppfattet som krevende og kompliserte. Flere av informantene mente at dette førte til underreportering av tvang.

Kommuner der de ansatte selv mente at de ikke jobbet godt nok med forebygging av tvang og makt, trakk blant annet fram at kommunene manglet systematisk styring av tjenestene. Rammebetingelsene var dessuten for dårlige. Tjenestene ble ikke prioritert, det ble ikke gjort nok for å ta vare på personalet og det var for mange små deltidsstillinger og for mange ufaglærte.

Kommunene var delte i sin vurdering av habiliteringstjenesten. Flertallet av kommunene oppga at de hadde ha en god dialog med fylkesmannen og opplevde dem som en viktig støtte-spiller.

6.4.3.3 Habiliteringstjenestens rolle

Habiliteringstjenesten vurderte stort sett egen kompetanse som tilstrekkelig til å ivareta rollen de hadde etter reglene i kapittel 4 A.

Manglende ressurser ble opplevd som et problem. Dette påvirket blant annet tiden det tok før kommunene fikk bistand og i hvilken grad kommunene fikk bistand til forebygging. Ved over halvparten av tjenestestedene bidro habiliteringstjenesten til at det ble brukt alternativer til tvang eller mindre inngripende tiltak. De fleste habiliteringstjenestene hadde en aktiv bistandsrolle, både når vedtak skulle utformes og i gjennomføringsperioden. Faglig uenighet og uklart skille mellom habiliteringstjenestens og kommunenes rolle kunne virke negativt inn på samarbeidet. Halvparten av informantene fra habiliteringstjenestene oppga at de var aktive i evaluering av vedtak etter kapittel 4 A, både når det gjaldt den fortløpende evalueringen underveis i perioden og sluttevalueringen av vedtaket. De som hadde en passiv rolle i evalueringen av vedtak hadde ikke faste rutiner for hvordan dette skulle håndteres.

6.4.3.4 Fylkesmannens rolle

Fylkesmannen ga ofte dispensasjon fra kompetansekravene. De hadde stor forståelse for at det var vanskelig for kommunene å oppfylle kravene og så sjelden noe alternativ til å gi dispensasjon. De stilte ofte vilkår til dispensasjonene for å sikre forsvarlig realkompetanse og at opplærings- og rekrutteringstiltak hadde tilstrekkelig kvalitet. Informantene fra fylkesmennene, spesialisthelsetjenestene og kommunene var enige i at det var bra at kompetansekravene fan-

tes fordi det kan legge press på kommunene for å rekruttere fagfolk og sikre opplæring av personell. Kravene signaliserte også at det kreves kompetanse for å jobbe med personer med psykisk utviklingshemning.

De fleste informantene fra fylkesmannen var fornøyde med tilsynsordningen.

6.4.3.5 De regionale helseforetakenes ansvar

Det var store forskjeller i habiliteringstjenestenes kompetanse. Tjenesten ble ikke tilført ekstra ressurser selv om det nye regelverket medførte mye ekstra arbeid. Det varierte i hvilken grad de regionale helseforetakene hadde noen bevisst strategi (f.eks. i form av konkrete handlingsplaner) for å ivareta sin plikt til å sørge for at spesialisthelsetjenesten hadde den kompetansen og bemanningen som var nødvendig for å kunne yte forsvarlig bistand til kommunene.

6.4.3.6 Forståelse av tvang og makt

Nordlandsforskning oppsummerte at det er gode grunner til å ikke gi en definitiv og presis definisjon av tvang. Det enkelte fagmiljøet må gjennom en helhetsvurdering komme fram til hva som anses som tvang og deretter få det overprøvd av fylkesmannen. Helhetsvurderingen krever at en er i stand til å reflektere og bruke faglig skjønn, og at en kjenner omsorgsmottaker og hans eller hennes bakgrunn. Det er derfor naturlig at fagmiljøene opplever ambivalens og usikkerhet når de skal vurdere hva som er tvang og når vilkårene for tvang etter kapittel 4 A er oppfylt. Informantene fra fylkesmannen og rehabiliteringstjenesten mener at kommunene har en svært varierende forståelse av tvangsbegrepet. De var ikke i tvil om at det har skjedd en bevisstgjøring som har bidratt til holdningsendringer og mindre inngripende tvangstiltak. Det ble likevel pekt på at det var for mye uhjemlet bruk av tvang.

Overraskende mange av informantene fra fylkesmannen ga uttrykk for at de i liten grad følte ambivalens og usikkerhet om hva som er tvang i lovens forstand.

6.4.3.7 Utfordringer med praktiseringen av kapittel 4 A

Nordlandsforskning oppsummerte at det var en utfordring å få på plass tilstrekkelig kompetanse hos kommunen, fylkesmannen og habiliteringstjenesten. Det var videre utfordrende å få på plass et velfungerende internkontrollsystem i kommunene. Fylkesmennene ga uttrykk for uklarhet om hvordan det skulle føres tilsyn med private virksomheter. Fylkesmannen manglet sanksjonsmuligheter overfor kommunene. Det kunne oppleves problematisk at regelverket ikke gjaldt på alle arenaer. Det tar mange steder lang tid å få oppnevnt hjelpeverge og disse fikk ikke tilstrekkelig opplæring og oppfølging. Forholdet mellom pårørende og personalet kan oppleves som problematisk blant annet når det gjelder spørsmålet om når det er nødvendig å bruke tvang.

6.4.3.8 Positive og uheldige sider ved kapittel 4 A

Det var stor enighet blant informantene om at kapittel 4 A hadde vært positivt for personer med psykisk utviklingshemning. Regelverket hadde bidratt til at bruken av tvang og makt overfor denne gruppen hadde gått betydelig ned. Regelverket førte til økt fokus på forebygging og begrensnings av bruk av tvang og makt. De trodde personalet tenkte mer alternativt og reflekterte mer over hva de gjorde, hvorfor de gjorde det og hva konsekvensene av det de gjorde kan bli. Informantene trodde at tjenestetilbudet til personer med psykisk utviklingshemning mange steder var blitt bedre som følge av kapittel 4 A, både kvalitetsmessig og når det gjaldt omfang og at de hadde fått bedre rettssikkerhet og bedre mulighet til å bestemme over eget liv.

Informantene så likevel enkelte uheldige sider ved regelverket. Det hadde ført til økt fokus på diagnose, noe som kan oppleves stigmatiserende. Det ble også pekt på at det er betenkelig med en særlovgivning som tillater bruk av tvang og makt overfor en enkelt gruppe. Psykisk utviklingshemmede hadde på den annen side bedre rettssikkerhet enn personer som kunne ha

lignende atferdsproblematikk, men som ikke var omfattet av bestemmelsene. Det hadde flere steder skjedd en ressursforskyvning til tjenestemottakere med psykisk utviklingshemning. En del brukere fikk muligheter til å ta valg som omgivelsene ikke alltid opplevde som optimale. Informantene mente at de har en plikt til å gripe inn dersom det var nødvendig.

Nordlandsforskning konkluderte med at kapittel 4 A hadde bidratt til en gryende faglig revolusjon.

6.4.4 Regelverkets påvirkning på tjenestene til utviklingshemmede med utfordrende atferd

Karl Elling Ellingsen studerte i sin doktoravhandling fra 2006 hvordan innføringen av sosialtjenestelovens kapittel 6A påvirket utformingen og gjennomføringen av tjenestene til utviklingshemmede som ble oppfattet å ha utfordrende atferd.¹⁸⁰ Studien tok utgangspunkt i tjenestetilbudet til én bruker.

Studien viste at lovbestemmelsene for noen deler av den faglige praksisen ble oppfattet som minst like styrende som miljøreglene og den kollektivt forankrede fagligheten. Lovreglene stilte konkrete krav til praksis på en måte som omsorgsreformen alene ikke gjorde.

Regulerende og kollektivt forankrede prosedyrer begrenset ansatte som ville ta i bruk sin utdanning og erfaringsbaserte kunnskap til å utøve individuelt skjønn. Når tjenesteyterne ikke lenger ble styrt av detaljerte regler, fordi de fant fram til strategier som ikke innebar bruk av tvang, ble det åpnet for samspill, samhandling og faglig skjønn basert på utdanning og erfaringsbasert kunnskap.

Det at lovbestemmelsene blant annet stilte krav om å først prøve andre løsninger, faglig og etisk forsvarlighet, dokumentasjon knyttet til metoder og om utarbeidelse av individuell plan, bidro til kontinuerlig faglig refleksjon. Den faglige refleksjonen bidro til å utvikle alternativer til bruk av tvang. Uten disse vilkårene kunne man ifølge Ellingsen lett fått en situasjon hvor man først og fremst hadde vært opptatt av å dokumentere hjemmel for den tvangsbruken som forekom.

I en praksis hvor den enkelte ansatte gjøres individuelt og etisk ansvarlig for sine valg, får utdanning sentral betydning. Den styrkede betydningen utdanning fikk i utformingen av tjenestene og gjennomføringen av dem, bidro til at de midlertidige lovbestemmelsene om tvang utgjorde en mellomfase ved at man fant alternative tiltak basert på faglig refleksjon støttet opp av utdanning, erfaring og veiledning. Ifølge Ellingsen var det å håpe at tvangsbestemmelsene mer ville kunne få karakter av en «hvilende lov».

6.4.5 Fagpersonells forståelse av økt registrert tvangsbruk overfor personer med utviklingshemning

Dragsten og Søndenaas hadde i en artikkel fra 2014, som mål å undersøke forklaringer på hvorfor det var en registrert økning i antall personer med utviklingshemning og vedtak om bruk av tvang og makt.¹⁸¹ De undersøkte både tjenesteyteres og landets fylkesmenns vurderinger av økningen.

¹⁸⁰Ellingsen, 2016

¹⁸¹Dragsten og Søndenaas, 2014

Alle informantene fra tjenesteyterne kom fra arbeidsplasser i kommunal omsorg i Sør-Trøndelag der det var personer med vedtak om bruk av tvang. Fylkesmennene var representert ved informanter med ansvar for overprøving av vedtak. Informantene fikk de samme spørsmålene. Det empiriske materialet besto av 189 svar fra tjenesteyterne og 17 fra fylkesmennene.

Respondentene oppga økt lovkunnskap som den viktigste årsaken til at antall personer med vedtak om tvang og makt hadde økt. De fleste svarte også at «tidligere underbemanning», «holdningsendring», og «bedre prosedyrer» var gyldige forklaringer. Respondentene var derimot mindre enige i at økningen skyldtes en reell økning i tvangsbruken overfor utviklingshemmede. De fleste var dessuten uenige i at vedtak fører til mindre kreativitet eller mistenkeliggjøring av omsorgstjenestene. Svarene viste også en klar opplevelse av at vedtak gir nødvendig innsyn utenfra. Respondentene oppga videre at vedtak ga et sterkere faglig engasjement og bedre omsorgsrammer.

Fylkesmennene mente at tidligere underrapportering var en mer sannsynlig forklaring på økningen mens tjenesteyterne i noe høyere grad enn fylkesmennene mente at dårlig bemanning kunne forklare økningen.

Oppsummert mente forskerne at de hadde grunnlag for å fastslå at den nominelle økningen i antallet personer med vedtak om bruk av tvang ikke er reell. Økningen kom som en konsekvens av økt kunnskap, høyere etisk bevissthet og endringer i lovreglene. Konsekvensen for omsorgen ved å fatte vedtak er mer positive enn negative.

6.4.6 Selvbestemmelse og bruk av tvang og makt

NAKU gjennomførte i 2015 på oppdrag fra Barne- ungdoms- og familiedirektoratet, intervjuer med 13 personer med psykisk utviklingshemning som hadde eller hadde hatt vedtak om bruk av tvang.¹⁸²

Det så ut til å være uklart for stort sett alle informantene at det å bestemme selv var en lovbestemt rettighet. Informantene hadde dessuten i liten grad fått informasjon som var lagt til rette på en slik måte at de hadde forstått tvangsvedtakene.

NAKU anbefalte at fokuset på dokumentasjon av vilkårene i helse- og omsorgstjenesteloven §§ 9-1, 9-3 og 9-7 bokstav f i tvangsvedtak ble økt, dvs. målet om å begrense bruken av tvang og makt, at tjenestetilbudet skal tilrettelegges med respekt for den enkeltes fysiske og psykiske integritet, og så langt som mulig i overensstemmelse med personens selvbestemmelsesrett, at ingen skal behandles på en nedverdiggende eller krenkende måte, personens rett til medvirkning og informasjon og kravet om at det i vedtaket skal opplyses hvilken holdning personen og dennes representant har til tiltaket.

NAKU anbefalte også at utdanningskravet etter helse- og omsorgstjenesteloven § 9-9 ble strammet inn og etterlevd. De anbefalte dessuten at det skulle utarbeides en nettbasert utdanningsmodul for å høyne fokuset mot spenningsforholdet mellom selvbestemmelse og bruk av tvang og makt overfor personer med utviklingshemning.

¹⁸²NAKU, 2015

6.5 Pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A

6.5.1 Evaluering av pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A

Oxford Research evaluerte høsten 2013 på oppdrag av Helsedirektoratet regelverket i pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A.¹⁸³ De fikk i oppdrag å beskrive tvangsvedtak, bruken av kapittel 4 A og uklarheter eller vanskelig praktiserbare deler av regelverket. De ble også bedt om å vurdere lovens måloppfyllelse, dvs. i hvilken grad regelverket ivaretar pasientens behov for helsehjelp og pasientens behov for rettssikkerhet. Evalueringen er basert på dokumentstudier og kvalitative intervjuer.

Antall registrerte tvangsvedtak hadde økt siden regelverket trådte i kraft. Oxford Research mente at det kunne tyde på at kunnskap om og bruk av regelverket hadde økt. Det var likevel grunn til å tro at det fortsatt var underrapportering av bruken av tvang. Før regelverket trådte i kraft ble det anslått at det kunne være aktuelt å treffe vedtak om tvungen helsehjelp for 5–10 prosent av personer med demens, dvs. mellom 3 550 og 7 100 personer i 2012. Antall registrerte tvangsvedtak i 2013 var 2 715 for alle pasienter. I 2012 ble det ikke fattet vedtak etter pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A i 26 prosent av landets kommuner. Mindre enn 1 prosent av mottakerne av kommunale helse- og omsorgstjenester hadde tvangsvedtak. En tidligere kartlegging utført av Nasjonale kompetansetjeneste for aldersdemens (2002) viste at det i hjemmetjenestene var 44 prosent av tjenesteyterne som hadde benyttet tvangstiltak (bruk av sengehest og dusjing) overfor hjemmeboende personer med demens. Sett i lys av dette, synes det derfor rimelig å anta at det er underrapportering av tvangsvedtak.

I 2012 ble nær 72 prosent av vedtakene etter pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A truffet av kommunehelsetjenesten. 55 prosent av vedtakene gjaldt kvinner og gjennomsnittsalderen for disse var 75 år. Menn var gjennomsnittlig 70 år. I kommunehelsetjenesten ble de fleste vedtakene truffet av leger (48 prosent) og sykepleiere (45 prosent). I spesialisthelsetjenesten ble vedtakene hovedsakelig truffet av leger (87 prosent). Flest vedtak knyttet seg til tilbakhold i institusjon og bevegelseshindrende tiltak og bruk av reseptbelagte legemidler. De to første kategoriene kunne ifølge Oxford Research understøtte hypotesen om at de fleste det treffes vedtak for bor på institusjon.

Godt over halvparten av tvangsvedtakene hadde en varighet på mer enn tre måneder. De fleste av disse ble fattet i den kommunale helse- og omsorgstjenesten. Tallene må imidlertid fortolkes i lys av registreringspraksis og registreringstekniske hensyn.

Statistikk fra NESTOR viste at andelen vedtak som fylkesmannen tok til etterretning økte (77 prosent i 2012 mot 34 prosent i 2009). Dette indikerte at kvaliteten på vedtakene hadde økt. Vedtaksanalysen viste at kvaliteten på mange vedtak var for dårlig ved at de ikke ga en tilstrekkelig konkret og utfyllende begrunnelse for tvangen. Fylkesmannen foretar i all hovedsak en innledende kontroll av sakene som er like grundig som kravene til etterfølgende kontroll.

Evalueringen indikerer at fylkesmannens vurdering av om det fortsatt er behov for helsehjelpen tre måneder etter at vedtaket ble fattet, kommer for tidlig til å sikre reell kontroll samtidig som den etterfølgende kontrollen er ressurskrevende. Få saker oppheves ved tremånederskontrollen og sakens faktiske omstendigheter har sjelden endret seg etter såpass kort tid.

¹⁸³Oxford Research, 2013

Helsepersonell opplever en del av vilkårene som uklare og utfordrende. Det gjelder særlig begrepene motstand, samtykkekompetanse, vesentlig helseskade, helhetsvurderingen og tillits-skapende tiltak (primært utfordrende å dokumentere). Etter Oxford Researchs oppfatning ligger hovedutfordringen likevel i kunnskap om regelverket og konkrete ferdigheter i å anvende det.

Det ble pekt på at reglene om bruk av tvang i helse- og omsorgstjenesten er spredt i ulike regelverk og at avgrensningen av dem i noen tilfeller kan være utfordrende.

Oxford Research identifiserte kompetanseterskel, byråkratiterskel, tid/ressurser og manglende forankring og ledelse som barrierer for at regelverket blir riktig anvendt. Suksessfaktorer for riktig anvendelse av regelverket var god forankring i ledelse/virksomhet og opplæring/erfaringslæring.

Regelverket ble oppfattet som legitimt og i hovedsak hensiktsmessig. Oxford Research mente at regelverket helt klart hadde bidratt til rettsklarhet og en avklaring av hjemmelsgrunnlaget. Det foreliggende materialet ga ikke grunnlag for å si noe sikkert om lovens effekter og resultater på helsehjelp og rettssikkerhet. Det var likevel samlet inn erfaringer og synspunkter om utfordringer og mulige konsekvenser. Det kunne være en viss risiko for at man unnlot å gi helsehjelp. Det var også en risiko for uhjemlet bruk av tvang som følge av misforståelser og manglende kompetanse.

Oxford Research mente at utviklingen i vedtak og bruken av kapittel 4 A, mest sannsynlig i hovedsak kunne fortolkes som bidrag til økt rettssikkerhet for pasientgruppene. De mente likevel at manglende kunnskap om ikke registrert tvangsbruk var en betydelig utfordring.

Kapittel 4 A syntes å ha bidratt til viktige resultater når det gjeldt bevisstgjøring og refleksjon rundt hva tvang er og av andre måter å løse utfordringen på i form av økt bruk av tillitsskape-
pende tiltak.

Oxford Research anbefalte tilbakeholdenhet med å endre regelverket fordi det var indikasjoner på at det er svært utfordrende og ressurskrevende å sikre god kunnskap og implementere regelverket. De anbefalte videre at loven ble endret slik at fylkesmannen av eget tiltak *skal* overprøve vedtak om helsehjelp som pasienten motsetter seg, slik at lovens ordlyd ble i tråd med praksis. De anbefalte også at det vurderes om prøvingstidspunktet burde endres fra tre til seks måneder.

Flere av informantene pekte på at man burde vurdere å klargjøre hvordan tvangslovgivningen henger sammen.

Videre mente flere at det var for mange opplysninger som skulle registreres. Oxford Research gikk imidlertid gjennom vedtaksmalen og kunne ikke se at noen opplysninger der uten videre kunne eller burde kuttes.

6.5.2 Tilsyn med tvungen helsehjelp til pasienter i sykehjem

Statens helsetilsyn oppsummerte rapportene fra fylkesmennenes tilsyn med tvungen helsehjelp til pasienter i sykehjem som ble gjennomført i 103 kommuner i 2011 og 2012.¹⁸⁴ Fylkesmennene undersøkte om pasienter som mangler evne til å gi samtykke og ikke vil ta imot hjelp, får nødvendig og forsvarlig helsehjelp. Det ble påvist lovbrudd (avvik fra regelverket) i 89 av kommunene. Tilsynet avdekket utstrakt bruk av tvang i strid med regelverket og viste at

¹⁸⁴Statens helsetilsyn, 2013

lovbestemmelsene ikke var godt nok kjent og innarbeidet i praksis. Tilsynet viste at ansatte var usikre på reglene om tvungen helsehjelp, hva begrepet tvang innebar, hvordan motstand identifiseres og håndteres, hvordan og når pasientens evne til å gi samtykke skulle vurderes, og hvem som var ansvarlig for å gjennomføre slike vurderinger. Videre avdekket tilsynet mangler i gjennomføring av opplæringstiltak, manglende oversikt over ansattes opplæringsbehov og sviktende rapporteringsrutiner. Mange av de undersøkte kommunene hadde betydelige utfordringer i å sikre tilstrekkelig styring og kontroll med bruk av tvungen helsehjelp til pasienter i sykehjem.

6.5.3 Helsetilsynet i fylkenes saksbehandling

Statens helsetilsyn innhentet i 2010 84 saker om pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A fra samtlige fylker for å vurdere saksbehandlingen hos Helsetilsynet i fylkene (nå fylkesmennene).¹⁸⁵ Gjennomgangen viste stor variasjon i saksbehandlingen mellom fylkene. Inntrykket var at flere hadde mangelfull kunnskap om kapittel 4 A og andre relevante bestemmelser. Det var flere eksempler på at Helsetilsynet i fylket ikke hadde reagert på helt klart materielt uriktige vedtak.

Mange vedtak hadde ufullstendige begrunnelser eller manglet andre opplysninger. Terskelen for å etterspørre opplysninger syntes å være høy og når det ble gjort var bestillingen for lite konkret og målrettet.

Rettssikkerheten til pasienter uten evne til å ta initiativ til å klage på vedtak om bruk av tvang, er basert på at Helsetilsynet i fylket utøver sin myndighet som etterprøvingsorgan. Statens helsetilsyn konkluderer med at funnene viste at det var flere utfordringer relatert til kvaliteten på saksbehandlingen.

6.5.4 Evaluering av kvaliteten på tvangsvedtak

Oxford Research evaluerte på oppdrag fra Helse- og omsorgsdepartementet blant annet kvaliteten i fylkesmannens vedtak om klage på kommunens vedtak om helsehjelp som pasienten motsetter seg og i saker der fylkesmannen overprøvde slike vedtak av eget tiltak. Rapporten ble levert i desember 2017.¹⁸⁶

Oxford Research gikk gjennom et utvalg av fylkesmannens vedtak for å vurdere kvaliteten på begrunnelsene sett opp mot lovens krav. Vedtaksanalysen består først og fremst av en kvalitativ, juridisk analyse av dokumenter.

Som et supplement til vedtaksgjennomgangen, ble det gjennomført spørreundersøkelser til fylkesmennene. Noen av de sentrale temaene i spørreundersøkelsene var saksforberedelse, informasjon og kontakt, saksbehandling og vurderinger av arbeidsbelastning.

Vedtaksanalysen er basert på følgende vedtak fra 2016:

- Alle de 20 vedtakene i klagesaker om helsehjelp som pasienten motsetter seg (pasient- og brukerrettighetsloven § 4A-7)
- 25 tilfeldig uttrukne vedtak der fylkesmannen av eget tiltak omgjør kommunens/specialisthelsetjenestens vedtak (pasient- og brukerrettighetsloven § 4A- 8 første ledd)

¹⁸⁵Statens helsetilsyn, 2011

¹⁸⁶Oxford Research, 2017

- 25 tilfeldig uttrukne vedtak om innleggelse og tilbakehold i institusjon, enten fylkesmannen godkjenner dem eller ikke
- 30 tilfeldig uttrukne vedtak om bruk av legemidler som pasienten motsetter seg

Ifølge Oxford Research oppfylte samtlige vedtak lovens krav til sakens opplysning, redegjørelse for de faktiske forhold som lå til grunn for avgjørelsen og til gjengivelse av de problemsstillinger eller regelverk som avgjørelsen bygger på. Det var derimot stor variasjon i kvalitet og grundighet når det kom til bevisvurdering, rettsanvendelse og skjønnsutøvelse. Samtlige vedtak ble likevel vurdert å ligge innenfor lovens minstekrav. Ulikhetene i kvalitet syntes ikke å ha sammenheng med om vedtaket var truffet etter forutgående klage eller som ledd i fylkesmannens tremånederskontroll.

På spørsmål om fylkesmannen krever skriftlig klage etter pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A svarte 13 prosent ofte og 33 prosent alltid. Tre prosent av respondentene fra spørreundersøkelsen til fylkesmennene svarte at de aldri kontaktet pasienten dersom pårørende eller nærmeste pårørende fremmer klage etter pasient- og brukerrettighetsloven § 4A-7. Tretten prosent oppga at fylkesmannen alltid tok kontakt. Hele 50 prosent av respondentene oppga at de ikke visste eller at det ikke var relevant. Hele 77 prosent av de spurte oppga vet ikke eller ikke relevant på spørsmål om barn mellom 16 og 18 år blir kontaktet i forbindelse med saker etter pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A. De øvrige fordelte seg på aldri (13 prosent), sjelden (7 prosent) og ofte (3 prosent). Foreldre ble også i liten grad kontaktet i slike saker. Se også den generelle omtalen av spørreundersøkelsen til fylkesmennene i punkt 6.2.2.1.

6.5.5 Forekomst av tvangsbruk – før og etter innføring av kapittel 4 A i pasient- og brukerrettighetsloven

6.5.5.1 Rettighetsbegrensninger og bruk av tvang i norsk eldreomsorg

Det er en rekke studier som har kartlagt forekomsten av tvang i forskjellige pleiesettinger. Det er da særlig bruk av fysiske tvangstiltak som er kartlagt. Studiene bruker noe forskjellige definisjoner på hva tvang er (f. eks. med eller uten sengehest), forskjellige metoder for å kartlegge bruken av tvang, alt fra journalgjennomganger og spørreskjema til direkte observasjoner). Studiene er fra forskjellige land med forskjellig lovverk, de er også gjennomført i forskjellige typer institusjoner i forskjellige tidsperioder. Dette gjør at studiene kan være vanskelige å sammenligne.

I 1999 fikk daværende Nasjonalt kompetansesenter for aldersdemens (nå en del av Nasjonal kompetansetjeneste for aldring og helse) i oppdrag av Sosial- og helsedepartementet å gjennomføre en omfattende kartlegging av rettighetsbegrensninger og bruk av tvang i norsk eldreomsorg.¹⁸⁷ Detaljerte analyser av dette materialet er presentert i en rekke artikler.¹⁸⁸

Tabell 6.1 viser forekomsten av forskjellige tvangstiltak med data samlet inn i norske sykehjem i forskjellige perioder. Det er de samme spørsmålene som er brukt i alle kartleggingene i tabellen. Data fra 2000 er et tilfeldig utvalg av pasienter fra den opprinnelige kartleggingen tallene fra 2004/2005 er upubliserte data fra en studie som omfattet 26 sykehjem i 18 kommuner i Hedmark, Oppland, Aust- og Vest-Agder og tallene fra 2011 er upubliserte data fra 13

¹⁸⁷Engedal mfl., 2001; Engedal mfl., 2002

¹⁸⁸Kirkevold og Engedal, 2004b; Kirkevold og Engedal, 2004c; Kirkevold og Engedal 2004d; Kirkevold og Engedal 2006; Kirkevold og Engedal 2008; Kirkevold mfl., 2003b.

sykehjem i 12 kommuner i Oppland.^{189 190} Det er en tydelig nedgang i de fleste tvangstiltak, særlig på somatiske avdelinger. Eneste tiltak det har vært en økning av, er «overvåking» det vil si bruk av forskjellige sensorer for å registrere om en person forlater senga om natten, går ut av et rom en avdeling eller leilighet. Når det gjelder antall personer som er utsatt for minst et tvangstiltak, er det en markert nedgang fra de foregående årene (samlet for både skjermede enheter og somatiske enheter var det 17 prosent som ble utsatt for minst et tiltak i løpet av en uke). Det er verd å merke seg at dette er data som er samlet inn to år etter at kapittel 4 A trådte i kraft.

Tabell 6.1 Forekomst av tvangsbruk før og etter innføring av kapittel 4 A i pasient- og brukerrettighetsloven

	2000		2004		2011	
	RU n=105 7	SCU n=444	RU n=763	SCU n=313	RU n=380	SCU n=112
Mechanical restraints	23.3 (20.6– 25.8)	12.8 (9.7– 16.0)	13.9 (11.5– 16.4)	10.2 (6.9– 13.6)	4.7 (2.6– 6.9)	1.0 (0.0– 2.7)
Non-mechanical restraints	3.0 (2.0– 4.1)	8.3 (5.8– 10.9)	2.0 (1.0– 3.0)	16.3 (12.2– 20.4)	2.4 (0.8– 3.9)	9.8 (4.2– 15.4)
Surveillance	0.9 (0.3– 1.4)	7.2 (4.8– 9.6)	2.1 (1.1– 3.1)	11.2 (7.7– 14.7)	0.3 (0.0– 0.8)	13.4 (7.0– 19.8)
Force or pressure in examination or treatment	13.5 (11.5– 15.6)	19.1 (15.6– 22.8)	6.7 (4.9– 8.5)	11.2 (7.7– 14.7)	1.3 (0.2– 2.5)	4.5 (0.6– 8.4)
Force or pressure in ADL	16.6 (14.3– 18.8)	20.9 (17.2– 24.8)	10.9 (8.7– 13.1)	18.9 (14.5– 23.2)	8.2 (0.5– 10.0)	16.1 (9.2– 22.0)
Any use of coercive measures	36.7 (33.8– 39.6)	45.0 (40.4– 49.7)	24.2 (21.2– 27.3)	44.2 (39.2– 50.3)	11.2 (8.0– 14.4)	34.6 (25.7– 43.5)

Mechanical restraints = Tiltak som hindrer bevegelse (Sengehest uten beboerens samtykke; Sele, sengebelte eller annen fiksering i seng eller stol; Skjerming i form av innlåsing i eget rom/leilighet eller bolig)

Non-mechanical restraints = Fysisk tilbakeholdelse og/eller holding

Surveillance = Alarmbrikke som låser dør; alarm som varsler når beboer går ut; brikke på beboer som varsler når beboer går ut, eller gir søkemulighet; alarm som varsler når beboer forlater seng

¹⁸⁹Kirkevold og Engedal, 2004a

¹⁹⁰Selbaek mfl., 2006

Force or pressure in examination or treatment = Medisinsk undersøkelse eller behandling mot pasientens vitende eller vilje (Medisin i beboerens mat eller drikke; Fysisk tvang ved undersøkelse av beboeren)

Force or pressure in ADL = Forhold i forbindelse med daglig omsorg (Holding av hender, føtter eller hode under stell; Dusjing eller bading som beboeren verbalt eller fysisk motsetter seg; henting av beboer til bad/dusj med tvang; Mating av beboer med tvang)

«Kirkevold, O. and Engedal, K. (2004a). A study into the use of restraint in nursing homes in Norway. *Br J Nurs*, 13, 902–905». Datasettet for 2004/2005, men ikke publiserte tvangsdata er beskrevet i: «Selbaek, G., Kirkevold, O. and Engedal, K. (2006). The prevalence of psychiatric symptoms and behavioural disturbances and the use of psychotropic drugs in Norwegian nursing homes. *Int J Geriatr Psychiatry*».

I forbindelse med en intervensjonsstudie gjennomført på Vestlandet i 2012, ble bruk av tvang registrert med samme spørsmål som i kartleggingene beskrevet over.¹⁹¹ I denne studien ble det ikke skilt på type avdeling, men likevel er resultatene interessante og sammenlignbare med de i de ovenfor nevnte studiene. I denne studien ble de samme spørsmål om tvang som beskrevet i tabell 6.1 brukt, men gruppert på en litt annerledes måte. Tallene er derfor ikke satt inn i tabellen. Andel pasienter som ble utsatt for minst et tvangstiltak i løpet av en uke (19 prosent) er på linje med tallene fra 2011. Det mest vanlige tiltaket var vasking eller av- og påkledning som pasienten verbalt motsatte seg (7,7 prosent), dernest kom tilsetning av medisin i pasientens mat eller drikke uten at de visste det (5,1 prosent), sengehest uten pasientens samtykke (4,7 prosent), tvinge pasienten til badet (4,7 prosent), holding av hender, føtter eller hode i forbindelse med stell (4,4 prosent), fysisk tilbakeholding (2,9 prosent) og varsling når pasienten forlater avdelingen eller institusjonene (2,6 prosent). Ingen av disse tiltakene var basert på vedtak i henhold til pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A.

6.5.5.2 *Bruk av antipsykotika*

I tabell 1 omfatter «Force or pressure in examination or treatment» hovedsakelig «skjult medisinerings». Det er imidlertid alle typer medisiner, ikke bare «kjemisk atferdsregulering». I år 2000 fikk 32 prosent av de som fikk medisiner skjult, antipsykotika, mens en studie fra 2006/2007 viste at 30 prosent av de som fikk skjult medisinerings fikk antipsykotika.^{192 193}

En gjennomgang av studier som har kartlagt bruk av psykoleptika i norske sykehjem i perioden 1997 – 2009, fant at det har vært en svak nedgang fra at omtrent en firedel av pasientene fikk antipsykotika rundt årtusenskiftet, mens omtrent en femdel fikk det mot slutten av perioden. Forbruket av andre dempende medikamenter som angstdempende medisiner og sovemedisiner har økt.¹⁹⁴ Bruken av antidepressiva økte fra at litt over 30 prosent av pasientene i sykehjem fikk antidepressiva i 1997 til at omtrent halvparten av pasientene fikk dette i 2009.

Vinteren 2011 gjorde Selbæk med flere en ny kartlegging av sykehjemmene som data ble hentet fra i 2004. I den kartleggingen fant de at bruk av antipsykotika var gått ned fra å omfatte 23,1 prosent av pasientene i 2004 til 16,7 prosent i 2011.¹⁹⁵ Når det gjaldt former for

¹⁹¹Testad mfl., 2016

¹⁹²Kirkevold og Engedal, 2005

¹⁹³Kirkevold og Engedal, 2009

¹⁹⁴Ruths mfl., 2013

¹⁹⁵Selbaek mfl., 2017

psykofarmaka var det kun mindre endringer, men tendensen var heller en nedgang enn oppgang.

Studiene som er presentert av Ruths og Selbæk sier ikke noe om at medisinene ble gitt med tvang, men det er rimelig å anta at en stor del av dem som får psykofarmaka og særlig antipsykotika, får det for å regulere atferd og ikke som behandling.¹⁹⁶ Bivirkningene er store og effekten er i mange tilfelle tvilsom. Reduksjonen fra 2004 til 2011 er gledelig, men det er bør stilles spørsmålsteget ved at 16 prosent av sykehjemsbeboerne fyller anbefalte kriteriene for å få antipsykotisk medisiner. Ved oppstart av studien til Testad med flere fikk 14 prosent av pasientene antipsykotika og 36 prosent antidepressiva.¹⁹⁷ Dette økte til henholdsvis 18 prosent for antipsykotika og 38 prosent for antidepressiva. Disse tallene samsvarer ganske godt med Selbæks tall fra 2011 og styrker inntrykket av at det har vært en nedgang i bruk av antipsykotika over tid, og at bruken av antidepressiva etter noen år med tydelig oppgang nå har gått noe tilbake.

6.5.5.3 Låsing av dør

En spørreundersøkelse fra oktober 1999 med svar fra 1398 sykehjemsavdelinger, viste at 13 prosent av vanlige somatiske enheter og 58 prosent av skjermede enheter for personer med demens, hadde hoveddøren til avdelingen låst hele tiden (24 timer).¹⁹⁸

Vi har ingen systematiske studier om låsing av dører etter 1999, men forskjellige rapporter viser at praksisen med å låse dører for å beskytte pasienter på et generelt grunnlag, fremdeles ikke er uvanlig. For eksempel så var dette et fokusområde for fylkesmennenes tilsyn i sykehjem i 2010/2011 og det ble avslørt at mange steder ble hoveddøren til avdelingen låst det meste av døgnet uten at det var noen vedtak for pasientene.¹⁹⁹

Det er vanskelig å finne noe mer systematisk oversikt over praksisen med å låse dører etter 2011. Litteratursøk og søk på nyheter gir funn av enkelt historier og enkelte tilsynsrapporter som kritiserer låste dører, men inntrykket er at det er en økt bevissthet rundt fenomenet og at rutiner rundt det å låse dører er bedre, men altså enkelte eksempler på kritikkverdige forhold.

6.5.5.4 Konklusjonen

Etter at pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A ble implementert var det en tydelig nedgang i bruk av tvang i sykehjem. Det har også vært en reduksjon i bruk av dempende medisiner og låsing av dører ser ut til å være mer under kontroll. Det foregår likevel uhjemlet tvangsbruk uten vedtak i henhold til kapittel 4 A. Det finnes heller ingen nyere systematiske oversikter over tvangsbruk, låsing av dører eller forskriving av dempende medisiner. I artikkelen til Testad (beskrevet over) var det ikke fattet vedtak for noen av tiltakene som ble beskrevet som tvang. Dette gjør at oversikter over vedtak om tvang etter kapittel 4 A gir et mangelfullt grunnlag for å vurdere omfanget av bruk av tvang i demensomsorgen.

¹⁹⁶Ruths mfl., 2013; Selbæk mfl., 2017

¹⁹⁷Testad mfl., 2015

¹⁹⁸Kirkevold mfl., 2003a

¹⁹⁹Se f.eks. Helsetilsynet, 2010

6.6 Evaluering av fylkesnemndene for barnevern og sosiale saker

Oxford Research evaluerte på oppdrag fra Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet fylkesnemndene for barnevern og sosiale saker.²⁰⁰ Hovedformålet med evalueringen var å framskaffe kunnskap om hvordan fylkesnemndene fungerer sett i forhold til intensjonen med nemndene. Evalueringen skulle se på effektivitet og ressursbruk, om organiseringen av nemndene var hensiktsmessig og om de ivaretar betryggende, rask og tillitsskapende saksbehandling.

Evalueringen bygger på dokumentstudier, eksplorative studier, dybdeintervjuer, fokusgruppeintervjuer, spørreundersøkelser, casestudier, observasjon, statistikk og registerdata og ekspert- og referansegruppemøter.

Oxford Research fant at fylkesnemndene oppfylte de grunnleggende prosessuelle rettssikkerhetskravene. Opprettelsen av Sentralenheten var hensiktsmessig og har styrket den administrative styringen av nemndene. I perioden 2011–2014 var det en markant forbedring i nemndenes effektivitet, men det var store forskjeller mellom nemndene. Forskjellene skyldes trolig systematiske forskjeller i arbeidsmåter, rekruttering eller andre resultater av ledelse. Nemndene hadde betydelige utfordringer når det gjaldt saksbehandlingstiden for saker med forhandlingsmøte.

6.7 Rettighetsinngrep i kommunale botilbud – rapporten fra Nasjonalt kompetansesenter for psykisk helsearbeid (NAPHA)

6.7.1 Bakgrunn, metode og informanter

Nasjonalt kompetansesenter for psykisk helsearbeid (NAPHA) utgav i 2017 en rapport som bygger på intervju med 18 beboere og 41 fagpersoner (hovedsakelig med treårig høyskoleutdanning), fra ulike typer boliger, i ulike kommuner.²⁰¹ Det er ikke oppgitt hvor mange boliger eller kommuner som ble besøkt, eller hvordan disse boligene ble valgt ut, utover at det beskrives at ulike typer botiltak er representert. Intervjuene ble hovedsakelig gjennomført som fokusgruppeintervju med enten fagpersoner eller beboere, og det ble i tillegg gjennomført noen individuelle intervju. Det er oppgitt som en svakhet at få beboere med alvorlige problemer er inkludert i studien, og at det også kan være etiske utfordringer med at de ansatte rekrutterer beboere, som så skal snakke om rettighetsinngripende tiltak gjennomført av de samme ansatte, som også er beboernes nærmeste i hverdagen.

6.7.2 Funn – typer av rettighetsinngripende tiltak

Rettighetsinngripende tiltak ble beskrevet innenfor en rekke ulike områder:

Tiltak i hjemmet. Personalet kunne sette inn tiltak knyttet til rydding og renhold av leilighet, og for eksempel nekte personen besøk hvis leiligheten ikke ble vasket på «vaskedag». Flere boliger hadde også egne regler for overnatting og besøk, noen steder var dette forbudt, andre steder bare etter forhåndsgodkjenning. Noen beskrev at alle beboere ble kontrollert når de kom

²⁰⁰Oxford Research, 2015

²⁰¹NAPHA, 2017

tilbake til boligen, for å sikre at de ikke hadde med farlige gjenstander (våpen, kniver, rusmidler). Det ble også beskrevet konfiskering av andre gjenstander, som radioer eller telefon. Økonomiske begrensinger var også vanlig.

Hygiene, påkledning og atferd. Det ble beskrevet tiltak der personalet måtte utøve en del press og noen ganger tvang, for å få personen til å dusje regelmessig og/eller skifte klær. Det ble også beskrevet at personalet måtte hindre beboere i å gå ut nakne, eller gå ut alt for tynnkledde i kaldt vær.

Mat, drikke, røyk, rusmidler. Noen beboere hadde avtaler om regulering av røyk, slik at personalet delte ut en eller to røyk i timen. Noen boliger var institusjonslignende, uten eget kjøkken. Beboerne spiste det de fikk servert, når de fikk det servert. Restriksjoner knyttet til usunn mat ble også beskrevet, samt kontroll av legale og illegale rusmidler.

Medisiner. Personalet beskrev at de kunne bruke press og overtalelse, men ikke direkte tvang for å få pasienter til å ta medisiner. Hvis personen ikke tok medisinene, eller ikke kom tilbake til medisintid, kunne dette få konsekvenser, som at personalet meldte fra til spesialisthelsetjenesten, eller at personen ble nektet utgang.

6.7.3 Funn – alvorlighetsgraden av rettighetsinngripende tiltak

Det ble beskrevet tre ulike nivå av rettighetsinngripende tiltak. Det mildeste nivået var motivering og avledning. Neste nivå var overtalelse, styring, manipulering og luring. Det mest alvorlige nivået var tiltak som var klart inngripende i beboerens hverdag. Disse tiltakene var ofte videreføring av ordninger fra spesialisthelsetjenesten.

6.7.4 Funn – begrunnelsen for rettighetsinngripende tiltak

Det var tre hovedbegrunnelser for tiltakene. For det første hensynet til beboeren selv, hans helse og frykt for forverring. Videre tiltak som ble begrunnet med farlighet for andre/samfunnet. Og til slutt tiltak som handlet om husordensregler og hensyn til andre beboere.

Det rettslige grunnlaget for tiltakene ble beskrevet som uklart. Noen ganger var tiltakene basert på husordensregler, andre ganger på individuelle avtaler med beboerne. De individuelle avtalene hadde ulik kvalitet – noen ganger ble det beskrevet som et reelt samarbeid, andre ganger var avtalen en forutsetning for at personen skulle få bo i boligen, eller det var uklart om personen var tilstrekkelig informert om hva hun samtykket til.

6.7.5 Avslutning og oppsummering

Rapporten beskriver flere rettighetsinngripende tiltak i kommunale boliger. Selv om tiltakene som beskrives, ofte oppfattes som helt nødvendige, også av personene selv, er det juridiske grunnlaget uklart. Noen av tiltakene påvirket grunnleggende menneskerettigheter, som retten til privatliv, et sosialt liv, og å bestemme over egen kropp. Beskrivelsene reiser også spørsmålet om disse tiltakene kunne vært unngått, gitt at fagpersonene hadde hatt mer kompetanse, eller hatt tilgang til slik kompetanse. De mest alvorlige tiltakene var ofte er videreføring av spesialisthelsetjenestetiltak, samtidig som fagpersonene i boligen sier de savner bedre samarbeid med spesialisthelsetjenesten. Dette kan tyde på at tiltak som bare burde gjennomføres på et høyere kompetansenivå, med gode kontrollordninger, også gjennomføres i kommunale boliger, beboerens hjem, uten god nok kontroll.

7 Menneskerettslige krav

7.1 Innledning

7.1.1 Utgangspunkter

Ideen om menneskerettigheter har røtter langt tilbake og uttrykker enkelte allmenngyldige forestillinger (hovedsakelig) om hvilke grenser som gjelder for hva myndighetene kan foreta seg overfor enkeltmennesket. Respekten for menneskets iboende verdighet – menneskeverdet – blir gjerne ansett som det tankemessige fundament, slik uttrykt i artikkel 1 i FNs menneskerettighetserklæring fra 1948:

«Alle mennesker er født frie og med samme menneskeverd og menneskerettigheter.»

Erklæringen må sees på bakgrunn av erfaringene fra andre verdenskrig. Dokumentet inneholder en omfattende «katalog» over rettigheter og friheter. Felles er at individet og dets grunnleggende behov står i sentrum, hva enten det er snakk om vern mot overgrep, diskriminering eller inngrep i privatlivet, eller sikring av sosial og økonomisk trygghet – for å nevne noen spredte eksempler av relevans for utvalgets arbeid.

Menneskerettighetserklæringen er ikke formelt juridisk bindende for statene. Dokumentet har likevel en stor etisk appell. Den har dannet mønster for senere folkerettslig forpliktende konvensjoner og derigjennom også for revisjonen av menneskerettighetskapitlet i den norske Grunnlova i 2014.

Det nærmere innholdet av menneskerettighetsvernet er likevel ikke noen entydig størrelse. Ikke minst gjelder det ved spørsmål om bruk av tvang i helse- og omsorgstjenesten. Oppfatningene avhenger til dels av hvilke menneskerettslige dokumenter man tar utgangspunkt i, dels av hvilken tolkingspraksis eller litteratur man vektlegger. En tradisjonell tilnærming med utgangspunkt i Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK) slik denne er forstått i praksis fra Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD), gir for eksempel et bilde som er svært forskjellig sammenlignet med CRPD-komiteens fortolkninger av FN-konvensjonen om funksjonshemmedes rettigheter (CRPD).

I forarbeidene til ulike lover som hjemler bruk av tvang i helse- og omsorgstjenesten, er det regelmessig gjort vurderinger av forholdet til Norges menneskerettslige forpliktelser. Konklusjonen har vært at lovgivningen ligger innenfor det skjønnsrom statene har. Vurderingen av de menneskerettslige forpliktelsene som gjelder barn, har i det vesentlige vært særlig kortfattede. Samtidig er det klart at etterlevelsen av menneskerettslige forpliktelser også er et spørsmål om praksis.

7.1.2 Menneskerettighetenes formelle stilling i norsk rett

Som stat er Norge (folkerettslig) bundet av menneskerettighetene: dels gjennom avtaler (konvensjoner, traktater), dels gjennom sedvane. Det gjelder en forutsetning (presumsjon) om at norsk rett er i samsvar med Norges folkerettslige forpliktelser. Dette betyr at domstoler og andre rettsanvendere må prøve å finne måter å tolke norsk rett på som ikke kommer i strid med internasjonale forpliktelser. Uklarheter om innholdet av slike forpliktelser kan likevel svekke gjennomslagskraften. Av særlig betydning for dette utvalgsarbeidet, skal CRPD-konvensjonen og Europarådets konvensjon om menneskerettigheter og biomedisin (Oviedo-konvensjonen) nevnes som eksempler på menneskerettslige dokumenter som per i dag må håndteres etter presumsjonsprinsippet. Dette betyr at norske borgere – her pasienter eller brukere –

ikke kan bygge rettigheter direkte på disse dokumentene i den grad de finnes å være i strid med norsk rett. Denne observasjonen om hva som er gjeldende norsk rett, må likevel ikke skygge for at utvalget med bakgrunn i sitt mandat, kan foreta selvstendige vurderinger av hva som *i framtiden bør være norsk rett*.

Viktige menneskerettighetsforpliktelser har oppnådd en sterkere posisjon i norsk rett enn det som følger av presumsjonsprinsippet gjennom en mer aktiv gjennomføring i lovgivningen. Til dels er dette skjedd gjennom mer avgrensede endringer av enkeltbestemmelser, men tidvis også gjennom et mer omfattende opptak og opphøyning av menneskerettsdokumenter til norsk lov.

Et særlig viktig uttrykk for sistnevnte er menneskerettsloven, der fem konvensjoner er gjort til «norsk lov» i den utstrekning de er folkerettslig bindende. De aktuelle konvensjonene er (vanlig brukte forkortelser i parentes):

- Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK)
- FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK)
- FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP)
- FNs barnekonvensjon (BK)
- FNs kvinnekonvensjon (KK)

I varierende grad er også tilleggsprotokoller til de nevnte instrumentene tatt med. I lovens § 3 er det bestemt at konvensjonene «ved motstrid skal gå foran bestemmelser i annen lovgivning». Som det framgår, er ikke CRPD blant konvensjonene som skal gjelde som norsk lov, noe som påvirker gjennomslagskraften.

Det mest fundamentale uttrykket for hva som er norsk rett også på menneskerettighetsfeltet, gir likevel Grunnlova. I 2014 gjennomgikk menneskerettighetskapitlet (kapittel E) en betydelig revisjon og oppdatering. I § 92 heter det:

«Dei statlege styresmaktene skal respektere og trygje menneskerettane slik dei er fastsette i denne grunnlova og i traktatar om menneskerettar som er bindande for Noreg.»

Et spørsmål gjelder hvordan vi skal forstå at også «traktatar om menneskerettar som er bindande for Noreg» skal håndheves (respekteres og trygges), selv om de aktuelle rettighetene ikke direkte er nevnt i Grunnlova. Om dette er forarbeidene ikke helt klare, men det synes stort sett å være enighet om at uttrykksmåten ikke kan tolkes slik at alle menneskerettighetskonvensjoner ratifisert per 13. mai 2014 – inkludert CRPD og Oviedo-konvensjonen – uten videre gis grunnlovs rang.

I Grunnlova er utvalget av rettigheter og friheter og måten disse er formulert på, inspirert av etablerte internasjonale menneskerettighetsinstrumenter, ikke minst EMK. Bestemmelser av særlig interesse for dette utvalgsarbeidet skal omtales nærmere nedenfor, men stikkordsmessig kan her nevnes: § 93 andre ledd (forbud mot umenneskelig eller nedverdiggende behandling), § 94 (vern mot frihetsberøvelse), § 98 (vern mot forskjellsbehandling), § 102 (respekt for privatlivet og vern om den personlige integritet) og § 104 (særlig vern for barn). Grunnlovas bestemmelse om barns rettigheter fremhever barns menneskeverd og at de har rett til vern om sin personlige integritet. Tilsvarende bestemmelser finnes ikke for voksne. Dessuten er de velkjente prinsippene fra Barnekonvensjonen om hensynet til barnets beste og retten til å bli hørt, forankret i Grunnlova § 104.

Selv om menneskerettighetsbestemmelsene i Grunnlova må tolkes i lys av sine internasjonale inspirasjonskilder, har Høyesterett klargjort at det er tale om selvstendige regler, jf. Rt. 2015 s. 93 (avsnitt 57) om Grl. § 102:

«Bestemmelsen kom inn ved grunnlovsreformen i mai 2014, og bygger blant annet på FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP) artikkel 17 og EMK artikkel 8. Likhetsstrekkene med EMK er store. Jeg legger til grunn at § 102 skal tolkes i lys av de folkerettslige forbildene, men likevel slik at fremtidig praksis fra de internasjonale håndhevingsorganene ikke har samme prejudikatsvirkning ved grunnlovstolkningen som ved tolkningen av de parallelle konvensjonsbestemmelsene: Det er etter vår forfatning Høyesterett – ikke de internasjonale håndhevingsorganene – som har ansvaret for å tolke, avklare og utvikle Grunnlovens menneskerettsbestemmelser.»

Det må således tas høyde for at regler med klare likhetstrekk i henholdsvis Grunnlova og internasjonale menneskerettskonvensjoner kan ha et noe ulikt innhold. Rettspraksis så langt er likevel sparsom – ikke minst om de spørsmål som står i fokus for dette arbeidet –, og det er vanskelig å si noe sikkert om og på hvilken måte Høyesterett ønsker å bruke sitt handlingsrom. Det skal nevnes at EU-/EØS-retten ikke regulerer spørsmålet om frihetsberøvelse og tvang innenfor helse- og omsorgssektoren.

7.1.3 Opplegget videre

Utvalget har funnet det hensiktsmessig først å gi en kort oversikt over de mest sentrale menneskerettighetsinstrumentene av betydning for utredningen. Deretter gis det en grundigere omtale med utgangspunkt i hva som framstår som sentrale problemstillinger for dette arbeidet. En slik todeling er vurdert å lette oversikten over materialet. Det gir også gode vilkår for å gjøre analyser på tvers av tradisjonelle skiller, noe som står sentralt for utvalget og reflekteres i de mer overordnede disposisjonsmessige grep.

7.2 Internasjonale menneskerettighetsdokumenter av særlig betydning for utvalgets utredning

7.2.1 Innledning

Konvensjoner er formelt folkerettslig bindende og blir gjerne omtalt som «hard law». Enkelte andre menneskerettighetsdokumenter har karakter av råd, anbefalinger eller politiske viljesyttringer. Slike – som gjerne benevnes «soft law» – kan likevel ha en høy etisk appell og betydning for tolkningen av konvensjoner. I lys av utvalgets mandat som er svært omfattende, har det vært nødvendig å foreta en nokså stram avgrensning av hvilke dokumenter som skal gis en generell omtale. Utvalget har konsentrert seg om de mest sentrale konvensjonene av betydning for tvang i helse- og sosialtjenesten. Andre dokumenter trekkes inn der de vurderes å ha konkret betydning for konvensjonstolkning eller utvalgets vurderinger.

Disposisjonsmessig omtales de europeiske instrumenter først, deretter aktuelle FN-konvensjoner. Innenfor denne rammen omtales konvensjoner som er omfattet av menneskerettsloven først.

Innenfor konvensjonstolkning har det tradisjonelt blitt skilt mellom sivile og politiske rettigheter og – på den annen side – økonomiske sosiale og kulturelle rettigheter. I dag blir dette for grovkornet. Ikke minst tematikken for denne utredningen tydeliggjør det. Selv om utgangspunktet er sivile rettigheter (rett til privatliv, vern mot frihetsberøvelse med mer) vil ofte ressursinnsatsen for å forebygge tvangsbruk gjennom tilrettelegging av tjenestetilbudet, som gjerne kan beskrives som sosiale rettigheter, være avgjørende. Det økende fokuset på reell likebehandling (ikke-diskriminering) til sosiale rettigheter er også med på å bryte ned skillet.

7.2.2 Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK)

Europarådets konvensjon av 4. november 1950 om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter, også kalt «Den europeiske menneskerettighetskonvensjon» (EMK), står sentralt i det regionale vernet av de sivile og politiske menneskerettighetene. EMK har en sterk stilling i norsk rett sammenlignet med andre konvensjoner. Dette har dels et formelt grunnlag i menneskerettsloven som har gjort konvensjonen til norsk lov. EMK har dessuten et sterkt gjennomføringssystem gjennom Den europeiske menneskerettighetsdomstolen i Strasbourg (EMD). EMDs omfattende praksis i individuelle klagesaker har gitt konvensjonen et konkret og forpliktende innhold og lagt grunnlaget for en dynamisk rettsutvikling. Dommene er formelt bindende for statene, jf. artikkel 46. Sammenlignet med andre menneskerettighetsdokumenter med relevans for problemstillingene som er reist for utvalget, kan det ut fra dette hevdes at EMK står i en særstilling med hensyn til hva som er gjeldende rett i en europeisk kontekst.

EMK har sitt primære fokus på sivile og politiske rettigheter. Noen bestemmelser er særlig relevante ved spørsmål om bruk av tvang. Det gjelder forbudet mot tortur og umenneskelig og nedverdiggende behandling og straff i artikkel 3. Videre gir EMK i artikkel 5 et særlig vern ved frihetsberøvelse. I artikkelens nr. 1 bokstav d er det gitt en egen bestemmelse om frihetsberøvelse av barn. Retten til respekt for privatlivet er nedfelt i artikkel 8 og er særlig aktuelt ved tiltak under institusjonsopphold eller inngrep utenfor institusjon. Etter både artikkel 5 og 8 er inngrep tillatt på nærmere bestemte vilkår: herunder krav om hjemmel og forholdsmessighet. I artikkel 14 er det nedfelt forbud mot diskriminering. Det nærmere innhold i de nevnte bestemmelsene blir omtalt nedenfor.

7.2.3 Europarådets konvensjon om menneskerettigheter og biomedisin (Oviedo-konvensjonen)

Europarådets konvensjon om menneskerettigheter og biomedisin av 1997, ofte kalt «Oviedo-konvensjonen», ble ratifisert av Norge i 2006. Den er ikke gjort til norsk lov. Konvensjonen omhandler generelle pasientrettigheter og enkelte særrettigheter for helseforskning. Som et hovedprinsipp slås det fast i artikkel 2 at hensynet til individets velferd skal gå foran rene samfunns- og forskningsinteresser.

At helsehjelp som utgangspunkt må baseres på samtykke – som slik er det foretrukne rettsgrunnlag – framgår av artikkel 5. Samtykkekravet gjelder ikke i nødssituasjoner, jf. artikkel 8 («emergency situation»). Her vil «enhver medisinsk nødvendig inngripen» være tillatt. I artikkel 6 reguleres tilfeller der pasienten mangler beslutningskompetanse, enten på grunn av mindreårighet eller psykisk funksjonsnedsettelse. Fokus er i særlig grad på hvem som skal fatte beslutningen, og her kan statene velge mellom ulike modeller:

«inngripen [kan] bare foretas etter fullmakt fra hans eller hennes representant eller fra en myndighet eller person eller et organ som loven gir bestemmelser om.»

For øvrig er vilkåret for inngrep at tiltaket er «til direkte fordel for ham eller henne».

Artikkel 7 omtaler tvangsinngrep overfor mennesker med «mental disorder of a serious nature». I den norske oversettelsen er «alvorlig sinnslidende person» brukt, men rekkevidden av uttryksmåten er omtalt i punkt 24.8.2.6. Bestemmelsen gjør unntak fra samtykkekravet. Frihetsberøvelse som ledd i tillatt behandling nevnes ikke spesifikt, men omfattes av ordlyden. Formålet må imidlertid være behandling. Intervensjon kan iverksettes dersom unnlatelse av å gjennomføre behandling vil kunne føre til alvorlig helseskade hos vedkommende. Fare for andres liv og helse reguleres av artikkel 26, som tillater begrensninger i konvensjonens rettigheter av hensyn til andre («vern om andres rettigheter og friheter»).

Ifølge artikkel 9 skal tidligere uttrykte ønsker med hensyn til behandlingen gitt av personer som på tidspunktet for behandlingen ikke er i stand til å uttrykke dette, tas i betraktning. Bestemmelsen krever imidlertid ikke annet enn at disse ønskene tas med i vurderingen, uten at de i seg selv trenger å være bindende.

Konvensjonen gir ikke klagemulighet for den enkelte borger. Imidlertid kan Den europeiske menneskerettsdomstolen på anmodning avgi rådgivende fortolkninger om juridiske spørsmål (artikkel 29). Det hender også at det vises til Oviedo-konvensjonen i saker etter EMK og slik bidrar til å utfylle innholdet av sistnevnte.

Det har i mange år pågått et arbeid med en ny tilleggsprotokoll til Oviedo-konvensjonen som konkretiserer de menneskerettslige forpliktelsene på psykisk helsevernfeltet. Det foreligger et utkast fra juni 2018.²⁰² Utkastet bygger i hovedsak på en tradisjonell tilnærming til problemstillingene med utgangspunktet i praksis etter EMK og de sentrale prinsippene i Europarådets rekommandasjon 2004 (10) om beskyttelse av menneskerettigheter og verdighet til personer med psykisk lidelse. Det åpnes både for frihetsberøvelse og tvungen behandling på nærmere bestemte vilkår. Utkastet gjelder bruk av tvang overfor mennesker med «mental disorder», se nærmere om begrepsbruken i utredningen punkt 24.4.8.2, uten noen nærmere kvalifisering. Det er derimot stilt krav om at evnen til å treffe en beslutning er alvorlig redusert («severely impaired», se utkastet til artikkel 10 og 11). Slik skifter fokus fra diagnose til funksjon. Krav om nødvendighet, proporsjonalitet og skade er nedfelt, samt prosessuelle rettssikkerhetsgarantier. Blant annet en internasjonal høringsrunde basert på et «working document» framlagt i juni 2015, har synliggjort det store spennet i oppfatninger som er på feltet.

7.2.4 Den europeiske konvensjon om forebyggelse av tortur og umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff

Konvensjonen er fra 1987 og ble ratifisert av Norge i 1989. Dette menneskerettsinstrumentet inneholder ingen materielle bestemmelser, men er et instrument for effektiv gjennomføring av EMK artikkel 3s forbud mot nettopp tortur og umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff. Konvensjonen etablerer et eget tilsynsorgan: Den europeiske torturforebyggelseskomité (CPT).²⁰³ Av artikkel 4 framgår at komiteen skal ha adgang «til ethvert sted innen dens jurisdiksjon der personer er berøvet sin frihet av offentlig myndighet».

Etter besøk i Norge i 2011, ble det i sluttrapporten uttrykt bekymring rundt bruken av tvangsmidler i psykisk helsevern. Komiteen hadde enkelte merknader etter besøk ved sikkerhetsavdeling ved Dikemark sykehus, og anbefalte blant annet at kontrollkommisjonene generelt burde ha et leged medlem med psykiaterkompetanse.²⁰⁴ CPT gjennomførte besøk til Norge 28. mai til 5. juni 2018 og besøkte da Haukeland universitetssykehus, Psykiatrisk klinikk. I sluttrapporten uttrykte komiteen tilfredshet med fasilitetene og kvaliteten på tilbudet ved Haukeland universitetssykehus.²⁰⁵ Komiteen ga likevel uttrykk for bekymring for kapasitetsproble-

²⁰²Europarådet, 2018a. Se også utkast til merknader til bestemmelsene (Explanatory Report), jf. Europarådet 2018b.

²⁰³Valgfri protokoll til FNs konvensjon mot tortur og annen grusom, umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff

²⁰⁴Europarådet, 2011, avsnitt 959

²⁰⁵Europarådet, 2019

mer som følge av at den ene avdelingen ble nedlagt i januar 2018, noe som medførte at pasienter måtte sove i korridorene. Komiteen ba om at myndighetene utarbeider omfattende retningslinjer for bruken av belter og isolasjon. Komiteen viste også til den økte bruken av tvangsmidler som var ved klinikken og etterlyste aktive tiltak for å redusere tvangsbruken.²⁰⁶ Komiteen la dessuten vekt på at ved tvungen observasjon eller tvungen innleggelse etter psykisk helsevernloven, § 3-2 og § 3-3, skulle vurderingen være gjort av minst en kvalifisert psykiater.²⁰⁷ CPT utga 21. mars 2017 reviderte retningslinjer for bruken av tvangsmidler i voksenpsykiatrien.

Komiteen besøkte også Luranetunet bu- og behandlingssenter i Os. Forholdene ved sykehjemmet ble beskrevet som utmerkede. Selv om komiteen bemerket at det er lite tvangsbruk, anbefales opprettelse av et register hvor alle former for tvang (eksempelvis medisinerings mot den enkeltes vilje, fastholding/holde tilbake i institusjon og skjerming) blir meldt inn. Den anbefalte også en styrking av tilsynet.

7.2.5 FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP)

FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter av 16. desember 1966 (SP) er gjort til norsk lov gjennom menneskerettsloven. Flere av konvensjonens sentrale bestemmelser er samsvarende med bestemmelsene i EMK. I henhold til konvensjonen er Menneskerettighetskomiteen opprettet: «Human Rights Committee». Denne fører tilsyn med statenes etterlevelse av konvensjonsforpliktelsene primært gjennom statsrapportering. Det er også åpnet for en form for individklage («written communication»), jf. første valgfrie tilleggsprotokoll som også er gjort til norsk lov.

EMK er likevel i praksis den viktigste av de to konvensjonene. Etter SP er saksbehandlingen skriftlig og kan munne ut i synspunkter («views») på om den innklagede stat har krenket konvensjonens rettigheter. Selv om disse ikke er folkerettslig bindende, har norske myndigheter som uttalt politikk å legge stor vekt på uttalelsene. Kontrasten til EMD-dommers formelt bindende kraft er likevel skarp. Individklage etter FN-sporet utelukker for øvrig klagesak til Strasbourg, jf. EMK artikkel 35 nr. 2 bokstav b, noe som også må antas å medvirke til at EMK er førstevalget for de fleste.

I artikkel 7 gjenfinnes forbudet mot at noen «utsettes for tortur eller for grusom, umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff», sml. EMK artikkel 3. For frihetsberøvelse spesifikt, uttrykker artikkel 10 mye av det samme, men med andre ord: «alle som er berøvet friheten, skal behandles humant, og med respekt for menneskets iboende verdighet». Videre heter det i artikkel 7 at «i særdeleshet må ingen, uten sitt frie samtykke, utsettes for medisinske eller vitenskapelige eksperimenter».

Artikkel 9 fastslår, i likhet med EMK artikkel 5, at «enhver har rett til frihet og personlig sikkerhet». Artikkel 17 fastsetter, parallelt til EMK artikkel 8, at «ingen må utsettes for vilkårlige eller ulovlige inngrep i privat- eller familieliv, hjem eller korrespondanse». Etter begge be-

²⁰⁶Europarådet, 2019, s. 53

²⁰⁷Europarådet, 2019, s. 56. Se også Europarådet, 2006, avsnitt 92.

stemmelsene åpnes det for unntak, men at dette – uttrykt på litt ulike måte – forutsetter hjemmel. SP-konvensjonen er – særlig med tanke på tematikken i denne utredningen – noe mer grovkornet enn EMK.

Forbud mot diskriminering er nedfelt i artikkel 26 og har et noe bredere virkefelt enn EMK artikkel 14. For dette utvalgsarbeidet har det likevel liten betydning.

I forbindelse med den sjette rapporteringsrunden for Norge, uttrykte komiteen uro rundt omfanget av bruk av tvang i psykisk helsevern og svakheter i kontrollkommisjonsordningen. Komiteen uttalte 18. november 2011 (avsnitt 10):

«The Committee is concerned at reports of excessive use of coercive force on «psychiatric patients and the poor mechanisms of the Control Commissions for monitoring mental health-care institutions (arts. 7, 9 and 10).»

Grundige medisinsk-faglige vurderinger og styrket kontroll- og rapporteringsordninger blir tilrådd:

«The State party should take concrete steps to put an end to the unjustified use of coercive force and restraint of psychiatric patients. In this regard, the State party should ensure that any decision to use coercive force and restraint should be made after a thorough and professional medical assessment that determines the amount of coercive force or restraint to be applied to a patient. Furthermore, the State party should strengthen its monitoring and reporting system of mental health-care institutions so as to prevent abuses.»

I etterkant har det vært oppfølgende runder mellom den norske stat og komiteen. Samme problematikk er også tema for den sjuende rapporteringsrunden der komiteen i sin rapport av 25. april 2018 uttrykte kritiske merknader blant annet til uklarhetene om indikasjon for bruk av elektrokonvulsiv behandling (ECT).²⁰⁸ Komiteen sier samme sted at den er bekymret for den prosessuelle rettssikkerheten til pasienter og manglende ressurser for bruk av mindre inngripende tiltak.

I Menneskerettighetskomiteens generell kommentar nr. 35 – datert 16. desember 2014 – er avsnitt 19 viet frihetsberøvelse i psykisk helsevern.²⁰⁹ Dokumentet blir omtalt nedenfor.

7.2.6 FN-konvensjonen om økonomiske, og kulturelle rettigheter (ØSK)

FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter av 16. desember 1966 (ØSK) er gjort til norsk lov gjennom menneskerettsloven. Konvensjonen adresserer ikke spørsmålet om bruk av tvang direkte, men etter artikkel 12 plikter statene å anerkjenne «retten for enhver til den høyest oppnåelige helsestandard både fysisk og psykisk».

Konvensjonen overvåkes av en egen ekspertkomité (ØSK-komiteen). Tilsynet håndheves gjennom statsrapportering. Norge har ikke tiltrådt individklageordningen.

Komiteen har avgitt en generell kommentar til artikkel 12 (General Comment no. 14). Det framgår av avsnitt 34 at staten i særlige tilfeller («exceptional cases») kan anvende tvang i behandling av mennesker med psykiske lidelser. I sine avsluttende merknader etter den 5. rapporteringsrunden for Norge, 13.12.2013, adresserer ØSK-komiteen også spørsmål vedrørende

²⁰⁸Menneskerettighetskomiteen, 2018, avsnitt 22

²⁰⁹Menneskerettighetskomiteen, 2014

tvang. Høye tvangstall i psykisk helsevern bekymrer og tvangsbegrensende tiltak blir etterlyst. Blant annet heter det:

«The Committee [...] recommends that the State party amend the Mental Health Act to introduce stricter procedural requirements to ensure that persons with psychosocial disabilities have adequate legal protection against the use of coercion. It also recommends that the State party incorporate into the law the abolition of the use of restraint and the enforced administration of intrusive and irreversible treatments such as neuroleptic drugs and electroconvulsive therapy. It further recommends that the State party increase the number of community-based services, including peer support and other alternatives to the medical model, for persons with psychosocial disabilities and allocate the necessary financial and human resources for the effective functioning of these services.»²¹⁰

7.2.7 FN-konvensjonen om barns rettigheter

Barnekonvensjonen ble vedtatt i 1989 og ratifisert av Norge i 1991. I 2003 ble den inntatt i menneskerettsloven, altså senere enn EMK, SP og ØSK. Årsaken var strid om hvorvidt andre enn de generelle konvensjonene, de som gjelder alle, skulle inkorporeres. Når det så ble gjort, ble det lagt vekt på at barn er en særlig utsatt og sårbar gruppe som har behov for et sterkt vern.²¹¹ Inkorporasjonen gir tilsynelatende barns rettigheter en sterk stilling i nasjonal rett, men flere av artiklene er vagt formulert og gir et vidt tolkningsrom. Norge har ikke tiltrådt tredje tilleggsprotokoll til konvensjonen som gir en individuell klagerett til FNs barnekomite. Klageordningen trådte i kraft i 2014, men så langt er det sparsomt med praksis derfra og ingen saker som omhandler problemstillinger dette utvalget står overfor.²¹²

Barnekomiteen har utgitt 23 generelle kommentarer til konvensjonen, om ulike temaer. Høyesterett har ved flere anledninger drøftet hvilken betydning disse kommentarene har i tolkingen og dermed gjennomslaget av Barnekonvensjonen.²¹³ Det som synes klart er at kommentarene som direkte gjelder tolkning av artikler i konvensjonen, tillegges større vekt,²¹⁴ enn kommentarer der komiteen drøfter målsettinger statene skal ha for sitt arbeid med å gjennomføre barns rettigheter.²¹⁵ Selv om det er større grad av tolkningsmessig usikkerhet om Barnekonvensjonen enn f.eks. EMK, så er det ikke tvilsomt at Norge har påtatt seg et ansvar

²¹⁰ØSK-komiteen 2013 (E/C.12/NOR/CO/5), avsnitt 19

²¹¹Ot.prp. nr. 45 (2002–2003) s. 25

²¹²Barnekomiteen, 2013. Tredje tilleggsprotokoll til konvensjonen som omhandler en individuell klagerett til komiteen trådte i kraft i 2014, men Norge har valgt å ikke slutte seg til denne.

²¹³Se Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 136–140, Rt. 2012 s. 2039, avsnitt 40 og Rt. 2015 s. 1388, avsnittene 149–154, 184–185, 270–272 og 290.

²¹⁴Barnekomiteen, 2009 og Barnekomiteen, 2013, art. 3, avsnitt 1

²¹⁵Barnekomiteen, 2005

for å respektere, beskytte og gjennomføre de rettighetene som følger av konvensjonen, det innbefatter lovgivningsmessige tiltak, se artikkel 4.

Tilsvarende som for andre FN-konvensjoner er Norge pålagt regelmessig rapportering og den siste rapporten (femte og sjette rapportering) ble behandlet av barnekomiteen i mai 2018. I sine avsluttende kommentarer påpeker komiteen at det fortsatt gjenstår arbeid med å sikre at hensynet til barnets beste blir tilstrekkelig hensyntatt blant annet i lovgivningen, at barn i sårbare situasjoner blir hørt og sikre rettighetene til barn med nedsatt funksjonsevne og barn med psykisk sykdom.²¹⁶ Spørsmål om bruk av tiltak som barn motsetter seg, er ikke tatt opp i rapporten.

7.2.7.1 Barnekonvensjonens fire prinsipper

FNs barnekomite har utpekt fire av konvensjonens artikler som grunnleggende prinsipper; artikkel 2 om ikke-diskriminering, artikkel 3 nr. 1 om hensynet til barnets beste, artikkel 6 om barnets rett til liv og utvikling og artikkel 12 om barnets rett til å bli hørt.²¹⁷ Disse fire artiklene som er både rettigheter og prinsipper, skal legges til grunn ved tolkningen av de øvrige artiklene og i lovgivningsprosesser.²¹⁸

Hensynet til barnets beste var forankret som et sentralt barnerettslig prinsipp lenge før barnekonvensjonen ble vedtatt. Prinsippet er uttrykk for et grunnleggende verdisyn om at barn skal sikres samme ukrenkelige menneskeverd som voksne, og da må det tas hensyn til at barn generelt står i en svakere rettslig stilling. I det ligger også at barn skal vernes mot diskriminering og at deres rett til liv og utvikling skal sikres. Barnekomiteen har pekt på at prinsippet om barnets beste består av tre elementer; et tolkningsprinsipp, en prosessuell regel og en materiell rettighet, hvilket skal vises i nasjonal lovgivning.²¹⁹ Prinsippet bærer altså bud om at selv om barn skal beskyttes, står ikke det i strid med at de innehar selvstendige rettigheter. Hensynet til barnets beste medfører at når ulike hensyn kolliderer, skal den løsningen som best ivaretar barnets interesser velges. Det innebærer en forholdsmessighetsvurdering.

Hensynet til barnets beste er nært knyttet sammen med retten til å bli hørt og få økende innflytelse og medbestemmelse i eget liv.²²⁰ Retten til å bli hørt skal være en aktiv rettighet – det er ikke tilstrekkelig *å bli hørt* – meningen skal tillegges vekt i takt med økende alder og modenhet. For å unngå diskriminering mellom barn betyr «å høre» mer enn barns verbale uttrykk. Barn f.eks. med funksjonsnedsettelse, som er syke, er i en vanskelig livssituasjon og

²¹⁶Barnekomiteen, 2018, avsnitt 13, 14, 23 og 24

²¹⁷De fire artiklene som er fremhevet som grunnleggende prinsipper, ble første gang omtalt i Barnekomiteen, 2003, art. 4, 42 og 44 i avsnitt 6. Disse er også gjentatt og særskilt kommentert i de fleste av de etterfølgende generelle kommentarene.

²¹⁸Se bl.a. Barnekomiteen, 2003, art. 4, 42 og 44; avsnitt 6; avsnitt 28; avsnitt 4 og avsnitt 10.

²¹⁹Barnekomiteen, 2013a, avsnitt 6

²²⁰Barnekomiteen, 2009, avsnitt 3 og avsnitt 21

kan ha vansker med å formidle sine meninger på et vis som samsvarer med det som er å forvente for barn i tilsvarende alder. Det er derfor et krav om at det må tilrettelegges for alternative kommunikasjonsmåter.²²¹

7.2.7.2 Andre artikler i Barnekonvensjonen med særlig betydning for utvalgets drøftelser

Av bestemmelser i Barnekonvensjonen med relevans for utvalgets drøftelser, må artikkel 5 og 9 nr. 1, jf. artikkel 20, særskilt nevnes. Barn har en grunnleggende rett til å ha sine foreldre som nærmeste omsorgsyttere. I det ligger at foreldrene har rett og plikt til å ta avgjørelser på vegne av sine barn. Dette påvirker foreldrenes rolle når det er tale om å foreta inngripende tiltak overfor barn. Ved intervensjoner overfor barn inntreter et trepartsforhold – barnet, foreldre og offentlig myndighet, hvilket øker kompleksiteten når det kommer til spørsmål om tvang overfor barn. I dette ligger spørsmål om i hvilken grad foreldre skal ta denne type avgjørelser og i hvilken grad vil det være krav om at lovregler regulerer inngripende tiltak. De fire prinsippene konvensjonen bygger på og som skal legges til grunn ved tolkning av øvrige bestemmelser, samt at konvensjonen skal tolkes som en helhet og være i dynamisk utvikling, gir noen holdepunkter.²²² Et er at barnets mening skal ha større vekt med tiltakende alder, et annet er at lovgiver må sikre at hensynet til barnet saken gjelder er det grunnleggende hensynet og ikke kommer i skyggen av andre mindre relevante hensyn. Lovgiver må også sikre at voksne ikke fatter avgjørelser som strider mot rettighetene barn har etter konvensjonen, deriblant retten til utvikling og at barn ikke utsettes for usaklig forskjellsbehandling.

Artikkel 19 understreker hvilke forpliktelser statlig myndighet har til å gjennomføre barns rett til vern om sin integritet.²²³ Barn er den underlegne part ved gjennomføring av tvangstiltak og det må gjenspeile seg i tiltak for å beskytte barnet. Barn har som voksne, en grunnleggende rett til frihet, som medfører at institusjonsplassering må skje på en lovlig måte og ikke være vilkårlig, se artikkel 37 bokstav b. I tilfelle av at barn er institusjonsplassert skal kompetente myndigheter, ifølge artikkel 25, foreta periodiske vurderinger av den omsorg og behandling barnet får. Denne bestemmelsen er å forstå slik at det skal gjennomføres regelmessige vurderinger av om vilkårene for institusjonsplasseringen fortsatt foreligger. Det er grunn til å anta at denne bestemmelsen er lite påaktet i norsk rett. Videre er det grunn til å vise til artikkel 24 om barns rett til helsehjelp²²⁴ og den beskyttelsen barn med funksjonsnedsettelse har krav på etter artikkel 23.²²⁵ Respekten for og gjennomføringen av disse rettighetene må sikres av lovgiver.

²²¹Barnekomiteen, 2009, avsnitt 21

²²²Dette ble første gang uttalt i Barnekomiteen, 2003, avsnitt 12 og gjentatt i flere av de senere generelle kommentarene.

²²³Barnekomiteen, 2011

²²⁴Barnekomiteen, 2013b

²²⁵Barnekomiteen, 2006

7.2.8 FN-konvensjonen om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne (CRPD)

FN-konvensjonen om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne ble vedtatt 13. desember 2006, og ble ratifisert av Norge i 2013. Formålet som er fastsatt i artikkel 1 er «å fremme, verne om og sikre mennesker med nedsatt funksjonsevne full og likeverdig rett til å nyte alle menneskerettigheter og grunnleggende friheter, og å fremme respekten for deres iboende verdighet». Begrepet nedsatt funksjonsevne er videre definert i artikkelens andre avsnitt:

«Mennesker med nedsatt funksjonsevne er blant annet mennesker med langvarig fysisk, mental, intellektuell eller sensorisk funksjonsnedsettelse som i møte med ulike barrierer kan hindre dem i å delta fullt ut og på en effektiv måte i samfunnet, på lik linje med andre.»

Det er altså klart at rettighetene til persongrupper som står sentralt for dette utredningsarbeidet – personer med utviklingshemning, demens, psykiske helseproblemer eller rusproblemer – vil være vernet av konvensjonen. I artikkel 2 er blant annet begrepet «diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne» definert. Det omfatter

«enhver forskjellsbehandling, utelukkelse eller innskrenkning på grunn av nedsatt funksjonsevne som har som formål eller virkning å begrense eller oppheve anerkjennelsen, nytelsen eller utøvelsen, på lik linje med andre, av alle menneskerettigheter og grunnleggende friheter på det politiske, økonomiske, sosiale, kulturelle, sivile eller et hvilket som helst annet område. Det omfatter alle former for diskriminering, herunder å bli nektet en rimelig tilrettelegging.»

Generelle prinsipper er nedfelt i artikkel 3. Her er nevnt «respekt for menneskers iboende verdighet, individuelle selvstendighet med rett til å treffe egne valg, og uavhengighet» (bokstav a), ikke-diskriminering (bokstav b), fullgod og effektiv deltakelse og inkludering i samfunnet (bokstav c), respekt for forskjeller og aksept av mennesker med nedsatt funksjonsevne som en del av det menneskelige mangfold og av menneskeheten (bokstav d), like muligheter (bokstav e), tilgjengelighet (bokstav f), likestilling mellom kjønn (bokstav g) og respekt for utviklingsmulighetene til barn med funksjonshemming og deres rett til å bevare sin identitet (bokstav h).

Statene har plikt til blant annet å treffe lovgivningsmessige tiltak for å realisere konvensjonsforpliktelsene, jf. artikkel 4. I artikkel 5 nr. 2 er plikten til å forby «enhver form for diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne» nedfelt. «[A]lle hensiktsmessige tiltak for å sikre en rimelig tilrettelegging» skal treffes (nr. 3). Tiltak som er nødvendige for å framskynde eller oppnå faktisk likhet for mennesker med nedsatt funksjonsevne regnes ikke som diskriminering (nr. 4).

Artikkel 7 er gitt med tanke på å styrke rettighetene til barn med nedsatt funksjonsevne, som er en persongruppe som lettere enn andre kan komme i sårbare situasjoner – både som følge av at de er barn og som følge av nedsatt funksjonsevne. I bestemmelsens nr. 1 blir det vist til statenes generelle plikt til å treffe nødvendige tiltak for å sikre at denne gruppen barn får nyte godt av de samme menneskerettigheter og grunnleggende friheter som andre barn. Videre er det i nr. 2 sagt at hensynet til barnets beste skal være et grunnleggende hensyn. Denne bestemmelsen er en komprimert utgave av Barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1. Siste del av artikkel 7, nr. 3, gjelder barns rett til deltakelse – retten til å bli hørt og å få sin mening tillagt vekt i samsvar med alder og modenhet. Bestemmelsen har sin parallell i Barnekonvensjonen artikkel 12. Disse bestemmelsene i Barnekonvensjonen er omtalt ovenfor. Artikkel 7 må ses i sammenheng med at et av konvensjonens prinsipper er respekten for barns utviklingsmuligheter («evolving capacities»), jf. artikkel 3 bokstav h.

Artikkel 12 omhandler likhet for loven. For det første slutter partene seg til at mennesker med nedsatt funksjonsevne skal regnes som rettssubjekter: «anerkjennes som en person i rettslig henseende» (nr. 1). De skal videre anses å ha «rettslig handleevne på lik linje med andre, på alle livets områder» (nr. 2). Hvor langt dette rekker, har det vært uenighet om.

Det å utøve rettslig handleevne kan kreve støttende tiltak og statene er i den forbindelse forpliktet til å «treffe hensiktsmessige tiltak» (nr. 3). Behovet for rettssikkerhetsgarantier for «tiltak som gjelder utøvelsen av rettslig handleevne» er omtalt i nr. 4:

«Slike beskyttelsesmekanismer skal sikre at tiltak som gjelder utøvelsen av rettslig handleevne, respekterer vedkommende persons rettigheter, vilje og preferanser, at det ikke foreligger noen interessekonflikt og utilbørlig påvirkning, at de er forholdsmessige og tilpasset vedkommendes omstendigheter, og at de gjelder for kortest mulig tid og gjennomgås jevnlig av en kompetent, uavhengig og upartisk myndighet eller rettsinstans.»

I artikkel 14 er for det første retten til frihet og personlig sikkerhet understreket (nr. 1 bokstav a). I nr. 1 bokstav b heter det videre at mennesker med nedsatt funksjonsevne

«ikke [skal] berøves friheten på ulovlig eller vilkårlig måte, at enhver frihetsberøvelse skjer på lovlig måte, og at nedsatt funksjonsevne ikke i noe tilfelle skal rettferdiggjøre frihetsberøvelse.»

Fortolkningen av dette siste – «at nedsatt funksjonsevne ikke i noe tilfelle skal rettferdiggjøre frihetsberøvelse» – har vist seg omstridt. Plikten til å sikre rettssikkerhetsgarantier «på lik linje med andre og i samsvar med internasjonale menneskerettighetsbestemmelser» er understreket i nr. 2.

Forbud mot tortur eller grusom, umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff er nedfelt i artikkel 15. Lik rett som andre til respekt for fysisk og psykisk integritet er nedfelt i artikkel 17. Vern mot «vilkårlige eller ulovlige inngrep i privat- eller familieliv, hjem eller korrespondanse» mv.. er regulert i artikkel 22 nr. 1.

Helse er omhandlet i artikkel 25. Utgangspunktet i nr. 1 retten «til den høyest oppnåelige helsestandard uten diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne». Tilgang til helsetjenester av samme type og kvalitet som andre får, samt spesifikke helsetjenester relatert til den nedsatte funksjonsevnen, er sider av hva statene særlig skal sørge for. Av bokstav d framgår at «behandlingen skal skje på grunnlag av fritt og informert samtykke».

Av andre bestemmelser som omhandler sosiale rettigheter, skal nevnes artikkel 19 (selvstendig liv og det å være en del av samfunnet), artikkel 26 (habilitering og rehabilitering), artikkel 27 (arbeid og sysselsetting) og artikkel 28 (tilfredsstillende levestandard og sosial beskyttelse).

CRPD-komiteen (the Committee on the Rights of Persons with Disabilities) har avgitt flere generell uttalelser om sitt syn på fortolkningen av CRPD. Disse blir omtalt nedenfor, men er ikke folkerettslig bindende. Norge har ikke sluttet seg til tilleggsprotokollen om individklage. I forbindelse med den norske ratifikasjonen ble det tatt tolkingsforbehold knyttet til artikkel 14 og 25 om at konvensjonen ikke forbyr særhjemler om bruk av tvang for enkelte grupper:

«Norge anerkjenner at ethvert menneske med nedsatt funksjonsevne har rett til frihet og personlig sikkerhet og en rett til respekt for sin fysiske og psykiske integritet på lik linje med andre. Norge erklærer videre som sin forståelse at konvensjonen tillater tvungen omsorg og behandling av mennesker, herunder tiltak iverksatt for å behandle psykiske lidelser,

når omstendighetene gjør slik behandling nødvendig som en siste utvei, og behandlingen er undergitt rettssikkerhetsgarantier.»²²⁶

Oppfølgingen av konvensjonens gjennomføring skjer hovedsakelig i form av statsrapportering til CRPD-komiteen. Den første rapporteringsrunden for Norge er avholdt, og i foreløpig versjon av sluttrapporten (CRPD/C/NOR/CO/1), datert 5. april 2019, anbefaler komiteen oppheving av gjeldende norske lover om tvang på helse- og omsorgssektoren, jf. avsnitt 24:

- «(a) In line with Guidelines on article 14, repeal all legal provisions allowing for involuntary deprivation of liberty on the basis of perceived or actual impairment, and forced treatment of persons with psychosocial or intellectual disability, and provide effective remedies to persons with disabilities deprived of their liberty on the basis of actual or perceived impairment;
- (b) End the use of coercion, such as restraints, isolation, segregation, involuntary treatment, and other intrusive methods, for persons with psychosocial or intellectual disabilities, including through training of staff, human rights-based and peer-led support initiatives, as well as strengthening procedural guarantees and control;»

En anbefaling om forbud mot tvangsbehandling, herunder elektrokonvulsiv behandling (ECT) blir nevnt særlig (avsnitt 26). Viktigheten av effektive prosessuelle garantier framheves i samme avsnitt:

- «(b) Establish clear and effective procedural guarantees for persons with disabilities, including provisions in law for supported decision-making and effective complaint mechanisms, and ensure persons with disabilities' effective access to legal advice, including free legal aid, as well as obligatory and accessible information about their rights.»

7.2.9 FNs konvensjon mot tortur

FNs torturkonvensjon ble vedtatt i 1984 og ble ratifisert av Norge i 1986 (i kraft 26. juni 1987). Konvensjonen konkretiserer og bygger ut vernet mot tortur nedfelt i SP artikkel 7. Begrepet tortur er definert i artikkel 1 og knyttet til bevisst påføring av alvorlig smerte eller lidelse. Etter artikkel 16 nr. 1 blir «andre former for grusom, umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff» likestilt med tortur når offentlig myndighet kan tillegges ansvar.

Overvåkingen av konvensjonens etterlevelse ligger til FNs torturkomité og tar utgangspunkt i landrapporter hvert fjerde år. Det er etablert en individklageordning der prosedyren er skriftlig og kan munne ut i at komiteen uttrykker sine synspunkter, jf. artikkel 22. Disse uttalelsene er ikke rettslig bindende. Komiteen kan også iverksette selvstendige undersøkelser ved pålitelig informasjon om at tortur «systematisk blir praktisert på en konvensjonsparts område», jf. artikkel 20. Informasjon fra ikke-statlige organisasjoner spiller en stor rolle blant annet her.

Komiteen avga 13. desember 2012 sluttmerknader etter en kombinert sjette og sjuende periodisk rapportering (CAT/C/NOR/CO/6-7). Komiteen uttrykker bekymring for utstrakt bruk av tvang i psykisk helsevern og mangelfullt tallgrunnlag om omfanget. Det uttrykkes uro for graden av skjønn i lovgivningen – konkret knyttet til tilleggsvilkårene i psykisk helsevernloven § 3-3 nr. 3. Anbefalingen lyder (avsnitt 14):

²²⁶Se Prop. 106 S (2011–2012) s. 63, jf. Innst. 203 S (2012–2013), jf. Stortingets enstemmige vedtak i sak nr. 12, 19. mars 2013.

«The State party should ensure that every competent patient, whether voluntary or involuntary, is fully informed about the treatment to be prescribed and given the opportunity to refuse treatment or any other medical intervention. Any derogation from this fundamental principle should be based upon law and only relate to clearly and strictly defined exceptional circumstances. The State party should provide clear and detailed regulations on the use of restraints and other coercive methods in psychiatric institutions aiming to reduce the use of restraints substantially. The State party should also establish a system for the collection and publication of uniform statistical information on the use of restraints and other coercive methods, including the incidence of ECT.»

Som ledd i den åttende rapporteringsrunden avga Norge rapport 16. desember 2016, mens komiteens rapport er fra 5. juni 2018 (CAT/C/NOR/C/8). Her pekte komiteen på at endringen av psykisk helsevernloven 1. september 2017 var positiv. Det blir imidlertid uttrykt bekymring om den utstrakte bruken av tvangsmidler, ECT og tvangsmedisinering (avsnitt 21). Komiteen mente at det er for svak prosessuell rettssikkerhet og at manglende ressurser gjør at mindre inngripende tiltak ikke blir gjennomført. Sider ved rapporten er nærmere omtalt i utredningen kapittel 25.

7.3 Nærmere om særlig relevante bestemmelser og problemstillinger

7.3.1 Diskusjonen om vernet mot diskriminering i kjølvannet av CRPD

7.3.1.1 CRPD-komiteens innfallsvinkel

Konvensjonens bestemmelser er presentert ovenfor. Viktige bestemmelser for utredningen er artikkel 12 om likhet for loven, artikkel 14 om frihet og personlig sikkerhet og artikkel 25 om helse. I 2014 kom komiteen med sin første generelle kommentar som omhandlet artikkel 12.²²⁷ I 2015 kom så retningslinjer om artikkel 14.²²⁸ Hovedbildet er at man legger seg på en svært restriktiv linje. All form for særlovgivning for enkeltgrupper blir avvist.

Bakgrunnen for dette er den forståelse som blir lagt til grunn av artikkel 12 om likhet for loven. I nr. 1 heter det her at personer med funksjonshemning «have the right to recognition everywhere as persons before the law». I dette ligger at alle skal regnes for å ha rettsevne – eller bli regnet som rettssubjekt. Det er lite kontroversielt. I nr. 2 heter det videre at funksjonshemmede «enjoy legal capacity on an equal basis with others in all aspects of life.»²²⁹ I nummer 3 blir retten til støtte i utøving av handleevnen understreket, og nr. 4 omhandler tiltak for å ivareta rettssikkerheten ved slike støttende tiltak.

Spørsmålet er hva som er å få utøve rettslig handleevne «on an equal basis with others». Her er det flere måter å se det på. I den generelle kommentaren blir dette forstått slik at enhver alltid skal regnes for å ha den rettslige handleevnen intakt (avsnitt 14):

²²⁷CRPD-komiteen, 2014

²²⁸CRPD-komiteen, 2015

²²⁹I Prop. 106 S (2011–2012) er dette oversatt til å ha «rettslig handleevne på lik linje med andre, på alle livets områder».

«It is this component that is frequently denied or diminished for persons with disabilities. For example, laws may allow persons with disabilities to own property, but may not always respect the actions taken by them in terms of buying and selling property. Legal capacity means that all people, including persons with disabilities, have legal standing and legal agency simply by virtue of being human. Therefore, both strands of legal capacity must be recognized for the right to legal capacity to be fulfilled; they cannot be separated.»

Komiteen aksepterer riktig nok at variasjoner i mentale funksjonsevne som fenomen er faktisk forekommende, men dette er altså ikke et rettslig relevant moment:

«Legal capacity and mental capacity are distinct concepts. Legal capacity is the ability to hold rights and duties (legal standing) and to exercise those rights and duties (legal agency). It is the key to accessing meaningful participation in society. Mental capacity refers to the decision-making skills of a person, which naturally vary from one person to another and may be different for a given person depending on many factors, including environmental and social factors. [...] Under article 12 of the Convention, perceived or actual deficits in mental capacity must not be used as justification for denying legal capacity.»

Komiteens tilnærming til artikkel 12 får konsekvenser for fortolkningen av andre bestemmelser i konvensjonen, noe som også understrekes av komiteen selv. Fortolkningen av at «nedsatt funksjonsevne ikke i noe tilfelle skal rettferdiggjøre frihetsberøvelse» («the existence of a disability shall in no case justify a deprivation of liberty»), jf. artikkel 14, har vist seg omstridt. Spørsmålet har vært om det er den mentale tilstand eller tilleggsvilkårene som er legitimeringsgrunnlaget. Det synes i dag klart at CRPD-komiteen avviser at psykisk funksjonsnedsettelse kan brukes sammen med andre, kvalifiserende vilkår (avsnitt 7):

«Consequently, article 14(1) (b) prohibits the deprivation of liberty on the basis of actual or perceived impairment even if additional factors or criteria are also used to justify the deprivation of liberty.»

Det blir – her og ellers – minnet om artikkel 25 bokstav d som sier at «behandlingen skal skje på grunnlag av fritt og informert samtykke, men uten at innholdet i dette kravet blir problematisert.

Spørsmålet om inngrep av hensyn til fare for seg selv eller andre blir særlig omtalt, og avvist (avsnitt 13):

«Throughout all the reviews of State party reports, the Committee has established that it is contrary to article 14 to allow for the detention of persons with disabilities based on the perceived danger of persons to themselves or to others. The involuntary detention of persons with disabilities based on risk or dangerousness, alleged need of care or treatment or other reasons tied to impairment or health diagnosis is contrary to the right to liberty, and amounts to arbitrary deprivation of liberty.»

Hva gjelder fare for andre, er det komiteens syn at konvensjonen forutsetter at det ordinære straffesakssporet blir fulgt, med nødvendig tilrettelegging av støtte for personen. Ordninger som tvungen omsorg og dom på tvungen psykisk helsevern er ikke akseptable.

I sin tolkning av artikkel 12 omtaler CRPD-komiteen knapt forholdet til barns rettigheter. Artikkel 12 omfatter utfra sin ordlyd alle personer med nedsatt funksjonsevne, men en tradisjonell tilnærming til barns rettslige posisjon tilsier at den ikke er sidestilt med voksnes. Ettersom CRPD-komiteen tydelig legger vekt på at enhver alltid har rettslig handleevne og sier at den mentale funksjonsevnen ikke er relevant, etterlater det tvil om hvordan rettighetene til barn skal forstås. Komiteen har en begrenset omtale av forholdet mellom artikkel 7 (barns ret-

tigheter) og artikkel 12, som kan forstås slik at barn og voksne ikke sidestilles hva gjelder rettigheter etter artikkel 12.²³⁰ Den mangelfulle omtalen av rettighetene til barn med nedsatt funksjonsevne medfører at komiteens tolkning av artikkel 12 gir lite bidrag til å styrke rettsstillingen til denne sårbare barnegruppen.

7.3.1.2 Uenighet om tolkningen

I Grunnlova § 98 heter det: «Ikkje noko menneske må utsetjast for usakleg eller mishøveleg forskjellsbehandling.» Bestemmelsen må – ut fra forarbeidene – utvilsomt tolkes i lys av EMK, men også SP og ØSK.²³¹ Innledningsvis skal bemerkes at Høyesterett ikke har tolket Grunnlova eller ulike bindende menneskerettighetskonvensjoner, herunder CRPD, som å inneholde «et mer alminnelig menneskerettslig forbud mot tvangsmedisinering av psykisk syke som ikke utgjør noen fare for andre», jf. HR-2016-1286-A (avsnitt 31).

Det er klart at CRPD-komiteen har det primære ansvar for fortolkningen av CRPD-konvensjonen. Ut fra sin posisjon vil også komiteen ha stor autoritet om dette. Likevel er det av interesse å se hen til hvordan konvensjonen er forstått av enkelte andre sentrale menneskerettsorganer som et tolkningsbidrag på disse områdene. Dette kan gi en indikasjon på hvor kontroversielle komiteens oppfatninger er.

CRPD blir ikke sjelden vist til i praksis fra Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD). Hittil har dette særlig vært aktuelt i saker om fratakelse av rettslig handleevne der problemstillingen har vært de prosessuelle rettighetene til personer med psykisk funksjonsnedsettelse.²³² EMD har her har åpenbart ikke akseptert CRPD-komiteens synspunkt om at enhver alltid har rettslig handleevne, selv om også EMD kraftfullt har adressert bekymring rundt diskriminering i slike saker.²³³

Tradisjonelt har det vært reist lite tvil om at særlige tvangshjemler overfor enkeltgrupper som utviklingshemmede, rusavhengige og sinnslidende kan være konvensjonsmessig etter EMK. Særlig skal nevnes at dette blir direkte forutsatt i EMK artikkel 5 nr. 1 bokstav e, jf. også Oviedo-konvensjonen artikkel 7. I EMK artikkel 8 (2) – om vern for privatlivet – der hensynet til helse er angitt blant formålene som kan legitimere inngrep. Dette har også lagt rammer for tolkningen av diskrimineringsbestemmelsen i EMK artikkel 14.

Heller ikke innenfor FN-systemet selv har man uten videre lagt til grunn CRPD-komiteens radikale forståelse. FNs Menneskerettighetskomité overvåker FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (SP). I generell kommentar nr. 35 fra 2014 er avsnitt 19 viet frihetsberøvelse i psykisk helsevern. Komiteen advarer mot vilkårlig frihetsberøvelse. Faren for skadevirkninger blir understreket, og behovet for alternative tilnærminger og rettssikkerhetsgarantier blir understreket. Om hvilke situasjoner frihetsberøvelse er akseptabelt, uttales:

²³⁰CRPD-komiteen, 2014, avsnitt 36

²³¹Dokument 16 (2011–2012) punkt 26.4

²³²Se Z.H. mot Ungarn, 2013, avsnitt. 43 om støtte til å forstå og bli forstått i fengselet; R.P. m.fl. mot Storbritannia, 2013, avsnitt 67; A.N mot Litauen, 2016, avsnitt 102; Stanev mot Bulgaria, 2012, avsnitt 244.

²³³A.N. mot Litauen, 2016, avsnitt 125

«The existence of a disability shall not in itself justify a deprivation of liberty but rather any deprivation of liberty must be necessary and proportionate, for the purpose of protecting the individual in question from serious harm or preventing injury to others.»

Dette må forstås slik at særregler om frihetsberøvelse på psykisk helsevern-området kan være konvensjonsmessig. Forutsetningen er likevel at psykisk funksjonsnedsettelse – eventuelt diagnose – i så fall må kombineres med ytterligere, kvalifiserende vilkår. Menneskerettighetskomiteen viser i denne forbindelsen til CRPD-konvensjonens artikkel 14 (i note), men legger tilsynelatende til grunn en mindre streng forståing av denne enn CRPD-komiteen.

At CRPD-komiteens posisjon om rettmessigheten av særlige tvangshjemler har møtt mostand – også i andre menneskerettighetsorganer –, kan skyldes ulike forhold. For det første kan handlingsrommet etter de nevnte instrumenter være begrenset. En annen mulighet er at komiteens tolkningsmessige tilnærming langt fra er opplagt. To poenger som til dels skinner gjennom i noe av det materialet som er gjennomgått ovenfor, skal nevnes:

- Etter artikkel 25 bokstav d skal helsehjelp baseres på et fritt og informert samtykke («free and informed consent»). Det kan spørres om ikke denne uttrykksmåten naturlig bygger på en forutsetning om at personen også må være i stand til å forstå informasjonen: i alle fall vil dette være tilfellet etter en tradisjonell norsk og europeisk tilnærming til samtykkebegrepet. Om vi legger det til grunn, utfordres komiteens synspunkt etter artikkel 12 om at enhver i alle situasjoner skal regnes for å ha rettslig handleevne.
- Et synspunkt om en absolutt rett til å bestemme selv gir denne menneskerettigheten alltid forrang foran sosiale menneskerettigheter, som retten til helse, i tilfelle av konflikt. Her kan det spørres hvordan dette står seg i lys av konvensjonens formål om å sikre mennesker med nedsatt funksjonsevne full og likeverdig rett til å nyte «alle» menneskerettigheter og grunnleggende friheter, jf. artikkel 1. Også diskrimineringsbestemmelsen i artikkel 2 har front mot diskriminering av «alle» menneskerettigheter.

7.3.2 Når slår menneskerettighetsvernet inn?

7.3.2.1 Generelle synspunkter

I Grunnlova § 93 andre ledd heter det:

«Ingen må utsetjast for tortur eller anna umenneskeleg eller nedverdiggande behandling eller straff.»

Bestemmelsen er særlig inspirert av EMK artikkel 3 og SP artikkel 7 første punktum.²³⁴ I praksis vil særlig domspraksis fra EMD være rettleidende for tolkningen. Selv om lovteksten er absolutt i sin form og slik gir uttrykk for en pliktetisk skranke for hvilke inngrep som kan gjøres, er det sikker rett at det må gjøres en forholdsmessighetsvurdering. Det nærmere innhold omtales derfor nedenfor.

I Grunnlova § 102 første ledd første punktum heter det:

«Alle har rett til respekt for privatlivet og familielivet sitt, for heimen sin og kommunikasjonen sin.»

Bestemmelsen er i særlig grad inspirert av EMK artikkel 8 (1), men også SP artikkel 17 (1). I praksis vil særlig domspraksis fra EMD være rettleidende for det nærmere innholdet. Det er

²³⁴Dokument 16 (2011–2012) punkt 20.4

sikker rett at bruk av tvang i snever forstand (overvinning av motstand) utgjør et inngrep.²³⁵ Om personen er beslutningskompetent eller ikke er da uten betydning. Det er sentrale er at vedkommende er i stand til å uttrykke et standpunkt. Motsatt vil tiltak basert på et gyldig samtykke som hovedregel ikke være det.²³⁶

Mer usikkerhet er knyttet til situasjonen der personen verken viser motstand eller avgir gyldig samtykke, f. eks. fordi vedkommende ikke orker å ta stilling, eller ikke forstår valgsituasjonen. For EMD har ikke spørsmålet blitt satt på spissen i en helserettslig kontekst. Oviedo-konvensjonen synes på dette punkt klarere, jf. artikkel 6 nr. 1 som omtaler «inngripen overfor en person som ikke er i stand til å samtykke». Dette kan tenkes å få betydning for løsningen også etter EMK ut fra den tette koblingen mellom de to konvensjonene. Etter Oviedo-konvensjonen vil det utgjøre et inngrep ved fravær av samtykke fra personen, selv om det skulle foreligge et representert samtykke.

Etter EMK må det trekkes en grense mot situasjoner der statens involvering i saken er så tilbaketrukket at et direkte ansvar ikke blir utløst.²³⁷ Etter norske forhold er denne problemstillingen mest aktuell der pasienten er mindreårig.²³⁸ Dommen omhandler spørsmålet om det forelå tilstrekkelig rettslig grunnlag for plassering av en 12 år gammel gutt som motsatte seg dette, i institusjon for psykisk helsevern. Det er grunn til å stille spørsmål ved om EMD i dag ville ansett statens involvering som så begrenset at det ikke utløste ansvar, blant annet som følge av EMDs bruk av Barnekonvensjonen. For helserettslig myndige pasienter er det etter norsk rett lite innslag av egentlig representert samtykke.²³⁹

7.3.2.2 Særlig om frihetsberøvelse

Grunnlova § 94 første ledd første punktum fastsetter:

«Ingen må fengslast eller bli fråteken fridommen på anna vis utan i dei tilfella og på den måten som lovene fastset.»

Bestemmelsen er inspirert særlig av EMK artikkel 5, men også SP artikkel 9, og er uttrykk for at frihetsberøvelse utgjør et alvorlig inngrep som må innhegnes av særlige rettssikkerhetsgarantier. I mangel av andre holdepunkter, står EMD-praksis om hva som utgjør frihetsberøvelse sentralt også i forståelsen av denne grunnlovsbestemmelsen. Domstolen har understreket at det må gjøres en vurdering av ulike momenter slik som type, varighet og gjennomføring av det aktuelle tiltaket.²⁴⁰

²³⁵Storck mot Tyskland, 2005

²³⁶Pretty mot Storbritannia, 2002, avsnitt 63

²³⁷Problemstillingen er berørt i Stanev mot Bulgaria, 2012, avsnitt 121–123.

²³⁸Nielsen mot Danmark, 1988

²³⁹Pasient- og brukerrettighetsloven, 1999, § 4-7 og psykisk helsevernloven, 1999, § 2-2 tredje ledd reiser likevel spørsmål i denne retningen.

²⁴⁰Se f.eks. Guzzardi mot Italia, 1980, avsnitt 95; Austin mot Storbritannia, 2012, avsnitt 57–59 og De Tommaso mot Italia, 2017, avsnitt 80–84.

Der man planlegger konsekvent å hindre pasienten i å komme seg unna, vil vi raskt måtte si at det er tale om en frihetsberøvelse, med en mulig reservasjon for tilfeller der det er satt en svært kort tidsgrense for hvor lenge tilbakeholdet skal kunne skje. Sentrale momenter som må trekkes inn i en totalvurdering av inngrepets alvorlighetsgrad i relasjon til artikkel 5, vil være om dører skal kunne låses, om pasienten skal kunne hentes tilbake med makt og om man skal kunne bruke andre inngripende virkemiddel som for eksempel beroligende medikamenter eller restriksjoner i muligheten til å ha kontakt med omverdenen for å hindre at personen skal komme på ideen om å forlate institusjonen. I *D.D. mot Litauen (2012)* er det lagt til grunn at selv svært kortvarig tilbakehold (femten til tretti minutter) kan utgjøre en frihetsberøvelse der tiltaket involverer alvorlig tvangsmiddelbruk (avsnitt 149).

Bartlett m.fl. uttaler:

«The fact that the individual is accommodated on a locked unit in the institution would be a strong indicator that he or she is detained. Similarly, if managers of such institutions require residents to spend the night in the institution, and require residents to ask permission to leave during the day, the circumstances strongly suggest detention.»²⁴¹

EMDs domspraksis er likevel ikke entydig i ett og alt. Et omdiskutert spørsmål har vært om inngrepets gode formål skal kunne ha betydning i bedømmelsen om man står overfor tvangsinngrep. I storkammerdommen *Stanev mot Bulgaria (2012)* som gjaldt plassering av en person med scizofrenidiagnose i en omsorgsinstitusjon, finner vi formuleringer som kan åpne opp i denne retning. I omtalen av *Dodov mot Bulgaria (2008)* heter det således (avsnitt 128):

«The Court notes that [...] the applicant's mother suffered from Alzheimer's disease and that, as a result, her memory and other mental capacities had progressively deteriorated, to the extent that the nursing home staff had been instructed not to leave her unattended. In the present case, however, the Government have not shown that the applicant's state of health was such as to put him at immediate risk, or to require the imposition of any special restrictions to protect his life and limb.»

Uttalelsen må likevel forstås i lys av argumentasjonen som en helhet. Å legge avgjørende vekt på personens manglende evne til å klare seg selv med tanke på hva som utgjør en frihetsberøvelse, vil stå i strid med f.eks. holdning i H.L-dommen (se straks nedenfor) og er en urimelig fortolkning av Stanev-dommen. Det skal bemerkes at Dodov-saken for øvrig ikke gjaldt spørsmålet om frihetsberøvelse.

Særlig i møte med pasienter uten beslutningskompetanse har EMD vist en progressiv holdning. *H.L. mot Storbritannia (2004)* gjaldt en person med utviklingshemning og autisme som var innlagt i psykiatrisk institusjon på frivillig grunnlag. Det viste seg likevel at institusjonen hadde bestemt seg for å omgjøre innleggelsen til en tvangsinnleggelse dersom vedkommende ville forlate stedet. Under slike forhold godtok ikke EMD at H.L. kunne regnes som frivillig innlagt. Domstolen la altså avgjørende vekt på realiteten, ikke formaliteten. Dommen er senere hyppig vist til i EMDs egen praksis, og da særlig dette utsagnet (avsnitt 91):

«the Court considers the key factor in the present case to be that the health care professionals treating and managing the applicant exercised complete and effective control over his care and movements.»

²⁴¹Bartlett mfl., 2007, s. 36

Et eget spørsmål gjelder samtykke til frihetsberøvelse, som er hjemlet både helse- og omsorgstjenesteloven § 10-4 og psykisk helsevernloven § 2-2. Uttalelser i EMD-praksis indikerer at en person som har samtykket til frihetsberøvet ikke er frihetsberøvet – i alle fall ikke før samtykket er trukket tilbake. Spørsmålet er likevel omdiskutert, og ikke satt på spissen for EMD i nyere tid.

Med hensyn til barns vern mot frihetsberøvelse kan det ut fra EMDs praksis se ut til å være to hovedtilnærminger. Dersom en avgjørelse om institusjonsplassering er tatt av offentlig myndighet, f.eks. som ledd i tiltak mot barn som unndrar seg voksenkontroll, stilles samme krav som om tiltaket retter seg mot en voksen person.²⁴² Hvis derimot avgjørelsen om institusjonsplassering er tatt av foreldre eller andre med foreldreansvaret, har EMD akseptert at offentlig myndighet kan ha en tilbaketrukket rolle i å vurdere rettmessigheten av plasseringen. Det var tilfellet i Nielsen mot Danmark (1988) som er omtalt ovenfor. EMD har i senere praksis lagt vekt på Barnekonvensjonen og Barnekomiteens tolkning av den. Det er dermed ikke gitt at EMD ville kommet til samme resultat i dag som den gang. Imidlertid er det grunn til å anta at EMD også i en senere sak vil foreta en verdimeisig vurdering av en konflikt mellom foreldrenes rettigheter beskyttet i artikkel 8 og barns vern mot frihetsberøvelse i artikkel 5. I en slik vurdering kan faktorer som barnets alder, hvor inngripende tiltaket vil være og varigheten få betydning, fordi dette er faktorer som indikerer om barns rettigheter under Barnekonvensjonen blir begrenset.²⁴³

7.3.3 Forbudet mot tortur, umenneskelig og nedverdiggende behandling

7.3.3.1 Innledning

I Grunnlova § 93 andre ledd heter det:

«Ingen må utsetjast for tortur eller anna umenneskeleg eller nedverdiggende behandling eller straff.»

Bestemmelsen er inspirert av EMK artikkel 3: «Ingen må bli utsatt for tortur eller for umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff.» SP artikkel 7 første punktum er formulert: «Ingen må utsettes for tortur eller for grusom, umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff.» Denne artikkelen har et tillegg om at medisinsk forskning (intervensjonsstudier) må baseres på gyldig samtykke, men for øvrig er tekstene langt på vei identiske. Det er vanskelig å se at artikkel 7 tilfører denne utredningen nye dimensjoner sammenlignet med EMK artikkel 3. En parallell bestemmelse finnes videre i CRPD artikkel 15.

I utgangspunktet vil EMDs praksis også her være retningsgivende for fortolkningen av den norske grunnlovsbestemmelsen. Artikkel 3 er aktuell ved særlig alvorlige inngrep i enkeltmenneskets integritet, men også innenfor bestemmelsen sondres det. Tortur betegner de groveste forhold.

²⁴²Se f.eks. D.G. mot Irland, 2002 (plassering i ungdomsinstitusjon) og Koniarska mot Storbritannia, 2000 (plassering i psykiatrisk sykehus).

²⁴³I Blokhin mot Russland, 2016 har EMD vist til at hensynet til barns øvrige rettigheter må hensyntas med hensyn til den nasjonale lovgivning. Uttalelsen er riktignok gitt i tilknytning til artikkel 3, men har overføringsverdi til artikkel 5, ettersom det ble konstatert brudd på begge artiklene, se avsnitt 135–136.

Det er særlig alternativet «umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff» som kan tenkes aktuelt under regulær ytelse av helse- og omsorgstjenester, ut fra det formålet slike tjenester har. Forbudet regnes som «absolutt», men det er samtidig klart at de nærmere omstendigheter har betydning, herunder formålet med tiltaket:

«To fall under Article 3 of the Convention, ill-treatment must attain a minimum level of severity. The assessment of this minimum level of severity is relative; it depends on all the circumstances of the case, such as the duration of the treatment, its physical and mental effects and, in some cases, the gender, age and state of health of the victim. Further factors include the purpose for which the treatment was inflicted together with the intention or motivation behind it, as well as its context, such as an atmosphere of heightened tension and emotions [...].²⁴⁴»

Således kan normen beskrives som i alle fall i noen grad å åpne for en forholdsmessighetsvurdering.

7.3.3.2 Hvor langt går vernet?

Menneskerettighetsdomstolens tradisjonelle utgangspunkt, som også blir gjentatt i nyere praksis, er at tiltak som finnes medisinsk nødvendige og forsvarlige som utgangspunkt ikke kan være i strid med menneskerettighetene:

«Nevertheless, it is for the medical authorities to decide, on the basis of the recognised rules of medical science, on the therapeutic methods to be used, if necessary by force, to preserve the physical and mental health of patients who are entirely incapable of deciding for themselves and for whom they are therefore responsible. The established principles of medicine are admittedly, in principle, decisive in such cases; as a general rule, a measure which is a therapeutic necessity cannot be regarded as inhuman or degrading. The Court must nevertheless satisfy itself that the medical necessity has been convincingly shown to exist [...].²⁴⁵»

Dette kan oppfattes som langt på vei å redusere spørsmålet om brudd på konvensjonen til et medisinsk-faglig spørsmål: Tiltaket – herunder tvangsbruken – må være faglig forsvarlig (jf. uttrykksmåten «on the basis of the recognised rules of medical science») og medisinsk nødvendig (jf. uttrykksmåten «therapeutic necessity»/«medical necessity»). Dette innebærer en svært grovkornet rettslig kontroll.

Tradisjonelt har denne innfallsvinkelen resultert i manglende vilje til kontroll. En nokså markert annen holdning ser vi i *Bures mot Tsjekkia* (2012) og *M.S. mot Kroatia* (2015). Bures-dommen gjaldt en mann med en psykiatrisk diagnose innlagt til avrusing i en psykiatrisk institusjon. I den sammenheng ble han beltelagt med langvarige fysiske ettervirkninger i form av nedsatt førlighet i hender (som konsekvens). I M.S.-dommen ble en kvinne innlagt i psykiatrisk sykehus etter først å ha oppsøkt lege for ryggproblemer. I den sammenhengen ble hun utsatt for tvangsmiddelbruk over en periode på femten timer (hovedsakelig beltelegging). Domstolen konkluderte i begge sakene med at pasientene var utsatt for umenneskelig og nedverdiggende behandling. Dette som et resultat av en større grundighet enn i tidligere saker av om «the medical necessity has been convincingly shown to exist».

²⁴⁴Bures mot Tsjekkia, 2012, avsnitt 84

²⁴⁵M.S. mot Kroatia, 2015, avsnitt 98

Det blir fastslått at fysisk maktbruk overfor frihetsberøvede må være strengt nødvendig («strictly necessary») ut fra pasientens atferd.²⁴⁶ Dette blir underbygd slik:

«The Court notes that both the European and national standards [...] are unanimous in declaring that physical restraints can be used only exceptionally, as a matter of last resort and when their application is the only means available to prevent immediate or imminent harm to the patient or others.»²⁴⁷

Uro i seg selv («mere restlessness») kunne ikke rettferdiggjøre bruk av tvangsmidler.²⁴⁸ Det ble reagert på det som ble oppfattet som rutinemessig bruk av beltelegging.²⁴⁹ Mangelen på dokumentasjon av at mindre inngripende tiltak var prøvd, ble kritisert.²⁵⁰ Motstand mot bruk av tvangsmiddel kunne ikke *i seg selv* rettferdiggjøre slike midler.²⁵¹

EMD refererer til kjente juridiske kriterier som minste middels prinsipp, nødvendighet og forholdsmessighet:

«Thus, the Court is not satisfied that it was conclusively established that the use of restraints was to prevent the alleged attacks and that other means of trying to calm the applicant down, or less restrictive means, had been unsuccessfully tried. The Court therefore concludes that the Government have failed to show that the use of physical restraints on the applicant for fifteen hours was necessary and proportionate in the circumstances.»²⁵²

Behovet for rettssikkerhetsgarantier i slike saker blir understreket:

«Furthermore, the use of such measures must be commensurate with adequate safeguards from any abuse, providing sufficient procedural protection, and capable of demonstrating sufficient justification that the requirements of ultimate necessity and proportionality have been complied with and that all other reasonable options failed to satisfactorily contain the risk of harm to the patient or others. It must also be shown that the coercive measure at issue was not prolonged beyond the period which was strictly necessary for that purpose [...].»²⁵³

²⁴⁶Bures mot Tsjeckia, 2012, avsnitt 86; M.S mot Kroatia, 2015, avsnitt 97

²⁴⁷Bures mot Tsjeckia, 2012, avsnitt 95

²⁴⁸Bures mot Tsjeckia, 2012, avsnitt 96

²⁴⁹Bures mot Tsjeckia, 2012, avsnitt 98

²⁵⁰M.S. mot Kroatia, 2015, avsnitt 108; Bures mot Tsjeckia, 2012, avsnitt 97

²⁵¹M.S. mot Kroatia, 2015, avsnitt 109; Bures mot Tsjeckia, 2012, avsnitt 99

²⁵²M.S. mot Kroatia, 2015, avsnitt 110

²⁵³M.S. mot Kroatia, 2015, avsnitt 105

Utvalget skal bemerke at særlig VGs avsløringer av omfattende beltebruk i norsk psykiatri, gir en indikasjon på at det i enkeltsaker sannsynligvis forekommer menneskerettsstridig praksis.

7.3.3.3 Prosessuelle aspekter

Der man står overfor en troverdig påstand («arguable claim») om umenneskelig eller nedverdiggende behandling, har EMD stilt krav om effektive systemer for å bringe på det rene fakta og få de ansvarlige straffet. Erstatningsordninger er ikke alene tilstrekkelig:

«The Court reiterates that in cases where an individual has an arguable claim under Article 3 of the Convention, the notion of an effective remedy entails, on the part of the State, a thorough and effective investigation capable of leading to the identification and punishment of those responsible [...]. Wilful ill-treatment of persons who are within the control of agents of the State cannot be remedied exclusively through an award of compensation to the victim [...].»²⁵⁴

Myndighetene kan ha en plikt til å reagere, selv om pasienten ikke selv har klaget:

«Whatever the method of investigation, the authorities must act as soon as an official complaint has been lodged. Even when strictly speaking no complaint has been made, an investigation must be started if there are sufficiently clear indications that ill-treatment might have occurred [...].»²⁵⁵

Bakgrunnen er den særlige sårbarheten:

«The authorities must take into account the particularly vulnerable situation of victims and the fact that people who have been subjected to serious ill-treatment will often be less ready or willing to make a complaint [...].»²⁵⁶

I dette ligger at myndighetene stilt overfor troverdige påstander om overgrep må iverksette seriøse forsøk på å klarlegge hendelsesforløpet.

7.3.4 Når er inngrep tillatt?

7.3.4.1 Innledning

Grunnlova har ingen bestemmelser som spesifikt regulerer bruk av tvang i helse- og omsorgssektoren. Paragraf 94 første ledd gir et særlig vern mot frihetsberøvelse, og her heter det:

«Ingen må fengslast eller bli fråteken fridommen på anna vis utan i dei tilfella og på den måten som lovene fastset. Fridomstapet må vere naudsynt og ikkje utgjere eit mishøveleg inngrep.»

Her ser vi altså at det er oppstilt krav om hjemmel i lov, at inngrepet er nødvendig og ikke er uforholdsmessig. Privatlivet har fått et generelt vern i § 102 første ledd:

²⁵⁴Bures mot Tsjekkia, 2012, avsnitt 81

²⁵⁵M.S. mot Kroatia, 2015, avsnitt 75

²⁵⁶M.S. mot Kroatia, 2015, avsnitt 75

«Alle har rett til respekt for privatlivet og familielivet sitt, for heimen sin og kommunikasjonen sin.»

Det er ikke sagt noe om når det kan gjøres unntak, men Høyesterett har innfortolket dette:

«Til forskjell fra SP artikkel 17 og EMK artikkel 8, inneholder Grunnloven § 102 ingen anvisning på om det overhodet kan gjøres lovlige begrensninger i privat- og familielivet. Men grunnlovsvernet kan ikke være – og er heller ikke – absolutt. I tråd med de folkerettslige bestemmelsene som var mønster for denne delen av § 102, vil det være tillatt å gripe inn i rettighetene etter første ledd første punktum dersom tiltaket har tilstrekkelig *hjemmel*, forfølger et *legitimt formål* og er *forholdsmessig*, jf. Rt. 2014 side 1105 avsnitt 28. Forholdsmessighetsvurderingen må ha for øye balansen mellom de beskyttede individuelle interessene på den ene siden og de legitime samfunnsbehovene som begrunner tiltaket på den andre.»²⁵⁷

Høyesterett henter her tydelig inspirasjon fra EMDs tilnærming etter EMK. Det utkrystalliserer seg dermed enkelte fellesspørsmål om når inngrep er tillatt, som skal omtales først.

Et generelt trekk er at statene ofte kan ha en viss skjønnsmargin om hvordan de menneskerettslige forpliktelsene skal gjennomføres i nasjonal rett. Det vil også være tilfelle ved bruk av frihetsberøvelse og tvang i helse- og omsorgssektoren, hvor det kan være vanskelig å finne en felles europeisk tilnærming. Ofte er dette poenget understreket i relasjon til forholdsmessighetsvurderingen, men det er grunn til å påpeke at synsmåten også vil gjelde i relasjon til lovskravet i den forstand at verken Grunnlova, EMK eller andre tradisjonelle menneskerettsdokumenter vil kreve at én bestemt modell blir brukt. Det vil være et skjønnsrom for staten og den menneskerettslige reguleringen har karakter av minimumsnormer.

7.3.4.2 Kravet om *hjemmel* i lov

Det gjelder et krav om *hjemmel* i lov både etter EMK artikkel 5 og etter artikkel 8 (2). Selv om *hjemmelskravet* er noe ulikt uttrykt i de to bestemmelsene, er det enighet om at det grunnleggende sett er mange felles elementer.

Frihetsberøvelse eller andre inngrep må for det første ha *hjemmel* i nasjonal rett. Dette er i liten grad gjenstand for overprøving i EMD, eventuelt bare ved de mer klare brudd. I tillegg kommer de såkalte kvalitetskrav til *hjemmelen*. I dette ligger at inngrepshjemmelen må være både tilgjengelig («accessibility») og forutberegnelig («foreseeability»). Sistnevnte betyr at en lovtekst må beskrive så presist som praktisk mulig i hvilke situasjoner det kan gripes inn og med hvilke tiltak. Det er akseptert at innholdet av reglene kan utfylles gjennom forskrifter, lovforarbeider, rettspraksis, rundskriv og juridisk litteratur.

Presisjonsproblematikken har vært særlig i fokus i den norske diskusjonen om bruk av tvang, ikke minst i forbindelse med vedtakelse og iverksetting av det tidligere kapittel 6A i sosialtjenesteloven 1991 (nå opphevet, men videreført i stort sett samme fasong i helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9).²⁵⁸ EMD har akseptert at det på noen områder kan være særlig vanskelig å få til presise lovformuleringer da situasjonene som kan oppstå i det virkelige liv, og hvilke tiltak som trengs, kan variere i vidt omfang. På helse- og omsorgsfeltet vil vi typisk stå

²⁵⁷Rt. 2015 s. 93, avsnitt 60

²⁵⁸Se Ot.prp. nr. 57 (1995–96) og Østenstad, 2011 blant annet på s. 67–68, 564–566 og 598–599.

overfor denne problematikken. Særlig viktig blir da at EMD også trekker inn saksbehandlingsregler og kontrollordninger i sine vurderinger. Lovskravet er dermed ikke alene et spørsmål om hvor presist lovteksten er formulert, selv om dette klart nok er utgangspunktet.²⁵⁹

Det sentrale formålet med lovskravet – både etter artikkel 5 og artikkel 8 – er å hindre vilkårlige inngrep. Tilsvarende gjelder etter artikkel 9 i FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (SP) og Menneskerettighetskomiteen har i sin generelle kommentar nr. 35 fra 2014 (avsnitt 19) advart mot vilkårlighet.

Det er på denne bakgrunn vi må forstå *HL mot Storbritannia* (2004) om at også ikke-protesterende pasienter kan måtte regnes som frihetsberøvet når det er klart at de reelt sett ikke har frihet til å forlate institusjonen. Dommen er omtalt ovenfor, men poenget nå er at EMD stilte krav til en rettsliggjøring av inngrepet (frihetsberøvelsen) i medhold av lovskravet i artikkel 5:

«In particular and most obviously, the Court notes the lack of any formalised admission procedures which indicate who can propose admission, for what reasons and on the basis of what kind of medical and other assessments and conclusions. There is no requirement to fix the exact purpose of admission (for example, for assessment or for treatment) and, consistently, no limits in terms of time, treatment or care attach to that admission. Nor is there any specific provision requiring a continuing clinical assessment of the persistence of a disorder warranting detention. The appointment of a representative of a patient who could make certain objections and applications on his or her behalf is a procedural protection accorded to those committed involuntarily under the 1983 Act and which would be of equal importance for patients who are legally incapacitated and have, as in the present case, extremely limited communication abilities.»²⁶⁰

Et hovedelement er altså at det må skje en formalisering av beslutningsprosessen, jf. kritikken mot mangelen på «any formalised admission procedures». En side ved dette er at det må treffes en avgjørelse (om den aktuelle frihetsberøvelsen) som det blir knyttet rettssikkerhetsgarantier til. Kritikken som blir reist mot manglende presisering av inngrepet sitt formål, utstrekning i tid og hvilke typer av tiltak som skal kunne iverksettes, må sees som et utslag av dette. Et poeng her at denne typen krav klart nok ikke er ivaretatt ved innleggelse av ikke-protesterende pasienter uten beslutningskompetanse i norske sykehjem etter pasient- og brukerrettighetsloven § 4-6 andre ledd der dette utgjør en frihetsberøvelse etter konvensjonen. Det er mer tvilsomt om det – etter artikkel 8 – kreves en rettsliggjøring av andre typer hjelpetiltak overfor ikke-protesterende pasienter eller brukere som mangler beslutningskompetanse. Her er det sannsynlig at pasient- og brukerrettighetsloven § 4-6 står seg bedre.

7.3.4.3 Kravet om forholdsmessighet

7.3.4.3.1 Innledning

Det gjelder et krav om at inngrepet må være forholdsmessig både etter EMK artikkel 5 og artikkel 8 (2), selv om dette er uttrykt på ulikt vis i konvensjonsteksten. I artikkel 8 er et krav om at inngrepet må være «nødvendig i et demokratisk samfunn» uttrykkelig nedfelt. Dette er i EMD-praksis forstått som et såkalt forholdsmessighetskrav, formulert på litt ulikt vis avhengig av saksområde. Kjernen i forholdsmessighetskravet er at fordelene med inngrepet må veie tyngre enn ulempene/skadevirkningen, men kravet til hvor stor overvekten av positive

²⁵⁹Se Østenstad, 2011, s. 559–561.

²⁶⁰H.L. mot Storbritannia, 2004, avsnitt 120

virksomheter må være, kan være formulert ulikt blant annet etter rettsområde og hvem sine interesser som er truet. Etter artikkel 8 har vi svært lite domspraksis om forholdsmessighetsspørsmålet som er relevant i denne sammenhengen, og den som finnes er av eldre dato. Bildet er annerledes etter artikkel 5, og relevant praksis etter denne bestemmelsen kan også gi signaler om hvor landet ligger etter artikkel 8.

For frihetsberøvelse (artikkel 5) er «lawful»-vilkåret et naturlig forankringspunkt for et forholdsmessighetskrav. I saker som gjelder rus har dette framkommet via et formulert krav om nødvendighet.²⁶¹ I Litwa-dommen ble frihetsberøvelsen kjent konvensjonsstridig på grunn av manglende vurderinger av alternativ til tvang. Tilsvarende grundighet i overprøvingen møter vi i *Enhorn mot Sverige* (2005) som gjaldt isolasjon av en homofil mann for å hindre spredning av HIV-viruset.

På psykisk helsevernfeltet er bildet mer komplisert. Dette har sin bakgrunn i tidlig domspraksis – ikke minst Winterwerp-dommen – som tilsynelatende knyttet forholdsmessighetsvurderingen tett opp til utøvingen av det medisinske fagskjønnet: at sinnstilstanden måtte rettferdiggjøre («warrant») frihetsberøvelse. Fokus ble dermed ensidig rettet mot hva som var medisinsk nødvendig. H.L.-dommen fra 2004 ligger på samme linje, og markerer her en tydelig kontrast til EMDs større prøvingsvilje under lovskravet (i samme sak). Om forholdsmessighetsspørsmålet ble det engelske helseombudets funn feid til side blant annet under henvisning til at «his examination covered welfare and social concerns broader than the strict clinical diagnoses» (avsnitt 100) – noe som altså ikke var relevant.

7.3.4.3.2 Nyere utviklingstrekk på psykisk helsevern-feltet

De senere år har vi imidlertid sett eksempler på at EMD viser en større vilje til å føre kontroll med tvang i psykisk helsevern, også etter artikkel 5. Av interesse er storkammerdommen *Stanev mot Bulgaria* (2012). Her viser domstolen til at det gjelder et nødvendighetskrav som i Litwa-dommen, i tillegg til de tradisjonelle formuleringene med utspring i Winterwerp (se avsnitt 143–144). Denne tilnærmingen blir så ført videre og forsterket i *Plesó mot Ungarn* (2012). Denne dommen er av særlig interesse fordi den gjelder frihetsberøvelse etter et behandlingskriterium. EMD understreker at forholdsmessigheten må vurderes særlig grundig i et slikt tilfelle (avsnitt 66):

«However, even assuming that the condition of «lawfulness» was met in the instant case and, moreover, that the applicant was reliably shown to be of unsound mind, the Court finds the Government’s arguments unconvincing as to whether the mental disorder in question was of a kind or degree warranting compulsory confinement, especially since the national law – or the domestic court hearing the case – did not appear to distinguish between an imminent danger to the applicant’s health and a more remote risk of his health deteriorating.

The Court is of the view that where, as in this case, the issue is not whether there is an imminent danger to the person’s health but rather whether medical treatment would improve his condition or the absence of such treatment would lead to a deterioration in that condition, it is incumbent on the authorities to strike a fair balance between the competing interests emanating, on the one hand, from society’s responsibility to secure the best possible health care for those with diminished faculties (for example, because of lack of insight into their condition) and, on the other hand, from the individual’s inalienable right to self-determination (including the right to refusal of hospitalisation or medical treatment, that is, his or

²⁶¹Litwa mot Polen, 2009, avsnitt 78

her «right to be ill»). In other words, it is imperative to apply the principle of proportionality inherent in the structure of the provisions enshrining those Convention rights that are susceptible to restrictions.»

Fra EMD-praksis på psykisk helsevern-feltet, kan vi ellers utlede blant annet krav om at institusjonen må være egnet, samt en understrekning av viktigheten av pasientmedvirkning.²⁶² I *X mot Finland* (2012) er viktigheten av «second opinion» trukket fram (avsnitt 169).

Etter FN-konvensjonen om sivile og politiske retter (SP) artikkel 9 har Menneskerettighetskomiteens advart mot farene for skadevirkninger ved frihetsberøvelse, og understreket behovet for alternative tilnærminger, se generell kommentar nr. 35 fra 2014 (avsnitt 19):

«States parties should make available adequate community-based or alternative social-care services for persons with psychosocial disabilities, in order to provide less restrictive alternatives to confinement.»

7.3.4.4 Formålskravet. Særlig om avgrensningen til bestemte persongrupper ved frihetsberøvelse etter artikkel 5

7.3.4.4.1 Generelt

Grunnlova inneholder ikke spesifikke bestemmelser om krav til formål ved inngrep på helse- og omsorgsfeltet. Som nevnt ovenfor, kan det likevel synes som at Høyesterett i den forbindelse vil se til EMK. Et utgangspunkt kan her være artikkel 8 (2) der listen over lovlige hensyn er slik sammensatt:

«den nasjonale sikkerhet, offentlige trygghet eller landets økonomiske velferd, for å forebygge uorden eller kriminalitet, for å beskytte helse eller moral, eller for å beskytte andres rettigheter og friheter.»

Som det framgår, er dette bredt formulerte kategorier. Inngrep på helse- og omsorgsfeltet vil vanligvis lett kunne legitimeres ut fra hensynet til «helse» eller «for å beskytte andres rettigheter og friheter». Etter Oviedo-konvensjonen er hensynet til andre ivaretatt i artikkel 26.

Frihetsberøvelse er tradisjonelt omhegnet av særlig rettssikkerhetsgarantier på grunn av sin inngripende karakter. Grunnlova § 94 første ledd er inspirert av EMK artikkel 5 nr. 1:

«Enhver har rett til personlig frihet og sikkerhet. Ingen må bli berøvet sin frihet unntatt i følgende tilfelle og i samsvar med en framgangsmåte foreskrevet ved lov.»

Unntak er gjort for flere tilfeller, og mest aktuelt for denne utredningen er unntaksgrunnene i bokstav e:

«e. lovlig frihetsberøvelse av personer for å hindre spredning av smittsomme sykdommer, av sinnslidende, alkoholister, narkomane eller løsgjengere.»

Det er ikke tvilsomt at også hensynet til andres interesser kan begrunne frihetsberøvelse, se *Stanev mot Bulgaria* (2012) avsnitt 146. Av samme dom framgår ikke bare at rent medisinske grunner kan utgjøre en begrunnelse, men også velferdshensyn (avsnitt 153).

I FN-konvensjonen om sivile og politiske retter (SP) artikkel 9 nr. 1 heter det: «Enhver har rett til frihet og personlig sikkerhet. Ingen må utsettes for vilkårlig arrest eller annen vilkårlig frihetsberøvelse. Ingen må berøves friheten uten av slike grunner og i overensstemmelse med

²⁶²Stanev mot Bulgaria, 2012, avsnitt 147 og 153

slik fremgangsmåte som er fastsatt i lov.» Her er Menneskerettighetskomiteens generelle kommentar nr. 35 fra 2014 tydeligere enn EMD på at passiv oppbevaring ikke er akseptabelt:

«States parties must offer to institutionalized persons programmes of treatment and rehabilitation that serve the purposes that are asserted to justify the detention.»

7.3.4.4.2 Nærmere om «unsound mind» som inngangsvilkår for frihetsberøvelse

Som det eneste av de nevnte menneskerettsinstrumenter, avgrenser EMK artikkel 5 virkeområdet til bestemte persongrupper: «sinnslidende, alkoholister, narkomane», i tillegg til personer som utgjør en smittefare. Dette er den offisielle norsk oversettelsen. I den offisielle engelske versjonen er uttrykksmåten «persons of unsound mind, alcoholics or drug addicts» brukt.

Et spørsmål har knyttet seg til rekkevidden av uttrykket «unsound mind». I praksis synes ordlyden å favne vidt. Det er tilstrekkelig at det foreligger en unormal mental tilstand. Dermed omfattes både utviklingshemning og demens. Slik sett er den norske oversettelsen («sinnslidende») ikke helt treffende.

Konvensjonsteksten omtaler ikke formålet nærmere, men henviser til nasjonal lovgivning. Det betyr at både utrednings-, behandlings- og omsorgs- og samfunnsvernformål i prinsippet kan legitimere frihetsberøvelse. Dette er også bekreftet gjennom EMD-praksis.

I *Winterwerp mot Nederland* ble enkelte retningslinjer for vurderingen av «unsound mind» nedfelt, og disse er det vist til i et utall av saker senere:

«In the Court's opinion, except in emergency cases, the individual concerned should not be deprived of his liberty unless he has been reliably shown to be of «unsound mind». The very nature of what has to be established before the competent national authority – that is, a true mental disorder – calls for objective medical expertise. Further, the mental disorder must be of a kind or degree warranting compulsory confinement. What is more, the validity of continued confinement depends upon the persistence of such a disorder [...].»²⁶³

Kravet om forholdsmessighet – at frihetsberøvelse kan rettferdiggjøres – er omtalt ovenfor. Det som skal framheves nå er at frihetsberøvelse også er betinget av at tilstanden er vurdert av medisinsk ekspertise og at disse vurderingene må fornyes med rimelige intervall da inngrepet bare kan opprettholdes så lenge tilstanden varer ved. I *Stanev-dommen* var «the lack of a recent medical assessment» i seg selv grunnlag for konvensjonskrenkelse (avsnitt 156). Slik er også EMDs uttalelser i *Blokhin mot Russland* (2016) å forstå, der en 12 år gammel gutt med psykiske problemer var institusjonsplassert på grunn av påståtte lovbrudd.²⁶⁴ Også i Menneskerettighetskomiteens generelle kommentar nr. 35 til FN-konvensjonen om sivile og politiske retter (SP) fra 2014, understrekes dette aspektet, se avsnitt 19.

Det er antatt at *Winterwerp*-dommens kriterier også må gjelde utenfor psykisk helsevern, så langt de passer. Kravet om medisinsk undersøkelse er ikke eksplisitt nedfelt ved frihetsberøvelse etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 10 eller pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A. Dette reiser spørsmål om forholdet til konvensjonen.²⁶⁵

²⁶³Winterwerp mot Nederland, 1979, avsnitt 39

²⁶⁴Blokhin mot Russland, 2016, avsnitt 145–147

²⁶⁵Søvig, 2007 s. 141

7.3.4.5 Fravær av beslutningskompetanse som vilkår for inngrep – særlige problemstillinger

EMK bygger ikke på en kompetansebasert modell for inngrep, snarere tvert imot: opplistingen av tilstander som kan begrunne frihetsberøvelse i artikkel 5 nr. 1 bokstav e legger seg nær en diagnosebasert modell. Dette kan reise spørsmål om en kompetansebasert modell vil være konvensjonsstridig. En slik tilnærming er likevel usannsynlig da manglende kompetanse gjerne vil springe ut av tilstander som blir dekket av konvensjonsteksten ordlyd: fravær av beslutningskompetanse vil slik gjerne bli oppfattet som en forlengelse – en ytterligere kvalifisering – av konvensjonens formålskrav, heller enn et brudd. Utviklingstendensene i retning av mer fokus på diagnosenøytralitet, vil også trekke i retning av å se det slik.

Vi har sett at EMD tradisjonelt har vært lite villig til å overprøve de medisinske vurderingene av bruk av tvang i psykisk helsevern. En eventuell dreining mot at frihetsberøvelse etter artikkel 5 – og andre inngrep etter artikkel 8 – blir gjort betinget av fravær av beslutningskompetanse, kan trolig bidra til å endre dette bildet. Dette fordi konseptet *rettslig handleevne* som *beslutningskompetanse i helsespørsmål* er en sidegren av, er et klassisk juridisk spørsmål. *Ivinovic mot Kroatia* (2014) er her av interesse. Kvinnen ble delvis fratatt sin rettslige handleevne, og da med hensyn til økonomiske disposisjoner og medisinsk behandling. EMD karakteriserte dette som et ekstremt tiltak («extreme measures») og gikk grundig inn i forholdsmessighetsspørsmålet (avsnitt 40).

«The Court is aware of the relevance of medical reports concerning persons suffering from impairment to their mental faculties and agrees that any decision based on an assessment of a person's mental health has to be supported by relevant medical documents. However, it is the judge and not a physician who is required to assess all relevant facts concerning the person in question and his or her personal circumstances. It is the function of the judge conducting the proceedings to decide whether such an extreme measure is necessary or whether a less stringent measure might suffice. When such an important interest for an individual's private life is at stake a judge has to carefully balance all relevant factors in order to assess the proportionality of the measure to be taken. The necessary procedural safeguards require that any risk of arbitrariness in that respect is reduced to a minimum [...]».

Videre blir alvorligheten av inngrepet understreket (avsnitt 44):

«[...] deprivation, even partial, of legal capacity should be a measure of last resort, applied only where the national authorities, after carrying out a careful consideration of possible alternatives, have concluded that no other, less restrictive, measure would serve the purpose or where other, less restrictive measure, have been unsuccessfully attempted.»

Denne strenge innfallsvinkelen til prosessen og vurderingene av sakens realitet, reiser spørsmål ved anvendeligheten av fravær av beslutningskompetanse som et vilkår for frihetsberøvelse eller tvang, særlig der det er helsepersonell som skal fatte beslutningen. Her er det imidlertid sentralt at *Ivinovic* og andre beslektede saker har angått fratakelse av rettslig handleevne som en mer endelig beslutning, jf. fratakelse av rettslig handleevne etter vergemålsloven.²⁶⁶ Etter helselovgivningen er forutsetningen at vurderingene bare er avgrenset til det aktuelle spørsmålet, eller tiltaket. Vurderingene er også midlertidige i den forstand at de stadig fornyes. Ut fra en slik forutsetning må også de prosessuelle kravene avdempes. En annen løsning vil innebære at EMK framtvinger et diagnosebasert system som naturligvis også representerer

²⁶⁶Se vergemålsloven.

fratagelse av rettslig handleevne: og trolig i større utstrekning. Dette må være avgjørende selv om vi kan stå overfor personer som varig må antas å mangle kompetanse i enkelte spørsmål, og der den faktiske parallellen til fratakelse av rettslig handleevne etter domstolsbeslutning er nærliggende.²⁶⁷

Ut fra dette må et kompetansebasert tvangsregelverk sikre løpende vurdering også av spørsmålet om beslutningskompetanse, i minst like stor grad som det kreves løpende vurdering av eksistensen av en bestemt sinnstilstand. En lovgivning eller praksis som ikke sikrer at dette er en realitet, vil lett være konvensjonsstridig.

7.3.4.6 Selvstendige krav til forvaltningsmessig saksbehandling og kontroll, samt domstolsprøving

Hvilke krav som stilles til den forvaltningsmessige behandlingen i saker om frihetsberøvelse og tvang er hverken omtalt uttrykkelig i Grunnlova eller i sentrale menneskerettighetskonvensjoner. I EMK artikkel 5 er det vist til at frihetsberøvelse må skje «i samsvar med en framgangsmåte foreskrevet ved lov», jf. tilsvarende Grunnlova § 94 første ledd første punktum. Dette refererer likevel ikke til selvstendige menneskerettslige krav.

Som allerede nevnt, viser imidlertid EMD-praksis at krav til saksbehandlingen kan inngå som et element i konvensjonens lovskrav. I tillegg er det knesatt mer selvstendige krav til at saksbehandlingen må være rettferdig og forsvarlig. Kommentarer ovenfor knyttet til svakheter i det norske regelverket ved frihetsberøvelse i sykehjem av ikke-protesterende pasienter, kan ses i dette perspektivet. Flere saker har angått krav til begrunnelsen for tvangsinngrep som gjerne blir sett som en indirekte måte å prøve tiltakets forholdsmessighet på, se for eksempel *Litwa mot Polen (2000)*. En særlig problemstilling gjelder kravene til fagkompetanse til de som undersøker personen. Dette har særlig vært en problemstilling ved innleggelse i psykisk helsevern, se nærmere omtale i punkt 28.6.4.3.

Grunnlova § 95 første ledd fastsetter at

«[a]lle har rett til å få saka si avgjort av ein uavhengig og upartisk domstol innan rimeleg tid. Rettargangen skal vere rettvis og offentleg.»

Bestemmelsen må ses i sammenheng med artikkel 6 om «rettferdig rettergang» som også er fokusert på domstolsbehandling. I artikkel 5 nr. 4 her det:

«Enhver som er pågrepet eller berøvet sin frihet, skal ha rett til å anlegge sak slik at lovligheten av frihetsberøvelsen raskt skal bli avgjort av en domstol, og at hans løslatelse blir beordret dersom frihetsberøvelsen er ulovlig.»

I EMD-praksis er det lagt til grunn at artikkel 5 nr. 4 og artikkel 6 i utgangspunktet inneholder mange av de samme kravene til rettsprosessen. Hverken fylkesnemndene eller kontrollkommisjonene er formelle domstoler etter tradisjonell norsk rett. Det er likevel lagt til grunn at begge disse instansene tilfredsstiller kravene etter EMK.²⁶⁸ I tillegg kommer retten til kostnadsfri og særlig hurtig domstolsprøving etter de særlige prosessreglene i tvisteloven kapittel 36. Dette etablerer en slags dobbelt sikring i relasjon til de menneskerettslige kravene.

²⁶⁷Stanev mot Bulgaria, 2012 indikerer at en slik innfallsvinkel er forsvarlig ved at det blir forutsatt at man må vurdere beslutningskompetansen konkret, selv om personen er underlagt vergemål, jf. avsnitt 130.

²⁶⁸Se Rt. 2001 s. 1123 der Høyesterett vurderer at kontrollkommisjonene tilfredsstiller kravet til å være en domstol etter EMK artikkel 6 nr. 1, samt Rt. 2004 s. 583 der dette også blir sett som avgjørende (for dette organet) i relasjon til artikkel 5 nr. 4 (avsnitt 34).

Problemstillinger knyttet til strukturell inhabilitet som er reist i relasjon til kontrollkommisjonene – dvs. at en pasients sak kan bli behandlet gang på gang av samme kommisjon med tilnærmet lik sammensetning –, blir slik trolig avhjulpet.

Å sikre personer med psykisk funksjonsnedsettelse en rettferdig saksbehandling, har fått stadig sterkere fokus i EMDs domspraksis (avsnitt 80):

«the Court nevertheless stresses the State's obligation to help to ensure that disabled people have effective access to justice.»

Etter FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (SP) artikkel 9 understreker Menneskerettighetskomiteen mye av det samme, jf. generell kommentar nr. 35 fra 2014 (avsnitt 19):

«The individuals must be assisted in obtaining access to effective remedies for the vindication of their rights, including initial and periodic judicial review of the lawfulness of the detention, and to prevent conditions of detention incompatible with the Covenant.»

Etter EMK artikkel 5 nr. 4 gjelder retten til å reise søksmål selv om man er fratatt sin rettslige handleevne, så lenge vedkommende er i stand til å uttrykke et synspunkt.²⁶⁹ Tilsvarende må – dessto mer – gjelde ved spørsmål om forvaltningsklage. På dette punktet har utvalget fanget opp enkelte urovekkende signaler. I minst én forvaltningssak etter pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A skal klage ha blitt avvist under henvisning til manglende beslutningskompetanse. Etter det utvalget erfarer forekommer det også en ulik praksis knyttet til det å bistå pasienter med å framsette klage. Dette er aktuelt etter ulike regelverk. Blant annet er det påfallende lave antallet klagesaker ved tvangsmiddelbruk etter psykisk helsevernloven § 4-8 tankevekkende, se punkt 9.2.4.

Mange av sakene for EMD gjelder prosessen rundt fratakelse av rettslig handleevne. Uavhengig representasjon for den som ikke er i stand til å ivareta sine egne interesser, har vært en gjenganger. I *A.N mot Litauen* (2016) som gjaldt fratakelse av rettslig handleevne for en pasient med schizofrenidiagnose, hadde klager ikke fått overlevert rettsbeslutningen. Denne ble ute-lukkende sendt mor som også hadde tatt initiativ til prosessen. Dette var uakseptabelt (avsnitt 78):

«Be that as it may, service on the applicant's mother in the particular circumstances of this case is not sufficient, for it was precisely on her initiative that the applicant was declared legally incapacitated. Moreover, given that no appeal was ever lodged against the 31 January 2007 decision, it is clear that the mother agreed with it.»

Sitatet gjaldt spørsmålet om saken skulle tillates fremmet, men momentet lå under også i de videre drøftingene der det ble konstatert konvensjonsbrudd etter artikkel 6. Dette reiser spørsmål om håndtering av interessekonflikter og uavhengig representasjon spesielt hos de svakest fungerende i det norske helsevesenet, særlig der det blir vist motstand mot tiltaket. Det kan her særlig være grunn til å henlede oppmerksomheten mot praktiseringen av dementes klagerettigheter ved frihetsberøvelse etter pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A. Utvalget har her blitt kjent med at det i praksis ved sykehjem tidvis blir vist til at spørsmålet overlates pårørende. Menneskerettighetskomiteen uttaler i sin generelle kommentar nr. 35 fra 2014 (avsnitt 19):

«The procedures should ensure respect for the views of the individual and ensure that any representative genuinely represents and defends the wishes and interests of the individual.»

²⁶⁹D.D. mot Litauen, 2012, avsnitt 166

7.4 Vurdering av Norges menneskerettslige forpliktelser

7.4.1 Innledning

Gjennomgangen viser at det menneskerettslige materialet er sammensatt og til dels motstridende om det nærmere innholdet av vernet tvang, herunder frihetsberøvelse. På et overordnet plan kan dette beskrives som en uenighet om avveiningen av ulike menneskerettigheter i tilfelle konflikt: hvilken vekt skal retten til selvbestemmelse ha der en nektelse vil påvirke retten til helse og velferd for vedkommende selv, eventuelt andre negativt? Det er en utbredt oppfatning at denne problemstillingen blir regnet som vanskelig både sett fra et juridisk og etisk ståsted. For barn er det overordnede spørsmålet knyttet til avveiningen av barns rettigheter mot foreldrenes. I hvilken grad skal barnets alder eller inngrepets karakter, påvirke om samtykke fra foreldrene kan være rettslig grunnlag for inngrepet eller om det er nødvendig å etablere et annet rettslig grunnlag?

CRPD-komiteens fortolkninger av CRPD-konvensjonen representerer her et ytterpunkt. Det tolkingsstandpunkt som legges til grunn er at enhver alltid skal regnes for å ha rettslig handleevne og at alle hjemler for inngrep som er relatert til psykisk funksjonsnedsettelse – herunder beslutningskompetanse –, derfor umiddelbart må oppheves. Det gjelder også der begrepet «beslutningskompetanse» brukes for å avgrense hvem reglene skal gjelde for. Videre baserer komiteen seg på at utfordringer for den enkelte knyttet til valg alltid kan løses gjennom beslutningsstøtte, og at den enkelte i siste instans må ha en rett til å nekte å motta støtte. Komiteens tolkning etterlater dessuten uklarheter om hva som gjelder for barn.

Oppslutningen om en så radikal fortolkning har vært begrenset, herunder fra andre menneskerettighetsorganer som tar hensyn til CRPD i fortolkningen av «sine» menneskerettighetsinstrumenter. Særlig tydelig er dette i en europeisk kontekst, men heller ikke innenfor FN-systemet er bildet entydig til støtte for komiteens tilnærming. Utvalget skal for øvrig bemerke at Norge som stat ikke uten videre er bundet av de nevnte fortolkningsstandpunkter. Komiteens uttalelser er ikke rettslig bindende, og Norge har i tillegg avgitt en tolkningserklæring i forbindelse med ratifikasjonen for å avskjære eventuell tvil. Utvalget finner det ikke nødvendig å gå nærmere inn i denne problemstillingen, da slike formelle forhold uansett ikke i seg selv har vært avgjørende. Med bakgrunn i sitt mandat kan utvalget foreta selvstendige vurderinger av hva som *i framtiden bør være norsk rett*. Utvalget har derfor gjort sine egne vurderinger av innholdet i det samlede menneskerettslige materialet på dette feltet – herunder fortolkningen av CRPD, uavhengig av nevnte tolkningsforbehold avgitt ved ratifikasjonen.

Utvalget er delt i sitt syn på det menneskerettslige materialet. Flertallet (alle medlemmer, unntatt Erichsen og Gitlesen) gjør rede for sitt syn i fortsettelsen. Mindretallet gjør rede for sitt syn i den generelle dissensen som er inntatt som vedlegg til utredningen.

7.4.2 To ulike perspektiver på lovgivningens funksjon

Utvalget er kjent med at det i spørsmålet om rettslig regulering av tvang, herunder frihetsberøvelse, eksisterer ulike oppfatninger om lovgivningens funksjon. Utvalget ser ikke bort ifra at dette kan være noe av bakteppet for de sterkt sprikende oppfatningene om innholdet av menneskerettighetsvernet.

Grovt sett kan det skilles mellom to hovedposisjoner i debatten. *På den siden* står de som mener at lovgivningen må ta utgangspunkt i verden slik den faktisk er og behovet for stadig å bedre rettssikkerheten for personer det blir utøvd tvang mot. Fra dette perspektivet er en rettslig regulering av inngrep – om nødvendig med særregler for enkeltgrupper – et adekvat red-

skap for å styrke rettssikkerheten. Den norske tradisjonen – forsterket de siste 25 årene – plasserer seg trygt i denne leiren, framskyndet av den måten sentrale menneskerettighetsinstrumenter er utformet på, ikke minst EMK. Det gjennomgripende synspunktet har vært at pasienter/brukere skal ha like sterke og samme type rettssikkerhetsgarantier som andre grupper. Dette er en debatt som har tiltatt i styrke når det gjelder reguleringen av inngripende tiltak overfor barn. Kritikken mot denne tilnærmingen er at den kan bli for lite kraftfull med tanke på å tvinge fram endringer i behandlings- og omsorgspraksis.

På den andre siden står de som primært vektlegger at lovgivningen skal uttrykke riktige verdier og slik ha en pedagogisk og oppdragende funksjon. Ut fra dette perspektivet blir tvangslovgivning noe uønsket på grunn av risikoen for å trekke oppmerksomhet bort fra det viktigste: retten til frivillig baserte tiltak. Kritikken mot denne posisjonen er at den kan bli for virkelighetsfjern og for lite opptatt av hva som faktisk skjer av tvangsbruk. Dermed svekkes det vernet som ligger i de alminnelige menneskerettighetsinstrumentene, for eksempel gjennom lovskravet. Samtidig vil fraværet av rettslig regulering gjøre det vanskelig for kontrollmyndighetene å skille mellom legitim og ikke-legitim bruk av tvang.

7.4.3 Er psykisk funksjonsnedsettelse utelukket som ett av flere vilkår for bruk av tvang, herunder frihetsberøvelse?

7.4.3.1 Utgangspunkt

Det er særlig etter CRPD-konvensjonen dette spørsmålet er reist. Konvensjonsteksten er ikke klar, og utvalget har måttet besvare spørsmålet gjennom en vurdering av konsekvensene av et slikt standpunkt. CRPD-komiteens krav om umiddelbar avskaffelse av alle inngrepshjemler som inneholder en kobling til psykisk funksjonsnedsettelse kan tenkes gjennomført i to hovedformer.

7.4.3.2 Nødrett som eneste inngrepsgrunnlag?

Det ene alternativet for å imøtekomme komiteens krav er å umiddelbart oppheve eksisterende lovhemler for bruk av tvang og falle tilbake på de alminnelige regler om nødrett og nødverge, jf. straffeloven §§ 17 og 18: eventuelt en særlig helserettslig variant som i helsepersonelloven § 7. Heller ikke ved praktiseringen av disse vil psykisk funksjonsnedsettelse som virkningsfaktor – forutsetningsvis – kunne hensyntas, etter CRPD-komiteens opplegg.

Å oppheve dagens tvangslovgivning med ett slag, vil med stor sannsynlighet raskt utløse mye lidelse i enkeltsaker, selv om det også kan ha positive virkninger i andre tilfeller. Det vil da bli ganske umulig for så vel helsepersonell som kontrollinstanser å motstå presset i retning av «å gjøre noe», uten nødvendig hjemmel. Det er et alminnelig utgangspunkt at rammene for nødrett må forstås snevert. Dette følger av at man her opphever ordinære krav til saksbehandling og kontroll med inngrepene.

Presset i retning av «å gjøre noe» vil ikke bare være basert på medisinsk-etiske betraktninger, men også menneskerettslige. Selv om retten til selvbestemmelse er det klare utgangspunkt også for mennesker med en eller annen form for psykisk funksjonsnedsettelse – og med stadig økende styrke –, er det flertallets oppfatning at det prinsipielt sett må være rom for en avveining særlig mot retten til helse. Dette kan forankres direkte i ordlyden i CRPD gjennom denne konvensjonens formål om å sikre full og likeverdig rett til å nyte «alle» menneskerettigheter og grunnleggende friheter, jf. artikkel 1. Også diskrimineringsbestemmelsen i artikkel 2 har front mot diskriminering av «alle» rettigheter.

Flertallet kan ikke tilrå et opplegg som vil presse fram uhjemlet tvangsbruk. Det vil i tilfelle åpne for nye alvorlige menneskerettighetsbrudd, som for Norges del vil bli særlig synlig. Dette ut fra den tradisjonen med transparens rundt tvang som den økte lovgivningsaktiviteten

de siste tiår er et uttrykk for. Flertallet vil minne om at vedtakelsen både av pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A og – ikke minst – helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 kom som en reaksjon mot uholdbare tilstander i tjenestene. I den grad samfunnet aksepterer bruk av tvang, herunder frihetsberøvelse, i helse- og omsorgstjenesten, så må også grunnleggende rettssikkerhetsgarantier være oppfylt. I den forbindelse vises særlig til den kritikk som er reist mot gjeldende regulering av psykisk helsevern for barn under 16 år som motsetter seg tiltakene. Utvalgets flertall kan sies å bygge videre på en tradisjonell norsk tilnærming.

7.4.3.3 Ny tvangslovgivning uten psykisk funksjonsnedsettelse som et avgrensende kriterium?

Alternativet til utelukkende å basere seg på nødrett vil være å erstatte dagens regelsett med en ny lovgivning om inngrep mot folk flest sine ukloke handlinger og valg i helse- og omsorgsspørsmål. Rekkevidden av en slik inngrepslov vil kunne avgrenses gjennom krav om «vesentlig skade», nødvendighet, forholdsmessighet, klagerettigheter osv. Et forslag i denne retning vil umiddelbart utløste sterk kritikk med basis i sentrale menneskerettighetskonvensjoner, som EMD: særlig under henvisning til mangelen på presisjon i regelverket. Presisjon i regelverket har tradisjonelt blitt sett som en svært viktig rettssikkerhetsgaranti mot overgrep fra styresmaktenes side.

Håndtering av denne innvendingen henger uløselig sammen med om psykisk funksjonsnedsettelse kan være et relevant inngrepskriterium: aldri alene, men som ett av flere. Når utvalgets flertall har kommet til at så er tilfelle, henger det særlig sammen med kravet om «informert samtykke» som grunnlag for helsehjelp nedfelt i artikkel 25 bokstav d i CRPD. Denne uttrykksmåten er vanskelig å forene med en oppfatning om at enhver alltid har rettslig handleevne, slik komiteen har lagt til grunn. Selve ideen om et informert samtykke forutsetter et minimum av forståelse for det valget som skal tas. Selv med god støtte i beslutningssituasjonen – som utvalget vil understreke viktigheten av –, er det grenser for hvor langt man kan vanne ut forestillingen om hva som utgjør et informert samtykke. Flertallet har ikke kunnet se bort fra disse problemene, og bygger også her på en tradisjonell norsk tilnærming preget av åpenhet rundt de hjemmelsproblemer som reiser seg og hvordan disse bør løses. Flertallet ser styrken i de menneskerettslige argumentene som kan anføres mot en generelt avfattet tvangslovgivning på helse- og omsorgsfeltet – uten noen form for avgrensning av personkretsen som omfattes –, og har ikke funnet å kunne tilrå dette.

7.4.4 Tilsier den menneskerettslige utviklingen endringer i reguleringen av tvang mot barn?

Barns menneskerettigheter har fått tydelig mer oppmerksomhet etter vedtakelsen av Barnekonvensjonen. Inkorporasjonen av den har medført flere endringer i nasjonal rett. Konvensjonen har influert på utarbeidelsen av CRPD og Grunnlova § 104. Det er lite tvilsomt at barns selvstendige rettigheter har en sterkere forankring nå enn da de lovverkene som omfattes av utvalgets mandat, ble vedtatt. Et utgangspunkt er at også barn har en grunnleggende rett til frihet og en grunnleggende rett til å utøve innflytelse over eget liv. Barn må imidlertid akseptere at foreldrene har rett til å ta en rekke avgjørelser på deres vegne, som ledd i den plikt foreldrene har til å yte omsorg. Lovgiver har likevel et ansvar for å finne et balansepunkt mellom barns og foreldres rettigheter når det er fare for konflikt mellom dem. En fremtidig lovgivning må derfor sikre at hensynet til barns interesser og rettigheter er tilstrekkelig ivaretatt. Likeledes må det sikres at barn i sårbare situasjoner blir hørt og at deres mening blir vektlagt. Det er grunn til å påpeke at barn i enda større grad enn voksne kan komme i en underlegen stilling overfor dem som skal ta stilling til hvilke tiltak som skal anvendes. Derfor må det utvises ekstra tilbakeholdenhet med å utøve tvangstiltak overfor barn. Når det er spørsmål om å benytte

tiltak barn motsetter seg, vil det være en forpliktelse å holde barnets standpunkt opp mot det gode som tiltaket skal fremme, som i disse tilfellene vil være av helse- og omsorgsmessig karakter.

7.4.5 Oppsummering

CRPD-konvensjonen har vist seg svært viktig for diskusjonen om bruk av tvang, herunder frihetsberøvelse, på helse- og omsorgsfeltet. Det er skapt en ny dynamikk ved at begrunnelsene for bruk av slike inngrep er satt under press. Selv om Norge tok tolkningsforbehold i forbindelse med ratifikasjonen, kommer signaler om en bevegelse i holdninger likevel til uttrykk gjennom måten forbeholdet er formulert på: tvang må være strengt nødvendig («en siste utvei»), heter det.

På et europeisk nivå ser vi dag klare tendenser til at Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD) med større kraft går inn og overprøver forholdsmessigheten ved bruk av tvang. Endringen er skjedd i løpet av få år, og CRPD er trolig en katalysator.

Selv om utvalgets flertall ikke kan slutte seg til CRPD-komiteens prinsipielle avvisning av psykisk funksjonsnedsettelse som ett blant flere vilkår for bruk av tvang, herunder frihetsberøvelse, er konvensjonen og komiteens holdninger likevel en inspirasjonskilde for arbeidet med kritisk å gjennomgå begrunnelsen for *når og på hvilken måte* psykisk funksjonsnedsettelse bør inngå i lovgivningen. I tillegg har gjennomgangen av det menneskerettslige materialet tydeliggjort en rekke mer konkrete problempunkter opp mot gjeldende norsk lovgivning, særlig:

- Det betydelige elementet av skjønn i deler av lovgivningen, kombinert med svakheter i kontrollsystemene. Særlig skal nevnes debatten om tvangsmiddelbruk i psykisk helsevern drevet fram av VGs artikkelserie høsten 2017.
- Den vide forståelsen av hva som utgjør frihetsberøvelse etter EMK artikkel 5 i møte med ikke-protesterende pasienter innlagt i sykehjem.
- Manglende rettslig regulering av innleggelse og gjennomføring av behandling i psykisk helsevern som barn under 16 år motsetter seg.
- Sikring av at det reelt blir foretatt konkrete og løpende vurderinger av beslutningskompetanse der fravær av kompetanse er gjort til vilkår for inngrep.
- Fravær av krav om legeundersøkelse ved vedtak om frihetsberøvelse etter pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A og helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 10.
- Sikring av klagerettigheter til personer som har vansker for å ivareta sine interesser på egne vegne (f.eks. på grunn av at redusert bevegelsesfrihet, forvirring eller sløvhet). Og i forlengelsen: Interessekonflikter mellom person og nærmeste pårørende, særlig med tanke på utøvelse av klagerettigheter.
- Manglende rettslig regulering av elektrokonvulsiv behandling (ECT).

8 Utsyn – rettstilstanden i enkelte andre land

8.1 Innledning

I dette kapitlet omtales rettstilstanden i noen land som utvalget har funnet å være av særlig interesse. Representanter for utvalget var på studiebesøk i Danmark, Sverige og England høsten 2017 og i Irland i januar 2018. I tillegg omtales rettstilstanden i Island.

Omtalen omfatter i noen grad utredninger og pågående lovarbeid i tillegg til gjeldende rett, men er ikke uttømmende. Det er i hovedsak ikke tatt i betraktning nytt materiale etter 2018.

Referanser er samlet for hvert land i referanselisten bak i NOUen.

8.2 Danmark

8.2.1 Innledning

Danmark har flere regelsett om ytelse av tjenester uten mottakerens samtykke og om bruk av tvang i helse- og omsorgssektoren, dels i egne lover og dels i tjenestelovene.

Helsetjenester og omsorgstjenester er regulert i ulike lover, henholdsvis sundhedsloven²⁷⁰ og lov om social service (serviceloven)²⁷¹.

I punkt 8.2.2 omtales hovedregelen om informert samtykke fra pasienten som grunnlag for helsehjelp, og enkelte unntak fra dette utgangspunktet som er fastsatt i sundhedsloven. Loven har også regler om behandlingstestament, jf. punkt 8.2.2.6, og om bruk av alarm- og lokaliseringssystemer og noen andre inngrep i selvbestemmelsesretten overfor visse pasienter i forbindelse med innleggelse i somatisk sykehus, jf. punkt 8.2.2.7.

Lov om anvendelse af tvang i psykiatrien (psykiatriloven)²⁷² omtales i punkt 8.2.3. Loven tilsvarende langt på vei de norske reglene om tvungent psykisk helsevern, men med den viktige forskjell at man ikke bruker konstruksjonen «tvungent psykisk helsevern» som overbegrep. I stedet fokuseres det på det enkelte tiltak. Loven har også enkelte bestemmelser om tvang overfor psykiatriske pasienter ved behov for somatisk behandling, personlig hygiene mv. som ikke har sitt motstykke i den norske psykisk helsevernloven.

Danmark har ikke lovhjemmel for bruk av tvangstiltak i rusbehandling/-omsorg. Et unntak er en lovregulert mulighet for tilbakeholdelse etter avtale med misbrukere av alkohol eller narkotika som er i døgntilrettelagt behandling, og da i første rekke gravide. Reglene omtales i punkt 8.2.4.

Lov om anvendelse af tvang ved somatisk behandling af varigt inhabile²⁷³ ble vedtatt i 2017 og trådte i kraft 1. januar 2018. Se punkt 8.2.5 om denne loven.

Serviceloven regulerer visse tjenester til barn og unge, herunder barnevern, og ulike typer sosial- og omsorgstjenester til voksne, særlig personer med nedsatt funksjonsevne. Loven har ikke generelle samtykkeregler, men har enkelte bestemmelser om samtykke. Loven har også

²⁷⁰Bekendtgørelse nr. 1286 af 2. november 2018 af sundhedsloven, med senere endringer. Lovene, forskrifter mv. er å finne på: <https://www.retsinformation.dk>

²⁷¹Bekendtgørelse nr. 1114 af 30. august 2018 af lov om social service, med senere endringer

²⁷²Bekendtgørelse nr. 1160 af 29. september 2015 af lov om anvendelse af tvang i psykiatrien, med senere endringer

²⁷³Bekendtgørelse nr. 126 af 27. januar 2019 om anvendelse af tvang ved somatisk behandling af varigt inhabile, med senere endringer

bestemmelser om ytelse av tjenester uten samtykke på ulike områder, og regler om maktanvendelse og andre inngrep i selvbestemmelsesretten på nærmere vilkår. Dette er omtalt i punkt 8.2.6.

Tvang i forbindelse med barnevern er regulert i serviceloven og en særskilt lov om voksenansvar for anbragte børn og unge²⁷⁴, jf. punkt 8.2.7.

Det bemerkes for øvrig at Danmark har en egen ordning for kontroll med forholdene for personer som er administrativt frihetsberøvet, herunder «tvangsindlagte patienter, tvangsanbragte børn samt demente, der bliver tilbageholdt på et plejehjem». Dette omtales som § 71-tilsyn fordi det er regulert i Grundloven § 71. Det er et «udvalg» av Folketingsmedlemmer (tilsvarende stortingskomité) som utøver tilsynet, som både omfatter behandling av henvendelser og besøk på institusjoner. Tilsynet behandler ikke enkeltsaker og kan ikke treffe avgjørelser, men kan gi uttrykk for sin vurdering av forholdene i form av kritiske bemerkninger, anbefalinger eller henstillinger.²⁷⁵ Denne ordningen kommer i tillegg til OPCAT-enheten knyttet til Folketingets Ombudsman (som tilsvarende Forebyggingsenheten hos Sivilombudsmannen) og andre tilsyns- og kontrollordninger.

8.2.2 Sundhedslovens regler om samtykke og behandlingstestament mv.

8.2.2.1 Hovedregel

Sundhedsloven kapittel 5 har regler om samtykke i forbindelse med helsehjelp. Utgangspunktet er at helsehjelp ikke skal gis uten informert samtykke med mindre det følger av lov. Samtykke kan gis skriftlig, muntlig eller stilltiende, jf. § 15. Hva slags informasjon pasienten skal gis, er nærmere regulert i § 16. Det er uttrykkelig fastsatt at pasienten kan frabe seg informasjon. Nærmere regler om samtykke og informasjon er fastsatt i forskrift.²⁷⁶

8.2.2.2 Barn og unge

Etter sundhedsloven § 17 kan en pasient som er fylt 15 år, selv gi informert samtykke til behandling. Den som har foreldreansvaret skal også ha informasjon og «inndrages i den mindre-åriges stillingtagen». Hvis helsepersonellet etter en individuell vurdering finner at en mindre-årig pasient over 15 år ikke er i stand til å forstå konsekvensene av sitt standpunkt, kan det overlates til den som har foreldreansvaret å gi informert samtykke. For barn under 15 år kreves som hovedregel samtykke fra den som har foreldreansvaret. Den situasjon at barnet motsetter seg helsehjelpen, er ikke regulert i loven.

8.2.2.3 Øyeblikkelig hjelp

Øyeblikkelig hjelp som er påkrevet for at en pasient skal overleve eller «for på længere sigt at forbedre patientens chance for overlevelse eller for et væsentligt bedre resultat af behandlingen» er regulert i lovens § 19. Slik hjelp kan gis til pasient som *midlertidig eller varig* er ute av stand til å gi samtykke eller som er under 15 år, uten samtykke fra pasienten eller fra den

²⁷⁴Bekendtgørelse nr. 178 af 26. februar 2019 om voksenansvar for anbragte børn og unge, med senere endringer

²⁷⁵Informasjon om § 71-tilsynets arbeid på Folketingets nettsider: <https://www.ft.dk/da/udvalg/udvalgene/§71/arbejde>

²⁷⁶Bekendtgørelse nr. 509 af 13. mai 2018 om information og samtykke i forbindelse med behandling og ved videregivelse og indhentning af helbredsoplysninger mv.

som har foreldreansvar, nærmeste pårørende eller verge. Det er i bestemmelsen ikke regulert i hvilken grad dette gjelder dersom pasienten viser motstand muntlig eller fysisk.

8.2.2.4 Pasient som «varigt mangler evnen til at give informeret samtykke»

For en pasient som «varigt mangler evnen til at give informeret samtykke», kan de nærmeste pårørende samtykke til behandling, jf. § 18. Hvis pasienten er under vergemål som omfatter personlige forhold, herunder helseforhold, kan vergen samtykke. Hvis pasienten har avgitt en fremtidsfullmakt som omfatter personlige forhold, herunder helseforhold, kan samtykke gis av fremtidsfullmektigen, i det omfang fullmakten bemyndiger til det.²⁷⁷ Hvis helsepersonellet mener at nærmeste pårørende, vergen eller fremtidsfullmektigen «forvalter samtykket på en måte, der åbenbart vil skade patienten eller behandlingsresultatet», kan behandling gis uten deres samtykke såfremt Styrelsen for Patientsikkerhed gir sin tilslutning. Hvis pasienten ikke har nærmeste pårørende, verge eller fremtidsfullmektig, kan helsepersonellet «gjennomføre en påtænkt behandling, hvis en anden sundhedsperson, der har faglig indsigt på området, og som ikke tidligere har deltageret i eller skal deltage i behandlingen af den pågældende patient, giver sin tilslutning hertil». Behandling som er av mindre inngripende karakter med hensyn til omfang og varighet, kan gis uten å trekke inn annet helsepersonell. Bestemmelsen gir ikke hjemmel for gjennomføring med tvang.

Den pasientgruppen § 18 gjelder, tilsvarende den som omfattes av den nye tvangsbehandlingsloven, jf. punkt 8.2.5. I omtalen av sundhedsloven § 18 i forarbeidene til den nye loven heter det blant annet:

«Patienter, der varigt mangler evnen til at give informeret samtykke til behandling, omfatter en stor og uensartet gruppe mennesker. Varig mangel på evne til at give informeret samtykke foreligger, når evnen til at handle fornuftsmæssigt er varigt fraværende, f.eks. på grund af manglende mental udvikling eller på grund af alderssvækkelse, kognitive forstyrrelser eller lignende. Det drejer sig om mennesker med nedsat psykisk funktionsevne, hvad enten denne tilstand har eksisteret fra fødslen eller er opstået senere, som tilfældet er for mennesker med demens. Endvidere henregnes kroniske sindslidende og sindslidende med langvarige sygdomsforløb ofte til denne gruppe af patienter. Afgørende er, om de kan forholde sig fornuftsmæssigt til behandlingsforslag m.v. i en behandlingssituation, dvs. om de kan give et gyldigt informeret samtykke.»²⁷⁸

En pasient som ikke selv kan gi informert samtykke, skal informeres og «inndrages i drøftelserne af behandlingen, i det omfang patienten forstår behandlingssituationen, medmindre dette kan skade patienten», jf. § 20. Det skal legges vekt på pasientens tilkjennevisninger i det omfang de er aktuelle og relevante. Det må antas at bestemmelsen i § 20 gjelder både barn under 15 år og personer over 15 år som ikke selv har beslutningskompetanse.

For pasient som er over 15 år og «varigt» mangler evnen til å gi informert samtykke, men som i ord eller handling motsetter seg behandling, kan reglene i lov om anvendelse af tvang ved somatisk behandling af varigt inhabile komme til anvendelse. Se nærmere i punkt 8.2.5.

²⁷⁷Fremtidsfullmakter er regulert i lov nr. 618 af 8. juni 2016 om fremtidsfuldmagter og bekendtgørelse nr. 1018 af 23. august 2017 om fremtidsfuldmagter.

²⁷⁸L 185 (2016–2017) punkt 2.1.1.1

8.2.2.5 Særlige tilfeller

Sundhedsloven kapittel 6 har særlige regler om selvbestemmelse i visse tilfeller som sultestreik (§ 23), avvisning av blod eller blodprodukter (§ 24) og livsforlengende behandling til døende pasient (§ 25).

Hvis en pasient som ikke er «uafvendelig døende» tilbakekaller et informert samtykke om fortsatt livsforlengende behandling, er helsepersonellet ikke forpliktet til at avbryte behandlingen, hvis helsepersonellet vurderer at avbrytelsen vil medføre at pasienten umiddelbart deretter vil avgå ved døden, og dette vil stride mot helsepersonellens etiske oppfatning. Det påhviler i så fall helsepersonellet å henvise pasienten til annet helsepersonell, som kan etterkomme pasientens selvbestemmelse. Se sundhedsloven § 24 a som ble inntatt sammen med andre lovendringer i 2018.²⁷⁹

Det er gitt ut veiledningsskriv til sykehus og andre instanser om fravalg av livsforlengende behandling og avbrytelse av behandling.²⁸⁰

8.2.2.6 Behandlingstestament

Sundhedsloven kapittel 6 har blant annet bestemmelser om behandlingstestament, jf. § 26.²⁸¹ I et slikt testament kan en person over 18 år «uttrykke sine ønsker med hensyn til behandling, hvis vedkommende måtte komme i en tilstand, hvor selvbestemmelsesretten ikke lenger kan udøves af patienten selv». Det er en forutsetning at vedkommende ved opprettelsen av behandlingstestamentet ikke var under vergemål som omfatter personlige forhold, herunder helseforhold.

Bestemmelser i behandlingstestament om at man ikke ønsker livsforlengende behandling hvis man er «uafvendelig døende», er bindende for helsepersonellet, jf. § 26 sjuende ledd. Etter lovendringer i 2018 (i kraft 1. januar 2019) gjelder tilsvarende også de andre kategoriene som er regulert i § 26. Dette omfatter bestemmelser om at man ikke ønsker livsforlengende behandling «i tilfælde af, at sygdom, fremskreden alderdomssvækkelse, ulykke, hjertestop el.lign. har medført så svær invaliditet, at testator varigt vil være ude af stand til at tage vare på sig selv fysisk og mentalt». Slike bestemmelser var tidligere ikke bindende, bare veiledende. En ny kategori er «livsforlengende behandling i en situation, hvor behandlingen kan føre til overlevelse, men hvor de fysiske konsekvenser af sygdommen eller af behandlingen vurderes at være meget alvorlige og lidelsesfulde», jf. § 26 andre ledd nr. 3.

Dessuten kan det nå inntas bindende bestemmelser i behandlingstestament om at man ikke ønsker å motta behandling med bruk av tvang etter reglene i tvangsbehandlingsloven, jf. § 26 fjerde ledd.

Det heter i forarbeidene at det ikke kan gis tvungen livsforlengende behandling for somatisk sykdom etter psykiatriloven § 13 dersom pasienten i behandlingstestament har fravalgt slik

²⁷⁹Sundhedsloven § 24 a trådte i kraft 1. juli 2018, mens de øvrige endringene trådte i kraft 1. januar 2019.

²⁸⁰Patientsikkerhedsstyrelsen, 2018a, og Patientsikkerhedsstyrelsen, 2018b

²⁸¹Før endring ved lov nr. 254 av 6. april 2018 brukte loven begrepet «livstestamente». Det er også materielle endringer i bestemmelsene, jf. Lovforslag L 99 (2017–18). For livstestamenter opprettet før 1. januar 2019 gjelder de tidligere reglene.

behandling.²⁸² Forholdet til psykiatriloven for øvrig er ikke regulert eller drøftet i forarbeidene. Det må derfor antas at man ikke kan reservere seg mot tvungen psykiatrisk behandling i behandlingstestament, eller at det i alle fall ikke vil være bindende og ha gjennomslag dersom psykiatrilovens vilkår er oppfylt. Heller ikke tvang etter serviceloven er regulert eller omtalt i forbindelse med lovendringene.

Det er lovfestet at pasientens pårørende, verge og fremtidsfullmektig ikke kan motsette seg det pasienten har bestemt i behandlingstestament. Men det kan i et behandlingstestament bestemmes at fravalg av behandling forutsetter slike representanters aksept, jf. sundhedsloven § 26 sjette ledd.

Når det vurderes å iverksette livsforlengende behandling av personer som mangler selvbestemmelsesrett (beslutningskompetanse), skal helsepersonellet undersøke om det foreligger et behandlingstestament, jf. § 26 femte ledd. Det samme gjelder tvangsbehandling etter tvangsbehandlingsloven.

Nærmere regler om Behandlingstestamenteregistret er gitt i forskrift.²⁸³ Hovedløsningen er digital selvbetjening for registrering og endring av behandlingstestament.

8.2.2.7 Visse inngrep overfor sykehuspasienter som midlertidig eller varig mangler evnen til å gi informert samtykke

Sundhedsloven kapittel 6 a (§§ 27 a til 27 f) har regler om bruk av alarm- og lokaliseringssystemer og visse andre inngrep i selvbestemmelsesretten overfor pasienter som er fylt 15 år og som midlertidig eller varig mangler evnen til å gi informert samtykke. Reglene gjelder bare ved innleggelse på en somatisk avdeling ved et offentlig sykehus eller privat behandlingssted i spesialisthelsetjenesten med avtale med det offentlige. Reglene gir ikke hjemmel for å gi helsehjelp med tvang, men gir hjemmel for visse andre typer tiltak under sykehusopphold. Formålet er «å kunne yde den bedst mulige omsorg og beskyttelse af patienten», og især hindre at pasienten forlater sykehusavdelingen og på den måten utsetter seg selv for personskade.

Dersom helsehjelp skal gis med tvang må vilkårene i lov om anvendelse af tvang ved somatisk behandling af varigt inhabile, være oppfylt, jf. punkt 8.2.5.

Etter sundhedsloven kapittel 6 a kan overlegen beslutte bruk av alarm- og lokaliseringssystemer med samtykke fra nærmeste pårørende, jf. § 27 d. Samtykke kan også gis av verge dersom pasienten er under vergemål som omfatter helseforhold, eller av fremtidsfullmektig dersom pasienten har avgitt en fremtidsfullmakt som dekker slike forhold. Tiltaket må fremstå som den beste løsning av hensyn til pasientens sikkerhet.

Dersom pasienten motsetter seg tiltaket i ord eller handling, kan tiltaket bare gjennomføres hvis det er en åpenbar risiko for at pasienten forlater sykehusavdelingen og på den måten utsetter seg selv for personskade. Videre må tiltakene være egnet til å forebygge denne risikoen. Under slike forhold kan tilslutning fra en annen lege tre i stedet for samtykke fra nærmeste pårørende, verge eller fremtidsfullmektig dersom pasienten ikke har slik representant. Hvis

²⁸²Lovforslag L 99 (2017–18) s. 13

²⁸³Bekendtgørelse nr. 1345 af 16. november 2018 om behandlingstestamenter

overlegen mener at nærmeste pårørende, vergen eller fremtidsfullmektigen «forvalter samtykket på en måte, der åbenbart skader patientens interesser eller helbred», kan tiltakene iverksettes uten deres samtykke såfremt en annen lege gir sin tilslutning.

I tillegg til bruk av alarm- og lokaliseringssystemer, gir reglene i sundhedsloven kapittel 6 a hjemmel for fysisk tilbakeholdelse og tilbakeføring av pasient som har forlatt sykehusavdelingen, men fortsatt befinner seg på sykehusområdet. Slike inngrep i selvbestemmelsesretten kan besluttes av helsepersonell hvis det er risiko for at pasienten ved å forlate sykehusavdelingen utsetter seg for å lide personskade. Det er en forutsetning at «øyeblikkelig tilbakeholdelse eller tilbakeførsel i det konkrete tilfælde er absolutt påkrævet for at afværge denne risiko». Det er ikke hjemmel for bruk av mekaniske tvangsmidler eller innlåsing.

Ethvert inngrep skal være så skånsomt og kortvarig som mulig og stå i rimelig forhold til formålet med inngrepet. Det minst inngripende tiltak skal anvendes, hvis det er tilstrekkelig for å oppnå formålet. Alle inngrep skal utføres med størst mulig hensyntagen til pasienten for å unngå unødige krenkelser og ulempe, jf. § 27 b. Inngrep må ikke erstatte personlig pleie og omsorg.

Det er regler om innberetning av tiltak etter sundhedsloven kapittel 6 a til regionsrådet og sentrale helsemyndigheter, jf. § 27 f.

8.2.3 Tvang i psykisk helsevern

8.2.3.1 Utgangspunkter

Danmark har en egen lov om tvang i psykisk helsevern, lov om anvendelse af tvang i psykiatrien (psykiatriloven)²⁸⁴.

Med tvang menes i psykiatriloven tiltak som det ikke er gitt informert samtykke til etter reglene i sundhedsloven kapittel 5, jf. § 1 tredje ledd. Se punkt 8.2.2 om sundhedslovens samtykkeregler. Dersom pasienten er under 15 år og den som innehar foreldreansvaret avgir informert samtykke, anses det ikke som tvang selv om barnet motsetter seg hjelpen, jf. psykiatriloven § 1 fjerde ledd. Barn under 15 år kan om nødvendig tvangsinnlegges dersom foreldrene ikke samtykker. For barn over 15 år er det barnets eget samtykke som er avgjørende.

Formålet med loven er etter § 2 å sikre:

- «1) at iværksættelse og gennemførelse af tvang efter denne lov sker i overensstemmelse med grundlæggende retssikkerhedsprincipper,
- 2) at indlæggelse, ophold og behandling i de tilfælde, hvor det sker uden patientens samtykke, i videst muligt omfang sker som led i at understøtte patientens muligheder for bedring, og
- 3) at tvangsanvendelse efter reglerne i denne lov i videst muligt omfang tager udgangspunkt i patientens behov og udføres med respekt for patienten og dennes værdighed.»

I § 2 slås også fast at tvang aldri må erstatte omsorg, behandling og pleie. Pasienten skal «under hensyntagen til formålet med indlæggelsen og den enkeltes tilstand have mulighed for i videst muligt omfang selv at træffe beslutninger», og det skal tas størst mulig hensyn til den enkelte pasients livssyn og kulturelle bakgrunn.

Videre heter det i § 2 femte ledd:

²⁸⁴Bekendtgørelse nr. 1160 af 29. september 2015 af lov om anvendelse af tvang i psykiatrien, med senere endringer

«Med henblik på i videst muligt omfang at forebygge anvendelse af tvang skal sygehusmyndigheden tilbyde sygehusophold, behandling, pleje og omsorg, som svarer til god psykiatrisk sygehusstandard, herunder med hensyn til de bygningsmæssige forhold, senge- og personalenormering, personalets kompetencer, politikker i relation til patienter og pårørende, mulighed for udendørs ophold samt beskæftigelses-, uddannelses- og andre aktivitetstilbud.»

Innleggelse, opphold og behandling på psykiatrisk avdeling skal så vidt mulig skje med pasientens samtykke, jf. § 3. I forbindelse med innleggelsessamtalen skal pasienten spørres om eventuelle preferanser vedrørende behandlingen, herunder i tilfelle det kommer på tale å bruke tvang. Pasientens eventuelle forhåndstilkjennegivelser om behandling under oppholdet skal framgå av pasientjournalen og i størst mulig grad trekkes inn i den behandlingsplanen som skal opprettes. I forbindelse med innleggelsessamtalen skal det også drøftes med pasienten i hvilken grad pårørende eller andre i pasientens sosiale nettverk skal trekkes inn i behandlingsforløpet.

Tvang må ikke benyttes før man har gjort det som er mulig for å oppnå pasientens frivillige medvirkning. Når forholdene tillater det, skal pasienten ha en passende betenkningstid, jf. § 4.

Anvendelsen av tvang skal stå i rimelig forhold til det som søkes oppnådd, og ikke anvendes i videre omfang enn det som er nødvendig for å oppnå det tilsiktede formålet. Er mindre inngripende foranstaltninger tilstrekkelige, skal disse anvendes. Tvang skal utøves så skånsomt som mulig og med størst mulig hensyntagen til pasienten, så det ikke forvoldes unødige krenkelser eller ulemper.

Etter opphør av enhver tvangsforanstaltning skal pasienten tilbys en eller flere samtaler. Når foreldre har gitt samtykke til behandling av mindreårige under 15 år, skal både den mindreårige og foreldrene tilbys en oppfølgende samtale etter opphør av inngrepet, jf. § 4.

8.2.3.2 Frihetsberøvelse

Vilkårene for frihetsberøvelse er angitt i § 5:

«Tvangsindlæggelse, jf. §§ 6-9, eller tvangstilbageholdelse, jf. § 10, må kun finde sted, såfremt patienten er sindssyg eller befinder sig i en tilstand, der ganske må ligestilles hermed, og det vil være uforsvarligt ikke at frihetsberøve den pågældende med henblik på behandling, fordi:

- 1) udsigten til helbredelse eller en betydelig og afgørende bedring af tilstanden ellers vil blive væsentlig forringet eller
- 2) den pågældende frembyder en nærliggende og væsentlig fare for sig selv eller andre.»

Tvangsinnleggelse skal skje dersom vilkårene i § 5 er oppfylt, jf. § 6 tredje ledd. Frihetsberøvelse skal straks opphøre når overlegen finner at vilkårene i § 5 ikke lenger er til stede, jf. § 11.

Nærmere regler om tvangsinnleggelse, herunder legeundersøkelse, politiets medvirkning og frister, er gitt i §§ 6 til 9. Tvangstilbakeholdelse og overføring fra frivillig opphold til tvungent opphold er regulert i § 10. Danmark har ikke noe konverteringsforbud tilsvarende § 3-4 i den norske psykisk helsevernloven. En person som var tvangsinnlagt eller tvangstilbakeholdt, men som har forlatt avdelingen og som ikke vender frivillig tilbake, kan bare tilbakeføres etter reglene i § 10 a.

8.2.3.3 *Tvangsbehandling*

Tvangsbehandling er regulert i kapittel 4 (§§ 12 og 13), og nærmere regler er gitt i forskrift.²⁸⁵ Tvangsbehandling kan bare benyttes overfor personer som oppfyller vilkårene for tvangstilbakeholdelse. Tvangsmedisinering skal kun anvendes når andre behandlingsmuligheter må anses for uanvendelige. Det skal brukes «afprøvede legemidler i sædvanlig dosering og med færrest mulige bivirkninger». Tvangsernæring kan kun benyttes hvis det er nødvendig for å redde pasientens liv, eller hvor unnlatelse vil medføre en alvorlig risiko for pasientens liv eller helse, jf. forskriften § 7. Tvangsbehandling med elektrokonvulsiv behandling (ECT) kan bare gis dersom pasienten befinner seg i «en aktuell eller potensiell livstruende tilstand», jf. loven § 13 andre ledd.

Avgjørelse om tvangsbehandling treffes av overlegen. Legen bestemmer samtidig i hvilket omfang det – om nødvendig – kan anvendes makt til gjennomføring av behandlingen. Før overlegens avgjørelse skal pasienten ha en betenkningstid for å kunne overveie om han eller hun vil gi samtykke til den påtenkte behandlingen. Betenkningstiden skal ha en passende varighet ut fra sykdommens alvorlighet og varighet, pasientens ambivalens til behandlingen, om manglende medisinerer vil kunne føre til bruk av andre former for tvang mv. Pasienten skal såvidt mulig ha tid til å drøfte spørsmålet med sin pasientrådgiver. Betenkningstiden skal være høyst tre dager. I betenkningstiden skal pasienten daglig tilbys å innta legemidlet frivillig, og «den forsøgte motivation» skal journalføres, jf. forskriften § 3. En rekke avgjørelser i klagesaker har vist at det er krevende å praktisere ordningen i samsvar med reglene og den praksis som er trukket opp av klageinstansene.

Tvangsbehandling for somatiske lidelser hos psykiatriske pasienter som ikke gir informert samtykke til behandlingen, er regulert i § 13. Det er en forutsetning at lidelsen setter pasientens liv eller helse i vesentlig fare og at vilkårene for frihetsberøvelse er oppfylt.

Klage over beslutning om tvangsbehandling (etter §§ 12 eller 13) har oppsettende virkning med mindre omgående gjennomføring av behandlingen er nødvendig for ikke å sette pasientens liv eller helse i vesentlig fare, eller for å avverge at pasienten utsetter andre for nærliggende fare for å lide skade på legeme eller helse, jf. forskriften § 12. Klager over andre avgjørelser etter psykiatriloven har ikke oppsettende virkning med unntak av klage over tvungen oppfølgning etter utskrivning, jf. loven kapittel 4 a.

Det er i loven § 22 fastsatt at ethvert psykokirurgisk inngrep krever pasientens skriftlige samtykke, og må være forhåndsgodkjent av et legeråd nedsatt av Sundhedsstyrelsen.

Pasienter som er frihetsberøvet må ikke undergis forsøksbehandling, jf. § 23. Slik behandling må heller ikke gis med tvang til frivillig innlagte pasienter.

8.2.3.4 *Tvangsmidler mv.*

Bruk av fysisk makt og tvangsmidler er regulert i lovens kapittel 5, og nærmere regler er gitt i forskrift.²⁸⁶

Bruk av mekaniske tvangsmidler – «tvangsfiksering» – kan skje med belte, hånd- og fotremmer og hansker. Dette er regulert i loven § 14 og forskriften §§ 19 til 23. Tvangsfiksering kan

²⁸⁵Bekendtgørelse nr. 1338 af 2. desember 2010 om anvendelse af anden tvang end frihedsberøvelse på psykiatriske afdelinger, kapittel 1

²⁸⁶Bekendtgørelse nr. 1338 af 2. desember 2010 om anvendelse af anden tvang end frihedsberøvelse på psykiatriske afdelinger kapittel 3 flg., med endringer i bekendtgørelse nr. 1107 af 11. september 2015

benyttes dersom pasienten utsetter seg selv eller andre for nærliggende fare for å lide skade på legeme eller helbred, eller dersom pasienten forfølger eller på annen lignende måte grovt forulemper medpasienter, eller øver hærverk av ikke ubetydelig omfang.

Tvangsfiksering skal være kortvarig, men en pasient kan tvangsfikseres i lengere tid enn noen få timer når hensynet til pasientens eller andres liv, førlighet eller sikkerhet tilsier det.

Tvangsfiksering skal som hovedregel besluttes av overlegen. Det skal foretas ny vurdering minst tre ganger i døgnet, jevnt fordelt. En uavhengig lege skal vurdere spørsmålet om tvangsfiksering utover 24 timer, jf. nærmere om dette i punkt 8.2.3.7.

Tvangsfiksering som pasienten selv ber om av trykksaker, kan skje med samtykke fra lege.

Når vilkårene for tvangsfiksering er oppfylt, kan pasienten i stedet holdes fast og om nødvendig føres til et annet sted på sykehuset, jf. loven § 17 og forskriften §§ 24 til 26. Valget av tvangsmiddel skal skje ut fra det minste middels prinsipp, jf. lovens § 4. Fysisk makt kan også brukes for å holde tilbake tvangsinnlagte.

Beroligende middel kan benyttes, om nødvendig med makt, hvis det er av avgjørende betydning for bedring av en meget urolig pasient, og dette anses som et mindre inngripende middel enn andre tiltak, jf. forskriften § 26.

«Beskyttelsesfiksering» med stoffbelter og lignende kan skje for å beskytte en pasient mot utilsiktet å utsette seg selv for vesentlig fare, for eksempel fall fra seng eller stol eller vandring omkring i forvirret tilstand, jf. loven § 18 og forskriften §§ 27 til 29.

«Personlige alarm- og pejlesystemer og særlige dørlåse» kan anvendes overfor en pasient som lider av demens eller demenslignende tilstander, for å hindre at vedkommende ved å forlate en psykiatrisk avdeling utsetter seg selv eller andre for en betydelig risiko for å lide personskade, jf. loven § 17 a og forskriften §§ 30 og 31.

Ved «personlig skærmning» forstås i psykiatriloven «foranstaltninger, hvor et eller flere personalemedlemmer konstant befinner sig i umiddelbar nærhed af patienten», jf. § 18 d og forskriften § 46. Med mindre pasienten samtykker, kan dette bare benyttes i det omfang det er nødvendig for å avverge at en pasient begår selvmord eller på annet vis utsetter sin eller andres helse for betydelig skade, eller for å avverge at pasienten forfølger eller på annen lignende måte grovt forulemper medpasienter eller andre.

Dører i avdelingen kan låses på visse vilkår, men ikke døren til pasientrom, jf. loven § 18 f og forskriften § 47. Dette gjelder overfor pasienter som er frihetsberøvet og pasienter med risiko for å utsette seg selv for vesentlig fare, jf. § 18. Dette kan gjennomføres ved at mindre enheter i avdelingen låses, eller ved at de øvrige pasientene gis adgang til å bli låst ut. Låsing kan også skje etter pasientens ønske.

Overlegen kan beslutte at det kan gjennomføres tiltak for nødvendig personlig hygiene med tvang overfor en pasient som på grunn av sin sinnslidelse ikke selv er i stand til å ivareta sin hygiene, jf. loven § 18 g og forskriften § 48. Tiltaket må være nødvendig av hensyn til pasienten selv eller av hensyn til medpasienter eller personale.

Åpning og kontroll av post, undersøkelse av pasientrom og eiendeler samt kroppsvistasjon er regulert i loven § 19 a. Slike inngrep kan benyttes ved mistanke om at det er medikamenter, rusmidler eller farlige gjenstander i avdelingen.

Det er særlig regler om tvangsforanstaltninger på en rettspsykiatrisk sikringsavdeling, jf. loven §§ 18 a til 18 c og forskriften kapittel 5. Blant annet er det hjemmel for oppegående tvangsfiksering, noe som ikke kan benyttes på andre avdelinger.

8.2.3.5 *Tvungen oppfølging etter utskrivning*

Loven kapittel 4 a regulerer oppfølging etter utskrivning, også tvungen oppfølging. Det skal inngås en utskrivningsavtale med pasienter som «etter utskrivning må antages ikke selv at ville søge den behandling eller de sociale tilbud, der er nødvendige for patientens helbred», jf. § 13 a. Avtalen inngås mellom pasienten, den psykiatriske avdelingen og relevante myndigheter og tjenesteytere. Hvis pasienten ikke vil medvirke til en slik avtale, skal den psykiatriske avdelingen sørge for at det utarbeides en «koordinationsplan for de behandlingsmæssige og sociale tilbud til patienten», jf. § 13 b.

Tvungen oppfølging kan besluttet før utskrivning «hvis der på baggrund af den aktuelle indlæggelse findes at være en begrundet formodning om og nærliggende risiko for, at patienten efter udskrivning vil ophøre med at følge den behandling, der er nødvendig for patientens helbred», jf. § 13 d. Det er en forutsetning at pasienten var tvangsinnlagt eller tvangstilbakeholdt ved den aktuelle innleggelsen, og har vært det minst tre ganger de siste tre årene før innleggelsen, eller har unnlatt å følge opp behandling i henhold til utskrivningsavtale, koordinasjonsplan mv.

Tvungen oppfølging kan bare inneholde pålegg til pasienten om å møte opp til medisineri i «det psykiatriske sygehusvæsen». Det skal anvendes legemidler «for hvilke overlægen kender patientens reaktion, herunder eventuelt i depotform». Hvis pasienten ikke møter, kan det besluttet at pasienten skal hentes av politiet og bringes til tvangsmedisinering på en psykiatrisk avdeling.

En beslutning om tvungen oppfølging kan gjelde inntil tre måneder etter utskrivning. Forlengelse kan skje for inntil tre måneder av gangen, men totalt ikke mer enn tolv måneder fra utskrivning.

Reglene om tvungen oppfølging ble innført i 2010 og var ment for en fireårig forsøksperiode.²⁸⁷ Ved tidspunktet for evalueringen var det 30 pasienter som hadde vært undergitt tvungen oppfølging.²⁸⁸ Forsøksperioden ble senere forlenget slik at ny evaluering og revisjon av loven skal skje i folketingsåret 2018–2019.²⁸⁹

8.2.3.6 *Pasientrådgiver*

Pasienter som tvangsinnlegges eller undergis andre former for tvang etter psykiatriloven i et visst omfang, skal som hovedregel få utpekt en uavhengig pasientrådgiver, jf. loven kapittel 8 og nærmere regler i forskrift.²⁹⁰ ²⁹¹ Pasientrådgiveren skal veilede og rådgi pasienten med hensyn til alle forhold i forbindelse med innleggelse, opphold og behandling ved psykiatrisk avdeling. Pasientrådgiveren skal også bistå patienten med iverksettelse og gjennomføring av

²⁸⁷Lov nr. 533 af 26. mai 2010 om ændring af lov om anvendelse af tvang i psykiatrien og lov om rettens pleje (Tvungen oppfølging efter udskrivning)

²⁸⁸Sundhedsstyrelsen, 2014. Se også Det Nationale Institut for Kommuner og Regioners Analyse og Forskning (KORA), 2014

²⁸⁹Lov nr. 579 af 4. mai 2015 om ændring af lov om anvendelse af tvang i psykiatrien, § 2

²⁹⁰Bekendtgørelse nr. 1341 af 2. desember 2010 om patientrådgivere, med senere endringer

²⁹¹Pasient som har «bistandsværge» etter straffeloven § 71, får ikke oppnevnt pasientrådgiver

eventuelle klager. Pasientrådgiveren har adgang til å fremsette klage og bringe saken videre til retten i samme utstrekning som pasienten, jf. loven §§ 35 og 37. Pasientrådgiveren behøver altså ikke fullmakt fra pasienten for å fremsette klage. Men det må forutsettes at pasientrådgiveren handler på vegne av og i samråd med pasienten, eller for å ivareta pasientens interesser best mulig dersom pasienten selv ikke er i stand til å ta stilling til hva som bør gjøres.²⁹² Pasientrådgiveren skal så vidt mulig være til stede ved klagebehandling i Det Psykiatriske Patientklagenævn.²⁹³

Nævnenes Hus²⁹⁴ antar et antall pasientrådgivere etter søknad. En fortegnelse er tilgjengelig for de psykiatriske avdelingene, som tar kontakt med pasientrådgivere på listen, etter tur, for oppnevning i den enkelte sak. Pasienten skal få uttale seg, og om mulig skal den pasientrådgiveren som pasienten ønsker, oppnevnes. Dette gjelder også personer som ikke er antatt av Nævnenes Hus, med mindre det er utilrådelig. Nævnenes Hus fatter beslutning i slike saker, og i mellomtiden oppnevnes den som sto for tur på listen. En pasientrådgiver skal ikke ha tilknytning til det aktuelle sykehus.

Det oppnevnes pasientrådgiver også til pasienter som ikke ønsker det, men pasienten kan avslå å møte pasientrådgiveren.

Pasientrådgiveren skal snarest mulig etter oppnevningen besøke pasienten og «til stadighet holde sig i forbindelse med denne». Første besøk skal avlegges innen 24 timer etter oppnevningen, deretter minst én gang i uken og for øvrig etter behov, jf. nærmere regler i lovens § 26 om besøk og telefonsamtaler. Pasientrådgiveren har rett til fri og uhindret personlig, skriftlig og telefonisk forbindelse med pasienten. Personalet på avdelingen skal gi pasientrådgiveren enhver opplysning som er nødvendig for å ivareta vervet på forsvarlig måte. Pasientrådgiveren skal ikke ha opplysninger som pasienten selv ikke gis tilgang til.

Pasientrådgivere har krav på vederlag fra det offentlige etter faste satser.

Utvalget fikk under studiebesøket det inntrykk at ordningen med pasientrådgivere fungerer godt.

Pasientene har ikke krav på advokat på det offentliges bekostning unntatt i de saker som bringes inn for retten, jf. punkt 8.2.3.7.

8.2.3.7 Etterprøving og overprøving av beslutninger om tvang mv.

Lovens kapittel 6 har bestemmelser om tvangsprotokoll og obligatorisk etterprøving. Det er som hovedregel overlegen som fatter avgjørelser etter psykiatriloven, og som selv skal etterprøve med nærmere angitte intervaller. Overlegen har ansvaret for at frihetsberøvelse og annen tvang etter psykiatriloven ikke anvendes i videre omfang enn nødvendig.

Som ledd i etterprøving av frihetsberøvelse skal overlegen etter henholdsvis 3, 10, 20 og 30 dager, og deretter minst hver fjerde uke, påse at betingelsene for frihetsberøvelse fortsatt er oppfylt, jf. § 21. Med de samme intervaller skal det foretas fornyet legevurdering av bruken av beskyttelsesfiksering, personlige alarm- og peilesystemer og særlige dørlåser.

²⁹²Madsen, H. B., 2017, s. 188–189

²⁹³Pasientrådgiverordningen er nærmere omtalt i Madsen, H. B., 2017, s. 187 flg.

²⁹⁴Tidligere Statsforvaltningen, jf. endringslov nr. 1711 vedtatt 27. desember 2018, i kraft 1. april 2019

Tvangsfiksering skal vurderes av lege minst tre ganger i døgnet, jf. § 21. Ved tvangsfiksering utover 24 timer, skal en uavhengig spesialist i psykiatri vurdere forholdet. Ved uenighet er den behandlende legens vurdering avgjørende, men pasienten skal opplyses om uenigheten. Ny vurdering skal skje etter 48 timer, den fjerde dagen og deretter en gang i uken. Tvangsfiksering utover 30 dager skal innberettes til Styrelsen for Patientsikkerhet, jf. § 21 a.

Etter kapittel 9 skal pasienten som hovedregel ha underretning før frihetsberøvelse eller annen tvang iverksettes, jf. § 31. Ved enhver beslutning om tvang skal pasienten ha veiledning om klageadgangen. Klage har som hovedregel ikke oppsettende virkning, men unntak gjelder tvangsbehandling og tvungen oppfølging etter utskrivning, jf. § 32.

Klagebehandling og domstolsprøving er regulert i loven kapittel 10.²⁹⁵ Klageinstans er Det Psykiatriske Patientklagenævn ved Nævnenes Hus. Den enkelte sak behandles av formannen og to medlemmer fra et utvalg utnevnt etter innstilling fra henholdsvis Lægeforeningen og Danske Handicaporganisationer. Legene skal om mulig være spesialister i psykiatri. (Utvalget fikk under studiebesøket opplyst at denne målsetningen for tiden bare hadde latt seg oppfylle i København.) Det avholdes møte i saken, på sykehuset. Tema for saken er om vilkårene for tvang var oppfylt på det tidspunkt beslutningen på sykehuset ble fattet.

Avgjørelser fra Det Psykiatriske Patientklagenævn kan klages inn for Det Psykiatriske Ankenævn (med Styrelsen for Patientsikkerhet som sekretariat) eller bringes inn for domstolene, avhengig av sakstype. Det Psykiatriske Ankenævn behandler blant annet saker om tvangsbehandling og visse tvangsmidler, mens blant annet saker om tvangsinnleggelse og tvangsfiksering (beltelegging mv.) går til domstolene.

Det Psykiatriske Ankenævn består i den enkelte sak av en formann som skal være dommer, og fire andre medlemmer fra et utvalg utnevnt etter innstilling fra henholdsvis Lægeforeningen og Danske Handicaporganisationer. Legene skal være psykiatere. Klagesakene behandles skriftlig.

Nævnenes Hus utgir årsberetninger for Det Psykiatriske Patientklagenævn som inneholder statistikk med kommentarer og redegjørelse om prinsipielle problemstillinger. Styrelsen for Patientsikkerhet utgir årsberetninger for Det Psykiatriske Ankenævn som også inneholder kommentarer om ulike sakstyper og enkeltsaker som illustrerer særlige problemstillinger.

8.2.3.8 Mål om reduksjon av tvangsbruk

Ministeriet for Sundhed og Forebyggelse inngikk i 2014 en avtale med Danske Regioner om å halvere anvendelsen av tvang i psykiatrien innen 2020, og det ble avsatt midler for å nå målet. I de påfølgende regionale partnerskapsavtalene er det en felles målsetning om at antallet pasienter som spennes fast med belter og remmer, skal halveres frem mot 2020, samtidig som det skal skje en reduksjon i den samlede bruk av tvang i psykiatrien. Realisering av målet skal skje uten en uhensiktsmessig substitusjon mellom forskjellige tvangstiltak. Sundhedsstyrelsen følger utviklingen og oppfølgingen i samarbeid med Sundhedsdatastyrelsen og regionene. Det er utviklet en nasjonal modell for monitorering av tvangsbruken med 15 indikatorer.²⁹⁶

²⁹⁵Klage kan fremsettes på ulike måter. Informasjon om klageadgang og klageskjema mv. er å finne her: <https://www.borger.dk/sundhed-og-sygdom/Klage-over-sundhedsvaesenet/Klage-over-tvangsindgreb-i-psykiatrien>

²⁹⁶Sundhedsstyrelsen, 2018

Det har blant annet vært iverksatt forsøk med «bæltefri/tvangsfrie avdelinger» med godt resultat ifølge evalueringen. Det var en vesentlig reduksjon i beltebruken på de seks «prosjektafsnittene», samtidig som bruken av andre former for tvang ikke steg. To avdelinger ble helt eller nesten helt beltefri. Det var dessuten en reduksjon i beltebruken også ved «naboafsnit».²⁹⁷

Innberetning av tvangstiltak skjer gjennom Sundhedsdatastyrelsens Elektroniske Indberetningssystem (SEI/SEI2) som er web-basert, og som gir grunnlag for Register over Tvang i Psykiatrien (TIP). Det fungerer også som lokal tvangsprotokoll.

8.2.3.9 Særlige plasser på psykiatriske avdelinger

Høsten 2016 ble det fastsatt en handlingsplan og avsatt midler til arbeidet med forebygging av vold på botilbud. Bakgrunnen var at det var begått drap på medarbeidere ved flere botilbud i løpet av noen år.²⁹⁸ Et av tiltakene i handlingsplanen var at det skulle etableres 150 plasser på «nye spesialiserte socialpsykiatriske avdelinger, hvor borgere med særligt komplekse problemer og udadreagerende adfærd, kan tilbydes en sammenhengende og intensiv social- og sundhedsfaglig behandling, der også omfatter behandling for alkohol- og stofmisbrug». Et utkast til lovforslag var på høring rundt årsskiftet 2016–2017.²⁹⁹ Etter kort tid ble et revidert utkast sendt på høring.³⁰⁰ I mars 2017 ble det besluttet ikke å fremme forslaget for Folketinget i sin daværende form. Sundhedsministeren konstaterte at den løsningen som hadde vært på høring ikke var den rette, men at «regeringen fortsat vil arbejde for at skabe bedre sammenhæng på tværs af social- og behandlingspsykiatrien».³⁰¹ Endelig lovforslag ble fremlagt for Folketinget i mai 2017.³⁰² Lovendringer, i form av et nytt kapittel 12 a (§§ 42 a til 42 h) i psykiatriloven, ble vedtatt i juni og trådte i kraft 15. juli 2017.³⁰³

I § 42 a andre ledd er formålet beskrevet slik:

«Formålet med pladserne er at tilbyde en intensiv og helhedsorienteret behandlings- og rehabiliteringsindsats med henblik på at stabilisere patientens helbred og forbedre patientens evne til at mestre hverdagen, herunder ved psykiatrisk behandling og frivillig misbrugsbehandling og ved socialfaglige indsatser, beskæftigelse og aktiviteter. Formålet er også at

²⁹⁷DEFACTUM i samarbejde med COWI, 2018

²⁹⁸Delaftale om udmøntning af satspuljen for 2017–2020: Handlingsplan til forebyggelse af vold på botilbud, inngått 14. oktober 2016 mellom daværende regjering og en rekke politiske partier

²⁹⁹Høringsdokumentene og høringssvar (1. høringsrunde) samt Sundheds- og Ældreministeriets oppsummeringsnotat etter begge høringsrundene (datert 19. april 2017) er å finne her: <https://hoeringsportalen.dk/Hearing/Details/60215>

³⁰⁰Høringsdokumentene og høringssvar (2. høringsrunde) samt Sundheds- og Ældreministeriets oppsummeringsnotat etter begge høringsrundene (datert 19. april 2017) er å finne her: <https://hoeringsportalen.dk/Hearing/Details/60338>

³⁰¹<http://www.sum.dk/Aktuelt/Nyheder/Psykiatri/2017/Marts/Lovforslag-om-nye-socialpsykiatriske-afdelinger-bliver-ikke-frem-sat.aspx>

³⁰²Lovforslag nr. L 207 (2016–2017)

³⁰³Lov nr. 691 af 8. juni 2017 som bl.a. tilføyer et nytt kapittel 12a i psykiatriloven.

nedbringe antallet af voldsepisoder og konflikter, at opnå bedre sikkerhed for andre patienter og medarbejdere og at forebygge anvendelsen af tvang over for målgruppen.»

Innlegging skal ikke skje med tvang. Det er en forutsetning at pasienten avgir informert samtykke til oppholdet. Men under oppholdet vil de alminnelige reglene i psykiatriloven om tvang kunne komme til anvendelse, herunder tilbakehold, tvangsbehandling og tvangsmidler når vilkårene er oppfylt. Men «rehabiliteringsinnsatsen og misbrugsbehandlingen» på avdelingene skal alltid foregå frivillig.³⁰⁴

Kapittel 12 a regulerer en egen prosedyre for innleggelse, kriterier for innleggelse, revurdering, utslusing mv.

Kriteriene for innleggelse er angitt i § 42 c:

- «1) patienten vurderes at være til nærliggende og væsentlig fare for andre og uforudsigelig i sin adfærd,
- 2) patienten har en svær psykisk lidelse,
- 3) patienten har særlige sociale problemer,
- 4) patientens forløb er karakteriseret ved gentagne indlæggelser eller én længerevarende indlæggelse i den regionale psykiatri,
- 5) opholdet vurderes at have afgørende betydning for at kunne imødekomme den pågældendes særlige behov for behandling, rehabilitering og støtte, herunder eventuelt misbrugsbehandling, og
- 6) opholdet på baggrund af en begrundet formodning vurderes at være egnet til at forhindre, at patienten vil indtage eller købe rusmidler, anskaffe farlige genstande eller begå kriminalitet, herunder udøve vold.»

Beslutning om innleggelse fattes av kommunalbestyrelsen etter innstilling fra et «visitasjonsforum» med representanter fra en rekke instanser, jf. § 42 b. Plassene finansieres delvis av kommunen.

Det skal foretas en evaluering tre år etter opprettelsen av disse særskilte plassene.³⁰⁵

På bakgrunn av den nevnte handlingsplanen ble det også vedtatt endringer i serviceloven som gir mulighet for å flytte en beboer med en psykisk lidelse til et annet bestemt botilbud uten samtykke, hvis vedkommende er til fare for eller utviser en særlig truende eller sjikanerende atferd overfor øvrige beboere eller personale, jf. punkt 8.2.6.3.

8.2.4 Tvang på rusfeltet – kontraktsbasert tilbakeholdelse

8.2.4.1 Utgangspunkt

Danmark har ikke lov hjemmel for bruk av tvangstiltak i rusbehandling/-omsorg med unntak av muligheten for tilbakeholdelse i døgntilbud etter avtale med misbrukeren.³⁰⁶

³⁰⁴Lovforslag nr. L 207 (2016–2017) s. 6

³⁰⁵Lovforslag nr. L 207 (2016–2017) s. 6

³⁰⁶Se kort om den historiske utviklingen i Søvig, 2007, s. 220–221.

Det er ulike regelsett for tiltak ved misbruk av alkohol og narkotika, men med mange likheter hva gjelder gravide rusmiddelmisbrukere.

Kontraktsbasert tilbakeholdelse er i første rekke aktuelt for gravide. Ordningene for dette brukes imidlertid sjelden eller aldri. Det har vært drøftet om det burde innføres egentlige tvangs-tiltak overfor gravide, både med hensyn til alkohol og narkotika, men det er ikke fulgt opp i lovarbeid.³⁰⁷

8.2.4.2 Alkoholmisbruk – gravide

Sundhedsloven kapittel 40 om behandling for alkoholmisbruk inneholder bestemmelser om inngåelse av kontrakt med gravide alkoholmisbrukere. Det er kommunalbestyrelsen som har ansvar for å tilby behandling til alkoholmisbrukere, også i form av døgnopphold, jf. sundhedsloven § 141.

I forbindelse med tilbud om døgnopphold skal en gravid alkoholmisbruker tilbys å inngå en kontrakt om behandling for alkoholmisbruk med mulighet for tilbakeholdelse, jf. §§ 141 b til 141 e. Etter en lovendring i 2016 (i kraft 1. januar 2017) har kommunen nå en plikt til å tilby slik kontrakt, ikke bare en mulighet.³⁰⁸

Kommunalbestyrelsens kompetanse til å inngå slike kontrakter kan delegeres til behandlingsinstitusjonen, jf. § 141 b.

Kontrakt skal inngås for perioden frem til fødselen. Den gravide alkoholmisbrukeren kan si opp kontrakten når betingelsene for tilbakeholdelse etter § 141 c ikke er oppfylt.

Etter § 141 c kan tilbakeholdelse skje

«når der er en begrundet formodning om, at den gravide alkoholmisbruker vil afbryde den aftalte behandling, og det vil være uforsvarligt ikke at tilbageholde den pågældende, fordi

- 1) den gravide alkoholmisbruker frembyder nærliggende fare for at skade fosteret,
- 2) udsigten til ophøret af misbruget eller en betydelig og afgørende bedring af tilstanden ellers vil blive væsentligt forringet eller
- 3) den gravide alkoholmisbruker frembyder nærliggende og væsentlig fare for sig selv eller andre.»

Tilbageholdelse kan kun skje hvis mindre inngripende foranstaltninger er utilstrekkelige.

Avgjørelse om tilbakeholdelse treffes av behandlingsinstitusjonens leder. Avgjørelsen skal straks forelegges for kommunen. Senest tre hverdager etter iverksettelsen av tilbakeholdelse skal kommunen avgjøre om tilbakeholdelsen skal opprettholdes, jf. § 141 d.

Tilbageholdelsen skal opphøre når betingelsene i § 141 c ikke lenger er til stede. Den enkelte tilbakeholdelse kan høyst vare 21 dager, og den samlede tilbakeholdsperioden må ikke overstige 3 måneder i løpet av kontraktsperioden. Før lovendringer i 2016 var tilsvarende maksimaltider 14 dager og 2 måneder i løpet av 6 måneder.

³⁰⁷Se bl.a. Social- og Indenrigsministeriet og Sundheds- og Ældreministeriet, 2015, som var på høring. Temaet har vært drøftet politisk også senere.

³⁰⁸Lov nr. 655 af 8. juni 2016 om ændring af sundhedsloven, lov om klage- og erstatningsadgang inden for sundhedsvæsenet og lov om tilbageholdelse af stofmisbrugere i behandling (Styrket indsats for gravide med et misbrug af rusmidler). Se også lovforslaget: L 165 (2015–2016).

Avgjørelse om opphør av en tilbakeholdelse treffes av behandlingsinstitusjonens leder og skal meddeles kommunen.

Etter anmodning fra den gravide alkoholmisbrukeren skal kommunen bringe en avgjørelse om tilbakeholdelse inn for retten etter reglene i retsplejelovens kapitel 43 a om domstolsprøvelse av administrativt bestemt frihetsberøvelse, jf. sundhedsloven § 141 e.

Isolasjon og bruk av mekaniske tvangsmidler (fiksering) er ikke tillatt, jf. § 141 f første ledd.

Fysisk maktanvendelse er tillatt «i det omfang det er nødvendig for at afværge, at den gravide alkoholmisbruger udsætter sig selv eller andre for nærliggende fare for at lide skade på le-geme eller helbred», jf. § 141 f andre ledd. Alternativet «eller andre» ble tilføyd ved lovend-ring i 2016.

Sundheds- og Ældreministeriet fastsatte i 2017 en oppdatert veiledning til reglene.³⁰⁹

8.2.4.3 Narkotikamisbruk – gravide og eventuelt andre

Regler om kontrakt med mulighet for tilbakeholdelse av narkotikamisbrukere er gitt i en egen lov, lov om tilbakeholdelse af stofmisbrugere i behandling.³¹⁰

Kommunen har plikt til å tilby gravide narkotikamisbrukere å inngå en kontrakt om behand-ling for misbruket, med mulighet for tilbakeholdelse, jf. § 1. Hvis kommunalbestyrelsen ikke gir slikt tilbud, kan det klages til Ankestyrelsen, jf. lov om retssikkerhed og administration på det sociale område kapittel 10.

Loven åpner også for at det inngås slike kontrakter med andre narkotikamisbrukere enn gra-vide. Kommunalbestyrelsen beslutter om kommunen vil benytte seg av denne ordningen. Det kan i så fall tilbys kontrakt om behandling med mulighet for tilbakeholdelse i forbindelse med tilbud om midlertidig botilbud etter serviceloven § 107 andre ledd nr. 2.³¹¹ Kommunalbesty-relsens avslag på å gi slikt tilbud kan ikke bringes inn for annen administrativ myndighet. Se §§ 1 og 2.

Systemet i loven tilsvarende i stor grad reglene i sundhedsloven kapittel 40, jf. punkt 8.2.4.2, og det ble foretatt tilsvarende lovendringer i 2016 med tanke på gravide.³¹²

Tilbakeholdelse kan skje på samme vilkår som etter sundhedsloven § 141 c, jf. lovens § 5, men det er bare alternativ nr. 2 og 3 som er aktuelle for andre misbrukere enn gravide.

For andre enn gravide er maksimal tilbakeholdstid fortsatt 14 dager og totalt 2 måneder i løpet av en periode på 6 måneder. Kontraktsperioden for disse skal være maksimalt 6 måneder.

³⁰⁹Sundheds- og Ældreministeriet, 2017e

³¹⁰Bekendtgørelse nr. 972 af 8. august 2017 af lov om tilbageholdelse af stofmisbrugere i behandling

³¹¹I Søvig, 2007, s. 220, omtales denne ordningen som «trippel frivillighet».

³¹²Endringslov nr. 655 af 8. juni 2016 (Styrket indsats for gravide med et misbrug af rusmidler)

I forskrift er det fastsatt regler med presisering av hva slags maktanvendelse som er tillatt, og regler om innberetning av maktanvendelse etter forskriften og bruk av nødverge. Det er i forskriften også gitt regler om innberetning av kontrakter med mulighet for tilbakeholdelse og beslutninger om tilbakeholdelse mv.³¹³

Børne- og Socialministeriet har i 2017 gitt ut en oppdatert veiledning på feltet.³¹⁴

8.2.5 Tvangsbehandlingsloven – tvang ved somatisk behandling av personer over 15 år som mangler beslutningskompetanse

8.2.5.1 Generelt

Lov om anvendelse af tvang ved somatisk behandling af varigt inhabile (tvangsbehandlingsloven) ble vedtatt i 2017.³¹⁵ Loven trådte i kraft 1. januar 2018 og skal evalueres etter tre år.

Om lovarbeidet kan nevnes at lovutkast var på høring tidlig i 2017.³¹⁶ ³¹⁷ Lovforslag ble fremsatt for Folketinget 30. mars 2017.³¹⁸

Loven gir hjemmel for å tvangsbehandle «varigt inhabile» somatiske pasienter over 15 år. Den gir også hjemmel for tvangsinngrep som kreves for å gjennomføre tvangsbehandlingen, og regulerer hva slags inngrep som da kan benyttes. Videre gir loven hjemmel for gjennomføring av personlig hygiene hos pasienter som er tvangsinnlagt etter loven.

Formålet med tvangsbehandlingsloven er angitt slik i § 1 første ledd:

- «1) sikre den bedst mulige behandling, omsorg og beskyttelse af patienten med udgangspunkt i den enkeltes behov og under hensyn til den enkelte patients værdighed,
- 2) sikre, at iværksættelse og gennemførelse af tvang efter denne lov sker i overensstemmelse med grundlæggende retssikkerhedsprincipper, og
- 3) begrænse tvang og indgreb i den personlige frihed over for den enkelte patient til det absolut nødvendige.»

I § 1 andre ledd er tvang definert som «anvendelse af foranstaltninger, som en patient i ord eller handling modsætter sig».

³¹³Bekendtgørelse nr. 1677 af 16. december 2016 om magtanvendelse og indberetning ved tilbageholdelse af stofmisbrugere i behandling

³¹⁴Børne- og Socialministeriet, 2017

³¹⁵Lov nr. 655 af 8. juni 2017 om anvendelse af tvang ved somatisk behandling af varigt inhabile, jf. nyere lovebekendtgørelse nr. 126 af 27. januar 2019, med senere endringer

³¹⁶Høringsdokumentene og høringssvarene er å finne her: <https://hoeringsportalen.dk/Hearing/Details/60284>

³¹⁷Hovedtrekkene i de synspunkter som fremkom i høringen og hvilke endringer dette førte til i det endelige lovforslaget, framgår i notat datert 22. mars 2017 fra Sundheds- og Ældreministeriet etter gjennomført høring, med overskrift «Høringsnotat om forslag til lov anvendelse af tvang ved somatisk behandling af varigt inhabile (tvangsbehandlingsloven)».

³¹⁸Lovforslag nr. L 185 (2016–17)

8.2.5.2 Virkeområde og persongruppe

Loven gjelder «inden for sundhedsvæsenet eller andre steder, hvor der udføres sundhedsfaglig virksomhed af sundhedspersoner», jf. § 2 om lovens stedlige virkeområde. Tvang kan også utøves i pasientens hjem dersom helsehjelp gis der.

Virkeområdet for tvangsbehandlingsloven følger sundhedslovens, og omfatter ikke tjenester etter serviceloven, som har egne bestemmelser om maktanvendelse mv. overfor visse persongrupper, jf. punkt 8.2.6. Forholdet mellom regelsettene er omtalt i forarbeidene.³¹⁹

Loven gjelder på alle nivåer i helsetjenesten og kan i utgangspunktet komme til anvendelse ved alle typer helsetjenester som regnes som «somatisk behandling», jf. lovens tittel og unntaket i § 3 andre ledd for pasienter som omfattes av reglene i lov om anvendelse af tvang i psykiatrien (psykiatriloven). Tvangsbehandlingsloven gjelder således ikke overfor pasienter som er innlagt i psykiatrisk avdeling etter psykiatriloven, eller overfor psykiatriske pasienter som behandles i somatisk avdeling etter psykiatriloven § 13 om tvangsbehandling av somatisk lidelse som setter pasientens liv eller helse i vesenlig fare. Se punkt 8.2.3 om psykiatriloven.

Tvangsbehandlingsloven gjelder pasienter som er fylt 15 år og som «varigt mangler evnen til at give informeret samtykke til behandling», også kalt «varigt inhabile», jf. § 3 første ledd. I forarbeidene framgår at det siktes til pasienter «med en varigt nedsat psykisk eller kognitiv funktionsevne, uanset om denne er medfødt eller erhvervet, f.eks. mentalt retarderede, utviklingshæmmede, patienter med demens, hjerneskadede m.v.»³²⁰

Det heter at det avgjørende er «om patienten som følge af funktionsnedsættelsen i den konkrete behandlingssituation ikke er i stand til at varetage egne interesser og overskue konsekvenserne af et behandlingsbehov».

Videre heter det at persongruppen svarer til den persongruppen som omfattes av sundhedsloven § 18 hvorefter behandling (uten tvang) kan gis med samtykke fra nærmeste pårørende, verge eller fremtidsfullmektig mv. ³²¹ Se nærmere punkt 8.2.2.4.

Personer som *midlertidig* mangler evnen til å gi informert samtykke til behandling, omfattes ikke av sundhedsloven § 18 eller tvangsbehandlingsloven, men øyeblikkelig hjelp kan gis også slike pasienter uten samtykke etter sundhedsloven § 19. Dessuten kan visse tiltak etter sundhedsloven kapittel 6 a iverksettes overfor pasienter som «midlertidigt eller varigt mangler evnen til at give et informeret samtykke» under sykehusopphold for å unngå skade, jf. punkt 8.2.2.7.

8.2.5.3 Tvangsbehandling

Tvangsbehandlingsloven skiller mellom

- tvangsbehandling, som er regulert i kapittel 2 og
- tvangsinngrep med henblikk på å gjennomføre tvangsbehandling, som er regulert i kapittel 3.

³¹⁹Lovforslag nr. L 185 (2016–2017) punkt 2.1.3.3

³²⁰Lovforslag nr. L 185 (2016–2017) punkt 2.1.3.3

³²¹Lovforslag nr. L 185 (2016–2017) punkt 2.1.1.1

Tvangsbehandling kan besluttes etter § 4 dersom

- «1) en undladelse af at behandle patienten ud fra en sundhedsfaglig vurdering vil føre til væsentlig forringelse af patientens helbred eller sundhedstilstand,
- 2) behandlingen anses for nødvendig for at forhindre denne væsentlige forringelse og
- 3) det efter en helhedsvurdering fremstår som den bedste løsning for patienten at gennemføre behandlingen.»

Beslutning om tvangsbehandling fattes av lege eller tannlege. Det er en forutsetning at det foreligger samtykke fra nærmeste pårørende, verge eller fremtidsfullmektig både til selve behandlingen, jf. sundhedsloven § 18, og til at behandlingen kan gjennomføres med tvang. Alternativt kan tilslutning gis av annet helsepersonell eller Styrelsen for patientsikkerhet etter reglene i sundhedsloven § 18, jf. tvangsbehandlingsloven § 4.

Se punkt 8.2.2.4 om sundhedsloven § 18.

En beslutning om tvangsbehandling skal gjelde en konkret og aktuell behandling og er gyldig i den periode som er nødvendig for behandlingen, dog høyst i fire måneder, jf. § 4 tredje ledd.

Pasienten skal trekkes inn i beslutningsprosessen og skal underrettes om beslutningen og dens nærmere innhold, bakgrunn og formål. Før det treffes beslutning om tvangsbehandling, og før tvangsbehandling iverksettes, skal tillitsskapende tiltak være forsøkt, og pasienten skal være forsøkt motivert til å medvirke til behandlingen frivillig, jf. § 5.

Hvis pasienten har utferdiget et behandlingstestament, jf. sundhedslovens § 26, skal beslutninger om tvangsbehandling være i samsvar med relevante tilkjennevisninger i behandlingstestamentet, jf. punkt 8.2.2.6.

Tvangsbehandlingen skal avbrytes straks, hvis lovens betingelser ikke lenger er oppfylt.

8.2.5.4 Tvangsinngrep

Tvangsinngrep etter kapittel 3 kan bare besluttes dersom det er nødvendig for å gjennomføre tvangsbehandling besluttet i medhold av kapittel 2, jf. § 6. Det er et vilkår at verge, nærmeste pårørende eller fremtidsfullmektig gir sitt samtykke til tvangsinngrepet, eller at en lege eller tannlege med faglig innsikt på området, som ikke tidligere har deltatt i eller skal delta i behandlingen av pasienten, gir sin tilslutning, jf. § 6 andre ledd og § 4 andre ledd.

Tillitsskapende tiltak skal forsøkes før tvangsinngrep iverksettes. Tvangsinngrep må ikke erstatte personlig pleie og omsorg, jf. § 7, hvor det også er fastsatt:

«Ethvert tvangsindgreb efter dette kapitel skal være så skånsomt og kortvarigt som muligt og stå i rimeligt forhold til formålet med indgrebet. Det mindst indgribende indgreb skal anvendes, hvis det er tilstrækkeligt til at opnå formålet. Alle indgreb skal udføres med størst mulig hensyntagen til den pågældende patient for at undgå unødige krænkelser og ulemper.»

I §§ 8 til 12 er det gitt bestemmelser om de ulike formene for tvangsinngrep: fysisk fastholdelse (§ 8), beroligende legemidler (§ 9), tvangsinneleggelse i offentlig sykehus (§ 10), gjennomføring av personlig hygiene på tvangsinnlagt pasient (§ 11), tilbakeholdelse i og tilbakeføring til offentlig sykehus (§ 12).

Det er ikke hjemmel for bruk av mekaniske tvangsmidler («hjælpemidler og remedier til fastholdelsen»), jf. § 8.

Det er presisert at beroligende legemidler ikke kan brukes av ordenshensyn, jf. § 9.

Gjennomføring av personlig hygiene på tvangsinnlagt pasient kan besluttet av hensyn til pasienten selv eller av hensyn til medpasienter eller personale, jf. § 11. Loven har ikke andre bestemmelser som gir hjemmel for inngrep av hensyn til andre enn pasienten selv.

8.2.5.5 Saksbehandling, etterprøving mv.

Det er lege og tannlege som kan beslutte tvangsbehandling og tvangsinngrep. Det kan ikke delegeres til annet helsepersonell å fatte slik beslutning. Derimot kan gjennomføringen av tvangsbehandlingen delegeres etter reglene i eller i medhold av lov om autorisation af sundhedspersoner og om sundhedsfaglig virksomhed. Tvangsinngrep etter kapittel 3 kan overlates til annet helsepersonell. Se § 14.

I forbindelse med beslutning om tvangsinnleggelse skal legen eller tannlegen utferdige en erklæring basert på sin undersøkelse av behovet for å tvangsinnlegge pasienten. Erklæringen må ikke være utstedt av en lege eller tannlege som er ansatt på den sykehusavdeling hvor tvangsinnleggelsen skal finne sted, eller som er inhabil i henhold til forvaltningsloven § 3. Legens eller tannlegens undersøkelse skal være foretatt i løpet av de siste sju dager før tvangsinnleggelsen.

Det er som hovedregel overlegen eller overtannlegen på den aktuelle sykehusavdeling som fatter endelig beslutning om tvangsinnleggelse (§ 10), og som kan fatte beslutning om tilbakeholdelse og tilbakeføring (§ 12) og gjennomføring av personlig hygiene (§ 11).

For tvangsinnleggelse og tilbakeholdelse og tilbakeføring i sykehus er det fastsatt egne regler om obligatorisk etterprøving, jf. § 13. Overlegen eller overtannlegen har ansvaret for at slike inngrep ikke gjennomføres i større utstrekning enn nødvendig for å gjennomføre behandlingen. Vedkommende skal påse at betingelsene for tvangsinngrepene er oppfylt henholdsvis 3, 10, 20 og 30 dager etter at inngrep etter §§ 10 og 12 ble iverksatt, og deretter minst hver fjerde uke, så lenge tvangsinngrepene opprettholdes. Hvis betingelsene ikke lenger er oppfylt, skal inngrepene straks bringes til opphør.

Det skal føres tvangsprotokoll over beslutninger om og gjennomføring av tvangsbehandling og tvangsinngrep, jf. § 15. Det skal også sendes innberetning til Sundhedsdatastyrelsen, som stiller opplysningene til rådighet for de instanser som har ansvaret for å sørge for eller finansiere helsetjenester, og for Styrelsen for Patientsikkerhed, jf. § 16. Kravene til tvangsprotokoll og innberetning gjelder ikke beslutninger om gjennomføring av personlig hygiene med tvang etter § 11.

8.2.5.6 Klagebehandling – Tvangsbehandlingsnævnet mv.

Beslutninger om tvangsbehandling og tvangsinngrep kan påklages til Tvangsbehandlingsnævnet. Unntak gjelder beslutninger om gjennomføring av personlig hygiene med tvang. Klage skal innbringes for nemnden av den lege eller tannlege som har fattet beslutningen, etter anmodning fra pasienten, pårørende, verge eller fremtidsfullmektig. Slike representanter kan også selv fremsette klage direkte for nemnden. Det er et digitalt klageskjema.³²² Klage har oppsettende virkning, jf. § 17.

Tvangsbehandlingsnævnet er opprettet for å behandle saker etter tvangsbehandlingsloven. Nærmere regler om nemndens sammensetning og arbeidsmåte er fastsatt i lov om klage- og

³²²Klageskjemaet og informasjon om klageordningen er å finne her: <https://www.borger.dk/sundhed-og-sygdom/Klage-over-sundhedsvaesenet/klage-over-tvangsbehandling>

erstatningsadgang inden for sundhedsvæsenet, jf. lovens § 4 og §§ 16 a til 16 d, og i forskrift.³²³ Nemndens formann skal være jurist. I behandlingen av den enkelte sak deltar formannen og to andre medlemmer. Det skal alltid delta ett medlem som er oppnevnt etter forslag fra enten Danske Patienter eller Danske Handicaporganisationer, og ett medlem som er oppnevnt etter forslag fra enten Lægeforeningen eller Tandlægeforeningen, avhengig av sakens art, jf. § 16 b. Styrelsen for Patientsikkerhed er sekretariat for nemnden. Det er skriftlig saksbehandling.

Tvangsbehandlingsnævnet treffer avgjørelse om hvorvidt kriteriene for beslutninger om tvangsbehandling eller tvangsinngrep var oppfylt på det tidspunkt da beslutningen ble truffet, jf. § 4 andre ledd. Nemnden skal treffe avgjørelse innen 14 dager hvis beslutningen fortsatt har gyldighet, jf. § 16 c. For øvrig skal avgjørelse treffes snarest mulig.

De av nemndens avgjørelser som gjelder tvangsinnleggelse eller tilbakeholdelse og tilbakeføring, kan bringes inn for retten etter reglene i retsplejeloven kapittel 43 a om domstolsprøvelse av administrativt bestemt frihetsberøvelse.

8.2.5.7 Forholdet til sundhedsloven kapittel 6 a

Det ble ikke gjort endringer i sundhedsloven kapittel 5, 6 eller 6 a i forbindelse med vedtakelsen av tvangsbehandlingsloven. Dette innebærer at reglene i sundhedsloven kapittel 6 a om bruk av alarm- og lokaliseringssystemer og enkelte andre inngrep i selvbestemmelsesretten overfor visse pasienter i forbindelse med innleggelse i somatisk sykehus, jf. punkt 8.2.2.7, må gjelde ved siden av den nye loven. Sundhedsloven kapittel 6 a gjelder også ved midlertidig fravær av beslutningskompetanse, men gir mye mer begrensede inngrepshjemler. Øyeblikkelig hjelp kan gis uten samtykke til begge grupper etter sundhedsloven § 19, jf. punkt 8.2.2.3.

8.2.6 Tvang i forbindelse med omsorgstjenester til voksne med betydelig nedsatt psykisk funksjonsevne (personer med demens, psykisk utviklingshemning mv.)

8.2.6.1 Utgangspunkter

Lov om social service (serviceloven)³²⁴ regulerer visse tjenester til barn og unge, herunder barnevern, jf. punkt 8.2.7, og ulike typer sosial- og omsorgstjenester til voksne, i første rekke personer med nedsatt fysisk eller psykisk funksjonsevne eller særlige sosiale problemer, jf. lovens § 81 som også angir formålet med slike tjenester.

Loven har med virkning fra år 2000 hatt bestemmelser om tvang som kan benyttes overfor en del personer med psykisk utviklingshemning eller demens mv. Spørsmålet om tvangsregler ble debattert i 1990-årene, og bruk av tvang og makt var delvis forskriftsregulert før lovreguleringen.³²⁵

³²³Bekendtgørelse nr. 979 af 28. juni 2018 om forretningsorden for Tvangsbehandlingsnævnet

³²⁴Bekendtgørelse nr. 1114 af 30. august 2018 af lov om social service, med senere endringer

³²⁵Se kort omtale av tidligere rettsstilstand, debatt og regulering på feltet i Østenstad, 2011, s. 72–73 og 621–628.

Service-loven har ikke generelle samtykkeregler. Men loven har noen bestemmelser om samtykke og ytelse av tjenester uten samtykke på ulike områder, og regler om maktanvendelse og andre inngrep i selvbestemmelsesretten på nærmere vilkår.

Overfor voksne personer med betydelig nedsatt psykisk funksjonsevne som ikke kan ivareta sine egne interesser, kan det ytes tjenester uansett om det foreligger samtykke fra den enkelte, jf. § 82. Hjelpen kan dog ikke ytes ved bruk av fysisk tvang unntatt der det er særskilt hjemmel for det, jf. lovens avsnitt VII som omtales nedenfor.

Bestemmelsen i § 82 om at tjenester kan ytes uten samtykke, har sammenheng med hjelpeapparatets omsorgsplikt. Bestemmelsen oppsetter ikke nærmere vilkår eller noen terskel for når omsorg kan ytes uten samtykke. Den angir heller ikke nærmere hva slags handlinger som kan foretas uten samtykke bortsett fra at det ikke må brukes «fysisk tvang».³²⁶ Pårørende eller andre skal om mulig trekkes inn i ivaretagelsen av brukerens interesser, og det kan være aktuelt å vurdere om det skal oppnevnes verge, jf. § 82 andre ledd.

I forbindelse med tilrettelegging av tjenester for personer med demens, skal kommunen så vidt mulig respektere brukeres veiledende tilkjennevisninger for framtiden med hensyn til bolig, pleie og omsorg («plejetestamenter»), jf. § 83 siste ledd.³²⁷ Slike fremtidserklæringer er ikke bindende i motsetning til behandlingstestamenter som er regulert i sundhedsloven, jf. punkt 8.2.2.6.

8.2.6.2 Maktanvendelse og andre inngrep i selvbestemmelsesretten

Service-lovens avsnitt VII (kapittel 24 og 24 a) har bestemmelser om maktanvendelse og andre inngrep i selvbestemmelsesretten. Inngrep etter kapittel 24 kan anvendes overfor voksne med betydelig og varig nedsatt psykisk funksjonsevne som mottar personlig og praktisk hjelp, sosialpedagogisk bistand, behandling for narkotikamisbruk eller visse andre typer tjenester etter service-loven, jf. § 124 a. Når vilkårene for tvang er oppfylt, kan inngrep skje der tjenesten gjennomføres, også hjemme hos tjenestemottakeren.

Det er i 2019 vedtatt lovendringer i service-loven kapittel 24, og inntatt nye kapitler 24 a og 24 b. Endringene trer i hovedsak i kraft 1. januar 2020. Framstillingen her omhandler de gjeldende reglene, mens lovendringene er kort omtalt i punkt 8.2.6.6.

Generelle prinsipper for bruk av tvang etter kapittel 24 er nedfelt i § 124. Maktanvendelse og andre inngrep i selvbestemmelsesretten skal begrenses til det absolutt nødvendige og må aldri erstatte omsorg, pleie og sosialpedagogisk bistand. En skal først forsøke å oppnå brukerens frivillige medvirkning til nødvendige foranstaltninger. Anvendelse av makt skal stå i rimelig forhold til det som søkes oppnådd. Er mindre inngripende foranstaltninger tilstrekkelige, skal disse anvendes. Maktanvendelse skal utøves så skånsomt og kortvarig som mulig, og det skal tas størst mulig hensyn til brukeren og andre tilstedeværende, slik at det ikke forvoldes unødig krenkelse eller ulempe.

De typer tiltak som kan benyttes etter kapittel 24 (§§ 125-129 a) er personlige alarm- og lokaliseringssystemer, særlige døråpningsmekanismer for å forsinke personer som er på vei ut av

³²⁶Det er lagt til grunn at personellet for eksempel kan kle på en person som har kledd av seg så lenge personen ikke holdes fysisk fast under påkledningen, jf. Østenstad, 2011, s. 625–626.

³²⁷Informasjon om plejetestamenter på Sundheds- og Ældreministerets nettsider: <http://www.sum.dk/Aeldre/Demens-i-Danmark/Plejetestamente.aspx>

boligen, fysisk fastholding eller føring av person til et annet oppholdsrom, fysisk tilbakeholdelse i eller tilbakehenting til bolig, bruk av stoffseler til fastspenning for å hindre fall, for eksempel ut av seng eller rullestol, og flytting til egnet servicebolig.

Vilkårene for å bruke tvang er nærmere angitt i de enkelte bestemmelsene. For mange av tiltakene er det et krav om nærliggende risiko for at personen utsetter seg selv eller andre for å lide vesentlig personskade, og at forholdene i det enkelte tilfelle gjør tiltaket absolutt påkrevet. Dette gjelder for alarm- og lokaliseringssystemer, særlige døråpningsmekanismer, fysisk fastholding eller føring av person til et annet sted, og fysisk tilbakeholdelse i eller tilbakehenting til bolig.

For personer med ervervet og fremdaskridende mental svekkelse og som ikke motsetter seg det, kan alarm- og lokaliseringssystemer benyttes uten at de nevnte vilkårene er oppfylt, jf. § 125 andre ledd. Dette er ikke å regne som maktanvendelse.

Stoffseler kan bare benyttes for å avverge fare for skade på brukeren selv, og bare for å hindre fall fra seng, stol mv., jf. § 128. Det må være nærliggende risiko for at personen utsetter seg selv for å lide vesentlig personskade, og det er en forutsetning at forholdene i det enkelte tilfelle gjør tiltaket absolutt påkrevet.

Fysisk fastholding i forbindelse med personlig hygiene kan bare benyttes hvis det er absolutt nødvendig for å ivareta omsorgsplikten, jf. § 126 a. Dette kan omfatte ivaretagelse av forhold som «den enkeltes værdighet, sociale relationer og sundhetstilstand». Det skal ikke brukes hjelpemidler til fastholdelsen.³²⁸

Besøksrestriksjoner er regulert i serviceloven §§ 137 a–137 d.

8.2.6.3 Flytting uten samtykke – med og uten motstand

Reglene i § 129 gir hjemmel for å beslutte flytting til et botilbud når tjenestemottakeren motsetter seg flytting eller mangler evnen til å gi informert samtykke. Forutsetningen er at flytting er absolutt påkrevet for at vedkommende skal kunne få den nødvendige hjelp, og at hjelpen ikke kan gjennomføres i personens bolig. Andre vilkår er at vedkommende ikke kan overskue konsekvensene av sine handlinger og utsetter seg selv for å lide vesentlig personskade, og at det er uforsvarlig ikke å sørge for flytting.

For personer som ikke motsetter seg flytting, men ikke har beslutningskompetanse og lider av ervervet og fremdaskridende mental svekkelse, er vilkårene mindre strenge. Det er da tilstrekkelig at flytting er påkrevet for at vedkommende skal kunne få den nødvendige hjelp og at det i det konkrete tilfellet vurderes «omsorgsmæssigt at være mest hensigtsmæssigt» for brukeren. Det skal fattes vedtak også i slike saker.

I spørsmålet om flytting skal det tas hensyn til om ektefelle, samboer eller annen pårørende ikke lenger kan ivareta den nødvendige hjelp og tilsyn med vedkommende, jf. § 129 fjerde ledd. Reglene i § 129 kommer til anvendelse både ved permanente og midlertidige botilbud, men ikke ved avlastningsopphold av kortere varighet.³²⁹ Flytting kan om nødvendig gjennomføres med hjelp av politiet, jf. § 131 femte ledd.

I 2017 kom en ny § 129 a om at «en person med en betydelig og varigt nedsat psykisk funktionsevne som følge af en sindslidelse» mot sin vilje kan flyttes fra et botilbud til et annet

³²⁸Lovforslag nr. L 185 (2016–17) s. 11

³²⁹Ankestyrelsen, 2015

dersom vedkommende «er til væsentlig fare for eller udviser en særligt truende eller en særligt chikanerende adfærd over for øvrige beboere eller personale» og det er uforsvarlig overfor øvrige beboere eller personalets sikkerhet ikke å sørge for flytting. Det er en forutsetning at forholdene i det enkelte tilfelle gjør flytting absolutt påkrevet og at det kan godtgjøres at det nye botilbudet er bedre egnet til at imøtekomme vedkommendes støttebehov.³³⁰ Lovendringen må ses i sammenheng med handlingsplanen for forebygging av vold i botilbud som ble utarbeidet på bakgrunn av en rekke saker med drap, overgrep og vold i botilbud.³³¹ Et annet tiltak var opprettelse av 150 særlige plasser i psykiatriske avdelinger for pasienter med behov som ikke kan imøtekommes tilstrekkelig i det øvrige behandlings- eller omsorgstilbud, jf. punkt 8.2.3.9.

8.2.6.4 Særlige sikkerhetsforanstaltninger mv.

I medhold av § 108 siste ledd er det gitt nærmere bestemmelser om maktanvendelse og andre inngrep i selvbestemmelsesretten og særlige sikkerhetsforanstaltninger i boformer for langtidsopphold for personer med betydelig og varig nedsatt psykisk funksjonsevne. Det er i forskriften også fastsatt en plikt til å motta personer med slike behov under strafforfølgning eller gjennomføring av strafferettslige særreaksjoner.³³² Lovens kapittel 24 a (§§ 137 e til 137 m) inneholder bestemmelser om gjennomføring av slike straffereaksjoner, herunder vilkår for inngrep som begrensning i bruk av telefon og internett, nattelåsing, skjerming, undersøkelse og inndragning av eiendeler mv.

8.2.6.5 Saksbehandling, klageadgang mv.

Det er i hovedsak kommunalbestyrelsen som kan beslutte tiltak etter serviceloven kapittel 24. Tillatelse til å bruke makt gis som hovedregel for tidsbegrensede perioder.

Beslutning om fastholding i akuttsituasjoner etter § 126 er i praksis overlatt til personalet, jf. også § 124 femte ledd. For øvrig er systemet at det skal gis forhåndsgodkjenning.

Flytting til botilbud må besluttet av Familieretshuset³³³ etter innstilling fra kommunalbestyrelsen, unntatt når brukeren ikke motsetter seg tiltaket, jf. §§ 129 og 129 a.

Enkelte saksbehandlingsregler er fastsatt i §§ 130 flg. hvor det blant annet framgår at det skal være innhentet synspunkter fra pårørende og eventuell verge.

I saker om tilbakeholdelse i bolig mot brukerens vilje, og saker om flytting til eller mellom botilbud, har brukeren rett til advokatbistand på det offentlige bekostning, jf. § 132.

Kommunalbestyrelsens og Familieretshusets avgjørelser kan klages inn for Ankestyrelsen, jf. §§ 133 og 134. Brukerens ektefelle, en annen pårørende, verge eller en annen representant for

³³⁰Lov nr. 661 af 8. juni 2017 om ændring af lov om social service og lov om retssikkerhed og administration på det sociale område (Udvidelse af reglerne om optagelse i et bestemt botilbud uden samtykke mv.), i kraft 15. juli 2017

³³¹Lovforslag nr. L 206 (2016–17) s. 4

³³²Bekendtgørelse nr. 1231 af 13. november 2017 om magtanvendelse og andre indgreb i selvbestemmelsesretten over for voksne samt om særlige sikkerhedsforanstaltninger for voksne og modtagepligt i boformer efter lov om social service.

³³³Tidligere Statsforvaltningen, jf. § 13 i endringslov nr. 1711 vedtaget 27. desember 2018, i kraft 1. april 2019. Jf. også lov nr. 1702 af 27. desember 2018 (Familieretshusloven).

brukeren, kan klage når brukeren ikke selv er i stand til det. Familieretshusets avgjørelser vedrørende flytting kan påklages også av kommunalbestyrelsen. Det er relativt få klagesaker.³³⁴

Ankestyrelsen er en klageinstans for ulike administrative avgjørelser, og skal sørge for å koordinere praksis og dessuten gjennomføre undersøkelser om utviklingen på «social- og beskæftigelsesområdet». Ankestyrelsen er regulert i lov om retssikkerhed og administration på det sociale område kapittel 9. Denne loven har også regler om klagefrist, i hvilke sakstyper klage har oppsettende virkning mv. Noen saker behandles i møte mens andre behandles skriftlig.

Ankestyrelsens avgjørelser kan ikke bringes inn for annen administrativ myndighet. Saker om tilbakeholdelse i bolig eller flytting til eller mellom botilbud kan bringes inn for retten etter reglene i retsplejeloven kapittel 43 a om domstolsprøvelse av administrativt bestemt frihetsberøvelse, jf. serviceloven § 135.

Flytting og enhver form for maktanvendelse skal registreres og innberettes av botilbudet til den/de relevante kommunalbestyrelsene, jf. serviceloven § 136 og §§ 9 og 9 b i lov om retssikkerhed og administration på det sociale område, jf. også § 148 a i serviceloven og § 2 i lov om socialtilsyn. Kommunalbestyrelsen skal utarbeide «handleplaner» for de berørte personene, jf. § 141.

Børne- og Socialministeriet har utgitt en omfattende «Vejledning om magtanvendelse og andre indgreb i selvbestemmelsesretten over for voksne, herunder pædagogiske principper».³³⁵ Dokumentet inneholder blant annet korte sammendrag av avgjørelser fra Ankestyrelsen og domstolene om prinsipielle spørsmål.

8.2.6.6 Revidert regelverk som er vedtatt, men ikke trådt i kraft

Det ble i 2017 iverksatt et «serviceeftersyn» av servicelovens regler om maktanvendelse. Formålet var blant annet å gi grunnlag for å forenkle reglene og gjøre dem lettere håndterbare, og å se på behovet for tilpasning av reglene med tanke på utviklingen i trygghetsbasert velferdsteknologi. Behovet for et slikt ettersyn med tvangsreglene er blant annet omtalt i den nasjonale demenshandlingsplanen som kom i januar 2017.³³⁶ Det var også en oppfølging av Ankestyrelsens evaluering av kommunenes håndtering av maktanvendelsesreglene overfor personer med demens. Ankestyrelsen gjennomførte også en «praksischeck» i 2017 som en del av «serviceeftersynet».³³⁷ Arbeidsgruppen for «serviceeftersynet» kom med en rekke anbefalinger om revisjon av reglene. Hovedtemaene var tydeliggjøring av omsorgsplikten og formålet med maktanvendelsesreglene, trygghetsskapende velferdsteknologi som en del av omsorgen, hensynet til fellesskapet, mer fleksible flytteregler, forenkling av reglene for revurdering, registreringer og innberetninger av maktanvendelse, og behov for utdanning og kompetanseutvikling.³³⁸

³³⁴Ankestyrelsen, 2018, s. 32

³³⁵Børne- og Socialministeriet, 2018b

³³⁶Sundheds- og Ældreministeriet, 2016b, s. 26–29

³³⁷Ankestyrelsen, 2018a

³³⁸Børne- og Socialministeriet, 2018c. Se også nyhetssak fra ministeriet: <https://socialministeriet.dk/nyheder/nyhedsarkiv/2018/mar/ministre-serviceeftersyn-viser-behov-for-bedre-regler-for-magtanvendelse/>

Regjeringen og en rekke politiske partier inngikk i 2018 en avtale om revisjon av reglene i serviceloven kapittel 24, særlig med tanke på personer med «en erhvervet fremadskridende mental svækkelse som fx demens». Det het i avtalen blant annet:

«Aftalepartierne er derfor enige om, at der er brug for at få reglerne ændret, så personalet har de bedst mulige rammer for at iværksætte de indsatser, som er nødvendige for at sikre omsorgen over for de borgere, som de har ansvaret for at passe på. Det skal samtidig fremhæves, at indgreb i selvbestemmelsesretten aldrig må erstatte omsorg og pædagogisk støtte, at de pædagogiske indsatser løbende skal justeres og tilpasses med henblik på at forebygge magtanvendelse, og at formålet med indgrebene ikke må være at erstatte personaleressourcer.

Aftalepartierne er således enige om, at klare regler er en forudsætning for, at personalet kan minimere risikoen for omsorgssvigt af borgere med en erhvervet fremadskridende mental svækkelse, som fx demens, som er afhængige af en god og professionel indsats for at få en værdig og tryk hverdag. Samtidig er klare regler en forudsætning for at beskytte borgerne mod unødige indgreb i selvbestemmelsesretten og sikre, at alle indgreb registreres og indberettes, så de kan give anledning til refleksion hos både personale og ledelse.»³³⁹

Avtalen anga også nærmere løsninger på visse problemstillinger.

Det ble samtidig inngått politisk avtale om revisjon av reglene om maktanvendelse på «handicapområdet» med mange av de samme elementene, og om innføring av mulighet for målretning av botilbud til unge samt om kommunal dekning av skader forvoldt av leietakere i «allmene boliger».³⁴⁰

Et utkast til reviderte lovregler var på høring høsten 2018.³⁴¹ Lovforslag ble framsatt 6. februar 2019.³⁴² Lovendringer ble vedtatt 23. april 2019.

Endringene gjelder blant annet husordensregler, maktanvendelsesreglenes formål, «fysisk guidning» av hensyn til personen selv eller andre i bo- og dagtilbud, «afværgenhjælp» i form av kortvarig fastholding eller føring til annet sted for å unngå vesentlig ødeleggelse av innbo eller andre verdier, fastholding mv. ved fare for personen selv eller andre, låsing og sikring av ytterdører og vinduer, trygghetsskapende velferdsteknologi, og kortvarig fastholding i forbindelse med personlig hygiene.

Det er i formålsbestemmelsen i serviceloven § 124 tilføyd et nytt andre ledd om at anvendelse av makt og andre indgrep i selvbestemmelsesretten bare kan skje for at sikre personens omsorg, verdighet og trygghet eller tilgodese hensynet til fellesskapet på bo- eller dagtilbudet

³³⁹Aftale om revision af reglerne om magtanvendelse på demensområdet (servicelovens kapitel 24), inngått 31. august 2018

³⁴⁰Aftale om revision af reglerne om magtanvendelse på handicapområdet (servicelovens kapitel 24), inngått 31. august 2018

³⁴¹Børne- og Socialministeriet, 2018 a

³⁴²L 156 (2018–2019)

eller hensynet til andre. Det heter i forarbeidene at det med tilføyelsen tydeliggøres blant annet at formålet med maktanvendelse ikke må være å «erstatte socialpædagogiske innsatser eller personaleressourcer».

De reviderte reglene inneholder dels felles regler for hele målgruppen for serviceloven kapittel 24 og dels forskjellige bestemmelser avhengig av om funksjonsnedsettelsen skyldes en ervervet og fremadskridende sykdom eller ikke, jf. de nye kapitlene 24 a og 24 b. Departementet bemerker om dette etter høringen:

«Der er bred enighed blandt aftalepartierne om, at regelændringerne på disse punkter skal afspejle og tilgodese de forskellige livssituationer og behov, der kan være for de to dele af målgruppen. De områder, hvor det foreslås at indføre forskellige regelsæt, afspejler således en vurdering af, at rammerne for indgreb i selvbestemmelsesretten på visse punkter bør være forskellige afhængigt af, om den funktionsnedsættelse, som ligger til grund for indgrebet, som udgangspunkt forventes at være uændret over længere tid, eller om der er tale om en erhvervet og fremadskridende lidelse, som forventes at forværres gennem hele borgerens levetid.»³⁴³

Når det gjelder velferdsteknologi innebærer endringene at reglene gjøres bredere og tidløse med tanke på den teknologiske utviklingen, og at det nedsettes et råd som avgir innstilling med hensyn til hvilke typer teknologi som skal kunne anvendes etter servicelovens maktanvendelsesregler. Bestemmelsen om dette rådet trer i kraft 1. juli 2019, mens loven for øvrig trer i kraft 1. januar 2020. De reviderte reglene skal evalueres tre år etter ikrafttreddelsen.

8.2.7 Tvang i forbindelse med barnevern

Se punkt 8.2.2.2 ovenfor om samtykke til helsetjenester for barn.

Hvis den som har foreldreansvaret unnlater å sørge for at et barn eller en ungdom undersøkes eller behandles for en livstruende sykdom eller en sykdom som utsetter barnet eller den unge for betydelig og varig nedsatt funksjonsevne, kan kommunen (børn og unge-udvalget) treffe avgjørelse om å gjennomføre undersøkelsen eller behandlingen, jf. serviceloven § 63.

Regler om barneverntjenester finnes i serviceloven avsnitt IV, særlig kapittel 11.³⁴⁴

Tjenester, herunder anbringelse utenfor hjemmet, kan gis med samtykke fra den som har foreldreansvaret eller fra barn som selv har fylt 15 år, eller etter lovens nærmere regler. En anbringelse uten samtykke forutsetter at det er åpenbar risiko for at barnets eller den unges helse eller utvikling lider alvorlig skade på grunn av overgrep eller utilstrekkelig omsorg eller behandling, eller på grunn av problemer hos barnet eller den unge selv i form av rusmisbruk, kriminell atferd eller andre alvorlige sosiale vansker eller andre atferds- eller tilpasningsproblemer, jf. § 58.

Loven har egne regler om anbringelse av barn mellom 12 og 17 år på delvis lukkede døgninstitusjoner og delvis lukkede avdelinger på døgninstitusjoner samt sikrede døgninstitusjoner og særlig sikrede avdelinger, jf. §§ 63 a til 63 c.

Regler om rammene for anbringelsen (husordensregler mv.) og om maktbruk og andre inngrep i selvbestemmelsen under anbringelsen er regulert i en særskilt lov, lov om voksenansvar

³⁴³Børne- og Socialministeriet, 2019

³⁴⁴Lov om social service, jf. lovbekendtgørelse nr. 1114 af 30. august 2018, med senere endringer

for anbragte børn og unge, se særlig lovens kapittel 1 til 3.³⁴⁵ Nærmere regler er fastsatt i forskrift.³⁴⁶ Loven gjelder uansett grunnen til at barnet er anbragt utenfor hjemmet etter reglene i serviceloven, og gjelder for eksempel også for barn og unge med psykisk utviklingshemning. Denne loven trådte i kraft 1. januar 2017 og skal evalueres etter to år.³⁴⁷

Noe av bakgrunnen for den nye loven var utredningen fra et utvalg som skulle utrede «magtanvendelse på anbringelsessteder for børn og unge» (Magtanvendelsesudvalget).³⁴⁸ Utvalget skulle «afklare de etiske, juridiske, og praktiske grænsedragninger for anvendelse af magt over for børn og unge i døgntilbud, på opholdssteder og i plejefamilier» og foreslå nye regler. Et mål med det nye regelsettet er klarhet og styrket rettssikkerhet både for de anbragte barn og unge og for fosterfamilier og ansatte ved institusjoner.

8.3 Sverige

8.3.1 Innledning

Grunnloven (regeringsformen³⁴⁹) gir individet rett til vern om sin integritet og vern mot tvingende eller begrensende inngrep fra samfunnet (det offentlige), blant annet påtvungne kroppslige inngrep og frihetsberøvelse. Det kreves lovhjemmel dersom slike tiltak skal iverksettes.³⁵⁰

De svenske lovene som regulerer tjenesteytelsen på helse- og omsorgsfeltet i sin alminnelighet er blant annet hälso- och sjukvårdslagen (2017:30), socialtjänstlagen (2001:453) og lag (1993:387) om stöd och service till vissa funktionshindrade). Disse lovene inneholder ikke tvangsregler, men har noen regler om samtykke til tjenester, jf. punkt 8.3.2.

Det er regler om bruk av tvang i psykisk helsevern og rusomsorgen i to særskilte lover, jf. punkt 8.3.3 og 8.3.4 nedenfor.

For andre helse- og omsorgstjenester er det ikke lovhjemmel for bruk av tvang og makt.

Det har de siste tiårene vært drøftelser og prosesser med tanke på lovgivning vedrørende tvang og begrensninger overfor en eller flere grupper av personer med nedsatt beslutningskompetanse, men arbeidet har blitt lagt bort. Det er uttalt at tvang og begrensninger må baseres på nødrett når det unntaksvis er behov for det. Myndighetene har en uttalt nullvisjon når

³⁴⁵Bekendtgørelse nr. 178 af 26. februar 2019 om voksenansvar for anbragte børn og unge, med senere endringer

³⁴⁶Bekendtgørelse nr. 1438 af 6. desember 2017 om voksenansvar for anbragte børn og unge

³⁴⁷Børne- og Socialministeriets nettsider: <https://socialministeriet.dk/arbejdsomraader/udsatte-boern-og-unge/initiativer/voksenansvar/>

³⁴⁸Magtanvendelsesudvalget, 2015

³⁴⁹En av de fire svenske grunnlovene, se kungörelse (1974:152) om beslutad ny regeringsform med senere endringer.

³⁵⁰Se bl.a. Socialstyrelsen, 2013, og Svenskt Demenscentrum, 2015. Det vises der til regeringsformen (RF) kapittel 2 §§ 6, 8 og 20 flg.

det gjelder tvang og makt over personer med demens, men det legges ikke skjul på at det likevel benyttes slike tiltak til tross for at det satses på forebygging. Socialstyrelsen har i skrivet «Tvångs- och skyddsåtgärder inom vård och omsorg för vuxna» gjort nærmere rede for reglene om samtykke og nødrettsreglene³⁵¹ med tanke på situasjoner der det kan bli aktuelt å benytte tvang og makt uten lovhjemmel i forbindelse med helse- og omsorgstjenester.³⁵² Se nærmere i punkt 8.3.5 om rettssituasjonen og relevante utredninger mv.

Tvang i forbindelse med barnevern er regulert i en egen lov, jf. punkt 8.3.6.

8.3.2 Samtykkeregler mv.

Patientlag (2014:821) har i kapittel 4 regler om samtykke i forbindelse med helsehjelp («hälso- och sjukvård»)³⁵³ Utgangspunktet er at helsehjelp ikke skal gis uten samtykke med mindre det følger av lov. Samtykke kan gis skriftlig eller muntlig, eller pasienten kan på annen måte vise sitt samtykke, jf. kapittel 4 § 2.³⁵⁴

Pasienten skal få den helsehjelp som er nødvendig for å avverge fare som akutt og alvorlig truer pasientens liv eller helse, selv om det ikke er mulig å utrede pasientens vilje på grunn av bevisstløshet eller andre årsaker, jf. kapittel 4 § 4. Det er ikke regulert i hvilken grad dette gjelder dersom pasienten yter motstand. Eventuell bruk av tvang må baseres på nødrett.

Når pasienten er et barn, skal barnets innstilling til helsehjelpen klarlegges så langt det er mulig. Barnets innstilling skal tillegges betydning ut fra barnets alder og modenhet, jf. patientlagen kapittel 4 § 3. Loven har ikke nærmere regler om samtykke for barn og unge, for eksempel aldersgrenser for når barnet selv kan samtykke eller hvem som kan samtykke for barnet. Temaet er omtalt i forarbeidene hvor det blant annet heter:

«När det gäller små barn framgår det enligt utredningen av praxis att det är vårdnadshavaren som har bestämmanderätten över dessa barn. För barn över 15 år är emellertid huvudregeln den motsatta. Justitieombudsmannen (JO) har uttalat att det får anses vara en princip i svensk rätt att, om barnet fyllt 15 år och är i stånd att göra en rimlig bedömning av samtyckets innebörd och verkan, åtgärder rörande barnets personliga angelägenheter inte får vidtas enbart utifrån samtycke av vårdnadshavare och förmyndare. Enligt utredningen kan barn emellertid inte bara anses ha rätt att motsätta sig en vårdåtgärd utan även att, under vissa förutsättningar, själva initiera och samtycka till en åtgärd. Vad gäller den långa period av barndomen då barnet varken är mycket litet eller äldre tonåring finns det enligt utredningen en varierande praxis att hämta ledning från.»³⁵⁵

³⁵¹Jf. Brottsbalken kapittel 24, særlig § 4 (nöd), men også § 1 (nödvärn) og § 2 (laga befogenhet att bruka våld).

³⁵²Socialstyrelsen, 2013. Socialstyrelsen har på sine nettsider også publisert nærmere informasjon under overskriften «Frågor och svar om tvångs- och skyddsåtgärder inom vård och omsorg av vuxna».

³⁵³Patientlagen trådte i kraft 1. januar 2015.

³⁵⁴Blant forarbeidene, se Prop. 2013/14:106 punkt 8 (s. 55 flg.)

³⁵⁵Prop. 2013/14:106 punkt 10 (s. 62 flg.)

Socialstyrelsen hadde tidligere i skrevet «Barn under 18 år som søker hälso- och sjukvård» fra 2010 redegjort for ulike spørsmål som kan oppstå når barn og unge under 18 år søker helsehjelp.³⁵⁶ Det heter at mindreårige pasienter i noen tilfeller kan anses beslutningskompetente i spørsmål om helsehjelp på bakgrunn av kravet i hälso- och sjukvårdslagen om respekt for pasientens selvbestemmelse og integritet, se nærmere skrivets punkt 2. Det vises også til at det er gitt enkelte bestemmelser i særlover.

Socialnämnden i kommunen kan i visse tilfeller beslutte at barnet skal motta helsehjelp eller omsorgstjenester selv om bare den ene av foreldrene samtykker, jf. föräldrabalken kapittel 6 § 13a.

Etter socialtjänstlagen kapittel 3 §§ 6a og 6b kan unge over 15 år selv be om eller samtykke til visse tjenester.

Etter lag om stöd och service till vissa funktionshindrade³⁵⁷ § 8 skal tjenester bare gis til den som ber om det. Men for personer som er under 15 år eller som åpenbart mangler evnen til å ta stilling til spørsmålet på egen hånd, kan foreldre, verge m.fl. be om tjenester. Barn skal få mulighet til å si sin mening, og barnets innstilling skal tillegges betydning ut fra barnets alder og modenhet.

Blant forarbeidene til patientlagen er delbetänkandet «Patientlag» (SOU 2013:2) fra «Patientmaktsutredningen» som blant annet hadde «i uppdrag att föreslå hur patientens ställning inom och inflytande över hälso- och sjukvården ska stärkas».³⁵⁸ I SOUen ble det foreslått regler om «hälso- och sjukvård till vuxna beslutsoförmögna» også utover øyeblikkelig hjelp.³⁵⁹ I Proposition 2013/14:106 Patientlag ble det ikke foreslått slike regler, fordi man avventet forslag fra en pågående utredning.³⁶⁰ I SOU 2015:80 «Stöd och hjälp till vuxna vid ställningstaganden till vård, omsorg och forskning – Ett betänkande av Utredningen om beslutsoförmögna personers ställning i vård, omsorg och forskning» ble det foreslått en ny lov, «lag om stöd och hjälp till vuxna vid ställningstaganden till hälso- och sjukvård och omsorg», samt endringer i patientlagen og en rekke andre lover. Den foreslåtte loven inneholder regler om fremtidsfullmektig og andre stedfortredere/representanter i forbindelse med helse- og omsorgstjenester.

³⁵⁶Socialstyrelsen, 2010b

³⁵⁷Lag om stöd och service till vissa funktionshindrade gjelder har etter § 1 følgende virkeområde: Denna lag innehåller bestämmelser om insatser för särskilt stöd och särskild service åt personer

1. med utvecklingsstörning, autism eller autismliknande tillstånd,
2. med betydande och bestående begåvningsmässigt funktionshinder efter hjärnskada i vuxen ålder föranledd av yttre våld eller kroppslig sjukdom, eller
3. med andra varaktiga fysiska eller psykiska funktionshinder som uppenbart inte beror på normalt åldrande, om de är stora och förorsakar betydande svårigheter i den dagliga livsföringen och därmed ett omfattande behov av stöd eller service.

³⁵⁸Patientsmaktsutredningens slutbetänkande «Ansvarsfull hälso- och sjukvård» (SOU 2013:44) er blant forarbeidene til den nye hälso- och sjukvårdslagen.

³⁵⁹SOU 2013:2 punkt 7.5, s. 179 flg.

³⁶⁰Prop. 2013/14:106 punkt 9 (s. 59 flg.), jf. Utredningen om beslutsoförmögna personers ställning i vård, omsorg och forskning (S 2012:06) / Utredningen om beslutsoförmögna personers ställning i hälso- och sjukvården m.m.

Forslaget omfatter både helsetjenester («hälso- och sjukvård») og tjenester etter socialtjenstelagen og lag om stöd och service till vissa funktionshindrade. Lovens anvendelsesområde skal ikke omfatte akutte nødsituasjoner og tvang m.m. SOUen er foreløpig ikke fulgt opp i form av lovgivning. Se nærmere om forslagene og dagens rettssituasjon når det gjelder tjenester til personer som mangler beslutningskompetanse mv. i punkt 8.3.5.

Helsehjelp omfattes ikke av lag (2017:310) om framtidsfullmakter som trådte i kraft 1. juli 2017.

8.3.3 Tvungent psykisk helsevern (psykiatrisk tvångsvård)

8.3.3.1 Innledning

Sverige har en egen lov om tvang i psykisk helsevern, lag (1991:1128) om psykiatrisk tvångsvård (LPT).³⁶¹ I tillegg kommer lag (1991:1129) om rättspsykiatrisk vård (LRV) og lag (1996:981) om besöksinskränkningar vid viss tvångsvård. Lovene suppleres av förordning (1991:1472) om psykiatrisk tvångsvård och rättspsykiatrisk vård og Socialstyrelsens föreskrifter och allmänna råd (SOSFS 2008:18) om psykiatrisk tvångsvård och rättspsykiatrisk vård.

Formålet med tvungent psykisk helsevern etter LPT er i lovens § 2 angitt slik:

«Tvangsvården ska syfta till att sätta patienten i stånd att frivilligt medverka till nödvändig vård och ta emot det stöd som han eller hon behöver.»

8.3.3.2 Vilkår for «tvångsvård»

Tvungent psykisk helsevern (tvångsvård) innledes med tvangsinnleggelse (sluten psykiatrisk tvångsvård), men kan senere eventuelt gå over til tvungent psykisk helsevern uten døgnopphold (åppen psykiatrisk tvångsvård).

Vilkårene for tvungent psykisk helsevern er angitt i § 3:

«3 § Tvångsvård får ges endast om patienten lider av en allvarlig psykisk störning och på grund av sitt psykiska tillstånd och sina personliga förhållanden i övrigt

1. har ett oundgängligt behov av psykiatrisk vård, som inte kan tillgodoses på annat sätt än genom att patienten är intagen på en sjukvårdsinrättning för kvalificerad psykiatrisk dygnetruntvård (sluten psykiatrisk tvångsvård), eller
2. behöver iakttäta särskilda villkor för att kunna ges nödvändig psykiatrisk vård (åppen psykiatrisk tvångsvård).

En förutsättning för vård enligt denna lag är att patienten motsätter sig sådan vård som sägs i första stycket, eller det till följd av patientens psykiska tillstånd finns grundad anledning att anta att vården inte kan ges med hans eller hennes samtycke.

Tvångsvård får inte ges om patientens psykiska störning enligt första stycket utgör enbart en utvecklingsstörning.

Vid bedömning av vårdbehovet enligt första stycket ska det även beaktas, om patienten till följd av sin psykiska störning är farlig för annans personliga säkerhet eller fysiska eller psykiska hälsa.»

³⁶¹Loven trådte i kraft 1. januar 1992 og er sist endret med virkning fra 1. juli 2018. Den erstattet lag (1966:293) om beredande av sluten psykiatrisk vård i vissa fall.

Også barn kan være underlagt tvang etter LPT.

8.3.3.3 Saksbehandling, overprøving mv.

Det er en sjefsoverlege (chefsöverläkare) ved en psykiatrisk institusjon som fatter vedtak om tvungent psykisk helsevern.³⁶² Forut må det foreligge en bekreftelse (vårdintyg) fra en annen lege om at en undersøkelse av pasienten viser at vilkårene sannsynligvis er til stede, jf. §§ 4 og 5. Denne bekreftelsen må være høyst fire dager gammel. Det skal gjennomføres ny undersøkelse av pasienten på institusjonen, og vedtak skal fattes innen 24 timer etter ankomst, jf. § 6b. Pasienten kan holdes tilbake og visse tvangsmidler mv. kan om nødvendig benyttes før vedtak er fattet, jf. §§ 6 og 6a.

Klageinstans er förvaltningsrätten.³⁶³

Dersom det tvungne vernet skal pågå utover fire uker, må overlegen bringe saken inn for förvaltningsrätten som kan samtykke til tvungent vern i inntil fire måneder, jf. §§ 7 og 8. Ved behov for tvungent vern utover dette, kan förvaltningsrätten forlenge det med inntil seks måneder av gangen, jf. § 9. Ved overgang fra tvangsinnleggelse til tvungent vern uten døgnopphold (og omvendt) må saken forelegges förvaltningsrätten, jf. §§ 7 og 26a. Overføring fra frivillig til tvungent vern forutsetter prøving for förvaltningsrätten innen korte frister, jf. § 12.

Når saken fremmes for förvaltningsrätten for forlengelse av vernet utover fire uker, skal det redegjøres for den støtte og behandling som planlegges for pasienten under og etter oppholdet på institusjonen, jf. § 7. Det skal opprettes en «vårdplan» snarest mulig etter at tvungent vern er etablert, jf. § 16.

Ved tvungent vern uten døgnopphold skal förvaltningsrätten fastsette vilkår eller overlate dette til sjefsoverlegen, jf. § 26. Vilråene kan omfatte plikt til medisineriing eller annen behandling, opphold på eller annen kontakt med en annen institusjon eller tjenesteyter, forbud mot rusmiddelbruk, påbud om eller forbud mot å oppholde seg visse steder eller kontakte visse personer. Vilråene kan også gjelde bolig, utdanning eller arbeid.

Tilsvarende vilkår kan også fastsettes i forbindelse med tillatelse til å oppholde seg utenfor institusjonen ved et enkelt tilfelle eller gjentatte ganger for pasient som er tvangsinnlagt, jf. § 25.

Opphør av tvungent vern er regulert i §§ 27-29.

Pasienten kan når som helst i løpet av det tvungne vernet bringe saken inn for förvaltningsrätten, jf. §§ 32 og 33 om hvilke av sjefsoverlegens vedtak eller beslutninger som kan klages inn for förvaltningsrätten.

Barn over 15 år har rett til å tale sin egen sak i tvangssaker etter LPT. Pasienter som er yngre «bör höras, om det kan vara till nytta för utredningen och det kan antas att patienten inte tar skada av att höras», jf. § 44.

Förvaltningsrätten består i de aktuelle sakene av rettens formann (jurist) og tre nämndemän.³⁶⁴

³⁶²Se LPT § 39 om hvilke avgjørelser etter LPT sjefsoverlegen kan delegere og til hvem.

³⁶³Förvaltningsrätten er den laveste instansen av förvaltningsdomstolene i Sverige. For nærmere informasjon, se nettsiden til Sveriges Domstolar: <http://www.domstol.se/Om-Sveriges-Domstolar/Domstolarna/Forvaltningsratt/>

³⁶⁴Fra Sveriges Domstolars nettsider: «Nämndemännen är lekmän, dvs. de är inte juridiskt utbildade utan har andra yrken. De är politiskt valda representanter för befolkningen och utses av landstingsfullmäktige.»

Ved behandling av spørsmål om etablering av tvungent psykisk helsevern og visse andre vedtak som prøves av förvaltningsrätten, har pasienten rett til juridisk bistand på det offentliges bekostning (offentligt biträde³⁶⁵), jf. § 38a.

Pårørende har ingen formell funksjon eller rettigheter etter LPT. Se punkt 8.3.3.5 om støtteperson.

Som hovedregel skal det holdes muntlig forhandling i saker om tvungent psykisk helsevern, jf. § 37, i motsetning til det som er hovedregelen for saker i förvaltningsrätten generelt. Under studiebesøket fikk utvalget opplyst at den muntlige forhandlingen vanligvis er relativt kortvarig.

En sakkyndig lege som ikke arbeider på det aktuelle sykehuset, deltar som regel i behandlingen av klagesaken og skal komme med en uavhengig uttalelse på bakgrunn av gjennomgang av pasientjournalen og pasientens og overlegens forklaringer for förvaltningsrätten.

Det er angitt frister for behandlingen av saken i ulike stadier, jf. § 35. For eksempel skal förvaltningsrätten som hovedregel ta opp en tvangssak til avgjørelse innen åtte dager etter at den kom inn.

Förvaltningsrättens avgjørelser kan bringes inn for kammarrätten³⁶⁶ av pasienten eller en representant for denne. Se § 38 om kammarrättens sammensetning i slike saker.

Politiet har adgang til å ta hånd om en person i påvente av helsepersonell, og kan eventuelt bringe vedkommende til helsepersonell, dersom det er rimelig grunn til å tro at vedkommende «lider av en allvarlig psykisk störning och är farlig för annans personliga säkerhet eller eget liv eller i övrigt behöver omedelbar hjälp», jf. § 47. Bestemmelsen inneholder også regler om politiets bistand til å bringe pasienter til institusjon i forbindelse med etablering av tvungent vern eller ved uteblivelse etter permisjon mv.

8.3.3.4 Behandling uten samtykke, tvangsmidler mv.

Loven har ikke nærmere regler om tvangsmedisinering. Behandling under tvungent vern skal etter § 17 om mulig skje i samråd med pasienten, eventuelt også pårørende. Det er sjefoverlegen som avgjør spørsmål om behandling. Behandlingen, herunder legemidler, kan om nødvendig gis uten samtykke.³⁶⁷ Behandlingstiltakene skal «anpassas till vad som krävs för att uppnå syftet med tvångsvården». Det fattes ikke formelt vedtak, og det er ikke klagerett eller en annen overprøvningsordning for behandling uten samtykke. Elektrokonvulsiv behandling (ECT) er heller ikke nærmere regulert, men anvendes også overfor pasienter under tvangsinnleggelse.³⁶⁸

³⁶⁵Jf. lag (1996:1620) om offentligt biträde

³⁶⁶Se informasjon på nettsiden til Sveriges domstolar: <http://www.domstol.se/Om-Sveriges-Domstolar/Domstolarna/Kammarratt/>

³⁶⁷§ 17 ble endret ved SFS 2017:369 Lag om ändring i lagen (1991:1128) om psykiatrisk tvångsvård, med ikrafttredelse 1. juli 2017. Lovendringen skulle tydeliggjøre at behandling kan gis uten samtykke, men forarbeidene til lovendringen angir ikke nærmere hva slags behandling som kan gis eller nærmere forutsetninger, jf. Prop. 2016/17:94 s. 24–25.

³⁶⁸Kvalitetsregister ECT, 2017, s. 15. Se også Sosialstyrelsen, 2010c, s. 17 og 19. Se også Justitieombudsmannen, 2016, s. 482 flg.

Pasienter under «tvångsvård» kan hindres i å forlate institusjonen eller deler av denne, og tvang kan om nødvendig benyttes også for å opprettholde orden på institusjonen eller av sikkerhetshensyn, jf. § 18.

Tvangsmidler og andre tvangstiltak (tvångsåtgärder) kan benyttes etter nærmere regler, jf. § 19 flg. Dette omfatter blant annet isolering/skjerming («avskiljande»; maksimalt åtte timer, men kan forlenges) og beltelegging (kortvarig, men kan forlenges), jf. §§ 19 og 20.

Bruk av tvangsmidler besluttes av sjefsoverlege og kan ikke påklages, men pasienten har rett til ettersamtale, jf. § 18a.³⁶⁹ Formålet med samtalen vil blant annet være å forebygge nye tilfeller. Retten til ettersamtale ble innført i 2017 sammen med enkelte andre endringer i LPT for å øke pasientenes medvirkning.³⁷⁰

Ved «avskiljande» mer enn åtte timer eller beltelegging utover det som kan regnes som kortvarig, skal det uten opphold sendes melding til tilsynsmyndigheten Inspektionen för vård och omsorg (IVO). Institusjonene har også en generell plikt til å holde IVO orientert, jf. § 49.

Videre er det regler om kroppsvisering, begrensnig av elektronisk kommunikasjon, kontroll av post, beslag av rusmidler og farlige gjenstander, innpasseringskontroll mv., jf. §§ 20a til 24.

Begrensnig i tilgang til telefon, internett etc. besluttes av sjefsoverlegen, med klagemulighet til förvaltningsrätten.

8.3.3.5 Støtteperson

Personer som er underlagt tvungent psykisk helsevern skal få tilbud å få en støtteperson (stödperson). Støtteperson oppnevnes til den som ber om det. Støtteperson kan oppnevnes også i andre tilfeller hvis pasienten ikke motsetter seg det, jf. §§ 30 og 31. Støttepersonen skal bistå pasienten i personlige spørsmål i den perioden vernet pågår og fire uker etterpå dersom pasienten og støttepersonen samtykker til det. Vedkommende har rett til å besøke pasienten i institusjonen. Støttepersonen kan blant annet bistå i forbindelse med klage og rettslig prøving av tvangstiltak, og annen kontakt med myndigheter. Støttepersonen har ikke tilgang til taushetsbelagte opplysninger uten pasientens samtykke, og kan heller ikke representere pasienten uten fullmakt.³⁷¹ Den aktuelle patientnämnden³⁷² utpeker støtteperson.³⁷³

³⁶⁹§ 18a ble tilføyd ved SFS 2017:369 Lag om ändring i lagen (1991:1128) om psykiatrisk tvångsvård, med ikrafttredelse 1. juli 2017.

³⁷⁰SFS 2017:369 Lag om ändring i lagen (1991:1128) om psykiatrisk tvångsvård, jf. Prop. 2016/17:94

³⁷¹SOU 2015:80 s. 278 og 282–283

³⁷²Jf. lag (2017:372) om stöd vid klagomål mot hälso- och sjukvården (fram til 1. januar 2018: lag (1998:1656) om patientnämndsverksamhet m.m.)

³⁷³For nærmere informasjon om ordningen med støtteperson, se f.eks. følgende nettsider: http://www.rfs.se/uppdragen/stodperson_psykiatri/ og <http://www.landstingetsormland.se/Halsa-varld/Patientsakerhet/Om-du-ar-missnojd-med-varlden/Patientnamnd/Stodpersonsverksamhet/Att-ha-stodperson/> og <http://www.landstingetsormland.se/Halsa-varld/Patientsakerhet/Om-du-ar-missnojd-med-varlden/Patientnamnd/Stodpersonsverksamhet/Att-vara-stodperson/>

Under studiebesøket fikk utvalget det inntrykk at det er relativt stor variasjon i hvordan støttepersoner utøver sitt oppdrag, men at støttepersonen ofte fungerer omtrent som en støttekontakt eller besøksvenn og i mindre grad gir beslutningsstøtte i spørsmål om helsehjelp, påklaging av vedtak mv.

8.3.3.6 Reformarbeid

I 2011 kom den omfattende utredningen SOU 2011:35 Bättre insatser vid missbruk och beroende, som også inneholdt forslag til endringer i LPT-loven.³⁷⁴ Et av forslagene var at loven om tvang på grunn av rusproblemer (LVM) skulle integreres i LPT, se punkt 8.3.4.7. Disse forslagene er ikke fulgt opp.

I 2012 kom en annen omfattende utredning, SOU 2012:17 Psykiatri och lagen – tvångsvård, straffansvar och samhällsskydd. I SOUen ble det foreslått at lagen om psykiatrisk tvångsvård (LPT) og lagen om rättspsykiatrisk vård (LRV) slås sammen, og at det tas inn visse bestemmelser fra en tredje lov som gjelder besøk i forbindelse med ulike former for tvungen opphold i institusjon (lag om besøksinskränkningar vid viss tvångsvård). Forslaget om sammenlåing er (foreløpig) ikke fulgt opp, men visse andre lovendringer er vedtatt på bakgrunn av noen av forslagene i utredningen.³⁷⁵

Mange av forslagene til innholdsmessige endringer vedrørende tvungen psykisk helsevern er (foreløpig) ikke fulgt opp. Et av forslagene var at det skal kunne vedtas tvungen vern uten døgnavhold med tanke på tvangsmedisinering uten at det først etableres tvungen vern med innleggelse. Et annet forslag var at det opprettes en ny Tvangsåtgärdsnämnd som skal ta stilling til ekstraordinær bruk av tvangsmidler (visse typer tvangsmidler eller varighet utover visse frister). Det ble også foreslått å oppheve bestemmelsen som lyder: «Tvangsvård får inte ges om patientens psykiska störning [...] utgör enbart en utvecklingsstörning», slik at for eksempel noen personer med autisme kan underlegges tvungen psykisk helsevern dersom lovens øvrige vilkår er oppfylt.

I SOU 2015:52 Rapport från Bergwallkommissionen ble det framsatt ulike forslag for å styrke rettspsykiatrien, både med tanke på rettssikkerhet under strafforfølgning og behandlingen av pasienter under LRV. SOUen er ikke fulgt opp med lovarbeid.

Den nationella samordnaren inom området psykisk hälsa³⁷⁶ fikk i desember 2016 i oppdrag av regjeringen å «göra en översyn av tvangsåtgärder mot barn enligt lagen om psykiatrisk tvångsvård (LPT)» (Tvangsåtgärdsutredningen).

«Vid översynen ska utredaren bedöma om det finns tvangsåtgärder som bör avskaffas, ersättas av andra tvangsåtgärder eller ändras. Utredaren ska vid behov lämna förslag till ny lagstiftning på området. Utgångspunkten för förslagen ska vara att minska eller om möjligt avskaffa användningen av tvangsåtgärder utan att försämra förutsättningarna att bereda barn nödvändig vård. Syftet med uppdraget är att ytterligare stärka barnrättsperspektivet och

³⁷⁴SOU 2011: 35.

³⁷⁵Se «dagstifningskedjan» til høyre på regeringskansliets nettsider: <http://www.regeringen.se/rattsdokument/statens-offentliga-utredningar/2012/04/sou-201217/>

³⁷⁶En komité under Socialdepartementet. Fra nettsidene til Den nationella samordnaren inom området psykisk hälsa: «Regeringen beslutade den 17 december 2015 att en särskild utredare – en nationell samordnare – ska stödja det arbete som utförs av myndigheter, kommuner, landsting och organisationer inom området psykisk hälsa samt verka för att arbetet samordnas på nationell nivå. [...] dir. 2015:138).»

rättssäkerheten för barn som tvångsvårdas samt bidra till kvalitetsutveckling inom hälso- och sjukvården, med särskilt fokus på tvångsvården. En utgångspunkt för utredarens arbete ska vara att tillvarata barnets bästa samtidigt som barnets rätt till integritet och självbestämmande ska beaktas.»³⁷⁷

Utredningen kom som SOU 2017:111 För barnets bästa? Utredningen om tvångsåtgärder mot barn i psykiatrisk tvångsvård.

Noe av bakgrunnen for utredningen var kritikk fra FNs barnekomité.³⁷⁸ Utredningen har ikke fullt ut fulgt barnekomiteens anbefaling om å forby bruk av belter og isolering. Det vises til at bruk av slike tvangsmidler i ekstreme unntakstilfeller kan være forenlig med barnets beste, for eksempel for å redde liv eller helse, og kan være eneste tilgjengelige løsning. Utredningen foreslår imidlertid innstramning i lovgivningen (LPT og LRV), bedre og mer systematisk kontroll med bruken av tvangsmidler, og utvikling av kunnskap, kvalitet og kompetanse i psykiatriske heldøgnsinstitusjoner for barn med tanke på en kraftig reduksjon i bruken.³⁷⁹

Blant forslagene i utredningen er at fastspenning med belter bare skal kunne brukes hvis andre midler åpenbart er utilstrekkelige og det er umiddelbar fare for at barnet lider alvorlig skade. Belter skal ikke kunne brukes ved fare for andre. Beltelegging skal kunne være maksimalt en time, men med mulig for forlengning av særlige grunner. Det foreslås også nærmere regler om barn og isolering, skjerming og innskrenkning i retten til å bruke elektroniske kommunikasjonstjenester. Det foreslås også bedre klagemuligheter samt særskilt underretning til et utpekt organ dersom et barn utsettes for tvangsmidler ved tre ulike anledninger i løpet av et opphold. Forslagene er foreløpig ikke fulgt opp med lovarbeid.

Det er igangsatt arbeid med tanke på å bedre kunnskapsgrunnlaget og datainnsamlingen mv. på feltet.

8.3.4 Tvangstiltak overfor rusmiddelmisbrukere

8.3.4.1 Innledning

Sverige har en egen lov om tvang på rusfeltet, lag (1988:870) om vård av missbrukare i vissa fall (LVM).³⁸⁰

Formålet med tvangstiltakene er etter lovens § 3 å «motivera missbrukaren så att han eller hon kan antas vara i stånd att frivilligt medverka till fortsatt behandling och ta emot stöd för att komma ifrån sitt missbruk». Socialnämnden skal aktivt bidra til at den som er undergitt tvang, etterpå skal få bolig og arbeid eller utdanning, og sørge for personlig støtte eller behandling for at vedkommende skal avholde seg fra misbruket på varig basis, jf. § 30.

³⁷⁷Tilläggsdirektiv till Nationell samordnare för utveckling och samordning av insatser inom området psykisk hälsa (S 2015:09), Dir. 2016:106, fastsatt 8. desember 2016

³⁷⁸Se tilleggsgdirektivet side 2

³⁷⁹SOU 2017:111 s. 16

³⁸⁰Loven trådte i kraft 1. januar 1989 og er sist endret med virkning fra 1. oktober 2018. Den erstattet lag (1981:1243) om vård av missbrukare i vissa fall.

Dersom rusmiddelbrukeren er under 18 år anvendes ikke LVM, men lag (1990:52) med særskilda bestämmelser om vård av unga (LVU), jf. punkt 8.3.6. For ungdommer fra 18 til 20 år vurderes det konkret hvilken av lovene som skal anvendes, jf. LVU § 1 tredje ledd.

Utredningen «Översikt om tvångsvård vid missbruk – effekt och kvalitet» inneholder opplysninger om regelverkets historikk, andre lands regler på feltet og en oversikt over kunnskapsstatus når det gjelder effekt og kvalitet av tvangstiltak ved misbruk og avhengighet.³⁸¹

8.3.4.2 *Vilkår for tvangstiltak*

Loven gjelder personer som misbruker alkohol, narkotika eller flyktige løsemidler, jf. § 1.

Blant vilkårene for tvangstiltak er at misbrukeren behøver hjelp for å avholde seg fra misbruket og at dette ikke kan oppnås ved frivillige tiltak, jf. § 4. Videre må misbrukeren oppfylle ett av følgende tre vilkår: «a) utsætter sin fysiske eller psykiske helse for allvarlig fara, b) løper en uppenbar risk att förstöra sitt liv, eller c) kan befaras komma att allvarligt skada sig själv eller någon närstående», jf. § 4 nr. 3.

Som det framgår, kan loven benyttes ikke bare av hensyn til misbrukeren selv, men også for å beskytte andre mot alvorlig skade, men da begrenset til nærstående. Begrepet nærstående omfatter ikke foster, og loven har ikke særskilte regler om tvangstiltak mot gravide rusmisbrukere. Svangerskapet kan eventuelt være et moment i vurderingen etter alternativet «løper en uppenbar risk att förstöra sitt liv», jf. § 4 nr. 3 bokstav b. Spørsmålet om egne regler for gravide har vært utredet flere ganger.³⁸²

Maksimal tid for tvangstiltak er seks måneder. Det er ikke regulert om det kan fattes nytt tvangsvedtak igjen senere, og i så fall etter hvor lang tid og hvor mange ganger.

8.3.4.3 *Saksbehandling, overprøving mv.*

Bistand til misbrukere hører under socialtjenstlagen (lag 2001:453), og kommunene har ansvar for tjenestene. Socialtjensten forbereder tvangssaker etter eget tiltak eller etter en melding fra myndighet, lege eller pårørende. Loven har regler om opplysningplikt for visse myndigheter og leger. En legeundersøkelse skal gjennomføres som del av utredning med mindre det er åpenbart unødvendig.

Socialnämnden i kommunen³⁸³ fremmer sak for förvaltningsrätten³⁸⁴ som kan fatte vedtak om tvangstiltak. Begge instansene kan fatte midlertidig vedtak dersom det haster å iverksette tiltak, jf. § 13. Forutsetningen er at det er sannsynlig at vilkårene for tvangstiltak er tilstede og at rettens vedtak ikke kan avvendes på grunn av fare for alvorlig forverring i helsetilstanden

³⁸¹Oversikten er utarbeidet av Arne Gerdner og Mats Berglund til bruk for «Missbruksutredningen» som resulterte i SOU 2011: 35 Bättre insatser vid missbruk och beroende.

³⁸²Se bl.a. Ds 2009:19 hvor det ble foreslått et nytt i alternativ i § 4 nr. 3 ny bokstav d: «utsätter sitt ofödda barn för en påtaglig risk att födas med en skada orsakad av missbruket». Dette er ikke fulgt opp med lovendring. Se også Reitan, T. & Weding, L., 2012. Se også Socialstyrelsen, 2007. Se videre Søvig, 2007, s. 217 med videre henvisninger, bl.a. SOU 2004: 3 s. 250–253.

³⁸³Eller felles nemnd for et landsting og en eller flere kommuner, jf. lag (2003:192) om gemensam nämnd inom vård- och omsorgsområdet § 1.

³⁸⁴Förvaltningsrätten er den laveste instansen av förvaltningsdomstolene i Sverige. For nærmere informasjon, se nettsiden til Sveriges Domstolar: <http://www.domstol.se/Om-Sveriges-Domstolar/Domstolarna/Forvaltningsratt/>

eller på grunn av en overhengende fare for at misbrukeren som følge av sin tilstand kommer til å skade seg selv eller noen nærstående alvorlig.

Det er angitt frister for behandlingen av saken i ulike stadier. For eksempel skal förvaltningsrätten som hovedregel ta opp en tvangssak til avgjørelse innen en uke etter at den kom inn. Det skal holdes muntlig forhandling med mindre det er åpenbart unødvendig. Den private part har rett til rettshjelp på det offentliges bekostning (offentligt biträde³⁸⁵) med mindre det må antas at det er unødvendig, jf. lovens § 42.

Förvaltningsrättens avgjørelser kan påklages til kammarrätten.³⁸⁶

8.3.4.4 Gjennomføring av tvangstiltak

Når det er fattet vedtak om tvangstiltak, skal misbrukeren innledningsvis oppholde seg i en institusjon beregnet for formålet (LVM-hem), eller eventuelt i sykehus om nødvendig, jf. lovens §§ 22 til 24.

Så snart det er mulig, skal det gis mulighet for annen type tiltak enn opphold i LVM-hem, jf. § 27. Dette kan skje i «öppet behandlingshem, i familjehem eller genom att personen deltar i öppenvårdsprogram».³⁸⁷

Statens institutionsstyrelse³⁸⁸ fatter beslutninger om inntak i LVM-hjem, overføring og utskrivning mv. i samråd med socialnämnden, jf. lovens §§ 25 flg.

Visse av Statens institutionsstyrelses beslutninger kan påklages av den private part til förvaltningsrätten, jf. § 44. Eventuell overprøving i neste instans, kammarrätten, krever «prövnings-tillstånd».

8.3.4.5 Isolering, kontroll, begrensninger i kommunikasjon mv.

Loven gir på nærmere vilkår hjemmel for kroppsvisitering, prøvetaking av biologisk materiale for kontroll med bruk av rusmidler, kontroll av post, beslag av rusmidler mv. Det er også hjemmel for innskrenkninger i telefonsamtaler, besøk mv. etter nærmere regler. Reglene om slike inngrep (§§ 31 til 36 a) ble endret i 2018.³⁸⁹

Isolering (avskildhet) kan benyttes dersom misbrukeren er voldsom eller så ruspåvirket at det er nødvendig. Isoleringen skal ikke vare lenger enn uomgjengelig nødvendig og maksimalt i 24 timer, jf. § 34 b.

Etter § 34 a kan en misbruker undergis «vård i enskildhet» dersom «det krävs med hänsyn till den intagnes speciella behov av vård, hans eller hennes säkerhet eller övriga intagnas säkerhet

³⁸⁵Jf. lag (1996:1620) om offentligt biträde

³⁸⁶Se informasjon på nettsiden til Sveriges domstolar: <http://www.domstol.se/Om-Sveriges-Domstolar/Domstolarna/Kammarratt/>

³⁸⁷Statens institutionsstyrelses nettsider.

³⁸⁸Fra nettsiden: «Statens institutionsstyrelse, SiS, är en statlig myndighet som bedriver individuellt anpassad tvångsvård och behandling av ungdomar med allvarliga psykosociala problem och vuxna med missbruksproblem.»

³⁸⁹Lag (2018:651) om ändring i lagen (1988:870) om vård av missbrukare i vissa fall, i kraft 1. oktober 2018. Se forarbeidene SOU 2015:71 og Prop. 2017/18:169.

får en intagen hindras från att träffa andra intagna». Slike tiltak skal vurderes fortløpende og alltid «omprøvas» innen sju dager fra siste prøving.

Det er også relevante bestemmelser i en særskilt lov som gjelder besøk i forbindelse med ulike former for tvungent opphold i institusjon (lag (1996:981) om besøksinnskränkningar vid viss tvångsvård).

LVM-loven har også bestemmelser om «LVM-hem för särskilt noggrann tillsyn» hvor de tvangsinnlagte kan hindres i å forlate LVM-hjemmet og på andre måter underkastes begrensninger i bevegelsesfriheten som er nødvendige som å gjennomføre tiltakene. Den tvangsinnlagte kan bare holdes i en slik institusjon i to måneder, med mindre det foreligger særskilte grunner av hensyn til behandlingen og det samtidig gis mulighet for opphold i noe friere former eller utenfor institusjonen.

Loven har regler om bistand fra politiet.

Loven regulerer ikke spørsmålet om tvungen behandling med for eksempel legemidler.

8.3.4.6 Omfang av tvangstiltak mv.

Statens institusjonsstyrelse skriver på sine nettsider blant annet:

«Drygt tusen män och kvinnor blir varje år tvångsomhändertagna med stöd av LVM (lag om vård av missbrukare i vissa fall) och placerade på något av våra LVM-hem. Vi har elva LVM-hem med knappt 400 platser för abstinensbehandling, motivationsarbete eller utslussning.»³⁹⁰

Det opplyses at fire av fem inntak på LVM-hjem skjer på grunnlag av midlertidig vedtak ved en akutt livstruende situasjon, og at den gjennomsnittlige varigheten av tvangstiltak er drøyt fire måneder.³⁹¹

Per 1. november 2016 var det 384 personer under tvangstiltak i institusjon etter LVM, hvorav 71 prosent menn og 29 prosent kvinner. Antallet personer under tvang har økt med 33 prosent siden 2006. Antallet frivillig innlagte for rusproblemer har derimot blitt redusert med nesten 30 prosent i samme periode. Andelen tvangsinnlagte med alkoholmisbruk er vesentlig redusert de senere år. I 2016 var andelen 24 prosent, mens narkotikamisbruk utgjorde 40 prosent og blandingsmisbruk 36 prosent. Medianalderen var 34 år i 2016, mens den i 2010 var 43 år. Medianalderen blant kvinner er noe lavere enn blant menn.³⁹²

8.3.4.7 Reformarbeid

I 2011 kom den omfattende utredningen SOU 2011:35 Bättre insatser vid missbruk och beroende. Utredningsarbeidet omfattet flere lover i tillegg til LVM, både tjenestelovene og loven om tvungent psykisk helsevern (LPT, jf. punkt 8.3.3 ovenfor).

I utredningens sammendrag heter det blant annet:

«De lagar som reglerar missbruks- och beroendevården tillkom för omkring 30 år sedan. Samhällsutvecklingen, ökad internationell rörlighet, framväxten av nya värderingar,

³⁹⁰Statens institusjonsstyrelses nettsider: <http://www.stat-inst.se/var-verksamhet/>

³⁹¹Statens institusjonsstyrelses nettsider: <http://www.stat-inst.se/var-verksamhet/missbruksvard/>

³⁹²Socialstyrelsens nettsider: <http://www.socialstyrelsen.se/nyheter/2017/Sidor/alltyngretvangsvardasformissbruk.aspx>

förändringar i missbrukssituationen och vårdbehoven, patienternas och klienternas önskemål om vårdens organisering, samt ny kunskap om effektiva behandlings- och stödinsatser motiverar en omprövning av lagstiftningen och en reform av vården.»

Det pekes deretter på ti motiver for en reform. Ett av disse gjelder spesielt tvangstiltak:

7. «Tvangsvården brister i innhåll, form og rettssikkerhet.

Tvangsvården av personer med missbruk eller beroende enligt LVM oppvisar allvarlige brister. Behandlingsinnhåll er for begrenset, formen for inflexibel og kopplingen til etterfølgende frivillige insatser hos hjemkommune eller landsting for svak. Personer med samsjuklighet mellom missbruk eller beroende og psykisk sykdom har særskilt svært å få tilgang til adekvat vård.

Vidare er tvangsvårdens tilpassning rettsosikker. Dette avspeglas i store variasjoner i anvendningen av tvangsvård enligt LVM mellom landets kommuner som ikke kan forklares av skillnader i vårdbehov. Tilpassningen kompliseres ytterligere av at personer med missbruk eller beroende kan tvangsvårdas enligt både LVM og LPT.»

Utredningen foreslo åtte reformområder og inneholdt et syttitalls konkrete forslag. Om tvangstiltak het det blant annet:

«Utredningen anser at tvangsvård, eller vård uten samtykke som utredningen foreslår som benømming, ved missbruk eller beroende endast ska kunne ges i undantagsfall og under forutsetning at insatsene inngår som en avgrenset del i en sammenhengende vård- og stødprosess. Vården uten samtykke måste erbjude ett båttere behandlingsinnhåll ån i dag. Den ska vara individuelt tidsmåssigt avpassad og möjlighet til åppen tvangsvård ska finnas. Tilpassningen måste også bli mer rettsikker.»³⁹³

Det ble foreslått endringer i en rekke lover i tillegg til en ny «lag om missbruks- og beroendevård (LMB)» om ansvarsfordelingen mellom sosialtjensten (kommunen) og hålsø- og sjukvården (landstinget) og krav til samhandling på rusfeltet. Det ble også foreslått at den nye loven skulle ha regler som styrker pasientens/brukerens stilling.

Når det gjelder tvang, ble forslagene til lovendringer sammenfattet slik:

«Utredningens forslag innebår også en foråndrad lagstiftning når det gåller vården uten samtykke genom att lagen (1988:870) om vård av missbrukare i vissa fall (LVM) integreras med lagen (1991:1128) om psykiatrisk tvangsvård (LPT).

- I LPT infrs en likstållighetsbeståmmelse som tydliggr att LPT åven ska omfatta pasienter som till fljt av missbruk eller beroende av alkohol, narkotika, låkemedel eller dopningsmedel har ett oundgångligt behov av psykiatrisk vård.»³⁹⁴

Forslagene i SOUen er ikke fulgt opp med lovendringer.³⁹⁵ Utvalget fikk under studiebesøket opplyst at mange av høringsinstansene var skeptiske og at tiden ikke ble ansett moden for

³⁹³SOU 2011: 35 s. 33–34. Se nærmere side s. 295–328.

³⁹⁴SOU 2011: 35 s. 39. For utkast til ny lov og lovendringer, se s. 41 flg.

³⁹⁵Se «lagstifningskedjan» til høyre på regeringskansliets nettsider: <http://www.regeringen.se/rattsdokument/statens-offentliga-utredningar/2011/04/sou-201135/>

sammenslåing av lovene. Sammenslåing ville kreve nærmere utredning, blant annet av konsekvenser av ny ansvarsfordeling mellom kommunen og landstinget.

8.3.5 Personer med demens, psykisk utviklingshemning mv.

8.3.5.1 Innledning – gjeldende rett

Sverige har i dag ikke regler om bruk av tvang og makt overfor personer med psykisk utviklingshemning eller personer med demens eller mer generelt i forbindelse med helse- og omsorgstjenester til personer med kognitive funksjonsnedsettelse.³⁹⁶

Lag (1993:387) om stöd och service till vissa funktionshindrade har etter § 1 følgende virkeområde:

«Denna lag innehåller bestämmelser om insatser för särskilt stöd och särskild service åt personer

1. med utvecklingsstörning, autism eller autismliknande tillstånd,
2. med betydande och bestående begåvningsmässigt funktionshinder efter hjärnskada i vuxen ålder föranledd av yttre våld eller kroppslig sjukdom, eller
3. med andra varaktiga fysiska eller psykiska funktionshinder som uppenbart inte beror på normalt åldrande, om de är stora och förorsakar betydande svårigheter i den dagliga livsföringen och därmed ett omfattande behov av stöd eller service.»

Etter lovens § 8 skal tjenester bare gis til den som ber om det. Men for personer som er under 15 år eller som åpenbart mangler evnen til å ta stilling til spørsmålet på egen hånd kan foreldre, verge m.fl. be om tjenester.

Loven gir ikke hjemmel for å gi tjenester med tvang eller for bruk av tvang eller makt i forbindelse med gjennomføring av tjenestene.³⁹⁷

Heller ikke sosialtjenstelagen³⁹⁸ gir hjemmel for bruk av tvang eller makt.³⁹⁹ Det samme gjelder hälso- och sjukvårdslagen⁴⁰⁰.

Det er heller ikke gitt andre regler om ytelse av omsorgstjenester eller helsehjelp til personer som mangler beslutningskompetanse med unntak av patientlagens regler om øyeblikkelig hjelp, se punkt 8.3.2.

I myndighetenes veiledningsmateriell er det vist til at grunnloven (regeringsformen) gir individet rett til vern om sin integritet og mot tvingende eller begrensende inngrep fra samfunnet,

³⁹⁶Se Østenstad, 2011, s. 673, om tidligere lover som ga hjemmel for tvang overfor personer med psykisk utviklingshemning.

³⁹⁷Østenstad, 2011, s. 673

³⁹⁸Socialtjänstlag (2001:453)

³⁹⁹Se bl.a. Østenstad, 2011, s. 673–674 med videre henvisninger

⁴⁰⁰Hälso- och sjukvårdslag (2017:30) avløste den tidligere loven (1982:763).

blant annet påtvungne kroppslige inngrep og frihetsberøvelse, og at det kreves lovhjemmel dersom tiltak skal iverksettes.⁴⁰¹

Det er uttalt at tvang og begrensninger må baseres på nødrett når det unntaksvis er behov for det. Det er understreket at nødretten ikke gir grunnlag for rutinemessige inngrep.⁴⁰² Det legges imidlertid ikke skjul på at tvang benyttes i noen utstrekning.

8.3.5.2 Utredninger og drøftelser – nullvisjon

Spørsmålet om det skal være lovhjemmel for tiltak uten pasientens og brukerens samtykke og eventuelt tvang og makt (tvangs- og begrænsningsåtgärder), har vært drøftet ved ulike anledninger gjennom en årrekke.⁴⁰³

I en utredning fra Socialberedningen i 1984, «Psykiatrin, tvånget och rättssäkerheten – betänkande», ble det foreslått en lov om beskyttelsestiltak for visse personer med demens eller psykisk utviklingshemning. Utredning gjaldt i hovedsak tvang i psykisk helsevern. Mange personer med demens ble innlagt i psykiatriske institusjoner, noe som ble ansett uhensiktsmessig. Det ble derfor foreslått en egen lov med hjemmel for låsing av dører i visse typer institusjoner og rettsikkerhetsgarantier ved slike tiltak.⁴⁰⁴ Forslaget ble ikke fulgt opp. Det ble uttalt at man forutsatte at utviklingen ville føre til at det bare rent unntaksvis ville være behov for frihetsbegrensende tiltak.⁴⁰⁵

Visse regler var gitt i Socialstyrelsens kungörelse (1980:87) med föreskrifter om förbud mot tvångsmedel inom somatisk långtidsvård, og senere i Socialstyrelsens föreskrifter och allmänna råd (SOSFS 1992:17) om skyddsåtgärder för personer med åldersdemens i särskilda boendeformer för service och omvårdnad.⁴⁰⁶

I 1999 tok Socialstyrelsen på nytt opp spørsmålet om lovregulering av helsehjelp til personer med nedsatt beslutningskompetanse, blant annet på bakgrunn av en rapport om bruken av «skyddsåtgärder». Socialdepartementet nedsatte i 2002 en arbeidsgruppe for å vurdere situasjonen for personer med demens. Arbeidsgruppen anbefalte en utredning for å få vurdert spørsmålet om lovregulering.⁴⁰⁷

En omfattende utredning kom i SOU 2006:110 «Regler för skydd och rättssäkerhet för personer med demenssjukdom – Betänkande av Utredningen om skyddsåtgärder inom vård och

⁴⁰¹Se bl.a. Socialstyrelsen, 2013, og Svenskt Demenscentrum, 2015. Det vises til regeringsformen (RF) kapittel 2 §§ 6, 8 og 20 flg.

⁴⁰²Socialstyrelsen, 2013

⁴⁰³Se bl.a. Østenstad, 2011, s. 673–675

⁴⁰⁴Se SOU 2006:110 punkt 1.4.1. I punkt 1.4 redegjøres også for andre deler av forhistorien for oppdraget med utredningen.

⁴⁰⁵Se SOU 2006:110 punkt 1.4.2

⁴⁰⁶Se SOU 2006:110 punkt 1.4.3

⁴⁰⁷Se Svenskt Demenscentrum, 2010, s. 13–14

omsorg för personer med nedsatt beslutsförmåga». Det ble foreslått to nye lover for å regulere «nödvändiga tvångsåtgärder i vård och omsorg av personer med nedsatt beslutsförmåga på grund av demenssjukdom inom socialnämndens ansvarsområde»: 1) lag om tvångs- och begränsningsåtgärder inom socialtjänsten i vissa fall, og 2) lag om tvångsåtgärder vid medicinsk behandling i vissa fall. Utredningen er ikke fulgt opp i form av lovgivning.⁴⁰⁸

Svenskt Demenscentrum⁴⁰⁹ fikk i oppdrag å belyse aktuelle temaer knyttet til tvang og begrensningstiltak i omsorgen for personer med demens, til bruk i det videre lovarbeidet. I rapporten redegjøres også for rettstilstanden og prosessen vedrørende lovregulering.⁴¹⁰

De nevnte forskriftene mv. fra Socialstyrelsen ble opphevet i 2010.⁴¹¹ Det ble vist til at «[f]öreskrifterna är föråldrade och har inte stöd i dagens lagstiftning». Socialstyrelsen utga samme år et skriv med veiledning til personell i helse- og omsorgstjenestene om konsekvensene av opphevelsen.⁴¹²

Et utkast til forslag om én ny lov (lag om vissa tvingande skyddsåtgärder inom socialtjänsten) ble forelagt lagrådet⁴¹³ i 2012.⁴¹⁴ Lagrådet kom i sin uttalelse i 2012 med bemerkninger blant annet om beskrivelsen av gjeldende rett. Lagrådet anså det nyttig med en lov med det foreslåtte formålet, men mente samtidig at handlingsrommet etter gjeldende rett er noe videre enn det som var lagt til grunn i utkastet.⁴¹⁵ Det ble blant annet pekt på uskrevene ansvarsfrihetsregler under betegnelsen «social adekvans».⁴¹⁶ Det ble også stilt spørsmål ved lovens virkeområde mv.

Det er ikke fremmet proposisjon med lovforslag for riksdagen. I 2013 ble det uttalt:

⁴⁰⁸I Svenskt Demenscentrum, 2010, s. 12–19 refereres fra noen av høringsinnspillene til SOU 2006:110, og det redegjøres for historikken på feltet.

⁴⁰⁹En stiftelse med oppdrag fra Socialstyrelsen og regjeringen som også finansierer virksomheten.

⁴¹⁰Svenskt Demenscentrum, 2010

⁴¹¹SOSFS 2010:1 og SOSFS 2010:2

⁴¹²Socialstyrelsen, 2010a

⁴¹³Fra lagrådets nettside: «Lagrådet granskar och yttrar sig över lagförslag efter anmodan från regeringen eller ett riksdagsutskott. Lagrådet ska normalt höras över förslag till ändringar i de grundlagar som gäller tryckfriheten och yttrandefriheten i vissa medier och över förslag till lagar som berör enskilda människors fri- och rättigheter, deras personliga och ekonomiska förhållanden eller deras skyldigheter gentemot det allmänna.»

⁴¹⁴Regjeringen (Socialdepartementet), 2012

⁴¹⁵Lagrådet, 2012

⁴¹⁶Om «social adekvans», se også rettsavgjørelsene i NJA 1997 s. 636, NJA 2009 s. 776 og NJA 2014 s. 808.

«Socialdepartementet har funnit skäl att ompröva inriktningen när det gäller införandet av skyddsåtgärder inom demensvården [...] Bedömningen är att ett fortsatt lagstiftningsarbete i nuläget kan komma i konflikt med den positiva utvecklingen inom demensvården, som i första hand behöver stödjas och säkras».⁴¹⁷

I 2013 ble også det nevnte veiledningsskrivet fra Socialstyrelsen oppdatert, jf. «Tvångs- och skyddsåtgärder inom vård och omsorg för vuxna» hvor det er redegjort for reglene om samtykke og nødrettsreglene⁴¹⁸ med tanke på situasjoner der det uten lovhjemmel kan bli aktuelt å benytte tvang og makt i forbindelse med helse- og omsorgstjenester. Det er som nevnt understreket at nødretten ikke gir grunnlag for rutinemessige inngrep.⁴¹⁹ Det ser ut til at lagrådets synspunkter ikke i særlig grad er gitt gjennomslag i beskrivelsen av gjeldende rett. Skrivet er supplert med nærmere informasjon på Socialstyrelsens nettsider.⁴²⁰

Senere i 2013 kom en ny rapport fra Svenskt Demenscentrum: «Vad kan Sverige lära? Tvingande skyddsåtgärder i Norge, England och Holland». Den inneholder også en redegjørelse for gjeldende svensk rett og ulike stadier i arbeidet med mulig regulering, herunder oversikt over hvilke typer tiltak som anses lovlige og ulovlige etter gjeldende rett og etter lovforslaget i SOU 2006:110.⁴²¹

Når det gjelder omsorg for personer med demens er det uttalt en nullvisjon fra myndighetenes side.⁴²² Svenskt Demenscentrum har på oppdrag fra regjeringen utarbeidet publikasjonen «Nollvision – För en demensvård utan tvång och begränsningar» som kom i 2015. Håndboken inngår i en utdanningspakke med formål å gi «kunskap och redskap som kan underlätta för vård- och omsorgsprofessionerna liksom för anhöriga i olika situationer» og «förstärka det personcentrerade arbetssättet och minska användningen av tvingande och begränsande åtgärder inom vård och omsorg av personer med demenssjukdom». Det heter innledningsvis:

«Det är ingen hemlighet att sådana åtgärder förekommer, men även när syftet är att skydda personen saknar det stöd i svensk lag.»⁴²³

⁴¹⁷Svenskt Demenscentrum, 2013, s. 17

⁴¹⁸Jf. Brottbalken kapittel 24, særlig § 4

⁴¹⁹Socialstyrelsen, 2013

⁴²⁰Se informasjon på Socialstyrelsens nettsider under overskriften «Frågor och svar om tvångs- och skyddsåtgärder inom vård och omsorg av vuxna».

⁴²¹Svenskt Demenscentrum, 2013, s. 11–18

⁴²²Se bl.a.: <http://www.regeringen.se/pressmeddelanden/2017/05/nastan-2-miljoner-till-att-forebygga-tvang-i-varden-och-omsorgen-om-personer-med-demenssjukdom/>

⁴²³Svenskt Demenscentrum, 2015

I håndbokens redegjørelse for den rettslige situasjonen vises det til Socialstyrelsens skriv fra 2013 og pekes på reglene om meldeplikt i henholdsvis sosialtjenesten (Lex Sarah) og helsetjenesten (Lex Maria).

Det synes ikke å være iverksatt tilsvarende omfattende, systematiske satsninger som på demens-feltet for å øke kvaliteten på tjenestene mv. og redusere bruk av tvang og begrensninger på andre felt hvor det ytes tjenester til personer med nedsatt beslutningskompetanse, for eksempel personer med psykisk utviklingshemning. Men det foreligger flere aktuelle publikasjoner fra Socialstyrelsen.⁴²⁴

Tilsynsmyndigheten Inspektionen för vård och omsorg (IVO) foretok i 2014 på oppdrag fra regjeringen en granskning av virksomheter der voksne personer med nedsatt beslutningskompetanse bor eller oppholder seg. IVO så blant annet på bruken av arbeidsmetoder for å unngå tvang og begrensninger. I sammendraget av rapporten fra granskningen heter det:

«IVO anser utifrån tillsynens resultat att uttalade arbetsmetoder, uppföljning, riktlinjer och kompetens tyder på minskat användande av tvångs- och begränsningsåtgärder.»⁴²⁵

Socialstyrelsen har på oppdrag fra regjeringen fulgt utviklingen av helse- og omsorgstjenester til personer med nedsatt beslutningskompetanse med særlig fokus på tvang og begrensningstiltak. I en rapport fra 2015 pekes blant annet på at det er vanskelig å få *tydelig* samtykke fra pasient/bruker, og at bruken av tvang og begrensningstiltak ikke gjennomgående synliggjøres. Socialstyrelsen uttalte at det kan være behov for en nærmere utredning av hvilke former for samtykke som skal kunne legges til grunn og spørsmål knyttet til bruk av velferdsteknologi, etter at utredningen SOU 2015:80 (se nedenfor) ble lagt fram.⁴²⁶

Socialstyrelsen har i 2018 gitt ut materiale vedrørende støtte til voksne med nedsatt beslutningskompetanse når det gjelder å uttrykke sin vilje.⁴²⁷

I SOU 2013:2 «Patientlag» (SOU) ble det foreslått regler om «hälso- och sjukvård till vuxna beslutsförmögna» også utover øyeblikkelig hjelp. Dette ble ikke fulgt opp i det videre arbeidet med patientlagen⁴²⁸ fordi man avventet forslag fra «Utredningen om beslutsförmögna personers ställning i hälso- och sjukvården m.m.».⁴²⁹ Det het om denne utredningen:

«En särskild utredare ska lämna förslag till en enkel och ändamålsenlig reglering för personer som på grund av att de är beslutsförmögna helt eller delvis saknar möjlighet att fullt ut

⁴²⁴Se bl.a. Socialstyrelsen, 2016, og Socialstyrelsen, 2015a

⁴²⁵Inspektionen för vård och omsorg, 2015

⁴²⁶Socialstyrelsen, 2015b, s. 9–10

⁴²⁷Socialstyrelsen, 2018

⁴²⁸I Proposition 2013/14:106 Patientlag.

⁴²⁹Prop. 2013/14:106 punkt 9 (s. 59 flg.), jf. Utredningen om beslutsförmögna personers ställning i vård, omsorg och forskning (S 2012:06)

och sjukvården av personen ta ställning i frågan efter samråd med ytterligare en legitimerad läkare respektive tandläkare», jf. utkastet § 24.

Dette lovutkastet i SOU 2015:80 er altså forslag om et annet regelsett enn det som finnes i lag (2017:310) om framtidfullmakter og beslektede lovendringer, blant annet «ett nytt ställföretredaskap för anhöriga», som trådte i kraft 1. juli 2017. En fremtidfullmakt etter den loven kan omfatte økonomiske og personlige forhold, men ikke helsehjelp, ekteskapsinngåelse mv., jf. § 2. Loven omfatter i hovedsak heller ikke omsorgstjenester.

Forslagene i SOU 2015:80 er foreløpig ikke fulgt opp med lagrådsremiss eller lovproposisjon.

Socialstyrelsen utga i 2017 «En nationell strategi för demenssjukdom – Underlag och förslag till plan för prioriterade insatser till år 2022». Rettssituasjonen er omtalt i punktene «Fri- og rättigheter i vård och omsorg» og «Vård och omsorg bygger på frivillighet».⁴³³

Socialstyrelsen utga i 2017 også nye «Nationella riktlinjer för vård och omsorg vid demenssjukdom – Stöd för styrning och ledning». Det vises til Socialstyrelsens Meddelandeblad nr. 12/2013 Tvångs- och skyddsåtgärder inom vård och omsorg för vuxna, og til SOU 2015:80 Stöd och hjälp till vuxna vid ställningstaganden till vård, omsorg och forskning, hvor det ble foreslått en ny lov, se ovenfor. Det pekes på at det ikke finnes lovgrunnlag for tvang eller andre tiltak uten samtykke, og at verken verge eller pårørende kan samtykke på vegne av personer som mangler beslutningskompetanse, og at det kan oppstå etisk vanskelige situasjoner. I Socialstyrelsens rapport «Nationella riktlinjer – Utvärdering 2018 – Vård och omsorg vid demenssjukdom. Sammanfattning med förbättringsområden» er de nevnte temaene ikke omtalt nærmere.

8.3.6 Tvang i forbindelse med barnevern

Regler om barneverntjenester finnes i socialtjänstlagen (lag 2001:453), men det er en egen lov om tvangsinngrep, lag (1990:52) med särskilda bestämmelser om vård av unga (LVU)⁴³⁴. Loven regulerer for det ene tvang i den situasjon at barnet mishandles eller utnyttes eller omsorgen i hjemmet svikter på annen måte, slik at det er påtagelig fare for at barnets helse eller utvikling skades, jf. § 2. For det andre regulerer loven tvang i tilfeller hvor barn og unge under 20 år⁴³⁵ selv utsetter sin helse eller utvikling for en påtagelig fare for skade ved misbruk av avhengighetsskapende midler, ulovlig virksomhet eller annen sosialt nedbrytende atferd, jf. § 3, jf. også § 22 om forebyggende tiltak.

Reglene om tiltak overfor barn og unge som selv utsetter seg for helseskade mv., har store likhetstrekk med reglene om tvangstiltak overfor rusmisbrukere etter lag (1988:870) om vård av missbrukare i vissa fall (LVM), jf. punkt 8.3.4. Det er likheter både i saksbehandlingsreglene og hvilke tvangstiltak som kan benyttes. Socialtjänsten utreder saken, og tvangssak fremmes av socialnämnden for förvaltningsrätten. Statens institutionsstyrelse har også en lignende rolle

⁴³³S. 31 flg.

⁴³⁴Loven trådte i kraft 1. juli 1990 og er sist endret med virkning fra 1. januar 2019. Den erstattet lag (1980:621) med särskilda bestämmelser om vård av unga.

⁴³⁵For personer mellom fra 18 til 20 år er det en forutsetning at det er mer hensiktsmessig med LVU-tiltak enn andre tjenester og at den unge ikke samtykker til nødvendig hjelp.

som etter LVM. Det fins særskilte ungdomshjem for ungdommer med psykososiale problem som rusmiddelmisbruk og kriminalitet.⁴³⁶

Reglene i LVU ble endret i 2018 for å styrke barnas rettssikkerhet mv.⁴³⁷

Fordi en stor andel barn i LVU-institusjoner også har psykiske problemer, har Sosialstyrelsen fått i oppdrag å utrede «förutsättningar och former för en integrerad och mer specialiserad dygnsvård som samlat kan möta behov av vård med stöd av lagen (1990:52) med särskilda bestämmelser om vård av unga (LVU) och hälso- och sjukvård, främst psykiatrisk vård» og andre spørsmål knyttet til institusjonsopphold etter LVU.⁴³⁸

Se for øvrig punkt 8.3.2 ovenfor om samtykke til helse- og omsorgstjenester for barn.

8.4 Island

8.4.1 Innledning

Det foreligger uoffisiell oversettelse til engelsk av en del islandske lover. Det er her i hovedsak bygget på slike oversettelser. Nyanser kan ha gått tapt. Bestemmelsene er omtalt som paragraf selv om andre betegnelser benyttes i så vel islandsk som engelsk versjon.

8.4.2 Samtykkeregler i pasientrettighetsloven og lov om rettslig handleevne

Alminnelige regler om samtykke til helsehjelp er gitt i pasientrettighetsloven.⁴³⁹ Som hovedregel kreves pasientens samtykke, jf. § 7. Pasienter som nekter å motta helsehjelp, skal ha informasjon om konsekvensene av dette, jf. § 8.

Ved øyeblikkelig hjelp til person som er bevisstløs eller ikke kan gi uttrykk for sin vilje, skal det antas samtykke med mindre det med sikkerhet er kjent at vedkommende ville nektet behandling, jf. § 9.

Den som har foreldreansvaret samtykker til nødvendig helsehjelp for barn under 16 år, jf. § 26. Barnet skal høres i den grad det er mulig, og alltid når barnet er over 12 år. Hvis foreldrene nekter å samtykke til nødvendig helsehjelp skal helsepersonellet involvere barneverntjenesten. Livreddende helsehjelp kan gis selv om det ikke er tid til å konsultere barnevernet.

For personer som mangler beslutningskompetanse i spørsmålet om helsehjelp, viser § 7 til lov om rettslig handleevne.⁴⁴⁰ For person som er fratatt handleevnen i personlige spørsmål, kan

⁴³⁶Fra Statens institutionsstyrelses nettsider: «Det finns 24 särskilda ungdomshem med knappt 700 platser för akutplacering, utredningsplacering och behandlingsplacering. De flesta platserna är låsbara.»

⁴³⁷SFS 2018:652 Lag om ändring i lagen (1990:52) med särskilda bestämmelser om vård av unga. Se forarbeidene SOU 2015:71 og Prop. 2017/18:169.

⁴³⁸Socialdepartementet, 2016 (under overskriften Integrerad vårdform och utveckling av specialiserad och differentierad institutionsvård). Frist for oppdraget var 15. februar 2019.

⁴³⁹Lög um réttindi sjúklinga av 28. mai 1997 nr. 74 med senere endringer. Engelsk: Patients' Rights Act

⁴⁴⁰Lögræðislög av 28. mai 1997 nr. 71 med senere endringer. Engelsk: Act on Legal Competence

verge gi samtykke til helsehjelp, jf. lov om rettslig handleevne § 58. Unntak gjelder innleggelse som pasienten motsetter seg, med mindre en lege finner at pasientens liv eller helse står i fare. I slike tilfeller kan vergen samtykke til innleggelse i institusjon som reguleres av helse-tjenesteloven⁴⁴¹ eller lov om personer med nedsatt funksjonsevne.⁴⁴² Det antas at dette gjelder ved både somatiske og psykiatriske tilstander. Pasienten skal likevel høres i den grad det er mulig, jf. pasientrettighetsloven § 7 andre ledd.

Sak om fratakelse av handleevnen behandles i retten, og det kan fattes tidsbegrenset vedtak eller vedtak på ubestemt tid. Fratakelse av rettslig handleevne kan gjelde personlige forhold uten nødvendigvis å omfatte også det økonomiske området. Vilåårene for fratakelse er fastsatt i § 4. Fratakelse kan skje dersom personen ikke er i stand til å ivareta sine interesser på grunn av «mental debility, old age infirmity or mental disease, or by reason of other serious health condition» eller «excessive use of alcohol or drugs of habituation or dependence». Det er også et alternativ at «the provisions of health care legislation make it necessary to commit the person in question to a hospital without his or her approval», jf. § 4 bokstav d. Personer som blir innlagt mot sin vilje etter § 58, kan bringe saken inn for retten, jf. § 59.

8.4.3 Regler om tvangsinnleggelse i sykehus og tvangsbehandling av psykiatriske pasienter i medhold av lov om rettslig handleevne

Island har ikke en særskilt lov om bruk av tvang i forbindelse med psykisk helsevern. Tvangsinnleggelse kan skje med hjemmel i loven om rettslig handleevne som blant annet også inneholder bestemmelser om fratakelse av rettslig handleevne og om verger mv. Lovens kapittel III (§§ 19-32) regulerer tvangsinnleggelse og tvangsbehandling og inneholder regler om saksbehandling og rettslig overprøving i slike saker. Disse reglene gjelder personer som har den rettslige handleevnen i personlige spørsmål i behold («person possessing personal legal competence»). For personer som ikke har slik handleevne gjelder § 58, jf. punkt 8.4.2.

Utgangspunktet i § 19 er at en person som har i behold den rettslige handleevnen vedrørende personlige forhold ikke kan innlegges eller holdes tilbake i sykehus mot sin vilje. Etter § 19 andre ledd kan likevel lege beslutte slikt tvangsinngrep dersom en person har (eller høyst sannsynlig har) en alvorlig sinnslidelse eller en tilstand som kan likestilles med dette. Det samme gjelder ved alvorlig rusmiddelmisbruk/-avhengighet. Innleggelse kan om nødvendig gjennomføres med bistand fra politiet.

Slik tvangsinnleggelse/-tilbakehold kan vare inntil 72 timer. Dette ble i 2015 endret fra 48 timer. Hvis det er vakthavende lege som tar stilling til spørsmålet om tvangsinnleggelse, skal beslutningen snarest forelegges overlegen.

Dersom det er behov for lengre innleggelse enn 72 timer, må det godkjennes av sysselmannen (tidligere Justisdepartementet). Det er ni sysselmannsembeter i landet. Sysselmannen kan samtykke til tvangsinnleggelse/-tilbakehold i inntil 21 dager fra vedtaket fattes. Vilååret er at lege mener det er helt nødvendig («unavoidable»). Tvangsinnleggelsen skal ikke vare lenger enn det overlegen finner nødvendig.

⁴⁴¹Lög um heilbrigðisþjónustu av 27. mars 2007 nr. 40, med senere endringer. Engelsk: Health Service Act

⁴⁴²Lög um málefni fatlaðs fólks av 2. juni 1992 nr. 59 med senere endringer. Engelsk: Act on the Affairs of Disabled People

Utover dette kan pasienten bare holdes tilbake hvis det er innledet sak om fratakelse av den rettslige handleevnen i personlige forhold («deprivation of his or her personal legal competence»), jf. § 29 andre ledd, jf. også § 58 som er omtalt ovenfor.

Lovens kapittel III har også bestemmelser om tvangsbehandling, jf. § 28. Tvungen legemiddelbehandling og annen tvangsbehandling kan skje etter overlegens bestemmelse når pasienten er tvangsinnlagt etter vedtak fra sysselmannen. Hvis pasienten utgjør en fare for seg selv eller andre eller pasientens liv og helse er i fare på annen måte, kan det gis legemidler og annen behandling med tvang etter beslutning av vakthavende lege. Beslutningen skal da forelegges overlegen som bestemmer videre behandling. Tvangsbehandling av pasient som er tvangsinnlagt med vedtak fra sysselmannen (utover 72 timer), kan bare besluttes av overlegen.

Loven har ikke nærmere regler om tvangsmidler. Siden 1930-årene har mekaniske tvangsmidler gjennomgående ikke vært i bruk på Island.⁴⁴³

Beslutninger om tvangsinnleggelse eller tvangsbehandling kan bringes inn for retten, jf. §§ 30 og 31.

Etter lovens § 27 har den som er tvangsinnlagt, rett til en rådgiver («a specially appointed councillor») på det offentlige bekostning.

Videre har loven en bestemmelse om erstatning for uberettiget tvangsinnleggelse, jf. § 32. En person med rettslig handleevne i personlige forhold, har krav på erstatning for økonomisk og ikke-økonomisk tap dersom betingelsene for tvangsinnleggelse/-tilbakehold ikke var oppfylt, innleggelsen varte lenger enn nødvendig eller ble gjennomført på en måte som var unødig farlig, sårende eller støtende («dangerous, hurtful or offensive»).

8.4.4 Loven om beskyttelse av rettighetene til personer med nedsatt funksjonsevne

Lov om beskyttelse av rettighetene til personer med nedsatt funksjonsevne har regler om tvangstiltak i kapittel V.⁴⁴⁴ Personkretsen som loven gjelder, er definert i en annen lov, lov om personer med nedsatt funksjonsevne.⁴⁴⁵ Etter § 2 omfattes personer som har «mental or physical disabilities and require special services and support as a consequence. This refers to mental retardation, psychiatric illness, physical disability, blindness and deafness. Disabilities can also be the consequence of chronic illness and of accidents.» Begge lovene viser til FNs konvensjon om rettighetene til personer med nedsatt funksjonsevne (CRPD).

Lov om beskyttelse av rettighetene til personer med nedsatt funksjonsevne regulerer også en form for ombudsordning («regional rights protection officer») og rett til en personlig talsmann («personal spokesman»), jf. kapittel III og IV. Dette er ikke knyttet spesielt til tvangssaker.

Kapittel V ble tilføyd i 2012, og omhandler etter overskriften tiltak for å redusere tvang i tjenester til personer med nedsatt funksjonsevne. Kapitlet gjelder for dem som yter tjenester i

⁴⁴³Nyttingnes, O., 2011

⁴⁴⁴Lög um réttindagæslu fyrir fatlað folk av 23. juni 2011 nr. 88 med senere endringer. Engelsk: Act on the Protection of the Rights of Disabled Persons

⁴⁴⁵Lög um málefni fatlaðs fólks av 2. juni 1992 nr. 59 med senere endringer. Engelsk: Act on the Affairs of Disabled People

personenes hjem og i deres daglige liv, jf. § 10. Utgangspunktet er at tvang ikke er lovlig med unntak av det som følger av § 12 om godkjenning av tvangstiltak og § 13 om nødssituasjoner.

Tvang er definert slik i § 11:

«For the purposes of this Act, ‘compulsion’ constitutes an action which reduces an individual’s right of self-determination and takes place against his/her will, or so restricts his/her right of self-determination that it must be regarded as compulsion even though he/she does not raise any objection to it.»

Bestemmelsen gir også eksempler på typer av tvangstiltak. Blant eksemplene er bruk av fysisk makt i forbindelse med skadeavverging, innelåsing og andre restriksjoner i bevegelsesfriheten, flytting mot personens vilje, fjerning av eller andre restriksjoner i tilgangen til persons gjenstander mot personens vilje, og bruk av tvang «in the activities of everyday life». Kravet om godkjenning omfatter også «telemonitoring» av personens hjem, med bruk av kamera eller mikrofon.

I akutte nødstilfeller kan tvang brukes uten forutgående godkjenning, jf. § 13. Vilåret er at det er «necessary to intervene in a course of events in order to prevent imminent physical injury, serious damage to property or interference with the public interest». Hendelsen og tiltakene skal dokumenteres, og melding skal sendes en spesialistgruppe, jf. § 14 og kort omtale nedenfor.

For annen bruk av tvang må søknad sendes en særskilt nemnd, jf. § 12. Nemndens sammensetning og arbeidsmåte er regulert i §§ 15 til 18. Nemnden består av tre medlemmer som oppnevnes for fire år av gangen. Medlemmene skal ha «expert knowledge of human-rights issues, services to disabled persons and the application of the law in this area».

Det kan godkjennes tiltak med følgende formål:

- «1. To prevent the disabled individual from causing himself/herself or other persons physical injury or serious property damage. This also applies to preventive measures designed to avoid situations that may result in physical injury or serious property damage.
2. To meet the basic needs of the individual in question, e.g. as regards food, health and hygiene, or to reduce the consequences of a lack of restraint that may result from disability.»

Det kan gis godkjenning for maksimalt tolv måneder av gangen. Dersom vedtaket godkjenner bruk av fysisk makt, skal det settes som vilkår at de personene som skal utøve makt, skal ha gjennomgått et kurs i dette.

Før søknad sendes, må den som er ansvarlig for tjenesteytingen konsultere en oppnevnt gruppe av personer som er spesialister på tjenester til personer med nedsatt funksjonsevne og tiltak for å unngå bruk av tvang, jf. § 14. Gruppen skal gi råd generelt og gi uttalelse i forbindelse med søknader om bruk av tvang, og motta meldinger om bruk av tvang mv.

Nemndens vedtak kan ikke påklages administrativt, men saken kan bringes inn for retten, med ankemulighet til Islands høyesterett.

Hvis tiltakene innebærer «substantial and permanent reduction of the freedom of movement of an individual, with the result that he/she will not be able to move freely within his/her home or away from it», kan ikke nemnden selv gi godkjenning. Slike saker må bringes inn for retten. Retten kan godkjenne tiltakene bare dersom «it is demonstrated that there is a danger that the person concerned will cause himself/herself or others substantial physical injury or

property damage unless restrictions are imposed on his/her freedom of movement». Rettens avgjørelse kan ankes til Islands høyesterett.

Tjenesteytere skal føre et register over all tvangsbruk og teleovervåkning, jf. § 19. Månedlig rapport skal sendes den nevnte spesialistgruppen.

8.4.5 Barnevernstiltak

Island har en barnevernslov som på visse vilkår gir hjemmel for ulike typer tiltak uten samtykke fra foreldre og/eller barn.⁴⁴⁶ Grunnlaget kan være mangelfull omsorg eller andre forhold i hjemmet eller barnets eget forhold/atferd.

8.5 England

8.5.1 Innledning

Omtalen i dette punktet gjelder England. Det samme regelverket gjelder langt på vei også i Wales, men ikke øvrige deler av Det forente kongerike Storbritannia og Irland. Utvalget har ikke satt seg inn i rettstilstanden der.

Noen utgangspunkter om samtykke til helse- og omsorgstjenester, også for barn, omtales i punkt 8.5.2.

I England er sentrale lover på feltet Mental Health Act (MHA) og Mental Capacity Act (MCA), jf. punkt 8.5.3 og 8.5.4.

Det er i England ikke hjemmel for tvang på rusfeltet. Det er således ikke adgang til tvangsinnleggelse, tilbakeholdelse eller tvangsbehandling på grunn av rusmiddelmisbruk/-avhengighet med mindre reglene i Mental Health Act eller Mental Capacity Act skulle komme til anvendelse.⁴⁴⁷ Dette gjelder også gravide, og arbeidet overfor gravide rusmiddelbrukere er basert på frivillig medvirkning.

For enkelthets skyld benyttes paragraftegn i fremstillingen om det som i de engelske lovene benevnes «section». Det samme gjelder henvisninger til engelske forskrifter («regulations»), der de enkelte bestemmelsene benevnes «regulation».

8.5.2 Generelt om samtykkeregler mv.

Health and Social Care Act 2008 regulerer ytelse av helse- og omsorgstjenester, tilsyn mv. Det er fastsatt i en forskrift til loven at helse- og omsorgstjenester som utgangspunkt ikke må ytes uten personens eget samtykke.⁴⁴⁸ Forskriften viser for øvrig til reguleringen av tjenester uten samtykke i Mental Health Act (MHA) og Mental Capacity Act (MCA). Se punkt 8.5.3 og 8.5.4 om disse to lovene.

⁴⁴⁶Barnaverndarlög av 10. mai 2002 nr. 80. Engelsk: Child Protection Act

⁴⁴⁷Se bl.a. Department of Health, 2015a, s. 27

⁴⁴⁸The Health and Social Care Act 2008 (Regulated Activities) Regulations 2014 No. 2936 § 11

Øyeblikkelig hjelp kan gis uten samtykke hvis det ikke er mulig å spørre pasienten eller slå fast hva som er eller ville være pasientens ønske. Det er en forutsetning at helsehjelpen må gis umiddelbart for å redde liv eller helse og at det er i pasientens «best interests».⁴⁴⁹

Som hovedregel samtykker foreldre til helsehjelp for barn under 16 år, mens barn over 16 år selv samtykker til helsehjelp. I noen tilfeller kan barn under 16 år samtykke selv dersom helsepersonellet etter en konkret vurdering finner at barnet har tilstrekkelig forståelse og modenhet til å vurdere konsekvensene av diagnosen og helsehjelpen mv.⁴⁵⁰ På den annen side kan foreldrene i noen tilfelle samtykke på vegne av barn mellom 16 og 18 år. Dette følger av rettspraksis, men rettstilstanden er under utvikling og er til dels noe uklar.⁴⁵¹ For personer over 16 år som mangler beslutningskompetanse, kommer som hovedregel Mental Capacity Act (MCA) til anvendelse.⁴⁵²

Care Act 2016 lovfører rett til omsorgstjenester og regulerer en rekke aspekter ved dette, men ikke spørsmålet om samtykke eller bruk av makt og tvang.

8.5.3 Mental Health Act (MHA)

8.5.3.1 Innledning

Mental Health Act (MHA) er fra 1983 og ble revidert i 2007. Det er utarbeidet en omfattende Code of Practice med generelle prinsipper for praktisering av loven og nærmere retningslinjer og veiledning.⁴⁵³

Inngangskriteriet i loven er «mental disorder», forstått som «any disorder or disability of the mind», jf. § 1. Virkeområdet er således videre enn den norske psykisk helsevernloven, og omfatter i utgangspunktet også tilstander som psykisk utviklingshemning, hjerneskade og demens. Det er imidlertid fastsatt at visse av lovens bestemmelser ikke skal komme til anvendelse på grunnlag av «learning disability [...] unless that disability is associated with abnormally aggressive or seriously irresponsible conduct». Dette gjelder blant annet tvangsinnleggelse for behandling etter lovens § 3.⁴⁵⁴

Det fremgår av § 1 at rusmiddelavhengighet alene ikke er å anse som «disorder or disability of the mind». Mange personer med rusproblemer blir likevel ivaretatt gjennom MHA fordi de også har lidelser som faller inn under dette begrepet. MHA kan komme til anvendelse selv om lidelsen er forårsaket av eller på annen måte relatert til rusmiddelbruken. Behandlingen under

⁴⁴⁹Royal College of Emergency Medicine, 2018

⁴⁵⁰Dette benevnes «Gillick competency», og vurderes etter de såkalte «Fraser guidelines», etter en rettsavgjørelse fra 1986 om lovligheten av prevensjonsveiledning til barn under 16 år uten foreldrenes samtykke.

⁴⁵¹Se Department of Health, 2015a, kapittel 19. Se også Essex Chambers, 2017a, og Essex Chambers, 2017b.

⁴⁵²The Health and Social Care Act 2008 (Regulated Activities) Regulations 2014, No. 2936, Part 3, Section 2, Regulation 11

⁴⁵³Department of Health, 2015a

⁴⁵⁴Se også Department of Health, 2015a, kapittel 20

MHA kan også omfatte tiltak rettet mot rusavhengigheten dersom det er en nødvendig eller naturlig del av behandlingen for den psykiske lidelsen.⁴⁵⁵

MHA kan anvendes overfor barn uavhengig av alder. Spørsmål om når foreldresamtykke er tilstrekkelig grunnlag for innleggelse, har vært tema i noen rettssaker og reformarbeid de senere år.⁴⁵⁶

Om forholdet mellom MHA og Mental Capacity Act (MCA), se blant annet Code of Practice til de to lovene.⁴⁵⁷ Se også punkt 8.5.4.3.

8.5.3.2 *Tvangsinnleggelse og tilbakeholdelse*

Tvangsinnleggelse og tilbakeholdelse er regulert i MHA del II.

Det er ingen diagnostisk (eller diagnosenær) avgrensning av hvem som kan tvangsinnlegges, og det er heller ikke avgjørende om personen har beslutningskompetanse («mental capacity») i spørsmålet. Det avgjørende er om «mental disorder» gjør innleggelse/tilbakeholdelse i sykehus med tanke på undersøkelse og vurdering eller behandling, nødvendig ut fra hensynet til personens helse og sikkerhet eller for å beskytte andre personer, jf. §§ 2 flg.

Lovens § 2 gir hjemmel for tvangsinnleggelse i inntil 28 dager for undersøkelse og vurdering («admission for assessment»).

I hastetilfeller kan tvangsinnleggelse for undersøkelse og vurdering skje i inntil 72 timer etter en noe enklere prosedyre, jf. § 4.

Etter reglene i § 5 kan en pasient som allerede er innlagt, tilbakeholdes i inntil 72 timer i påvente av en avgjørelse etter de ordinære reglene om tvangsinnleggelse.

Lovens § 3 gir hjemmel for tvangsinnleggelse for behandling («admission for treatment»). I tillegg til de nevnte generelle vilkårene er det en forutsetning at «appropriate medical treatment is available» for den aktuelle personen.

Tvangsinnleggelse for behandling kan skje i inntil seks måneder med mulighet for forlengelse. Forlengelse kan skje for en ny periode på seks måneder og deretter for et år av gangen, jf. § 20.

Innleggelse etter § 3 kan ikke skje dersom den nærmeste pårørende («nearest relative») motsetter seg det.⁴⁵⁸ Den nærmeste pårørende kan også begjære utskrivning senere. Visse unntak gjelder situasjoner hvor pasienten kan være til fare for seg selv eller andre, jf. § 25. Det er en lovbestemt rekkefølge for hvem som er nærmeste pårørende, jf. § 26, og personen kan ikke selv oppgi hvem som skal ha rettigheter som sådan. Endring i hvem som skal ha status som nærmeste pårørende må bringes inn for retten, jf. § 29.⁴⁵⁹

⁴⁵⁵Department of Health, 2015a, s. 27 (punkt 2.9–2.13)

⁴⁵⁶Department of Health, 2015a, kapittel 19, og Independent Review of the Mental Health Act 1983, 2018, s. 17

⁴⁵⁷Department of Health, 2015a, s. 117–118, og Department for Constitutional Affairs, 2007, kapittel 13

⁴⁵⁸Department of Health, 2015a, s. 124

⁴⁵⁹Se også Department of Health, 2015a, kapittel 5

8.5.3.3 Saksbehandling, overprøving mv.

Som hovedregel er det en Approved Mental Health Professional (AMHP) som på vegne av de lokale myndighetene vurderer og fatter beslutning om tvangsinnleggelse («application for admission to hospital»), jf. § 13. Før AMHP avgjør spørsmålet om tvangsinnleggelse, skal to leger ha avgitt erklæring etter å ha undersøkt personen, jf. §§ 2, 3 og 12. I visse tilfeller er det tilstrekkelig med erklæring fra én lege. AMHP skal selv snakke med personen og om mulig kontakte den nærmeste pårørende og eventuelt andre relevante personer for å høre deres vurdering. AMHP har kontakt med sykehus med tanke på innleggelsen, sørger for egnet transport mv.⁴⁶⁰

Det er i hovedsak sosialarbeidere som innehar rollen som AMHP, selv om myndigheten til å fatte tvangsvedtak siden 2010 ikke lenger er forbeholdt denne yrkesgruppen. Det er de lokale myndighetene som antar et tilstrekkelig antall AMHP.

Personer som er tvangsinnlagt og ønsker å bli skrevet ut, kan klage til en uavhengig instans, the First-tier Tribunal (Mental Health), ofte kalt Mental Health Tribunal. Nærmeste pårørende eller en eventuell rettslig representant kan klage på pasientens vegne.

Klage må fremsettes innen 14 dager ved tvangsinnleggelse for vurdering (§ 2), og innen 6 måneder ved tvangsinnleggelse for behandling (§ 3).

Når fristen er utløpt kan det ikke fremsettes klage til Mental Health Tribunal før etter visse tidsrom. Ved innleggelse for behandling kan det (igjen) klages etter et år.

Mental Health Tribunal holder også høring uten klage med visse intervaller. Dette gjelder ved forlengelse av tvangsinnleggelsen etter seks måneder dersom det ikke har vært noen høring i saken, og ellers når det er gått tre år siden siste høring.

Mental Health Tribunal består av tre medlemmer, vanligvis en dommer, en psykiater og et tredje medlem som skal være et «specialist lay member who has substantial experience of mental health cases». Det tredje medlemmet har ofte bakgrunn som helsepersonell.

Mental Health Tribunal tar stilling til spørsmålet om fortsatt innleggelse, og kan gi anbefalinger om forhold som flytting til et annet sykehus, permisjon, vurdering av «community treatment order» mv. De kan ikke avgjøre spørsmål om tvangsbehandling. Mental Health Tribunal behandler også klager over «community treatment order», som er en form for tvungen psykisk helsevern uten døgnopphold, jf. punkt 8.5.3.4.⁴⁶¹

Personen har krav på fri rettshjelp i forbindelse med behandlingen for Mental Health Tribunal.

Avgjørelser fra Mental Health Tribunal kan overprøves ved domstol. Klage som gjelder feil i lovtolkning/lovanvendelse behandles av Administrative Appeals Chamber of the Upper Tribunal, som ikke er et særskilt organ for saker som gjelder psykisk helsevern.

Personer som er tvangsinnlagt over 72 timer har rett til støtte fra en uavhengig støtteperson, Independent Mental Health Advocate (IMHA), jf. punkt 8.5.3.7.

⁴⁶⁰AMHPs rolle er nærmere omtalt i Department of Health, 2015a, s. 121 flg.

⁴⁶¹Mental Health Tribunal er regulert i MHA del V.

Care Quality Commission (CQC) har en ordning med Mental Health Act reviewers som kan besøke tvangsinnlagte personer og bistå i kontakt med avdelingen, klager, kontrollere dokumentene og avgi rapport om forholdene i avdelingen. Dette er personer med ulik bakgrunn, for eksempel leger og jurister, som er uavhengig av tjenesteyteren. I noen tilfeller samarbeider vedkommende med en person som selv mottar tjenester innen psykisk helsevern, ved det som kalles «Acting Together visits».

8.5.3.4 *Community treatment order (CTO)*

En «community treatment order» (CTO) gir adgang til utskrivning til en form for tvungen psykisk helsevern uten døgnopphold. Den ansvarlige legen må ha samtykke fra en Approved Mental Health Professional (AMHP) til slik utskrivning og vilkårene som fastsettes. Ordningen er regulert i lovens §§ 17A til 17G.⁴⁶²

CTO kan besluttes for inntil seks måneder med mulighet for forlengelse. Forlengelse kan skje for en ny periode på seks måneder og deretter for et år av gangen. Det er visse faste vilkår for CTO, og i tillegg kan det fastsettes individuelle vilkår for å sikre at personen mottar behandling og ikke er til fare for seg selv eller andre. Vilråene kan være av ulik art, for eksempel at pasienten tar de forskrevne legemidlene eller om boforhold. Pasienten kan kalles tilbake til sykehuset uten at det defineres som en ny innleggelse, dersom pasienten bryter de faste vilkårene, eller dersom pasienten blir dårligere slik at det er nødvendig med innleggelse av hensyn til pasientens helse og sikkerhet eller for å beskytte andre personer. Brudd på de individuelle vilkårene tas i betr kning i vurderingen.

MHA gir ikke hjemmel for å gjennomføre medisiner ng med tvang under CTO. Men dersom personen bryter et vilkår om å ta legemidler, kan brudd på vilkåret medføre at personen legges inn igjen og da blir tvangsmedisinert. For personer uten beslutningskompetanse kan medisiner ng under CTO eventuelt skje etter reglene i Mental Capacity Act (MCA), jf. punkt 8.5.4.3, men en uavhengig ekspert kalt Second opinion appointed doctor (SOAD) må vurdere spørsmålet.

Personen kan klage på CTO etter tilsvarende regler som for tvangsinneleggelse, jf. punkt 8.5.3.3. Det er ingen klageordning vedrørende de vilkårene som fastsettes.

8.5.3.5 *Tvungen behandling mv.*

Lovens del IV omhandler behandling med og uten samtykke. Regelverket er komplekst og utfylles av forskrift. Blant hovedtrekkene kan nevnes at det i noen tilfeller kreves både samtykke og tillatelse fra en uavhengig ekspert kalt Second opinion appointed doctor (SOAD), mens det i andre tilfeller er tilstrekkelig med det ene eller det andre, jf. §§ 57 flg. Det er strengere krav med hensyn til blant annet nevrokirurgi og elektrokonvulsiv terapi (ECT) enn ved medisiner ng, tvangsernæring mv. Kravene avhenger også av om person er over 18 år og om vedkommende har beslutningskompetanse.

Med visse unntak kan personer som er tvangsinnlagt gis legemidler for den psykiske lidelsen uten samtykke – og med tvang – uavhengig av om pasienten har beslutningskompetanse i spørsmålet. Sykehuslegen kan bestemme dette for de første tre månedene. Det fattes ikke formelt vedtak, og det er ingen klageordning for behandlingen.

Dersom tvangsmedisiner ngen skal fortsette utover tre måneder, må legen få en bekreftelse («certificate») fra en uavhengig SOAD. Denne får tilgang til journalen og en behandlingsplan for pasienten. SOAD holder også et møte med pasienten og to helsepersonell hvorav en skal

⁴⁶²Se også Department of Health, 2015a, kapittel 29

være sykepleier og den andre verken skal være sykepleier eller lege. SOAD skal vurdere om medisineringen er forsvarlig og om det er tatt tilstrekkelig hensyn til pasientens syn og rettigheter. En SOAD kan avslå eller samtykke til videre medisinerings, eventuelt med endringer i hvilke(t) legemiddel som skal brukes og doseringen. Samme ordning gjelder fortsatt medisinerings utover tre måneder av innlagte pasienter som ikke har beslutningskompetanse i spørsmålet om behandling.

Care Quality Commission (CQC), som har tilsynsoppgaver mv. innen helse- og omsorgssektoren, administrerer SOAD-ordningen. Det er uavhengige psykiatere med minst fem års praksis som antas som SOAD.

Hvis behandlingen skal fortsette uten samtykke etter at det er gått et år siden SOAD avga sin bekreftelse (eller etter et kortere tidsrom fastsatt av SOAD), skal behandlende lege melde fra til CQC om behandlingen og status for pasienten, jf. § 61. Behandlingen skal da vurderes av en såkalt «scrutineer», som er en SOAD med tilleggsopplæring. Saksbehandlingen er da bare skriftlig. Legen som gransker saken har ikke myndighet til å endre den opprinnelige SOAD-beslutningen eller selv fatte beslutning om medisineringen. Vedkommende kan peke på relevante forhold, stille spørsmål og eventuelt bestemme at det skal foretas en ny vurdering av en SOAD som besøker pasienten.

Forhåndserklæringer fra pasienten om hva slags behandling vedkommende ønsker eller ikke ønsker, skal om mulig respekteres, men helsepersonellet er ikke bundet av pasientens ønsker om visse typer behandling mv. Forhåndserklæringer om nektelse av nærmere spesifisert behandling, som er bindende etter reglene i MCA, jf. punkt 8.5.4.8, er som hovedregel ikke avgjørende dersom det anses behov for tvungen behandling for den psykiske lidelsen mens en person er tvangsinnlagt etter MHA.⁴⁶³

Elektrokonvulsiv terapi (ECT) kan i utgangspunktet bare gis med pasientens samtykke, og behandlingen må ikke være i strid med en forhåndserklæring fra pasienten, jf. § 58A. Behandlingen må heller ikke være i strid med bestemmelse fra en fremtidsfullmektig eller fra retten eller en representant utpekt av retten etter reglene i MCA, jf. punkt 8.5.4.4 og 8.5.4.9. For pasienter som ikke har beslutningskompetanse i spørsmålet om ECT, må en uavhengig SOAD ta stilling til om ECT skal gis i tråd med anbefalingen fra behandlende lege. For personer under 18 år kreves samtykke fra en SOAD selv om personen selv samtykker.

Det er visse unntaksregler for øyeblikkelig hjelp, som i forskjellig omfang kan komme til anvendelse for de ulike typer behandling og omstendigheter, jf. § 62. Bestemmelsen regulerer situasjoner hvor umiddelbar behandling er nødvendig fordi personens liv står i fare, helsetilstanden vil forverres uten behandling, behandlingen vil lindre alvorlig lidelse hos personen eller fordi personen er en fare for seg selv eller andre.

Mental Health Act (MHA) gir ikke hjemmel for behandling av somatiske lidelser hos personer som er under psykisk helsevern. Reglene i Mental Capacity Act (MCA) kan komme til anvendelse for personer uten beslutningskompetanse i spørsmålet, jf. punkt 8.5.4.3.

8.5.3.6 Tvangsmidler

Bruk av tvangsmidler er i liten grad regulert i MHA, men Code of Practice gir omfattende veiledning om overordnede prinsipper for bruken og nærmere retningslinjer for når og hvordan de ulike tvangsmidler kan benyttes. Mekaniske tvangsmidler brukes i liten grad, og skal bare brukes unntaksvis, i første rekke i høysikkerhetsavdelinger og ved transport til/mellom

⁴⁶³Department of Health, 2015a, kapittel 9

slike avdelinger. Fysisk fastholding benyttes i større utstrekning. Mageleie skal om mulig unngås. Veiledningen omfatter også isolering og skjerming samt «chemical restraint», det vil si kortvarig medisinerings i beroligende eller bedøvende hensikt. Institusjonene skal ha strategier for reduksjon av bruk av tvangsmidler.⁴⁶⁴

I 2018 ble det vedtatt en egen lov vedrørende bruk av tvangsmidler i institusjoner under MHA, Mental Health Units (Use of Force) Act 2018. Loven regulerer ikke vilkårene for bruk av tvangsmidler, men pålegger utpeking av en ansvarlig person i institusjonen, som blant annet skal sørge for at det utarbeides en policy for bruk av tvangsmidler, at personalet får opplæring i forebygging og bruk av tvang og makt, at det gis egnet informasjon om temaet til pasienter mv. Loven har også regler om registrering og rapportering av bruk av tvangsmidler. Videre fastsetter loven at politiet som hovedregel skal bruke kroppskamera når de bistår i psykiatriske institusjoner.⁴⁶⁵

Begrensning i bruk av elektronisk kommunikasjon mv. og andre innskrenkninger i selvbestemmelsesretten er ikke regulert i loven, men er omtalt i Code of Practice kapittel 8.

8.5.3.7 *Independent Mental Health Advocate (IMHA)*

Personer som er tvangsinnlagt over 72 timer har rett til støtte fra en uavhengig støtteperson, Independent Mental Health Advocate (IMHA). Det samme gjelder personer som er under en «community treatment order» (CTO), og i enkelte tilfeller frivillig innlagte ved spørsmål om inngripende psykiatrisk behandling.⁴⁶⁶

IMHA skal blant annet hjelpe pasienten å få og forstå opplysninger om behandlingen, grunnene for vedtak, vilkår mv. Det samme gjelder informasjon om rettigheter og klagemuligheter. IMHA skal sikre at pasientens syn kommer frem i forbindelse med utarbeiding av planer, avgjørelser om behandling mv., og kan bistå eller representere personen i møter.

Personen skal få informasjon om IMHA-ordningen, men må selv be om å få kontakt med en IMHA. Det er ofte frivillige organisasjoner som tilbyr IMHA-tjenester med offentlig finansiering, og IMHA er ikke jurist. Hjelpen er gratis for pasienten.

8.5.3.8 *Reformarbeid*

I 2017 ble det satt i gang et reformarbeid vedrørende MHA.⁴⁶⁷ Noe av bakgrunnen var økende antall tvangsinnleggelser og en uproporsjonalt høy andel fra etniske minoriteter blant tvangsinnlagte. Det ble også pekt på at loven innebærer «processes that are out of step with a modern mental health care system».

⁴⁶⁴Department of Health, 2015a, kapittel 26

⁴⁶⁵Lovforslaget (Mental Health Units (Use of Force) Bill) ble fremsatt av et parlamentsmedlem på bakgrunn av et dødsfall i forbindelse med bruk av tvang i en psykiatrisk avdeling ved bistand fra politiet.

⁴⁶⁶Department of Health, 2015a, kapittel 6

⁴⁶⁷Mental Health Act 1983 – Independent Review

Den endelige rapporten fra gruppen som utredet modernisering av loven, ble framlagt i desember 2018.⁴⁶⁸ De 154 anbefalingene er knyttet til fire hovedprinsipper: respekt for brukernes valg og selvbestemmelse, minst mulig inngrep og restriksjoner, best mulig utfall av helsehjelpen («therapeutic benefit») og viktigheten av å se og behandle folk som «rounded individuals».

Noen av forslagene er raskere vurdering av tvungen behandling av en uavhengig SOAD, strengere krav for å tilsidesette forhåndserklæringer, adgang til selv å utpeke en «nominated person» i stedet for at rett til informasjon mv. automatisk tilligger nærmeste pårørende, endringer i reglene for «community treatment order» (CTO) og hyppigere høringer i Mental Health Tribunal.

Det er tidligere foreslått at man på lengre sikt bør slå sammen Mental Health Act (MHA) og Mental Capacity Act (MCA).⁴⁶⁹

Det er uvisst om eller hvordan forslagene blir fulgt opp.

8.5.4 Mental Capacity Act (MCA)

8.5.4.1 Innledning

Mental Capacity Act (MCA) ble vedtatt i 2005 og trådte i kraft i 2007. Det ble gjort endringer i 2007 for å tilføye særskilt regulering av frihetsberøvelse, de såkalte Deprivation of Liberty Safeguards (DoLS), som trådte i kraft i 2009.⁴⁷⁰ Det er utarbeidet en omfattende Code of Practice til loven med retningslinjer og veiledning, herunder en rekke eksempler.⁴⁷¹

Loven regulerer spørsmål vedrørende vurdering av beslutningskompetanse og tiltak når en person mangler slik kompetanse, rettssikkerhetsgarantier mv. Loven gjelder ikke bare helse- og omsorgstjenester, men de fleste livsområder, både økonomisk og personlig. Loven gjelder ikke ekteskap, adopsjon og en del andre familierelaterte og særlig personlige spørsmål mv. (§§ 27 og 29). Som hovedregel gjelder loven personer som har fylt 16 år.

Loven gjelder personer med nedsatt eller manglende beslutningskompetanse på grunn av «an impairment of, or a disturbance in the functioning of, the mind or brain», jf. § 2. Loven gjelder uavhengig av om det er en varig eller forbigående tilstand. Loven kan være aktuell for personer med demens, psykisk utviklingshemning, hjerneskader mv.

MCA gir ikke eller i svært liten grad hjemmel for tiltak av hensyn til andre enn personen selv.

Forholdet til Mental Health Act (MHA) er regulert i MCA § 28, og er utdypet i Code of Practice til hver av lovene.⁴⁷²

⁴⁶⁸Independent Review of the Mental Health Act 1983, 2018

⁴⁶⁹Law Commission, 2017

⁴⁷⁰Lovendringene var en del av Mental Health Act 2007.

⁴⁷¹Department for Constitutional Affairs, 2007. Det er vinteren 2019 gjennomført en høring med tanke på revidering av dokumentet på bakgrunn av rettsavgjørelser og andre erfaringer med loven siden ikrafttredelsen.

⁴⁷²Department for Constitutional Affairs, 2007, kapittel 13, og Department of Health, 2015a, s. 117–118

8.5.4.2 Generelle prinsipper mv.

MCA del 1 inneholder blant annet generelle prinsipper for praktiseringen av loven, jf. § 1.

Det skal legges til grunn at en person har beslutningskompetanse inntil det er fastslått at vedkommende ikke har det, jf. § 1 (2). Personen skal få hjelp og støtte til å fatte egne beslutninger så langt det er mulig, jf. §§ 1 (3) og 4 (4), før man eventuelt slår fast at vedkommende ikke har beslutningskompetanse. En person skal ikke anses å mangle beslutningskompetanse bare fordi han eller hun fatter en uklok («unwise») beslutning, jf. § 1 (4).

Del 1 har også nærmere regler for hvordan man skal vurdere om en person har beslutningskompetanse («mental capacity»), jf. §§ 2 og 3, og regler om hvilke prosedyrer som skal følges ved nedsatt eller manglende kompetanse. Det må blant annet vurderes om det er utsikt til at personen vil gjenvinne beslutningskompetanse, jf. § 4 (3).

Tiltakene skal gjøres «in the person's best interests», jf. § 1 (5). Det er angitt nærmere retningslinjer for denne vurderingen i § 4. Det skal alltid vurderes om formålet med tiltak som iverksettes etter loven kan nås på en mindre inngripende måte, jf. § 1 (6).

Loven innebærer også en plikt til å iverksette tiltak overfor personer som mangler beslutningskompetanse ved behov. «Ill-treatment or neglect» er straffbart etter § 44.

8.5.4.3 Helse- og omsorgstjenester og tvang eller andre inngripende tiltak

Helse- og omsorgstjenester («care and treatment») kan gis etter at personellet har tatt «reasonable steps» for å vurdere om personen har beslutningskompetanse i det aktuelle spørsmålet, og har rimelig grunn til å tro at personen mangler slik kompetanse og at tiltaket vil være i personens «best interests». Personellet kan da lovlig yte tjenesten på samme måte som om personen hadde hatt beslutningskompetanse og samtykket, jf. § 5. Dette gjelder selv om personen motsetter seg hjelpen.

To ytterligere vilkår må være oppfylt dersom det skal kunne brukes tvang eller andre inngripende tiltak («an act that is intended to restrain», se nærmere i § 6). Dette omfatter bruk av makt, eller trussel om det, for å gjennomføre en handling som personen motsetter seg. Det omfatter også restriksjoner i bevegelsesfriheten uansett om personen motsetter seg det.

Vilkårene er da at det er rimelig grunn til å tro at det er nødvendig for å forebygge skade på personen, og at inngrepet er proporsjonalt i forhold til sannsynligheten for skade og graden av den mulige skaden.

Det må tas hensyn til personens forhåndserklæringer («advance directives») om hva slags behandling han eller hun ønsker eller ikke ønsker, jf. punkt 8.5.4.8. Det samme gjelder eventuelle avgjørelser tatt av en representant som er utpekt enten av personen selv på forhånd (fremtidsfullmektig) eller oppnevnt av retten til å fatte beslutninger på vegne av personen, jf. §§ 5 (4) og 6 (6), jf. punkt 8.5.4.4 og 8.5.4.9. «Life-sustaining treatment» eller andre tiltak for å unngå alvorlig forverring av personens tilstand, kan likevel gis i strid med nevnte representanters beslutning i påvente av en rettsavgjørelse dersom spørsmålet er bragt inn for retten.

Eksempler på tvang og andre inngripende tiltak («restraint and restrictions») er låsing, overvåking, fotfølging, isolering, beroligende legemidler, bruk av makt for å avverge at personen gjør noe som er farlig for personen selv, bruk av makt for å gjennomføre behandlings- eller omsorgstiltak, fjerning av gjenstander som kan føre til skade på personen, bruk av sengehest,

rullestolbelter, belter i kjøretøy mv. Det kan også dreie seg om opphold på et sted hvor personen ikke ønsker å være.⁴⁷³

Tiltak som er så inngripende at det må ansees som frihetsberøvelse, er særskilt omtalt i punkt 8.5.4.5 til 8.5.4.7.

Reglene i § 5 gjelder i utgangspunktet både ved fysiske og psykiske lidelser. Det kan gis helsehjelp for psykiske lidelser til personer uten samtykkekompetanse etter MCA så lenge det ikke er behov for tiltak som det ikke er hjemmel for i MCA, og så lenge personen ikke er tvangsinnlagt under Mental Health Act (MHA). Helsehjelp for fysiske lidelser kan gis en person som ikke har beslutningskompetanse etter MCA selv om personen er tvangsinnlagt under MHA. Psykokirurgi kan uansett ikke utføres på en person som ikke har beslutningskompetanse.⁴⁷⁴

8.5.4.4 Kompetanse til å iverksette tiltak mv.

Myndigheten til å utføre vurdering av beslutningskompetanse og iverksette tiltak etter MCA er i utgangspunktet ikke forbeholdt særskilte instanser eller fagpersoner.

Handlinger i forbindelse med pleie og stell og andre dagligdagse personlige gjøremål som faller inn under det relativt vide begrepet «care or treatment» kan utføres av for eksempel ektefelle eller andre som hjelper eller tar hånd om en person uten beslutningskompetanse, uten at det søkes om tillatelse e.l. I spørsmål om helse- eller omsorgstjenester vil det ofte være helsepersonell som vurderer beslutningskompetansen og eventuelt fatter beslutninger på vegne av personen dersom personen ikke har fremtidsfullmektig eller en representant oppnevnt av retten, jf. nedenfor og punkt 8.5.4.9. Om mulig skal det innhentes informasjon blant annet fra pårørende eller andre som kjenner personen, før helsepersonellet fatter beslutning og foretar de aktuelle handlingene. Det fattes ikke formelt vedtak, men beslutninger som fattes av helsepersonell skal fremgå og begrunnes i pasientjournalen.⁴⁷⁵

Loven gir ikke uttrykkelig myndighet til å utføre handlingene, men adgangen følger av § 5 som under visse forutsetninger gir frihet for erstatnings- og straffansvar for handlinger i forbindelse med «care or treatment» som om personen det gjelder var beslutningskompetent og hadde gitt samtykke. Forutsetningen er at man har tatt «reasonable steps» for å vurdere om personen har beslutningskompetanse i det aktuelle spørsmålet, og har rimelig grunn til å tro at personen mangler slik kompetanse og at tiltaket vil være i personens «best interests». Ansvarsfriheten gjelder generelt, og er ikke forbeholdt særskilte yrkesgrupper.

Det må imidlertid gjøres en konkret vurdering av om tiltakene overfor en person samlet sett er så inngripende at det må anses som frihetsberøvelse, jf. punkt 8.5.4.5. I så fall må særskilte prosedyrer følges for å innhente tillatelse til tiltakene, jf. punkt 8.5.4.6.

Når det er aktuelt med «serious medical treatment» eller botilbud over en viss varighet i regi av helse- eller omsorgstjenestene, er det særskilte regler for å sikre at personen får bistand av en uavhengig person dersom han eller hun ikke allerede har noen til å representere seg, jf.

⁴⁷³Social Care Institute for Excellence, 2015/2017, s. 2–3

⁴⁷⁴Om forholdet mellom MCA og MHA, se MCA § 28 og Department for Constitutional Affairs, 2007, kapittel 13, og Department of Health, 2015a, s. 117–118.

⁴⁷⁵Department for Constitutional Affairs, 2007, kapittel 6

§§ 37 til 39.⁴⁷⁶ Det skal da utpekes en Independent Mental Capacity Advocate som talsperson med mindre behandlingen haster så mye at det ikke er tid. Se nærmere i punkt 8.5.4.10.

Visse avgjørelser om helsehjelp til personer uten beslutningskompetanse er så viktige eller inngripende at saken i henhold til rettspraksis må behandles av Court of Protection. Dette gjelder i første rekke spørsmål om å la være å gi eller å avslutte kunstig nærings- og væsketilførsel til pasienter i en varig vegetativ tilstand, sterilisering uten medisinsk formål, og spørsmål om donasjon av et organ eller benmarg.⁴⁷⁷

Unntak gjelder dersom personen på forhånd har utpekt en fremtidsfullmektig, jf. punkt 8.5.4.9, eller har avgitt en forhåndserklæring om hva slags helse- og omsorgstjenester vedkommende ønsker, som dekker den aktuelle situasjonen, jf. punkt 8.5.4.8.

Saken skal behandles av Court of Protection også dersom det er disputt om hva som er pasientens «best interests». Andre saker som gjelder spørsmål om en person har beslutningskompetanse og hvilke tiltak som eventuelt skal settes i verk, kan også bringes inn for Court of Protection av personen det gjelder eller dennes representanter, jf. § 50.⁴⁷⁸ Dersom andre ønsker å bringe saken inn for retten, kreves rettens samtykke til behandling av saken basert på en vurdering av forholdet mellom de aktuelle personene, grunnen for tiltakene saken gjelder mv.

Retten kan avsi avgjørelser om at en person har eller mangler beslutningskompetanse (§ 15). Ved manglende beslutningskompetanse kan retten selv fatte beslutninger som gjelder personen, eller oppnevne en representant («deputy») som kan fatte beslutninger på personens vegne i økonomiske og/eller personlige forhold, jf. § 16. Beslutninger om personlige forhold («personal welfare») omfatter blant annet hvor personen skal bo, hvem personen skal ha kontakt med, og samtykke til eller nektelse av helsehjelp (§ 17). Representanten kan ikke nekte «life-sustaining treatment» på vegne av personen. Vilkårene for bruk av tvang mv. tilsvarer de som gjelder for fremtidsfullmektiger, jf. punkt 8.5.4.9.

The Public Guardian har registrerings- og tilsynsoppgaver på feltet, jf. § 58.

Det er også en ordning med Court of Protection Visitors, som avgir rapporter til Public Guardian, eventuelt til bruk for Court of Protection, jf. §§ 49, 58 og 61. Det skilles mellom Special Visitors, som er leger eller andre med særskilte kvalifikasjoner på feltet, og General Visitors.⁴⁷⁹ Begge kategorier skal ha adgang til journaler mv. og skal kunne snakke med personen alene.

8.5.4.5 Frihetsberøvelse

Loven gir ikke hjemmel for frihetsberøvelse unntatt etter rettens avgjørelse eller etter den delen av regelverket som kalles Deprivation of Liberty Safeguards (DoLS). Dette er §§ 4A og

⁴⁷⁶Hva som skal anses som «serious medical treatment» i denne sammenheng er definert i The Mental Capacity Act 2005 (Independent Mental Capacity Advocates) (General) Regulations 2006 § 4, og er nærmere utdypet i Code of Practice s. 192–194. Nærmere om når det skal utnevnes IMCA i forbindelse med flytting til eller mellom botilbud, se Department for Constitutional Affairs, 2007, s. 194–196.

⁴⁷⁷Department for Constitutional Affairs, 2007, s. 99 og 142–144

⁴⁷⁸Court of Protection er en spesialdomstol for saker om beslutningskompetanse. Det er en førsteinstansdomstol på høyt nivå.

⁴⁷⁹Office of the Public Guardian, 2017

4B og Schedule A1 som angir nærmere vilkår og saksbehandlingsregler. DoLS gjelder frihetsberøvelse av personer over 18 år som mangler beslutningskompetanse, i sykehus, sykehjem og andre institusjoner for personer med nedsatt funksjonsevne («carehomes») for å gi helse- og omsorgstjenester. Det kan være kortvarige opphold for å gjennomføre enkeltstående behandlingstiltak eller langvarige opphold for personer som ikke kan bo hjemme.

Bakgrunnen for at DoLS ble tatt inn i loven, var særlig en sak som ble behandlet både i flere rettsinstanser i England og i EMD, den såkalte Bournemouth-saken (H.L. mot Storbritannia).⁴⁸⁰ EMD slo fast at det kan være å anse som frihetsberøvelse dersom en person som mangler beslutningskompetanse, men som ikke viser motstand, blir anbragt i sykehus eller andre institusjoner under slike forhold at vedkommende ikke vil være fri til å forlate stedet om han eller hun skulle ønske det. Det ble slått fast at England ikke hadde prosedyrer som tilfredsstiller kravene i EMK artikkel 5 nr. 1 bokstav e for slike tilfeller, jf. kravet om at frihetsberøvelse må skje i samsvar med en framgangsmåte foreskrevet ved lov.

En rettsavgjørelse i et sakskompleks omtalt som «Cheshire West»⁴⁸¹ i 2014 har fått stor betydning for hva som må anses som frihetsberøvelse og dermed faller inn under anvendelsesområdet for Deprivation of Liberty Safeguards (DoLS).⁴⁸² Som følge av dette ble det årlige antallet slike saker omtrent tidoblet. Dette medfører at det er vanskelig å håndtere saksmengden.⁴⁸³

I henhold til dommen er det å anse som frihetsberøvelse dersom «[t]he person is under continuous supervision and control and is not free to leave, and the person lacks capacity to consent to these arrangements».

Det er altså ikke en forutsetning at personer som mangler beslutningskompetanse protesterer, viser motstand eller faktisk ønsker å forlate stedet, men spørsmålet er om de ville få forlate stedet om de skulle ønske det. Det må også foretas en konkret vurdering av helhetssituasjonen slik at også andre typer tiltak enn låsing, tilbakehold mv. er av betydning. Fravær av motstand hos en person uten beslutningskompetanse kan ikke regnes som et stilltiende samtykke som kan gi lovlig grunnlag for tiltak som objektivt sett er å anse som en frihetsberøvelse. Personens egen og nærståendes innstilling til tiltakene kan imidlertid være av betydning dersom det ikke er åpenbart at tiltakene uansett utgjør frihetsberøvelse.⁴⁸⁴

Det ble i dommen lagt til grunn som et utgangspunkt at det som vil anses som frihetsberøvelse for en person uten nedsatt funksjonsevne, skal anses som frihetsberøvelse også for personer uten beslutningskompetanse. Det er ikke utelukket at noe er å anse som frihetsberøvelse selv om den boformen og de tjenestene det handler om, er et tilbud av god kvalitet som hjelper

⁴⁸⁰HL v UK 45508/99 [2004] ECHR 471

⁴⁸¹Supreme Court judgment P (by his litigation friend the Official Solicitor) v Cheshire West and Chester Council & Anor [2014] UKSC 19)

⁴⁸²Se f.eks. Department of Health, 2015b

⁴⁸³House of Commons Library, 2019, s. 34

⁴⁸⁴Social Care Institute for Excellence, 2015/2017, s. 2

personen til å leve et godt liv, og som er nødvendig for å sikre personen mot fare for skade på liv og helse. «A gilded cage is still a cage» er et mye brukt sitat fra dommen.⁴⁸⁵

DoLS gjelder som nevnt bare i sykehus og andre institusjoner («carehomes»). Det ble i «Cheshire West»-dommen lagt til grunn at det er behov for prosedyrer som tilfredsstiller EMKs krav for saker om frihetsberøvelse også for personer uten beslutningskompetanse som får tjenester utenfor sykehus og sykehjem. Det kan anses som frihetsberøvelse dersom personer i omsorgsbolig, bofellesskap e.l., og også i eget hjem, får tjenester som innebærer omfattende kontroll mv., forutsatt at opplegget er bestemt av det offentlige. Omsorg som ivaretas av familien i medhold av foreldreansvar mv. vil falle utenfor.

I dommen ble det pekt på behovet for periodisk uavhengig etterprøving av om forholdene for de sårbare personene som mottar slike tjenester, er i deres «best interests». Det ble ikke ansett tilstrekkelig at plasseringen i utgangspunktet er blitt vurdert av en domstol til å være i personens «best interests». Det ble imidlertid uttalt at det ikke nødvendigvis behøver å være så omfattende prosedyrer som etter DoLS.

Det er iverksatt reformarbeid på feltet, jf. punkt 8.5.4.7.

8.5.4.6 Prosedyre etter DoLS i saker om frihetsberøvelse i sykehus og sykehjem

Saksgangen etter DoLS er at frihetsberøvelse kan skje etter avgjørelse fra en «supervisory body» (vanligvis «the local authority») etter initiativ fra «the managing authority» ved det aktuelle sykehuset eller syke- og pleiehjemmet.

Etter denne standardprosedyren kan det søkes om tillatelse inntil 28 dager før planlagt iverksettelse av tiltakene. Søknaden skal behandles innen 21 dager. Tillatelse kan gis for inntil ett år, og det kan fastsattes nærmere vilkår for tillatelsen. Ved behov for fortsatt frihetsberøvelse utover et år, må det sendes ny søknad.

Saksforberedelsen krever en rekke vurderinger foretatt av minst to uavhengige fagfolk («mental health assessor» og «best interests assessor») for å sikre at vilkårene for inngrepet er oppfylt.

Etter en hasteprosedyre kan «the managing authority» ved det aktuelle sykehuset eller syke- og pleiehjemmet selv fatte vedtak om frihetsberøvelse for inntil sju dager. «The supervisory body» skal underrettes, og kan samtykke til forlengelse med inntil ytterligere sju dager. Samtidig som det fattes hastedtak, skal det søkes om standardtillatelse.

En tillatelse etter DoLS gir ikke hjemmel for å flytte en person til et sted der personen ikke ønsker å bo. Slike saker må bringes inn for Court of Protection.⁴⁸⁶

Det kan ikke fattes beslutning om frihetsberøvelse dersom det vil være i strid med en gyldig forhåndserklæring fra personen selv eller en gyldig beslutning fra en representant for personen.

En fremtidsfullmektig eller annen representant kan ikke gi gyldig samtykke til frihetsberøvelse på vegne av personen.

⁴⁸⁵Kan oversettes til: Et forgylt bur er fortsatt et bur.

⁴⁸⁶Social Care Institute for Excellence, 2015/2017, s. 6

Familie eller andre nærstående skal om mulig konsulteres før det fattes vedtak, også etter hasteprosedyren. Personer som ikke har nærstående som kan bistå personen i prosessen, har rett til støtte fra en Independent Mental Capacity Advocate (IMCA), jf. punkt 8.5.4.10.

Etter at en tillatelse til frihetsberøvelse er utstedt, skal det utpekes en representant for personen, vanligvis et familiemedlem eller annen nærstående, jf. del 10 i Schedule A1. Om det ikke er noen som kan eller vil påta seg oppdraget gratis, skal det oppnevnes en representant som betales av det offentlige. Dersom personen ikke har en slik betalt representant, har personen og den ubetalte representanten rett til støtte fra en Independent Mental Capacity Advocate (IMCA).

Personen og dennes representant kan til enhver tid be om etterprøving av beslutningen om frihetsberøvelse. Det skal da vurderes om vilkårene fortsatt er oppfylt eller om eventuelle fastsatte vilkår for tillatelsen bør endres.

Det er nærmere regler for etterprøving, overprøving mv. Saken kan bringes inn for Court of Protection. I påvente av rettsavgjørelse kan frihetsberøvelse skje hvis det er nødvendig for å gi «life-sustaining treatment» eller «doing any vital act» for å unngå alvorlig forverring av personens tilstand.

Melding om tillatelser etter DoLS skal gis Care Quality Commission (CQC), som har tilsynsoppgaver innen helse- og omsorgssektoren.

8.5.4.7 Reformarbeid vedrørende DoLS – nye prosessregler for frihetsberøvelse

Law Commission foreslo i 2017 endringer i reglene for frihetsberøvelse i Mental Capacity Act (MCA) for å gjøre ordningen bedre og mindre byråkratisk, med mer rettssikkerhet og bedre bruk av ressursene.⁴⁸⁷ Det ble foreslått å erstatte DoLS med et nytt system kalt Liberty Protection Safeguards. Det ble også foreslått å slå sammen MCA og Mental Health Act (MHA) på lengre sikt. Regjeringen satte i 2018 fram et lovforslag som på en del punkter skilte seg fra forslaget fra Law Commission.⁴⁸⁸ Blant annet går man i lovforslaget ikke inn på forslag til bredere reformer med hensyn til «supported decision-making» og «best interests».

Lovforslaget omfatter frihetsberøvelse også andre steder enn sykehus og syke- og pleiehjem, også i personens eget hjem.

Lovforslaget innebærer en enklere prosedyre, hvor det er «the responsible body» som kan fatte vedtak om frihetsberøvelse etter en vurdering av om personen mangler beslutningskompetanse, og av om tiltakene er nødvendige og proporsjonale. For sykehus vil dette være «the hospital manager», og slik at vurderingene foretas av personell som ikke deltar i behandlingen av personen. For sykehjem og «supported living schemes» mv. vil det være «the local authority», men slik at for eksempel ledelsen for sykehjemmet foretar vurderingene og sender sin innstilling til «the local authority». Det foreslås en grundigere prosedyre med vurdering fra en Approved Mental Capacity Professional (AMCP) dersom det er klart at personen det gjelder, motsetter seg de aktuelle tiltakene. Familie eller andre som kjenner personen skal konsulteres. Personen skal få bistand fra en Independent Mental Capacity Advocate (IMCA) eller annen representant gjennom prosessen og under frihetsberøvelsen.

⁴⁸⁷Law Commission, 2017

⁴⁸⁸Mental Capacity (Amendment) Bill 2018. I lovforslaget brukes ikke begrepet Liberty Protection Safeguards.

Det foreslås enklere prosedyrer for forlengelse av tiltakene, men med jevnlig etterprøving foretatt av «the responsible body». Saken skal kunne bringes inn for Court of Protection.

Det foreslås også utvidet adgang til å gi medisinsk behandling og iverksette frihetsberøvelse uten forhåndstillatelse i øyeblikkelig hjelp-situasjoner.

Lovforslaget er våren 2019 fortsatt til behandling i parlamentet, og det er gjort en rekke endringer i lovforslaget under behandlingen. Blant flere omstridte temaer nevnes definisjonen av frihetsberøvelse, og om personer mellom 16 og 18 år skal omfattes av reglene. Andre temaer er spørsmålet om interessekonflikter dersom ledelsen ved syke- og pleiehjem og (private) sykehus skal foreta vurderingene av om vilkårene for frihetsberøvelse er oppfylt, og hvilken rolle Independent Mental Capacity Advocate (IMCA) skal ha.⁴⁸⁹

Et annet spørsmål som drøftes er om de nye reglene – i motsetning til DoLS – bør gi hjemmel for frihetsberøvelse også ved behov for beskyttelse av andre enn personen selv. I dagens situasjon må slike tiltak eventuelt begrunnes i at det er personens eget beste å unngå å havne i situasjoner hvor han eller hun skader andre og eventuelt blir holdt erstatnings- og/eller straffansvarlig.

Videre er det spørsmål om samordning med forslaget om reform av MHA, jf. punkt 8.5.3.8.

8.5.4.8 Forhåndserklæring

En person som er over 18 år kan utstede en forhåndserklæring («advance decisions») om at han eller hun ikke ønsker å motta nærmere spesifiserte typer helsehjelp i fremtiden når personen ikke lenger har beslutningskompetanse, jf. §§ 24 til 26.⁴⁹⁰ Nektelsen skal bare tas til følge for den spesifiserte behandlingen, og under de forutsetninger som eventuelt er angitt. Nektelsen skal ikke tas til følge dersom det er rimelig grunn til å tro at det foreligger omstendigheter som personen ikke forutså ved avgivelsen av forhåndserklæringen og som ville ha påvirket personens beslutning om han eller hun hadde kjent til dem.

Dersom «life-sustaining treatment» skal unnlates eller avbrytes, må det i forhåndserklæringen være klart uttrykt at nektelsen skal gjelde også om livet står i fare. I slike tilfeller må erklæringen være skriftlig og oppfylle visse andre formkrav.

I påvente av en eventuell rettsavgjørelse om en forhåndserklærings gyldighet mv. kan det gis «life-sustaining treatment» eller andre tiltak i strid med erklæringen for å unngå alvorlig forverring av personens tilstand.

Det skilles mellom «advance decisions (to refuse treatment)» som er rettslig bindende etter MCA, og «advance statement (of wishes and care preferences)» som ikke er bindende, men som skal tas i betraktning.⁴⁹¹

Forhåndserklæringer er ikke bindende i forhold til reglene om tvangsbehandling i Mental Health Act (MHA).⁴⁹² Se også punkt 8.5.3.5.

⁴⁸⁹House of Commons Library, 2019

⁴⁹⁰Se nærmere i Department for Constitutional Affairs, 2007, kapittel 9

⁴⁹¹Se f.eks. <https://www.nhs.uk/conditions/end-of-life-care/advance-decision-to-refuse-treatment/>

⁴⁹²Department for Constitutional Affairs, 2007, s. 225–226

8.5.4.9 Fremtidsfullmakt

En person som er over 18 år kan utstede en (fremtids-)fullmakt («lasting power of attorney») som gir en annen person (eller flere personer) myndighet til å fatte beslutninger på personens vegne (også) når personen ikke lenger har beslutningskompetanse, jf. §§ 9 flg. Fullmakten kan gjelde personlige forhold og/eller økonomiske forhold mv.

På visse vilkår kan fullmektigen bruke tvang eller andre inngripende tiltak («an act that is intended to restrain») overfor personen som mangler beslutningskompetanse, eller gi andre adgang til det. Vilkårene er at det anses nødvendig for å unngå skade på personen og at det er et proporsjonalt tiltak. Fullmakten kan omfatte spørsmål om gjennomføring eller nektelse av helsehjelp. Det må være særskilt spesifisert i fullmakten dersom dette skal gjelde også «life-sustaining treatment».

8.5.4.10 *Independent Mental Capacity Advocate*

En uavhengig talsperson, Independent Mental Capacity Advocate (IMCA), skal yte bistand til personen det gjelder i forbindelse med visse tiltak etter Mental Capacity Act. Ordningen er regulert i MCA §§ 35 og 36 med forskrift⁴⁹³, jf. også Schedule A1 del 11 og Code of Practice kapittel 10.

Støtte fra IMCA er aktuelt når det skal fattes beslutninger om «serious medical treatment» eller flytting til eller mellom botilbud i regi av helse- eller omsorgstjenestene over en viss varighet.⁴⁹⁴ Dersom personen ikke allerede har noen til å representere seg, skal det utnevnes en IMCA for å sikre at personen får bistand av en uavhengig person, jf. §§ 37 til 39. Det skal utpekes en IMCA med mindre behandlingen haster så mye at det ikke er tid.

Før det tas stilling til om personen har beslutningskompetanse og aktuelle tiltak, skal IMCA sikre at informasjon er innhentet, relevante hensyn er tatt i betraktning i vurderingen av beslutningskompetanse, hvilke alternativer som foreligger, hva som vil være i personens «best interests» mv. IMCA skal støtte og representere personen i vedtaksprosessen, og kan få tilgang til å lese journalen, be om møte med fagfolk mv. IMCA kan også be om fornyet vurdering, bringe saken inn for ulike relevante (klage-)organer, og bringe avgjørelser om beslutningskompetanse og tiltak etter MCA inn for Court of Protection.

Det kan utnevnes IMCA også i visse andre tilfeller, blant annet i forbindelse med «care reviews» som innebærer en form for periodisk kontroll med om tjenestetilbudet er egnet. Dette er særlig aktuelt ved flytting eller andre vesentlige endringer i omfattende tjenester. Forutsetningen for å få oppnevnt IMCA er også her at det ikke er familiemedlemmer eller venner som kan bistå personen som mangler beslutningskompetanse.

Personer som skal utpekes til IMCA må være godkjent av «the local authority», eller godkjenningen kan skje via en organisasjon som påtar seg å yte IMCA-tjenester. Det er ikke spesifikke krav til yrkesbakgrunn, men personen må ha nærmere bestemt erfaring og IMCA-oppfølging mv.⁴⁹⁵ Hjelpen er gratis for mottakeren.

⁴⁹³The Mental Capacity Act 2005 (Independent Mental Capacity Advocates) (General) Regulations 2006

⁴⁹⁴Over 28 dager i sykehus eller over 8 uker i annen institusjon («carehome»).

⁴⁹⁵Department for Constitutional Affairs, 2007, s. 184

8.6 Irland

8.6.1 Innledning

I gjeldende irsk rett er Mental Health Act 2001 den sentrale loven på feltet, jf. punkt 8.6.2. Den vedtatte loven Assisted Decision-Making (Capacity) Act 2015 er foreløpig ikke satt i kraft, men har vært trukket frem i forbindelse med implementering av CRPD. Denne loven omtales i punkt 8.6.3.

Irland har ikke lovfestede regler om ytelse av helse- og omsorgstjenester med tvang i andre typer helseinstitusjoner enn psykiatriske institusjoner. Tvang og tjenesteyting uten samtykke forekommer likevel i forbindelse med andre tjenester, for eksempel overfor personer med psykisk utviklingshemning eller demens. Dette er i noen grad akseptert i den domstolskapte retten, blant annet under henvisning til «the doctrine of necessity» og prinsippet om «duty of care». Spørsmål om regler for flytting/innleggelse og tilbakehold av personer som mangler samtykkekompetanse, blant annet i syke- eller pleiehjem, er blant spørsmålene som er oppe til debatt i forbindelse med Assisted Decision-Making (Capacity) Act 2015, se punkt 8.6.3.8.⁴⁹⁶

Health Act 2007 regulerer registrering av og tilsyn med «residential services for older people, persons with disabilities and children in need of care and protection». Loven har også bestemmelser om tilsynsorganene Health Information and Quality Authority (HIQA) og Office of the Chief Inspector of Social Services. I en forskrift til loven er det fastsatt regler for å sikre standarden ved syke- og pleiehjem for eldre.⁴⁹⁷ Ifølge forskriften skal personalet så langt det er mulig håndtere utfordrende atferd og situasjoner som innebærer fare for beboeren eller andre, uten bruk av tvang eller begrensninger. Tvangsmidler skal bare brukes i samsvar med føringer gitt av helsedepartementet («national policy»)⁴⁹⁸, jf. forskriften § 7. Health Information and Quality Authority (HIQA) har også gitt retningslinjer på feltet.⁴⁹⁹ Det heter blant annet at tvang skal være siste utvei ved fare for personers helse og velferd, og at man unntatt i akutt-situasjoner skal prøve alternativer til tvang så langt det lar seg gjøre.

Irland har ikke (lovfestede) regler om frihetsberøvelse eller tvangsbehandling på grunn av rus-middelmisbruk/-avhengighet. Det er i Mental Health Act 2001 presisert at tvangsinnleggelse ikke kan skje bare på et slikt grunnlag, jf. lovens § 8.

8.6.2 Mental Health Act 2001 (MHA)

8.6.2.1 Innledning

Mental Health Act 2001 (MHA) har regler om tvangsinnleggelse og tilbakehold i psykiatrisk institusjon («approved centre»), og om behandling, saksbehandling mv.⁵⁰⁰

⁴⁹⁶Se også f.eks. O'Keeffe, 2016, s. 117–134

⁴⁹⁷The Health Act 2007 (Care and Welfare of Residents in Designated Centres for Older People) Regulations 2013

⁴⁹⁸Department of Health, 2011

⁴⁹⁹Health Information and Quality Authority, 2014/2016

⁵⁰⁰Loven trådte i hovedsak i kraft i 2006 og er senere endret flere ganger.

Pasienter som mangler beslutningskompetanse, men ikke protesterer, regnes som frivillig innlagt, og innleggelsen er ikke underlagt særskilte prosedyrer. Det vurderes innføring av slike prosedyrer for å bedre rettssikkerheten.⁵⁰¹ Det er foreslått regulert i forbindelse med en ny del i Assisted Decision-Making (Capacity) Act 2015 om frihetsberøvelse av personer uten beslutningskompetanse, se punkt 8.6.3.8.

Det er erkjent at MHA ikke er tilstrekkelig samordnet med Assisted Decision-Making (Capacity) Act 2015. Dette er til vurdering i tillegg til spørsmål om andre endringer i MHA. En omfattende gjennomgang av MHA i perioden 2012 til 2015 ledet fram til en rapport med forslag til en rekke endringer i MHA.⁵⁰²

8.6.2.2 Tvangsinnleggelse og tilbakehold

Inngangskriteriet i MHA er «mental disorder», som er nærmere definert i lovens § 3, jf. også § 8. Dette er et juridisk begrep, ikke diagnosebasert. Det omfatter under visse forutsetninger personer med betydelig psykisk utviklingshemning eller demens i alvorlig grad, i tillegg til personer med (alvorlig) sinnslidelse. Begrepene «mental illness, severe dementia or significant intellectual disability» er definert i § 3 andre ledd.

I tillegg til at personen må ha en slik tilstand, er det to hovedalternativer for at det skal anses å foreligge «mental disorder» i lovens forstand, jf. § 3 første ledd. Det ene alternativet er at det foreligger fare for alvorlig skade på pasienten selv eller andre. Det andre er at pasienten uten innleggelse vil få sin tilstand vesentlig forverret eller ikke vil få nødvendig behandling, og at helsehjelpen sannsynligvis vil bidra til betydelig bedring eller lindring av pasientens tilstand.

Dette er hovedvilkårene for tvangsinnleggelse/tilbakehold, jf. § 8. Det er ikke et krav for bruk av tvang at pasienten mangler beslutningskompetanse i spørsmålet. I vurderingen av om det skal fattes vedtak om tvangsinnleggelse, skal pasientens «best interests» være «the principal consideration» selv om det også skal tas hensyn til andre personer som risikerer å bli utsatt for alvorlig skade dersom det ikke fattes tvangsvedtak, jf. lovens § 4.

Innleggelse av barn kan skje med foreldresamtykke eller etter (muntlig) avgjørelse fra District Court, jf. MHA § 25. Det er i forbindelse med gjennomgang av loven påpekt at det er behov for bedre eller mer omfattende regulering av innleggelse av barn.⁵⁰³

8.6.2.3 Tvungen behandling og tvangsmidler

Etter en lovendring i 2015 er det ikke lenger adgang til tvungen behandling av pasienter som har beslutningskompetanse. Innlagte pasienter uten beslutningskompetanse kan behandles uten samtykke (og eventuelt med tvang) på visse vilkår, jf. §§ 57 til 61. Medisinering utover tre måneder og elektrokonvulsiv behandling (ECT) forutsetter godkjennelse fra en annen psykiater i tillegg til den psykiateren som har behandlingsansvaret for pasienten.

⁵⁰¹Oireachtas Library & Research Service, 2017, s. 15

⁵⁰²Expert Group Review of the Mental Health Act, 2001, 2015

⁵⁰³Expert Group Review of the Mental Health Act, 2001, 2015

Irland har ingen ordning for tvangsbehandling utenfor psykiatrisk institusjon, og det pågår en debatt om det bør innføres en slik ordning.⁵⁰⁴ Det er i forbindelse med den nevnte gjennomgangen av MHA foreslått å regulere bruken av permisjoner fra slik institusjon, jf. § 26. Det er foreslått en begrensning til to uker, slik at permisjon med vilkår om medisiner mv. ikke skal benyttes for lengre perioder i mangel av regler om tvangsbehandling utenfor institusjon, som «quasi-community treatment orders».⁵⁰⁵

«Seclusion» (isolering/skjerming) og mekaniske tvangsmidler skal ikke brukes med mindre det er nødvendig av hensyn til behandlingen eller for å forebygge skade på pasienten selv eller andre, jf. § 69. Det er utarbeidet nærmere regler («rules») i medhold av bestemmelsen, og en strategi for reduksjon av bruken av tvangsmidler.⁵⁰⁶ ⁵⁰⁷ Bruk av tvangsmidler skal registreres og rapporteres til Mental Health Commission (MHC). Tallene fra 2014 og 2015 viser at det er variasjon mellom institusjoner og landsdeler, og at «physical restraint» nasjonalt sett brukes mer enn «seclusion» og mekaniske tvangsmidler for å forebygge skade på pasienten og andre. Det ser ut til at mekaniske tvangsmidler brukes i svært liten grad, men tallmaterialet omfatter bare akutsituasjoner («imminent risk»), og ikke bruk ved «enduring risk of harm to self or others». Slik bruk skal registreres i pasientjournalen, men ikke i Register for Mechanical Restraint.⁵⁰⁸

8.6.2.4 Saksbehandling ved tvangsinnleggelse mv.

Vedtak om tvangsinnleggelse (§ 14) eller tilbakehold (§§ 23 og 24) kan fattes for en periode av inntil 21 dager, og deretter for inntil 3 måneder, 6 måneder og 12 måneder. Pasienten skal raskt få oppnevnt en advokat. Saken skal behandles av Mental Health Tribunal (MHT) så snart som mulig i løpet av vedtaksperioden, uavhengig av klage. Pasienten kan ikke bringe saken inn for MHT på nytt i løpet av perioden. Blant annet på bakgrunn av en rettsavgjørelse vurderes en endring av dette når det gjelder vedtak av en varighet på 12 måneder.⁵⁰⁹

MHT består i den enkelte sak av tre personer, en jurist, en psykiater og en leperson. Det innhentes uttalelse fra en uavhengig psykiater i tillegg til at den behandlende psykiater uttaler seg under møtet som avholdes. MHT skal prøve om vilkårene som ligger i det rettslige begrepet «mental disorder», og dermed vilkåret for tvangsinnleggelse, er oppfylt, og om formalitetene er i orden. MHT behandler ikke spørsmål om tvungen behandling, bruk av tvangsmidler, forholdene i institusjonen mv. MHTs avgjørelse kan bringes inn for retten.⁵¹⁰ Prøvingen i MHT

⁵⁰⁴Se flere innlegg i Irish Journal of Psychological Medicine Volume 34 issue, 4. desember 2017, s. 295–303

⁵⁰⁵Expert Group Review of the Mental Health Act, 2001, 2015

⁵⁰⁶Mental Health Commission: Rules Governing the Use of Seclusion and Mechanical Means of Bodily Restraint, 2009, med tillegg 2011

⁵⁰⁷Mental Health Commission, 2014

⁵⁰⁸Mental Health Commission, 2017

⁵⁰⁹Expert Group Review of the Mental Health Act, 2001, 2015

⁵¹⁰Circuit Court, som er et mellomnivå med åtte rettskretser. Den enkelte sak behandles av én dommer.

og retten gjelder spørsmålet om vilkårene er oppfylt når saken behandles, ikke på tidspunktet for det opprinnelig vedtaket. Saken behandles ikke i disse formene dersom tvangsinnleggelsen allerede er opphørt, med mindre pasienten innen en frist på 14 dager skriftlig anmoder om det, jf. § 28.

8.6.2.5 Mental Health Commission

Mental Health Commission (MHC) har ulike funksjoner knyttet til MHA, herunder administrering av Mental Health Tribunals. Videre omfatter det blant annet utarbeiding av forskrifter («rules») og retningslinjer («Codes of practice») og tilsynsoppgaver. MHC foretar årlig inspeksjoner ved alle psykiatriske institusjoner som er godkjent for tvang («approved centres»). MHC mottar også henvendelser fra pasienter om ulike forhold, men forestår ikke egentlig behandling av klager. En del henvendelser videreformidles til andre instanser/klageordninger, blant annet til helsetjenesten som er pålagt å ha egne klagesystemer, til ombudsmannen eller til organer som vurderer helsepersonells autorisasjon e.l. MHC kan selv gå inn i saker hvis det finnes å være behov for på opprette tilsynssak eller se på spørsmålene i forbindelse med inspeksjon ved institusjonen.

8.6.3 Assisted Decision-Making (Capacity) Act 2015

8.6.3.1 Generelt om loven

Assisted Decision-Making (Capacity) Act 2015 (heretter kalt ADMA) ble vedtatt i 2015, men er foreløpig ikke trådt i kraft, med unntak av visse bestemmelser som er nødvendige for arbeidet med implementeringen av loven.

ADMA vil gjelde på alle sektorer, ikke bare helse- og omsorgssektoren, og kan delvis sammenlignes med en form for vergemålssystem. Loven gir regler om ulike nivåer for støtte i beslutningsprosesser og overføring av myndighet i forbindelse med beslutninger.

Det er igangsatt omfattende arbeid for å tilrettelegge for iverksettelse, ikke minst i helse- og omsorgssektoren.⁵¹¹ Det arbeides også med endringer/tillegg til loven, herunder en ny del 13 om frihetsberøvelse, og forskrifter og retningslinjer mv. Det synes på mange punkter å være usikkerhet om hvordan loven skal tolkes og praktiseres. Mye tilrettelegging gjenstår, og det fremsto under utvalgets studiebesøk i Irland januar 2018 som meget usikkert når loven vil bli satt i kraft. Det er pekt på utfordringer med hensyn til ressurser og kultur/holdninger blant involverte i tillegg til de rettslige utfordringene.

Noe av bakgrunnen for loven er FN-konvensjonen om rettigheter for personer med nedsatt funksjonsevne (CRPD). Irland ratifiserte konvensjonen først våren 2018. Det synes å ha vært delte meninger om ratifisering forutsatte at ADMA var satt i kraft. Det samme gjelder spørsmålet om ADMA oppfyller relevante krav i CRPD.

ADMA vil erstatte dagens regelverk for umyndiggjøring («wardship»), herunder Lunacy Regulation (Ireland) Act 1871 som innebærer at personer som mangler beslutningskompetanse kan fratas den rettslige handleevnen fullt ut. Dette er opplyst å gjelde et økende antall perso-

⁵¹¹Oireachtas Library & Research Service, 2017, s. 12. Se også informasjon på nettsidene til Health Service Executive (HSE) <http://www.hse.ie/eng/about/Who/QID/Other-Quality-Improvement-Programmes/assisteddecisionmaking/> herunder Health Service Executive, 2017.

ner («Wards of Court»), også mange personer som til en viss grad kan være beslutningskompetente på ulike felt, for eksempel med hensyn til helse- og omsorgstjenester. Loven gir ikke adgang til delvis fratakelse av handleevnen eller vergemål uten fratakelse av handleevnen.

8.6.3.2 Lovens hovedprinsipper

Den nye loven legger opp til en funksjonell vurdering av beslutningskompetanse, jf. lovens § 3. Etter lovens «guiding principles» i § 8 skal det gjelde en presumsjon for at personen har beslutningskompetanse. Mangel på beslutningskompetanse skal først fastslås dersom alle praktisk mulige tiltak har vært forsøkt med tanke på at personen selv skal kunne fatte den aktuelle beslutningen. Det er presisert at tidligere ukloke beslutninger eller fare for at vedkommende vil fatte en uklok beslutning, ikke alene er nok til å legge til grunn at vedkommende mangler beslutningskompetanse. Der inngrep er nødvendig, skal de begrenses mest mulig, være forholdsmessige og ta hensyn til personens verdighet, fysiske integritet, autonomi mv. Så langt det er praktisk mulig skal det tas hensyn til personens nåværende og tidligere vilje og preferanser i den grad det lar seg gjøre å finne ut hva dette er eller var. Loven angir at de som bistår eller fatter beslutninger på vegne av andre skal handle «for the benefit of» personen. Loven henviser ikke til (den mer paternalistiske tilnærmingen) «best interests». Tiltak skal i første rekke bestå av støtte, men loven har også hjemmel for at andre skal fatte beslutninger på vegne av personen når dette er nødvendig.

8.6.3.3 Ulike former for beslutningsstøtte og beslutningstakere på vegne av personen

Både «assisted decision-making» (lovens del 3) og «co-decision-making» (lovens del 4) innebærer at personen det gjelder inngår avtale om at en eller flere andre skal bistå personen i beslutningsprosesser generelt eller på nærmere bestemte områder. Begge typer avtale kan inngås av personer som er i tvil om sin beslutningskompetanse eller som antar at den snart kan svikte. Ved «assisted decision-making» er det personen selv som fatter beslutninger. Ved «co-decision-making» fattes beslutninger i fellesskap. Det antas at det ofte vil være familie, venner eller andre nærstående som vil bli valgt til oppgaven som «decision-making assistant» og «co-decision-maker». «Co-decision-making»-avtaler skal godkjennes av og registreres hos Decision Support Service (DSS), se punkt 8.6.3.6.

Forhold knyttet til en persons (mangel på) beslutningskompetanse, kan bringes inn for retten⁵¹², jf. lovens del 5. Dersom en person finnes å mangle beslutningskompetanse, kan retten selv fatte visse beslutninger på vegne av personen («decision-making order»), for eksempel vedrørende enkeltstående handlinger. Det er egne regler om «interim order» når det haster å fatte en beslutning. Retten kan også oppnevne en «decision-making representative» som skal fatte beslutninger på vegne av personen. Forutsetningen er at det ikke er tilstrekkelig med «co-decision-making» eller at personen ikke inngår avtale med en «co-decision-maker».

Retten beslutninger om manglende beslutningskompetanse skal automatisk prøves av retten med mellomrom på maksimalt et år, eller maksimalt tre år der det er usannsynlig at personen vil få tilbake beslutningskompetansen, jf. § 49. I tillegg kan den det gjelder, og andre dersom retten samtykker, når som helst be om en prøving av saken.

Det antas at det ofte vil være familie, venner eller andre nærstående som vil bli valgt/utnevnt også til «decision-making representative», men det skal opprettes et utvalg av personer som er egnet og villige til å påta seg slike oppdrag. Det er foreløpig ikke klart hvilke kvalifikasjoner

⁵¹²Circuit Court, med unntak av enkelte saker som skal behandles av High Court.

som eventuelt vil bli krevet eller hva slags opplæring eller veiledning som vil bli gitt personer i utvalget.

Loven har omfattende regler om hvem som ikke kan ha en rolle som «decision-making assistant», «co-decision-maker» eller «decision-making representative», hva som kan medføre at oppdraget fratas en person, og hva som er straffbart i forbindelse med oppdraget mv.

Videre har loven (del 7) regler om at en person som har beslutningskompetanse kan utpeke en eller flere angitt(e) person(er) til fremtidsfullmektig («enduring power of attorney») som skal ha fullmakt til å fatte beslutninger på vegne av personen hvis denne senere mister beslutningskompetansen på et område som omfattes av fullmakten.

8.6.3.4 Forhåndserklæringer om helsehjelp

Loven (del 8) har regler om forhåndserklæringer på helsefeltet («advance healthcare directives»). Slike erklæringer kan inneholde bestemmelser om hva slags helsehjelp man i framtiden ønsker eller ikke vil ha i nærmere angitte situasjoner, under forutsetning av at man selv da ikke har beslutningskompetanse i spørsmålet. I erklæringen kan det også utpekes en representant («designated healthcare representative») som skal ta stilling til spørsmål om helsehjelp på vegne av personen i slike situasjoner. Erklæringer som innebærer at personen nekter visse former for helsehjelp, er bindende dersom de er spesifikke nok med hensyn til hva slags behandling og situasjon det gjelder. Dette gjelder selv om mangelen på helsehjelp kan medføre døden. Forhåndserklæringer om hva slags helsehjelp man ønsker, er ikke bindende, men skal hensyntas, og helsepersonellet skal begrunne hvorfor ønsket eventuelt ikke følges.

Forhåndserklæringer om nektelse av helsehjelp vil ikke få gjennomslag i forhold til Mental Health Act (MHA) slik reglene nå er formulert.

Forhåndserklæringer kan ikke gjelde (nektelse av) «basic care», jf. § 85. Dette omfatter blant annet husly, bistand til oralt inntak av væske og næring, hygienetiltak mv. De andre delene av loven inneholder ikke særskilte regler om slik grunnleggende omsorg.

8.6.3.5 Tvang og makt

Det er ikke klart regulert i loven om tiltak, for eksempel helsehjelp, som er besluttet i henhold til de ulike ordningene kan gjennomføres selv om personen det gjelder motsetter seg det, og eventuelt med fysisk makt. I henhold til § 44 kan en «decision-making representative» [...] not do an act that is intended to restrain the relevant person unless there are exceptional emergency circumstances». Det er et vilkår for slike handlinger at person mangler beslutningskompetanse i spørsmålet, og at representanten «reasonable believes that it is necessary to do the act in order to prevent an imminent risk of serious harm» for personen eller andre. Inngrepet må være proporsjonalt med sannsynligheten for skade og alvorlighetsgraden. Det er angitt hva som kan utgjøre «to restrain» dersom representanten selv utfører slike handlinger eller gir andre adgang til å gjøre det, jf. § 44 sjettede ledd. Det omfatter blant annet fysisk makt for å gjennomføre noe personen motsetter seg, eller trussel om det. Det omfatter også begrensning av personens «liberty of voluntary movement and behaviour», uavhengig av motstand. Videre omfattes medisinerings for å påvirke personens atferd eller unngå motstand, og som ikke er nødvendig av medisinske grunner. Tilsvarende bestemmelser gjelder en fullmektig med «enduring power of attorney», jf. § 62. Bestemmelsene får ikke gjennomslag i forhold til Mental Health Act (MHA).

Assisted Decision-Making (Capacity) Act 2015 har noen særskilte regler om beslutninger som gjelder «life-sustaining treatment», og om beslutninger på vegne av gravide kvinner av hensyn til fosteret.

8.6.3.6 *Decision Support Service (DSS) mv.*

Decision Support Service (DSS) har meget omfattende oppgaver knyttet til gjennomføringen av den nye loven. DSS skal utarbeide/godkjenne en rekke «Codes of practice» til loven etter forslag fra ekspertgrupper, og sørge for annen informasjon om loven til mange berørte grupper. DSS skal også sørge for et utvalg av personer som kan utnevnes til «decision-making representative» eller andre roller angitt i loven. Videre skal DSS godkjenne og føre periodisk kontroll med avtaler om «co-decision-making», føre register over avtaler og avgjørelser om de ulike typer beslutningsordninger, veilede de som har roller i beslutningsprosesser, motta rapporter vedrørende oppdragene, behandle klager, føre tilsyn mv. Funksjonen som DSS er tillagt Mental Health Commission. Leder for DSS ble tilsatt høsten 2017, men det vil ta tid før DSS er operativ.

DSS kan benytte «special visitors» og «general visitors» i forbindelse med gjennomgang av og tilsyn med beslutningsordninger i medhold av loven mv., jf. § 99.

Når en sak om beslutningskompetanse behandles i retten, kan personen det gjelder få støtte fra en «court friend», dersom vedkommende ikke har advokat eller en annen støtteperson som kan bistå. DSS kan oppnevne en «court friend» dersom personen selv ikke velger en, jf. §§ 36 og 100. Personen vil i noen tilfeller også kunne kvalifisere for fri rettshjelp, men det er ikke automatikk i rettslig representasjon slik som i saker etter Mental Health Act (MHA). Rettsforhandlingene skal skje med minst mulig formaliteter, og dommerne og advokatene skal ikke bære parykker eller kapper, jf. § 36.

8.6.3.7 *Utgifter*

Utgifter som påløper i forbindelse med de ulike beslutningsordningene skal dekkes av midlene til den som har behov for hjelpen. Det samme gjelder i utgangspunktet honorar der det er aktuelt, i første rekke til «decision-making representatives» som utfører oppdraget som en del av sin yrkesaktivitet.

8.6.3.8 *Forslag til nye regler om frihetsberøvelse*

Det er foreslått en ny del 13 i Assisted Decision-Making (Capacity) Act 2015 (ADMA) om frihetsberøvelse av personer i «residential centres for persons with disabilities, nursing homes and some mental health facilities» når det er grunn til å tro at personen mangler beslutningskompetanse i spørsmålet om å bo der. Utkastet gjelder flytting til eller tilbakehold i slike institusjoner hvis personen er eller vil være «under continuous supervision and control» og ikke er eller vil være fri til å forlate stedet. Etter utkastet må saken behandles i retten etter reglene i ADMA med mindre personen allerede har en representant («decision-making representative» eller fullmektig med «enduring power of attorney») med myndighet til å fatte beslutning i spørsmålet, og vedkommende fatter slik beslutning. Det er foreslått en forenklet prosedyre i hastetilfeller. I psykiatrisk institusjon vil reglene for tvangsinnleggelse/-tilbakehold etter Mental Health Act (MHA) komme til anvendelse, jf. punkt 8.6.2. I utkastet foreslås også forbud mot «chemical restraint» og en bestemmelse om at bruk av tvangsmidler skal begrenses til «exceptional circumstances» og da anvendes i samsvar med forskrift.⁵¹³ Det er usikkert når det eventuelt vedtas regler på dette feltet.

⁵¹³Department of Health, 2017a, og Department of Health, 2017b. Sendt på høring desember 2017 med høringsfrist 9. mars 2018.

9 Omfang av bruk av tvang og klagesaker mv.

9.1 Innledning

I dette kapitlet gjøres det rede for tilgjengelige tall om omfanget av og klager på tvangsbruk i helse- og omsorgssektoren. Tallene blir presentert separat for hvert av de fire regelsettene som faller inn under utvalgets mandat. Det er i tillegg et eget punkt om omfanget av bruk av tvang mot barn.

Pasient- og brukerombudene har liten befatning med saker om bruk av tvang i helse- og omsorgstjenesten. Ombudenes erfaringer omtales derfor ikke. Sivilombudsmannen behandler også klager på bruk av tvang i helse- og omsorgssektoren, men de publiserer ikke tall på hvor mange saker det dreier seg om.

Utvalget viser til at det har vært reist kritikk mot manglende oversikt over tvangsbruken, særlig innen psykisk helsevern, og at det de siste årene har blitt iverksatt tiltak for å gi et mer fullstendig tallmateriale og bedre oversikt nasjonalt.⁵¹⁴

Utvalget viser også til at kommunene er pålagt å registrere bruk av tvang i helse- og omsorgstjenesten.⁵¹⁵ Norges institusjon for menneskerettigheter har imidlertid i sin temarapport om eldres menneskerettigheter påvist at bare halyparten av kommunene registrerer tvangsbruken sin.⁵¹⁶ Utvalget har ikke tallmateriale fra kommunene.

Formålet med dette kapitlet er å gi en oversikt over tvangsbruken og klager på tvangsbruk. Tallene viser at det brukes mest tvang i psykisk helsevern. Erfaring med regelsettene er omtalt i kapittel 6.

9.2 Psykisk helsevern

9.2.1 Innledning

Psykisk helsevernloven er omtalt i punkt 5.5. Kontrollkommisjonenes og fylkesmennenes roller som klageinstanser er også omtalt i punkt 28.2.

I 2017 fikk over 150 000 personer helsehjelp i psykisk helsevern for voksne.⁵¹⁷ Seks av ti pasienter var kvinner. Der ikke annet er oppgitt er tallene og vurderingene som er gjengitt nedenfor hentet fra rapporter som er utgitt av Helsedirektoratet.⁵¹⁸

⁵¹⁴Helsedirektoratet, IS-2812

⁵¹⁵Forskrift 17. februar 2006 nr. 204

⁵¹⁶Norges institusjon for menneskerettigheter, 2019

⁵¹⁷Helsedirektoratet, IS-2709

⁵¹⁸Helsedirektoratet, IS-2803 og IS-2812

9.2.2 Tvungent psykisk helsevern og tvungen observasjon

Tvungent psykisk helsevern (§ 3-3) og tvungen observasjon (§ 3-2) etableres nesten alltid ved tvangsinnleggelse i institusjon. I 2017 ble 5 500 pasienter tvangsinnlagt til sammen 7 700 ganger. For aldersgruppen 16 år og eldre gir dette en rate på 179 tvangsinnleggelser per 100 000 innbyggere. Raten er høyere for menn enn for kvinner og avtar med alder.

I 2017 ble *tvungent psykisk helsevern* med eller uten døgnopphold etablert for 4 600 pasienter. Antall pasienter som var underlagt tvungent psykisk helsevern uten døgnopphold og behandling uten eget samtykke ble redusert fra 2016 til 2017 og det tvungne vernet ble avsluttet ved utskrivning for en større andel av døgnoppholdene i 2017 enn i 2016. Helsedirektoratet antar at reduksjonen hadde sammenheng med at vilkårene for bruk av tvang ble skjerpet ved lovendringene som trådte i kraft 1. september 2017. Utviklingen per 2. kvartal 2018 viste imidlertid at nedgangen i antall tvangsinnleggelser ikke vedvarte.

I regionene der tvangsinnleggingsraten ble redusert, økte den gjennomsnittlige (median) varigheten på innleggelsen. Ifølge Helsedirektoratet indikerte det at reduksjonen i antallet tvangsinnleggelser var knyttet til innleggelser med kort varighet. I de øvrige regionene kunne det ifølge direktoratet, se ut til at reduksjonen i varigheten på innleggelsen var knyttet til økt terskel for gjeninnleggelser på tvang.

Ved to av tre tvangsinnleggelser i 2017 var pasienten underlagt tvungent psykisk helsevern med døgnopphold i hele eller deler av perioden. Den siste tredjedelen gjaldt tvungen observasjon der vilkårene for tvungent psykisk helsevern ikke ble vurdert å være oppfylt etter endt observasjonsperiode. Fordelingen endret seg lite i perioden 2013–2017.

Begrunnelsen for tvungent psykisk helsevern endret seg ikke vesentlig fra 2016 til 2017. Behandlingsvilkåret oppgis som eneste tilleggsvilkår for 75 prosent av tvangsinnleggelserne under tvungent psykisk helsevern i både 2016 og 2017.

I 2017 var den gjennomsnittlige pasientraten for tvungent psykisk helsevern uten døgnopphold 55 per 100 000 innbyggere i aldersgruppen 16 år og eldre.

Om lag en tredjedel av innleggelserne i 2017 gjaldt bare *tvungen observasjon*. Halvparten av innleggelserne gjaldt tvungent psykisk helsevern uten forutgående observasjonsperiode og ved 15 prosent av innleggelserne ble pasienten underlagt tvungent psykisk helsevern i etterkant av observasjonsperioden. Fordelingen har vært stabil de siste fem årene.

Den regionale raten for tvangsinnleggelser var gjennom hele perioden 2013–2017 høyere enn landsgjennomsnittet i regionene Nord og Vest og lavere enn landsgjennomsnittet i regionene Sør-Øst og Midt-Norge. Raten ble imidlertid i den samme perioden redusert i Vest og Nord slik at forskjellene mellom regionene var mindre i 2017 enn i 2013. I 2017 var den regionale raten for tvungent psykisk helsevern uten døgnopphold høyere enn landsgjennomsnittet i Sør-Øst og Vest.

I 2017 utførte kontrollkommisjonene 3 877 dokumentkontroller av vedtak om tvungen observasjon og 3 565 dokumentkontroller av vedtak om tvungent psykisk helsevern, jf. psykisk helsevernloven § 3-8 første ledd. I perioden 2013 til 2017 var det en vekst i antallet dokumentkontroller av vedtak om tvungen observasjon. Den sterke veksten fra 2013 ble noe reversert i 2017. Utfallet av kontrollkommisjonenes kontroller var i de aller fleste tilfellene at vernet ble opprettholdt (99 prosent av vedtakene om tvungen observasjon og 98 prosent av vedtakene om tvungent psykisk helsevern). Ifølge Helsedirektoratet var det relativt godt samsvar mellom utvikling i antall dokumentkontroller av tvungen observasjon og antall innleggelser med vedtak om tvungen observasjon. Antallet kontroller knyttet til etablering av tvungent psykisk helsevern ble i den samme perioden noe redusert, i hovedsak i det siste året.

Kontrollkommisjonene gjennomførte klart færre kontroller av at vilkårene for å bruke tvang fortsatt var oppfylt etter tre måneder, jf. § 3-8 andre ledd. Ifølge Helsedirektoratet indikerte dette at færre var innlagt på tvang over lang tid.

Det totale antallet tremånederskontroller ble klart redusert de siste fem årene. Reduksjonen var spesielt stor fra 2016 til 2017. Antallet vedtak gikk ned med over 20 prosent både for kontroller for innlagte pasienter (tvang med døgnopphold) og pasienter med vedtak om tvang uten døgnopphold. Kontrollkommisjonene opprettholdt det tvungne vernet i 97 prosent av tremånederskontrollene og ved 94 prosent av årskontrollene.

Kontroller av tvungent vern ut over ett år økte fra 2013 for så å bli betydelig redusert fra 2016 til 2017. I 2016 ble 1790 søknader om årsforlengelse behandlet av kontrollkommisjonene. Tallet falt til 1436 i 2017 – en nedgang på 20 prosent. Foreløpige tall utvalget har innhentet fra Helsedirektoratet for 2018 basert på rapporter fra kontrollkommisjonene, indikerer en fortsatt markant nedgang. Prognosen er at det ble fremmet 1201 søknader i 2018, noe som utgjør et ytterligere fall på 16 prosent fra 2017. For utvalget framstår det som åpenbart at det her er virkningene av vilkåret om manglende beslutningskompetanse som kommer til syne. Det var nettopp for denne vedtakskategorien den største effekten var forventet.

Oppsummert mener Helsedirektoratet at man kan si at veksten i omfanget av kontroller av tvungent vern over tre måneder og over ett år ble reversert i 2017. Samtidig består langtidsvernet i langt større grad av tvungent vern uten døgnopphold.

I 2017 ble det satt fram 2 172 klager på vedtak om *tvungent psykisk helsevern* og 291 klager på vedtak om *tvungen observasjon*. Det har vært en liten vekst i antall klager de siste årene. Klagen blir i hovedsak ikke tatt til følge. Kontrollkommisjonene ga klagerne medhold i 13 prosent av klagen som ble realitetsbehandlet. Over en tredjedel av klagen som settes fram trekkes før endelig behandling i kontrollkommisjonene.

I 2018 ble det tatt ut 260 søksmål. Antallet rettssaker om psykisk helsevern (tvangsinnleggelser) utgjorde 263, det høyeste tallet Regjeringsadvokaten har sett.⁵¹⁹ En vesentlig andel av søksmålene faller bort før hovedforhandling fordi pasienten utskrives fra tvungent psykisk helsevern.

9.2.3 Behandling uten eget samtykke

I 2017 ble det truffet minst ett vedtak om behandling uten samtykke for nærmere 1 800 pasienter (§ 4-4). Dette tilsvarer om lag 40 prosent av dem som var under tvungent psykisk helsevern. Vedtakene gjelder nesten utelukkende tvungen medikamentell behandling. Vedtak om tvungen ernæring ble rapportert for 70 pasienter i 2017. Fylkesmennene behandlet 1 202 klager etter psykisk helsevernloven.

Andelen pasienter i tvungent psykisk helsevern med vedtak om tvungen behandling varierer mellom regionene og er lavest for region Vest.

9.2.4 Tvangsmidler og skjerming

Det ble fattet ett eller flere vedtak om bruk av tvangsmidler (§ 4-8), for nærmere 2 200 pasienter i psykisk helsevern i 2017.

⁵¹⁹Regjeringsadvokaten, 2019, s. 8

Omtrent halvparten av vedtakene gjaldt *kortvarig fastholding*. Det var en betydelig vekst i registrert kortvarig fastholdning fra 2015 til 2017, fra under 4 000 til nesten 8 000. Helsedirektoratet opplyser at de ikke vet om økningen skyldes reell vekst eller økt registrering.

I 2017 ble det fattet vedtak om *skjerming* (§ 4-3) for til sammen 2 500 pasienter. Skjermingsraten er høyere for menn enn for kvinner. Dette gjelder særlig for aldersgruppen under 40 år.

Med forbehold om at tallene fra de ulike datakildene er sammenlignbare, tyder utviklingen i perioden 2001–2017 ifølge Helsedirektoratet, på en økning i det totale antallet pasienter med vedtak om bruk av tvangsmiddel og skjerming. Det har samtidig skjedd en forskyvning fra farmakologiske og mekaniske tvangsmidler mot bruk av skjerming, isolasjon og kortvarig fastholding. Dette gjelder både for menn og kvinner.

Pasientraten for både tvangsmidler og skjerming var i perioden 2015–2017 høyere for region Vest enn for de andre regionene. Det gjelder for alle tvangsmidlene unntatt kortvarig fastholding.

Det fremmes få klager til kontrollkommisjonene på vedtak som fattes under gjennomføringen av et tvangsvedtak. I 2017 fikk kontrollkommisjonene inn 239 klager på bruk av *skjerming*. Av disse fikk 16 medhold. De fikk inn 84 klager på bruk av *mekaniske tvangsmidler*. Av disse fikk 9 medhold. Kommisjonene mottok i tillegg 19 klager på *bruk av korttidsvirkende legemidler*. Av disse fikk to medhold. Kommisjonene mottok også 35 klager på kortvarig fastholding, hvorav 6 klagere fikk medhold og 121 klager på vedtak om *innskrenket forbindelse med omverdenen*.

9.2.5 Effekt av kontrollkommisjonenes arbeid

Hvert år publiseres det en oversikt over tvangsvedtak i psykisk helsevern samt oversikt over klager på tvangsvedtak og kontrollkommisjonenes behandling av disse klagene. Dataene er brutt ned på 17 forskjellige geografiske områder som stort sett følger helseforetakområdene. I hver rapport publiseres «årets tall» for disse områdene samt historiske data for de fire helseregionene.

Et spørsmål er om det er mulig å lese noe om «effekten» av kontrollkommisjonenes arbeid ut fra disse rapportene. For eksempel hvordan vil antall klager påvirke andelen som får medhold i kontrollkommisjonen, eller vil mange klager et år medføre færre klager året etter?

Rapportene gir ikke noe entydig bilde på dette. Helse Vest og Helse Nord har en jevn nedgang i antall tvangsvedtak per 100 000 innbygger, fra relativ høye tall i 2009 og 2010 til under landsgjennomsnittet i 2016. Helse Midt-Norge har en tilsvarende nedgang, men fra et utgangspunkt som ligger under landsgjennomsnittet. Ser vi på utviklingen i de enkelte 17 geografiske områdene er bildet at variasjonene over tid er enda mindre.

Videre viser rapportene at antall klager også er ganske stabil over tid og at det er en viss sammenheng mellom de områdene som har mange klager per 100 000 innbygger og antall vedtak per 100 000 innbygger.

Når det gjelder andel av klagene som er trukket, avvist, avslått eller har fått medhold, er det kun mindre variasjon i perioden 2013–2016. Konklusjonen på spørsmålet om det er noen «effekt» av kontrollkommisjonens arbeid er derfor at disse tallene ikke gir noe svar på det, eventuelt at det har vært små eller ingen endringer i kontrollkommisjonenes arbeid i denne tidsperioden og derfor kun tilfeldige endringer i antall klager.

9.3 Tvang overfor rusmiddelavhengige

9.3.1 Innledning

Helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 10 regulerer tvangsinnleggelse og tvungent tilbake av personer med rusproblemer, se omtale i punkt 5.6. Fylkesnemndenes rolle er også omtalt i punkt 28.2.

I 2017 ble i overkant av 33 000 personer behandlet i tverrfaglig spesialisert behandling for rusmiddelavhengighet (TSB)⁵²⁰. Om lag to tredjedeler av pasientene var menn.

Der ikke annet er oppgitt kommer tallene som gjengis nedenfor, fra Sentralenheten for fylkesnemndene for barnevern og sosiale saker.

Utvalget har fått opplyst at det ikke finnes offisielle tall om bruk av tilbakehold i institusjon på grunnlag av eget samtykke etter helse- og omsorgstjenesteloven § 10-4. Pasienter som er innlagt uten eget samtykke, utgjør en veldig liten andel av alle innleggelser i rusbehandlingsinstitusjonene, anslagsvis to prosent.⁵²¹

9.3.2 Tilbakehold i institusjon uten eget samtykke av hensyn til personen selv

Helse- og omsorgstjenesteloven § 10-2 regulerer inntak og tilbakehold av hensyn til personen selv. I 2018 behandlet fylkesnemndslederne 116 *midlertidige* vedtak og 14 klager på midlertidige vedtak om tilbakehold av rusmiddelavhengige av hensyn til personen selv. Ingen vedtak i klagesaker over midlertidige vedtak ble brakt inn for tingretten.

I 2017 behandlet fylkesnemndslederne 97 midlertidige vedtak og 11 klager på midlertidige vedtak. Fire vedtak ble brakt inn for tingretten. De tilsvarende tallene for 2016 var 137, 7 og 1.

I 2018 fattet fylkesnemndene 119 *ordinære* vedtak. 15 av dem ble brakt inn for tingretten. De tilsvarende tallene for 2017 var 121 og 19. De tilsvarende tallene for 2016 var 145 og 13.

Sentralenheten for fylkesnemndene for barnevern og sosiale saker har opplyst at de ikke har oversikt over utfallet av sakene i domstolene.

Det ble altså fattet noe flere midlertidige enn ordinære vedtak (116 mot 110) i 2018.

Tallene for det enkelte år gjelder *vedtak* som ble fattet av fylkesnemndene det året. Det kan være fattet flere vedtak for samme person. Tallene omfatter også saker som startet med midlertidig vedtak, men hvor nemnda senere har fattet ordinært vedtak.

Kommunene fikk i 2018 medhold i så og si alle sakene som ble behandlet i fylkesnemnda (97 prosent av de ordinære vedtakene og 97 prosent av de midlertidige vedtakene).

En betydelig andel av de personene tvangssakene retter seg mot, samtykker til innleggelsen når saken behandles i nemnda. Dette gjelder både personer som allerede er tvangsinnlagt etter midlertidig vedtak, og andre. For perioden 1996 til 2008 gjaldt det 46 prosent av sakene.⁵²²

⁵²⁰Helsedirektoratet, IS-2709

⁵²¹Syse, 2016, s. 417

⁵²²Uni Research, 2010

Tall fra den samme perioden viste at om lag halvparten av de tvangsinnlagte var kvinner, noe som innebærer en overrepresentasjon ut fra kunnskapen om rusmiddelbruk blant kvinner og menn.⁵²³ Reglene i helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 10 er nøytrale med hensyn til type rusmiddel, men i tvangssakene var det en stor overvekt av personer som er avhengige av narkotika, og særlig blant kvinnene.⁵²⁴

De tvangsinnlagte hadde relativt lav gjennomsnittsalder på 29 år. Gjennomsnittsalderen viste en variasjon etter type rusmiddelbruk fra 41 år blant alkoholavhengige til 26 år blant narkotikaavhengige og 31 år ved blandingsmisbruk.⁵²⁵ Tallene viste også at det var geografiske variasjoner i kjønnsfordeling, alder og type rusmiddelbruk.⁵²⁶

Reglene i helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 10 er nøytrale med hensyn til type rusmiddel, men i tvangssakene er det en stor overvekt av personer som er avhengige av narkotika, og særlig blant kvinnene.⁵²⁷

Helsedirektoratet har opplyst at de antar at det ikke har skjedd store endringer siden 2010, men at man bør være forsiktig med å benytte disse tallene for å beskrive dagens situasjon.

Utvalget har fått inntrykk av at det i praksis ikke er uvanlig at institusjonen skriver personen ut før vedtaket utløper.

9.3.3 Tilbakeholdelse av gravide rusmiddelavhengige

Helse- og omsorgstjenesteloven § 10-3 regulerer inntak og tilbakehold av gravide av hensyn til fosteret. I 2018 behandlet fylkesnemndslederne 23 *midlertidige* vedtak og 2 klager på midlertidige vedtak. Ingen av vedtakene ble brakt inn for tingretten.

I 2017 behandlet fylkesnemndslederne 34 midlertidige vedtak og 6 klager på midlertidige vedtak. To vedtak ble brakt inn for tingretten. De tilsvarende tallene for 2016 var 34, 9 og ingen.

I 2018 fattet fylkesnemndene 11 *ordinære* vedtak. Ingen av dem ble brakt inn for tingretten. De tilsvarende tallene for 2017 var 28 og 5. De tilsvarende tallene for 2016 var 17 og 5.

Sentralenheten for fylkesnemndene for barnevern og sosiale saker har opplyst at de ikke har oversikt over utfallet av sakene i domstolene.

Det fattes altså atskillig flere midlertidige enn ordinære vedtak for gravide.

⁵²³Uni Research, 2014 s. 82 flg.

⁵²⁴Uni Research, 2014 s. 86–87

⁵²⁵Uni Research, 2014 s. 82

⁵²⁶Uni Research, 2010 s. 82–90

⁵²⁷Lundeberg mfl., 2014 s. 79 flg.

Tallene for det enkelte år gjelder *vedtak* som ble fattet av fylkesnemndene det året. Det kan være fattet flere vedtak for samme person. Tallene omfatter også saker som startet med midlertidig vedtak, men hvor nemnda senere har fattet ordinært vedtak. Utvalget har ikke opplysninger om hvor mange av sakene dette gjelder, eller tall på hvor mange midlertidige vedtak som ikke blir fulgt opp med ordinær sak for nemnda.

Kommunene fikk i 2018 medhold i så og si sagt alle sakene (96 prosent av akuttvedtakene og 91 prosent av de ordinære vedtakene).

En rapport fra Kompetansesenter rus- region sør kartla 52 innleggelser av gravide rusmiddelavhengige som ble holdt tilbake på Borgestadklinikken uten eget samtykke og sammenlignet disse med 157 tilsvarende kartlegginger fra perioden 1996–2010.⁵²⁸ I perioden 2011 – 2014 var kvinnenes gjennomsnittsalder på innleggelsestidspunktet 28 år. Over halvparten av kvinnene oppga at de var gifte eller samboere. Kvinnenes rusmiddelmisbruk var preget av blandingsmisbruk. Antallet uker som gikk fra kvinnene selv visste at de var gravide til de ble innlagt sank gjennomsnittlig med ca. tre uker fra 1996–2005 til 2011–2014. Gjennomsnittlig lenge på svangerskapet ved innleggelse sank i den samme perioden fra 23,5 uker til 17,5 uker. Over 70 prosent av kvinnene som fullførte svangerskapet mens de var tvangsinnlagt fortsatte med frivillig behandling etter fødsel.

De fleste vedtakene syntes å gjelde for den tidsperioden loven maksimalt åpner for, det vil si hele den resterende tid av svangerskapet.⁵²⁹

9.4 Bruk av tvang og makt overfor personer med psykisk utviklingshemning

9.4.1 Innledning

Helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 om bruk av tvang mot psykisk utviklingshemmede er omtalt i punkt 5.7. Fylkesmannens og fylkesnemnda for barnevern og sosiale sakers rolle er omtalt i punkt 28.2.

Det finnes ikke sikre tall på hvor mange personer som har utviklingshemning i Norge. I 2018 rapporterte kommunene inn 19 488 personer med utviklingshemning over 16 år.

Tallene og vurderingene som gjengis nedenfor er hentet fra Statens helsetilsyns årsrapporter og informasjon fra Sentralenheten for fylkesnemndene.⁵³⁰

9.4.2 Bruk av tvang eller makt

I 2018 godkjente fylkesmannen 1 528 vedtak om bruk av makt eller tvang overfor personer med psykisk utviklingshemning. De tilsvarende tallene for 2017 og 2016 var henholdsvis 1 503 og 1 361.

⁵²⁸KoRus – Sør, 2015

⁵²⁹Lundeberg mfl., 2014 s. 69 og s. 104–105

⁵³⁰Statens helsetilsyn, 2017, 2018 og 2019

Utvalget legger til grunn at mange vedtak gjelder for et helt år og fornyes, ofte en rekke ganger.

I 2018 ble det meldt 23 907 beslutninger om skadeavvergende tiltak i enkeltstående nødssituasjoner (§ 9-5 tredje ledd bokstav a) overfor 1 357 personer mot 18 794 i 2017 og 16 603 i 2016.

Ved utgangen av 2018 var det 1 392 personer med godkjent vedtak om bruk av tvang, enten for å dekke grunnleggende behov eller for å avverge skade på seg selv eller omgivelsene eller begge deler (§ 9-5 tredje ledd bokstav b og c). Det er omtrent det samme som ved utgangen av 2017. 60 prosent av vedtakene gjaldt menn. I drøyt halvparten av vedtakene (57 prosent) var formålet å dekke grunnleggende behov (§ 9-5 tredje ledd bokstav c). I 24 prosent av vedtakene var formålet skadeavverging (§ 9-5 tredje ledd bokstav b) og 19 prosent av vedtakene hadde begge formålene.

Det er vanligvis svært få klager på denne typen vedtak om tvangsbruk. I 2018 ble det registrert 12 klager på beslutning om bruk av tvang i nødssituasjoner og overprøvde vedtak, mot 16 i 2017.

De vanligste tiltakene for å dekke grunnleggende behov var å hindre tilgang til vann eller eiendeler, å begrense tilgang til mat, drikke, nytelsesmidler og eiendeler, ha varslingssystem for utgang, låse dør/vindu, utføre tvangspleie (tannpuss, vask, dusj, negl- og hårklipp o.l.). Det vanligste skadeavvergende tiltaket var å holde, føre, nedlegge og skjerme.

Det går fram av årsrapporten for 2017 at antallet personer som ble utsatt for inngrep etter regelverket var vesentlig høyere enn det som var anslått i lovens forarbeider og at antallet vil fortsette å øke. Statens helsetilsyn ga uttrykk for bekymring over dette og varslet at de ville se nærmere på tiltak for å begrense økningen.

I 2018 gjennomførte fylkesmannen 229 stedlige tilsyn.

Det ble i 2018 søkt om dispensasjon fra utdanningskravet i 1 172 av de 1 528 godkjente vedtakene. De ble gitt 1 123 dispensasjoner. Antallet søknader lå på samme nivå som i 2017. Antallet som ble innvilget økte noe. I personalgruppene var det gjennomsnittlig 16 personer som skulle bidra ved gjennomføringen av godkjente tvangsvedtak. Det ble gjennomsnittlig søkt om dispensasjon for ni tjenesteytere. I gjennomsnitt ble åtte av ni søknader innvilget.

Det var betydelige forskjeller i saksbehandlingstid mellom fylkene. Hedmark overprøvde alle vedtak om bruk av tvang og makt innen tre måneder, Sør-Trøndelag og Vestfold overprøvde 98 prosent av vedtakene innen tre måneder mens Rogaland bare overprøvde 13 prosent av vedtakene innen tre måneder.

Fylkesnemndene for barnevern og sosiale saker behandler få klager på vedtak om bruk av tvang og makt. I 2018 behandlet fylkesnemndene tre saker. Kommunen fikk medhold i alle sakene. En av sakene ble brakt inn for tingretten. De tilsvarende tallene for 2017 var 3 klager hvorav kommunen fikk medhold 33 prosent og ingen ble overprøvd av tingretten. I 2016 var det 6 klager hvorav kommunen fikk medhold i 67 prosent og tre vedtak ble overprøvd av tingretten.

Sentralenheten for fylkesnemndene har opplyst at de ikke har oversikt over hvem som har satt fram klagen på kommunens vedtak. De har heller ikke oversikt over utfallet av sakene som bringes inn for domstolene.

9.5 Tvang overfor personer uten samtykkekompetanse som motsetter seg helsehjelpen

9.5.1 Innledning

Pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A regulerer bruk av tvang mot pasienter uten samtykkekompetanse som motsetter seg helsehjelp, er omtalt i punkt 5.8. Fylkesmannens rolle er også omtalt i punkt 28.2.

Tallene og vurderingene som presenteres nedenfor er hentet fra Statens helsetilsyns årsrapporter.⁵³¹ En del opplysninger er videre hentet fra en rapport fra Oxford Research som bygger på tallmateriale fram til 2012.⁵³²

Det framgår ikke hvor mange av vedtakene fylkesmannen mottar som gjelder fornying av vedtak om samme tiltak.

Utvalget har ikke funnet informasjon om fordelingen av vedtak mellom personer med demens, personer med psykisk utviklingshemning og personer som av andre grunner manglet samtykkekompetanse. Utvalget har heller ikke funnet informasjon om fordelingen mellom pasienter som bor hjemme og i institusjon.

9.5.2 Bruk av tvang

Det treffes flest vedtak i de kommunale helse- og omsorgstjenestene (72 prosent i 2012). Tannhelsetjenesten og spesialisthelsetjenesten fattet henholdsvis 13 og 11 prosent av vedtakene.

Det har vært en jevn økning av vedtak siden regelverket trådte i kraft i 2009. I 2018 mottok fylkesmennene 4 710 vedtak, mot 4 523 i 2017. Fylkesmennene gjennomgikk 4 386 vedtak om tvungen helsehjelp (§ 4A-8 første ledd), en økning på 2,6 prosent i forhold til 2017. Fylkesmannen opphevet eller endret 10 prosent av vedtakene i forbindelse med overprøving av vedtak ved innkommst og 18 prosent av vedtakene som ble vurdert ved kontrollen etter tre måneder. I 2017 gjennomgikk fylkesmennene 4 269 vedtak om tvungen helsehjelp. Det var en økning på ni prosent fra 2016.

Det er svært få klager på vedtak om tvungen helsehjelp. Antall mottatte klagesaker i 2018 var 13, det samme som i 2017. Statens helsetilsyn hadde ingen klager å fylkesmannens vedtak til behandling i 2018. De hyppigst anvendte tvangstiltakene var tilbakeholdelse i institusjon (29 prosent av vedtakene) og pleie (28 prosent av vedtakene).

I det utvalget av saker som ble nærmere undersøkt i Oxford Researchs evaluering i 2013, var det tolv saker hvor vedtaket ble påklaget til fylkesmannen av pasienten eller pårørende. I ti av sakene hadde pasienten påklaget vedtaket selv, i to saker var vedtaket påklaget av pasientens pårørende. I ni av sakene fant fylkesmannen at vilkårene for tvungen helsehjelp var oppfylt og vedtaket ble stadfestet. Den siste klagen ble trukket. De to øvrige vedtakene ble opphevet av

⁵³¹Statens helsetilsyn, 2017, 2018 og 2019

⁵³²Oxford Research, 2013

fylkesmannen. Det heter i evalueringsrapporten at de som klager ofte er pasienter med rusabstinenser og/eller psykiske lidelser og at dette er pasienter som tidligere har vært innlagt til tvungent psykisk helsevern og som derfor kjenner sine klagerettigheter.⁵³³

I årene 2009 til 2012 varte om lag av 60 prosent av vedtakene mer enn tre måneder. De fleste vedtak i spesialist- og tannhelsetjenesten hadde en varighet på inntil tre måneder, mens de fleste vedtak i kommunehelsetjenesten hadde en varighet ut over tre måneder.⁵³⁴

I 2012 ble gjaldt 55 prosent av vedtakene kvinner, og disse var i gjennomsnitt 75 år. Tilsvarende gjaldt 43 prosent av tvangsvedtakene menn og disse var i snitt 70 år.⁵³⁵

Svært få saker er brakt inn for retten, kun et titalls saker i hele perioden fra loven trådte i kraft i 2009. Staten har fått medhold i de fleste av sakene.⁵³⁶ I de sakene som er behandlet i domstolene, skyldtes den manglende samtykkekompetansen ofte psykisk lidelse, ikke demens eller psykisk utviklingshemning.

9.6 Barn

Regelverket om bruk av tvang generelt er omtalt i kapittel 5. Se også omtalen av særlige spørsmål som gjelder barn i kapittel 17.

I 2017 fikk i overkant av 57 000 pasienter, dvs. om lag fem prosent av befolkningen under 18 år, helsehjelp i psykisk helsevern for barn og unge. Av disse fikk 95 prosent av poliklinisk behandling. På nasjonalt nivå var 53 prosent av pasientene gutter. Det var relativt liten forskjell mellom regionene, og kjønnsfordelingen er stabil over tid.⁵³⁷

I 2017 gjaldt 145 *tvangsinnleggelser* i psykisk helsevern personer under 18 år.⁵³⁸

182 pasienter med vedtak om bruk av *tvangsmidler* var yngre enn 18 år. 28 prosent av vedtakene om holding gjaldt personer under 18 år.

I 2017 ble 44 vedtak om etablering av psykisk helsevern fattet med grunnlag i foreldresamtykke for barn som har fylt 12 år, men som barnet motsatte seg tiltaket bragt inn for kontrollkommisjonen. Barnet fikk ikke medhold i noen av sakene.

Statens helsetilsyn har opplyst at det i 2018 ble fattet 48 vedtak etter pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A mot personer mellom 16 og 18 år og fire vedtak mot personer under 16 år. 32 av vedtakene gjaldt gutter.

⁵³³Oxford Research, 2013, s. 55

⁵³⁴Oxford Research, 2013, s. 41–44

⁵³⁵Oxford Research, 2013, s. 34–35. For to prosent av vedtakene var kjønn ikke registrert

⁵³⁶Se nærmere om noen av sakene i Syse, 2015, s. 472.

⁵³⁷Helsedirektoratet, IS-2803, 2019

⁵³⁸Helsedirektoratet, IS-2803, 2019

Statens helsetilsyn har opplyst at fylkesmennene i 2018 overprøvde/gjennomgikk 124 vedtak mot 113 personer med psykisk utviklingshemning under 18 år. Det var flest vedtak om andre (enn mekanisk tvangsmiddel og inngripende varslingssystem) planlagte skadeavvergende tiltak (75). De fleste vedtakene gjaldt holding (52), føring (30) og grindseng/sengehest (19). Det ble i tillegg rapportert om 4 443 beslutninger om skadeavvergende tiltak for 279 personer under 18 år. De fleste beslutningene gjaldt holding (2 184), føring (434) og fastspenning (352).

Utvalget har ikke fått tall for bruk av tvang mot personer under 18 år med rusproblemer.

10 Kunnskap om virkninger og bivirkninger

10.1 Behandling av psykiske helseproblemer

10.1.1 Behandling med legemidler

10.1.1.1 Generelle synspunkter

Legemiddelbehandling med tvang kan i prinsippet gjennomføres med alle typer legemidler. I praksis gjelder nesten alle formelle vedtak om tvangsbehandling antipsykotiske midler etter som disse også finnes i injeksjonsform og dermed kan gis til pasienter som nekter å ta tabletter. Det er mulig å tvangsbehandle også med andre midler, men det skjer sjelden i praksis. Benzodiazepiner gis av og til ved tvang for å oppnå en raskt innsettende dempende effekt, men blir aldri brukt som tvangsbehandling over lang tid. Antidepressive midler og stemningsstabiliserende midler blir nesten aldri gitt som tvangsbehandling. Drøftingen her vil derfor konsentrere seg om antipsykotika, som også er den gruppen av psykofarmaka som det står størst strid om.

Behandlingen av schizofreni og andre langvarige, alvorlige psykiske lidelser bør bestå av en kombinasjon av psykososiale tiltak med vekt på kontinuitet, struktur og forutsigbarhet. Mange psykososiale behandlingsformer for pasienten og de pårørende har godt dokumentert effekt ved at de lindrer akutte episoder og bedrer langtidsforløpet. Kunnskapsformidlende samarbeid med pasienten og de pårørende, psykoterapi, sosial ferdighetstrening, arbeids- og utdanningsrettede tiltak, musikkterapi, psykologisk støtte, kunst- og uttrykksterapi, miljøterapi, recovery-orienterte og nettverksbaserte tiltak kan alle være til hjelp.

Medikamentell behandling kan dempe en rekke psykiske plager og gjøre forløpet bedre. Ved psykoser kan plagene være hallusinasjoner, der en kan se syner eller høre stemmer, eller vrangforestillinger, som er uriktige synspunkter som blir fastholdt med en visshet som ikke åpner for tvil, for eksempel om at en blir forfulgt eller trakassert. Også alvorlige stemningsavvik, som dyp depresjon eller oppstemthet, angst, søvnløshet, tankekaos og uro, kan lindres av medisiner.

Antipsykotika er de viktigste medikamentene i behandlingen av alvorlige sinnslidelser som schizofreni og andre psykoser. Alle antipsykotika hemmer signaloverføring mellom hjerneceller som skjer ved hjelp av dopamin. Antipsykotika har fem terapeutiske virkningskomponenter: uspesifikk sedativ virkning, spesifikk dempende virkning, antipsykotisk virkning, psyko-stimulerende og antidepressiv virkning.⁵³⁹

⁵³⁹Lingjærde og Aarre, 2016

10.1.1.2 Virkninger av antipsykotika

10.1.1.2.1 Antipsykotiske medikamenter

Den uspesifikke sedative virkningen ligner på trøtthet, svekket konsentrasjon og oppmerksomhet og avspenning som man også kan få av andre medikamenter. For antipsykotika er denne effekten ofte sterkest tidlig i behandlingen, og den kan forsvinne helt med tida. For noen vil økt trøtthet og søvnbehov vare i måneder eller år.

Den spesifikke dempende virkningen er typisk for antipsykotika. Den viser seg som et hypokinetisk-indifferent syndrom. Dette innebærer nedsatt spontan aktivitet, redusert driftsenergi, hemning av reaksjoner og økt likegyldighet overfor stimulering utenfra, men også når det gjelder tanker og følelser. Pasientene blir mindre urolige, opphissede og aggressive og blir mer likegyldige overfor følelsesladde stimuli. Dette skjer uten at pasienten blir utslått eller søvnig. Det er ingen tilvenning til den spesifikt dempende virkningen. Hvis pasienten blir tiltagende initiativ- og interesseløs, kan det tyde på overdosering. Økt likegyldighet, der man plages mindre av det som tidligere var plagsomt, kan være nyttig for å roe en person som er opphisset eller redd på grunn av psykotiske forestillinger.

Den antipsykotiske virkningen består i at medikamentene kan dempe eller fjerne hallusinasjoner, vrangforestillinger og tankeforstyrrelser. Denne virkningen kommer ofte langsomt og uten sammenheng med de dempende effektene. Ved akutte psykoser kan den antipsykotiske virkningen komme i løpet av få dager, men ved kroniske psykoser kan det gå uker eller måneder. Bedringen viser seg gjerne ved at pasienten blir mindre interessert eller opptatt av stemmene eller ideene, som mister sin emosjonelle ladning.

Den psykostimulerende virkningen av antipsykotika oppnår en gjerne hos pasienter preget av negative symptomer som apati, autisme, manglende spontanitet og kognitiv svikt. Antipsykotika kan altså ha en paradoksal effekt: både beroligende, psykisk avspennende og antipsykotisk virkning mot de positive symptomene, og på den annen side en stimulerende virkning på interesse for omgivelsene, arbeidsevne, kontaktevne og psykomotorisk tempo.

En antidepressiv virkning. Nyere antipsykotika kan ha gunstig effekt på depressive symptomer ved schizofreni. De kan også være nyttige som tillegg til antidepressiver ved psykotiske depresjoner eller depresjoner som er ledd i bipolare lidelser.

Kvalitative brukervurderinger tyder på at ønskede virkninger og bivirkninger kan være ulike aspekter og grader av de samme virkningene, for eksempel økt likegyldighet. Men midlene har også bivirkninger i betydningen effekter som er uønskede og lett kan skilles fra de tilskattede virkningene, for eksempel de motoriske og metabolske bivirkningene som er omtalt nedenfor.

10.1.1.2.2 Effekt ved akutte psykotiske symptomer

Antipsykotika demper positive symptomer (hallusinasjoner, vrangforestillinger, tankeforstyrrelser og kaotisk atferd) hos en del av pasientene. De har godt dokumentert effekt mot akutte manier og akutte psykoser ved schizofreni og andre psykoselidelser. I akuttbehandlingen er midlene klart mer effektive enn placebo, men i metaanalyser blir effekten vurdert som moderat. De moderate effekttallene skjuler en stor spredning i effekt, der noen har en iøynefallende positiv effekt, mens andre ikke har noen påviselig positiv virkning. Effekten av midlene er størst på de positive psykotiske symptomene og mer usikker når det gjelder depressive symptomer. Antipsykotiske midler kan neppe bedre negative symptomer som tilbaketrekning og følelsesmessig avflatning.

En oppsummering av forskning om effekt av antipsykotika ble utført av Kunnskapssenteret i 2009.⁵⁴⁰ Den sammenlignet effekten og bivirkningene av ulike antipsykotika, men sammenlignet ikke antipsykotika og placebo. Kunnskapssenteret fant få forskjeller i effekt mellom gamle og nye antipsykotiske midler eller nye antipsykotika imellom.

Rapporten bygde på seks systematiske oversikter, der Bagnall og medarbeideres rapport for National Institute for Health and Care Excellence (NICE) er den mest omfattende.⁵⁴¹ Kunnskapssenterets rapport viser at det er flere pasienter i medikamentgruppen som når et nærmere definert bedringsmål. Den absolutte forskjellen i risiko for ikke å nå bedringsmålet, er mellom 10 og 20 prosent. Antallet pasienter som må behandles for at en ekstra pasient skal oppnå bedring, er fra 5 til 10. Bivirkninger og frafall fra undersøkelsene er også et problem:

«Pasienter som behandles med antipsykotika er vist å ha stort frafall fra behandlingen.

Dette har vi også funnet i vår rapport. Størrelsen på frafall er rapportert opptil 93 prosent i de inkluderte studiene. Det er et problem at pasienter som trenger et legemiddel slutter å ta dette.»⁵⁴²

Det ble ikke funnet forskjeller i frafall mellom nye og gamle antipsykotika og heller ikke de nye imellom.

Senere har Leucht og medarbeidere⁵⁴³ gjennomført en samleanalyse av 38 placebokontrollerte studier av nyere antipsykotiske midler med til sammen 7323 pasienter. De fleste av studiene ble gjennomført av de farmasøytiske firmaene for å få midlene godkjent av legemiddelmyndigheter. Studiene varte fra 2 til 52 uker. Andelen pasienter som responderte var 41 prosent i antipsykotikagruppen og 24 prosent i placebogruppen. Forskjellen på 17 prosent tilsier at en må behandle seks pasienter for at en ekstra pasient skal oppleve bedring.

I en nylig publisert metaanalyse har Leucht og medarbeidere⁵⁴⁴ slått sammen funnene fra 167 dobbeltblinde, randomiserte studier med 28 102 deltakere, i hovedsak med kronisk schizofreni. Bare 23 prosent av dem som fikk antipsykotika, og 14 prosent av dem som fikk placebo, hadde god effekt. Dette tilsier at en må behandle over ti pasienter med antipsykotika for at en ekstra pasient skal oppleve god effekt. Forfatterne peker på at gamle studier viste bedre effekt enn nyere undersøkelser. Det er også en klar tendens til større bedring i placebogruppene i nye enn i eldre studier. Disse funnene må trolig forklares med forskjeller i forskningsmetoder og utvalg av pasienter.

Ved akutte manier som er ledd i en bipolar lidelse, er antipsykotiske midler omtrent like effektive som ved akutte psykotiske episoder. Noen midler i denne klassen kan også ha effekt ved depressive episoder som er ledd i bipolare lidelser. Sammenligninger av ulike preparater

⁵⁴⁰Nasjonalt kunnskapssenter for helsetjenesten, 2009, s. 4

⁵⁴¹Bagnall mfl., 2003, s. 1–193

⁵⁴²Pike mfl., 2009

⁵⁴³Leucht mfl., 2009

⁵⁴⁴Wolf mfl., 2017

viser at den positive effekten på gruppenivå er ganske lik. Det er studier som tyder på at klopazapin er noe mer effektivt enn de andre, men fare for beinmargspåvirkning gjør at middelet ikke skal brukes før andre midler har vært prøvd uten tilfredsstillende effekt. Det er større forskjeller mellom medikamentene når det gjelder bivirkninger enn effekt.

Noen av virkningene av antipsykotika er uspesifikke, slik at man ikke trenger å ha psykose for å merke virkninger av antipsykotiske midler. Antipsykotika kan for eksempel lindre angst og uro og bedre søvnen. De brukes derfor også av pasienter som ikke har psykotiske lidelser. Det er ikke uvanlig at midlene brukes av personer med angstlidelser, personlighetsforstyrrelser eller atferdsforstyrrelser ved demens eller psykisk utviklingshemning, selv om slik behandling kan være i strid med gjeldende retningslinjer.

10.1.1.2.3 Effekten av vedlikeholdsbehandling

Målet for *akuttbehandlingen* er vanligvis at pasienten blir tilnærmet symptomfri. *Vedlikeholdsbehandling* med antipsykotika har som mål å vedlikeholde bedringen og forhindre nye psykotiske episoder. Vedlikeholdsbehandling blir anbefalt i de nasjonale retningslinjene for behandling av psykoser. Etter en enkelt psykotisk episode anbefales behandling i minimum to år, og etter to episoder anbefales vedlikeholdsbehandling i opptil fem år.⁵⁴⁵ Det blir ikke vist til empirisk dokumentasjon for den siste anbefalingen, men retningslinjen sier at «Siden risikoen for tilbakefall er større hos de som har hatt tilbakefall enn hos pasienter uten tidligere tilbakefall, må varigheten være klart lengre enn hos pasienter med førstegangpsykose.»

Den langsiktige virkningen av antipsykotika er vanskelig å undersøke, og motstridende resultater gjør det vanskelig å konkludere sikkert om hvor stor effekten er. Mange studier har undersøkt om antipsykotika forhindrer tilbakefall hos mennesker som er stabilisert med antipsykotika. De fleste studiene som har undersøkt dette, har funnet at vedlikeholdsbehandling gir færre tilbakefall. Leucht m.fl.⁵⁴⁶ fant i sin samleanalyse av 65 studier med 6 493 pasienter at nyere antipsykotiske medikamenter reduserte tilbakefallsfaren fra 64 prosent i placebogruppen til 27 prosent. Forskjellen tilsier at en må behandle tre pasienter i ett år for å hindre ett tilbakefall. Leucht sin analyse svarer til funnene fra mange lignende studier. Ingen av studiene varte i mer enn tre år, de aller fleste bare ett til to år. Leucht presiserer derfor at vi ikke vet stort om den langvarige effekten av behandling med antipsykotiske midler.

Helt siden 1970-tallet har det imidlertid vært stilt spørsmål ved denne typen studier, der pasienter som har vært behandlet med antipsykotika blir tilfeldig fordelt til enten å avslutte eller fortsette behandlingen. En hypotese som har mye for seg, går ut på at langvarig bruk av antipsykotika fører til overfølsomhet for dopamin, slik at en lettere får psykotiske symptomer når behandlingen blir avsluttet.⁵⁴⁷ Dersom hypotesen er riktig, risikerer personer som har brukt antipsykotika i lang tid å få flere tilbakefall av psykose enn de ellers ville fått. Behandlingen øker i så fall sannsynligheten for det den skulle forhindre. Dersom pasienten blir påtvunget en behandling som gjør lidelsen verre, er det vanskelig å forsvare det etisk.

⁵⁴⁵Helsedirektoratet, 2013

⁵⁴⁶Leucht et al., 2012

⁵⁴⁷Chouinard og Jones, 1980

Hvor sterkt står denne hypotesen i dag? Utvalget merker seg at nestor i europeisk schizofreni-forskning, Sir Robin Murray, i en ny artikkel med tittelen «Mistakes I have made in my research career» nevner denne hypotesen som en av feilene under overskriften «En annen gammel ide som jeg så bort fra for lenge». Murray mener spørsmålet er av «vital importance» rent vitenskapelig – og det er minst like viktig i et juridisk og etisk perspektiv.⁵⁴⁸

En nyere studie må omtales separat fordi den var enestående i sitt slag og funnene var overraskende. Pasienter med første psykotiske episode ble behandlet med antipsykotika til de hadde kommet seg. Så ble de tilfeldig fordelt til enten å fortsette i 18 måneder med vanlig dose som vedlikeholdsbehandling eller til å redusere eller helt slutte med medisinen. Etter 18 måneder var det, som forventet, flest tilbakefall hos de som hadde brukt lite medisin i oppfølgingstiden. Men ved ny undersøkelse fem år senere, altså sju år etter studiestart, hadde tilbakefallene jevnet seg ut mellom gruppene. Interessant nok var det best resultat hos de som hadde brukt minst medisin når det gjaldt evnen til å fungere sosialt, bo selvstendig og være i utdanning eller arbeid.⁵⁴⁹ Studien tyder på at det i alle fall er noen personer med psykose som klarer seg med mindre medisin enn det som vanligvis blir anbefalt.

Ved bipolare lidelser er den forebyggende effekten svakere dokumentert, men noen antipsykotiske midler ser ut til å forebygge nye maniske eller depressive episoder.⁵⁵⁰ Dette gjenspeiles i de nasjonale retningslinjene for bipolare lidelser, som anbefaler enkelte antipsykotiske medikamenter i vedlikeholdsbehandlingen.⁵⁵¹

10.1.1.2.4 Sammenligninger av behandlingsresultater før og etter innføring av antipsykotika

Det finnes lite forskning på hvordan langtidsforløpet er ved schizofreni om man bruker antipsykotika i anbefalte døgndoser, i minimalt omfang eller ikke i det hele tatt. Langtidsforløpet før og etter innføring av medikamenter har blitt undersøkt i speilstudier og metaanalyser som sammenligner behandlingsresultatene fra behandlingsforskning i ulike tidsperioder. Funnene i slike undersøkelser er motstridende. En metaanalyse av Hegarty m.fl. fant at behandlingsresultatet ble en del bedre etter innføring av antipsykotika. Undersøkelser som hadde en streng definisjon av schizofreni, registrerte gjennomgående mindre bedring enn de som brukte en bredere definisjon.⁵⁵² Denne undersøkelsen ble lagt til grunn i den svenske nevroleptikautredningen fra 1997, som igjen var viktig for den norske schizofreni-veilederen fra Helsetilsynet fra 2000.⁵⁵³

⁵⁴⁸Murray, 2016

⁵⁴⁹Wunderink mfl., 2013

⁵⁵⁰Cipriani mfl., 2009 og Vieta mfl., 2011

⁵⁵¹Helsedirektoratet, IS-1925, 2012

⁵⁵²Hegarty mfl., 1994

⁵⁵³SBU rapport, 1997, nr. 133/1 og 133/2

En stor metaanalyse av Warner fant et annet resultat. Denne metaanalysen tydet på at behandlingsresultatet var dårligere i mellomkrigstiden, og at bedringen i behandlingsresultat kom fra perioden rett etter 2. verdenskrig, og ikke ved innføringen av antipsykotika i 1955.⁵⁵⁴ Forskjellene i resultater kan trolig delvis forklares av ulike utvalgsriterier.

Utskrivingsratene før og etter innføring av antipsykotika i Norge er blitt undersøkt basert på det daværende psykoseregisteret. Den største økningen i utskrivinger skjedde før antipsykotika ble introdusert. Da antipsykotika ble introdusert, hadde de psykiatriske sykehusene i Norge temmelig ulik utskrivingsrate. Ødegårds konklusjon er at antipsykotika først og fremst har positiv effekt der omgivelsene fra før av ikke er terapeutiske og innrettet mot rehabilitering.⁵⁵⁵ Også andre har vurdert at utskrivingsrater og deinstitutionalisering handler mer om hvorvidt det er mulig for mennesker med alvorlige psykiske lidelser å klare seg utenfor institusjon enn om hvilke konkrete behandlingstiltak som blir gitt.⁵⁵⁶ En mye sitert reanalyse av Wyatt, som gjennomgår 22 undersøkelser av behandlingseffekt før og etter innføring av antipsykotika og placebokontrollerte undersøkelser, trekker helt andre konklusjoner:

«Mens det er klart at noen pasienter blir friske uten nevroleptisk behandling, indikerer den samlede analysen av data som presenteres her at pasienter sannsynligvis blir raskere og mer varig friske hvis nevroleptiske midler blir gitt tidlig i sykdomsfasen».⁵⁵⁷ [utvalgets oversettelse]

En metaanalyse av Bola vurderte konklusjonene til Wyatt ved å se på randomiserte og kvasiekperimentelle undersøkelser som hadde registrert langsiktige konsekvenser av utsatt bruk av antipsykotika. Fem av sju inkluderte undersøkelser var også med i Wyatts reanalyse. Ingen undersøkelser av nyere antipsykotika oppfylte inklusjonskriteriene. De samlede resultatene viste en svært svak effekt i favør av personer som fikk utsatt antipsykotika, og ikke i favør av medikamentgruppen, slik Wyatt konkluderte. Det gikk vesentlig bedre i utsatte medikasjonsgrupper som ble gitt aktiv eller forbedret psykososial behandling, enn der dette ikke ble gitt.⁵⁵⁸

Alle studiene har svakheter, for eksempel at studiene spenner over tidsrom med forskjellige diagnosekriterier, at forskerne ikke vet hvordan det har gått med deltagere som falt fra undersøkelsene, og at de ikke har oversikt over hvilken behandling som ble gitt etter at den eksperimentelle kontrollen opphørte. Dessuten er det svært mange andre faktorer enn legemidler som påvirker langtidsforløpet ved alvorlige psykiske lidelser, og som det er vanskelig å kontrollere for i vitenskapelige studier.

Diskusjonen om de langsiktige effektene av behandling med antipsykotiske medikamenter har blusset opp i senere år. Det skyldes dels enkeltstudier, som den av Wunderink som er omtalt

⁵⁵⁴Warner, 2004, s. 78–79

⁵⁵⁵Ødegård, 1964, s. 772–778

⁵⁵⁶Sørgaard, 2002, s. 796–805

⁵⁵⁷Wyatt, 1991, s. 341

⁵⁵⁸Bola, 2006, s. 288–296

ovenfor. Men mest av alt skyldes det sterk kritikk fremmet mellom andre av vitenskapsjournalisten Robert Whitaker og forskeren Peter Götzsche. Götzsches kritikk er ensidig og unyansert og blir ikke omtalt videre her. Whitaker er mer nøktern. Han har analysert de studiene han har funnet som kan kaste lys over problemstillingen, og konkludert med at antipsykotisk medisin kan forverre forløpet av psykoser.⁵⁵⁹ Han mener også at om lag 40 prosent av pasientene vil være best tjent med ikke å ta medikamentene.⁵⁶⁰

Sohler og medarbeidere prøvde eksplisitt å motbevise denne påstanden i sin metaanalyse.⁵⁶¹ Konklusjonen var interessant: De fant ikke støtte for Whitakers påstand, men de fant på den andre siden heller ikke støtte for at det går bedre med pasienter som tar antipsykotika. I en fersk kommentarartikkel av framstående schizofreniforskere som Sir Robin Murray, Jim van Os og Merete Nordentoft blir det konkludert med at opptil 40 prosent av pasienter som kommer seg av en psykose, trolig vil ha det best uten antipsykotika eller med en svært liten dose.⁵⁶²

Utvalget er kjent med uvissheten om langtidseffektene av antipsykotika, og at forskningen blir tolket ulikt.⁵⁶³ Mange komiteer og arbeidsgrupper sammensatt av fremstående eksperter har laget anbefalinger og retningslinjer for behandling som legger til grunn at antipsykotika har en positiv og kanskje avgjørende plass i både kort- og langsiktig behandling.⁵⁶⁴ Spørsmålet om tvangsbehandling med legemidler blir drøftet i punkt 10.1.1.5 og 10.1.1.6.

10.1.1.2.5 Effekt av legemidler mot psykose hos personer med psykisk utviklingshemning

Noen personer har både psykose og psykisk utviklingshemning. Den medikamentelle behandlingen er vanskelig, ikke minst fordi antipsykotika kan forverre den kognitive funksjonen som på forhånd er nedsatt. Effekten av medikamentell behandling er dårlig undersøkt. I 2004 ble effekten oppsummert i en Cochraneanalyse som bare fant en eneste studie med fire pasienter, som de ikke kunne bruke til sine analyser.⁵⁶⁵ De peker på at det er et skrikende behov for forskning som kan veilede behandlingen av slike kompliserte problemstillinger. Ayub og kolleger kunne ikke finne noen studier som undersøkte effekten av klopapin (Leponex) hos

⁵⁵⁹Whitaker, 2016

⁵⁶⁰Whitaker, 2004

⁵⁶¹Sohler mfl., 2015

⁵⁶²Murray mfl., 2016

⁵⁶³Se f.eks. Kolstad og Kogstad, 2011

⁵⁶⁴SBU rapport , 1997, nr. 133/1 og 133/2

⁵⁶⁵Duggan, 2004

denne pasientgruppen.⁵⁶⁶ Utvalgets egne datamaskinassisterte litteratursøk har ikke påvist gode studier som kan kaste lys over problemstillingen.

10.1.1.2.6 Bruk av psykofarmaka i behandling av utfordrende atferd hos personer med psykisk utviklingshemning

Innledning

Utfordrende atferd hos mennesker med psykisk utviklingshemning er relativt vanlig og kan hos noen være en problemstilling livet ut. Begrepet «utfordrende» viser til at atferden er en utfordring for omgivelsene eller for pasienten selv. Omgivelsene kan ha et medansvar for at den oppstår. Utfordrende atferd kan skyldes forståelsesvansker, konteksten og vansker i samhandlingen med andre, men kroppslige plager, smerter og sykdom kan også gi seg utslag i utfordrende atferd. Tjenestene har et ansvar for å avdekke årsaker og å gjøre noe med den utfordrende atferden.

Det finnes mange typer utfordrende atferd, men den deles gjerne inn i fire hovedtyper:⁵⁶⁷

1. Selvskading, som det er svært mange varianter av. Viktige former er slag, skalling, kloring, biting, kutting og lugging.
2. Angrep, som det også finnes mange former for. De vanligste er slag, spark, biting, kloring og trusler.
3. Ødeleggelse av gjenstander. Det meste kan ødelegges, så her deles atferden oftest bare inn i om det er egne eller andres ting som ødelegges.
4. Annen utfordrende atferd. Viktige typer er skriking, grising (med mat, avføring og annet) og protester mot viktige gjøremål slik som tannstell og personlig hygiene.

Studier fra kommunale tjenestetilbud her i landet viser at rundt 10 prosent av personer med utviklingshemning som mottar kommunale tjenester, har en utfordrende atferd. Tar vi med mindre alvorlige atferdsmessige problemstillinger, er andelen opptil 50 prosent.⁵⁶⁸ I internasjonale studier varierer forekomsten fra 6 prosent til 14 prosent, og noen enda høyere.⁵⁶⁹ Årsaken til variasjonen er i hovedsak ulike definisjoner av hva som regnes som utfordrende atferd, men også kvaliteten på tjenestetilbudene spiller inn.

Sakene er ofte svært belastende både for pasienten og de kommunale tjenestene. Atferden kan være så vanskelig å håndtere for personalet at folk slutter eller får andre arbeidsoppgaver. I noen av disse tjenestene er det mange personalskader og høyt sykefravær som en følge av utfordringene personalet står i. Dette fører til lite kontinuitet og stabilitet i personalgruppene. Kravene om at noe må gjøres øker i styrke med den utfordrende atferden. Behandling med legemidler blir ofte et tema i slike tilfeller.

⁵⁶⁶Ayub, 2015

⁵⁶⁷Emerson og Bromley, 1995

⁵⁶⁸Holden, 2016

⁵⁶⁹Nøttestad og Revis, 2006

Psykofarmaka blir, på grunn av sin sederende effekt, ofte forskrevet til personer med psykisk utviklingshemning som har utfordrende atferd. Bygdnes & Kristiansen viser til norske studier som er utført i den kommunale omsorgen, der 37–54 prosent av personer med psykisk utviklingshemning blir behandlet med disse legemidlene.⁵⁷⁰ Utfordrende atferd blir oppgitt å være hovedårsaken til dette. Det kan tyde på at nesten samtlige personer med utfordrende atferd får psykofarmaka.

Angrep mot andre, ødeleggelser og annen utfordrende atferd

Bygdnes & Kristiansen gjennomførte en studie med hundre deltakere fra Kvæfjord kommune som tidligere hadde bodd i en sentralinstitusjon innen HVPU.⁵⁷¹ De fant at seks av åtte (75 prosent) med lett psykisk utviklingshemning, 12 av 34 (35 prosent) med moderat, 24 av 37 (65 prosent) med alvorlig og 11 av 21 (52 prosent) med dyp psykisk utviklingshemning brukte psykofarmaka. Det så ut til at slike medikamenter ofte var et førstevalg framfor andre behandlingsformer, og at bruken sjelden ble systematisk evaluert. Åtte deltakere hadde brukt antipsykotika i mer enn 20 år. 65 prosent av forskrivningene var gjort av primærlegen, 35 prosent av psykiater. Indikasjon på psykisk lidelse var henholdsvis 30 prosent og 87 prosent av tilfellene. Primærlegene foreskrev altså hyppigere antipsykotika enn spesialistene, men sjeldnere for psykiske lidelser. Konklusjonen deres var at personer med psykisk utviklingshemning har en uforsvarlig høy bruk av psykofarmaka. Utfordrende atferd er hovedårsaken til dette.

Forfatterne påpeker at det er sannsynlig at populasjonen i denne studien hadde større grad av funksjonshemning i form av kognitiv svikt, somatiske og psykiske lidelser og utfordrende atferd enn det man ser i gruppen av personer med utviklingshemning som helhet. Særlig gjelder dette gruppen med lett psykisk utviklingshemning, som sjelden ble plassert på institusjon uten slike tilleggsvansker.

Studier fra andre deler av Norge bekrefter at bruken av psykofarmaka er utbredt. Nøttestad og Revis undersøkte forekomsten av atferdsproblemer, psykiske lidelser, bruk av psykofarmaka og de formene for tvang tjenestemottakere ble utsatt for i 12 kommuner i Sør-Trøndelag.⁵⁷² Tvangsbruken var hjemlet i et godkjent vedtak i medhold av kapittel 9 i helse- og omsorgstjenesteloven. De fant at 70 prosent har brukt psykofarmaka, og at antipsykotiske midler ble foreskrevet til halvparten av utvalget. De fant ikke noe samsvar mellom bruk av psykofarmaka og psykiatriske diagnoser. Det manglende samsvaret mellom bruken av psykofarmaka og psykiske lidelser kan skyldes at det er vanskelig å diagnostisere psykiske lidelser blant mennesker med psykisk utviklingshemning, og at en spesialistundersøkelse ofte fører til endringer i diagnosene.⁵⁷³ Forfatterne mener at psykofarmaka sannsynligvis brukes for å kontrollere atferdsproblemer, og at denne praksisen er på grensen til det faglig uforsvarlige.

⁵⁷⁰Bygdnes og Kristiansen, 2007

⁵⁷¹Bygdnes og Kristiansen, 2007

⁵⁷²Nøttestad og Revis, 2006

⁵⁷³Skullerud, 2000; Nøttestad og Linaker, 2003

Holden og Gitlesen fant at 37 prosent av tjenestemottakere i Hedmark som mottok kommunale tjenester på grunn av sin psykiske utviklingshemning, brukte psykofarmaka.⁵⁷⁴ Nesten 10 prosent brukte to medikamenter. De vanligste medikamentene var tradisjonelle antipsykotiske midler (Haldol, Nozinan, Cisordinol), som ble brukt av ca. 20 prosent, fulgt av nyere antipsykotiske midler (Risperdal, Zyprexa) hos 12 prosent. Under fjerdedelen av antipsykotiske medikamenter var gitt på indikasjonen psykose. Andre vanlige medikamenter var nyere antidepressiver (som Cipramil og Zoloft) hos 9 prosent. 2 prosent brukte trisykliske antidepressiver, og 5 prosent brukte antiepileptika (som Tegretol og Orfiril). Mindre enn 2 prosent brukte stemningsstabiliserende, angstdempende og stimulerende medikamenter.

Særlig om selvskading

Selvskading kan ha mange årsaker. I faglitteraturen finnes det en rekke forskjellige og til dels motstridende hypoteser om hva selvskading hos personer med utviklingshemning skyldes. Problemet er dårlig forstått, og årsakene kan være svært individuelle.

Selvskading kan være lært og funksjonell atferd, en form for kommunikasjon, resultatet av nevrokjemisk ubalanse, et symptom på organisk sykdom, et symptom på fysisk ubehag og et symptom på psykiske plager, som depresjon, mani, fobi, psykose, tvangslidelse eller posttraumatisk stressforstyrrelse. Noen forstår også selvskadingen som et resultat av sorg eller traumer, eller som respons på sensorisk overfølsomhet.⁵⁷⁵ Selvskading kan også ha en selvstimulerende funksjon.⁵⁷⁶

Atferdsanalyse er den best dokumenterte metoden i behandling av selvskading.⁵⁷⁷ Det finnes flere læringsorienterte tiltak alt ettersom hvilken funksjon selvskadingen antas å ha. Det er alltid nødvendig å tilrettelegge omgivelsene i bred forstand, slik at personens forutsetninger strekker til og tjenesteyterne sørger for nødvendig hjelp når det trengs.

Det gjenstår som regel en del selvskadende atferd selv etter vellykket behandling og et godt tilrettelagt tjenestetilbud. Den forsvinner sjelden helt. Særlig gjelder dette hos enkelte personer med psykisk utviklingshemning hvor selvskadingen har nevrologiske årsaker. Prognosen for bedring i denne gruppen er dårlig. Det er særlig i denne gruppen man får behov for mekaniske tvangsmidler.

Til tross for framskritt i personsentrert omsorg og atferdsendrende behandlingsformer, står man altså i noen tilfeller nokså maktesløs overfor selvskading. Dermed blir ofte spørsmålet om psykofarmaka kan bidra til å redusere selvskading. I den kliniske hverdagen blir det ofte gjort forsøk med ulike typer psykofarmaka, som angstdempende, antipsykotiske og stemningsstabiliserende medikamenter, men ingen av preparatene har selvskading som godkjent indikasjon.

⁵⁷⁴Holden og Gitlesen, 2004

⁵⁷⁵Hillery, 2007

⁵⁷⁶Emerson og Bromley, 1995

⁵⁷⁷Joneset mfl., 2007

Virkninger av psykofarmaka ved utfordrende atferd

Utvalget har gjennomført mange datamaskinassisterte litteratursøk for å finne vitenskapelige undersøkelser på dette feltet. Vi fant få aktuelle artikler. Konklusjonen vår blir dermed at det er gjennomgående svak evidens for effekten av psykofarmaka på utfordrende atferd hos personer med utviklingshemning. Studiene som finnes har stort sett få deltakere, og de fleste studiene mangler placebokontroll. Dermed blir det svært vanskelig å vurdere årsakssammenhengen mellom medikamentell behandling og eventuelle bedringer.

Matson og medarbeidere gikk gjennom forskningen på 1990-tallet.⁵⁷⁸ Deres konklusjon er at psykofarmaka blir gitt for å dempe forskjellig atferd, og de beskriver det som kjemisk tvang (chemical restraint). De peker også på at studiekvaliteten er lav.

En metaanalyse publisert i Cochranebiblioteket oppsummerte resultatene fra studiene som fantes den gangen. De fant ni randomiserte, kontrollerte studier av antipsykotiske midler. Konklusjonen er at studiene var metodologisk svake og ikke ga evidens hverken for nytte eller skade av medikamentene for voksne personer med utviklingshemning og utfordrende atferd.⁵⁷⁹ Forfatterne spør seg om det er etisk forsvarlig å utsette sårbare pasienter for disse kraftfulle medikamentene uten at det er en del av en vitenskapelig studie.

Senere har det blitt gjennomført en del studier med de nye antipsykotiske midlene. Aripiprazol (Abilify) i behandlingen av problematferd hos personer med utviklingshemning eller autismedforstyrrelser er undersøkt i over 20 studier. Deb og medarbeidere gir en oversikt over disse studiene, som gjennomgående har lav kvalitet.⁵⁸⁰ De fant bare to randomiserte, kontrollerte studier gjennomført av fabrikanten, og de lurte på om noen av pasientene går igjen i de to studiene. Det er ikke mulig å si noe sikkert om effekten av middelet ut fra så sparsom dokumentasjon.

McQuire og medarbeidere gjorde et strengere utvalg av studier i sin metaanalyse av alle randomiserte, kontrollerte studier av medikamentell behandling av utfordrende atferd hos barn med utviklingshemning. De fant 14 studier med i alt 912 pasienter. Antipsykotika reduserte utfordrende atferd, men omkostningen var økte prolaktinnivåer og vektoppgang. Studiekvaliteten var lav, og det var ingen studier som fulgte pasientene opp over lang tid. Antioksydanter og anikonvulsiva hadde usikker effekt.⁵⁸¹

Fung og kollegene hans gjennomførte en metaanalyse av farmakoterapi mot alvorlig irritabilitet og problematferd hos autister mellom to og 17 år. De fant 46 randomiserte, kontrollerte studier. De antipsykotiske medikamentene risperidon (Risperdal) og aripiprazol (Abilify) var mest effektive og viste klar bedring sammenliknet med placebo.⁵⁸²

⁵⁷⁸Matson mfl., 2000

⁵⁷⁹Brylewski og Duggan, 2004

⁵⁸⁰Deb mfl., 2014

⁵⁸¹McQuire mfl., 2015

⁵⁸²Fung mfl., 2016

Rana, Gormez & Varghese konkluderer i sin metaanalyse at det ikke går an å trekke noen sikre konklusjoner av virkningen av medikamentell behandling av selvskading hos personer med utviklingshemning. De klarte bare å finne fem studier med akseptabel kvalitet. Det samlede antallet deltakere var 50. Studiene undersøkte effekten av naltrekson og klomipramin. Det trengs flere studier med flere deltakere.⁵⁸³

Studier tilsier at psykofarmaka kan forverre problematisk atferd og ha negativ innvirkning på læring, konsentrasjon, oppmerksomhet og evne til selvhjelp.⁵⁸⁴ Samtidig er utvalget orientert om at det i den kliniske hverdagen er en opplevelse av at slike preparater i en god del tilfeller er en uunnværlig del av behandlingen av utfordrende atferd.⁵⁸⁵

10.1.1.2.7 Atferdsregulering og behandling av psykotiske symptomer med legemidler hos personer med demens

En rekke legemidler, som antipsykotika, angstdempende og sederende legemidler, kan virke dempende på atferd og psykiske funksjoner. Hvis slike medikamenter gis for hovedsakelig å kontrollere en persons atferd, og ikke for å behandle psykisk eller somatisk sykdom, kan det kalles «kjemisk tvang». Når det blir gitt legemidler for å behandle angst, depresjon eller psykoser, blir ikke det definert som kjemisk tvang, selv om bivirkningene fører til generell demping av personene. «Chemical restraints» blir også kalt for «kjemisk atferdsregulering».

Flere studier viser at det tilsettes medisiner i mat og drikke, ofte uten at pasienten vet om det.⁵⁸⁶ Dette gjelder både medisin for behandling av somatiske tilstander og medisiner gitt som atferdsregulerende tiltak.

Antipsykotika er best undersøkt av de medisinene som blir gitt som atferdsregulerende tiltak. Antipsykotisk medisin har begrenset effekt på atferdsproblemer ved demens.⁵⁸⁷ I den kliniske hverdagen blir de likevel mye brukt for å dempe uro og aggresjon, og mange har erfart at pasienter kan ha god nytte av slike medisiner der ingen andre tiltak har ført fram.

I USA har bruk av antipsykotika i sykehjem fått mer offentlig oppmerksomhet enn her hjemme. De amerikanske myndighetenes innsats har vært motivert av bekymringer for en uheldig balanse mellom effekter og bivirkninger. Centers for Medicare & Medicaid Services har tatt et initiativ for å redusere forskrivningen av slike midler. Lovgivningen ble endret slik at det ble klarlagt hva som var godkjente indikasjoner for antipsykotika. Helsepersonell ble pålagt å dokumentere klarere hva medisinen skulle hjelpe mot, prøve medisinfrie tiltak først og redusere dosen etter seks måneder dersom legemiddelet likevel ble gitt. Fra 1987 til 1995 ble andelen pasienter i sykehjem som fikk antipsykotika, redusert til 16 prosent. Denne tendensen ble avløst av en ny økning i forskrivningen av antipsykotika da de nye antipsykotiske

⁵⁸³Rana mfl., 2013

⁵⁸⁴Bygdnes og Kristiansen, 2007

⁵⁸⁵Holden, 2008

⁵⁸⁶Haw og Stubbs, 2010; Kirkevold og Engedal, 2004b; Kirkevold & Engedal, 2009; Treloar mfl., 2000; Welsh og Deahl, 2002

⁵⁸⁷Farlow og Shamilyan, 2017

midlene ble introdusert, og i 2011 var det om lag 24 prosent av sykehjemspasientene som brukte slike medisiner.⁵⁸⁸ Ny innsats har siden redusert bruken til 16 prosent.

Benzodiazepiner, som er virkestoffene i en rekke sovemidler og angstdempende medisiner, kan forverre den kognitive svikten og redusere muligheten til å klare dagliglivets aktiviteter. Den vitenskapelige litteraturen er liten og tvetydig. Den tyder på en begrenset effekt av benzodiazepiner,⁵⁸⁹ men ser ut til å finne støtte for at den kognitive svikten forverres.⁵⁹⁰

10.1.1.3 Bivirkninger og komplikasjoner ved bruk av antipsykotika

Antipsykotiske midler kan ha mange og til dels alvorlige bivirkninger. De ulike preparatene har svært ulik bivirkningsprofil. De viktigste bivirkningene av antipsykotika er psykiske, metabolske og motoriske.⁵⁹¹

Psykiske bivirkninger. Alle antipsykotiske midler kan gjøre pasienten sløv, uopplagt og apatisk, særlig ved høy dose eller langvarig bruk. Økt ro og likegyldighet kan være en ønsket virkning når pasienten er i krise, men likegyldigheten er ellers vanligvis uønsket. Også positive følelser som motivasjon, glede, entusiasme, sympati, interesse og seksuell lyst kan bli dempet. Det kan være vanskelig å skille disse bivirkningene fra grunnlidelsen, særlig dersom pasienten blir likegyldig til avflatningen av følelsene. Mange kjenner seg nedstemte når de tar antipsykotiske midler. Å trappe ned eller slutte med antipsykotika er det beste tiltaket mot likegyldighet. Det er også velkjent at antipsykotika kan redusere den kognitive funksjonen. Dette kan være et problem hos pasienter som på forhånd har nedsatt kognitiv kapasitet. Det er for tiden usikkert hvor stort dette problemet er, og det er utført lite forskning på problemstillingen.⁵⁹²

Langvarig bruk av de antipsykotiske midlene perfenazin og zuklopentiksol i vedlikeholdsbehandlingen av bipolare lidelser er forbundet med høyere forekomst av depressive episoder enn det man ser ved placebo.⁵⁹³ Noe tilsvarende er ikke vist for nyere antipsykotiske midler.

Metabolske bivirkninger. Alle antipsykotiske midler, men framfor alle olanzapin og klopazapin, kan gi vektøkning, høyt blodsukker og forhøyet nivå av kolesterol og triglyserider i serum (metabolsk syndrom). Disse bivirkningene kan komme etter noen få uker og bli et økende problem gjennom det første året man tar medisinen. Etter dette pleier i alle fall vektøkningen å stabilisere seg. Disse bivirkningene øker faren for å utvikle diabetes og hjertesykdom og kan være til hinder for fortsatt bruk av midlene. Noen midler gir forhøyet nivå av prolaktin i blodet med risiko for plager som melkesekresjon, bortfall av menstruasjon og nedsatt seksuell interesse.

⁵⁸⁸Gurwitz mfl., 2017

⁵⁸⁹Tampi og Tampi, 2014

⁵⁹⁰Defrancesco mfl., 2015

⁵⁹¹Lingjærde og Aarre, 2015

⁵⁹²Se Wolf mfl., 2017 for en oversikt

⁵⁹³Ahlfors mfl., 1981

Antipsykotiske midler kan gi *motoriske bivirkninger*. Faren er størst ved bruk av noen av de eldre preparatene. Bivirkningene kan komme i form av akutte dystonier, der pasienten får ukontrollerte muskelvridninger, oftest i hals eller ansikt. Dette oppleves som skremmende, men går over av seg selv dersom man ikke tar mer medisin. Vanligere er bivirkninger som minner om symptomer på Parkinsons sykdom. Pasienten kan få stive muskler og ledd, skjelling, lite mimikk, sikling og vansker med å starte bevegelser. Endret bevegesmønster bidrar til at personen blir iøynefallende annerledes. Disse bivirkningene er som oftest dose-avhengige og vil minke om dosen blir redusert.

Ukontrollerte bevegelser kan oppstå etter langvarig bruk av antipsykotiske midler. De blir kalt *tardive dyskinesier*. De kan være svært skjemmende, og vanlige utslag er smatting, at en rekker tunge eller får kraftige tyggebevegelser. Det er usikkert hvor hyppig dette forekommer, og mye tyder på at problemet er avhengig av hvilket preparat man bruker, hvor lenge man tar det og hvor høy dose man bruker. I utvalg av pasienter som har brukt antipsykotiske midler i mange år, tyder studier på at 10 – 12 prosent av personer med schizofreni utvikler tardive dyskinesier.⁵⁹⁴ Tallet kan være høyere for personer med bipolare lidelser. Tardive dyskinesier lar seg i liten grad påvirke av medikamentell nedtrapping eller seponering; har fenomenet oppstått, vil det ofte vare.

Akatisi er en bivirkning som viser seg som kribling i beina og hvileløs uro, men også med psykiske symptomer som sterkt ubehag, intens nedstemthet og iblant aggressivitet og suicidalitet. Akatisi kan komme når som helst i behandlingsforløpet, også under seponering, kan være vanskelig å identifisere og kan forveksles med forverring av grunnlidelsen. Det er derfor risiko for at akatisi blir håndtert med økt dose eller flere medikamenter. Å trappe ned eller slutte med antipsykotika er det beste tiltaket mot akatisi.

Malignt nevroleptikasyndrom er en farlig, men sjelden tilstand med feber og stivhet i kroppen. Den kommer ofte raskt etter oppstart på antipsykotika og kan være dødelig. Andre uønskede virkninger kan være svimmelhet, hjertebank, tørr munn og redusert evne til å beholde ereksjon. Kramper kan oppstå, spesielt ved høye doser.

Det er flere studier som rapporterer om økt tendens til fall og dermed flere bruddskader og flere sykehusinnleggelser.⁵⁹⁵

Bivirkningene som er omtalt ovenfor, trenger ikke være noe stort problem dersom man bruker medikamentene i kort tid mot akutte tilstander. Men dersom behandlingen trekker i langdrag, må man kritisk vurdere nytten av medisinen opp mot bivirkningene og vurdere gradvis å redusere dosen. Når behandlingen blir videreført på et annet omsorgsnivå, er det viktig å presisere hvor langvarig medisineringsen er tenkt å være og hvordan den skal evalueres og følges opp.

Ved dosereduksjon vil mange av bivirkningene forsvinne av seg selv. Nedtrapping av antipsykotika bør skje gradvis. Den farligste akutte nedtrappingsreaksjonen er tilbakefall av psykose.

⁵⁹⁴Chouinard, 2006

⁵⁹⁵Lapeyre-Mestre, 2016

Noen studier viser flere dødsfall enn ventet hos pasienter som bruker antipsykotiske midler.⁵⁹⁶ Dette gjelder særlig hos eldre med nedsatt kognitiv funksjon.⁵⁹⁷ Overdødeligheten hos personer med demens som tar antipsykotiske midler, er kanskje høyere enn en før gikk ut fra. Ifølge Maust og medarbeidere kan en kanskje regne med et ekstra dødsfall i løpet av 180 dager for hver 30. pasient som tar slike midler.⁵⁹⁸ Det er en kjent overdødelighet blant personer med alvorlige psykiske lidelser, men det er usikkert om dette skyldes lidelsene i seg selv, ledsagende problemer eller behandlingen. Det er ikke påvist noen sikker sammenheng mellom dødelighet og bruk av antipsykotiske midler, men spørsmålet er under debatt.⁵⁹⁹

10.1.1.4 Gjennomføring av behandling med legemidler

10.1.1.4.1 Oppstart av behandling med legemidler

Psykofarmaka kan både gi uønskede bivirkninger og manglende effekt. Derfor bør en fremme kvalifiserte avgjørelser om bruk av psykofarmaka fra pasientens side. Mange pasienter med schizofreni får et godt forløp uten bruk av antipsykotika,⁶⁰⁰ og en del pasienter med gode forløp har i liten grad brukt antipsykotika.⁶⁰¹ Dette har man tatt hensyn til i enkelte retningslinjer.

I Helsetilsynets veileder for schizofrenibehandling fra 2000, het det:

«Det er ønskelig både fra diagnostisk og behandlingsmessig synspunkt at man er tilbakeholden med antipsykotika i løpet av de første en til to ukene, hvis tilstanden ikke er for vanskelig å kontrollere. Man kan i denne fasen ha nytte av sovemidler og angstdempende midler. Hvis symptomene ikke er blitt svekket tilfredsstillende etter denne tid må antipsykotisk medisinerings påbegynnes.»⁶⁰²

Pasienten kan trenge tid for å vurdere fordeler og ulemper ved medikamentbehandling. Grunlig overveielse kan fremme frivillig oppslutning om behandlingen. Utsatt medikamentoppstart kan også legge til rette for et medikamentfritt behandlingsforløp for de som ønsker det, ved at helsepersonell får tid til å registrere at bedring kan komme uten antipsykotisk medisin. Denne avventende holdningen, som vi finner igjen hos Lingjærde og Aarre, er fraværende i de nasjonale retningslinjene fra 2013.⁶⁰³

⁵⁹⁶Ray mfl., 2001

⁵⁹⁷Chahine mfl., 2010

⁵⁹⁸Maust mfl., 2015

⁵⁹⁹Tiihonen mfl., 2009

⁶⁰⁰Torgalsbøen og Rund, 2010

⁶⁰¹Harding mfl., 1987

⁶⁰²Statens helsetilsyn, utredningsserie 9-2000, s. 21

⁶⁰³Lingjærde og Aarre, 2015

10.1.1.4.2 *Hvordan slutte med antipsykotika og andre psykofarmaka*

Når pasienten slutter med legemidler, kan vedkommende oppleve tilbakefall av en psykotisk episode med sterkere intensitet, seponeringssyndrom med nye symptomer, opphevet interaksjon med andre legemidler og nye sykdomsepisoder. Helsetjenesten har et ansvar for å hjelpe til med forsvarlig nedtrapping og seponering av antipsykotika. Også pasientorganisasjoner som er negative til tvungen medikamentell behandling, anbefaler langsom nedtrapping og advarer mot brå seponering. Enkelte undersøkelser finner at risikoen for tilbakefall er større jo større doser pasienten brukte, og at den er størst det første halve året etter seponering. Tre undersøkelser som sammenlignet brå og gradvis nedtrapping av antipsykotika ved schizofreni, fant betydelig lavere tilbakefallsrater etter gradvis nedtrapping, med 35 prosent tilbakefall innen 14 uker og ingen ytterligere tilbakefall. Bråseponeringsgruppen hadde 60 prosent tilbakefall ved 14 uker og 65 prosent etter 24 uker.⁶⁰⁴ Med god oppfølging og enighet om hva man gjør ved tegn på forverring, gjerne nedfelt i en kriseplan, kan risikoen ved nedtrapping reduseres.

Lingjærde og Aarre foreslår opp til en tredjedel reduksjon av dosen hver 1 – 2 måneder.⁶⁰⁵ Kliniske erfaringer tyder på at det av og til er nødvendig å gjøre det mye langsommere, for eksempel med dosereduksjoner hver 3. eller 6. måned. Ofte vil opphør av tvungen medikamentell behandling føre til en langsom nedtrapping, fordi pasienten kjenner til faren ved nedtrapping. Noen pasienter erfarer at dosereduksjon under et visst nivå gir plagsom symptomintensitet og ønsker å stabilisere behandlingen på forrige trinn på ubestemt tid.

For noen pasienter bidrar uheldige psykologiske virkninger av å være under tvang til at det blir vanskelig å samarbeide om langsom nedtrapping. Beslutninger om tvungen behandling må ta høyde for hvilke følger disse beslutningene kan få for hvordan avslutning av legemiddelbruk vil skje i framtida.

Mange pasienter har hatt vansker med å få til et samarbeid med helsetjenesten om en gradvis nedtrapping ut fra pasientens eget mål for medikamentbruken. En veileder om nedtrapping, forfattet av mennesker med brukererfaringer, legger vekt på at det er risiko og ulemper både ved å bruke og slutte med psykofarmaka.⁶⁰⁶ Hovedlinjene i anbefalingen er at nedtrapping bør ta mellom seks og 24 måneder. En godt forberedt og styrt nedtrapping kan være et alternativ til fortsatt tvangsmedisinering for noen pasienter. Det er i dag ikke mulig å forutsi hvem som kommer til å lykkes med nedtrapping og hvem som vil mislykkes. Dette støttes av metaanalyser av tilbakefallsrisiko ved seponering, der en del av pasientene i placebogruppen ikke får tilbakefall.⁶⁰⁷

⁶⁰⁴Viguera, 1997

⁶⁰⁵Lingjærde og Aarre, 2015

⁶⁰⁶Hall, 2010

⁶⁰⁷Leucht, 2003

10.1.1.5 *Tvangens betydning for behandlingsresultatet*

Forskningsfunnene vi har referert så langt, bygger på randomiserte, kontrollerte undersøkelser der forsøkspersonene ga et fritt og informert samtykke til å delta i en vitenskapelig studie. For utvalgets arbeid er det viktig å vite om funnene fra disse undersøkelsene kan overføres til personer som får medisinen mot sin vilje. De forskjellige synene på dette har blitt presentert på utvalgsmøter. Noen hevder at de antipsykotiske effektene av medikamenter ikke blir påvirket av om de gis frivillig eller under tvang, og at tvangsbehandling derfor vil gi slike resultater som den vitenskapelige litteraturen har påvist for frivillige forsøkspersoner. Andre mener at det er sannsynlig at effekten vil påvirkes av om behandlingen er frivillig eller ikke. Det siste synet, som utvalget ser gode grunner for, blir begrunnet nedenfor.

For argumentets skyld tar vi utgangspunkt i funnene til Leucht, som ble referert ovenfor.⁶⁰⁸ Antipsykotiske medikamenter fører der til klinisk respons hos 41 prosent av pasientene, mens 24 prosent av personene i placebogruppen responderte. Dette betyr i så fall at den delen av bedringen som kan tilbakeføres til medikamentet i seg selv er 41 prosent – 24 prosent, altså 17 prosent. Dette tyder på at 17/41, altså 41 prosent av bedringen i medikamentgruppen skyldes den farmakologiske effekten av medisinen. Resten, altså nesten 60 prosent av bedringen, skyldes faktorer som ikke avhenger av om personen får aktiv medisin eller placebo. Disse faktorene kaller vi uspesifikke faktorer, som i dagligtalen litt misvisende blir omtalt som placeboeffekt. Disse faktorene er blant annet tiden, andre faktorer som er helt uavhengige av behandlingen (for eksempel nye venner, en kjæreste, at en har kommet seg i arbeid) og en del generelle effekter av å være i behandling og som er helt uavhengige av *typen* behandling (håp om bedring, vennlig og støttende oppmerksomhet fra helsepersonell, samtaler om problemene, praktisk bistand).

Så lenge de uspesifikke faktorene står for det meste av behandlingseffekten, virker det rimelig å tro at alt som påvirker uspesifikke bedringsfaktorer, kan ha innvirkning på effekten av behandlingen. Det virker også naturlig at tvang i seg selv vil påvirke de uspesifikke effektene. For eksempel vil troen på bedring og effekten av oppmerksomhet fra helsepersonell trolig bli liten dersom en blir tvungent til å motta en behandling en ikke ønsker. Derfor vil vi mest sannsynlig se at de uspesifikke effektene avtar når personen blir tvangsbehandlet. Det er også de som mener at det ikke bare er en manglende placeboeffekt som gjør seg gjeldende, men også en direkte motsatt effekt – en noceboeffekt – som er en selvstendig og negativ effekt av tvangen, og ikke bare en manglende positiv placeboeffekt.⁶⁰⁹

Dersom dette er riktig, kan effekten av tvangsbehandling ikke bedømmes tilfredsstillende ved hjelp av studier gjort på frivillige forsøkspersoner. Vi trenger derfor empirisk evidens for at tvangsbehandling med medikamenter har en effekt som står i et rimelig forhold til det inngrepet som tvangen utgjør. Av gode grunner er det lite trolig at vi noen gang vil få sikker evidens for dette. Forskningsetikken forutsetter et fritt og informert samtykke for at ingen skal bli tvungent til å delta i vitenskapelige studier. Det er dermed usannsynlig at vi noen gang vil få randomiserte, kontrollerte studier av tvangsbehandling med medikamenter sammenliknet med frivillig behandling eller ingen behandling. Det som derimot kan gjøres, er å ta utgangspunkt i pasienter som alt er under tvang og så tilby randomisering til fortsatt tvang eller et frivillig al-

⁶⁰⁸Leucht, 2009

⁶⁰⁹Meynen og Swaab, 2011

ternativ. Det er, så vidt vi kjenner til, bare gjort to slike studier, og de viser sprikende resultater.⁶¹⁰ I Norge vil det neppe være mulig å gjennomføre slike studier ettersom loven krever at tvangsbehandlingen skal være nødvendig. Det vil neppe bli akseptert å randomisere pasienter til frivillig behandling ettersom det innebærer at de ikke vil få en behandling som er vurdert som nødvendig.

Siden det er vanskelig å gjennomføre de studiene som er best egnet til å dokumentere effekten av tvangsbehandling, må vi godta alternative forskningsdesign. Vi kan for eksempel studere pasienter før, under og helst etter tvangsbehandling for å få et inntrykk av hvordan tvangsbehandlingen påvirker forløp, livskvalitet eller funksjonsevne. Slike studier har vi ikke funnet. Vi kan sammenlikne forløpet til pasientgrupper som blir utsatt for tvangsbehandling og de som får behandling frivillig, men heller ikke slike studier har utvalget funnet. Utvalget må dermed konkludere med at det ikke har kunnskap om hvordan effekten av tvangsbehandling med antipsykotisk medisin er sammenliknet med frivillig behandling eller ingen behandling. Det mest nærliggende er derfor å ta utgangspunkt i de publiserte studiene med frivillige pasienter og så anta at resultatene er svakere for personer som blir tvangsbehandlet.

Bernt-utvalget fikk gjennomført en kunnskapsoppsummering om effekten av tvang.⁶¹¹ Definisjon av tvang, måling av tvang og måling av effekter av tvang er komplisert og omstridt. Dette gjør at det er vanskelig å trekke sikre konklusjoner om hvordan tvang virker inn på behandlingsresultatet. Det er ikke vitenskapelige holdepunkter for at tvang bedrer eller svekker behandlingseffekten.

Det finnes ikke sikker kunnskap om effekt av tvungent psykisk helsevern uten døgnopphold, der tvangsmedisinering som oftest vil være det konkrete innholdet i det tvungne vernet. Undersøkelser som ser etter forskjeller mellom pasienter som skrives ut til frivillig vern og pasienter som skrives ut til tvang uten døgnopphold, har ikke klart å vise forskjeller mellom disse gruppene, verken i antall reinnleggelser, tid før reinnleggelse, behandlingsoppslutning, psykopatologi, sosial funksjon eller livskvalitet. Det er utført en studie som ser på oppslutning om behandlingen etter at tvang uten døgnopphold er avviklet, og i denne undersøkelsen fulgte pasienter som hadde vært under tvang uten døgnopphold, i mindre grad opp behandlingen enn de som hadde fått frivillig oppfølging. Cochrane-oversikten fra 2014 (Kisely & Campbell) konkluderer med at det ikke er dokumentert vesentlige fordeler for pasienter som er under tvang uten døgnopphold sammenlignet med de som ikke er det. Kun to randomiserte kliniske undersøkelser fra USA ble funnet, og forskjellen mellom gruppene var små. I disse undersøkelsene måtte 86 pasienter være underlagt tvang uten døgnopphold for å forhindre en reinnleggelse. Risikoen for at pasienten skulle bli utsatt for vold ble derimot redusert av å være underlagt tvang uten døgnopphold, slik at hvis seks pasienter ble behandlet med tvang uten døgnopphold, unngikk en av dem en voldsepisode som følge av det.

En ny studie fra Nord-Norge undersøkte forbruket av helsetjenester hos personer under tvungent psykisk helsevern uten døgnopphold. 54 pasienter ble skrevet ut til tvungent psykisk helsevern uten døgnopphold for første gang. Alle disse pasientene brukte psykofarmaka. De hadde flere innleggelser de tre årene etter at det tvungne vernet ble opprettet enn de hadde hatt i de tre årene før tvangen ble vedtatt. Forfatterne skriver at de ikke kan uttale seg om hvorvidt

⁶¹⁰Kisely og Campbell, 2015

⁶¹¹Bernt, 2009

dette er et uttrykk for at tvangen er vellykket eller ikke.⁶¹² I en kvalitativ undersøkelse av 16 pasienter under tvungent psykisk helsevern uten døgnopphold på Østlandet, fant Stensrud og medarbeidere at pasientene opplevde at tvangen førte til at livet ble satt på vent. Opplevelsen av at de bare var pasienter, tok fra dem ansvaret for eget liv, og den medisinske konteksten ble oppfattet som et hinder for tilfriskning. Dagliglivet ble dominert av helsepersonellens dagsorden. Noen hadde også positive erfaringer ved at de kjente seg trygge og ivaretatt og hadde lett tilgang til helsepersonell og -tjenester.⁶¹³

En nyere engelsk studie konkluderer med at tvungent psykisk helsevern uten døgnopphold ikke er til nytte for pasientene.⁶¹⁴ Rugkåsa sin gjennomgang konkluderer med at det ikke er evidens for effekt av tvungent psykisk helsevern uten døgnopphold (community treatment order).⁶¹⁵

10.1.1.6 Opplevelser av medisinerings i psykisk helsevern, særlig ved bruk av tvang

Det er mange beskrivelser av hvordan det oppleves å ta antipsykotika, og det er grunn til å tro at negative beskrivelser er overrepresentert. De er likevel vesentlige for vurderingen av om det kan rettferdiggjøres å åpne for tvangsmedisinering. En undersøkelse samlet beskrivelser fra nettsiden www.askapatient.com, der alle kan beskrive sine erfaringer med alle slags medikamenter. Undersøkelsen la vekt på olanzapin (176 beskrivelser), risperidon (256) og eldre antipsykotika (46). Dosene lå oftest i den nedre delen av det terapeutiske intervallet for medikamentet. Trøtthet, følelse av at tankene ble hemmet, flatere følelser og tap av interesse var de vanligste beskrivelsene. Eksempler på beskrivelser var: «Jeg sov over 14 timer per natt, og var så i bakrus om dagen at jeg kunne knapt gjennomføre de vanlige oppgavene mine. Jeg kunne ikke en gang få kledd på meg for å gå i butikken.» «Ingen tanker eller indre verden». «Ingen følelser, bare en merkelig, sprø, tom følelse, ingen aktivering, ingen spenning, ingen glede, ingenting». «Generell mangel på interesse for noe som helst». Om lag ti prosent av rapportene brukte kraftfulle begreper som zombie, hjernevasket eller hjernedød om sine erfaringer med å bruke antipsykotika.

De som rapporterte akatysi, hadde ti ganger hyppigere selvmordssymptomer enn de som ikke rapporterte akatysi. Det ble rapportert mer parkinsonisme og akatysi for eldre antipsykotika, og mer vektøkning for nyere antipsykotika. Litt under 30 prosent av de som brukte olanzapin betegnet vektøkningen som svær eller ekstrem eller oppga økning på mer enn 2 kg per måned eller 15 kg totalt.

De som beskrev hvordan medikamentene hjalp dem, la særlig vekt på sedasjon. Noen beskrev oppstemthet eller behagelig avslapning. Roligere humør og bremsing av tankene var nyttig for noen. Andre fikk mindre psykotiske symptomer og uønskede tanker. Eksempler: «Medikamentet reddet livet mitt ved å gi meg søvn, slik at nervesystemet mitt fikk hvile.» «Hjerneaktiviteten ble redusert, bremsset ned tankestartet.» Risperidon «dempet intensiteten av indre

⁶¹²Riley mfl., 2017

⁶¹³Stensrud mfl., 2017

⁶¹⁴Burns mfl., 2016

⁶¹⁵Rugkåsa, 2016

stemmer» og «stopper de negative tankene mine og følelsene som blir sterkere og overvelder meg». Flere forteller om tap av interesse sammen med positive effekter: «Selv om jeg følte meg veldig bra, føltes det som om jeg hadde absolutt ingenting å snakke om.» Risperidon «reduerte de overdrevne bekymringene mine, men nå ser jeg ikke ut til å bry meg noe særlig om noe som helst lenger». Positive og negative virkninger og positive og negative aspekter av samme virkning kan være til stede hos samme pasient.

Ved tvangsmedisinering vil erfaringer med medisinen bli farget både av de farmakologiske virkningene av legemidlene og de psykologiske virkningene av å være underlagt tvang. Utvalget har søkt etter litteratur om hvordan behandlingen oppleves. I noen land er tvangsbehandling bare tillatt når de psykiske problemene blir oppfattet som en fare for andre, og funn fra slike land er det vanskelig å overføre til norske forhold. Vi vil derfor ikke sitere slike studier her. Vår gjennomgang begrenser seg til de skandinaviske landene, som har nokså lik lovgivning på dette området ved at det er tillatt med tvangsbehandling ut fra et behandlingshensyn.

En oppsummeringsartikkel om tvangsmedisinering viser at opplevelsene varierer mellom pasienter, og sinne, redsel og hjelpeløshet er vanlige følelser. Noen er også redde for at medikamentene er giftige.⁶¹⁶ En svensk undersøkelse fant at tvangsmedisinering er en sterk integritetskrenkelse for mange pasienter, og at sykepleierne overvurderte hvor mange pasienter som i ettertid aksepterte tvangsmedisineringen. I motsetning til sykepleierne, vurderte pasientene at det fantes mange alternativer til tvangsmedisinering.⁶¹⁷

En del opplevelser og enkelterfaringer er svært negative. Kogstads materiale har slike beskrivelser av erfaringer med medikamentell behandling:

«Jeg måtte ta noen medisiner som fikk meg til å kaste opp minst to ganger i uka. Jeg sa til dem at det var på grunn av medisinen, men de lyttet ikke til meg. Jeg måtte bruke medisinen i fire år. Det ble stoppet da enda flere bivirkninger dukket opp. Da sluttet jeg også å kaste opp. Mye smerte kunne vært unngått om de hadde lyttet til meg».

En sterk negativ vurdering fra pårørende er gjengitt i en norsk rapport fra 2006:

«Mange av disse pasientene er ikke så veldig syke i utgangspunktet, men blir sykere av den behandlingen de får i dette systemet, som består av giftige piller, tvang og stigmatiserende diagnoser. Den første tvangsinnleggelsen blir som regel ikke den siste. Pasientene kommer inn i en ond sirkel av fortvilelse, hjelpeløshet og håpløshet. Og blir møtt med mer giftige kjemikalier og tvang».

Dette viser hvor sterk intensiteten kan være i opplevelsen av tvangsmedisinering og antipsykotika hos noen av de som har negative erfaringer.

På institusjonsbesøk fikk utvalgets medlemmer anledning til å snakke med personer som var utsatt for tvangsmedisinering. En av dem var spørrende til hva som var hensikten med medisineren. Selv var han sterkt negativ til medisinen og uttalte at middelet var laget av «et sjelespisende materiale. Jeg mister kontakten med frontallappene, jeg er redd for å bli sosiopat». Han fortalte at rusmidler var den eneste effektive motgiften mot den antipsykotiske medisinen.

⁶¹⁶Statens helsetilsyn, utredningsserie 9-2000, s. 18

⁶¹⁷Schött og Raknes, 2010

Erfaringer med å bruke antipsykotika dreier seg om mer enn ønskede og uønskede medikamentvirkninger. Medikamenter tas i en konkret situasjon med opplevd makt og avmakt, og der andre helse spørsmål, tap av selvbestemmelse og innsnevrede valgmuligheter påvirker situasjonen. Selv om det finnes behandlingsforskning som kan tyde på at antipsykotika har tilsvarende virkninger uavhengig av om det gis under tvang, viser fortellingene at medikamenter er langt mer enn bare molekyler.⁶¹⁸ De er også en kommunikasjon som veves inn i personens situasjon, opplevelse og historie. En del mennesker med alvorlig psykisk lidelse er uenig i at psykofarmaka skal ha en så sentral plass i psykisk helsevern. Det er en fare for at svakt skjønn, feilvurderinger eller feil diagnose kan få mer alvorlige og langsiktige konsekvenser enn det ville fått innen andre deler av helsetjenesten, siden pasienten ikke kan trekke seg fra behandlingen dersom bivirkningene overskygger ønskede virkninger.

10.1.2 Behandling med skjerming

Skjerming kan i prinsippet gjennomføres hvor som helst. I praksis er det vanligst å skjerme en person på hans eget rom i avdelingen eller på særlige enheter som er spesiallagd for formålet. På skjermingsavsnitt er det vanlig med høy sikkerhet, gjerne i form av fastboltet og uknuselig inventar og få stimuli. Rommene kan oppleves som sterile og blir av og til sammenliknet med glattcelle i politiarresten. Noen avdelinger har glugge i døra slik at personell kan overvåke pasienten uten å åpne døra. Vanligvis får ikke personen omgang med andre mennesker enn personalet, noen ganger er også kontakt med personalet begrenset. Tilgang til musikk, litteratur og massemedier er oftest sterkt begrenset.

Det er lite forskning på skjerming, både i Norge og internasjonalt. Internasjonale studier viser som regel også til «seclusion» eller «Psychiatric Intensive Care Units», PICA, som kan ligne på norsk skjerming, men ikke nødvendigvis er identisk. De studiene som finnes,⁶¹⁹ i tillegg til Sivilombudsmannens rapport,⁶²⁰ viser at mange pasienter opplever skjerming som sterkt inngripende og negativt, at de opplever det som straff, og at det gir dem en opplevelse av å være verdiløse, samtidig som det også er pasienter som sier dette var nyttig.⁶²¹ Noen rapporterer også om vedvarende følelser av sterk angst og fortvilelse, som vedvarer lenge etter at skjermingen er avsluttet.⁶²² En norsk studie fant at skjerming var det tiltaket som ga størst opplevelse av tvang.⁶²³

⁶¹⁸Statens helsetilsyn utredningsserie 9-2000, s. 21

⁶¹⁹Bjerkan mfl., 2009; Day, 2002; Oberleitner, 2000; Van Der Merwe mfl., 2013

⁶²⁰Sivilombudsmannen, 2018

⁶²¹Bjerkan mfl., 2009; Doedens mfl., 2017

⁶²²Oberleitner, 2000

⁶²³Sørgaard, 2004

Skjerming er uten sammenligning det vanligste tvangstiltaket som det treffes vedtak om i psykisk helsevern. Det er oppgitt at mellom 20 og 35 prosent av pasientene i norske akuttavdelinger blir skjermet.⁶²⁴ I 2012 ble det fattet vedtak om skjerming for 1617 pasienter, en økning på 15 prosent fra 2009. Antallet vedtak økte fra 2689 i 2009 til 3318 i 2012.⁶²⁵ Ut fra det vi ellers vet om påliteligheten av slike statistikker, kan vi gå ut fra at det faktiske antallet vedtak er høyere enn dette. I tillegg kommer gjennomført skjerming uten gyldig vedtak, der det etter loven skulle vært fattet vedtak. Varigheten av vedtakene økte fra en median på 139,5 timer i 2009 til 335,9 timer i 2012 – altså fra seks til 14 døgn.

Begrunnelsen for skjerming varierer. En vanlig begrunnelse er behovet for kontroll og for å roe situasjonen, en annen begrunnelse er at sansedeprivasjon skal være gunstig for psykose. Det finnes noe evidens for at bruk av skjerming kan gi mer kontroll og mindre utagering. En norsk studie viste noe reduksjon i vold og utagering når skjermingen ble gjennomført i en stor, romslig skjermingsenhet, som var pent innredet, og det var god tilgang til kvalifisert personale. Selv i disse ideelle omgivelsene fant man ingen reduksjon av sykdomssymptomer.⁶²⁶ Omfattende litteratursøk har ikke lyktes i å finne noen bekreftelser på positiv behandlingseffekt av skjerming, utover kortvarig reduksjon av utagering. Vi fant derimot artikler som hevder at det ikke har lyktes å bekrefte positive behandlingseffekter av skjerming.⁶²⁷ Merwe mfl. gjennomførte en metastudie på effekter av skjerming. De fant at en del ansatte opplevde positive effekter av skjerming, og at dette var nødvendige tiltak. De ansatte som arbeidet med tilsvarende pasientgrupper, men på avdelinger som ikke hadde skjermingsenheter, fant imidlertid at skjerming ikke var nødvendig eller ønskelig.⁶²⁸

En norsk oversiktsartikkel fra 2014 konkluderer med at begrepet skjerming «dekker ulike tilnærminger, og det kunnskapsmessige grunnlaget er generelt svakt. Kliniske behandlingsstudier er i stor grad av eldre dato og trolig ikke dekkende for dagens praksis. Manglende effektstudier gjør at vi per i dag har lite kunnskap om nytten av behandling med skjerming. [...] Det er høy grad av diskrepans mellom skjermingsmetodens kliniske utbredelse og det kunnskapsmessige grunnlaget»⁶²⁹ .

Sett i lys av det svake kunnskapsgrunnlaget og rapporter fra pasienter om negative effekter, også etter at skjermingen er gjennomført, er det bekymringsfullt at skjerming er så utbredt i norsk psykisk helsevern. Kortvarig skjerming i normale omgivelser og med tilgang til kvalifisert personale kan i noen tilfeller være nødvendig for å unngå uro og utagering, men det er lite evidens for bruk av langvarig skjerming som behandling.

⁶²⁴Norvoll mfl., 2015; Ruud mfl., 2006

⁶²⁵Knutzen mfl., 2014

⁶²⁶Vaaler, 2006

⁶²⁷Busch & Shore, 2000; Doedens mfl., 2017

⁶²⁸Merwe mfl., 2013

⁶²⁹Norvoll mfl., 2015

10.1.3 Behandling av spiseforstyrrelser med tvungen ernæring

Det sentrale spørsmålet om tvang i behandling av spiseforstyrrelser er hjemmel for tvungen sondeernæring. Praksis er regulert av Nasjonal faglig retningslinje for tidlig oppdagelse, utredning og behandling av spiseforstyrrelser.⁶³⁰ Det foreligger ikke mye forskning på feltet, da forskningsetiske grunner gjør det vanskelig å gjennomføre randomiserte, kontrollerte studier. Spørsmålet om tvangsbehandling av spiseforstyrrelser er undersøkt i to systematiske oversikter som begge konkluderer med at pasienter behandlet på tvang har sammenlignbare utfall med frivillig behandlede pasienter, og at effekten på symptomreduksjon av symptomer på spiseforstyrrelse er lik.⁶³¹ Tvungen behandling synes altså å kunne ha god effekt på pasienter som kanskje ikke ville ha blitt behandlet dersom det ikke var hjemmel for tvangsbehandling. Systematiske forskjeller mellom tvangsbehandlede pasienter og frivillig behandlede pasienter er hovedsakelig knyttet til hvor omfattende det psykiatriske symptombildet er (komorbiditet), og ikke til alvorlighetsgrad av spiseforstyrrelsen.⁶³²

Kunnskapsgrunnlaget antyder ikke at tvangsbehandling er likeverdig med frivillig behandling, men kun at effekten på spiseforstyrrelsen er sammenlignbar i disse to ulike pasientgruppene. Det finnes ikke kunnskap som kan svare på hva effekten av frivillig behandling ville vært i gruppen som mottok tvangsbehandling, og for så vidt heller ikke noe grunnlag for å si noe om hva effekten av tvangsbehandling ville ha vært for den frivillig behandlede gruppen. Forskning på effekt i ulike behandlingssettinger tyder likevel på at behandling i mindre intensive og mindre restriktive settinger (dvs. poliklinisk behandling) på gruppenivå har minst like god effekt som annen behandling.⁶³³ Det er støtte for at pasienter med alvorlig spiseforstyrrelse, stor grad av komorbiditet, og tidligere mislykkede behandlingsforsøk kan oppnå en vesentlig effekt av tvangsbehandling på døgnet uten at dette påvirker samarbeidsrelasjonen med psykisk helsevern.

Da forskningen nesten utelukkende har fokusert på hvorvidt en pasient er på tvangsparagraf eller ikke, er det uklart i hvor stor grad disse funnene kan overføres til gjennomføring av behandling med bruk av fysisk tvang. Kunnskapsgrunnlaget gir ikke holdepunkter for å mene at behandlingsalliansen svekkes av behandling på tvangsparagraf.⁶³⁴ Mange tidligere pasienter som beskriver sine opplevelser av tvungen ernæring, sier seg i etterkant enig i behovet for tvangsbehandling, men har innvendinger mot måten tvangen ble gjennomført på.

Det vanligste synes å være at tvungen ernæring kun gjennomføres noen få ganger som del av en behandlingsperiode. Norske data tyder på at omtrent halvparten av all tvangsbruk i ungdomspsykiatriske akuttavdelinger gjelder gjennomføring av tvungen ernæring overfor en liten

⁶³⁰Helsedirektoratet, 2017

⁶³¹Clausen og Jones, 2014; Elzakkars m.fl., 2014

⁶³²Clausen og Jones, 2014

⁶³³Madden mfl., 2015

⁶³⁴Elzakkars mfl., 2014

gruppe pasienter med anorexia nervosa.⁶³⁵ Upubliserte data fra en spesialavdeling for spiseforstyrrelser i Norge viser samme skjevfordeling av bruk av tvang i pasientgruppen.⁶³⁶ Blant de som har mottatt tvangsernæring, er hovedregelen klart at de kun har blitt utsatt for dette noen få ganger.

10.1.4 Behandling med elektrokonvulsiv behandling (ECT)

10.1.4.1 Innledning

ECT blir i dag vanligvis gjennomført på operasjonsavdelinger i somatiske sykehus eller i andre lokaler som er særlig tilrettelagt for formålet. Det er anestesilege som har ansvaret for bedøvelsen, som gjør at pasienten er bevisstløs under behandlingen, og muskelavslapping, som hindrer skader på grunn av for sterke kramper. Vanligvis blir hjerterytmen, blodets oksygenmetning og hjerneaktiviteten overvåket under behandlingen.

Når pasienten sover og har fått muskelavslappende medisiner, blir hjernen stimulert med elektrisk strøm, oftest i mellom to og åtte sekunder. Dette utløser et epilepsilignende tonisk-klonisk krampeanfall som bør vare i minst 20 sekunder. Det er vanlig å avbryte anfall som varer over 90 sekunder med å gi benzodiazepin intravenøst.

10.1.4.2 Effekt

Kunnskapsgrunnlaget for ECT er gjort grundig greie for i Nasjonal klinisk retningslinje om bruk av elektrokonvulsiv behandling (ECT).⁶³⁷

Gjennomgående er dokumentasjonen for effekt av lav kvalitet, og anbefalingene er stort sett gradert som svake. Dette gjelder alle anbefalingene for behandling av depresjon (moderat til alvorlig depresjon), der personen ikke har nytte av annen behandling, førstevalgsbehandling ved psykotisk depresjon, tilbakevendende moderat til alvorlig depresjon når pasienten tidligere har hatt nytte av ECT og samtykker til denne behandlingen, eller til pasienter med alvorlig depresjon med behov for spesielt rask effekt på grunn av overhengende fare for liv og helse, eldre pasienter med moderat til alvorlig depresjon der andre tiltak ikke har ført fram, der bivirkninger av annen behandling er uakseptable, eller der spesielt rask effekt er ønskelig, og endelig til pasienter med demens, ved moderat til alvorlig depresjon der andre tiltak ikke har ført fram og, der bivirkninger av annen behandling er uakseptable eller der spesielt rask effekt er ønskelig).

Ved bipolare lidelser foreslås ECT ved moderat til alvorlig depresjon når pasienten ikke har nytte av annen behandling, ved langvarig og alvorlig manisk episode der annen behandling ikke har ført fram, og i blandet fase der annen behandling ikke har ført fram. Også her er dokumentasjonen av lav kvalitet og anbefalingene svake. Det samme gjelder for schizoaffective lidelser når annen behandling ikke har ført fram, ved kataton tilstand der annen behandling ikke har ført fram, ved malignt nevroleptikasyndrom der annen behandling ikke har ført fram,

⁶³⁵Furre mfl., 2016

⁶³⁶Personlig kommunikasjon med overlege Thomas Blikshavn ved Akershus universitetssykehus

⁶³⁷Helsedirektoratet, IS-2629

ved fødselspsykoser, for å redusere selvmord og for pasienter med intellektuell utviklingshemning og samtidig depresjon, depressiv psykose eller bipolar lidelse hvis miljørettede tiltak og legemiddelbehandling ikke har ført til tilfredsstillende behandlingsresultat.

Retningslinjen har som sterk anbefaling at det bør settes en nedre aldersgrense på 16 år for bruk av ECT.

Den vitenskapelige dokumentasjonen er altså svak, men den kliniske erfaringen er like fullt at mange pasienter som ikke har nytte av noen annen behandling, kan ha stort utbytte av ECT.

10.1.4.3 Bivirkninger

De fleste bivirkningene av ECT oppstår i tilslutning til behandlingen og skyldes dels stimuleringen med elektrisk strøm, dels narkosemidlene eller det muskelavslappende middelet. Noen pasienter kjenner seg støle, nesten som om de har gangspærre, noe som trolig er en bivirkning av muskelavslappende midler. Det er vanlig at en kjenner seg litt ør eller forvirret den første tiden etter at en våkner fra bedøvelsen, og noen får en lett hodepine. Noen pasienter får lett hudforbrenning der elektrodene berørte huden, men dette kan unngås ved nøye overvåking av motstanden.

Like etter oppvåkningen har pasienten vanligvis en kortvarig periode med forvirring og nedsatt hukommelse. Dessverre er det noen pasienter som får varige kognitive problemer. Det er uklart hvor mange det gjelder og hvor lenge slike bivirkninger kan vare:

«De fleste studiene har derimot vist at hukommelsesproblemene avtar over tid, og at det er vanlig med hukommelses- og konsentrasjonsvansker i noen uker etter behandlingen, men at disse vanskene forsvinner for de aller fleste innen et halvt år. Likevel finnes det pasienter som angir å ha vært plaget med hukommelsesvansker over lengre tid. Det er finnes lite vitenskapelig dokumentasjon på dette området, og det kan være vanskelig å skille mellom mulige bivirkninger etter ECT og kognitive forandringer knyttet til selve sykdommen». ⁶³⁸

Ifølge de nasjonale retningslinjene har det lenge vært kjent at

«ECT kan gi kognitive bivirkninger i form av nedsatt evne til nyinnlæring (anterograd amnesi), redusert hukommelse for hendelser i eget liv før ECT (retrograd amnesi forautobiografisk informasjon) og redusert hukommelse for faktaopplysninger man hadde tilegnet seg før ECT (retrograd amnesi for upersonlige fakta) (1;13;129-133). Dersom pasienten viser tegn til vedvarende kognitive bivirkninger, bør det vurderes å henvise til nevropsykologisk undersøkelse». ⁶³⁹

Kunnskapssenteret for helsetjenesten skrev i 2007 en rapport basert på metaanalyser på oppdrag fra Sosial- og helsedirektoratet. Konklusjonen var slik: «De inkluderte oversiktene kunne ikke dokumentere langtidsskadevirkninger som økt dødelighet, nedsatt kognitiv fungering og generelle bivirkninger». ⁶⁴⁰ Selv om forskningen ikke kan dokumentere langtidseffekter på den kognitive funksjonen, er det ingen tvil om at pasienter gir uttrykk for at de har fått store problemer med hukommelsen etter ECT.

⁶³⁸Ødegaard og Kessler, 2012

⁶³⁹Helsedirektoratet, 2017

⁶⁴⁰Nasjonalt kunnskapssenter for helsetjenesten, 2007

10.1.4.4 Forløpet etter vellykket behandling med ECT

Et spørsmål av særlig interesse for utvalget er hvor langvarig vi kan vente oss at en gunstig effekt av ECT er. Dersom behandlingen gir varig bedring, vil det være et sterkt argument for å tilby behandlingen til flere. En norsk undersøkelse har undersøkt 120 pasienter behandlet ved Dikemark sykehus.⁶⁴¹ Omtrent halvparten av pasientene som hadde blitt bedre etter ECT, fikk tilbakefall i løpet av de seks første månedene. I alt var det over 70 prosent som fikk tilbakefall, i gjennomsnitt etter 13 måneder. Dette skjedde til tross for at 70 prosent av pasientene fikk antidepressiver eller litium som tilbakefallsforebygging. Av de som responderte på en ny serie ECT på grunn av tilbakefall, var det to av tre som fikk tilbakefall innen seks måneder. Det ser altså ikke ut til at bedringen etter ECT er så langvarig som ønsket.

10.2 Behandling av rusproblemer

10.2.1 Generelle synspunkter

Rusavhengige blir sjelden tvangsinnlagt i Norge. Dette henger trolig sammen med skepsis mot tvang i fagmiljøene. Mens psykiatere ofte er positive til tvangsbehandling for psykiske lidelser og hevder at tvungen behandling kan være helt nødvendig, er budskapet ofte det motsatte blant klinikere som arbeider med rusavhengighet. Rusproblemer har tradisjonelt ikke blitt forstått som uttrykk for sykdom, men som mangelfull kontroll av viljestyrt atferd. Siden atferden må forandres for at personen det gjelder skal bli rusfri, har man lagt stor vekt på å arbeide med motivasjon for behandling og langvarig oppfølging. Det har vært mindre nærliggende å tenke på rusproblemet som noe som kan helbredes uten aktiv medvirkning fra personen selv.

Til nå har tvangen mot rusavhengige utelukkende dreid seg om tvangsinnleggelser ettersom det ikke er noen hjemmel for tvungen *behandling* ut over selve innleggelsen. Også dette er i stor kontrast til forholdene i psykisk helsevern, der tvangsbehandling med legemidler er vanlig. Ettersom langtidsvirkende legemidler i injeksjonsform er under utprøving i behandling av opioidavhengighet, kan man se for seg at det i framtiden kan bli aktuelt med tvangsmedisinering også av rusproblemer.⁶⁴²

Den følgende gjennomgangen av kunnskapsgrunnlaget for bruk av tvang i tverrfaglig spesialisert rusbehandling dreier seg utelukkende om effekt og bivirkninger av den tvangsbruken som er lovhjemlet i dag: tvungent inntak og tilbakehold i institusjon.

10.2.2 Effekt og bivirkninger av behandling under tvang i form av frihetsberøvelse

De samme problemene med svakt kunnskapsgrunnlag gjør seg gjeldende på dette feltet som når det gjelder psykisk helsevern, med den reservasjonen at kunnskapen på rusfeltet er enda mer mangelfull. Også her er det nesten umulig å gjennomføre kontrollerte studier der pasienter blir tilfeldig fordelt til frivillig eller tvungen behandling. De fleste studiene sammenlikner derfor bare resultatene for pasienter som blir frivillig behandlet med pasienter som har vært

⁶⁴¹Moksnes, 2011

⁶⁴²Se for eksempel Sullivan mfl., 2017

tvangsinnlagt. Pasienter i frivillig og tvungen behandling skiller seg vanligvis på mange måter. For eksempel vil tvangsinnlagte som regel ha lavere motivasjon for behandling i utgangspunktet, de kan ha mer eller mindre omfattende rusrelaterte problemer og flere eller færre ressurser å spille på enn de som blir behandlet frivillig. Dermed blir det vanskelig å vite hvor sammenlignbare gruppene blir, og forskjeller i resultater kan ikke uten videre forklares som effekter av tvangsinnngrepet. Det er også vanskelig å vite i hvor stor grad funn fra utenlandske studier kan brukes på en norsk virkelighet, som på mange måter skiller seg avgjørende fra andre land, både når det gjelder lovgivning og helsetilbud.

Utvalget har gjort datamaskinassisterte litteratursøk for å finne studier som kan kaste lys over spørsmålet om hvorvidt tvungen behandling er nyttig for rusavhengige. Utvalget har også funnet fram artikler som er sitert i oversiktsartikler. Nedenfor er et kort oversyn.

I en eldre studie undersøkte Ryan og medarbeidere sammenhengen mellom motivasjon, utholdenhet i behandlingen og behandlingsresultat.⁶⁴³ De fant at sterk indre motivasjon fremmet oppmøte og deltakelse i behandlingen. De som hadde lav indre motivasjon, hadde de dårligste resultatene uansett hvor sterk ytre motivasjon de hadde, for eksempel i form av press eller tvang fra omgivelsene. Videre var det et klart forhold mellom hvor alvorlige de rusrelaterte problemene var og styrken i den indre motivasjonen. Ettersom utholdenhet i behandlingen er forbundet med bedre resultat, tyder disse funnene på at tvungen behandling i utgangspunktet skulle gi dårligere resultater enn frivillig behandling, og de støttes indirekte av flere liknende undersøkelser.⁶⁴⁴

Denne antakelsen blir bekreftet av den norske studien til Pasareanu og medarbeidere.⁶⁴⁵ Den fortjener særlig oppmerksomhet ettersom den både er ny og norsk og går til kjernen i noen av problemstillingene som utvalget skal ta stilling til. Studien fulgte 202 pasienter som ble innlagt for behandling av rusproblemer, 65 av dem var tvangsinnlagt. Pasientene ble rekruttert fra tre institusjoner på Østlandet, og de hadde vært innlagt i mer enn tre uker da de ble inkludert i studien. Seks måneder etter behandlingen var det 10 prosent reduksjon av sprøytebruk hos de tvangsinnlagte, og 61 prosent injiserte fremdeles rusmidler. Blant de frivillig behandlede var det 31 prosent som injiserte rusmidler. Forskjellen tilsier at vi må behandle tre pasienter mot deres vilje for å hindre at en av dem faller tilbake til injisering av rusmidler. 22 prosent av de som var tvangsinnlagt, fortalte om overdoser i tiden etter behandling. 24 prosent av de tvangsinnlagte hadde vært helt rusfri de siste 30 dagene før oppfølgingsintervjuet, men mange av dem var innlagt for rusbehandling det meste av denne tiden. Det gikk bedre med pasienter som var innlagt frivillig.

I diskusjonen omtaler forfatterne resultatene som «oppmuntrende» for de som var tvangsinnlagt, og hevder at det eneste alternativet til tvungen behandling er ingen behandling i det hele tatt og fortsatt livstruende rusmiddelbruk. Dette premisset er ikke nærmere begrunnet, og utvalget mener det er grunn til å være skeptisk til en slik påstand. Alternativet til tvungen behandling vil etter utvalgets mening vanligvis være frivillige tilbud, hjelpetiltak på brukerens premisser og innsats for å styrke motivasjonen for endring.

⁶⁴³Ryan mfl., 1995

⁶⁴⁴Se for eksempel Knight mfl., 2000

⁶⁴⁵Pasareanu mfl., 2016

I USA skjer mye av rusbehandlingen etter «court order», altså en form for tvungen behandling som blir pålagt eller tilbudt av rettsapparatet. Det svarer omtrent til det norske Narkotika-program med domstolskontroll, der behandling for rusmiddelavhengighet blir tilbudt som et alternativ til ubetinget fengselsstraff for lovbrudd som er forbundet med rusmiddelavhengigheten. Fra USA har vi en del studier som sammenlikner tvungen behandling etter «court order» og vanlig, frivillig behandling. Copeland & Maxwell vurderte retrospektivt journalene til 27 198 voksne som søkte behandling for cannabisproblemer i Texas mellom 2000 og 2005.⁶⁴⁶ Tvungen behandling førte til at flere fullførte behandlingen. De som fikk tvangsbehandling, hadde større sannsynlighet for å være avholdende fra cannabis 90 dager etter avsluttet behandling enn de som frivillig søkte behandling. Brecht og medarbeidere undersøkte data for 350 klienter som ble behandlet for metamfetaminmisbruk i Los Angeles.⁶⁴⁷ Etter kontroll for klient- og behandlingskarakteristika fant de større tilbakefallsfare når behandlingen skjedde under press. Andre studier, som de av Collins & Allison⁶⁴⁸ og Perron & Bright,⁶⁴⁹ finner at tvang fører til mer langvarig behandling, noe som er statistisk forbundet med bedre resultat. På den andre siden kunne ikke Brecht og medarbeidere finne noen forskjeller mellom gruppene i en studie av 618 metadonbrukere i California.⁶⁵⁰

I sin prospektive 5-årsstudie av 2095 pasienter i rusbehandling, også i California, fant Kelly og medarbeidere like godt resultat hos de frivillig behandlede som hos de som ble tvunget til behandling av rettsapparatet.⁶⁵¹ De peker på at opplevelse og tilfredshet med behandlingen heller ikke skilte seg mellom gruppene, og at behandling som er påtvunget av rettsapparatet, kan være en anledning for rusavhengige lovbyggere til å få tilgang til nødvendig behandling. Fra Ohio rapporterer Bruke & Gregoire (2007) en prospektiv studie av 141 pasienter. Flere av de tvangsbehandlede enn av de frivillige pasientene var avholdende fra rusmidler ved oppfølging etter at det var kontrollert for endringsvilje og alvorsgrad av rusproblemene.

I Sveits fant Grichting m.fl. ingen sikre forskjeller mellom pasienter som ble henvist av rettsvesenet, med anledning til å nekte behandling, og de som selv søkte hjelp for rusproblemer.⁶⁵² Lawental og medarbeidere kunne heller ikke finne forskjeller mellom pasienter som selv søkte rusbehandling, og pasienter som ble behandlet for å få beholde arbeidet sitt etter at

⁶⁴⁶Copeland og Maxwell, 2007

⁶⁴⁷Brecht mfl., 2005

⁶⁴⁸Collins og Allison, 1993

⁶⁴⁹Perron og Bright, 2008

⁶⁵⁰Brecht mfl., 1995

⁶⁵¹Kelly mfl., 2005

⁶⁵²Grichting mfl., 2002

urinprøver hadde avslørt et pågående rusproblem.⁶⁵³ Liknende funn ble gjort av Freedberg & Johnston.⁶⁵⁴

Klag og medarbeidere peker i sin oversiktsartikkel på at tvungen behandling for rusproblemer har blitt intenst debattert, men at det fremdeles ikke er klarlagt om tvangsbehandling er effektivt i behandlingen av rusavhengige lovbrystere. Det blir vist til at tretti års forskning har gitt blandede, motstridende og inkonklusive funn. De mener at det ikke er vist at tvangsbehandling er nyttig i rehabilitering av rusavhengige.⁶⁵⁵ På den andre siden hevder Sanford og Arrigo at slik behandling gir gode resultater med hensyn til tilbakefall.⁶⁵⁶

Broadstock og medarbeidere gikk gjennom studier som vurderte effekten av tvungen døgntbehandling for alkohol- og stoffavhengighet i fravær av lovbrudd. De fant fire oversiktsartikler, som alle dreide seg om rusavhengige lovbrystere. De fant ingen artikler som tilfredsstilte kriteriene for arbeidet de skulle gjennomføre. De konkluderte med at det finnes «minimal evidens» for at i alle fall noen vil ha nytte av tvungen døgntbehandling. Det ser ut til at tvang fører til at flere fullfører behandlingen, noe som under andre omstendigheter er forbundet med bedre resultat.⁶⁵⁷

I motsetning til dette har Gerdner og Berglund i deres rapport til det svenske Socialdepartementet konkludert med at tvang mot personer som ikke samtykker til behandling, øker både sannsynligheten for at behandling kommer i stand og for at den blir fullført. Tvang kan også øke fullføringen av ettervernet. De hevder også at resultatet av behandling og ettervern er like godt eller bedre under tvang enn hos tilsvarende pasienter som blir behandlet frivillig.⁶⁵⁸ Dette harmonerer dårlig med funnene til Pasareanu og medarbeidere.

Urbanoski konkluderer i sin oversiktsartikkel med at det er uklart i hvilken utstrekning mange av de vanlig brukte metodene for å få pasienter i behandling, kan være ugunstige for behandlingsprosesser og langtidsresultater. Han mener at innvirkningen av tvang på pasienter, behandlingssystemer og folkehelse til denne tid ikke har blitt godt nok studert av rusforskere.⁶⁵⁹

Som man forstår, så gir ikke den vitenskapelige litteraturen klare holdepunkter for noen sikker konklusjon. Utvalget må konkludere med at den vitenskapelige litteraturen er av lav kvalitet og gir motstridende funn.

⁶⁵³Lawental mfl., 1996

⁶⁵⁴Freedberg og Johnston, 1980

⁶⁵⁵Klag mfl., 2005

⁶⁵⁶Sanford og Arrigo, 2005

⁶⁵⁷Broadstock mfl., 2008

⁶⁵⁸Gerdner og Berglund, 2009

⁶⁵⁹Urbanoski, 2010

10.2.3 Opplevelser av bruk av tvang

Forskningslitteraturen gir oss altså et uklart bilde av hvor effektivt det er å behandle folk med tvang for rusproblemer. Det finnes også lite forskning på hvordan denne tvangen blir opplevd av de som blir utsatt for den. Litteraturen ligner på den vi ser om tvungen psykisk helsevern; det er mest kvalitative studier som gransker opplevelser hos et lite antall pasienter, og det er vanskelig å uttale seg om hvor representative opplevelsene er. De gir likevel en pekepinn på potensialet til tvangsinngrepet, både på godt og vondt.

En liten svensk studie peker på at pasienter under tvungen behandling ikke alltid får den behandlingen de har krav på etter loven, for eksempel ved at de ikke får kontakte sosialtjenesten. De som fikk slik kontakt, opplevde den ofte som summarisk og lite opptatt av å planlegge ettervernet.⁶⁶⁰ Dette samsvarer med utvalgsmedlemmenes kliniske erfaringer, der pasienter som har vært under tvang forteller at de ble nektet behandling etter tvangsinnleggelsen, som nettopp hadde til hensikt å motivere dem for frivillig behandling.

Lundeberg og Mjåland bekrefter dette.⁶⁶¹ De har intervjuet 17 personer som var tvangsinnlagt for rusbehandling. Pasientene jamførte ofte selve oppholdet med fengsling og beskrev det som «ren oppbevaring». Dette harmonerer godt med at formålet med tvangsinnleggelsen vanligvis ikke er å tilby behandling, men motivere for videre frivillig behandling. Da er det ekstra skuffende for pasienter som ikke får videreført en behandling som de omsider er motivert for. Forfatterne fant ellers at de som ble innlagt etter midlertidige vedtak, hadde langt mer negative opplevelser av selve anbringelsen enn de som ble tvangsinnlagt etter ordinær saksgang. De var ikke orientert om vedtaket på forhånd og opplevde at politiet bistod ved innleggelsen, noe som ble oppfattet som krenkende.

I Lundeberg og Mjåland sitt materiale var krenkelser ikke bare relatert til frihetsberøvelsen, men også til at pasientene ble fratatt privilegier og utsatt for bruk av makt. Mange opplevde former for undertrykkelse og dominans og ble utsatt for nedlatende karakteristikk som skapte eller forsterket stereotyper og stigma. Dette kunne skape motvilje og virke marginaliserende. Fylkesnemndsbehandlingen, der de fikk høre meget negative karakteristikk av seg selv, var særlig belastende for en del av informantene.

10.3 Behandling av somatiske helseproblemer

Tvungen behandling av somatisk sykdom har nok foregått til alle tider. Både folk som ikke kunne sørge for egen behandling på grunn av psykisk funksjonsnedsettelse, og noen som utmerket godt kunne det, har blitt påtvunget behandling med mer eller mindre klar hjemmel i lov. Begrunnelsen for tvungen behandling har vanligvis vært hensynet til pasientens beste, men også samfunnsvernet har vært et argument, framfor alt når det gjelder farlige, smittsomme sykdommer som lepra, kjønnssykdommer og tuberkulose. Samfunnsvernet har også blitt påberopt som rettferdiggjøring av tvangssterilisering av marginaliserte grupper. Og på samme måte som barn til alle tider har blitt utsatt for behandling med tvang, har nok mennesker med redusert kognitiv funksjon (for eksempel ved demens, delir og utviklingshemning) fått behandling for somatiske lidelser selv når de har ytt motstand og på andre måter vist at de ikke ville ha behandling. Men også mennesker med helt alminnelig kognitiv funksjon har

⁶⁶⁰Larsson-Kronberg mfl., 2005

⁶⁶¹Lundeberg og Mjåland, 2010

opplevd medisinsk paternalisme i en form som kan karakteriseres som tvang, for eksempel ved at organer har blitt fjernet uten at pasienten ble informert eller fikk anledning til å samtykke på forhånd.

Noen av tvangstiltakene har vært hjemlet i lov, for eksempel i smittevernloven, som blant annet hjemler tvungen diagnostikk, karantenetiltak og tvungen isolering i sykehus i nærmere angitte tilfeller. Men det meste av tvungen behandling for somatiske sykdommer har sannsynligvis vært gjennomført uten hjemmel i lov.

I punktet om tvungen behandling av alvorlige psykiske lidelser pekte vi på at en stor del av behandlingseffekten skyldes uspesifikke sider ved behandlingen. Slik er det nok i mindre grad ved somatiske sykdommer. Vi vet at placeboeffekten er nokså stor i behandling av smerter og andre subjektive plager, men den spiller neppe en merkbar rolle ved bruk av for eksempel antibiotika.⁶⁶² Det er dermed grunn til å tro at behandlingseffektene med og uten tvang stort sett er likeverdige, under forutsetning av at tvangsbehandlingen ikke blir satt inn for utelukkende subjektive plager. Utvalget har i sine litteratursøk ikke kommet over studier som har undersøkt den kliniske effekten av somatisk behandling. Vi har heller ikke funnet gode utenlandske studier som kaster lys over effekt og bivirkninger av behandling av somatiske sykdommer med tvang.

Det finnes enda mindre tilgjengelig forskning med hensyn til hvordan bruken av tvang blir opplevd. Det finnes noen få studier som kommenterer hvordan *helsepersonell* opplever tvangen, men vi har ikke klart å finne studier som vurderer hvordan pasientene opplever den.

10.4 Pleie- og omsorgstiltak

10.4.1 Generelle synspunkt

10.4.1.1 Fysiske tvangstiltak

Det er en mengde forskningslitteratur som beskriver bruk av tvang i eldreomsorgen og spesielt overfor personer med demens. I internasjonal forskningslitteratur omtales hovedsakelig tvang som innebærer fysiske begrensinger eller «fysiske tvangstiltak» (på engelsk «physical restraints»). Drøftingen av tvangstiltak og studier fra demensomsorgen vil også kunne være relevante for andre grupper, særlig personer med psykisk utviklingshemning.

Etter en større litteraturgjennomgang konkluderte Ednas Stilwell med at fysiske tvangstiltak kan defineres som:

«Physical restraints are devices, material and equipment which: 1) are attached to or are adjacent to the patient's body; 2) prevent free bodily movement to a position of choice (standing, walking, lying, turning, sitting); and 3) cannot be controlled or easily removed by the patient. Temporary immobilization of a part of the body for the purpose of treatment, such as casts, splints and arm boards is not included in this definition.»⁶⁶³

⁶⁶²Hrobjartsson og Gøtzsche, 2001

⁶⁶³Stilwell, 1988

Castle & Mor gjorde en litteraturgjennomgang i 1998 og spesifiserte at bruk av vester, belter, votter (hindrer «plukking») også er fysiske tvangsmidler.⁶⁶⁴ Det ble understreket at dette også gjelder brett/bord satt opp foran en person for å hindre personen i å reise seg.

Selv om det er noe forskjellige definisjoner på hva fysiske tvangstiltak omfatter, så er definisjonen til Evans med flere ganske dekkende:

«Physical Restraints include any devices, equipment or aids designed to confine a resident's bodily movements or free body movement to a preferred position, e.g. bilateral bedrails, limb or trunk belts, and fixed tables on a chair or chairs that prevent persons from getting up.»⁶⁶⁵

Bruk av sengehester (sengegrind), stramme et laken over en person i senga, låste avdelinger eller låsing av rom vil i de fleste tilfeller være tvang.⁶⁶⁶

Nyere forskning bruker stort sett lignende definisjoner, men med noe variasjon i om f.eks. sengehester er sikringstiltak eller tvang.⁶⁶⁷

Det finnes også forskjellige innretninger som gjør at personer kan holdes tilbake i en avdeling uten at det nødvendigvis er låste dører. Et eksempel er magnetlås som slår inn når en pasient med en id-brikke nærmer seg døren. I tillegg til beskrevne «metoder» for fysisk tvang nevner litteraturen også eksempler på «indirekte» tvang som at personalet fjerner gåstoler, krykker eller andre mobilitetshjelpemidler.⁶⁶⁸

10.4.1.2 Kjemiske tvangstiltak og skjult medisiner

Om kjemiske tvangstiltak, se punkt 10.1.1.2.7 om atferdsregulering og behandling av psykotiske symptomer med legemidler hos personer med demens.

Flere studier viser også at det tilsettes medisiner i pasienters mat og/eller drikke ofte uten at pasienten vet om det.⁶⁶⁹ Både viktig medisin for behandling av somatiske tilstander og medisiner gitt som atferdsregulerende tiltak gis på denne måten.

10.4.1.3 Bruk av tvang i forbindelse med daglig omsorg

Demens kan føre til at personen ikke helt forstår hva som skjer, eller at personen vanskelig kan kommunisere sine behov eller vilje. Dette medfører at personer med demens ofte kan motsette seg omsorgstiltak. Slik motstand blir problematisk når pleiepersonell eller andre mener at omsorgstiltakene er nødvendige, som for eksempel gjennomføring av personlig hygiene eller det å skifte klær. I engelskspråklig litteratur kalles dette for «resistance to care». Slike

⁶⁶⁴Castle og Mor, 1998

⁶⁶⁵Evans mfl., 2002

⁶⁶⁶Karlsson mfl., 1999

⁶⁶⁷Foebel og Pedersen, 2016

⁶⁶⁸Saarnio og Isola, 2010

⁶⁶⁹Haw og Stubbs, 2010; Kirkevold og Engedal, 2004; Kirkevold og Engedal, 2009; Treloar mfl., 2000; Welsh og Deahl, 2002

situasjoner leder ofte til at pleietiltak gjennomføres med mer eller mindre bruk av tvang.⁶⁷⁰ Det er også rapportert at ved langt framskreden demens er mating også gjennomført med tvang, f.eks. ved bruk av sonde. Kjemiske tvangstiltak begrunnes ofte i at pasienten må få «beroligende» før det er mulig å gjennomføre omsorgstiltak.

Mange med psykisk utviklingshemning har tilsvarende kommunikasjonsvansker som personer med demens. De er prisgitt at personell fanger opp og tolker tegn på sykdom, plager og smerte. Hos noen med psykisk utviklingshemning kan høy smerteterskel kamuflere tegn til sykdom. Symptomer på sykdom og smerter kan komme til uttrykk på uklare og til dels paradoksale måter, og det kan oppstå atferd som er så utfordrende at behovet for bruk av tvang for å avverge skade, kan være aktuelt.

Noen med alvorlig psykisk utviklingshemning, særlig ved Angelman syndrom, kan ha en tendens til å putte ting i munnen med fare for kvelning. Tilgang til egen bleie om natta kan da medføre en fare. Noen griser også med egen avføring. Bakknappet pyjamas til bruk om natta kan være et tiltak for å forhindre dette.

10.4.1.4 *Overvåking – av forskjellige slag*

Det finnes en rekke forskjellige innretninger som brukes både i hjemmebaserte tjenester og i sykehjem, som gjør det mulig å overvåke en person i større eller mindre omfang. Det kan være matter som registrerer og varsler når en person står opp av senga, utstyr som registrerer og eventuelt varsler når en person forlater et rom, leiligheten eller en bolig, eller bevegelses-sensorer som fanger opp når det ikke har vært aktivitet i et rom på et på forhånd bestemt tidsrom, eller at det er aktivitet. I det siste har også GPS blitt brukt for å kunne spore opp personer med demens hvis de blir borte. I hvor stor grad disse hjelpemidlene blir brukt etter hensikten, eller hvorvidt de også brukes til å overvåke/kontrollere personer utover det som er nevnt, har vi ikke funnet noe dokumentasjon på.

10.4.2 Effekt og bivirkninger av gjennomføring med tvang

10.4.2.1 *Fysiske tvangstiltak*

10.4.2.1.1 *Forebygging av fall?*

Selv om fysiske tvangstiltak ofte brukes i den hensikt å beskytte en person mot å falle og dermed komme til skade, så viser langt de fleste studier at det ikke er holdepunkter for at risikoen for fall faktisk avtar ved bruk av fysiske tvangstiltak, snarere tvert imot.⁶⁷¹ En tysk studie viser imidlertid at sykehjemsbeboere som fikk belter og/eller sengehester for å forebygge fall, falt mindre enn de som ikke fikk det.⁶⁷² Det er viktig å være klar over at studier gjennomført i forskjellige land, i forskjellige tidsepoker, med forskjellig kultur og helsesystem, nødvendigvis ikke er sammenlignbare. For eksempel var forekomsten av fysiske tvangstiltak i sykehjem i USA på 1980 og 1990 tallet flere ganger høyere enn resultater fra norske studier for ca 20 år siden. Det vil si at i USA satt mange relativt funksjonsføre bundet i stol, og de hadde liten tilgang til hjelpere. Dette medførte at mange forsøkte å komme seg løs og dermed skadet seg.

⁶⁷⁰Smit og Hvalvik, 2015

⁶⁷¹Fonad mfl., 2008; Lee mfl., 2008; Luo mfl., 2011; Ng mfl., 2008; Shorr mfl., 2002; Tinetti mfl., 1992

⁶⁷²Heinze mfl., 2012

Dette var også utgangspunktet for endring av amerikansk lovgivning.⁶⁷³ Dette kan være hovedforklaringen til at Heinze med flere fikk helt andre resultater enn tidligere litteraturgjennomganger beskriver.⁶⁷⁴

10.4.2.2 Skadevirkninger

En litteraturgjennomgang fra 2013 konkluderer med at bruk av psykoleptika og fysiske tvangstiltak øker risikoen for fall,⁶⁷⁵ og en tidligere litteraturgjennomgang påpeker at fysiske tvangstiltak kan øke risikoen for død, fall og alvorlige skader på pasienten.⁶⁷⁶ Bruk av fysiske tvangstiltak kan også øke uro hos pasientene og gi større risiko for delirium (akutt forvirring).⁶⁷⁷

Det er godt dokumentert at smerter kan være årsaken til uro og utagering. Uro og utagering øker faren for å bli utsatt for fysiske tvangstiltak som belter og seler i seng eller stol. Eldre mennesker plages ofte av forkalkninger og betennelsestilstander i muskler og ledd, disse tilstandene kan være smertefulle og gir økt behov for å bevege seg. Stillesitting vil kunne forverre smertene. Det vil si at fysiske tvangstiltak kan forverre slike smerter. En studie som så på sammenhengen mellom uro, omsorgstiltak og fysiske tvangsmidler, fant at fysiske tvangstiltak var assosiert med smerter hos pasienten.⁶⁷⁸ Videre fant studien at pleietiltak som bading og hjelp under stell, kunne forårsake smerter.

Flere studier viser at økt mental svikt og svikt i aktiviteter i dagliglivet (ADL) øker risikoen for å bli utsatt for tvangstiltak.⁶⁷⁹ En nyere studie viste også at pasienter som var utsatt for fysiske tvangstiltak, hadde dobbelt så stor risiko for ytterligere svekkelse av kognitiv funksjon og svekkelse av funksjon i ADL.⁶⁸⁰ I en sammenligning av fysiske tvangstiltak og overvåking fant Boekhorst med flere at fysiske tvangstiltak påvirket funksjon i dagliglivet og livskvalitet på en negativ måte, mens overvåking ikke gjorde det.⁶⁸¹ En amerikansk studie fant

⁶⁷³OBRA-Act, 1986

⁶⁷⁴Heinze mfl., 2012

⁶⁷⁵Kröpelin mfl., 2013

⁶⁷⁶Evans mfl., 2003

⁶⁷⁷Inouye og Charpentier, 1996; Scherder mfl., 2010; Werner mfl., 1989

⁶⁷⁸Lin mfl., 2011

⁶⁷⁹Hofmann og Hahn, 2014

⁶⁸⁰Foebel mfl., 2016

⁶⁸¹Boekhorst mfl., 2013

også en klar sammenheng mellom bruk av seler som hindret bevegelse av kroppen og utvikling av inkontinens både for urin og avføring.⁶⁸²

Alle studiene som beskriver effekt av tvang eller ser på forhold som assosieres med tvang, er «naturalistiske studier» hvor en har sett på forekomst og hvilke pasientkarakteristika, personalkarakteristika og miljøfaktorer som er hyppigere der det forekommer tvang enn der det ikke er tvang. De fleste studier er tverrsnittstudier. Det vil si at opplysninger om forhold hos pasienten og bruk av tvang registreres samtidig. Det er derfor i mange tilfelle vanskelig å konkludere med om forhold hos pasienten (f.eks. uro) er årsaken til tvangsbruken, eller en følge av at det brukes tvang. Studier som strekker seg over tid, har som regel hatt som formål å redusere tvangsbruken. Disse studiene har da registrert om negative faktorer som vanligvis assosieres med tvang, endrer seg når tvangsbruken går ned (se for øvrig kapittel 11 om kunnskap om forebygging av tvang). Prospektive studier der en bestemmer at en tilstand (f.eks. uro) skal tilfeldig deles i to grupper, en som blir utsatt for tvang og en annen som får alternative tiltak, vil gi så store metodiske og etiske utfordringer at de vanskelig kan gjennomføres.

10.4.3 Opplevelse av bruk av tvang

Vi har ikke funnet noen studier som beskriver hvordan pasienter med demens opplever å bli utsatt for tvang. Det er imidlertid studier som viser at det å bli utsatt for fysiske tvangstiltak, er assosiert med større grad av depresjon og sosial isolasjon.⁶⁸³ Dette kan ses på som en reaksjon på tvangsbruken. Det er også statistiske sikre sammenhenger mellom uro, utagering og aggresjon og bruk av tvang. Dette er imidlertid resultater fra tverrsnittstudier, og det er vanskelig å skille om dette er årsaker til at tvang blir brukt, eller en reaksjon på at en er utsatt for tvang. Sannsynligvis er det begge deler.

I de senere årene er det også noe forskning som har sett på hvordan pleiere som arbeider i miljø hvor det brukes tvang, påvirkes av dette. En norsk studie konkluderte med:

«Sykepleiere opplevde bruk av tvang som en kamp for pasientens beste. Pasientens beste ble imidlertid opplevd som uavklart. Kampen inneholdt elementer av overgrep på grunn av pasientens reaksjoner, og førte til at sykepleierne opplevde både skyld, skam og sinne. Sykepleierens holdning og evne til å nå og forstå pasienten i hverdagen påvirket bruken av tvang.»⁶⁸⁴

Dette støttes av nyere internasjonale studier som viser at bruk av tvang overfor personer med demens på den ene side fører til skyldfølelse hos personalet, men på den annen side ses på som den eneste måten å sikre pasientene på.⁶⁸⁵ Dette moralske dilemmaet forsterkes av manglende opplæring og lite støtte fra institusjonen i håndtering av vanskelige situasjoner.⁶⁸⁶

⁶⁸²Nelson og Furner, 2005

⁶⁸³Castle, 2006

⁶⁸⁴Garden og Hauge, 2012

⁶⁸⁵Saarnio og Isola, 2010

⁶⁸⁶Barton-Gooden mfl., 2015

Dette dilemmaet kalles av noen for «samvittighetsstress» som vil føre til en forringelse av arbeidsmiljøet.⁶⁸⁷ Det er en klar sammenheng mellom et godt arbeidsmiljø og kvaliteten på omsorgen som blir ytt (ref Røen, under publisering). Denne sammenhengen kan gå to veier, der personalet opplever at de klarer å gi god omsorg som påvirker arbeidsmiljøet positivt, og/eller at et godt arbeidsmiljø gjør det lettere å yte omsorg av god kvalitet. I miljøer der det brukes tvang og det påvirker miljøet, vil det kunne føre til at det blir vanskeligere å mestre krevende situasjoner uten bruk av tvang, og behovet for bruk av tvang øker.

10.5 Akutt skadeavverging

10.5.1 Generelle synspunkter

Akutt skadeavverging innebærer inngripen for å forsøke å stoppe et handlingsforløp som er i rask utvikling mot en krise der skade ikke lenger kan unngås eller begrenses i vesentlig grad med andre midler. Fokus er rettet mot tiltak pasient/bruker ytre sett motsetter seg. Det kan være tiltak for å avverge intensjonell vold og ødeleggelser eller håndtering av fysisk motverge i forbindelse med å komme pasienten/bruker til unnsetning. Slik motstand kan være et resultat av sterk forvirring, panikk og klaustrofobiske reaksjoner på selve inngrepet, men også faktisk motstand mot å bli reddet. Det kan også være andre forhold. Akutt skadeavverging kan også være rettet mot utallige former for selvskading. Noen former for selvskading kan være helt korte øyeblikk. I andre tilfeller kan selvskading uforstyrret vedvare over lang tid. Begge varianter kan ha alvorlige skadekonsekvenser.

Redegjørelsen her fokuserer utelukkende på virkninger av akutt skadeavvergende tvangsbruk, som betyr at forebyggende tiltak og andre løsninger – inkludert mindre inngripende tiltak – ikke drøftes inngående her.

I psykisk helsevern oppstår en del konflikter som utvikler seg til alvorlige situasjoner der inngripen er uunngåelig. Situasjoner der personalet legger hånd på pasientene, har høy risiko for skade fordi det ofte eskalerer bruken av fysiske virkemidler både fra pasient og personell. Lugging, klyping, hardhendt behandling, nedleggelse i bakken og fysiske skader er rapportert i Norge og utlandet i forbindelse med tvangsbruk og fysisk makt.

I de kommunale omsorgstjenestene er det brukere med sammensatte og kompliserte tilstander. Hjernen og resten av kroppen kan være rammet av skader, tilstander og sykdom på svært forskjellige måter. Behovene varierer mye, og det er ikke sikkert at man har lyktes med å skape optimale leveforhold for den enkelte. Når individuelle behov og ønsker ikke blir forstått eller imøtekommet, kan det bidra til at skadevoldende atferd oppstår. Noen har også store atferdsforstyrrelser som går ut over grunnleggende behov. Forsøk på å gi disse personene nødvendig struktur og behandling kan resultere i svært problematiske reaksjoner. Årsaker og omfang av atferdsmessige problemstillinger er veldig individuelt, noe som også gjenspeiles i mangfoldet av tiltak i vedtak om tvang og makt etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9.

Selvskading er hvilken som helst atferd personen retter mot seg selv med skadepotensial pga. frekvens eller intensitet. Fra psykisk helsevern er dette pasienter som aktivt påfører seg selv sår, smerter og skade på sin egen kropp. Alvorlighetsgraden er ulik og forekommer med og uten suicidal hensikt. Noen skader seg ofte, andre gjør det en gang. Selvskading innebærer

⁶⁸⁷Glasberg mfl., 2006

vanligvis kutting og risping. Noen brenner seg, biter eller slår seg selv. Andre svelger ufordøyelige stoffer, som for eksempel glass, eller de tar overdoser.⁶⁸⁸

I de kommunale tjenestene er problemstillingen først og fremst kjent hos brukere med utviklingshemning og/eller autisme. Selvskading dreier seg her ofte om hodedunking, slag i ansiktet og andre kroppsdelar, dunke kroppen eller deler av den mot harde overflater, biting i hud og lepper, skrape eller plukke i huden, rive av hår / trekke negler.

Selv om atferden er lavfrekvent og kortvarig, kan selvskading ha et alvorlig skadepotensial. Et sted mellom 4 og 14 prosent av personer med utviklingshemning har selvskadingsproblematikk, hvorav 13 prosent benytter mekaniske tvangsmidler for å forhindre skader. Armskinner er det vanligste tiltaket. Blant barn med utviklingshemning som utviser selvskadende atferd, har anslagsvis 5 prosent vanligvis eller av og til mekaniske tvangsmidler for å forhindre skader.⁶⁸⁹

I psykisk helsevern er pasienter med selvskading vanligvis i 20–30 årene, og selvskading er mer utbredt blant jenter enn gutter.⁶⁹⁰ Det oppleves å være en økende problematikk innen psykisk helsevern, men uten sikre prevalenstill.

Opplæring, prosedyrer, kompetanse, personlig kjennskap gjennom langvarig oppfølging og dokumentasjon av hendelser andre kan lære av, kan redusere skadevoldende hendelser betraktelig, men sjelden eliminere risikoen helt. Personalet kan heller ikke alltid trekke seg, av ulike grunner:

1. Store materielle ødeleggelser, og/eller fare for at denne atferden skader personen.
2. Selvskadingen har ikke sosial årsak, dvs. skjer uavhengig av kontekst.
3. Angrep rettet mot 3. personer forventes å avverges av ansvarlig helsepersonell.
4. Volden kommer brått og plutselig. Frigjøringsteknikker svikter. Helsepersonell kommer seg ikke løs fra pasienten / brukers grep.
5. Rømme unna situasjonen bidrar til å opprettholde et skadevoldende atferdsmønster eller etterlater pasienten/bruker i fare.

Dersom det lar seg gjøre, skal helsepersonell trekke seg ut av situasjoner som er i ferd med å eskalere mot en nødsituasjon, eventuelt rømme unna om den inntreffer brått og voldsomt. For enkelte pasienter og brukere kan imidlertid manglende inngripen bidra til så løse rammer at det totale omfanget av slike hendelser øker. For noen er det også nødvendig at personalet er til stede med ro og trygghet, slik at opplevd kaos og forvirring ikke fører til at de mister helt kontrollen over seg selv. I disse situasjonene er det høy risiko for feilvurderinger, og nødsituasjoner kan fort oppstå. Hverken å trekke seg helt unna eller å være til stede i konfliktfylte situasjoner kan standardiseres, men vil være preget av faglig skjønn i hvert enkelt tilfelle som oppstår. Slike vurderinger krever solid kompetanse og erfaring med personer som opptrer aggressivt, truende og voldelig.

Å bryte en læringshistorikk med vold og annen utfordrende atferd kan også innebære at personalet ikke bør trekke seg helt unna når atferden oppstår. Det vil f.eks. gi svært dårlig prognose

⁶⁸⁸ Lunde og Hem, 2009

⁶⁸⁹ Jones mfl., 2007

⁶⁹⁰ Ystgaard mfl., 2003; Madge mfl., 2008

å lære et barn med alvorlig utviklingshemning enkle kommunikasjonsferdigheter, slik som tegnet for «nei», om tilsvarende funksjonell selvskading tas hensyn til på samme måte. Lignende dilemmaer kan også personalet stå i overfor voksne med utviklingshemning, som f.eks. protesterer i form av selvskading mot helt nødvendig stell. I psykisk helsevern for voksne og innen rusomsorgen vil det også kunne være viktig i noen tilfeller ikke å la seg affisere av truende pasienters opptreden. I barne- og ungdomspsykiatrien vil det kunne være elementer av barneoppdragelse hvor utfordrende atferd må overses i et forsøk på å erstatte slik atferd med prososiale ferdigheter. Slike situasjoner og målsetninger er faglig og etisk utfordrende og stiller særlige krav til faglig metodikk, tilnærming, åpenhet og systematisk evaluering.

Helse- og omsorgstjenesten er med 29 prosent av totalandelen den sektoren Arbeidstilsynet mottar flest meldinger om vold fra. Vernepleier/sosialarbeider er den mest representerte yrkesgruppen foran politi og vektore. Arbeidstilsynet skal ha melding dersom skaden fører til langvarig arbeidsudyktighet. I perioden 2000–2014 har det vært to voldshendelser mot helse eller omsorgspersonell med fatalt utfall.⁶⁹¹

Selvskadingsproblematikk er ofte kronisk, og ved utviklingshemning vil problematikken sjelden forsvinne helt. Det trengs derfor gode reaktive strategier i kombinasjon med proaktive for å unngå alvorlige skader. Noen må ha mekaniske tvangsmidler til enhver tid for å unngå alvorlige skader. Blir ikke selvskadende atferd behandlet eller stoppet, vil det medføre alvorlige konsekvenser for den som utviser atferden. Bruk av skadeavvergende tvang er dermed forholdsvis vanlig overfor denne gruppen. Skader som følge av atferden kan dreie seg om kuttskader, blåmerker, benbrudd, hodeskader som følge av støt mot harde eller spisse flater og irreversible syns- og hørselsskader.

10.5.2 Effekt og bivirkninger av gjennomføring med tvang

Skadeavverging er generelt forbundet med risiko for skader både på personalet og bruker. Faren for skader er åpenbart størst i forbindelse med forsøk på å få kontroll over situasjonen. Studiene som finnes om effekt av tvangsbruk, er kvalitative og rapporterer om alvorlige bivirkninger av tvangstiltakene.

Det finnes ingen bred felles enighet hverken nasjonalt eller internasjonalt om hvilke manuelle skadeavvergende teknikker som er sikrest og mest effektive. Det vanligste skadeavvergende tiltaket i nødssituasjoner overfor brukere med utviklingshemning er manuell stopping og føring. Et annet tiltak er skjerming, som innebærer å trekke seg ut fra situasjonen som har oppstått og holde tjenestemottaker inne bak en låst (eller av manuell kraft lukket) dør. I den kommunale omsorgen er det ikke tillatt med mekaniske tvangsmidler for å håndtere nødssituasjoner, med unntak for å forhindre selvskading hos tjenestemottakere som har en utviklingshemning.

I psykisk helsevern er bruk av belteseng og intramuskulærinjeksjon (benzodiazepin eller anti-psykotika) de mest inngripende tiltakene for å håndtere nødssituasjoner. Isolat benyttes også noen få steder og regnes som svært inngripende. Holding blir ansett som mindre inngripende tiltak, men i denne kategorien kan også fysisk nedleggelse inngå. I forbindelse med beltelegging og isolat vil det ofte være nødvendig med føring. Situasjoner som krever raskt oppnåelse av kontroll, vil i alle tilfeller også kunne bety at personen først immobiliseres liggende fastholdt på golvet. Det finnes her i landet ingen oversikt over hvor ofte eller hvordan pasienter i

⁶⁹¹Tall fra Arbeidstilsynet, 2017

psykisk helsevern blir tatt hånd om i forkant av en beltelegging, og heller ikke hvordan holdning konkret gjennomføres.

10.5.2.1 *Effekt av tiltakene*

Skadeavvergende tiltak i nødssituasjoner skal opphøre eller forhindre at personen skader seg selv eller andre, samt redusere aggresjon. Utvalget har ikke funnet kontrollerte studier som vurderer denne effekten.⁶⁹² Det finnes dermed ingen studier som kan gi informasjon om hvor effektive de ulike tvangstiltakene er, og om andre løsninger enn tvang oftere eller sjeldnere fører til skader.

10.5.2.2 *Bivirkninger av tiltakene*

Studier fra England innen psykisk helsevern viser at episoder med bruk av skadeavvergende tvang resulterer 12 til 40 prosent skader på personalet, mens andelen er 5–7 prosent på pasienten.⁶⁹³ Tjenesteytere til personer med psykisk utviklingshemning er opptil fire ganger mer utsatt for slike skader enn i andre omsorgsyre.⁶⁹⁴ I en studie som omhandler brukere med psykisk utviklingshemning, ble personalet pådratt mindre skader som følge av brukers atferd i 50 prosent av tilfellene med skadeavvergende bruk av tvang, mens fysiske skader på bruker ikke ble observert.⁶⁹⁵

Tvang gir risiko for skader på behandlingsrelasjonen. Negative effekter kan trolig i noen grad repareres gjennom aktiv og omsorgsfull oppfølging av personellet. Selv om behandlingsrelasjonen kan bli belastet ved bruk av tvang, blir den ikke nødvendigvis ødelagt eller uopprettelig skadet.

10.5.2.2.1 *Generelt*

I forsøket på å få kontroll vil det være fare for høy grad av affekt hos personell, som kan føre til hardhendt og smertefull maktbruk. Dette kan dreie seg om nedleggelsesteknikker med fritt fall til golvet, og bøying av ledd og strekking av sener i forsøket på å få kontroll. Hos pasienten/bruker vil redsel og panikkreaksjoner være en hovedregel, som kan ha en opplevelse av å kjempe for livet. Personell som er i slike situasjoner, må forventes å holde hodet klart med lav affekt, men redsel og panikk kan inntreffe. Særlig gjelder dette hos personell som ikke har trening og erfaring med skadevoldende nødssituasjoner, men noen hendelser er uansett så skremmende og potensielt farlige at enhver ville bli redd. Det kan føre til måter å opptre på som eskalerer konflikten, og et kaotisk situasjonsbilde med større fare for uønskete hendelser.

Redusert toleranse og beskyttelsesmekanismer må tas hensyn til. I en studie fra England oppgis arm- og skulderskader å være den mest rapporterte skade på bruker i forbindelse med bruk av skadeavvergende teknikker.⁶⁹⁶ I artikkelen redegjøres det for at personell må være gode på

⁶⁹²Se også Sailas og Fenton, 2012

⁶⁹³Lovell mfl., 2015

⁶⁹⁴Johnson, 2012

⁶⁹⁵Mérineau-Côté og Morin, 2013

⁶⁹⁶Hollin og Stubbs, 2011

teknikker, men i kaotiske situasjoner kan det skje at man i hovedsak bruker styrke og kroppsvekt. Det vises til en betydelig mengde fysisk kraft som utøves av alle parter i slike situasjoner. Når pasient eller bruker kjemper intenst imot, kan det skje at skulderleddet havner i utsatte stillinger. Brukere/pasienter som man vet at kan komme i slike situasjoner, anbefales å bli undersøkt av fysioterapeut for å fange opp de som er sårbare for å pådra seg skader. Dette bør få følger for valg av teknikk. Generelt bør bevegelser som tar leddet til ytterstilling, unngås dersom det er mulig. Utad- og innerrotasjon øker sannsynligheten for skader.

Det er påvist høyere forekomst av hypermobilitet hos personer med psykisk utviklingshemning. Mange personer tar heller ikke hensyn til smerter eller har nedsatt smertefølelse. I tillegg kan det være benskjørhet som en følge av medisinbruk, dårlig kosthold og fysisk inaktivitet. Dette kan gi lettere skader.

10.5.2.2.2 Særlig om mageleie som skadeavvergende tiltak

Det finnes ingen sikre nasjonale tall på hvilken måte skadeavvergende nedleggelse blir gjort på. Det kan være liggende på rygg, sideleie eller magen. Mageleie har fått internasjonal oppmerksomhet som en potensielt livstruende farlig posisjon. Ved litteratursøk på skadevirkninger av tvangsbruk dreier studier seg derfor særlig om dette tiltaket.

Samordningsrådet for arbeid for mennesker med utviklingshemning (SOR) advarer mot skadeavvergende mageleie og ønsker et forbud.⁶⁹⁷ Det ble vist til at mageleie er farlig, fordi det kan hindre pust og hjertefunksjon. Personer har dødd når de har blitt holdt i mageleie.

Asphyxia er én av mange risikofaktorer her. SOR viste særlig til en sak i USA hvor en 26 år gammel mann døde etter å ha blitt lagt i bakken av politiet med ansiktet ned og påsatt håndjern. Artikkelen henviser også til den såkalte Obiora-saken i Trondheim i 2006, der en mann døde i forbindelse med å ha blitt lagt i mageleie av politiet.

På bakgrunn av bekymringsmelding fra SOR ba Helse- og omsorgsdepartementet Helsedirektoratet om å vurdere helse- og omsorgstjenestens praksis i Norge med hensyn til bruk av mageleie som tvangstiltak hos personer med utviklingshemning. Helsedirektoratet kunne ikke finne dokumentasjon på alvorlige personskader eller dødsfall som en følge av bruk av mageleie. I direktoratets notat poengteres det at personskader kan ha skjedd, men at dødsfall ville ha blitt tilsynssak og politisak. Slike hendelser skal ikke være innrapportert til fylkesmannen / Helsetilsynet. Det ble også gjort tilsvarende søk hos Norsk Pasientskadeerstatning uten funn.

I Politidirektoratets rundskriv om Halsgrep, mageleie, pågripelse/innbringelse og transport av arrestanter mv. presiseres viktigheten av å følge med på åndedrett og respirasjon når mageleie er gjennomført som et nødtiltak. Det står at «agiterte og kjempende personer har stort behov for oksygen, som en naturlig følge av sin intense aktivitet. Manglende tilførsel av oksygen kan i verste fall medføre respirasjonsstans, bevisstløshet og død». Politidirektoratet har derfor funnet det nødvendig å legge føringer for bruken av mageleie til de situasjoner hvor det framstår som absolutt nødvendig for å få kontroll på en kjempende person. Så snart den pågrepne er påsatt håndjern eller man har fått kontroll på den pågrepne på annen måte, skal mageleie opphøre.⁶⁹⁸

⁶⁹⁷SOR, 2013

⁶⁹⁸Politidirektoratet, RPOD-2007-11

Det er imidlertid gjort noen studier som har undersøkt betydningen av utfallsposisjon under pågrepelser med motstand. Disse gir ikke støtte til at mageleie er fagligere enn andre måter å immobilisere på.

En studie fra Canada gikk gjennom 4028 arrestasjoner hvor det ble brukt fysisk makt.⁶⁹⁹ Målet med studien var å finne ut om posisjonen under arrestasjon hadde betydning for «sudden death». I 2000 av arrestasjonene ble den mistenkte lagt i mageleie. Det var ett dødsfall blant de 4028 tilfellene med fysisk makt, men dette var ikke i mageleie. Det anslås som et «verste fall scenariet» at 99,8 prosent vil overleve en arrestasjon med fysisk maktbruk uansett posisjon.

I en annen studie fant Ross at mageleie er en ofte brukt metode i politiet for å ta kontroll over en voldelig og kjempende arrestant. Politiet lå med vekten sin over ryggen til den arresterte i 1–5 minutter i 1085 tilfeller. Ingen døde og 80 prosent kom fra det uten skader.⁷⁰⁰ Vilke fant et dødsfall når den pågrepne lå i sideleie. Denne metoden hadde også størst risiko for skader på den pågrepne, sammen med å ligge på ryggen. Mageleie hadde større risiko for skader sammenlignet med sittende posisjon, men var forbundet med færre skader enn rygg og sideleie.⁷⁰¹

Hovedregelen overfor personer med utviklingshemning er at bruk av mekaniske tvangsmidler kun kan benyttes for å forhindre selvskading. Det betyr i prinsippet at de kan bli holdt fast kjempende i liggende posisjon i timevis, til forskjell fra arrestasjoner der fysisk maktbruk er nødvendig først og fremst inntil den pågrepne er påsatt håndjern. Studier fra arrestasjoner har dermed begrenset generaliseringsverdi når noen blir liggende i denne posisjonen over lang tid.

En amerikansk studie viste at i en tiårsperiode var det 45 dødsfall hos utagerende barn og unge, og at 27 av disse skjedde i forbindelse med mageleie.⁷⁰² Ifølge Winston, Fleisig og Winston var imidlertid spesielle omstendigheter trolig årsak til de fleste av de 27 dødsfallene: I sju tilfeller lå flere oppå overkroppen til den som lå i mageleie, i seks tilfeller hadde den som lå i mageleie, armene i kryss foran brystet (basket hold), i fire tilfeller satt noen oppå personen, og i to tilfeller ble det i tillegg brukt et slags kvelertak (choke hold).⁷⁰³ I de fleste tilfellene ble blå hudfarge, oppkast og klaging over pustevansker ignorert. Når det gjelder basket hold, er den metoden beregnet på stående stilling. Faren med den i mageposisjon er at den begrenser pusten ved å presse mot brystkassen og til dels mot buken. Nunno med flere hadde bare tilgang til hendelser som hadde fått mediaomtale i perioden 1993–2003 (det fantes ingen register via myndighetene).⁷⁰⁴ Det faktiske antallet dødsfall knyttet til håndtering av utage-

⁶⁹⁹Hall mfl., 2015

⁷⁰⁰Ross, 2015

⁷⁰¹Vilke, 2014

⁷⁰²Nunno mfl., 2006

⁷⁰³Winston mfl., 2009

⁷⁰⁴Nunno mfl., 2006

rende barn og unge i USA var dermed trolig høyere enn tall studien oppgir. Samtidig ville re-ell forekomst uansett ikke vært overførbart til norske forhold. Blant annet døde et barn på 6 år under «terapeutisk holding». En slik tvangsbruk har ingen evidens som behandlingsform, og er i alle tilfeller uverdigg behandling og strengt forbudt i Norge.

Selv om det i Norge ikke er dokumentert dødsfall som en følge av passifisering i mageleie, er det altså dokumentert en risiko for pusteproblemer og surstoffmangel, bevisstløshet og død under visse forutsetninger ved mageleie. Det er derfor særdeles viktig med kyndig opplæring i skadeavvergende teknikker og risikoer forbundet med bruken.

Manglende regulering og rutiner for bruk av mageleietechnikken er en risikofaktor. På den andre siden kan et mindre effektivt skadeavvergende tiltak øke redsel hos tjenesteyterne. De som må avverge skade, kan begynne å improvisere dersom planlagt skadeavvergende tiltak ikke fungerer. Det kan medføre fare for å gjøre restriktive inngrep på amatørmessige og i verste fall farlige måter. Det er også et moment at fysisk maktbruk hvor det er sterk motstand ofte uansett ender i mageleie.⁷⁰⁵ Dette er naturlig på grunn av kroppens anatomi. Det vil da kunne skape mer uro og aggresjon å forsøke å endre posisjonen. Hensynet til minst mulig inngripende tiltak må altså balanseres med personalets rett til å bli vernet mot vold. Teknikker må være gjennomførbare og gi tilstrekkelig kontroll over nødsituasjonen.

10.5.2.2.3 Skadevirkninger av mekaniske tvangsmidler

Muskelatrofi, demineralisering av skjelett, forkorting av sener, nedsatt motorisk utvikling og feilbruk av ekstremiteter er andre følger som kan forekomme pga. den nedsatte bevegelsen mekaniske tvangsmidler gir.⁷⁰⁶ Mekaniske tvangsmidler og verneinnretninger er også assosiert med hindringer eller færre muligheter til å engasjere seg i aktiviteter tilknyttet dagliglivet, utdanning og fritid og kan skape utfordringer i samhandling med omsorgspersoner. Det er naturligvis økt risiko for skader i forbindelse med fall.

Beltelegging innen psykisk helsevern innebærer risiko for fysiske skader og dødsfall hos pasienter i form av dehydrering, sirkulasjons- og hudproblemer, tap av muskelstyrke og mobilitet, inkontinens og dyp venetrombose. I 1998 ble det beskrevet et norsk tilfelle der beltelegging ble etterfulgt av venøs tromboembolisme. Det ble ikke konkludert med at det var en årsaks-sammenheng. I 2011 fikk en pasient hjertestans og døde etter 8 timer i belteseng. Tilsynsrapporten konkluderte med at pasienten ikke fikk forsvarlig oppfølging under belteleggingen da det var kjent at pasienten var en risikopasient. Sekretariatet til Paulsrud-utvalget gjorde en henvendelse til Statens helsetilsyn om dødsfall ved tvangsmiddelbruk i Norge. Der ble det gjort søk i deres database på meldinger etter § 3-3 i spesialisthelsetjenesteloven om dødsfall som følge av bruk av tvangsmidler, og ingen slike meldinger ble funnet.

Tvangslovutvalget gjorde i 2017 en henvendelse til Helsedirektoratet angående meldte hendelser (etter § 3-3 spesialisthelsetjenesteloven) som gjaldt personskade knyttet til bruk av tvang og hendelser som kunne ha ført til skade, hva slags helsetjeneste og tvangstiltak saken var knyttet til, hva som ble utfallet og kort om de nærmere omstendighetene. Det var også ønsket informasjon om hendelser som skyldtes unnlatelse av å bruke tvang. Avvik i forbindelse med beltebruk var beskrevet i 25 av 56 hendelser (i 45 prosent av meldinger der avvik

⁷⁰⁵Remme, 2016

⁷⁰⁶Jones mfl., 2007

var beskrevet). I sju av disse var det beskrevet personskade. Disse hendelsene var i hovedsak knyttet til:

Feil ved utførelse av beltelegging

- pasient ikke forsvarlig sikret eller tilstrekkelig fiksert i belteseng
- belter ikke påsatt riktig
- manglende tilsyn av pasient.

For lenge beltefiksert

- for lang tid i belter på grunn av mangel på korrekt utstyr
- forlenget beltelegging på grunn av tekniske problemer
- store sår etter tvangsmiddelbruk + pneumoni med mulig kobling til hendelsen
- manglende tilsyn mens pasienten lå i belter
- sår på høyre håndledd som følge av lang tid med transportreimer på.

Annet

- mangelfull skjerming av beltelagt pasient fra medpasienter
- pasienten fikk klemte finger under forberedelse av beltelegging
- pasient falt under transport av beltelagt pasient (gående mellom to rom)
- utilbørlig atferd av personale mot beltelagt pasient.

I USA ble det fra 1998 registrert en rekke dødsfall som blant annet skyldtes bruk av tekstiler for å hindre pasienter å bite eller spytte. Dette ble senere forbudt. Nunno med flere⁷⁰⁷ fant at mekaniske tvangsmidler var lavest representert (syv dødsfall) blant tvangsvirkemidlene som forårsaket dødsfall over en ti års periode i USA. Det må igjen presiseres at dette kun var saker som hadde fått medieomtale. Studien er omtalt i punktet om mageleie som skadeavvergende tiltak, jf. 10.5.2.2.2.

Hos noen personer med psykisk utviklingshemning som blir utsatt for mekaniske tvangsmidler, kan det observeres høyfrekvent selvskading med den hensikt at tjenesteyterne skal sette på mekanisk tvangsmiddel. Fenomenet kalles selvhindring («self-restraint»), og er forholdsvis vanlig hos personer med selvskadende atferd. Forekomst spriker fra 12 til 50 prosent i denne populasjonen, sannsynligvis fordi det ikke er en klart definert atferd. Selvhindring kan gå ut på å sitte på armene sine, rulle inn armene i tøy, be om å få på mekaniske tvangsmidler eller å holde fast i noe. Det er vanlig å forstå dette som en form for selvkontroll for å forhindre selvskading, men den eksakte forståelsen er nok mer kompleks. I andre tilfeller kan mekaniske tvangsmidler som forhindrer en bestemt form for selvskading, resultere i annen form for selvskading. For eksempel kan armskinner som forhindrer slag mot hodet, medføre at bruker begynner å dunke kneet sitt i ansiktet/hodet. Mekaniske tvangsmidler kan altså i noen tilfeller etablere annen og mer alvorlig form for selvskading.

10.5.2.2.4 Opplevelse av bruk av tvang

På oppdrag fra Paulsrud-utvalget gjorde seniorforsker Reidun Norvoll ved Arbeidsforskningsinstituttet en gjennomgang av forskningsbasert litteratur om skadevirkninger av tvang. Gjen-

⁷⁰⁷Nunno mfl., 2006

nomgang av kvalitativ forskning om opplevelsen av mekaniske tvangsmidler fant bare 12 fagfelle-vurderte artikler med kvalitative data, hvorav en norsk. Disse dekket flere områder av helsetjenesten enn psykisk helsevern, men fire opplevelsestema gikk igjen i undersøkelsene:

- å ha negativ psykologisk virkning
- å være retraumatiserende
- å representere uetisk praksis
- å bryte ned personens opplevelse av påvirkningskraft.

De rapporterte opplevelsene hadde også noe innslag av forståelse for at noe måtte gjøres i situasjonen, at pleiere hadde vist omsorg under tvangsbruken, og at tvang kunne være rimelig. Den negative psykologiske virkningen besto blant annet av sinne, frykt, maktesløshet, ydmykelse, demoralisering, degradering, umenneskeliggjøring, forlegenhet og identitetskrenkelse. Enkelte informanter brukte sterke språklige bilder som å være naglet til et kors, som et dyr i lenker eller føle seg skitten. Flere av undersøkelsene tydet på at mekaniske tvangsmidler fikk dem til å minnes traumer og vold som de hadde vært utsatt for, blant annet seksuelle overgrep som voldtekt og misbruk som barn. En informant fortalte forskerne at «alt kom tilbake. Jeg følte det faktisk fysisk som jeg ble voldtatt hele den natta». En eldre informant hadde følt seg som krigsfange igjen, mens andre informanter ga mer generelle beskrivelser, for eksempel «føle seg som et offer igjen».

Disse opplevelsene tyder på at mekaniske tvangsmidler innebærer betydelig risiko for negativ psykisk virkning: Alle artiklene Norvoll fant, inneholder opplevelser av at viljen brytes ned, og at mange pasienter innså at de var maktesløse og ikke kunne komme ut av beltene. Etter at de har prøvd å komme seg ut av beltene en stund, beskriver flere informanter at de går tom både for krefter og følelser. En undersøkelse fant at pasientene opplever seg ignorert etter episodene. Også i Norge er det beskrevet at pasienters erfaringer er preget av systemets makt som blant annet innebærer objektivisering av pasienten, avmakt, ensomhet, redsel, retraumatisering og manglende mulighet for bearbeiding.

Bruk av tvangsmidler har ikke bare umiddelbare og kortvarige skadevirkninger, men medfører også fare for langvarige negative virkninger som dårlig selvtilitt, traumatiserende minner, mistillit og skepsis til psykiatrisk behandling og institusjoner, og til og med symptomer på posttraumatisk stresslidelse (PTSD).

I en kontrollert «follow-up» studie ble subjektive opplevelser av tvangsbruk sammenlignet når det gjelder beltelegging og bruk av isolat som skadeavvergende tiltak (truende atferd 65 prosent, resten var situasjoner med fare for pasienten selv eller materielle ødeleggelser med ingen signifikante forskjeller mellom tiltakene).⁷⁰⁸ I den første studien ble det ikke funnet signifikante forskjeller når det gjelder former av negative reaksjoner på tvangsbruken, men i «follow-up»-studien var det en klar signifikant tendens til å evaluere opplevelsen av beltelegging som verre enn isolat. Forfatterne understreker imidlertid at det ble rapportert svært negative følelser omkring hendelsene, og at studien har begrenset generaliseringsverdi fordi pasientene ble rekruttert fra samme sykehus. Mange forhold som sannsynligvis har betydning for opplevelsen av tvangsbruken, varierer mellom sykehus (kontakten med personalet, bygningsmessige forhold, varighet på tvangsbruken osv.). Forekomst av PTSD var lavere enn forventet. 40 prosent var forventet å utvikle PTSD i den opprinnelige artikkelen, men i follow-up-

⁷⁰⁸Steinert, Birk, Flammer og Bergk, 2008

utvalget var det bare 3 personer. I den opprinnelige studien var det 60 som hadde opplevd isolasjon og 48 mekaniske tvangsmidler. 59 prosent deltok i follow-up.

Flere studier viser at opplevelsene av skadelige hendelser ved tvang forsterkes når pasienten samtidig opplever dårlig kommunikasjon med helsepersonellet. Dette kan være ikke å bli forstått eller tatt alvorlig, ydmykelse eller opplevelse av å bli straffet. Negative opplevelser av tvang kan vare flere år etter hendelsen. Norvoll sin gjennomgang av kvalitativ forskning om opplevelsen av mekaniske tvangsmidler fant:

- traume (i diagnostisk forstand), retraumatisering og Posttraumatisk stressyndrom (PTSD)
- krenkelse av autonomi og psykisk og fysisk integritet, samt begrensninger i bevegelsesfriheten (frihetsberøvelse)
- krenkelser, tap av verdighet og opplevelser av straff
- psykisk ubehag i form av skam, angst, sinne, avmakt, depresjon og fall i selvtillit
- sosiale belastninger, skade på sosial identitet og redusert mulighet for senere deltakelse i vanlig sosialt liv
- tap av tilgang til egne mestringsressurser og selvutviklingsmuligheter og
- skade på behandlingsrelasjon og mistillit til psykiske helsetjenester.

En studie fant at kontakt med personalet ble opplevd som viktig for å redusere den negative opplevelsen, men også å ha tilgang til klokke, personlige eiendeler, ha det mørkt under søvn og verdighet når det gjelder forhold knyttet til måltider og toalettbesøk.⁷⁰⁹

Vurderingen av skadevirkninger av tvang avhenger av hvor nødvendig tvangen vurderes. Her vil ofte pasientene ut fra sitt perspektiv og sin erfaring kunne vurdere at alternativer til tvang er mulig, mens helsepersonellets perspektiv, utdanningsbakgrunn og de rammer som eksisterende tjenestetilbud setter, bidrar til at tvang oftere anses som nødvendig.

I en studie fra Canada rapporterte personer med psykisk utviklingshemning at de var triste og sinte etter skadeavvergende tvangsbruk.⁷¹⁰ De fortalte om fysiske og psykiske symptomer i etterkant av tvangstiltak, slik som smerte, angst og sinne som vedvarer. Men de fortalte også at tvangsbruken ble gjennomført for å forhindre at de skadet seg selv eller andre eller for å stoppe utfordrende atferd som var i ferd med å utspille seg, og at tvangsbruken hjalp for å bli rolig. Noen opplevde imidlertid tvangstiltaket som en straff, og mente at tvangsbruken kun gjorde dem enda sintere. Etter tvangsbruken ble det rapportert mer positivt, slik som at de var rolige og glade for at det var over. Samtidig kunne de også fortelle om andre løsninger enn bruk av tvang, selv om personalet mente at tvangsbruken var siste utvei. De mente selv at forbedringer i kommunikasjonen med tjenesteyterne og tid alene for å hente seg inn, kunne bidra til at situasjonen ikke eskalerte. Tilsvarende funn fant NAKU her i landet i sin studie av psykisk utviklingshemmedes egen opplevelse av tvang.⁷¹¹

⁷⁰⁹Steinert, Birk, Flammer og Bergk, 2008

⁷¹⁰Mérineau-Côté og Morin, 2013

⁷¹¹Berge og Ellingsen, 2015

10.5.2.2.5 Om opplæring i krisehåndtering

Det varierer om det er private leverandører eller spesialisthelsetjenesten som gir opplæring til kommunen (som bistand etter helse- og omsorgstjenesteloven § 9-7) i forebygging og håndtering av vold og aggresjon. Noen helseforetak har egne instruktørkurs og har satt opplæring inn i et ledelsesforankret konsept tilpasset sykehusets hverdag. Lignende vil en også finne på kommunalt nivå. Samtidig vil det finnes kommuner og helseforetak som i det hele tatt ikke har satt slik opplæring og trening i et system, og hvor det også varierer hvorvidt det mer tilfeldig er ivarettatt i tjenestetilbudene. Personell gjennomfører skadeavvergende tiltak uten opplæring.

Utvalget er kjent med at personell mener at fokus på minst mulig inngripende tiltak medfører opplæring i teknikker som erfaringsvis ikke er gjennomførbare i reelle nødsituasjoner. Dette blir også rapportert om av helsepersonell i studien til Lovell, Smith & Johnson.⁷¹² På den annen side kan god kontroll gjennom et effektivt tvangstiltak stå i fare for å gi redusert fokus på å unngå bruk av tvang, og at tvangsbruken pågår lenger enn nødvendig. Inngripende tvang kan også framkalle mer aggressiv atferd.

Ved liten tiltro, eller at teknikkene erfaringsvis kolliderer i reelle situasjoner, kan resultatet av slik opplæring bli at teknikker utvikles gjennom konkrete møter med nødsituasjoner. Den enkelte erfaring og eget skjønn blir da grunnlaget for valgt teknikk. Opplæring i skadeavvergende tiltak må derfor i størst mulig grad individualiseres, der hensynet til minst mulig inngripende blir sett i forhold til tilstrekkelig grad av kontroll. I noen tilfeller vil dette hensynet kunne bety at mekaniske tvangsmidler bør benyttes foran manuelle. For eksempel kan det være stor motstand under tvangsernæring. Utvalget er godt orientert om at slike situasjoner kan føre til slag og spark mot helsepersonellet som skal gjennomføre prosedyren, og at mekaniske løsninger kan gi større grad av ro og kontroll under prosedyren.

Tid, posisjonering og deeskalerings-teknikker er utvilsomt noe av det viktigste når konfliktsituasjoner har oppstått. Dette må være en viktig del av opplæringen, sammen med generelt forebyggende tiltak. Samtidig kan situasjoner inntreffe der personalet må gripe inn. Skadeavvergende teknikker må derfor også tas på alvor når det gjelder opplæring.

Det er generelt grunnlag for bekymring når det gjelder tjenestenes systemer for opplæring og trening i skadeavverging. Det er også usikkert om det i det hele tatt finnes kontrollrutiner for å sikre samsvar mellom standardisert tiltak og den faktiske utførelsen. Improvisasjon og ureglementerte metoder gjenspeiler ikke en faglig forsvarlig praksis. Det er et dilemma at lav grad av opplevd kontroll vil heve terskelen for inngripen, noe som gir mer tid til å se situasjonen an og legge vekt på deeskalering, men at dette kan øke faren for at skader skjer før eller under inngripen. Samtidig som høy grad av kontroll gjennom et effektivt tvangsmiddel kan senke terskelen for inngripen. Utvalget mener at loven må stille skjerpete krav til kompetanse og opplæring, samt strengere materielle og prosessuelle vilkår for beslutningen om tvangsbruken.

10.6 Særlig om hvordan tvang virker inn på barn

10.6.1 Kunnskapsgrunnlag

Kunnskapsgrunnlaget om særlige virkninger av tvang mot barn og unge er tynt. Det er vesentlig mindre forskning på dette feltet enn tilsvarende for voksenbefolkningen. Internasjonalt er

⁷¹²Lovell mfl., 2015

barnefeltet ulikt organisert, med forskjellige lovverk, kontrollrutiner, omfang og behandlingsform. Når undersøkelser derfor viser store ulikheter mellom land, er det uvisst hva ulikhetene skyldes. For eksempel har Norge, Finland og Australia svært ulike forekomster av kortvarig fastholding som tvangstiltak.⁷¹³ Det tyder på at tiltaket brukes som reaksjon på ulike situasjoner, på ulike pasientgrupper og antagelig med ulik effekt. Derfor kan man forvente at dette gir ulike opplevelser av fastholding i de ulike landene, uten at det er klart hva som gjorde opplevelsene ulike. Dermed bør man være varsom med å direkte overføre konklusjoner fra internasjonale studier av virkning av tvangsbruk til norske forhold. I den følgende gjennomgangen vektlegges nyere norske undersøkelser av tvangsbruk. Fire studier av opplevelsen og virkningen av å behandles med tvang i norsk helsevesen for barn og unge blir vektlagt, da de vurderes å være de mest omfattende og metodisk tydeligste av den kjente forskningen. Studiene går inn på tvangsupplevelser fra både frihetsberøvelse, tvangsbehandling og tvangsmiddelbruk.

1. Grenseløs omsorg (2015). Barneombudet har intervjuet 51 barn og unge innlagt i institusjoner innen psykisk helsevern og barneverntjenesten og i fosterhjem om deres opplevelse og erfaring med tvang, samt intervjuet ansatte og studert dokumenter og rapporter hos fylkesmenn og kontrollkommisjoner. Deltakerne er ikke valgt ut for å utgjøre et representativt utvalg, men rapporten gir likevel ett av få omfattende innsyn i barns opplevelse, særlig fordi den undersøker barn på samme måte som får hjelp fra psykisk helsevern og barneverntjeneste, og finner lignende tilstander og samme problematikk på tvers av tjenester.
2. Nytingnes et al., (2018) har gjort kvantitative undersøkelser av et utvalg av opplevelsene til 96 ungdommer innlagt i 10 ulike akutt- og subakuttinstitusjoner innen psykisk helsevern.
3. PET (Norvoll og Pedersen, 2017): Senter for medisinsk etikk har gjennomført en omfattende kvalitativ undersøkelse av opplevelse av tvang i psykisk helsetjeneste, der en stor andel av deltakerne var unge (i alderen 16 til 21 år), med semistrukturerte intervjuer om deres erfaringer fra BUP-feltet.
4. «Hvis jeg var ditt barn» (2019). Forandringsfabrikken kunnskapssenter har gjennomført en kvalitativ undersøkelse basert på samtaler om opplevd tvang med 63 unge (13 til 21 år) der de fleste har vært innlagt i sengepost innen psykisk helsevern.

10.6.2 Effekt og bivirkninger av gjennomføring med tvang overfor barn og unge

10.6.2.1 Hovedeffekt av tvang

Biering (2010) har i en oversiktsartikkel gått igjennom internasjonal forskning på pasientopplevelser fra barn og unge ved tvungen psykiatrisk behandling. Hans hovedfunn er at det er lite, spredt og dårlig samordnet forskning, uten enighet om gyldige måleinstrumenter. Han understreker at en bør skille mellom foresattes vurderinger av tvangsbruk og de unges, da de har ulike kriterier.

Spesielt for barnefeltet er uformell tvang av barn som på grunn av sin alder ikke har beslutningskompetanse. Formell tvang innebærer særlig å overvinne motstand mot behandling hos barn over 16 år, samt tvangsbruk uansett alder. I tillegg skjer behandling av barn under 16 år som ikke ønsker behandlingen, men der foreldrene samtykker på deres vegne. Dette fanges

⁷¹³Furre mfl., 2016

ikke opp som formell tvangsbehandling, men kan gi lignende krenkende opplevelse av ikke å kunne nekte uønsket helsehjelp. I det følgende beskrives opplevelse og virkninger av både formell og uformell tvang.

Det er ikke kjent noen norske empiriske undersøkelser av hvor virksom tvangsbehandling er for barn og unge. Situasjonene som utløser tvang er svært ulike ved forskjellige problemstillinger, derfor vil hensikten og målene som forventes oppnådd også være ulike. Grad av måloppnåelse ved tvangsbehandling av barn og unge er ikke del av offentlig statistikk eller kjent forskning.

10.6.2.2 *Bivirkninger av tvang*

I PET-undersøkelsen angir noen ungdommer tap av anseelse og selvrespekt, familiekonflikter og tap av venner som følge av opplevd tvang. Dette gjelder både frihetsberøvelse og tvangsbehandling, eventuelt med tvangsmidler. For enkelte beskrives det som en avgrenset periode som hadde gått greit, for andre som et stort traume som satt i flere år etterpå. Flere forteller at de hadde vært svært redde ved innleggelsen og opplevd seg små og ensomme før de ble mer kjent med helsepersonell og medpasienter og mer vant til avdelingen. Tvang beskrives også som sjokkartet og kunne fremstå som uvirkelig, siden de ikke hadde trodd de ville bli utsatt for tvang. Dette virker særlig nærliggende for førstegangsopplevelser av tvangsbehandling for unge. Andre beskriver tvangsbruken som trygghetsskapende, som tegn på at noen brydde seg om dem.

Undersøkelsen fant som et særtrekk ved fortellingene at de unge relativt raskt «vente seg» til frihetsberøvelse og til sykehusinstitusjonen. Noen unge med langvarige innleggelser omtalte dette som å bli «institusjonalisert». Dette var kjennetegnet av passivisering, at verden utenfor institusjonen ble fjern, eller at man hadde blitt mer redd for å delta på vanlige sosiale arenaer, som å gå på kjøpesenteret, selv om man ikke hadde hatt sosial angst før innleggelsen. Noen hadde også gitt opp å motsette seg tvangsbehandlingen selv om de fortsatt var imot. Samtidig sørget de over tapt ungdomsliv og opplevelsen av å bli sittende fast der venner og skolekamerater gikk videre i livet. I dette perspektivet kan frihetsberøvelse og institusjonsliv tenkes å gi mer alvorlige langtidsvirkninger for ungdommer enn for voksne, i form av svekket autonomiutvikling, selv om de i mindre grad motsetter seg det.

Grenseløs omsorg-rapporten mener det får alvorlige følger for barn som har behov for hjelp fra både psykisk helsevern og barneverntjenesten, at ikke tjenestene er bedre samordnet. Noen barn flyttes mye mellom de ulike tjenestenes institusjoner, som ikke forstår problematikken likt. Tjenestene risikerer å gi motstridende hjelp, basert på ulike faglige oppfatninger. Lovverkenene har ikke klar avgrensning av sine virkeområder, og det virker heller ikke mulig å få til en slik avgrensning, da emosjonelle vansker og problemer i familiesituasjonen ikke entydig kan skilles fra hverandre. NOU 2016: 16 gir forslag til ny barnevernlov, der det anbefales en «barnevernhelsereform» for å avklare ansvarsforhold og få til en bedre samordning mellom barnevern og psykiske helsetjenester, samt rusomsorgen.

Forandringsfabrikken: I undersøkelsen beskrives det at tvangssituasjoner kan gjøre at barna føler seg farlige eller vanskelige, og at det kan gi dem et annet syn på seg selv og kroppen sin. De kan føle seg verdiløse, miste respekt og grenser for egen kropp, og de kan miste tillit til de voksne som bruker tvang. Rapporten tar særlig sterk avstand fra mekaniske tvangsmidler og tvangsmedisinering, som ungdommene beskriver som sterkt traumatiserende og skadelig for tillit til behandlingen.

10.6.2.3 Unges validering av tvang

Ungdom som gruppe viser svakere forståelse for årsakene til andres handlinger (mentaliseringsprosess) enn voksne. Voksne kan i etterkant uttrykke enighet med at tvangsbruk mot dem var riktig. Ungdom med svak mentalisering vil i mindre grad kunne sette seg inn i andres beslutningsprosess og være enige i at tvangsbruk mot dem var riktig. Guarda med flere viser hvordan ungdom i mindre grad enn voksne endrer holdning til tvangsbehandlingen de utsettes for.⁷¹⁴ Dermed blir det svakere etisk legitimering i etterkant, og flere ungdommer vil oppfatte at de var utsatt for et tvangsovergrep. Forandringsfabrikkens rapport kommer med mange eksempler på at ungdommene ikke forstår hvorfor tvang blir anvendt mot dem, oppfatter de voksne som slemme og føler seg sviktet av dem som skulle hjelpe dem. Furre mfl. viser at det er en liten gruppe ungdommer med dårlig psykososial fungering og lav grad av medvirkning som utsettes for en stor andel av tvangsbruken fra hjelpeapparatet.

Pasienter har ulike synspunkter på hvorvidt de sier seg enige i tvangsbruk i etterkant, og det er grunn til å tro at ulike lands helsesystemer vil gi ulik opplevelse.⁷¹⁵ Mange er likevel kritiske til måten tvangen skjer på, og prosessen som leder fram til tvangsbruk. Som kjent fra voksenfeltet, blir anerkjennende og proporsjonal tvangsbruk som oppleves hjelpsom, vurdert å være mindre krenkende enn der det motsatte er tilfelle.

Anoreksibehandling forekommer både som uformell tvang for barn under 16 år og som formell tvang etter fylte 16 år. Nytingnes mfl. påviser at unge oppfatter uønsket anoreksibehandling som svært inngripende. Noen unge mener i etterkant at bruk av tvang ved anoreksi var riktig hvis situasjonen var livstruende.⁷¹⁶ Kvaliteten på relasjonene med familien og helsepersonell er av stor betydning for pasientens tvangsopplevelse. Pårørende var i undersøkelsen noe mer positive til tvangsbruk enn pasientene og oppfattet den som mer nødvendig. De fant det mest problematisk når det var uklart om tvangsbruken var til hjelp og når det virket som tvangsbruk og behandling hadde dårlig kvalitet.

Grenseløs omsorg: Svært få barn får prøvd sine saker i kontrollkommisjonene. Dette kan skyldes manglende informasjon, eller at ordningen framstår fremmed og utilgjengelig, eller at barn ikke tror det har noen hensikt å klage. Saksbehandlingstid og lav grad av medhold oppgis som grunner til å ikke klage.

Forandringsfabrikken foreslår at barns egen opplevelse av tvangsepisoder bør komme tydeligere fram i dokumentasjonen, og i samtaler med en person barnet er trygg på og helst kan velge selv. Slik kommer tosidigheten i opplevelsene tydelig fram.

10.6.2.4 Unges beskrivelser av opplevd tvang

PET: Deltakerne ga mange eksempler på uformell tvang: trusler og press, som å måtte godta frivillig innleggelse for å avverge tvangsinnleggelse, å godta medisiner, oppsøke BUP uten å ønske det selv eller å følge restriksjoner i husregler som de var uenige i. Konsekvenser kunne være trusler om politibruk eller inndragelse av goder som gåtur eller hjemmebesøk, å miste sertifikat eller nødvendige tillatelser for å kunne jobbe.

⁷¹⁴Guarda mfl., 2007

⁷¹⁵Katsakou mfl., 2012

⁷¹⁶Tan mfl., 2010

Tap av frihet og selvbestemmelse beskrives som særlig viktig for unge pasienter, kjennetegnet ved «det å ikke få lov til noe alene», eller å selv få regulere nærhet og avstand til personalet. Dette gir også manglende muligheter til å delta i normale sosiale aktiviteter som skole, deltidsjobb og å besøke venner og å være hjemme sammen med familien. Det ble beskrevet å ikke få bestemme selv når de ville være på rommet, se på tv eller spise. Tvungen fysisk og sosial passivitet blir beskrevet av dem som har kritisk lav kroppsvekt på grunn av anoreksi. Moses rapporterer tilsvarende fra et stort amerikansk intervjuprosjekt fra unge førstegangsinnlagte, noe som styrker tilliten til de norske studiene.⁷¹⁷

Grenseløs omsorg: Barns opplevelse av fysisk fastholding beskrives tilsvarende innen psykisk helsevern og barnevern: Noen ganger beskrives tvangsbruken forståelig og akseptabel av den unge, andre ganger beskrives det at den unge ikke forstår grunnen eller er enig i virkemiddelet. Det beskrives som inngripende, og kan føre til tillitsbrudd.

Noen få barn utsettes for en stor andel av både fastholdings- og belteleggingsepisodene som forekommer. Disse barna kjennetegnes gjerne av svak psykososial fungering. Det virker sannsynlig at disse i mindre grad forstår grunnlaget for tvangsbruken, og at den dermed får mindre legitimitet, og det skaper en ond sirkel av konflikt, tillitskrise og motstand mot maktbruk. Undersøkelsen av barneverntjenestens institusjoner gir samme funn: Noen få utsettes for mye tvang, og de har ofte psykiske vansker. Her gjøres de samme funn om fotfølging og husregler, som oppfattes inngripende, men i noen grad nødvendig.

Nyttingnes mfl.: I gjennomsnitt opplever utvalget av ungdommer i akuttinstitusjon lignende nivå av tvangsbehandling som i tilsvarende voksengruppe. Ett vesentlig unntak er at unge med psykose i utvalget opplever klart mindre tvang enn tilsvarende voksengruppe.

En tredjedel av pasientutvalget rapporterte høy opplevd tvang, men i gruppen med unge som ble behandlet for spiseforstyrrelse, rapporterte mer enn halvparten høy opplevd tvang.

De viktigste prediktorene for sterkt opplevd tvang er å være under tvangsbehandling, å ha dårlig relasjon til omsorgsgivere og svak psykososial fungering.

Forandlingsfabrikken: Ungdommene i rapporten understreker viktigheten av at de kan oppleve hjelperne som vennligsinnet også når de utøver tvang. Rapporten anbefaler at hjelperne forteller hvorfor de gjør som de gjør i tvangssituasjoner, og at hjelperne deler hvordan det får dem til å føle seg når de utøver tvang. Ungdommene er opptatt av at hjelperne forstår at ungdommene har det vondt, og at utagering er uttrykk for smerte. De påpeker at tvangsbehandlingen fort kan øke smerten, heller enn å dempe den. Noen oppfatter tvangsbruken som straff eller konsekvenser av handlingene deres. De påpeker også effektene av å se tvang bli brukt på andre. De kan både bli bekymret for den andre, og redde for å bli utsatt for lignende behandling selv.

10.6.2.5 Foreldrepress som kilde til opplevd tvang

Spesielt for ungdomsgruppen er at det framkommer to separate kilder til opplevd tvang: fra hjelpetjenesten og fra omsorgsgivere. Foreldrenes rolle som kilde til press om behandling er en vesentlig faktor, og mye kraftigere enn pårørendes rolle for voksne pasienter, gjennom foreldreautoritet og oppdragermyndighet til å fastsette regler i hjemmet og stille krav til barnas atferd og deltakelse i behandling. Nytingnes mfl. fant at frivillig innlagte ungdommer som opplevde sterkt foreldrepress, også opplevde større grad av tvang. Tilsvarende rapporterer Grenseløs omsorg: «De fleste barna ønsket ikke å legges inn, men hadde gått med på det fordi

⁷¹⁷Moses, 2011

foreldrene ønsket det. Ofte var rådet gitt av en lege eller en psykolog.» De fleste endret synspunkt etter hvert, kanskje etter overtalelse fra ansatte.

Noen barn opplever altså at de er utsatt for mye tvang, ønsker ikke behandling og oppfatter at omsorgsgiverne vil at de skal behandles. Denne situasjonen forårsaker familiekonflikt, til belastning for alle involverte.

Omtrent halvparten av utvalget i Nytingnes mfl. mente det var riktig for dem å være i avdelingen.

59 prosent av utvalget uttalte at de ikke ville vise sine primære omsorgsgivere hvordan de hadde det. 39 prosent svarte tilsvarende om tilbakeholdenhet overfor ansatte. 28 prosent svarte at selv om de virkelig trengte støtte, ville det ikke hjelpe å henvende seg verken til foreldre eller ansatte hjelpere.

Barneombudet mener at rettighetene som knyttes til aldersgrenser i psykisk helsevernloven, ikke er i tråd med barns rettigheter etter barnekonvensjonen. Dette gjelder barn under 12 år, som ikke har rett til å uttale seg, barn under 16 år, som er underlagt foreldrenes samtykke og barn over 16 år, som ikke har vern mot mekaniske tvangsmidler.

10.6.2.6 En liten gruppe faller igjennom?

De ulike studiene som er gjennomgått, peker på en gruppe som faller dårligere ut enn de andre, som på tvers av studier kan virke som å være den samme gruppen individer:

- opplever flere innleggelser eller plasseringer⁷¹⁸
- mottar mesteparten av tvangsmiddelbruken⁷¹⁹
- har lite forståelse for grunnlaget for vedtak, slik at det oppfattes mer krenkende, og oppleves som høy grad av tvang⁷²⁰
- opplever at de ikke kan henvende seg til hjelpere eller foreldre for hjelp⁷²¹
- har stor grad av psykiske lidelser, selv hvis de hører til under barnevern⁷²²
- har dårlige sosiale relasjoner og dårlig psykososial fungering⁷²³
- sier ikke ifra om dårlige opplevelser, så de fanges ikke opp av hjelpere eller kontrollorganer, slik det antydtes i Barneombudets påpekning av påfallende lav forekomst av klager fra barn.⁷²⁴

⁷¹⁸Kayed mfl., 2015; Furre mfl., 2016

⁷¹⁹Furre mfl., 2016

⁷²⁰Nytingnes mfl., 2018

⁷²¹Nytingnes mfl., 2018

⁷²²Barneombudet, 2015

⁷²³Furre mfl., 2017; Barneombudet, 2015

⁷²⁴Barneombudet, 2015

Denne profilen er gjenkjennelig fra enkeltsaker i mediene om barn som utsettes for tvang og som ikke oppfatter at tjenestetilbudet er samordnet eller egnet til å hjelpe dem.

11 Relevant nasjonal og internasjonal kunnskap om forebygging av tvang

11.1 Innledning

11.1.1 Å måle effekten av forebyggende tiltak

Å måle effekt av et hvilket som helst tiltak kan gjøres på et utall ulike måter, det gjelder også effekten av forebygging av tvang. Man kan se på hvordan mindre bruk av tvang påvirker pasienters eller brukeres helse på kort eller lengre sikt, pårørendes helse, forekomst av negative hendelser (som vold eller suicid), hva som er økonomisk mest lønnsomt, osv.

Å gå inn på alle disse faktorene ville imidlertid fort bli uoversiktlig, og utvalget har derfor konsentrert seg om det helt grunnleggende – hva sier oppdatert kunnskap om hvorvidt det er mulig å redusere bruken av tvang innen helse- og omsorgstjenesten gjennom forebygging og alternativer. I denne gjennomgangen vil det naturlig også framkomme opplysninger om i alle fall noen av de andre forholdene (for eksempel forekomst av uønskede hendelser) fordi informasjon om dette er en del av de fleste studiene på området.

Selv om helse- og omsorgstjenester som utgangspunkt skal være frivillig, og man har rett til å nekte hjelp, er utgangspunktet for utvalgets arbeid at det benyttes mye tvang mot pasienter og brukere i helse- og omsorgstjenesten. Vi vet også at bruken av tvungen behandling og omsorg ikke er konstant, og heller ikke kan forklares utelukkende ut fra sykdomstilstand eller omsorgsbehov hos pasientene og brukerne. Selv om tjenesteyterne i utgangspunktet sjelden vil si at de benytter «unødvendig mye tvang», har det gjentatte ganger blitt vist at bruken av tvangstiltak kan reduseres betraktelig, uten at det fører til økning i negative hendelser som vold, selvskading eller suicid. Det er også store regionale forskjeller i tvangsbruk. Disse forskjellene kan ikke forklares ved demografiske forhold alene, noe som tyder på at lokale kulturer og holdninger er vesentlig for variasjon i tvangsbruk. Det er også kjent at noen ganger er tvang mer å anse som «standard behandling» enn som «siste utvei».⁷²⁵

Det blir dermed viktig å utforske hva som skiller avdelinger som benytter mye tvang, fra sammenlignbare avdelinger som benytter mindre tvang, samt hvilke strategier som viser seg effektive for å redusere bruken av tvang på avdelingene. Hensikten med dette kapittelet er å vise en gjennomgang av tilgjengelig kunnskap og forskning om hvorvidt tvang kan reduseres, og i så fall hvilke tiltak og strategier som har vist seg å være effektive for å redusere bruk av tvang mot personer i utvalgets målgrupper.

⁷²⁵Webber mfl., 2011

11.1.2 Litteratursøk og analyse av resultater

I samarbeid med Folkehelsebiblioteket har utvalget gjennomført et grundig litteratursøk⁷²⁶, basert på kriterier og spørsmål som framgår av tabell 11.1 nedenfor.

Tabell 11.1 Litteratursøk

Hva er spørsmålet som litteratursøket er ment å besvare?	Spørsmålet i PICO format				Kjente relevante studier
	Population (pasient)	Intervensjon (tiltak)	Comparison (sammenligning)	Outcome (utfall)	
Alternativer til tvang	Alvorlige sinnslidelser, bl.a psykose eller alvorlig anorexia nervosa, selvskading og suicidalitet. – Barn og voksne Kognitive vansker, lærevansker, Psykisk utviklingshemning (inkl Lech-nyhans syndrom, downs, Pader Willi syndrom) autisme, utviklingsforstyrrelser Rusavhengighet, både legale og illegale rusmidler, inkludert blandingsmisbruk og dobbeltdiagnosepasienter Demens og mild kognitiv svikt Barn under barnevernets omsorg (effekt både for barn og foreldre) Uro, farlighet, utagering	Alternativ til tvang			

Totalt ble det 1553 treff. Abstract for alle disse treffene ble lest grundig, og relevansen for spørsmålet om effekt av tvangsreduserende tiltak ble vurdert. Noen artikler var opplagt uaktuelle (for eksempel grunnforskning på rotter), og ble raskt sortert vekk. Artikler som var relevante for temaet, men ikke direkte omhandlet tiltak for å redusere tvangsbruk, ble organisert i

⁷²⁶Det ble søkt i følgende databaser: Ovid MEDLINE(R) Epub Ahead of Print, In-Process & Other Non-Indexed Citations, Ovid MEDLINE(R) Daily, Ovid MEDLINE and Versions(R) <1946 to March 14 2018>. Søkert ble gjennomført 21.03.2018.

egne mapper som bakgrunnsmateriale. Det samme ble gjort med bokkapitler og meningsytninger som ga generelle beskrivelser om hva som antas å redusere tvangsbruk, men uten å komme med klare forskningsresultater.

Det var betraktelig færre artikler som tok for seg barn og personer med ulike typer psykisk utviklingshemning (både barn og voksne), enn artikler med psykiatriske pasienter og/eller eldre som målgruppe. Det ble derfor i noen tilfeller inkludert artikler knyttet til disse målgruppene (barn, mennesker med psykisk utviklingshemning) som ikke ville blitt tatt med i oversikten hvis de hadde omhandlet andre målgrupper, fordi artiklene hadde noe lavere presisjonsnivå.

Det ble identifisert 89 studier som direkte beskrev strategier og tiltak som hadde ført til redusert bruk av tvang. Disse strategiene danner bakgrunnen for resten av dette kapittelet, hvor hver hovedtype av tiltak vil bli beskrevet for seg.

11.1.3 Målgrupper og generalisering

Utvalgets mandat dekker flere ulike målgrupper, og alle ble inkludert i søket. Resultatene fra litteratursøket viste imidlertid en klar overvekt av studier utført på psykiatriske sykehusavdelinger. Det var også en del studier utført på sykehjem og på avdelinger for alderspsykiatri. Det var klart færre studier som var utført i boliger for mennesker med psykisk utviklingshemning og/eller psykiske lidelser eller på rusinstitusjoner. Utvalget fant ingen studier som spesifikt tok for seg gravide rusmisbrukere. Det var også generelt færre studier med barn/unge som målgruppe, selv om det var en del forskning knyttet til ungdomspsykiatriske døgnavdelinger, samt noen studier fra barnevernsinstitusjoner. Tvang i barnevernsinstitusjoner faller utenfor utvalgets mandat, men studiene fra barnevernsinstitusjonene ble likevel funnet relevante i denne sammenhengen.

Disse resultatene gjenspeiler sannsynligvis en generell skjevhet i forskningen, hvor det dessverre er en del områder og persongrupper vi mangler god kunnskap om.

For å bøte noe på denne skjevheten har utvalget som nevnt valgt å inkludere noen artikler som har et noe lavere presisjonsnivå. I tillegg har utvalget noen steder valgt å henvise til mer uformelle beskrivelser av tiltak, for eksempel nettsider og fagtidsskrift. Dette er selvfølgelig ikke ideelt, men er en måte å få inkludert kunnskap som det er vanskelig å finne gode, vitenskapelige kilder til.

Samtidig er det all grunn til å anta at de tiltakene som viser seg å gi redusert bruk av tvang innen psykiatri og eldreomsorg, også er gyldige og overførbare til de andre målgruppene. Det typiske med disse tiltakene er at de stort sett beskriver overordnede strategier og organisering, og i liten grad er knyttet spesifikt opp mot pasientenes sykdom, symptomer eller funksjon. Hovedfunnet er at det ikke er pasientene eller brukerne som må endre seg for at vi skal bruke mindre tvang, men organiseringen av tilbudene. Informasjon fra de mer uformelle kildene bekrefter også at de benytter lignende typer av tiltak som de som er beskrevet i artiklene. Det er dermed all grunn til å anta at funnene fra den forskningen som foreligger, med noe tilpasning, vil være aktuelle for alle målgruppene, uavhengig av diagnose og tjenestested.

11.2 Typer av tvangsreduserende tiltak

Utvalget vil i det følgende gå gjennom de ulike typene av tvangsreduserende tiltak som framkom i litteraturgjennomgangen, og beskrive dem kort.

11.2.1 Lovgivning, ledelse og retningslinjer

I svært mange av forskningsartiklene var det tydelig at en reduksjon av tvangsbruk begynte med en bestemmelse om å redusere tvangsbruken. Når ledelsen, enten det var den lokale ledelsen på en avdeling eller et sykehus eller de sentrale helsemyndighetene, endret lover og retningslinjer, slik at det ikke lenger var samme aksept for tvangsbruk, ble bruken av tvang redusert. Selv om retningslinjene hele tiden har vært at tvang skal benyttes som «siste utvei», ble det ikke fulgt alle steder, noen ganger ble tvang mer et rutinemessig tiltak.⁷²⁷ Når dette blir tatt tak i og det kommer tydelige føringer om at det er ønsket at tvangsbruken reduseres, fører dette som regel til endringer.

11.2.1.1 Lovgivning, nasjonale program

Endring av lovgivning kan føre til betydelig reduksjon av tvangsbruk. I Irland ble det i 2011 innført en ny lov, Mental Health Act (MHA), som ga nye regler for bruk av tvang.⁷²⁸ Undersøkelser av tvangsinnleggelser ved et bestemt sykehus før og etter den nye loven viser at det i de to årene før innføringen av loven ble innlagt henholdsvis 94 og 70 pasienter med tvang hvert år. I de to årene etter innføringen av loven ble det tvangsinnlagt 40 pasienter per år.⁷²⁹ Gjennomsnittlig varighet på innleggelsene ble redusert fra 68,9 dager før innføringen av MHA til 24,9 dager etter innføringen av MHA.

Også en omfordeling av ressurser og/eller omorganisering av tjenester kan føre til endringer i bruk av tvang. Et eksempel på dette er innføringen av loven om psykisk helsevern i delstaten California i USA (MHSA)⁷³⁰. MHSA innebar overføring av midler fra sykehus til lokale helsetjenester, med spesielt fokus på å tilby tilpassede og omfattende tjenester til de aller sykeste pasientene. Etter denne omprioriteringen av midler, fra sykehus til frivillige, pasientnære tiltak, sank henvisningen til tvungen 14 dagers innleggelse betydelig.⁷³¹

Et nasjonalt prosjekt i Nederland, hvor betydelige midler ble investert for å redusere bruk av tvang innen psykiatrien, viste lignende resultat. Bruken av tvangsinnleggelser sank betydelig, men det var kun en ubetydelig endring i bruk av tvangsmedisinering.⁷³²

11.2.1.2 Ledelse, retningslinjer, fokus

Endrede retningslinjer lokalt, og ikke mist et tydelig endret fokus fra ledelsen på at det er ønskelig med mindre bruk av tvang, har også effekt.

⁷²⁷Webber mfl., 2011

⁷²⁸Mental Health Act, 2001. Loven trådte i hovedsak i kraft 2006.

⁷²⁹Clancy mfl., 2010

⁷³⁰Mental Health Services Act i 2008 -2009

⁷³¹Bruckner mfl., 2010

⁷³²Vruwink mfl., 2012

Som regel er endring av fokus og oppmerksomhet på problemet første steg og kombineres gjerne med andre tiltak, som utdanning, implementering av nye retningslinjer osv. Det er dermed vanskelig å si om det er det endrede fokuset i seg selv som fører til reduksjon av bruk av tvang, eller om resultatene kommer av de andre tiltakene som iverksettes. Mest sannsynlig er det en kombinasjon, hvor endret fokus er helt avgjørende for at de andre endringene i det hele tatt skal bli iverksatt.⁷³³

En beskrivelse av to akutte kriseenheter for voksne med psykiske lidelser illustrerer dette.⁷³⁴ Det ble besluttet at man ved begge avdelingene skulle slutte helt med all bruk isolasjon og mekaniske tvangsmidler, og ledelsen var tydelig på at dette målet skulle gjennomføres. Det ble gjennomført en endring av prosedyrer og retningslinjer, samt generell endring av fokus knyttet til mindre bruk av tvang. Det ble også iverksatt andre tiltak, som undervisning av personalet, debriefing av brukere og regelmessig tilbakemelding til de ansatte om utviklingen ved avdelingene.⁷³⁵ Den største enheten brukte 10 måneder før de nådde målet om ingen tilfeller av isolasjon på en måned, og 31 måneder før de hadde null tilfeller av mekaniske tvangsmidler på en måned. Den minste enheten brukte henholdsvis 2 og 15 måneder på de samme målene.⁷³⁶

Lignende prosesser er beskrevet flere andre steder, hvor endring av rutiner og retningslinjer fører til markert redusert bruk av tvang.⁷³⁷

Det motsatte er imidlertid også beskrevet, hvordan personalets stress og utbrenthet,⁷³⁸ eller (om)organisering av tjenester,⁷³⁹ kan føre til *økt* bruk av tvang. Ved en avdeling ble det gjennomført en intervensjon for å redusere bruken av tvang. Intervensjonen var vellykket, og bruk av tvangsmidler ble redusert. Etter en periode med omorganisering sank imidlertid personalets engasjement, noe som førte til at bruken av tvang økte igjen.⁷⁴⁰

11.2.2 Organisering av avdelingene

Det er som nevnt tidligere, ikke mulig å skille de ulike typene tiltak helt fra hverandre fordi de naturlig vil henge sammen, påvirke hverandre gjensidig og også være avhengig av hverandre.

⁷³³Ashcraft og Anthony, 2008; Kwok mfl., 2012; Sivakumaranmfl., 2011; Testad mfl., 2016

⁷³⁴Ashcraft og Anthony, 2008

⁷³⁵Ashcraft og Anthony, 2008

⁷³⁶Ashcraft og Anthony, 2008

⁷³⁷Ashcraft og Anthony, 2008; Kwok mfl., 2012; Sivakumaran mfl., 2011; Testad mfl., 2016

⁷³⁸Paterson, 2011

⁷³⁹Boumans mfl., 2015; Janssen mfl., 2013; Tarasenko mfl., 2013

⁷⁴⁰Boumans mfl., 2015

Et eksempel på dette er hvordan avdelingene er organisert, noe som naturlig nok er nært knyttet opp til ledelse og ledelsens valg av fokus. Utvalget har likevel valgt å se på organisering av avdelingene som et eget punkt for å belyse ulike spesifikke tiltak som har vist seg å ha effekt.

11.2.2.1 *Mindre restriksjoner*

Vanligvis tenker man at man først må iverksette tiltak som gjør det mindre nødvendig å bruke tvang (f.eks. fordi pasientene er roligere), slik at bruken av tvang kan reduseres. Det er imidlertid mulig å tenke omvendt, at man først slipper opp på restriksjonene, og så ser om det fører til redusert tvangsbruk, totalt sett.

Flere studier er gjennomført hvor man ser på effekten av å endre psykiatriske avdelinger fra lukkede til åpne avdelinger.⁷⁴¹

Ved en psykiatrisk intensivavdeling valgte de å åpne avdelingen (som tidligere hadde vært lukket). Resultatet var betydelig mindre bruk av isolasjon/skjerming av pasienter. Dørene ved avdelingen kunne være åpne mesteparten av tiden, og det ble ikke rapportert om noen økning av tvangsmedisinering.⁷⁴²

En avdeling for pasienter med dobbeltdiagnoser, rus og psykiatri, åpnet også avdelingen, som tidligere hadde vært lukket.⁷⁴³ Dette førte til en generell nedgang i bruk av tvungen medisiner og isolasjon. Det var også færre rømminger, og dermed mindre behov for bruk av politi for å hente folk tilbake til avdelingen. Oppsummert ble den relative risikoen for å bli utsatt for tvang halvert. Det ble ikke rapportert om noen økning av aggresjon eller andre negative hendelser.

En større studie involverte 17259 pasienter og gikk over totalt seks år. Seks tidligere lukkede avdelinger ble endret til åpne avdelinger. Resultatene viste at bruk av isolasjon/skjerming ble redusert fra 8,2 prosent til 3,55, samtidig som bruk av tvungen medisiner ble redusert fra 2,4 til 1,2 prosent.⁷⁴⁴

I psykiatri og rusomsorg benyttes tvang vanligvis for å forhindre aggresjon, selvskading og skader på andre. Dette er også aktuelt innen somatikk, særlig når det gjelder mennesker med demens og/eller kognitiv funksjonsnedsettelse. Men innen somatikken kan det også være aktuelt å bruke tvang fordi en unnlattelse av å gi helsehjelp kan føre til vesentlig helseskade for pasienten. Mange eldre som mangler samtykkekompetanse, blir også utsatt for mekaniske tvangsmidler for å forhindre fall.

Ved en somatisk rekonvalesentavdeling for eldre ble det implementert nye retningslinjer for bruk av mekaniske tvangsmidler, og det ble generelt mindre anledning til å benytte slike tvangsmidler. Dette førte, ikke uventet, til en betydelig reduksjon av bruk av mekaniske tvangsmidler. I tillegg ble det ikke rapportert om flere uønskede hendelser (inkludert fall).

⁷⁴¹Hochstrasser mfl., 2018; Hochstrasser mfl., 2018; Schneeberger mfl., 2017; Steinauer mfl., 2017

⁷⁴²Hochstrasser mfl., 2018

⁷⁴³Steinauer mfl., 2017

⁷⁴⁴Hochstrasser mfl., 2018

Tvert imot hadde pasientene kortere gjennomsnittlig liggetid, noe som kan tyde på at de kom seg raskere.⁷⁴⁵

En sykehjemsavdeling for eldre med demens valgte å fjerne alle mekaniske tvangsmidler. I tillegg ble det igangsatt et undervisningsopplegg for personalet. Dette førte til færre fall og uønskede hendelser, mindre bruk av psykofarmaka, bedre kognitiv funksjon og mindre atferdsproblemer.⁷⁴⁶

11.2.2.2 Bemanning, økonomi og ressurser

Det finnes noen studier som viser en sammenheng mellom hvordan avdelingene er bemannet og bruken av tvang.⁷⁴⁷ Det er imidlertid ikke mye forskning på dette – de fleste studiene har fokus mer på personalets kompetanse enn på antallet ansatte, se punkt 2.3. I Gjerbergs studie ble det imidlertid gjennomført fokusgruppeintervju med ansatte ved sykehjem. De sa at noe av det som forhindret dem i å redusere bruken av tvang, inkludert tvungen medisiner, var mangel på ressurser og antall personale på vakt.⁷⁴⁸ Det er imidlertid vanskelig å vite hvor stor vekt dette skal tillegges, ettersom det ikke var en eksperimentell utprøving, men bare intervju med ansatte.

Tidsskriftet Sykepleien publiserte i 2018 en studie hvor sykepleiere i eldreomsorgen ble spurt om bruk av vanedannende medisiner.⁷⁴⁹ En tredjedel av respondentene svarte at de hver måned deler ut vanedannende medisiner på grunn av tidsnød, selv om de mener at andre løsninger kunne vært mer optimale. Undersøkelsen sier ikke noe om at disse medisinene gis med tvang, og informasjonen er derfor noe på siden av utvalgets oppdrag. Samtidig er den en indikasjon på at enklere og (kortvarig) rimeligere løsninger noen ganger velges på grunn av ressursmangel. Dette kan sannsynligvis også være aktuelt for andre persongrupper, særlig innen eldreomsorg, boliger for mennesker med psykisk utviklingshemning, ved langvarige psykiske lidelser og i andre sammenhenger, særlig kommunale, hvor det er klar mangel på kunnskap og forskning.

11.2.2.3 Fysisk utforming

Fysisk utforming av avdelingene ser også ut til å kunne påvirke bruken av tvang.⁷⁵⁰

Noen ganger er svært enkle tiltak effektive. Ved et psykiatrisk akuttmottak ble det satt inn en dør som gjorde at mottaket ble mindre åpent, og at pasientene ble mer skjermet fra innsyn fra andre pasienter og pårørende som satt på venterommet. Denne enkle ombyggingen av et åpent

⁷⁴⁵Kwok mfl., 2012

⁷⁴⁶Tortosa mfl., 2016

⁷⁴⁷Boumans mfl., 2015; Gjerberg mfl., 2013; Janssen mfl., 2013

⁷⁴⁸Gjerberg mfl., 2013

⁷⁴⁹Norsk Sykepleierforbund, 2018

⁷⁵⁰Borckardt mfl., 2011; Cummings mfl., 2010; Madan mfl., 2014; McCurdy mfl., 2015

og kaotisk mottak førte til betydelig reduksjon i bruk av både isolasjon og mekaniske tvangsmidler ved mottaket.⁷⁵¹

Borckardt og kolleger gjennomførte en studie ved et større, offentlig psykiatrisk sykehus i USA.⁷⁵² Studien varte i 3,5 år, og involverte totalt 89783 pasientdøgn. Flere ulike tiltak ble iverksatt for å redusere tvangsbruk, inkludert undervisning av personalet, traumesensitiv omsorg, endring av retningslinjer og fysisk ombygging/endring av avdelingen. Etter å ha kontrollert for alvorlighetsgraden til pasientens sykdom og andre eksterne variabler, konkluderte forskerne med at endring av de fysiske omgivelsene reduserte bruken av isolasjon/skjerming og mekaniske tvangsmidler med 82,3 prosent. En 10 års oppfølgingsstudie, som inkluderte totalt 254 491 pasientdøgn, viste at endringen i tvangsreduksjon var varig.⁷⁵³

Som nevnt, er det begrenset med forskning gjort i boliger for mennesker med psykisk utviklingshemning, men utvalget har hatt flere møter med representanter fra kommuner som bekrefter at fysisk utforming av bolig (f.eks. flytting fra gamle, trange hus med bratte trapper til oversiktlige boliger på ett plan) reduserer behovet for tvangstiltak.

11.2.2.4 Sanserom

Oppretting av egne sanserom på avdelingene er en spesiell form for fysisk tilpasning som ser ut til å ha særlig stor betydning for tvangsreduksjon.⁷⁵⁴

Ved en psykiatrisk avdeling ble skjermet enhet erstattet med et sanserom med behagelige møbler, dempet lys, dempet musikk og andre sensoriske hjelpemidler. Denne endringen førte til betydelig nedgang i bruk av isolasjon og mekaniske tvangsmidler, i tillegg til at pasientene fortalte om mindre stress og ubehag.⁷⁵⁵ Tilsvarende resultat ble rapportert ved en annen psykiatrisk avdeling som opprettet sanserom,⁷⁵⁶ samt ved en alderspsykiatrisk avdeling.⁷⁵⁷ I tillegg til redusert bruk av mekaniske tvangsmidler og isolasjon, rapporterte pasientene også om at de kunne benytte rommet for å roe seg ned på egen hånd, noe de opplevde som positivt.⁷⁵⁸

⁷⁵¹McCurdy mfl., 2015

⁷⁵²Borckardt mfl., 2011

⁷⁵³Madan mfl., 2014

⁷⁵⁴Cummings mfl., 2010

⁷⁵⁵Cummings mfl., 2010

⁷⁵⁶Sivak, 2012

⁷⁵⁷Sivakumaran mfl., 2011

⁷⁵⁸Sivak, 2012

Også enklere tiltak, som tilgjengelige hvilestoler/sansestoler som pasienter kan benytte etter eget ønske eller bruk av kuledynner eller andre vekthjelpemidler, kan redusere behovet for tvang for enkelte pasienter og hjelpe dem å roe seg selv.

11.2.3 Kompetanse

Kompetanse var det tiltaket som oftest ble referert til i forskningen (gjerne i kombinasjon med andre tiltak, som endring av fokus og behandlingsfilosofi). Det handlet i stor grad om utdanning av eksisterende ansatte, tilgang til eksterne eksperter eller kombinasjoner av dette.

11.2.3.1 Utdanning av ansatte

Flere studier har sett på effekten av utdanning av ansatte, spesielt miljøpersonell, og det er gjennomgående gode resultat for alle de aktuelle pasient- og brukergruppene.⁷⁵⁹

Ved en barnevernsinstitusjon ble det gitt undervisning i miljøterapi og i metoder for felles problemløsning (CPS, Collaborative Problem solving). Dette førte til reduksjon i bruk av fysisk tvang. Det var 205 episoder i året før implementering, 97 neste år, mens implementeringen foregikk, og totalt 4 episoder de neste to årene.⁷⁶⁰

En somatisk sykehusavdeling iverksatte opplæring for de ansatte om bruk av tvang mot barn som motsetter seg somatisk behandling. Det ble også utviklet klare retningslinjer for behandling, samt metoder og intervensjon for frivillig behandling. Etter opplæring og innføring av nye metoder og retningslinjer ble antall episoder med fastholding betydelig redusert.⁷⁶¹

En psykiatrisk døgnavdeling for voksne gjennomførte opplæring av personalet, kombinert med kulturendring, fokus på personsentrert og traumesensitiv omsorg, samt recovery (fokus på pasientenes egne ønsker om personlig vekst og utvikling). Resultat av disse endringene var at det ikke ble brukt noen typer mekaniske tvangsmidler på to år.⁷⁶²

En annen psykiatrisk døgnavdeling for voksne med dobbeltdiagnoser rus/psykiatri, ga opplæring til miljøpersonalet i kognitiv miljøterapi. Som et resultat av dette hadde avdelingen en signifikant nedgang i bruk av mekaniske tvangsmidler, samtidig som det ikke ble rapportert om noen økning av andre typer tvangstiltak.⁷⁶³

Lignende resultater blir rapportert fra en rekke ulike avdelinger og enheter innen både psykiatri, rusomsorg, eldreomsorg, tjenester for personer med psykisk utviklingshemning, somatikk og barnevern.⁷⁶⁴

⁷⁵⁹Barton mfl., 2009; Coyne og Scott, 2014; Jani mfl., 2011

⁷⁶⁰Jani mfl., 2011

⁷⁶¹Coyne og Scott, 2014

⁷⁶²Barton mfl., 2009

⁷⁶³Lykke mfl., 2008

⁷⁶⁴Ashcraft og Anthony, 2008; Barton mfl., 2009; Blair mfl., 2017; Borckardt mfl., 2011; Bybel, 2013; Chandler, 2008; Coyne og Scott, 2014; Flaherty og Little, 2011; Gulpers mfl., 2011; Gulpers mfl., 2012; Jani mfl., 2011; Lykke mfl., 2008; Möhler mfl., 2011; Omolewa, 2012; Putkonen mfl., 2013; Singh mfl., 2015; Stubrud mfl., 2017; Testad mfl., 2016; Williams og Grossett, 2011

Innholdet i undervisningen varierte. Noen studier fokuserte på konkrete teknikker, som deeskaleringsteknikker,⁷⁶⁵ sensorisk modulasjon,⁷⁶⁶ Positive Behavioral Interventions and Supports,⁷⁶⁷ eller felles problemløsning.⁷⁶⁸

Andre studier så på effekten av mer generelle undervisningsprogram med fokus på tvangsreduksjon,⁷⁶⁹ traumesensitiv omsorg,⁷⁷⁰ recovery,⁷⁷¹ krisehåndtering⁷⁷² eller kognitiv miljøterapi.⁷⁷³

Uavhengig av hva det ble undervist i, var resultatet gjennomgående signifikant redusert bruk av tvungen behandling og tvangsmidler, ofte ble bruken av tvangsmidler totalt eliminert gjennom å øke helsepersonells kompetanse og ferdigheter.

Det eneste unntaket fra dette mønsteret var en studie som utforsket sammenhengen mellom sykepleiernes empatinivå og bruk av tvang mot pasienter med psykosediagnose og tidligere aggresjon.⁷⁷⁴ Sykepleiere som hadde et empatinivå over gjennomsnittet, brukte signifikant mindre mekaniske tvangsmidler og isolasjon, men en opplæring i empatisk sykepleie ga ingen effekt.⁷⁷⁵ Dette kan tyde på at selv om empatiske sykepleiere benytter mindre tvang, er det en mer effektiv strategi å gi helsepersonell opplæring i ulike konkrete ferdigheter enn å forsøke intervensjoner som har til hensikt å øke empatien deres med pasientene.

⁷⁶⁵Godfrey mfl., 2014

⁷⁶⁶Andersen mfl., 2017

⁷⁶⁷Reynolds mfl., 2016

⁷⁶⁸Martin mfl., 2008

⁷⁶⁹Omolewa, 2012

⁷⁷⁰Borckardt mfl., 2011

⁷⁷¹Barton mfl., 2009

⁷⁷²Blair mfl., 2017

⁷⁷³Lykke mfl., 2008

⁷⁷⁴Yang mfl., 2014

⁷⁷⁵Yang mfl., 2014

11.2.3.2 *Veiledning og tilgang på spesialkompetanse*

En annen tilnærming til kompetanse er å sikre at det faste personalet har tilgang til veiledning, rådgivning og feedback fra eksterne eksperter, og/eller opprette egne enheter bemannet med spesialisert kompetanse. Dette kan organiseres på en rekke ulike måter.

Ved legevakten i Oslo ble det gjennomført et prosjekt med fokus på reduksjon av henvisning til tvangsinnleggelse. Legene fikk regelmessig veiledning og feedback på egen praksis, journaler ble gjennomgått, alle standardformuleringer ble forlatt, og det ble innført sjekklister som skulle gjennomgås før tvangsinnleggelser. Før endringene ble igangsatt, ble omtrent 80 prosent av pasientene som ble vurdert, tvangsinnlagt, etter endringene ble bare 42 prosent tvangsinnlagt. Den totale innleggesraten (inkludert frivillige innleggelser) ble redusert med 43 prosent.⁷⁷⁶

En psykiatrisk døgnavdeling beskrev hvordan bruk av et eget ekspert-team som vurderer behov for innleggelse og mulige lokale, frivillige alternativ, førte til at bare 40 prosent av pasientene som ble henvist til tvangsinnleggelse, faktisk ble innlagt med tvang.⁷⁷⁷

En spesialisert enhet for personer med utviklingsforstyrrelser og psykiske lidelser implementerte en metode med systematiske kliniske kasusgjennomganger. Gjennomgangen ble ledet av et team fra universitetet, og fokus i gjennomgangen var på behandling, miljøbetingelser, samt interaksjon med personalet. Denne tilnærmingen førte til at bruk av fysiske tvangsmidler ble redusert fra 36 episoder per måned til 0 episoder per måned. I tillegg opplevde man at holdninger, språk og stemning i avdelingen ble bedret.⁷⁷⁸

Ved en akuttpsykiatrisk enhet ble det opprettet en enhet for vurdering og planlegging av psykiatrisk behandling. Dette førte til kortere oppholdstid i akuttenheten, samt mindre bruk av mekaniske tvangsmidler, politi og fotfølging.⁷⁷⁹

Et somatisk sykehus opprettet egne «deliriumrom» for eldre med delir. I disse rommene ble omgivelsene tilpasset pasientene, pasientene møtte helsearbeidere med spesialkompetanse og en tilnærming basert på aksept og toleranse (ikke agitasjon). Etter opprettelsen av rommene ble det ikke lenger benyttet noen fysiske tvangsmidler eller medikamenter. Dødeligheten hos pasientene ble lavere, det ble mindre skader og bedre helse hos pasientene.⁷⁸⁰

11.2.3.3 *Valg av behandlingsmodell*

Det er vanskelig å diskutere kompetanse uten samtidig å diskutere hva man skal ha kompetanse i, og hva man tenker er god behandling. Valg av behandlingsmodell er sentralt for å redusere bruken av tvang, og en stor del av studiene beskriver hvordan avdelinger og enheter, som en del av en sammensatt endring, også endrer enhetens behandlingsmodell, inkludert

⁷⁷⁶Ness mfl., 2016

⁷⁷⁷Deschietere, 2010

⁷⁷⁸Sclafani mfl., 2008

⁷⁷⁹Browne mfl., 2011

⁷⁸⁰Flaherty og Little, 2011

hvordan man tenker om pasienter, årsaken til pasientenes plager og hvordan vanskene best kan møtes.

De endringene som vanligvis beskrives, er en endring til en tilnærming som er traumesensitiv, personsentrert/pasientsentrert og med større fokus på brukermedvirkning og recovery.⁷⁸¹

Samarbeid med pårørende er også viktig, både generelt og spesielt i situasjoner hvor brukermedvirkning kan være vanskelig og/eller utilstrekkelig (for eksempel personer med alvorlig demens eller psykisk utviklingshemning).⁷⁸²

Endring av behandlingsfilosofi er nært knyttet til valg av utdanning/kompetanse, samt ledelse, valg av fokus og et tydelig ønske om å redusere tvangsbruk. Det er dermed vanskelig å måle effekten av behandlingsfokus skilt fra disse andre komponentene.

Samtidig er det viktig å være oppmerksom på at all kompetanseheving neppe vil være like effektiv, og at et fokus på tilpasning til den enkelte pasient/bruker, recovery, traumer og medvirkning er nødvendige komponenter i tvangsreducerende kompetanseheving.

Noen studier beskriver også at de ikke bare endret behandlingsfilosofien, men også språk, normer og rutiner.⁷⁸³

11.2.4 Behandlings- og omsorgstilbud

Behovet for bruk av tvang blir mindre hvis pasientene eller brukerne blir friskere og/eller får et økt funksjonsnivå. Som nevnt ovenfor, vil de viktigste tiltakene for å redusere tvang som regel være tiltak knyttet til systemfaktorer. Samtidig er det også studier som viser at det å gi bedre, mer helhetlig og gjennomtenkt behandling eller omsorg, kan redusere behovet for bruk av tvang.⁷⁸⁴ I studiene omfatter begrepet «behandling» mange ulike behandlingsformer. Det inkluderer frivillig medisinerings, ulike former for psykoterapi, miljøterapi og rehabiliterings-tiltak, men også andre tiltak og tilbud som igangsettes for å bedre pasientenes livskvalitet, sykdomstilstand eller funksjonsnivå.

En studie sammenlignet pasienter som fikk tilbud om helhetlig og integrert psykosebehandling, med pasienter uten dette tilbudet. Pasientene som fikk tilbud om helhetlig og integrert psykosebehandling, hadde 24 prosent mindre sannsynlighet for innleggelse. Disse pasientene hadde også signifikant færre tvangsinnleggelser, innleggelser på lukket avdeling og innleggelser med bruk av politi.⁷⁸⁵

⁷⁸¹Barton mfl., 2009; Blair mfl., 2017; Borckardt mfl., 2011; Chandler, 2008; Larue mfl., 2018

⁷⁸²Goulet mfl., 2012

⁷⁸³Borckardt mfl., 2011

⁷⁸⁴Petrakis mfl., 2012; Steinert mfl., 2009

⁷⁸⁵Petrakis mfl., 2012

En alderspsykiatrisk avdeling opplevde signifikant reduksjon i bruken av mekaniske tvangsmidler for å forhindre fall etter at de ga et tilbud om trening av styrke og balanse for eldre med demens.⁷⁸⁶

11.2.5 Alternativ

Tilgang på alternative måter å møte personer som har mye uro og/eller er alvorlig syke, er også avgjørende for å redusere bruk av tvang.

11.2.5.1 Andre verktøy enn bruk av tvang

Inne på avdelinger, i boliger, på sykehjem, barnevernsinstitusjoner eller andre typer av døgnenheter trenger personalet alternative tilnærminger til bruk av tvang hvis personer begynner å bli urolige eller aggressive.

Slike alternativ kan for eksempel være teknikker for deeskalering⁷⁸⁷ eller felles problemløsning,⁷⁸⁸ teknikker basert på kognitiv miljøterapi,⁷⁸⁹ TID-modellen,⁷⁹⁰ eller andre konkrete alternativ, f. eks. frivillige alternativ i somatisk behandling av barn.⁷⁹¹

På en psykiatrisk døgnavdeling for barn i skolealder ble det implementert en modell for felles problemløsning (CPS). Dette førte til at bruk av mekaniske tvangsmidler og isolat ble redusert fra 263 ganger per år til 7 ganger per år. Gjennomsnittlig varighet på bruk av mekaniske tvangsmidler ble redusert fra 41 minutter til 18 minutter, gjennomsnittlig varighet av isolasjon/skjerming ble redusert fra 27 minutter til 21 minutter.⁷⁹²

En ungdomspsykiatrisk døgnavdeling implementerte en modell med bruk av «følelsetermometer». Termometeret hadde fire trinn, fra «rolig» til «full fyr». For hvert trinn var det konkrete forslag til hvordan man kunne roe seg ned. Etter innføringen av denne metoden ble bruk av isolasjon/skjerming og mekaniske tvangsmidler redusert med omtrent 30 prosent.⁷⁹³

Andre eksempler på lignende resultat er nevnt tidligere i denne gjennomgangen og gjentas ikke her.

⁷⁸⁶Steinert mfl., 2009

⁷⁸⁷Godfrey mfl., 2014

⁷⁸⁸Martin mfl., 2008

⁷⁸⁹Lykke mfl., 2008

⁷⁹⁰Lichtwarek, 2018

⁷⁹¹Coyne og Scott, 2014

⁷⁹²Martin mfl., 2008

⁷⁹³Andrassy, 2016

Sanserom eller andre sensomotoriske virkemidler (vektdyner/kuledyner, sansestoler, o.l.) kan også, som beskrevet tidligere, være virksomme alternativ, både for personalet, men også for å hjelpe pasientene å roe seg selv.⁷⁹⁴

11.2.5.2 Psykososiale forhold og tverrfaglig samarbeid

Forhold utenfor avdelingene er også sentrale. En studie som utforsket årsakene til at noen pasienter ble tvangsinnlagt og andre ikke, fant at en av faktorene som predikerte tvangsinnleggelse var mangel på frivillige alternativ og psykososiale tiltak. Dette kunne inkludere egnet bolig, sosial støtte, omsorg osv.⁷⁹⁵ Funnene ble bekreftet av en større, nasjonal studie i Frankrike, som utforsket regionale variasjoner i bruk av tvangsinnleggelser.⁷⁹⁶ Forskerne fant store, lokale forskjeller i bruk av tvang og en negativ korrelasjon mellom tvangsinnleggelser og tilgjengelige lokale, frivillige alternativ. De konkluderte med at det er sannsynlig at tilstedeværelse av lokale, frivillige tilbud reduserer behovet for tvangsinnleggelse.

Brakerstyrte senger kan være ett (av flere) slike frivillige alternativ. Pasienter med tidligere innleggelse i psykiatrisk avdeling kan få tilbud om tilgang til kortvarig døgnopphold, etter eget behov. Pasienten tar selv kontakt med avdelingen når han ønsker/trenger innleggelse, og får da tilbud om plass i noen dager, uten behov for henvisning eller inntaksvurdering. En meta-studie av seks artikler om brukerstyrte senger fant at bruk av brukerstyrte senger både kunne gi mindre tvang og mindre total liggetid på avdelingene.⁷⁹⁷

Det er også viktig med et godt, tverrfaglig samarbeid, på tvers av enheter. En psykiatrisk døgnavdeling erfarte at et tett og raskt igangsatt samarbeid mellom avdelingen og nettverk/lokale tverrfaglige team, førte til raskere utskrivning og kortere tvungne innleggelser.⁷⁹⁸

For noen pasienter innen psykiatrien kan ACT-team (Active, Community Treatment) være et godt alternativ, som kan redusere både bruk av tvangsinnleggelser og akuttinnleggelser generelt.⁷⁹⁹ ACT team finnes også flere steder i Norge, med noe ulikt tilbud.

11.2.6 Forebygging

De aller fleste av tiltakene som allerede er beskrevet (psykososiale tiltak, kompetanse, tilgjengelige alternativ osv.), vil helt klart ha preg av å forebygge tvangsbruk, gjennom å unngå at situasjoner eskalerer, eller tilby alternativ. I dette punktet vil utvalget i tillegg til denne mer generelle forebyggingen referere til enkelte spesifikke metoder som har vist seg å ha forebyggende effekt.

⁷⁹⁴Cummings mfl., 2010; Sivak, 2012; Sivakumaran mfl., 2011

⁷⁹⁵McGarvey mfl., 2013

⁷⁹⁶Gandre mfl., 2017

⁷⁹⁷Strand mfl., 2015

⁷⁹⁸Otsuka, 2014

⁷⁹⁹Aagaard mfl., 2017

11.2.6.1 *Innføring av forhåndssamtykke*

Bruk av forhåndssamtykke eller forhåndserklæringer er særlig aktuelt for pasienter som har et svingende sykdomsforløp, med gode og dårlige perioder, særlig innen psykiatrien.

En studie sammenlignet en gruppe pasienter som fikk hjelp til å fylle ut et skjema med beskrivelser av hvilke tiltak de ønsket ved en ny krise, med en annen gruppe som ikke fikk dette tilbudet. Studien fant at gruppen som hadde fått hjelp til å fylle ut skjemaet, hadde signifikant lavere risiko for å bli utsatt for tvungen behandling enn pasienter i kontrollgruppen.⁸⁰⁰ En metastudie av 13 ulike RCT (randomised controlled trial) fant at forhåndserklæringer førte til 23 prosent redusert risiko for tvangsinnleggelse, mens de andre intervensjoner som ble utforsket, ikke førte til signifikant redusert risiko.⁸⁰¹

11.2.6.2 *Voldsrisikovurdering*

Bruk av voldsrisikovurderinger er en av anbefalingene fra Folkehelseinstituttet for å redusere bruk av tvang. Dette støttes av funn i en gjennomgang ved en psykiatrisk døgnavdeling.⁸⁰²

Ved denne avdelingen ble bruken av mekaniske tvangsmidler redusert med 27 prosent, og aggresjon på avdelingen redusert med 41 prosent etter innføring av systematiske voldsrisikovurderinger.⁸⁰³

En annen psykiatrisk døgnavdeling opplevde også signifikant reduksjon av bruk av mekaniske tvangsmidler og isolasjon etter innføring av systematiske voldsrisikovurderinger, i kombinasjon med andre tiltak.⁸⁰⁴

11.2.7 Noen personer blir utsatt for mye tvang

De fleste pasientene eller brukerne som blir utsatt for tvang, blir utsatt for tvang en eller noen ganske få ganger. Samtidig er det noen personer, innenfor alle diagnosegrupper, som blir utsatt for tvang gjentatte ganger, noe som er bekreftet i flere studier.⁸⁰⁵ Disse studiene beskriver at personene som ble utsatt for gjentatt tvang, generelt var sykere og hadde mer utfordrende oppførsel. De ble både utsatt for tvang oftere, over lang tid, og også for mer alvorlig tvang.

Ettersom en stor del av tvangen som blir brukt, brukes mot en begrenset gruppe pasienter eller brukere, er det både etisk og ressursmessig nødvendig å redusere denne gjentatte bruken av tvang. Det er paradoksalt nok også lettere å redusere denne bruken fordi personene og deres utfordringer er godt kjent i helse- og omsorgstjenesten. Det kan være vanskelig å forebygge

⁸⁰⁰Swanson mfl., 2008

⁸⁰¹de Jong mfl., 2016

⁸⁰²Abderhalden mfl., 2008

⁸⁰³Abderhalden mfl., 2008

⁸⁰⁴Blair mfl., 2017

⁸⁰⁵Bridgett mfl., 2012; Cunningham, 2012; Hendryx mfl., 2010; Knutzen mfl., 2014; Knutzen mfl., 2011; Tenneij og Koot, 2008; Webber mfl., 2011; Webber mfl., 2014

en akutt førstegangshendelse for en person som er ukjent for tjenesteapparatet, rett og slett fordi personellet ikke kjenner til personen og ikke kommer til med forebygging. Personer som ofte utsettes for tvang, er derimot godt kjent for tjenesteapparatet, og personellet har dermed gode muligheter for å redusere tvangsbruk gjennom bedre og mer helhetlig behandling og omsorg.

«Vernepleierportalen» var et omfattende prosjekt for å bedre hverdagen til, og redusere tvangsbruken mot, en ung mann med psykisk utviklingshemning. Han hadde autisme og psykisk utviklingshemning, ikke talespråk, og hadde tidligere ekstremt mye utagering, både alvorlig selvskading og utagering mot personalet. I oktober 2006 ble det igangsatt et nytt opplegg for mannen, basert på faste ansatte, god kompetanse, struktur, aktiviteter og forutsigbarhet. Han fikk en fast arbeidsdag, fylt med aktiviteter, hver eneste dag, søndag som hverdag. Det ble ansatt en gruppe faste ansatte med god kompetanse, som skulle arbeide med han, og det ble også opprettet en aktivitetsbank med aktiviteter han likte og opplevde som meningsfulle. Disse strukturelle endringene førte til enorme endringer i utagering. I oktober 2006 ble det registrert 13 283 episoder med selvskading og 557 episoder med utagering mot personalet. I oktober 2012 ble det registrert 72 episoder med selvskading, og ingen utageringer mot personalet.

Det er få vitenskapelige studier spesifikt knyttet opp mot reduksjon av tvang mot personer som ofte opplever tvang. Flere av de studiene som det tidligere er henvist til, viser at tvangen også reduseres for de personene som ofte ble utsatt for tvang, samtidig som tilgjengelige alternativ, samt tilgang på intensiv, sammensatt og helhetlig behandling og omsorg ofte vil være nødvendige for å redusere tvangsbruken og bedre hverdagen.⁸⁰⁶

Som eksempelet fra prosjektet ovenfor belyser, vil det for mange av disse personene ofte være nødvendig med skreddersydde og individuelt tilpassede løsninger, som også vil være ressurskrevende på kort sikt. På lang sikt vil ressursbruken likevel som regel være forsvarlig, fordi mindre utagering og bedre helse og fungering hos disse personene alltid vil være lønnsomt, både menneskelig og praktisk.

11.2.8 Sammensatte tiltak

I gjennomgangen ovenfor har utvalget for oversiktens skyld valgt å beskrive de ulike typene av tiltak separat. I langt de fleste studiene som er nevnt, er det imidlertid benyttet flere ulike tiltak samtidig. Et systematisk undervisningsopplegg for de ansatte vil i seg selv innebære et endret fokus ved enheten, ofte inkludere endret behandlingsmodell og være et tydelig signal om at ledelsen ønsker en endret praksis når det gjelder bruk av tvang. Samtidig ville neppe et slikt undervisningsopplegg blitt iverksatt hvis ikke ledelsen hadde hatt et ønske om endret fokus og endret praksis. Innholdet i undervisningen vil også kunne gi både endret fokus, endrede holdninger, endret behandlingsfilosofi og endret praksis. Alle disse endringene vil igjen kunne påvirke hverandre gjensidig. Kunnskap om traumer vil f.eks. kunne påvirke miljøpersonalets forståelse av pasientenes og brukernes vansker, samtidig som bruk av traumesensitiv omsorg vil kunne gi mindre direkte konfrontasjon med personene. Denne endringen i samhandling vil igjen kunne påvirke de ansattes holdninger til, og oppfatning av, pasientene og brukerne, noe som i sin tur vil legge grunnlag for enda bedre samspill.

Det vil dermed sjelden være praktisk mulig å skille de ulike tiltakene helt fra hverandre, eller vurdere den nøyaktige effekten av hvert enkelt tiltak. Som regel vil nettopp det naturlige og

⁸⁰⁶Lambert mfl., 2015

selvforsterkende samspillet mellom ulike tiltak være nødvendig for å oppnå et godt og varig resultat.

11.3 Oppsummering og anbefalinger

11.3.1 Tvang kan reduseres

Det viktigste funnet i denne forskningsgjennomgangen er at bruk av tvang i helse- og omsorgstjenesten kan reduseres. Det er en rekke ulike tiltak som kan være effektive for å redusere tvang, noen av dem er mer krevende, andre er enkelt å gjennomføre. Det aller viktigste ser ut til å være motivasjon og vilje til å bruke mindre tvang, da vil enhetene vanligvis finne andre løsninger, og tvangen vil gå ned.

Endringer i lovgivning og retningslinjer fører ofte til redusert bruk av tvang, uten en økning av uønskede hendelser. Det er interessant at ingen av studiene rapporterer om økning i uønskede hendelser ved mindre bruk av tvang. Tvert imot rapporterer flere studier om uønskede tilleggseffekter ved bruk av mindre tvang.

Noen studier nevner at det er viktig å ha oppmerksomhet på alle former for tvang samtidig, slik at tvangen ikke overføres fra en metode (f.eks. mekaniske tvangsmidler) til en annen metode (f.eks. tvangsmedisinering). Hvis dette helhetlige fokuset er ivaretatt, og personellet har nok kompetanse og tilgjengelige alternativ, viser de fleste studiene til at man i tillegg til mindre tvang får bedre miljø i avdelingene, mindre aggresjon, kortere liggetid, bedre helse hos pasientene eller brukerne, færre fall hos eldre og lavere dødelighet. Det er dermed ikke et forskningsmessig grunnlag for å si at tvangsbruk er nødvendig for å sikre liv, helse og forsvarlig behandling og omsorg – tvert imot ser det ut til at tjenesteytingen blir mer forsvarlig, både for pasienter og brukere og ansatte ved mindre bruk av tvang. Selv om studiene viser en klar reduksjon av tvang, viser også flere studier at noe tvang fortsatt brukes, og det er derfor rimelig å anta at tvang bare kan forsvares unntaksvis, når andre muligheter er forsøkt, i en enhet som er tilrettelagt for redusert bruk av tvang.

11.3.2 Tiltak, ledelse og materielle forhold som kan redusere bruk av tvang

I regelsettene som utvalgets mandat omfatter, er det bestemt at frivillige/«tillitsskapende» tiltak eller andre løsninger skal være forsøkt før man benytter tvang. Dette er selvfølgelig en forutsetning, samtidig er det problematisk.

Gjennomgangen av tilgjengelig forskning viser at tvang kan reduseres, men at de viktigste forutsetningene for å redusere tvang ligger i systemene. Når det forutsettes at frivillighet eller tillitsskapende tiltak skal være forsøkt, eller at tvang kan benyttes når lempeligere midler ikke fører frem, innebærer det at tjenesteyterne må prøve å overtale pasienten eller brukeren til å gå med på frivillig medisinerings, frivillig innleggelse eller andre tiltak som retter seg mot den enkelte, og som oppstår i møtet med den enkelte. Dette er imidlertid ikke nødvendigvis de mest effektive metodene for å redusere tvang. For å få redusert tvang trengs det som vist i gjennomgangen, en tydelig ledelse, kompetent personale, egnede fysiske omgivelser, planmessig og helhetlig tilnærming og tilgjengelige alternativ. Den enkelte enheten eller avdelingen må også gjøre nødvendige tiltak for å redusere den samlede tvangsbruken.

Før det kan være tillatt å bruke tvang, bør det derfor dokumenteres at avdelingen eller enheten kontinuerlig arbeider med sine strategier for å redusere tvang, at ledelsen holder fokus på dette, at de fysiske forholdene er egnede, at det er en tilnærming bygget på brukermedvirk-

ning og personsentrert omsorg, at det er nok, kompetent personale til stede, og at det er egnede alternativ tilgjengelig. Dette er avdelingens eller enhetens ansvar og må være til stede til enhver tid, ikke som et tilfeldig tiltak, («har vi forsøkt frivillighet for denne personen?») men som en grunnleggende del av faglig forsvarlig drift.

11.3.3 Samhandling er nødvendig, særlig ved gjentatt bruk av tvang

At den vedtaksansvarlige og ledelsen i virksomheten er kontinuerlig oppdatert i implementering av tiltak for å redusere tvang, er en forutsetning. Men, det er likevel ikke tilstrekkelig.

Som nevnt i punkt 11.2.7, blir noen personer utsatt for gjentatte tvangstiltak, ofte over lang tid. Mange av disse personene mottar tilbud fra flere ulike instanser, på ulike nivå, og det kan tenkes at det er mest effektivt å forebygge tvangsbruken på et annet nivå enn der tvangen faktisk utføres.

Som eksempel kan nevnes en person med vedvarende psykoselidelse som bor i et bofelleskap med dårlig bemanning og lite kompetanse, eller som er hjemmeboende. Personen har ikke en fungerende individuell plan, ikke et godt tilpasset aktivitets- eller behandlingstilbud og en oppfølging preget av tilfeldighet og lav kompetanse.

Denne personen får gjentatte, «akutte» kriser som utløser hyppig behov for tvungne akuttinnleggelser i psykisk helsevern. Innleggelsene kan skje ved bruk av tvang, kanskje politi, og personen kan bli utsatt for mer tvang under innleggelsen i form av mekaniske tvangsmidler, skjerming og/eller tvangsmedisinering.

Den tvangen som benyttes mot personen, iverksettes av en institusjon i spesialisthelsetjenesten som er godkjent for tvungen observasjon eller tvungent psykisk helsevern, med tanke på bemanning, kompetanse osv. Krisene utløses imidlertid av forhold i boligen, eventuelt kommunen, og må forebygges der. Regelverket stiller imidlertid ingen krav til tiltak (eller mangel på tiltak) som gjentatte ganger utløser behov for tvang utført av en annen enhet.

Lignende situasjoner kan tenkes for alle målgruppene som omfattes av utvalgets mandat, f.eks. kronisk syke barn som motsetter seg somatisk behandling, personer med rusproblemer eller dobbeltdiagnoser rus/psykiatri, personer med psykisk utviklingshemning, demens og annet. Diagnosen er ikke det sentrale her, men den repeterte tvangen, samt behovet for tiltak på tvers av nivå og enheter.

Eksemplene viser at det er helt nødvendig med samarbeid på tvers av nivåer og enheter.

11.4 Avslutning

En systematisk gjennomgang av tilgjengelig kunnskap viser at tvang i mange tilfeller kan forebygges. I dette ligger at tvang kan unngås ved iverksetting av overkommelige tiltak av ulike typer og på ulike nivåer. En grunnleggende omlegging, både av behandlingsmodeller og organisering, vil samtidig ta tid å få gjennomført i stor skala.

Tvang kan reduseres betydelig og i en del tilfeller elimineres helt, uten at det får skadelige konsekvenser. Tvert imot ser det ut som en reduksjon av tvangsbruk ofte kan føre til flere ønskede bieffekter, inkludert bedre arbeidsforhold for personalet og bedre helse og omsorg for pasientene og brukerne.

For å redusere tvangsbruken kreves det først og fremst en vilje til endring, kompetanse, samt konkrete endringer på et overordnet og organisatorisk nivå. Den enkelte enhet må implementere og kontinuerlig oppdatere egnede strategier for reduksjon av tvang. I tillegg vil det være

nødvendig med samarbeid på tvers av nivåer og enheter og med en omfordeling av ressurser, særlig for å forebygge repetert bruk av tvang mot enkeltpersoner.

12 Oppsummering av høringsinnspill

12.1 Innledning

I dette kapitlet oppsummeres skriftlige innspill til utvalget. Innspillene illustrerer kompleksiteten av utfordringene på feltet som inngår i utvalgets mandat.

12.2 Bakgrunn

Som det framgår av mandatet, er utvalget oppnevnt for å utrede en rekke spørsmål av ulik karakter knyttet til tvangsreglene i helse- og omsorgssektoren. Utvalget har i sitt arbeid søkt å få belyst problemstillingene på ulike måter. For å få et breiere grunnlag for vurderingen sendte utvalget 29. juni 2017 en invitasjon til å gi skriftlige innspill på de ulike spørsmålene mandatet reiser til relevante instanser, interesseorganisasjoner og deler av helse- og omsorgstjenesten. Det ble gitt følgende eksempler på problemstillinger som utvalget ønsket synspunkter på:

- behovet for endringer i tvangslovgivningen, herunder eksempler på u hensiktsmessige forskjeller og gråsoner mellom de ulike regelsettene
- muligheten for og ønskeligheten av en felles regulering av bruk av tvang i helse- og omsorgssektoren
- særlige behov som må ivaretas i en framtidig lovregulering

Følgende instanser og institusjoner ble invitert til å komme med innspill:

Barne-, ungdoms-, og familiedirektoratet

Barneombudet

BarnsBeste (nasjonalt kompetansenettverk for barn som pårørende)

Folkehelseinstituttet

Fylkesnemndene for barnevern og sosiale saker

Helsedirektoratet

Kompetansesenter rus – Nord

Kompetansesenter rus – region Midt-Norge

Kompetansesenter rus – region Oslo

Kompetansesenter rus – region Sør

Kompetansesenter rus – region Vest Bergen

Kompetansesenter rus – region Vest Stavanger

Kompetansesenter rus – region Øst

Kontrollkomisjonene

Landets fylkesmenn

Landets helseforetak

Landets pasient- og brukerombud

Landets regionale helseforetak (RHF)

Landets utviklingssentre for sykehjem og hjemmetjenester

Likestillings- og diskrimineringsnemnda

Likestillings- og diskrimineringsombudet
Likestillingssenteret
Nasjonal kompetansetjeneste for aldring og helse
Nasjonal kompetansetjeneste for sjeldne diagnoser
Nasjonal kompetansetjeneste ROP
Nasjonal kompetansetjeneste TSB
Nasjonalt kompetansemiljø om utviklingshemning (NAKU)
Nasjonalt kompetansesenter for kultur, helse og omsorg
Nasjonalt kompetansesenter for psykisk helsearbeid (NAPHA)
Nasjonalt kunnskapssenter for helsetjenesten
Nasjonalt senter for erfaringskompetanse innen psykisk helse
Nordlandsforskning
Norges nasjonale senter for menneskerettigheter
Norsk senter for barneforskning (NTNU)
Norsk senter for menneskerettigheter
NTNU Samfunnsforskning AS
Oslo universitetssykehus Avdeling for nevrohabilitering
Politidirektoratet
Regionalt kompetansesenter for rusmiddelforskning i Helse Vest (KORFOR)
Regionsentrene for barn og unges psykiske helse (RBUP)
Regjeringsadvokaten
RVTS Sør
Senter for medisinsk etikk
Senter for omsorgsforskning Midt-Norge
Senter for omsorgsforskning Nord-Norge
Senter for omsorgsforskning Sør
Senter for omsorgsforskning Vest
Senter for omsorgsforskning Øst
Senter for rus- og avhengighetsforskning, UIO, SERAF
Senter for seniorpolitikk
Sivilombudsmannen
Statens helsetilsyn
Statens råd for likestilling av funksjonshemmede
Statens seniorråd
Utdanningsdirektoratet

Landets fylkeskommuner
Helse- og sosialombudet i Oslo
Landets kommuner

A-larm
Amnesty international Norge
Aurora, Støtteforeningen for mennesker med psykiske helseproblemer
Autismeforeningen i Norge

Barn av rusmisbrukere (BAR)

Barnesykepleierforbundet

LAR-Nett Norge

Den Norske Advokatforening

Den norske Dommerforening

Den norske legeforening

Fagforbundet

Fagrådet – rusfeltets hovedorganisasjon

Fellesorganisasjonen for barnevernspedagoger, sosionomer og vernepleiere (FO)

Forandringsfabrikken

Funksjonshemmedes fellesorganisasjon (FFO)

Hvite Ørn – interesse og brukerorganisasjon for psykisk helse

Innvandrerne landsorganisasjon (INLO)

Karde AS

Kommunesektorens organisasjon (KS)

Landsforbundet for utviklingshemmede og pårørende

Landsforeningen for Oppsøkende Sosialt Ungdomsarbeid

Landsforeningen for pårørende innen psykisk helse (LPP)

Landsforeningen for utviklingshemmede og pårørende

Landsforeningen mot stoffmisbruk (LMS)

LNU – Norges barne- og ungdomsorganisasjoner

LAR Nett Norge

Medikament Assistert Rehabilitering Bruker Organisasjon (MARBORG)

Mental Helse Norge

Mental Helse Ungdom

Menneskerettsalliansen

Nasjonalforeningen for folkehelsen

Nasjonalt kompetansesenter for aldring og helse

Nasjonalt kompetansesenter for psykisk helsearbeid (NAPHA)

Norges Handikapforbund

Norsk Forbund for Utviklingshemmede

Norsk forening for barn og unges psykiske helse (NBUP)

Norsk forening for psykisk helsearbeid

Norsk Helse- og velferdsforum

Norsk Pasientforening

Norsk Pensjonistforbund

Norsk psykiatrisk forening

Norsk psykologforening

Norsk senter for menneskerettigheter

Norsk Sykepleierforbund

Norsk Tannlegeforening

Organisasjonen Voksne for Barn

ProLAR – Nasjonalt forbund for folk i LAR
Pårørendealliansen

RIO Rusmisbrukernes interesseorganisasjon
Rådet for psykisk helse
SAFO – Samarbeidsforumet av funksjonshemmedes organisasjoner
Spiseforstyrrelsesforeningen
Stiftelsen barnas rettigheter (BARNAS)
Stiftelsen Menneskerettighetshuset
Stiftelsen SOR
Unge funksjonshemmede
UngOrg
Unicare BAB AS
Unihelse

We Shall Overcome

Det framgår av invitasjonen at alle som ønsker det kan sende inn synspunkter.

Frist ble satt til 1. oktober samme år og instansene ble bedt om å begrense innspillene til to A4-sider.

12.3 Organisasjoner, instanser m.m. som har gitt skriftlige innspill

Utvalget mottok skriftlige innspill fra:

Advokatforeningen
Asker kommune
Aurora – støtteforening for mennesker med psykiske helseproblemer
Barneombudet
Blå Kors Lade behandlingssenter
Bærum kommune
Den norske legeforening
Den norske tannlegeforening
Erfaringskonsulenter ved SUS og UNN
Fellesorganisasjonen
Fitjar kommune
Flekkefjord kommune
Folkehelseinstituttet
Forandringsfabrikken
Frambu – Kompetansesenter for sjeldne diagnoser
Fredrikstad kommune
Fylkesmannen i Finnmark
Fylkesmannen i Hordaland
Fylkesmannen i Møre- og Romsdal
Fylkesmannen i Nord-Trøndelag
Fylkesmannen i Oslo og Akershus

Fylkesmannen i Sør-Trøndelag
Fylkesmannen i Vestfold
Hallingdalskommunene
Haugesund kommune
Helse Møre og Romsdal HF
Helsedirektoratet
Hvite Ørn Norge
Kompetansesenter rus- region sør
Kristiansand kommune
Likestillings- og diskrimineringsombudet
Lovisenberg Diakonale sykehus
Lunner kommune
Løkta
Mental helse
Nasjonalforeningen for folkehelsen
Nasjonalt kompetansesenter for psykisk helsearbeid (NAPHA)
Nedre Eiker kommune
Norsk psykologforening
Norsk sykepleierforbund
Os kommune
Oslo kommune
Oslo universitetssykehus HF
Pasient- og brukerombudet i Hedmark og Oppland
Politidirektoratet
Regionsenter for barn og unges psykiske helse Helseregion Øst og Sør
Rælingen kommune
Røyken kommune
Samarbeidsforumet av funksjonshemmedes organisasjoner (SAFO)
Senter for medisinsk etikk
Senter for omsorgsforskning
Skedsmo kommune
St. Olavs Hospital HF
St. Olavs hospital HF, Avd. Brøset
St. Olavs Hospital HF, Klinikk for rus- og avhengighetsmedisin
Sykehuset i Vestfold HF
Sykehuset Innlandet HF
Tromsø kommune
We shall overcome

Innspillene dekker et stort felt med mange underspørsmål. Selv om innspillene er forholdsvis få gir de et godt uttrykk for kompleksiteten av utfordringene på feltet, og hvordan enkelte sentrale instanser og organisasjoner ser på ønskeligheten og muligheten for et bedre samordnet regelverk.

Nedenfor følger et sammendrag av hovedinntrykkene fra innspillene basert på de overordnede problemstillingene utvalget ønsket tilbakemeldinger på. Det er overlappende overganger mellom de ulike temaene nedenfor, og det kan i enkelte tilfeller diskuteres hvor det er mest naturlig å referere innspillet.

12.4 Behov for endringer i tvangslovgivningen, herunder eksempler på uhensiktsmessige forskjeller og gråsoner mellom de ulike regelsettene.

Til sammen mottok utvalget innspill fra *seks pasient- og brukerorganisasjoner*, hovedsakelig med forankring i psykisk helsefeltet. To organisasjoner representerer henholdsvis mennesker med demens og mennesker med funksjonsnedsettelse forøvrig.

Tvangsmedisinering blir problematisert av flere organisasjoner som tar til orde for et forbud mot behandling med psykofarmaka uten eget samtykke. Nasjonalforeningen for folkehelsen ved Rådet for demens presiserer at det kan være svært uheldig å behandle personer med demens med psykofarmaka.

Organisasjonen Aurora er betenkt over at samtykkekompetanse er innlemmet som del av psykisk helsevernloven. Den hevder at det kan være en fare for at pasienter i enda større grad enn tidligere kan bli ansett å mangle samtykkekompetanse og mener det må innføres strengere kriterier for vurdering av samtykkekompetanse. We Shall Overcome er kritisk til en kompetansebasert modell og mener den strider mot FNs konvensjon om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne (CRPD).

Mental Helse skriver at dagens lovverk er fragmentert og fører til uhjemlet bruk av tvang og mener at all bruk av tvang må underlegges automatisk kontroll. I tillegg ønsker organisasjonen én enkelt instans for behandling av klager på bruk av tvang.

Statens helsetilsyn peker på at kompetanse på alle nivåer er avgjørende for å redusere tvangsbruk, jf. helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9. Tilsynet mener utvalget bør drøfte om det er behov for stedlig tilsyn på alle områdene, og tilføyer at de bør være basert på risikovurderinger snarere enn at det stilles frekvenskrav.

Sju av *landets fylkesmenn* har gitt innspill. Samtlige opplever det som problematisk at pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A (helsehjelp til pasienter uten samtykkekompetanse som motsetter seg helsehjelpen) ikke hjemler bruk av psykofarmaka, særlig når det gjelder demente pasienter i sykehjem.

Fylkesmannen i Nord-Trøndelag peker på at det at kommunene har ikke hjemmel for å utøve tvang overfor pasienter med psykiatriske diagnoser fører til at kommuner ofte ikke har adgang til å videreføre rammer for behandlingen som er etablert i spesialisthelsetjenesten. Dette kan gi uhensiktsmessige behandlingsopplegg og forverring av helsetilstanden, som igjen kan føre til reinnleggelser. Etter fylkesmannens mening vil dette gå ut over kontinuitet og forutsigbarhet for pasienten, pårørende og tjenestene. Fordi kommunene i større grad skal ha ansvar for oppfølging av psykisk syke, oppleves forskjellen i myndighet som uhensiktsmessig.

Flere fylkesmenn peker på at mennesker uten alvorlige sinnslidelser, men med demens eller adferdsforstyrrelser ikke kan legges inn eller behandles uten eget samtykke med hjemmel i psykisk helsevernloven. Dette oppfattes som problematisk. Det hevdes at denne type behandling har god effekt på mange av disse pasientene, selv om det også bemerkes at det er begrenset i hvor stor grad medikamenter fungerer.

Motorisk uro, hallusinasjoner, paranoide vrangforestillinger, aggressiv adferd og depresjon som følge av demens eller hjerneskade, er symptomer som ifølge innspillene burde kunne behandles med psykofarmaka, men der skillet mellom psykisk helsevernloven og pasient- og brukerrettighetsloven gjør dette vanskelig.

Fylkesmannen i Nord-Trøndelag viser til at praksis i enkelte fylker er at fylkesmannen godkjenner en utvidende tolkning av vilkår etter pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A, til tross for at Helsedirektoratets veileder er tydelig på at det ikke er adgang til en slik fortolking av loven.

Fylkesmannen i Oslo og Akershus foreslår at ambulerende team fra de distriktpsykiatriske poliklinikkene (DPS) i større grad enn i dag skal oppsøke pasientene på sykehjem slik at denne sårbare gruppen pasienter behandles der de er, da reise og opphold på sykehus kan være en stor belastning.

Fylkesmannen i Vestfold uttaler at det må avklares om mennesker med alvorlige psykiske lidelser som, ifølge innspillet «ikke kan klare seg uten bruk av tvang», skal bo fast i psykiatrisk sykehus eller om de skal bo i kommunen, men med mulighet for visse tvangstiltak.

Behandling uten eget samtykke etter psykisk helsevernloven overprøves i dag kun der det foreligger klage. Det er spilt inn at alle vedtak etter psykisk helsevernloven § 4-4 bør oversendes en uavhengig instans med juridisk og helsefaglig kompetanse for gjennomgang.

Enkelte embeter peker på rollekonflikten som oppstår når fylkesmannen behandler saker om pliktbrudd overfor autorisert helsepersonell samtidig som de er klageinstans for tvangsmedisinering. Det medfører, ifølge Fylkesmannen i Oslo og Akershus, at en tvangsmedisineringspasient som selv er helsepersonell, vil kunne vegre seg for å klage på tvangsmedisineringsvedtak i frykt for å miste sin autorisasjon. Tvangslovutvalget blir bedt om å vurdere om det er hensiktsmessig å legge kontrollen av vedtak om behandling uten eget samtykke til en annen myndighet enn fylkesmannen.

IQ som inngangskriterium for bruk av tvang overfor mennesker med psykisk utviklingshemning problematiseres. Ifølge Fylkesmannen i Vestfold er det vanskelig å se gode grunner for en grenseverdi på IQ 70. Dette begrunnes med at det kan være gode grunner for å utøve tvang overfor et menneske med IQ 75 med personlighetsforstyrrelse og rusproblem, mens samtykkekompetente mennesker med IQ 69 kanskje aldri trenger å utsettes for det.

Enkelte embeter peker på forskjellene i dagens lovgivning med hensyn til kravene til kompetanse i utøvelse av tvang mellom ulike grupper. Tvang overfor mennesker med psykisk utviklingshemning krever konkret kompetanse hos utøvende helsepersonell, mens andre regelsett ikke stiller like strenge krav.

Fylkesmannen i Vestfold mener det er problematisk at mennesker uten psykisk utviklingshemning blir utsatt for tvang som ledd i kommunale helse- og omsorgstjenester i medhold av straffelovens bestemmelser om nødrett og nødverge, fordi det finnes «lovtomme rom».

I situasjoner der ansatte i skolen opplever at det er nødvendig å gripe inn overfor en elev for å hindre at eleven skader seg selv, andre eller gjenstander bør det, ifølge enkelte av fylkesmennene, finnes et klarere regelverk. Dagens regelverk oppleves som uklare og uhensiktsmessige. Dette gjelder både elever med psykisk utviklingshemning og elever med andre atferdsutfordringer.

Tvangslovutvalget har hatt flere møter der *Helsedirektoratet* har lagt fram erfaringer med og synspunkter på lovgivningen på feltet, se kapittel 2. Direktoratet har derfor ikke gitt ytterligere innspill i denne runden.

Politidirektoratet trekker i sitt innspill fram grenseområder mellom psykisk helsevern og justis-sektoren og rammer for samarbeid. Særlig fokuserer direktoratet på områder der de mener at mennesker ikke ivaretas av helsevesenet på grunn av manglende eller utydelige tvangshjem-ler. Resultatet er, ifølge *Politidirektoratet*, at blant annet psykisk syke mennesker sitter i ar-rest, enten som pågrepet eller innbrakt på annet grunnlag.

Videre problematiserer *Politidirektoratet* opphør av hjemler når psykisk syke mennesker be-finner seg i utlandet. Direktoratet hevder videre at institusjoner ikke sjelden avslutter tvungent psykisk helsevern når de blir gjort oppmerksomme på at de må stille garanti for kostnadene ved hjemsendelse. Dette på tross av at det eksisterer finansieringsmuligheter for slik hjem-transport.

Ni *helseforetak* har gitt innspill.

På rusfeltet er det bred enighet blant de helseforetakene som uttaler seg om spørsmålet, om at det bør etableres en ordning som ligner kontrollkommisjonen i psykisk helsevern. Oslo uni-versitetssykehus anbefaler at et tverrfaglig team i spesialisthelsetjenesten vurderer behovet for tvang, at det åpnes for at man fortløpende kan bestemme lengden på tvangsopphold og at det lages kriterier for opphevelse av tvangsvedtak. Det siste synes det å være bred enighet om blant de helseforetakene som uttaler seg om dette. Det pekes blant annet på at maksimaltiden for tilbakeholdelse har blitt normen for hvor lenge mennesker med rusavhengighet holdes til-bake.

Flere foretak mener at den nye forskriften om rettigheter og bruk av tvang under opphold i in-stitusjon for behandling, omsorg og rehabilitering av personer med rusmiddelproblemer fratar institusjonene viktige tvangsfullmakter til å skjerme pasienten for rusmiddelinntak.

Sykehuset Innlandet HF mener det må vurderes om fylkesmannen bør overprøve alle vedtak om bruk av tvang og makt overfor personer med psykisk utviklingshemning. Sykehuset me-ner at saksgangen på enkelte områder kan forenkles slik at det i noen tilfeller kan skje en overprøving på eget initiativ fra fylkesmannens side, som etter pasient- og brukerrettighetslo-ven kapittel 4 A.

Det reises spørsmål om hvorvidt mennesker som mangler samtykkekompetanse kan legges inn frivillig i psykisk helsevern.

Grenseflaten mellom helsevesenets og politiets ansvar er noe som tas opp av flere helsefore-tak. Det etterlyses en ytterligere presisering av hva som anses å være omsorgsoppgaver – og dermed helsevesenets ansvar – og hva som er politiets ansvar.

Et annet tema som belyses er mennesker med psykiske lidelser som gjør gjentatte lovbrudd, men som ikke dømmes til tvungent psykisk helsevern. Flere etterlyser en gjennomgang av an-svarsfordelingen mellom helsevesenet og politiet med hensyn til oppfølging og reaksjoner.

Lovisenberg Diakonale sykehus AS har erfart en dramatisk nedgang i bruken av tvang. En viktig årsak til dette er ansvarliggjøring av dem som iverksetter tvangsmidler. Sykehuset på-peker at bruk av tvangsmidler er et viktig HMS-anliggende som bør forvaltes av dem som be-røres i et slikt perspektiv.

Ifølge Sykehuset Innlandet fører hjemmelsgrunnlagene i pasient- og brukerrettighetsloven og helse- og omsorgstjenesteloven til usikker praksis når det gjelder varsling, overvåking, spo-ring og lokalisering. Også reguleringen av bevegelseshindrende tiltak/mekaniske tvangsmid-ler i pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A og helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 medfører en praksis som ikke godt nok ivaretar brukeren.

Skolen trekkes frem som en viktig gråsone der det er behov for avklaring. Elever med psykisk utviklingshemning og utfordrende adferd omfattes på noen arenaer av helse- og omsorgstjenestelovens kapittel 9, mens disse reglene ikke gjelder på andre aktuelle arenaer.

Sykehuset Innlandet peker på at enkelte pasientgrupper ikke er dekket av det de anser som relevant regelverk. Personer med autisme nevnes som eksempel i denne sammenhengen. Det fremholdes at endringer i regelverket kan innebære kvalitetssikring av tilbudet til disse personene.

Oslo universitetssykehus anbefaler at det opprettes strukturert og regelmessig offentlig tilsyn med om institusjoner er faglig og materielt i stand til å tilby tilfredsstillende hjelp sett i forhold til formålet med inntaket i institusjonen.

Kommunene fokuserer, naturlig nok, i hovedsak på utfordringer knyttet til helse- og omsorgstjenesteloven. Lovens krav oppleves som omfattende og kostbare. Saksbehandlingen trekkes frem og det etterlyses forenkling av regelverket, særlig når det gjelder saker som kommunene beskriver som bagatellmessige.

Flere kommuner peker på utfordringene ved forskjellene i de ulike regelverkene når det gjelder bruk av varslings- og lokaliseringstiltak. Bruk av slike tiltak gir individuell frihet og kommer til å være en større del av framtidens tilbud til innbyggerne fra helse- og omsorgstjenesten.

Enkelte kommuner mener at helse- og omsorgstjenestelovens § 10-3 bør endres, slik at det ikke kreves at det er overveiende sannsynlig, men bare sannsynlig at barnet vil bli født med skade, for at gravide med rusmiddelavhengighet skal kunne tas inn på institusjon uten eget samtykke.

På bakgrunn av at det er spesialisthelsetjenesten som står for behandling av mennesker med rusmiddelavhengighet mener Haugesund kommune at ansvaret for vedtak etter helse- og omsorgstjenesteloven også bør flyttes til spesialisthelsetjenesten slik det er for psykisk helsevern.

Fredrikstad kommune ønsker at rusmiddelavhengige skal bli inkludert og ivaretatt i et lovverk som gir dem rettigheter til en rask medisinsk faglig vurdering av tvungen observasjon i institusjon. På bakgrunn av dette ønsker kommunen at behandling av rusmiddelavhengige ivaretas i et lovverk som ligner psykisk helsevernlovens §§ 3-2 og 3-3.

Helse- og omsorgstjenestelovens hjemler for bruk av tvang etter kapittel 9 problematiseres av flere kommuner. Det etterlyses større grad av arenafleksibilitet, slik at utfordringer knyttet til utøvelse av tvang og makt kan løses innenfor eksisterende hjemler. Enkelte kommuner peker også på utfordringene ved at reglene er knyttet til diagnosen utviklingshemning. Brukere uten denne diagnosen, men med funksjonsnedsettelse med tilsvarende utfordringer og behov, omfattes ikke av lovens rettssikkerhetsgarantier.

Flere kommuner reiser spørsmål omkring vurdering av samtykkekompetanse. De er usikre på hvordan de skal sikre en objektiv vurdering av samtykkekompetansen. Fastlegene har et stort ansvar på dette feltet, men de gjør slike vurderinger for sjeldent.

Fredrikstad kommune mener det er unødvendig å skille mellom somatisk og psykisk helsehjelp i pasient- og brukerrettighetslovens kapittel 4 A. Kommunene peker på utfordringer i samhandlingen mellom kommuner og spesialisthelsetjenesten. Hvorvidt en tilstand skal klassifiseres som rus eller psykisk helse fører til kontinuerlige forhandlinger mellom enhetene i spesialisthelsetjenesten. Kommunene mener det går ut over menneskene som har behov for hjelp, ved at de blir «kasteballer i systemet». På bakgrunn av denne virkelighetsbeskrivelsen

etterlyses det et lovverk som i større grad fører til klare og tydelige ansvarsforhold. Oslo kommune ønsker at det i lovverket fremkommer en tydeligere rolle- og ansvarsfordeling mellom kommunene og spesialisthelsetjenesten.

Pasienter som er innlagt på tvang i psykisk helsevern og som ønsker frivillig behandling får, ifølge innspill fra enkelte kommuner, ikke tilbud om dette. Haugesund kommune etterlyser mer helhetlige forløp som i større grad gjør at tilbud henger sammen og som minsker risikoen for at kommunen må dekke opphold i omsorgsinstitusjon i påvente av videre behandling i spesialisthelsetjenesten.

Flere kommuner mener det er en særlig utfordring at regelverket ikke gir mulighet for å holde tilbake brukere med demens i omsorgsbolig. Os kommune skriver for eksempel at lovverket ikke bør være knyttet opp mot bygninger, men det faktiske behovet pasienten har for å ivareta rettssikkerheten til den enkelte.

Tre av landets kompetansesentre har gitt innspill.

Frambu kompetansesenter for sjeldne diagnoser mener at det i noen tilfeller bør være mulig å bruke (omsorgs)tvang uten at andre løsninger er forsøkt først. De knytter synspunktet til helt konkrete, sjeldne genetiske diagnoser der det er vitenskapelig dokumentert at den spesifikke kombinasjonen av gener innebærer en helt spesiell kombinasjon av biologiske og adferdsmessige trekk. Ett eksempel som trekkes fram er Prader-Willis syndrom der det er dokumentert at mennesker med nevnte diagnoser løper særlig høy risiko for å utvikle livstruende fedme.

Kompetansesenter for rus region sør og Borgestadklinikken etterlyser en kontrollkommisjon for rusfeltet, liknende den i psykisk helsevern, slik at mennesker som er underlagt tvang i medhold av helse- og omsorgstjenestens kapittel 10 får behandlet eventuelle klager raskere enn i dag.

Regelverket knyttet til gravide med rusmiddelavhengighet oppleves som uklart i den forstand at det gir stort rom for skjønn. Mennesker i denne gruppen får, ifølge innspillet fra KoRus Sør og Borgestadklinikken, i stor grad motivasjon for å ta imot frivillig behandling, men ofte ikke plass fordi plassene i institusjonene er forbeholdt mennesker som blir holdt tilbake i institusjon uten eget samtykke. De gravide bør etter innspillet ha en lovmessig rett til å beholde behandlingsplassen sin i disse tilfellene.

Nasjonalt kompetansesenter for psykisk helsearbeid i kommunene (NAPHA) skriver i sitt innspill at de ikke ønsker at kommunene gis adgang til bruk av tvang overfor mennesker med psykiske lidelser. Fremfor å gi kommunene en generell adgang til bruk av tvang, mener NAPHA at hjemler for bruk av tvang bør knyttes til et begrenset antall boliger i kommunene som drives av psykisk helsevern.

Folkehelseinstituttet har gitt innspill om at myndigheter, fagfolk, forskere, offentligheten og innbyggere generelt må kunne

- følge med på bruken av tvang (indikasjoner, metoder, varighet m.m.)
- følge med på lovligheten av tvangsbruken, herunder evaluere om pasientenes/brukernes rettigheter er ivaretatt
- evaluere kvaliteten på og effekter av tvangsbruken og evaluere effekter av endrete retningslinjer eller faglig praksis når det gjelder tvangsbruk og
- at tvangsbruken må registreres per person, på en standardisert og strukturert måte, og på nasjonalt nivå. All tvangsbruk må være meldepliktig, og registreringen må ha hjemmel i lov.

I sitt høringssvar peker *Barneombudet* på at barn med psykisk utviklingshemning som bor i avlastnings- og barneboliger, er særlig sårbare. De mener derfor at det er viktig at barnas rettigheter blir beskyttet ved bruk av tvang i institusjon.

Ombudet peker på flere gråsoner. Blant annet har de snakket med barn og unge som fortalte at de ble fraktet av politiet mellom barneverns- og psykisk helsevern sinstitusjon. De understreker at de vet lite om slike overganger, men uttrykker bekymring for disse situasjonene. De viser også til den såkalte «Glassjentasaken», hvor det i tilsynsrapporten fra fylkesmannen nevnes flere overganger mellom institusjoner psykisk helsevern, med bistand fra politiet.

Videre mener ombudet at politiloven ikke skiller klart nok mellom barn og voksne. Likeledes er ombudet opptatt av den samme, manglende differensieringen av hvilke tvangsmidler som kan benyttes av politiet overfor barn og voksne.

Likestillings- og diskrimineringsombudet fremholder at psykisk helsevernloven ikke oppfyller de krav som FN-konvensjonen om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne (CRPD) stiller. Etter ombudets mening må lovens vilkår for bruk av tvang knyttes til situasjoner som innebærer alvorlig og nærliggende fare for liv og helse (såkalte nødretts- eller n dvergelignende situasjoner). For å fremme rettighetene til personer med nedsatt funksjonsevne mener ombudet at utvalget bør anbefale å inkorporere CRPD i norsk lov og at det er helt vesentlig at de to tolkningserklæringene til artiklene 12, 14 og 25 i CRPD trekkes.

Ombudet mener at den utstrakte bruken av tvang overfor personer med utviklingshemning ikke er forenelig med CRPD. Videre at mennesker med psykisk utviklingshemning må få rett til beslutningsstøtte som et alternativ til verge.

Pasient- og brukerombudet i Hedmark og Oppland ga innspill på vegne av landets pasient- og brukerombud. Ombudene mener at adgangen til bistand fra advokat bør utvides. De begrunner dette med at både helsepersonell og pårørende ofte vil kunne mangle den nødvendige distansen for å se kritisk på nivået for tvangsbruk. Ombudene mener videre at rettsikkerheten etter dagens ordninger er for svak og fremholder at det vil være helt sentralt å øke klageorganenes uavhengighet og at det må være en forutsetning at overprøving skjer raskere enn i dag.

Utdanningsinstitusjoner. Høgskulen på Vestlandet, senter for omsorgsforskning, understreker i sitt innspill at det kreves mer enn en lovendring for å endre kulturer. De fremholder at det er nødvendig å tilrettelegge for endringsarbeid over tid for å høyne kompetansen og å sikre tilstrekkelige personalressurser.

Senter for medisinsk etikk ved Universitetet i Oslo er i sitt høringssvar positive til endringer i lovverket og mener det kan føre til lik tolkning, like inngangsvilkår og felles prosedyrer. Senteret mener videre at det bør ses på om inngangskriteriene for bruk av tvang i større grad bør avveies mot helsetapet. De viser til vilkåret for bruk av tvang i somatikken der pasienten « penbart» mangler autonomi, jf. formuleringen i pasient- og brukerrettighetsloven   4-3, og mener at det er mulig en slik bevisavveining som kreves for « penbart» burde være avveid mot helsetapet. Videre skriver senteret at det diskuteres om det bør være tilstrekkelig at pasienten «sannsynligvis» mangler autonomi der helsetapet er meget stort.

Andre innspill. Fra privatpersoner har det kommet innspill om at Norges tolkningserklæringer er i strid med CRPD, og om at tvangsbehandling, beltelegging og tvangsmedisinering må forbys.

To erfaringskonsulenter problematiserer måten situasjoner skildres på i journaler. Det vises til et konkret eksempel fra psykisk helsevern der relevante detaljer utelates, noe som f r situasjonen til å fremstå som mer alvorlig enn den egentlig var. De mener det er problematisk at slike

skildringer, som ikke reflekterer virkeligheten godt nok, legges til grunn for klagebehandlinger.

Forandringsfabrikken understreker i sitt innspill at tvang oppleves som nye overgrep for de unge som utsettes for det. De skriver videre at tvangsmedisinering gjør at man blir fratatt følelser og språk. De understreker viktigheten av samarbeid med unge som trenger hjelp og som har det vondt, og mener at det vil føre til mindre bruk av tvang. Forandringsfabrikken etterlyser egne regler som skal ivareta barn og unge på en bedre måte.

12.5 Muligheten for og ønskeligheten av en felles regulering av bruk av tvang i helse- og omsorgssektoren

Pasient- og brukerorganisasjonene er overveiende positive til å samle tvangshjemlene i en egen lov. Nasjonalforeningen for folkehelsen ved Rådet for demens skriver at det viktigste er å ha bestemmelser som er tilpasset brukergruppen. Det er store forskjeller i vurdering av bruk av tvang for personer med somatiske, rusrelaterte, psykiatriske lidelser og demenssykdom.

Flere av brukerorganisasjonene på psykisk helsefeltet gir uttrykk for at de ikke ønsker et diagnosebasert inngangskriterium for bruk av tvang og ingen tar heller til orde for en slik modell. Flere av organisasjonene gir, slik utvalget forstår dem, uttrykk for at de ønsker en strengere tolkning av CRPD og mener at Norge ikke overholder sine menneskerettslige forpliktelser slik psykisk helsevernloven er utformet i dag.

Samarbeidsforumet av funksjonshemmedes organisasjoner (SAFO) uttaler at det er en utfordring med beslutningsstøtten som CRPD viser til, at konvensjonen er relativ fersk, og at det ikke er utviklet en klar forståelse av hvordan en ordning som oppfyller konvensjonens krav skal være.

Statens helsetilsyn mener et samordnet regelverk vil kunne understøtte et viktig prinsipp om at vurderingstemaene er de samme uavhengig av hvilken pasient eller bruker det gjelder, og uavhengig av tjenesteområde. En bedre samordning av regelsettene bør også følges opp med enhetlige rapporteringssystemer.

Helseforetakene er i stor grad positive til en gjennomgang av tvangslovgivningen, men har ulike innvendinger og betenkeligheter med felles regelverk. Ett foretak skriver at det ikke vil at mennesker går til grunne fordi det mangler hjemmel for bruk av tvang utover farekriteriet. Enkelte påpeker at fremtidig lovgivning må sikre pasientrettigheter, prinsippet om selvbestemmelse må styrkes og avspeile føringer om riktig og redusert bruk av tvang.

Flere av helseforetakene uttrykker usikkerhet om hvorvidt de ulike tvangsreglene kan samles i en felles lov på bakgrunn av at lovene oppleves som svært forskjellige og dekker forskjellige områder i omsorgs- og behandlingssituasjoner. Psykisk helsevernloven som særlov trekkes fram som bra for å sikre en sårbar pasientgruppe.

Fylkesmennene er samstemte i at det er behov for en felles regulering av bruk av tvang i helse- og omsorgssektoren. Samtidig er det flere nyanser som skiller dem med hensyn til hvordan de ser for seg utfordringer og løsninger. Dette gjelder blant annet spørsmålet om hvorvidt inngangskriteriene bør være basert på diagnoser eller ikke. Lovgivning som ikke angir klare rammer, men åpner for skjønnsutøvelse blir av enkelte trukket fram som en mulig konsekvens av et regelverk som er diagnosenøytralt. Andre erfarer at mange pasienter faller mellom de ulike regelsettene fordi «inngangskriteriene» ikke er oppfylt. Dersom adgangen til å benytte tvang hadde berodd på en vurdering av pasientens funksjon, ville pasienter få lik rett til helsehjelp i form av tvangstiltak uavhengig av hvilken diagnose vedkommende har. Fylkesmannen i Hordaland uttaler at diagnosene er mindre viktige. Det sentrale etter embetets vurdering, er hva

den enkelte forstår (samtykkekompetanse) og hvilken risiko vedkommende utsetter seg selv og/eller andre for.

Fylkesmannen i Oslo og Akershus vurderer at den forskjellsbehandlingen som ligger til grunn for diagnosekriteriet i helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 er saklig begrunnet og mener det vil medføre en høy risiko å ta bort diagnosekriteriet all den tid det per dags dato ikke er presentert andre presise avgrensninger.

Uavhengig av hvorvidt det blir en felles lovgivning synes det som om fylkesmennene er samstemte i at kontroll- og overprøvingsinstanser bør samles. Her er det flere hensyn som legges til grunn, blant annet at dette vil gi et tilstrekkelig saksvolum for å sikre tilstrekkelig kompetanse og likebehandling. Kostnadene knyttet til praksis med ulike kontroll- og klageorgan blir også problematisert. Det er vist til at et samordnet regelverk ville kunne gi bedre rettssikkerhet for mindre kostnad.

Effektiv praktisering samtidig som rettssikkerheten til mennesker som er underlagt tvang, iveretas er forhold som belyses i innspillene. Fylkesmannen i Nord-Trøndelag uttaler at det derfor bør differensieres mellom inngripende og lite inngripende tiltak.

Fylkesmannen i Hordaland viser til at det er ulik praksis når det gjelder tillitsskapende tiltak på de ulike fagområdene. Deres erfaring er at dette arbeidet er mer grundig når det gjelder tvang etter pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A og helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 enn ved tvang etter psykisk helsevernloven kapittel 4. En samordning av reglene kan bidra til at dette blir styrket i psykiatrien.

Kommunene fremstår ikke som samlet i sin vurdering av behovet for samordning av regelverk knyttet til tvang, eller hvorvidt det er ønskelig eller mulig med en felles lov. Det blir imidlertid av enkelte tatt til orde for at særlovgivning med diagnosekriterium er prinsipielt diskriminerende.

Det synes likevel som om en større grad av samordning av de ulike tvangsreglene vil kunne bidra til færre inngripende tiltak og redusere bruk av tvang.

Enkelte kommuner etterlyser en tydeligere rolle- og ansvarsfordeling mellom kommune- og spesialisthelsetjenesten, noe som gir uttrykk for et behov for mer og bedre samordning, om ikke en full sammenslåing av reglene.

Holdningene til felles regulering er i liten grad omtalt av de *kompetansesentrene* som gir innspill. I den grad de gjør det legges det vekt på at kriteriene for en slik lov ikke kan være basert på diagnoser, men på funksjonsnivå. Det vises særlig til mennesker med utviklingshemning og mennesker uten diagnosen som har læreversker, og betydelig behov for hjelp.

Likestillings- og diskrimineringsombudet mener at en felles lov for tvang kan være egnet til å oppfylle CRPDs krav til ikke-diskriminerende regelverk og en ikke-diskriminerende praktisering av regelverket. Ombudet stiller som forutsetning for dette at loven ikke rettes særskilt mot mennesker med nedsatt funksjonsevne.

Pasient- og brukerombudet i Hedmark og Oppland som har gitt innspill på vegne av landets pasient- og brukerombud, er positive til et felles regelverk og peker på at dagens regelverk til dels er fragmentert og gjentakende. De mener at et samlet regelverk trolig vil gjøre det lettere å sikre en god og målrettet kompetanseheving på feltet.

Profesjonsorganisasjonene er i all hovedsak positive til en felles gjennomgang av regelverkene og flere er positive til en felles lov. Dagens regelverk beskrives som fragmentert og krevende å finne frem i. Det uttrykkes likevel enkelte betenkeligheter og bekymringer knyttet til en felles lov. Dette handler om flere ting, blant annet advares det mot samordning for samordning-

ens skyld. Spørsmål reises om hvorvidt en felles regulering faktisk vil styrke pasienters rettssikkerhet. Felles regler kan ifølge innspill fra Norsk psykologforening, gjøre det utydelig hvilke formål og spesifikke behov som skal ivaretas.

Advokatforeningen mener utvalget bør vurdere å ta deler av tvangslovgivningen på psykisk helsefeltet inn i en ny felles lov, noe som vil sikre funksjonshemmedes diskrimineringsvern bedre. Ifølge innspillet vil dette også til viss grad avhjelpe gråsonene som finnes dagens ulike regelsett.

Diagnosenøytralitet er felles for flere av innspillene og diagnosebaserte kriterier blir også omtalt som prinsipielt diskriminerende. Den Norske Legeforening tror imidlertid det blir svært vanskelig å lage konkrete regler som kan sikre likhet og forutsigbarhet for pasientene dersom man i for stor grad løsriver seg fra diagnosene. Fellesorganisasjonen (FO) er sterkt bekymret for et lovverk der krav til bruk av tvangstiltak blir redusert eller forenklet med svekket rettssikkerhet som konsekvens.

12.6 Særlige behov som må ivaretas i en fremtidig lovregulering – barn og unges autonomi og integritet

Mange av organisasjonene og instansene som har gitt innspill, har vært opptatt av ivaretagelse av barn og unges autonomi og integritet. Enkelte av *profesjonsorganisasjonene* fremhever barn som en særlig sårbar gruppe og det understrekes at det er lite kunnskapsgrunnlag om hva bruk av formell så vel som uformell tvang, gjør med barn. På bakgrunn av dette bes utvalget vurdere et tydeligere regelverk knyttet til barn og unge.

Flere *fylkesmenn* har spilt inn at det bør gis særlige bestemmelser om bruk av tvang overfor barn og unge som ivaretar deres autonomi og integritet, og at barn og unge bør ha selvstendig klagerett.

Helseforetakene synes samstemte i at det er behov for et tydeligere regelverk for barn og unge. Innspillene favner bredt og det pekes på flere regelsett. Ifølge innspill fører pasient- og brukerrettighetslovens kapittel 4 A til et juridisk vakuum, fordi loven ikke omfatter barn. Det beskrives en virkelighet der tiltak overfor barn og unge gjennomføres «uten lovregulering», noe som innebærer at det ikke foreligger formelle krav til forsvarlig gjennomføring av tvangen. Ifølge innspillet medfører det store konsekvenser for rettssikkerheten til både barna og personalet som gjennomfører tiltakene.

Flere *kommuner* er opptatt av forholdet mellom barnevernloven og helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 10. Tromsø kommune peker for eksempel på at ingen har et helhetlig ansvar for den gravide rusmiddelavhengige og barnet.

Flere kommuner melder om et behov for bedre samhandling mellom reglene i barnevernloven og psykisk helsevernloven. Spørsmål om døgnbasert opphold i psykisk helsevern er, ifølge innspill, også aktuelt for barn og unge som ikke er plassert utenfor hjemmet.

Flere av organisasjonene og instansene etterlyser koordinering mellom barnevernloven og psykisk helsevernloven for barn og unge, slik at det understøtter samarbeid og god faglig praksis.

Del III

Prinsipielle synspunkt

13 Utvalgets verdisyn

Boks 13.1 Utvalgets verdisyn

Alle har rett til:

1. selvbestemmelse i personlige spørsmål
2. beskyttelse mot krenkelse av rettigheter
3. nødvendige helse- og omsorgstjenester og
4. respekt for sitt iboende menneskeverd

[Boks slutt]

13.1 Innledning

Formålet med dette kapittelet er å klargjøre hvilke prinsipper en framtidig lovgivning om bruk av tvang på helse- og omsorgsfeltet bør bygge på.

Utvalgets utredning baserer seg på et verdisyn som det må være åpenhet om. Ordet «verdi» refererer til synsmåter av særlig viktighet for utvalgets holdninger til når tvang kan være rettmessig. Også andre «hensyn» kan komme inn og få betydning. Verdier kan bli omtalt som «hensyn» i en avveiningskontekst, men det ligger et signal om ulik rang i begrepsbruken: Det er verdiene som er organiserende for utvalgets tenkning om når bruk av tvang er rettmessig.

I medisinsk-etisk terminologi nevner Syse ti verdier som kan være relevante ved regelutvikling på psykisk helse-feltet: selvbestemmelsesrett, integritet, beskytte mot skade, gjøre det gode, livskvalitet, diskrimineringsforbud, rettssikkerhet, rettferdighet, livets hellighet og effektiv ressursutnytting.⁸⁰⁷ Det understrekes at listen ikke er uttømmende og heller ikke sier noe om innbyrdes vekt. For utvalget er det naturlig å ta et tydelig utgangspunkt i det verdigrunnlaget som vår rettsorden i dag bygger på, herunder menneskerettslige prinsipper. En friere tilnærming vil neppe bidra til større klarhet eller gi et sikrere grunnlag.

I diskusjonen om det verdimessige grunnlaget for bruk av tvang brukes forskjellige begreper: som «autonomi», «integritet», «paternalisme» og «menneskeverd». Hva man legger i disse varierer ofte fra forfatter til forfatter. Utvalget har ikke funnet det nødvendig med en mer omfattende begrepsavklaring eller å bruke flest mulig av begrepene. Ordvalget er tilpasset de spørsmål som skal besvares, og utvalget har lagt vekt på å framstille sitt verdisyn på en så klar og konsis måte som mulig. Utvalget har funnet det hensiktsmessig å beskrive sitt verdisyn gjennom formulering av fire premisser på «alle har rett til»-formen og en avveining. Den stramme strukturen er valgt for å framheve hovedlinjer og gi grunnlag for å stake ut en videre retning.

⁸⁰⁷Syse, 1995, s. 412

13.2 Premiss 1: Alle har rett til selvbestemmelse i personlige spørsmål

I medisinsk etikk er det et tema hvem som kan regnes som «moralsk myndige» og slik bør få bestemme selv.⁸⁰⁸ Tidvis har diskusjonen stoppet her, ved en grovinndeling mellom moralsk myndige og umyndige. Selv om dette utgjør en parallell til det juridiske skillet mellom personer med og uten rettslig handleevne (beslutningskompetanse), er jussen likevel mer nyansert. Særlig gjelder det ved utøvelse av såkalte faktiske handlinger i personlige spørsmål som utgjør kjerneområdet for utvalgets arbeid. At *alle* som er myndige ut fra alder – uten noen form for kvalifisering knyttet til psykisk funksjonsevne – som utgangspunkt har handlefrihet, står her sentralt:

«De fleste normsystemer, blant annet vårt rettssystem, har en uskreven metanorm som går ut på at alt som ikke er forbudt ved særskilt norm er tillatt, og alt som ikke er særskilt påbudt er man fritatt for. Påbud og forbud må derfor ha grunnlag i særskilte normer ...»⁸⁰⁹

Kravet om «grunnlag i lov» ved inngrep mot enkeltmennesket i Grunnlova § 113 er uttrykk for dette, likeledes retten til «respekt for privatlivet» i § 102 første ledd – begge bestemmelsene har klare referansepunkt i sentrale menneskerettighetsdokumenter, som EMK artikkel 8. Dette er normer som verner handlefrihet for alle, uavhengig av psykisk funksjonsnivå. Særlig skal nevnes pasient- og brukerrettighetsloven § 4-1 første ledd som slår fast et krav om hjemmel for all yting av helsehjelp – uavhengig av hvor lite inngripende denne måtte være. Dette hjemmelskravet rekker sannsynligvis lenger enn det som følger så vel av Grunnlova, menneskerettslige forpliktelser og tradisjonell norsk forvaltningsrett – og understreker styrken i utgangspunktet om selvbestemmelsesrett i helse- og omsorgslovgivningen. Mer eksplisitt er det verdimeslige utgangspunktet om selvbestemmelsesrett for alle (som er myndige ut fra alder) kommet til uttrykk i flere formålsbestemmelser i dagens tvangslovgivning.⁸¹⁰

En styrke i den juridiske tilnærmingen er at den legger grunnlaget for åpenhet om de avveininger som må foretas om når tvang – og andre inngrep i selvbestemmelsesretten – kan være rettmessige. For utvalget er således ikke spørsmålet *om* noen (i utgangspunktet) mangler selvbestemmelsesrett, men *når* denne eventuelt kan begrenses.

For barn kan man ikke formulere et like bastant utgangspunkt om selvbestemmelse. De har en klar rett til økende innflytelse som står særlig sterkt som følge av den personlige karakter helse- og omsorgstiltak har. Retten tiltar også i styrke i takt med økende alder, uavhengig av psykisk funksjonsnivå. I Grunnlova § 104 om barns menneskerettigheter sies det i tredje ledd første punktum at «Barn har rett til vern om den personlege integriteten sin». Sammenlignet med ordlyden i Grunnlova § 102 andre ledd – det allmenne integritetsvern – står barns integritetsvern sterkere enn voksnes. Integritetsvernet er et bredere konsept sammenlignet med retten til selvbestemmelse, men selvbestemmelse i særlig personlig spørsmål inngår. Når det ikke foreligger noen rett til selvbestemmelse, betyr integritetsvernet at barnet saken gjelder uansett

⁸⁰⁸Se Tranøy, 2005, s. 32; Tännsjö, 1999, s. 29-34; Beauchamp og Childress 2009, s. 99 flg.

⁸⁰⁹Eckhoff og Sundby, 1991, s. 72

⁸¹⁰Se psykisk helsevernloven, 1999, § 1-1 andre ledd, helse- og omsorgstjenesteloven, 2011, § 9-1 andre ledd og pasient- og brukerrettighetsloven, 1999, § 4A-1 andre ledd

har rett til innflytelse. Slik danner det en basis for utvalgets økte fokus på tvang mot barn i helse- og omsorgstjenesten.

13.3 Premiss 2: Alle har rett til beskyttelse mot krenkelse av rettigheter

Ut fra problemstillingene for utvalgets arbeid er det tilstrekkelig å konstatere at utgangspunktet om selvbestemmelse gjelder *i personlige spørsmål*. Men også ved atferd fra person som krenker andre kan inngrep for å stoppe vedkommende beskrives som å ramme hans eller hennes privatliv. Det gjelder for eksempel etter EMK artikkel 8 der krenkelse av andres rettigheter er nevnt blant grunnene for å tillate inngrep i privatlivet, jf. 8 (2). Her kan det bli snakk om å avveie gjerningspersonens selvbestemmelsesrett mot andres. I Rt. 2010 s. 612 (Sårstelldommen) har førstvoterende en bemerkning rundt slike tilfeller:

«Men jeg finner samtidig grunn til å understreke at hensynet til pasientens autonomi nødvendigvis må veie mindre der klart uheldige valg også får betydelige negative følger for andre, eller kommer i konflikt med andres rettigheter.»⁸¹¹

Den holdning som her kommer til uttrykk er gjengs på tvers av rettssystemer: selvbestemmelsesretten til den som krenker andre står svakere enn der en handling alene rammer personen selv. Ut fra menneskerettighetene kan staten ha plikt til å treffe tiltak for å hindre krenkelser.

13.4 Premiss 3: Alle har rett til nødvendige helse- og omsorgstjenester

Retten til helse ble ikke grunnlovfestet ved revisjonen av Grunnlova i 2014,⁸¹² men framgår av sentrale menneskerettighetsdokumenter som Norge er bundet av. Særlig skal nevnes FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK) som har fått en særlig sterk stilling i norsk rett gjennom menneskerettsloven. I artikkel 12 nr. 1 anerkjennes «retten for enhver til den høyest oppnåelige helsestandard både fysisk og psykisk».⁸¹³ Tilsvarende formuleringer er benyttet i Barnekonvensjonen artikkel 24 og CRPD artikkel 25. Et tilbakevendende diskusjonstema er graden av rettslig forpliktelse i disse og lignende bestemmelser, som retten til sosial og medisinsk hjelp i artikkel 13 og eldre menneskers rett til sosialt vern i Den reviderte europeiske sosialpakt, jf. artikkel 23. Etter sistnevnte dokument er barn gitt et særskilt vern, deriblant et sosialt vern, jf. artikkel 7 og 17. Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK) er i sin alminnelighet lite fokusert på realiseringen av sosiale rettigheter som helse, men problemstillingen kan være aktuell i ulike varianter. I slike spørsmål er det imidlertid sikker praksis fra Den europeiske menneskerettighetsdomstol at statene har en særlig vid skjønnsmargin.

I norsk lovgivning har rettighetstenkningen på helse- og omsorgsfeltet hatt medvind de siste tiårene. Som særlig sentrale bestemmelser i dag skal nevnes pasient- og brukerrettighetsloven

⁸¹¹Rt. 2010 s. 612, avsnitt 30

⁸¹²Se nærmere omtale av tematikken i Kjønsstad og Syse, 2014, s. 353–356.

⁸¹³Se nærmere ØSK-komiteen, 2000 der komiteen har avgitt generelle kommentarer til art. 12.

§§ 2-1 a og 2-1 b. I bestemmelsenes første ledd gis rett til «øyeblikkelig hjelp» fra kommunen og spesialisthelsetjenesten. I bestemmelsenes andre ledd oppstilles rett til «nødvendige helse- og omsorgstjenester fra kommunen» og «rett til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten», det vil si hjelp utenfor akutsituasjoner. Her er det tale om klare individuelle rettighetslementer, selv om tradisjonelle oppfatninger som mulighet for domstolskontroll som sentralt kjennetegn ved en (ekte) rettighet utfordres. For barn og unge under 23 år med psykiske lidelser eller rusmiddelavhengighet er det i tillegg gitt særskilte tidsfrister i forskrift med hjemmel i § 2-1 b sjuende ledd som bidrar til å styrke deres rettigheter.

Til tross for de utfordringer som er nevnt, er retten til nødvendige helse- og omsorgstjenester i dag en hjørnestein i norsk rett og må ses på som en byggestein i utviklingen av velferdsstaten. Retten til helse- og omsorgstjenester er slik sett en sentral verdi når spørsmålet om tvang skal vurderes. Som utvalget kommer tilbake til, er rettighetslovgivningen i dag så bredt utformet at også tiltak for å legge til rette for å unngå tvang omfattes. Å sikre at tilgangen til helse gjøres reell også for personer som har vansker med selv å ivareta sine interesser, er et viktig aspekt etter CRPD artikkel 25.

13.5 Premiss 4: Alle har rett til respekt for sitt iboende menneskeverd

Respekten for menneskeverdet er fundamentet for menneskerettighetstenkningen. I fortalen til FNs erklæring om menneskerettigheter, FN-konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK), FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (SP) og FNs barnekonvensjon uttrykkes:

«recognition of the inherent dignity and of the equal and inalienable rights of all members of the human family.»

Syntaktisk peker «all members of the human family» også tilbake på «inherent dignity»: iboende verdighet. Menneskerettighetene har fokus på enkeltindivids grunnleggende behov, enten det gjelder friheter eller sosiale rettigheter – for å nevne eksempler som er særlig aktuelle for utvalgets arbeid. På denne bakgrunn oppfatter utvalget dypest sett også «menneskeverd» som uttrykk for et krav om at enkeltindivids grunnleggende behov må ivaretas. Et sentralt aspekt her – med røtter tilbake i kantiansk tenkning – er at enkeltmennesket må ses som et mål, og ikke (bare) som et middel. Ikke-diskriminering er en del av bildet, men all form for ulikebehandling er ikke uakseptabel. Ved revisjonen av Grunnlova i 2014 ble en egen bestemmelse om barns menneskeverd inntatt i den nye § 104 om barns menneskerettigheter – «Barn har krav på respekt for menneskeverdet sitt.» Begrunnelsen er nettopp knyttet til at barn er likeverdige som mennesker og at de ikke skal utsettes for usaklig forskjellsbehandling.⁸¹⁴

Tradisjonelt er verdien av respekt for menneskeverdet blitt brukt som et argument mot tvang. At det kan oppstå en tilsynelatende konflikt mellom ulike verdier, slik at det må foretas en avveining, er imidlertid ikke nytt. Konkret har dette kommet til uttrykk ved at sentrale friheter ikke er gjort absolutte i sentrale menneskerettighetsdokumenter. Det er derimot slått fast at det kan gjøres inngrep på nærmere vilkår, jf. for eksempel EMK artikkel 5 og 8. Også etter CRPD må det gjøres avveininger, slik utvalget ser det. Imidlertid er balansepunktet for denne avveiningen stadig i bevegelse. Utvalget skal i denne sammenheng særlig påpeke betydningen av selvbestemmelsesrettsbegrepets kompleksitet.

⁸¹⁴Dokument 16 (2011–2012) punkt 35.5.2

Selvbestemmelsesrett er en sammensatt størrelse. Ikke minst har det en tidsdimensjon: nåtid, framtid og fortid. Utgangspunktet er rimelig nok personens oppfatning her og nå. Dersom muligheten for å utvikle gjennomtenkte synspunkt er alvorlig svekket, er det av betydning om det er mulig å tilrettelegge beslutningssituasjonen bedre, eventuelt avvente og se om forutsetningene styrkes. I sin rene form handler likevel framtidsdimensjonen om hvordan en beslutning om hjelpetiltak vil påvirke muligheten til å utøve selvbestemmelsesretten i framtiden: om denne vil bli styrket, svekket eller ikke påvirket i det hele. For barn gir spørsmålet om hvordan deres rett til utvikling påvirkes, en tilleggsdimensjon.

Fortidsdimensjonen handler om hvilke holdninger eller synspunkter personen tidligere har uttrykt. Disse kan gi grunnlag for antakelser om hvordan vedkommende ville ha stilt seg til det aktuelle spørsmålet i dag gitt at svekkelsen i beslutningsevne her og nå tenkes borte. I denne forbindelse har utvalget merket seg den tyske forfatningsdomstolens (Bundesverfassungsgericht) avgjørelse av 26. juli 2016 fordi den gir uttrykk for interessante vurderingsmønstre.⁸¹⁵

Saken gjaldt en kvinne diagnostisert med en schizoaffektiv lidelse som etter hvert også fikk brystkreft. Hun nektet å la seg behandle, og tvangsbehandling var utelukket for personer som ikke var frihetsberøvet i institusjon. Pasienten døde før saken ble endelig avgjort, og det er prinsippspørsmålet som er sakens tema. Konstitusjonsdomstolen konkluderte med at det var i strid med den tyske grunnloven prinsipielt ikke å ha hjemmel for bruk av tvang overfor personer utenfor institusjon. Begrepene fri vilje («freie Wille») og naturlig vilje («natürliche Wille») er rettslige begreper i Tyskland, der fri vilje uttrykker en kompetent beslutning. Den som er beslutningskompetent (har fri vilje), kan bestemme selv. Et interessant trekk i avgjørelsen er at selv om ikke fri vilje foreligger her og nå, må det etter tysk rett tas hensyn til fortidsdimensjonen (offisiell engelsk oversettelse):

«In this regard, the legislature has to take particular account of the fact that this is not a matter of ensuring medical protection according to the standards of objective reasonableness. Rather, the free will of the persons under custodianship has to be respected. This also applies insofar as the free will can be determined on the basis of indications – especially drawing on earlier statements or given the quality of the expressed natural will. Only in cases in which this is not possible, the conflicting natural will which was formed due to that person's illness can be overridden as an ultima ratio.»⁸¹⁶

CRPD er gjort til del av den nasjonale lovgivning i Tyskland, i motsetning til i Norge. Forfatningsdomstolen fastslo at CRPD-komiteens fortolkninger ikke var bindende, og kritiserte FN-organet for å være vag om hvordan de vanskelige sakene skulle håndteres:

«the Committee does not give an answer to the question of what, according to its understanding of the text of the Convention, should happen to persons who cannot form a free will and are in a helpless situation.»⁸¹⁷

Etter domstolens oppfatning var konvensjonen et argument for å utvide tvangshjemlene etter tysk rett for å sikre lik tilgang til helsehjelp:

⁸¹⁵1 BvL 8/15-1

⁸¹⁶1 BvL 8/15-1, avsnitt 82

⁸¹⁷1 BvL 8/15-1, avsnitt 91

«there is nothing to suggest that, according to the text and the spirit of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, these persons should be left to their fate, and that the Convention excludes coercive treatment even under the strict conditions which are constitutionally required here. This applies especially as, under the constitutional requirements stated above and the applicable provisions of custodianship law, national law adheres, in accordance with the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, to the principle of prioritising the – if necessary, supported – will of the person with disabilities.»⁸¹⁸

I en nyere dom fra Den europeiske menneskerettighetsdomstolen ble det akseptert å nekte en person med utviklingshemning å flytte til en annen del av landet i strid med egne interesser:

«In essence, the decision was not based on a qualification of the applicant as a person with a disability. Instead, the decision was based on the finding that, in this particular case, the disability was of a kind that, in terms of its effects on the applicant's cognitive skills, rendered the applicant unable to adequately understand the significance and the implications of the specific decision he wished to take, and that therefore, the applicant's well-being and interests required that the mentor arrangement be maintained.»⁸¹⁹

Et moment i vurderingen var likevel at klagerens vilje og preferanser («will and preferences») var tatt i betraktning.⁸²⁰

13.6 Avveining

Gjennomgangen ovenfor understreker at utvalget står overfor komplekse problemstillinger der det er spørsmål om å avveie ulike verdier – og menneskerettigheter – mot hverandre. Menneskeverdbegrepet kan være et verdikompass i den prosessen gjennom sitt krav om at individets grunnleggende behov må ivaretas. I dette bildet blir ytterposisjonene – enten det gjelder en lemfelig holdning til bruk av tvang eller en prinsipiell avvisning – begge dypt problematiske. Dette ved at de hver på sin måte – men fra helt ulike utgangspunkter og med helt ulike formål – kan hevdes å fremme gruppetenkning heller enn hva som er best for det enkeltmennesker i en sårbar posisjon.

CRPD har bidratt til et økt og strengere fokus på begrunnelsen for særlige tvangshjemler. Den tyske forfatningsdomstolens avgjørelse tydeliggjør at spørsmålet om beslutningskompetanse ikke er endepunkt for spørsmålet om selvbestemmelsesrett, men først og fremst en grovsortering av tilfellene, og dermed startpunkt for en mer fingradert vurdering. EMD kan forstås i samme retning. Utvalget ser dette som en fruktbar tilnærming til hvordan prinsippene som er nedfelt i CRPD, kan gis et konkret og forpliktende innhold i en norsk kontekst, i kjølvannet av en polarisert debatt om FN-komiteens manglende omtale av en del vanskelige spørsmål som deres tolking av dette viktige menneskerettsinstrumentet reiser. Utvalget vil også vise til at CRPD-komiteen i svært begrenset grad har omtalt problemstillinger som gjelder barn.

⁸¹⁸1 BvL 8/15-1, avsnitt 91

⁸¹⁹A.-M.V. mot Finland, 2017, avsnitt 89

⁸²⁰A.-M.V. mot Finland, 2017 avsnitt 90

Slik utvalget oppfatter det er FN-konvensjonens kjerne – i denne sammenheng – et krav om skjerpet innsats mot tvangsbruk, herunder en særlig kritisk vurdering av behovet for særbehandling for enkeltgrupper. Dette samsvarer med Stortingets grunnholdning i forbindelse med ratifikasjonen, jf. uttrykksmåten om at særlige inngrepshjemler bare kan forsvares når dette er strengt nødvendig («en siste utvei»), inntatt i tolkningsforbeholdene. Å vurdere hvordan konvensjonen kan gis et konkret og forpliktende innhold i en norsk sammenheng ligger til utvalget, innenfor de rammer mandatet setter.

14 Når kan bruk av tvang være rettmessig? Overordnede vurderinger

Boks 14.1 Overordnede synspunkt

- Utvalget understreker viktigheten av økt tilrettelegging for frivillig tjenesteyting.
- Utvalget peker ut tre sentrale kriterier som styrende for en framtidig lovgivning:
 - fare for vesentlig helseskade
 - fravær av beslutningskompetanse
 - antatt samtykke til hjelpen

[Boks slutt]

14.1 Innledning

På bakgrunn av verdisynet i kapittel 13 og vurderingene av det menneskerettslige materialet, se punkt 7.4, ser utvalget det som formålstjenlig å formulere noen overordnede synspunkt om når tvang kan være rettmessig. Enkelte alminnelige utgangspunkt formuleres først i punkt 14.2, før mer spesifikke problemstillinger drøftes i punkt 14.3 (krav om tilrettelegging for frivillighet) og punkt 14.4 (krav til person, situasjon og årsak). Det minnes om mindretallets (Erichsen og Gitlesens) generelle dissens, inntatt som vedlegg til utredningen.

Kapitlets funksjon er å avklare hovedlinjer i utvalgets vurderinger. Dette danner så grunnlaget for mer detaljerte drøftinger i del IV. Enkelte spørsmål vil ha betydning for flere av kapitlene der. Behovet for å disponere framstillingen på en måte som kan skape gjenkjennelse fra en praktisk synsvinkel, har presset fram en slik oppdeling. Dette kan virke forvanskende, men ut fra mandatets og tematikkens kompleksitet har et slikt grep ikke vært til å unngå.

14.2 Rettssikkerhet ved bruk av tvang – oversikt og enkelte avklaringer

14.2.1 Rettssikkerhetsbegrepet

«Rettssikkerhet» er et samlebegrep uten et helt entydig innhold.⁸²¹ I sin enkleste form viser det til at avgjørelser må være i samsvar med gjeldende rett og at det må eksistere virkemidler

⁸²¹Se for eksempel Bernt og Rasmussen, 2010, s. 46–53; Kjønsstad mfl., 2017, s. 115–119. For en bredere framstilling, se Bernt, 2001.

– *rettssikkerhetsgarantier* – for å sikre dette. Det er også vanlig å plassere verdier som forutberegnelighet, vern av handlefriheten og likebehandling under rettssikkerhetsparaplyen. Mer omstridt er om begrepet også bør fange opp framveksten av velferdsstaten og med den et positivt frihetsbegrep; trygghet for grunnleggende velferdsgoder.

En presis begrepsavklaring er ikke nødvendig fordi utvalget uansett må være mer spesifikk om hvilke verdier og hensyn som vektlegges. Plassering i forhold til et abstrakt rettssikkerhetsbegrep bør ikke i seg selv ha betydning for vektleggingen. Stedvis vil likevel rettssikkerhetsbegrepet bli brukt ut fra språklige/framstillingsmessige hensyn. Meningsinnholdet vil da ligge innenfor en vanlig bruk av begrepet og ellers framgå av sammenhengene.

14.2.2 Materiell rettssikkerhet

14.2.2.1 Innledning

Overordnet kan rettssikkerhet søkes ivaretatt på ulike måter. Den enkleste varianten er gjennom utforming av *materielle regler* – altså vilkår for inngrep og krav til tiltak. Hvordan inngrepshjemler utformes kan variere mye, også innenfor rammene av gjeldende norsk rett. På den ene siden har vi reguleringer som hovedsakelig fokuserer på generelt formulerte (negative) skranker, særlig via vilkår om fare for skade, diagnose, nødvendighet og forholdsmessighet. Pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A er et eksempel her. På den andre kanten har vi psykisk helsevernloven som nærmest er kasuistisk i sin tilnærming gjennom fokuset på bestemte typer av tiltak. Utvalget vil i del IV fortløpende vurdere spørsmålet om lovgivningsteknikk i relasjon til de ulike temaene. Som det framgår, er utvalgets tilnærming nyansert.

Enkelte helt sentrale spørsmål om materiell rettssikkerhet er drøftet nedenfor. Det gjelder krav om tilrettelegging for frivillighet, samt hvilke krav som bør stilles til person, situasjon og årsak for at tvang skal kunne benyttes.

I kapittel 7 er menneskerettslige normer beskrevet. I fortsettelsen skal utvalgets forståelse av enkelte sentrale rettsprinsipper kommenteres nærmere i lys av tradisjonell norsk rett. Noen prinsipper som forvaltningsrettens likhetskrav, spiller en mindre rolle i konkrete saker om bruk av tvang i helse- og omsorgstjenesten på grunn av behovet for å gjøre individuelle vurderinger ut fra personens behov. Likhetsaspektet kommer derimot inn på et mer overordnet nivå, men er ikke naturlig å utdype her.

14.2.2.2 Legalitetsprinsippets styrke

Det tradisjonelle legalitetsprinsippet etter norsk rett har nå fått et uttrykk i Grunnlova § 113:

«Styresmaktene må ha grunnlag i lov for å gripe inn overfor einskildmennesket.»

Et diskusjonstema har vært hvor strengt legalitetsprinsippet er ved bruk av tvang i helse- og omsorgstjenesten ut fra dommer som Rt. 1993 s. 249 (utvidende tolkning av lovhjemmel i psykisk helsevern) og Rt. 2010 s. 612 (den såkalte Sårstelldommen, bruk av tvang akseptert uten lovhjemmel).⁸²² Utvalget legger til grunn at spørsmål om bruk av tvang blir oppfattet som komplekse og krevende ut fra de kryssende hensyn som gjør seg gjeldende. Blant annet den store variasjonsbredden i problemstillinger og behovet for å velge tiltak som i det enkelte tilfellet er minst mulig inngripende, kan tidvis gjøre det vanskelig å formulere presise inngrepshjemler. Det menneskerettslige kravet om lovhjemmel er omtalt i kapittel 7 og åpner for bredere rettssikkerhetsmessige vurderinger enn et snevert fokus på presisjon. Utvalget legger

⁸²²Se for en oversikt over diskusjonen Østenstad, 2014.

til grunn at det ikke kan oppstilles et entydig strengt krav til presise inngrepshjemler på feltet. I dette ligger at lovgiver har et ikke uvesentlig handlingsrom når det kommer til kombinasjonen av ulike rettssikkerhetsmekanismer, blant annet ut fra en vurdering av hvor presise regler det er mulig og forsvarlig å lage.

14.2.2.3 Forholdsmessighet: egnethet, nødvendighet og interesseovervekt

14.2.2.3.1 Begrepsbruk i dagens lovgivning

I gjeldende lovgivning framstår nødvendighet og forholdsmessighet som sentrale krav til et tiltak, altså for vurderingen av om tvang kan benyttes når absolutte krav til situasjon m.v. er oppfylt, eventuelt i hvilket omfang og på hvilken måte. Hvordan dette kommer til uttrykk varierer imidlertid betydelig. I helse- og omsorgstjenesteloven § 9-5 andre ledd er begge kravene nevnt i samme setning:

«Tiltakene må ikke gå lenger enn det som er nødvendig for formålet, og må stå i forhold til det formålet som skal ivaretas.»

Etter samme bestemmelse er det også et vilkår at inngrepet må være «etisk forsvarlig». Innholdet av dette er ikke helt klart. Mye tyder på at det bør presiseres gjennom nødvendig- og forholdsmessighetskravet.⁸²³

I psykisk helsevernloven er et nødvendighetskrav nevnt flere steder, blant annet i § 3-3 nr. 3. Etter § 4-2 første ledd må tiltak etter kapittel 4 være «strengt nødvendige». Ulike varianter – «nødvendig», «strengt nødvendig» og «uomgjengelig nødvendig» er også brukt i flere bestemmelser i kapitlet.

Etter pasient- og brukerrettighetsloven § 4A-3 andre ledd bokstav b er det et vilkår at «helsehjelpen anses nødvendig». Fokus her er altså ikke rettet mot at inngrepet må være nødvendig for å få gitt hjelp, slik som i de tidligere nevnte eksempler. Kravet om utprøving av «tillitskappende tiltak», jf. § 4A-3 første ledd, fanger imidlertid opp sider ved nødvendighetskravet. Nødvendighet som krav til inngrepet finner vi i sin rene form i § 4A-4 andre ledd. I helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 10 er ikke begrepet brukt direkte utenom i § 10-1 (undersøkelser etter melding). Aspekter ved et krav om nødvendighet framkommer likevel gjennom vilkåret om at «hjelpetiltak ikke er tilstrekkelig», jf. § 10-2 og § 10-3, begge første ledd.

Forholdsmessighetsbegrepet er ikke brukt uttrykkelig i noen av lovtekstene, men andre uttrykksmåter anses å formidle et slikt krav. I helse- og omsorgstjenesteloven § 9-5 andre ledd heter det at tiltakene «må stå i forhold til det formålet som skal ivaretas». Etter psykisk helsevernloven § 3-3 nr. 7 er spørsmålet om tvungent vern/tvungen observasjon utgjør «den klart beste løsning» for personen. I pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A er begge de nevnte formuleringene brukt: I § 4A-3 andre ledd bokstav c kreves at «tiltakene står i forhold til behovet for helsehjelpen» og etter tredje ledd dukker psykisk helsevern-varianten «klart beste løsning» opp.

Ifølge psykisk helsevernloven § 4-2 første ledd er det krav om at den gunstige virkningen av tiltaket «klart oppveier ulempene». Etter § 4-4 andre ledd bokstav a kan legemiddelbehandling bare gjennomføres med legemidler som har en gunstig virkning «som klart oppveier ulempene ved eventuelle bivirkninger».

⁸²³Østenstad, 2011, s. 629–635

I helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 10 er det ikke formulert et forholdsmessighetskrav. Slike vurderinger vil inngå i helhetsvurderingen som kan-skjønnets etter §§ 10-2 og 10-3 forutsetter.⁸²⁴

14.2.2.3.2 *Innholdsmessige forskjeller*

Utvalget vil understreke viktigheten av at det stilles krav om nødvendighet og forholdsmessighet som grenser for inngrepshjemler. Selv om slike vurderinger dels må gjøres på et overordnet plan og således ligger innbakt i de absolutte grensene som gjelder for en hjemmelslov – for eksempel gjennom krav til vesentlig helseskade, eller avgrensning mot eller til bestemte typer av tiltak –, er de også uomgjengelige som skranker ved den individuelle rettsanvendelsen.

I «nødvendig» ligger for det første et krav om at tiltaket er egnet til å oppnå sitt formål: er det ikke egnet, kan det ikke være nødvendig. Dernest ligger det i «nødvendig» at det minst inngripende effektive tiltak skal brukes. I sin enkleste form kan dette avklares empirisk ved først å prøve ut ett tiltak, og så jobbe seg «oppover» i inngrepsgrad ved behov. I virkelighetens verden er dette likevel ofte ikke så enkelt blant annet fordi tidsfaktoren kan spille inn: skade kan inntre om man ikke lykkes i første forsøk. Utvalget skal påpeke at modellen i helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 10, der nødvendighet ikke er nevnt, men derimot at inngrep bare kan skje der «hjelpetiltak ikke er tilstrekkelig», langt på vei dekker innholdet i nødvendighetsbegrepet. Dette ved at problemstillingen etter §§ 10-2 og 10-3 er relativt avgrenset: innlegging eller ikke-innlegging. Det er altså lite fleksibilitet med hensyn til valg av tiltak. Et nødvendighetskrav kunne likevel ha presset fram et tydeligere fokus på om maksimal vedtaksperiode skal benyttes, noe som sjelden er et tema i praksis.

Nødvendighetskravet har i sin rene form fokus rettet mot hva som skal til for å hindre eller begrense skade. Omkostningene for personen som utsettes for tiltaket, tas ikke med i regnestykket. Det er her forholdsmessighetskravet kommer supplerende inn og krever balanse mellom fordeler og ulemper totalt sett. Det må tas hensyn til mulige negative sidevirkninger, grad av krenkelse av selvbestemmelsesretten m.m.

De to hovedalternativene for formulering av forholdsmessighetskrav – som begge er brukt i pasient- og brukerrettighetsloven § 4A-3 –, er at «tiltakene står i forhold til behovet for helsehjelpen» og at tiltakene må være den «klart beste løsning». Det er et spørsmål om disse formuleringene uttrykker ulike vurderingsmodeller. I tredje ledd andre punktum er det angitt enkelte momenter for «klart beste løsning»-vurderingen:

«I vurderingen av om slik helsehjelp skal gis, skal det blant annet legges vekt på graden av motstand samt om det i nær fremtid kan forventes at pasienten vil kunne gjenvinne sin samtykkekompetanse.»

Disse momentene vil også naturlig inngå etter pasient- og brukerrettighetsloven § 4A-3 andre ledd bokstav c. Dermed er det vanskelig å se forskjellen på de vurderinger som skal gjøres etter andre ledd bokstav c og tredje ledd. En nærliggende tanke er at de to formuleringene markerer hver sine aspekter i vurderingen: det metodiske elementet – at fordeler og ulemper må veies, jf. «står i forhold», og terskelspørsmålet: hvor stor interesseovervekten må være («klart beste løsning»).

Et sentralt spørsmål gjelder terskelen: Hvor mye skal til av ubalanse i den ene eller andre retning? Gjennomgangen av ulike uttrykksmåter i dagens lovgivning avdekker store forskjeller.

⁸²⁴Søvig 2007, s. 309–312 vurderer at alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper kan gi veiledning.

På den ene siden har vi formuleringer som ikke markerer noen terskel – som at «tiltakene står i forhold til behovet for helsehjelpen», jf. § 4A-3 andre ledd bokstav c – til tydelige markeringer av at det kreves en klar interesseovervekt i favør av å foreta inngrepet. Uttrykksmåten «klart beste løsning» i psykisk helsevernloven § 3-3 nr. 7 og pasient og brukerrettighetsloven § 4A-3 tredje ledd er her eksempler. Som kontrast skal nevnes at det i alminnelig norsk forvaltningsrett er bygget inn en skjønnsmargin i favør av forvaltningen: et vedtak kan bare settes til side av domstolene dersom det er grovt eller åpenbart urimelig.⁸²⁵

14.2.2.3.3 Forslag til begrepsbruk i en framtidig lovgivning

Utvalget vurderer det slik at dagens ulikeartede begrepsbruk i helse- og omsorgslovgivningen i liten grad er basert på bevisste valg fra lovgivers side. Dermed ligger det godt til rette for en samordning i en framtidig lovgivning. Så vel nødvendighet som forholdsmessighet er generelle juridiske vurderingsmønstre som gjør det mulig å ivareta enkeltgruppers særlige behov. Det særegne «etisk forsvarlig»-vilkåret i helse- og omsorgstjenesteloven § 9-5 andre ledd foreslås ikke videreført. Som sagt er det høyst tvilsomt om det kan anses å ha en selvstendig rettslig funksjon. Inntrykket er at det først og fremst har en symbolfunksjon og at kravet er inntatt av hensyn til de fagfolk (ikke-jurister) som i stor grad praktisere regelverket. Utvalget vurderer derfor at etisk forsvarlighet passer bedre som et overordnet formål som skal fremmes gjennom en framtidig lov, se utkastet til § 1-1 nr. 4.

I moderne norsk forvaltningsrett er det vanlig å se på forholdsmessighet som en samlebetegnelse for krav om at vedtak må være (1) egnet og (2) nødvendig for å nå et mål, samt (3) at fordelene må overstige ulempene.⁸²⁶ Sistnevnte omtales gjerne som forholdsmessighet i snever forstand, eventuelt den egentlige forholdsmessighetsvurderingen. Utvalget vurderer at denne tredelingen bør komme til uttrykk direkte i lovteksten. Det formuleres altså tre separate vilkår. I utgangspunktet må dette oppfattes som en klargjøring.

Begrepet «nødvendig» har ikke et ensartet innhold i juridisk sammenheng. Tidvis refererer det til rettighetsspørsmål, andre steder til hjemmelsspørsmål, jf. ovenfor. Dette gjenspeiles også i lovutkastet. Som vilkår for tvang uttrykker et krav om nødvendighet at det minst inngripende tiltaket skal velges, så lenge tiltaket også er effektivt med tanke på måloppnåelse. Utvalget har vurdert at det minste inngreps prinsipp bør komme til uttrykk i lovteksten av pedagogiske hensyn. I sentrale bestemmelser er dette gjort slik at en presisering på formen «herunder [...] det minst inngripende alternativet» er lagt til etter «nødvendig». Å gjennomføre dette konsekvent alle steder i lovutkastet har derimot ikke blitt vurdert som ønskelig ut fra den forvanskning av lovteksten det vil medføre.

Utvalget har særlig vurdert hvordan element (3) om at fordelene må overstige ulempene bør formuleres. Her er det dels et spørsmål om terskel, dels om terminologi.

Ut fra utvalgets verdisyn, men også norsk rettstradisjon uttrykt gjennom nevnte bestemmelser i pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A og psykisk helsevernloven, bør det kreves en klar interesseovervekt i favør av inngrepet. Men kan dette gjelde fullt ut? Mangelen på terskelformulering i helse- og omsorgstjenesteloven § 9-5 andre ledd – jf. formuleringen «stå i forhold til det formålet som skal ivaretas» – er nærliggende å forklare ut fra to forhold. Det

⁸²⁵Se Eckhoff og Smith, 2018, s. 407–408

⁸²⁶Jf. Graver, 2015, s. 128–129; Eckhoff og Smith, 2018, s. 407

først er at inngrep i nødssituasjoner har et stort fokus etter dette regelsettet. Det presser fram behovet for et enklere vurderingstema, se nærmere i utredningen kapittel 23.

Det andre er at fokus etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 er delt mellom fare for personen selv og fare for andre. Det er uten videre klart at vernet mot inngrep må være svakere der andres rettigheter er truet. Etter psykisk helsevernloven § 3-3 nr. 7 har riktig nok Høyesterett lagt til grunn at kravet om «klart beste løsning» også gjelder der personen utgjør en fare for andre etter § 3-3 nr. 3 bokstav b. Samtidig er det understreket at vurderingen vil bli en annen når situasjonen ligger slik an.⁸²⁷ Ut fra dette vurderer utvalget at der fare for andre er den bærende begrunnelse for tvang, bør forholdsmessighetskravet få en særlig utforming. Det bør ikke knyttes ensidig opp mot hva som er best for personen, men om inngrepet for ham eller henne er urimelig. Dette markerer at det er grunnleggende ulikheter i avveiningen av hensyn som må gjøres som ledd i en forholdsmessighetsvurdering. Utvalgets forslag om å nedfelle grunnleggende krav til gjennomføringen av tiltak, se kapittel 27 og lovutkastet § 8-1 og § 8-2, kommer imidlertid til anvendelse også ved fare for andre. At begrunnelsene for tiltaket i noen tilfeller kan ha en blandet karakter – dels hensynet til personen selv, dels hensynet til andre – omtales nedenfor i punkt 14.4.4.

Hensynet til å videreføre kjente uttrykksmåter i dagens lovgivning kan tilsi at uttrykksmåten «klart beste løsning» bør brukes der det er personens egne interesser som står på spill. Et motargument er likevel at dette alternativet vil være særlig kontroversielt i relasjon til CRPD på grunn av likheten med en «best interest»-test. Poenget er stadig gjentatt av CRPD-komiteen, for eksempel slik:

«The «best interests» principle is not a safeguard which complies with article 12 in relation to adults.»⁸²⁸

Å bruke begrepet «forholdsmessighet» direkte i lovteksten vil være for krevende og fremmedgjørende, blant annet i lys av at vedtak og beslutninger i stor utstrekning skal treffes i første instans av personell uten særlig juridisk skoleing. Det nærliggende alternativet til en «klart beste løsning»-formulering vil da være at «fordelene klart overstiger ulempene», eller en variant av dette. En slik uttrykksmåte kan hevdes å adressere kjernen i forholdsmessighetstesten på en klarere måte (enn «klart beste løsning») ved at den understreker det objektive perspektivet. Dette blir et særlig poeng i lys av utvalgets introduksjon av antatt samtykke som et gjennomgående vilkår for tvang, se under punkt 14.4.3. Her vil personens subjektive oppfatninger være et utgangspunkt. Det etablerer en ryddighet å velge uttrykksmåter i lovutkastet som intuitivt synliggjør forskjellene i vurderingstema. Alternativet «klart beste løsning» er mindre entydig her.

Utvalget har lagt inn enkelte føringer for forholdsmessighetsvurderingen i lovutkastet. Det er tatt utgangspunkt i formuleringer kjent fra dagens lovgivning som hvor belastende tiltaket er. I tillegg er det presisert at hensynet til mindreårige barn personen har omsorgsansvar for, skal vektlegges. Problemstillingen har særlig aktualitet på psykisk helsevern-feltet. Dette er ment som en klargjøring av gjeldende rett, som utvalget oppfatter praktiseres i atskillig utstrekning allerede. Forslaget er også et element i utvalgets synliggjøring av barneperspektivet som ellers er gjennomgripende i utredningen.

⁸²⁷Rt. 2001 s. 1481, på s. 1490

⁸²⁸CRPD-komiteens General Comment No. 1 (2014)

14.2.3 Prosessuell rettssikkerhet

Svakheten ved å bygge rettssikkerhet gjennom materielle regler er at gjennomslagskraften i omsorgs- og behandlingspraksis kan være usikker – blant annet fordi reglene ikke blir forstått, eller fordi de ikke blir regnet som legitime i møte med faglige synsmåter og faktiske rammevilkår som f.eks. ressursituasjonen. Neste trinn er å stille krav til *saksbehandlingen*. Fordi det uvegerlig ofte vil være tale om skjønnsmessige avveininger – uavhengig av spørsmålet om domstolskontroll –, blir det særlig viktig å sikre at prosessen fram mot vedtaket har vært, og utformingen av vedtaket er, forsvarlig.

Hvordan den prosessuelle rettssikkerheten er ivaretatt i dagens lovgivning på helse- og omsorgsfeltet varierer. En hovedutfordring synes å være å tilpasse den alminnelige forvaltningsrettslige tenkningen til enkeltmenneskets spesifikke behov – som er en hjørnestein i denne sektoren. Å basere seg på den generelle reguleringen i forvaltningsloven kan bli feilslått overfor personer med psykiske funksjonsnedsettelse. Utvalget utdyper dette i kapittel 28.

Det følger så vel av tradisjonell norsk lovgivning som av menneskerettslige forpliktelser, at tvang bør brukes i minst mulig grad. En måte å sikre dette på er ved å stimulere til å finne alternativer. Et virkemiddel i den sammenheng er å gjøre det komplisert å bruke tvang ved å byråkratisere saksbehandlingsprosessen. En slik strategi må imidlertid balanseres mot faren for at personer med nedsatt psykisk funksjonsevne ikke skal få oppfylt sin rett til helt nødvendige helse- og omsorgstjenester, og faren for at regelverket skal miste sin legitimitet og dermed ikke bli fulgt i praksis fordi det ikke forholder seg til virkeligheten. Slik utvalget ser det, må lovgivningen balanseres mellom ideelle målsettinger og pragmatiske vurderinger.

14.2.4 Reell rettssikkerhet via systembygging

Et problem er at fine vedtaksformuleringer kan dekke over hvor grundig prosessen reelt sett har vært, for eksempel med tanke på å kartlegge og vurdere hensyn som taler imot tvang. Rettssikkerheten blir dermed best ivaretatt gjennom å *konstruere systemer* som bidrar til avgjørelser som reelt er av høy kvalitet, i den forstand at lovens vilkår og intensjon blir fulgt i praksis. Dette gjelder både i første instans og i forbindelse med overprøving.

Det er en alminnelige oppfatning at lovens ord bare er en av mange faktorer som kan påvirke praksis i helse- og omsorgstjenesten. Ikke minst innen psykisk helsevern har dette vært en utfordring: mye energi er brukt på å finjustere enkeltformuleringer som andre enn godt skolerte jurister vil ha vansker med å fatte betydningen av.⁸²⁹ Samtidig er det utvilsomt slik at loven i noen tilfeller kan ha stor styringskraft, se nærmere om erfaringer i kapittel 6.

Å etablere systemer som reelt kan virke tvangsbegrensende og ikke bare ser fine ut på papiret, har stått sentralt for utvalget. Tiltak for å styrke helhetstenkningen rundt individet og sikre samhandlingen mellom tjenestene – på tvers av forvaltningsnivåer –, er blant aspektene her. Samtidig må det tas hensyn til behovet for effektiv ressursbruk: å få mest mulig rettssikkerhet for hver krone. Disse og andre spørsmål drøftes nærmere i kapittel 28.

⁸²⁹Tematikken er blant annet omtalt i Syse og Nilstun, 1997.

14.3 Krav om nødvendig tilrettelegging for frivillig basert tjenesteyting

14.3.1 Innledning

At tvang skal være siste utvei framgår av alle dagens regelverk, uttrykt på litt ulikt vis. Bruken av tvang i tjenestene påvirkes av ulike faktorer, herunder kultur blant de ansatte, ledelse og ressursmessige forhold. Selv om erfaring har vist at betydningen av lovgivning ikke skal overvurderes, synes det klart at rettsreglene også kan være et kraftfullt virkemiddel, særlig i et samspill med andre faktorer. Det er en utbredt oppfatning at både helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 og pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A har bidratt til en positiv utvikling i tjenestene for mennesker med utviklingshemning og demens. Blant annet er kontrollmyndighetene gitt et sikrere grunnlag å arbeide ut fra og lovverkene har virket som katalysator for faglig-etisk diskusjon om bruk av tvang i tjenestene. Se nærmere omtale i kapittel 6.

Mennesker som er særlig utsatt for tvangsbruk karakteriseres blant annet av opphopning av særlige sårbarhetsfaktorer: både biologiske og miljømessige. For en kulturnasjon påhviler det derfor en særlig moralsk plikt til å gi disse borgerne et godt og verdig helse- og omsorgstilbud uten bruk av tvang. Det gjelder uavhengig av hvor langt positive menneskerettslige krav rekker.

I Sverige er tanken om en særlig lovregulering av bruk av tvang i demensomsorgen etter hvert forkastet, jf. nærmere omtale i kapittel 8. Mantraet nå er en «nullvisjon» om bruk av tvang som skal sikres gjennom forebyggende tiltak. Utvalget ser det som naturlig å ha en nullvisjon om tvangsbruk på de områder mandatet omfatter. Dette vil gi en påminning om hva som er mulig å oppnå gjennom forebyggingssporet. Dessuten er nullvisjonen viktig for å motvirke en fryktet sidevirkning av tvangslovgivning: at reglene skal gjøre tjenestene selvtilfredse og virke som en sovepute.

Samtidig er utvalget på det rene med at reduksjon av bruk av tvang er et langsiktig og krevende arbeid. I ordet «visjon» ligger nettopp dette. Ut fra menneskerettslige krav er det derfor helt nødvendig fortsatt å ha en lovgivning som etablerer nødvendig rettssikkerhet rundt den tvangsbruk som faktisk forekommer, og der det å basere seg på alminnelige nødrettslige betraktninger framstår som utilstrekkelig. Et sentralt element i realiseringen av CRPD i norsk rett er likevel tilrettelegging for frivillig tjenesteyting. Dette har minst to sider: den ene gjelder beslutningssituasjonen, den andre måten selve tjenestetilbudet utformes på.

14.3.2 Økt selvbestemmelse gjennom støttende tiltak

Personer med psykiske funksjonsnedsettelse kan ha særlig risiko for å få underkjent sin beslutningskompetanse («samtykkekompetanse» etter gjeldende terminologi), jf. vilkåret i pasient- og brukerrettighetsloven § 4-3 andre ledd om at personen må «forstå hva samtykket omfatter». Ulike typer av støttende tiltak i beslutningsprosessen kan derfor være av avgjørende betydning for utøving av selvbestemmelsesretten. Tematikken har en særlig aktualitet på helse- og omsorgsfeltet, på grunn av avgjørelsens særlig personlige karakter. I seg selv er det et forhold som tilsier en romslig holdning til når kompetansen kan sies å være intakt. Det å «hjelpe fram» beslutninger vil ut fra dette være en særlig nærliggende problemstilling i helse- og omsorgstjenesten. Utvalgets utgangspunkt er at det må anses både som en sterk moralsk og en menneskerettslig forpliktelse for staten å treffe tiltak for å maksimere potensialet for selvbestemmelse for personer som er aktuelle for tvangstiltak.

Støttende tiltak kan være så mangt. Elementer ses i pasient- og brukerrettighetsloven, da rettet mot helsepersonells tilrettelegging av informasjonsgrunnlaget for beslutning. I § 4-3 tredje ledd heter det:

«Helsepersonellet skal ut fra pasientens alder, psykiske tilstand, modenhet og erfaringsbakgrunn legge forholdene best mulig til rette for at pasienten selv kan samtykke til helsehjelp, jf. § 3-5.»

I § 3-5 står det følgende om informasjonens form:

«Informasjonen skal være tilpasset mottakerens individuelle forutsetninger, som alder, modenhet, erfaring og kultur- og språkbakgrunn. Informasjonen skal gis på en hensynsfull måte.

Personellet skal så langt som mulig sikre seg at mottakeren har forstått innholdet og betydningen av informasjonen.

Opplysning om den informasjon som er gitt, skal nedtegnes i pasientens eller brukerens journal.»

Videre heter det i § 3-1 første ledd tredje punktum om personens rett til medvirkning, at medvirkningens form skal «tilpasses den enkeltes evne til å gi og motta informasjon». Det er altså det aktuelle helsepersonell som skal vurdere spørsmålet om kompetanse, som er tillagt funksjonen å yte beslutningsstøtte. Her ligger en fare for at nettopp denne oppgaven kan bli tatt for lett på i en travel hverdag når det i bakhånd finnes unntakshjemler fra kravet om samtykke. Det er imidlertid lite systematisk kunnskap om praksis. Utvalget vurderer tilrettelegging av informasjon som helt sentralt for å maksimere personens selvbestemmelsespotensiale. Dette må blant annet få konsekvenser for utformingen av saksbehandlingsregler på dette feltet, se kapittel 28.

Pårørende har rettigheter etter helse- og omsorgslovgivningen som dels er begrunnet i å ivareta egne interesser, dels å ivareta den aktuelle personen (pasienten/brukeren) sine. Å yte beslutningsstøtte er imidlertid ikke tydelig framhevet som en funksjon: det nærmeste er vel pasient- og brukerrettighetsloven § 4-6 og § 4-6 a, begge andre ledd, og § 4A-5 fjerde ledd om innhenting av informasjon om hva personen «ville ha ønsket». Men her er forutsetningen at vedkommende mangler beslutningskompetanse, slik at det er tale om beslutningsstøtte på en indirekte måte via konstruksjonen antatt samtykke.

Tilbake står da spørsmålet om en mer omfattende omlegging av systemet for beslutningsstøtte. Som nevnt avviser utvalget tanken om at beslutningsstøtte kan løse alle problemer i den forstand at særregler om tvang er overflødig. Dette betyr likevel ikke at utvalget er negativt innstilt til en videre utvikling av beslutningsstøttekonseptet. Et utgangspunkt her er at pårørendemodellen har sine svakheter (også) i et beslutningsstøtteperspektiv, blant annet ut fra de interessekonflikter som kan foreligge. Dette er særlig framhevet i psykisk helsevern. Spørsmålet om en rådgiverordning har vært reist flere ganger, men er tidligere blitt forkastet blant annet ut fra bekymringer rundt den praktiske gjennomføringen.⁸³⁰ I Danmark har man imidlertid gjennomført en slik modell. Den danske «patientrådgiver» sin rolle er å drøfte situasjonen med pasienten, være formidler av synspunkt og beslutninger og være en støtte under eventuell klagebehandling, se nærmere omtale i kapittel 8.

⁸³⁰NOU 1988: 8, s. 115

Utvalget skal bemerke at det også utenfor psykisk helsevern tidvis kan være behov for at andre enn pårørende trekkes inn. Dels ved mangel på pårønderelasjoner, dels ved uttrykte interessemotsetninger. Det lave antallet klagesaker etter for eksempel pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A er tankevekkende.

Samtidig er det klart at en utbygging av beslutningsstøtte på bred front reiser problemstillinger vi i dag så vidt aner konturene av. At innretningen vil måtte tilpasses ulike gruppers særlige behov er nærliggende: Det reiser andre utfordringer å yte støtte til en person med schizofreni-diagnose, sammenlignet med en med dyp utviklingshemning. Rettssikkerhetsmessige problemstillinger i forholdet mellom den som skal gi og den som skal motta beslutningsstøtte, vil måtte utredes nøye. Andre problemstillinger gjelder støttens utstrekning i tid og rom. Forholdet til pårørendes rettigheter må vurderes. Det samme gjelder forholdet til andre rettssikkerhetsgarantier, herunder ressursmessige konsekvenser: I Danmark er motposten til pasientrådgiverordningen at det ikke gis fri rettshjelp ved administrative klager. En mer gjennomgripende beslutningsstøttereform har perspektiver langt utover helse- og omsorgstjenesten og bør blant annet ses i sammenheng med vergemålsfeltet. Det er begrenset med veiledning så vel nasjonalt som internasjonalt om hvordan dette forsvarlig kan utvikles på et konkret og forpliktende nivå. At vi fremdeles er på et idéstadium er ingen overdrivelse å si, slik utvalget ser det.

Tvangslovutvalget har i lovutkastet foreslått flere tiltak for å styrke og framheve beslutningsstøtte-perspektivet, som står sentralt etter CRPD. Å utvikle og foreslå en mer gjennomgripende reform sprenger imidlertid rammene for mandatet, slik utvalgets flertall ser det. Dette betyr at man i overskuelig framtid må bygge videre på etablerte strukturer. Utvalgets mindretall (Erichsen og Gitlesen) er av en annen oppfatning, se generell dissens inntatt som vedlegg til utredningen.

Utvalgets flertall søker å forbedre svakheter i dagens ordninger i tråd med etablert menneskerettslig tenkning, og i den forbindelse legge til rette for utvikling av en bredere beslutningsstøttereform. Et første skritt er forslaget om å høste erfaringer med modeller for veiledning, rådgivning og støtte, se lovutkastet § 3-2. En bredere gjennomgang av ordninger med beslutningsstøtte-elementer er gitt i kapittel 20.

14.3.3 Utforming av tjenestetilbudet

Et krav om utprøving av frivillige alternativer før man griper til tvang, er gjennomgående formulert som et vilkår i dagens lovgivning. Legitimiteten er høy både verdimessig og menneskerettslig, men det kan nok variere i hvilken grad dette i praksis oppfattes som en reell skranke for adgangen til inngrep. Når personen blir innbrakt til en psykisk helsevern-institusjon for tvangsinnleggelse, er det ofte for sent – på kort sikt – å prøve ut frivillighet. Forebyggende tiltak for å unngå tvangsinnleggelse burde for å lykkes ha vært iverksatt tidligere. Framtidens lovgivning må bygges opp på en måte som i sterkere grad enn i dag effektivt understøtter kravet om at tvang skal være siste utvei. Som gjennomgangen i kapittel 11 dokumenterer, ligger det her et stort potensiale for å redusere tvang. Utvalget forutsetter at det tas kraftfulle nasjonale faglige initiativer i årene framover for å redusere tvang. Særlige merknader om bruk av mekaniske tvangsmidler er gitt i kapittel 23. Lovgivningsmessig har utvalget vurdert at en styrking av frivilligheten hovedsakelig kan gjøres gjennom en tilnærming fra to ulike vinkler – en materiell og en strukturell.

Den *materielle* innfallsvinkelen er å ta lovgivningsmessige grep for å underbygge styrken i den rettslige forpliktelsen. Virksomhetens plikt til å forebygge bruk av tvang framgår med ulik grad av tydelighet i dagens lovverk. Enda mer underkommunisert er at spørsmålet om utprøving av alternativer til tvang også kan være noe personen har et rettskrav på som nødvendig hjelp etter pasient- og brukerrettighetsloven §§ 2-1 a og 2-1 b. Slik utvalget vurderer det, er

dette en nærliggende tanke. Et utgangspunkt kan være at begrepet «helsehjelp» er gitt en bred definisjon i pasient- og brukerrettighetsloven § 1-3 bokstav c:

«handlinger som har forebyggende, diagnostisk, behandlende, helsebevarende, rehabiliterende eller pleie- og omsorgsformål, og som er utført av helsepersonell».

I den enkelte sak kan det være en utfordring for så vel vedtaksansvarlige som overprøvingsinstanser at handlingsmulighetene når det gjelder frivillige tilbud, framstår som ikke-eksisterende der og da ved at det å avstå fra intervensjon ikke er et reelt alternativ. En synliggjøring av så vel plikt- som rettighetsaspektet i tilknytning til formuleringen av frivillighetsvilkåret, vil kunne bidra til å «stive av» vurderingene ved at det rettslige ansvaret tydeliggjøres. Utvalget vurderer at et slikt grep kan fremme økt fokus på frivillighet på ulike plan: juridisk i så vel virksomhetene som kontrollinstansene, faglig og – ikke minst viktig – i ledelsen av virksomheter innenfor helse- og omsorgstjenesten. Spørsmålet er nærmere drøftet i kapittel 22.

Den *strukturelle* innfallsvinkelen er nedbygging av skillelinjer i eksisterende lovgivning som fremmer sektortenkning i motsetning til helhetstenkning om individet. Etablering av en felles overprøvings- og kontrollordning framstår her som et kjernepunkt for å få til endringer. En forutsetning er likevel at det foreligger kompetanse til å belyse saken på tvers av forvaltningsnivåer og ulike tjenester, og at involverte virksomheter kan forpliktes til å medvirke i denne prosessen. Utvalget drøfter tematikken nærmere i kapittel 28.

14.4 Krav til situasjon, person og årsak

14.4.1 Situasjon: Når skal det kunne gripes inn mot personens vilje?

14.4.1.1 Utgangspunkt

I utgangspunktet er det konsekvensene av å unnlate inngrep som kan rettferdiggjøre en intervensjon mot personens vilje (tvang). Innenfor en slik ramme kan det skilles mellom det å tilføre et gode (offensiv intervensjon) og det å hindre eller avgrense skade (defensiv intervensjon). Begge disse tilnærmingene har større styrke for barn enn for voksne, siden det skal tilrettelegges for barns utvikling (den offensive linjen) og det skal forhindres at barns videre utviklingsforløp blir forringet (den defensive linjen). Skadeavverging vil normalt være lettere å rettferdiggjøre, sammenlignet med det å skulle intervenere mot en tilstand som er etablert og stabil. Således vil det være lettere å forsvare inngrep med tvang for å få gipset en brukket arm for slik å unngå framtidig funksjonsnedsettelse, enn å bruke tvang for å få rettet ut et brudd som allerede *har* grodd skjevt. Når situasjonen først er stabilisert, vil den (ny)etablerte tilstanden naturlig utgjøre et nytt utgangspunkt for vurderingene. I helse- og omsorgstjenesten vil det ofte være vanskelig å trekke et skarpt skille i praksis både fordi det er tale om glidende overganger og usikkerhet i vurderingen av den faktiske situasjon.

Når formuleringer av skadevilkåret i ulike varianter er en hjørnestein etter gjeldende tvangslovgivning, er det uttrykk for en konsekvensetisk synsmåte. Helse- og omsorgstjenesteloven § 9-5 andre ledd bruker «vesentlig skade», pasient- og brukerrettighetsloven § 4A-3 andre ledd bokstav a «vesentlig helseskade». Tidvis er ikke skadebegrepet brukt direkte, men det er heller referert til risiko eller fare for negative konsekvenser. Det gjelder for eksempel i helse- og omsorgstjenesteloven § 10-2 første ledd («utsetter sin fysiske eller psykiske helse for fare») og i psykisk helsevernloven § 3-3 nr. 3 bokstav b («nærliggende og alvorlig fare for eget eller andres liv eller helse»). Dette er også innfallsvinkelen i Oviedo-konvensjonen artikkel 7 som gjelder ved psykiske lidelser, der «serious harm» er brukt, oversatt til «alvorlig

skade».⁸³¹ Formuleringene i andre menneskerettighetsdokumenter kan være mindre uttrykkelige.

I skadebegrepet ligger – rent språklig – et krav om negativ påvirkning av et gode, i vår sammenheng typisk personens helsesituasjon. Det er likevel ikke naturlig å omtale enhver ugunstig påvirkning som en skade. For å bruke denne karakteristikken må den negative påvirkningen være manifest: det vil si klar og tydelig. Dette må vurderes ut fra omfang og konsekvenser. Skadebegrepet i seg selv sier imidlertid ikke noe om alvorlighetsgrad. Det ivaretas ved bruken av adjektiv som «vesentlig».

Ved tvangsinngrep er det naturlig å operere med en terskel for skadebegrepet som en tydelig markering av verdien av selvbestemmelsesretten. Her kan ulike uttryksmåter være aktuelle. «Vesentlig» eller «alvorlig» framstår som likeverdige alternativer, med mindre språklige nyanser. Vurderingen av hva som utgjør «vesentlig helseskade» etter pasient- og brukerrettighetsloven § 4A-3 andre ledd bokstav a er i forarbeidene presisert til at helseskaden «må ha eit betydeleg omfang og/eller alvorlege konsekvensar».⁸³²

I nær sammenheng med et skadekrav står spørsmålet om hvilken grad av sikkerhet som kreves for å fastslå et framtidig utviklingsløp (prognosevilkåret). Er dette et spørsmål om sannsynlighet alene, eller må det gjøres bredere vurderinger? Utvalget har drøftet dette nærmere i punkt 24.8.4.

14.4.1.2 Behandlingsvilkåret i psykisk helsevern

I dagens lovgivning er det særlig psykisk helsevernloven som utfordrer skade-vilkår-modellen, fortrinnsvis på grunn av forholdet mellom § 3-3 nr. 3 bokstav a og b. Bokstav b retter seg mot «nærliggende og alvorlig fare for eget eller andres liv eller helse», gjerne omtalt som farealternativet, og framstår som et skadevilkår. Bokstav a, omtalt som behandlingsalternativet, omfatter både tap av mulighet til å bli bedre (den positive side) og fare for forverring (den negative side):

«får sin utsikt til helbredelse eller vesentlig bedring i betydelig grad redusert, eller det er stor sannsynlighet for at vedkommende i meget nær framtid får sin tilstand vesentlig forverret».

Tap av mulighet for bedring kan formuleres i en skadeterminologi. Her er vi likevel utenfor kjerneområdet for skadebegrepet, noe som tilsier en viss tilbakeholdenhet. Terskelen heves altså for å bruke karakteristikken: manifestasjonen av negative virkninger (for behandlingsgevinst) må være særlig klar. Hva bokstav a sin negative side gjelder, er interessen knyttet til innholdet i forverringsvurderingen. Er målepunktet endringer i symptombildet som sådan, eller er det eventuelle negative konsekvenser slike endringer vil gi seg utslag i? Diskusjonen om behandlingsvilkåret i psykisk helsevernloven viser at både bedrings- og forverringsalternativet har vært oppfattet som å stille behandlingsapparatet nokså fritt til å fokusere på symptomspørsmålet isolert.⁸³³ Sammenhengen med bokstav b indikerer også dette: Det er en slik forskjell som først og fremst er egnet til å rettferdiggjøre oppdelingen. Oppsummeringsvis synes

⁸³¹Se St.prp. nr. 53 (2005–2006).

⁸³²Ot.prp. nr. 64 (2005–2006) s. 37

⁸³³Helsedirektoratet, IS-1370

bokstav a derfor å kreve en negativ påvirkning av helsesituasjonen, men ikke av en slik karakter at det skal kunne omtales som en skade.

I utgangspunktet vurderer utvalget at det er sterke grunner for å holde fast ved en modell der risiko for skade utgjør en hjørnestein i definisjonen av når det skal kunne gripes inn. Dette i lys av verdisynet – vektlegging av selvbestemmelsesretten –, men også i lys av trenden i nyere lovgivning på helse- og omsorgsfeltet. Her skal det legges til at skillet mellom psykisk og fysisk helse er under press, noe som også tilsier en samordning av terskler i lovgivningen. Tidvis gjennomføres behandling av psykiske helseproblemer med det formål å sette personen i stand til å ta behandlingsvalg om alvorlig somatisk sykdom. Den motsatte situasjon kan også tenkes: at behandling av mindre alvorlig somatisk sykdom blir iverksatt først og fremst for å unngå alvorlige psykiske konsekvenser. Spørsmålet om videreføring av behandlingsvilkåret i psykisk helsevern drøftes nærmere i punkt 24.8.3, herunder om uklarheter om rammene for en skadevurdering kan ha bidratt til å holde kunstig liv i diskusjonen.

14.4.1.3 Hvilke typer goder kan ha vern?

Lovgivningen gir et nyansert bilde av hvilke verdier som har vern og i hvilken grad. Liv og helse står likevel i en særstilling på tvers av rettsområder. Også i lys av helse- og omsorgstjenestens formål er det et naturlig utgangspunkt at det nettopp er å hindre tap av liv, samt hindre eller begrense skade på personens egen helse, som kan rettferdiggjøre intervensjon.

Hvilket uttrykk en helseskade får varierer. Det er grunn til å presisere at ved psykiske helseproblemer vil de funksjonsmessige utslag stå helt sentralt. Ved hørselshallusinose er det forskjell på å høre stemmer som gir positive tilbakemeldinger til personen og i liten grad påvirker evnen til å håndtere dagliglivet, og stemmer som er skremmende og nedbrytende. Funksjonstap vil kunne ramme livskvaliteten, men dette er ikke et tilstrekkelig grunnlag å basere inngrep på, selv om momentet vil være relevant i en forholdsmessighetsvurdering. Det er de objektive funksjonsmessige utslag som må være avgjørende.

Selv om vi holder utenfor fare-for-andre-problematikken som omtales særskilt nedenfor, trengs enkelte nyanseringer om hvilke goder helse- og omsorgstjenesten skal kunne verne gjennom inngrep. Bruk av tvang for å hindre ødeleggelse av egne ting, er som et utgangspunkt ikke akseptabelt. Nødssituasjonene er likevel spesielle gjennom sitt preg av krise i rask utvikling og dermed vansker med å kunne finne alternative løsninger. Ut fra de mer langsiktige konsekvenser for personen – særlig fokusert i omsorgen for personer med utviklingshemning – har derfor ikke utvalget prinsipielt kunnet utelukke intervensjoner for å hindre materiell skade.

Et vanskelig spørsmål gjelder enkelte situasjoner der personen har en atferd som virker sterkt sosialt fornedrende for vedkommende selv. Dette gjelder mer ekstreme tilfeller der en person med demens kler seg naken på offentlig sted i påsyn av andre, eller at en person med utviklingshemning griser seg til med egen avføring. I slike tilfeller vil det ikke nødvendigvis foreligge fare for egen helse. Personellet vil likevel kunne kjenne en sterk forpliktelse til å gripe inn for å ivareta grunnleggende omsorgsbehov.

Det som her kan rettferdiggjøre bruk av tvang er et synspunktet om at ikke all atferd er et menneske verdig. Slik er det ivaretagelse av respekten for personens menneskeverd som er avgjørende. Om vi her fortsatt står i konsekvensetikken eller i alle fall tidvis glir over i pliktetiske synsmåter, har det vært delte meninger om i utvalget, men det har ikke vært avgjørende for konklusjonen. Det viktigste argumentet mot å tillate inngrep er nok den åpenbare utglidningsfaren. Spørsmålet er nærmere vurdert i kapittel 23.

14.4.2 Person: Manglende beslutningskompetanse som gjennomgående vilkår?

14.4.2.1 Innledning

Som det framgår av punkt 7.4, har utvalgets flertall (alle medlemmene, unntatt Erichsen og Gitlesen) verken funnet det forsvarlig å basere en framtidig lovgivning utelukkende på nødrett eller å kunne tilrå en lovgivning helt uten referanse til psykisk funksjonsnedsettelse. «Psykisk funksjonsnedsettelse» eller «psykisk funksjonssvikt» brukes i utredningen som et stikkord for trekk ved tilstander som særlig kan aktualisere spørsmålet om bruk av tvang, uten at dette er knyttet til bestemte diagnoser. Disse uttrykksmåtene er ikke rettslige, men under dette punktet skal nettopp hva som bør være den rettslige uttrykksmåten drøftes nærmere. Spørsmålet er hvordan personkretsen for inngrephjemler bør avgrenses ut fra et tradisjonelt rettsstatlig ønske om å innsnevre tvangshjemlenes rekkevidde.

14.4.2.2 Utviklingstendensen i norsk lovgivning: Fra diagnose til fokus på funksjonsevne

At det som utgangspunkt gjelder et krav om samtykke til helse- og omsorgstjenester er uløselig knyttet til personens rett til selvbestemmelse i personlige spørsmål, og ingen nyskaping.⁸³⁴ Et krav om fravær av beslutningskompetanse som kriterium for å avgrense personkretsen som omfattes av regelverk om bruk av tvang, har likevel slitt med å vinne gjennomslag.

Det tradisjonelle grepet for å avgrense rekkevidden av tvangsregler har vært gjennom referanse til diagnose eller diagnosenære kriterium. Aktuelle eksempler i dag er «psykisk utviklingshemning» i helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9, rusmiddelmisbruk/rusmiddelavhengig i helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 10 og «alvorlig sinnslidelse» i psykisk helsevernloven § 3-3 nr. 3. Bakgrunnen er at dette er tilstander som kan være ledsaget av svekket evne til å treffe rasjonelle valg, samtidig som det kan foreligge et hjelpebehov, se nærmere i punkt 24.8.2. Praktiske hensyn har så ført fram mot en avgrensning på gruppenivå.

Vedtakelsen av pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A i 2006 representerte her et linjeskifte. Etter dette regelsettet er det avgrensende kriterium fravær av «samtykkekompetanse», jf. § 4A-2. Dette uttrykker et krav om at funksjonsevne må vurderes i det enkelte tilfelle. En viss tilknytning til diagnose henger likevel igjen via bestemmelsen om når noen kan frakjennes beslutningskompetanse («samtykkekompetanse») i pasient- og brukerrettighetsloven § 4-3 andre ledd. Årsaken til svikten må være «fysiske eller psykiske forstyrrelser, senil demens eller psykisk utviklingshemning». Om det i dag er grunn til å opprettholde denne diagnosetilknytningen blir vurdert av utvalget i kapittel 21.

Etter forslag fra Paulsrud-utvalget ble det f.o.m. 1. september 2017 gjort endringer i psykisk helsevernloven, og et nytt vilkår for tvungent psykisk helsevern (§ 3-3 nr. 4), tvungen observasjon (3-2 nr. 3) og behandling uten gyldig samtykke (§ 4-4 første ledd) ble inntatt:

«Pasienten mangler samtykkekompetanse, jf. pasient- og brukerrettighetsloven § 4-3. Dette vilkåret gjelder ikke ved nærliggende og alvorlig fare for eget liv eller andres liv eller helse.»⁸³⁵

⁸³⁴Om de historiske utviklingslinjer i helseretten, se Aasen, 2000, del II.

⁸³⁵NOU 2011: 9

Bakgrunnen var en verdibasert argumentasjon for å styrke selvbestemmelsesretten til personer i psykisk helsevern, kombinert med en analyse av konsekvensene.⁸³⁶ Kravet om fravær av kompetanse kommer som et tillegg til «alvorlig sinnslidelse», ikke som en erstatning. I helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 10 er det ikke gjennomført en tilsvarende endring. Det samme gjelder helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9, men her har Helsedirektoratet gjennom rundskriv omtalt problematikken og strukket kompetansesynspunktet så langt som for- svarlig innenfor dagens lovtekst:

«I motsetning til i pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 og 4 A, er samtykkekompetanse eller beslutningskompetanse ikke nevnt som kriterium eller vurderingstema i kapittel 9. Som følge av den utvikling og bevisstgjøring som har skjedd innenfor internasjonal menneskerettighetstenkning, og som blant annet kommer til uttrykk i konvensjonen om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne, har det imidlertid blitt klart at også på kapittel 9-området må en persons beslutningskompetanse hensyntas når et tiltak vurderes iverksatt mot vedkommendes vilje. Dette gjelder særlig for tiltak som gjelder ivaretagelse av personens grunnleggende behov utenfor nødsituasjoner (§ 9-5 tredje ledd bokstav c). Dersom personen motsetter seg et slikt tiltak, og vurderes til å være beslutningskompetent i det aktuelle spørsmålet, må dette tillegges vesentlig vekt i spørsmålet om tiltaket er forholdsmessig og etisk forsvarlig.»⁸³⁷

Et sentralt punkt i utvalgets mandat er å vurdere om et framtidig tvangsregelverk i større utstrekning enn i dag bør avgrenses til situasjoner der personen mangler beslutningskompetanse.

14.4.2.3 *Diskusjonen om psykose-begrepet – et sideblikk til justissektoren*

Etter pasient- og brukerrettighetsloven må den som hevder at en person mangler beslutningskompetanse kunne redegjøre konkret og overbevisende for dette i relasjon til det aktuelle spørsmålet, jf. § 4-3 andre ledd. Det vil ikke være nok å vise til at personen er «alvorlig sinnslidende», «psykotisk» eller «rusmiddelavhengig» – på samme måte som det ikke er nok å vise til at en person er «kriminell» for å bevise at han er skyldig i det han er mistenkt for. Dette er helt nødvendig: Dersom man i klinisk praksis skal fremme selvbestemmelse og likeverd, gjelder det å forstå i hvilket perspektiv personens synspunkter og opplevelser gir mening og sammenheng, ikke å definere dem utelukkende som symptomer på sykdom. CRPD må ses på bakgrunn av den berettigede protesten mot å la diagnostisk tilhørighet alene avgjøre hvilken vekt en skal legge på hva personen mener.

Tvangslovutvalgets tilnærming står her i diametral motsetning til den norske rettspsykiatriske tradisjonen, I sin lærebok i rettspsykiatri fra 1959 skriver Langfeldt at

«Det er derfor riktig å regne med at denne evnen (til å la seg bestemme av motiver, vår presisering) ved sinnssykdom svikter – eller kan svikte – i relasjon til alle mulige handlinger».⁸³⁸

Tilregnelighetsutvalget legger seg nær opp til denne oppfatningen:

⁸³⁶NOU 2011: 9, kapittel 13

⁸³⁷Helsedirektoratet, IS-10/2015, s. 29

⁸³⁸Langfeldt, 1959, s. 74–75

«I psykiatrien er det i noen grad et omstridt spørsmål om en psykose kan være «partiell» og derved ramme bare deler av en persons sinn. Den dominerende oppfatning har lenge vært og er fortsatt at psykosen rammer sinnet som helhet».⁸³⁹

Tilregnelighetsutvalget begrunner ikke at dette er «den dominerende oppfatning» og argumenterer ikke for sitt syn ut over å sitere en dansk lærebok som sier det slik:

«Begrepet «partiell sindssygdом» står for den antagelse, at ikke hele personligheden er forandret – som almindeligt doceret i psykiatrien – men at visse dele er uskadte og dermed kunne være ansvarlige. Det er traditionel retspsykiatrisk opfatelse, at alle handlinger hos en psykotisk patient er farvet af den psykotiske tilstand – med afstandtagen fra begrepet «partiel psykose». Man kan ikke fastsætte, hvor sygdommen hører op, og hvor normal tankegang begynder (Hemmingsen mfl., 2002, s 599).»⁸⁴⁰

Dette er i tråd med Langfeldts syn fra 1959, men utvalget tviler på at dette fremdeles er det herskende synet på psykose i fagmiljøene. Et slikt syn vil innebære at en person med psykose ikke kan tillegges beslutningskompetanse i noe spørsmål. Det kan ikke være et godt utgangspunkt for klinisk arbeid eller for å sikre rettsikkerheten til personer med psykose. Tvangslovutvalget står derfor fast på at alle personer i utgangspunktet skal anses som beslutningskompetente og at en påstand om manglende beslutningskompetanse må begrunnes konkret og individuelt.

I et større bilde illustrerer diskusjonen om psykosebegrepet en betydelig forskjell i tenkning mellom helse- og omsorgssektoren og justissektoren. Dette kan være krevende i grenseflatene mellom disse to sektorene. Hvordan utvalget har løst dette er omtalt nedenfor i punkt 14.4.4.

14.4.2.4 Begrepsbruken: Beslutningskompetanse heller enn samtykkekompetanse?

I Paulsrud-utvalgets innstilling ble det foreslått å endre begrepsbruken i pasient- og brukerrettighetsloven fra «samtykkekompetanse» til «beslutningskompetanse». Synspunktet var at en slik dreining bedre markerte at det å si nei til hjelp er et likeverdig alternativ til det å si ja. Det ble også vist til eksempler i utenlandsk lovgivning. I forarbeidene ble ikke dette forslaget fulgt opp, uten at det i dette lå noen stillingstaken.⁸⁴¹ En nærmere vurdering av spørsmålet er etterspurt i utvalgets mandat.

Utvalget slutter seg til Paulsrud-utvalgets vurderinger om begrepsbruken. Prinsipielt sett er det viktig at ordvalget i lovteksten markerer nøytralitet i relasjon til hvilket standpunkt personen inntar: enten dette er ja eller nei. At det først og fremst var situasjonen der pasienten takket ja til nødvendig og forsvarlig helsehjelp man hadde i tankene ved vedtakelsen av pasientrettighetsloven i 1999, er på det rene. Siden har fokuset på retten til å si nei økt. Dette er en utvikling som også bør reflekteres i loven. På et verdimeessig plan er det videre viktig å få fram at «beslutningskompetanse» er et åpnere begrep enn «samtykkekompetanse». Beslutningskompetanse markerer i større grad personen tiltaket gjelder som en selvstendig aktør: for

⁸³⁹NOU 2014: 10, s. 22

⁸⁴⁰NOU 2014: 10, s. 100

⁸⁴¹Prop. 147 L (2015–2016) s. 26

eksempel i relasjon til den frihet vedkommende skal ha til å avgjøre dagligdagse spørsmål, som å gå tur i nærmiljøet med eller uten følge.

Det gjør seg også gjeldende enkelte andre argumenter til støtte for en omlegging av begrepsbruken, men disse passer best å nevne i kapittel 21 i tilknytning til en drøfting av vurderingstemaet ved beslutningskompetanse.

14.4.2.5 Fravær av beslutningskompetanse som sidegren til en bredere problemstilling om rettslig handleevne

Diskusjonen om beslutningskompetanse er verken særnorsk eller spesiell for helse- og omsorgsfeltet. Behovet for å knyttet rettsvirkninger til ikke-oppfyllelse av minimumskrav for psykisk funksjon går som en rød tråd gjennom rettssystemet, selv om begrepene er ulike og innholdet varierende. Begreper som «prosessdyktighet», «kontraktsrettslig handleevne» og «testasjonsevne» er uttrykk for mye av den samme tankegangen. Det er for eksempel gjennom slike verneregler en person med bipolar diagnose som setter økonomien over styr i en manisk fase, kan reddes fra ruinerende konsekvenser for seg selv, og eventuelt også for familien. Vilkårene for oppnevning av verge i vergemålsloven er en del av det samme bildet. Tilsvarende kan strafferettens utilregnelighetsregler nevnes. I et slikt perspektiv innebærer beslutningskompetanse-modellen i helse- og omsorgssektoren en harmonisering – og dermed så vel en humanisering som normalisering – med det som ellers gjelder i rettssystemet.

14.4.2.6 Bør beslutningskompetanse-modellen videreføres og bygges ut?

14.4.2.6.1 Videreføring?

Dersom en først mener at en referanse til psykisk funksjonsnedsettelse er uunngåelig på dette feltet, er det ikke lett å se alternativene til et kompetansebasert system. Et forsøk på å avgrense ytterligere vil lett lede tilbake til diagnose- eller diagnoselignende kriterier. En bredere inngang – som å tillate inngrep der personen handler «i strid med egne interesser» eller lignende – fører oss over i enda mer skjønnspregede inngrepshjemler med de problemstillinger det reiser, ikke minst menneskerettslig. Utvalget mener følgelig at fravær av beslutningskompetanse som vilkår for tvang er et tjenlig avgrenskingskriterium i framtidig tvangslovgivning som også står seg som et forsvarlig kriterium i et menneskerettslig lys. For utvalget er det ikke framkommet troverdige alternativer, og det bemerkes at en kompetansebasert modell også ble støttet av flertallet i Rettighetsutvalget.⁸⁴²

Selv om beslutningskompetanse som vilkår for å utøve selvbestemmelsesrett ikke er noen ny konstruksjon, er det særlig etter innføringen av fravær av kompetanse som vilkår for tvang i psykisk helsevern, at problemstillingen har fått stor oppmerksomhet. Erfaringene så langt synes å være at lovendringen kan ha hatt en klar betydning i form av redusert bruk av tvang, særlig bruken av tvungent vern uten døgnopphold. Se nærmere omtale i punkt 9.2.

Ulike sider ved innføring av en kompetansebasert modell i psykisk helsevern ble vurdert av Paulsrud-utvalget⁸⁴³ – herunder utfordringer knyttet til større belastning for pårørende og økt bruk av fare-for-andre-kriteriet. Gjennomgangen og avveiningene som der ble gjort har fortsatt gyldighet, og har senere vunnet tilslutning av lovgiver. At kompetansevurderinger kan være vanskelige og skjønnsmessige er ikke nytt. Enkelte tolkningsmessige utfordringer og uklarheter har oppstått, se omtale i kapittel 21. Ut fra det man i dag har av erfaringer, er det

⁸⁴²NOU 2016: 17, punkt 19.2.5

⁸⁴³NOU 2011: 9

likevel ingenting vesentlig nytt tilkommet som tilsier en reversering. Dette må ses i lys av det solide verdigrunnlaget kompetansemodellen er forankret i og som utvalget bygger på i sitt verdisyn. Evalueringen gjennomført av Senter for medisinsk etikk på oppdrag av Helsedirektoratet konkluderer blant annet med at lovendringene trolig har ført til et økt fokus på pasientautonomi, se nærmere omtale punkt 6.2.1.

14.4.2.6.2 Utbygging i bredden?

Ut fra dette har problemstillingen for utvalget vært hvorvidt og hvordan kompetansemodellen eventuelt bør bygges videre ut og styrkes. Den ene hovedproblemstillingen gjelder utviding i bredden.

Som nevnt omfattes i dag ikke helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 av kompetansemodellen, altså særreglene for yting av pleie og omsorg til personer med utviklingshemning. Tilsvarende gjelder kapittel 10 om frihetsberøvelse i tverrfaglig spesialisert behandling for rusmiddelavhengighet.

Et viktig poeng er at begge disse gruppene allerede i dag i stor grad er underlagt kompetansebaserte regler i helse- og omsorgstjenesten. Det gjelder ved tjenesteyting etter pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A og nå også etter psykisk helsevernloven. Utvalget er ikke kjent med at dette har avstedkommet særlige negative erfaringer. Hva gjelder pleie- og omsorgstjenester særskilt, skal nevnes at dagens fragmentering av lovverket kan lede til at personer med utviklingshemning alt etter arena kan være underlagt ulike vilkår, også med tanke på beslutningskompetanse. Det er åpenbart ikke en god løsning.

Problemstillingen for de to gruppene er noe ulik. For personer med utviklingshemning eller andre former for varig psykisk funksjonsnedsettelse, er en bekymring at kompetansevurderingene skal bli sjablongmessige og i liten grad styrke selvbestemmelsesretten. VGs oppslag om den såkalte Tolga-saken om vergemålsforvaltningen høsten 2018 antyder problemstillinger i denne retning. Utvalget har tatt nevnte aspekt med i sine vurderinger og utdypninger rundt vurderingen av beslutningskompetanse, se kapittel 21.

I rusbehandlingen er problemstillingen så å si den motsatte: en uro for at for få personer skal kunne underlegges tvang, og over et for kort tidsrom. Dette henger sammen med at rusproblemer vanligvis har blitt oppfattet som en variant av manglende kontroll av viljestyrt atferd. Her er det altså gjennomføringsevnen som svikter, og dette er det lite rom for å se som et spørsmål om manglende beslutningskompetanse: man befinner seg så å si på et annet punkt på tidslinjen, se nærmere om problemstillingen i punkt 21.3.5.3.2.

Utvalget er av den oppfatning at utfordringer her i stor utstrekning må kunne løses gjennom økt frivillig oppfølging og tilrettelegging: tjenestene må utvikle arbeidsformer som tilpasser seg personenes hjelpebehov, slik for eksempel FACT-modellen (Flexible Assertive Community Treatment) i psykisk helsevern er et uttrykk for. Problemstillingen er da heller ikke enestående for rusfeltet. Også i psykisk helsevern kan en del pasienter være positive til å motta frivillig oppfølging og behandling, men ha store vansker med å følge opp sine intensjoner om dette i praksis. Dette blir gjerne beskrevet som personer preget av negative symptomer og et svakt funksjonsnivå hva gjelder dagliglivets gjøremål. Særlig med tanke på denne problematikken, har utvalget vurdert tiltak for å gjøre samtykkebasert tvang til en mer attraktiv løsning, se kapittel 24. Et særlig poeng for utvalget er at psykisk helsevernloven i dag er den tvangsloven som brukes mest overfor personer med rusproblemer. Ut fra det solide verdigrunnlaget kompetansemodellen er forankret i, er det i dag vanskelig å se tilstrekkelig tungtveiende argumenter for å holde rusbehandlingen utenfor. En nedbygging av skillene vil også bidra til bedre samhandling mellom tjenestene. Utvalget vurderer etter dette at det er gode grunner for å utvide kompetansemodellen i bredden.

Motivasjonssvikt – manglende evne til å etterleve egne beslutninger – gir altså ikke i sin rene form grunnlag for å frakjenne beslutningskompetanse. Fordi dette vil være en hovedproblemstilling i rusbehandlingen, kan det stilles spørsmål ved om det er meningsfullt å operere med tvangshjemler av hensyn til personen selv. Mangel på beslutningskompetanse kan likevel forekomme, og utvalget vil særlig nevne følgende tilfeller:

- akutt ruspåvirkning
- kombinasjon av rus- og enkelte typer psykiske helseproblemer
- uttalt kognitiv svikt, for eksempel på grunn av hjerneskade etter ukritisk rusbruk

Det synes klart at personer der rusproblemer utgjør det primære hjelpebehovet, bare sjelden vil være uten beslutningskompetanse over lengre tid. For samfunnet helt å få frasi seg retten til tvangsinngripen der dette framstår som en siste utvei for å berge liv eller hindre vesentlig helseskade, vurderer imidlertid utvalget til å være en uakseptabel ansvarsfraskrivning for mennesker med et sterkt hjelpebehov. Et slikt standpunkt vil også gi fare for økt bruk av tvang i psykisk helsevern som en nødhavn i situasjoner der spesialisert rusbehandlingen ville vært et klart bedre alternativ.

Utvalget er kjent med kritikken som er reist mot skjevhet i utvalget av personer som underkastes rustvang etter helse- og omsorgstjenesteloven § 10-2. Gjennom omlegging av inntaksmodellen regner utvalget med å kunne forbedre situasjonen her ved at de behandlingsfaglige vurderingene blir skjøvet i framgrunnen.

14.4.2.7 Kan personens tilknytning til helse- og omsorgstjenesten uttrykkes helt uten referanse til diagnose?

14.4.2.7.1 Problemstillingen

Utvalget har vurdert om det i framtiden bør brukes diagnoser eller diagnosenære begreper for å avgrense personkretsen som omfattes av tvangshjemler. Det som aktualiserer spørsmålet er at det – selv under et regelregime der mangel på beslutningskompetanse brukes som vilkår – er behov for å etablere en tilknytning mellom personen og helse- og omsorgstjenesten. Mangel på et slikt tilknytningspunkt vil gi risiko for eksempel i retning av misbruk av psykisk helsevern. Spørsmålet om hvordan dette bør uttrykkes gjelder sentral begrepsbruk i framstillingen. Problemstillingen blir satt på spissen i psykisk helsevern og rusbehandlingen. Særlig pasientorganisasjoner innenfor psykisk helsevernfeltet har uttrykt ønske om å komme vekk fra en diagnosetilknytning, se kapittel 12 om oppsummering av høringsinnspill.

14.4.2.7.2 Psykisk helsevern

Utvalget har vurdert om tvang i psykisk helsevern bør avgrenses til personer som kan diagnostiseres med «psykisk sykdom» eller «psykisk lidelse». I psykisk helsevernloven i dag er det «sinnslidelse»-begrepet som etablerer tilknytningen til psykisk helsevern i sammenstillingen «alvorlig sinnslidelse». Selv om begrepet ikke tilsvarer en bestemt diagnose, er det nært knyttet til det medisinske psykose-begrepet: det er slik et diagnosenært kriterium. Pauls-rud-utvalget foreslo «alvorlig psykisk lidelse» som en språklig modernisering.

Utvalget ser det ønskelig (ytterligere) å løsne båndet mellom inngrepshjemler og klinisk diagnostikk. Diagnostiske retningslinjer og definisjoner av psykiske lidelser blir utarbeidet av Verdens helseorganisasjon for en mengde ulike formål, og ikke særlig med tanke på regulering av tvangsinngrep. Dermed vil det forekomme situasjoner der behovet for tiltak, også uten personens eget samtykke, ikke skyldes en problemstilling som i seg selv er definert som en psykisk lidelse. I klinisk praksis er akutt suicidalitet det beste og mest krevende eksemplet. Når en person er i overhengende fare for å ta livet av seg, forventes det at det blir satt inn akutte hjelpetiltak – selv om ønsket om selvmord ikke i seg selv er tilstrekkelig til å hevde at

personen har en psykisk lidelse. Eksemplet viser klart hvordan det ofte i større grad er personens egen – og eventuelt nærståendes – oppfatning av den konkrete situasjonen som blir utgangspunkt for hjelpetiltakene, ikke den diagnostiske vurderingen av problemstillingen.

Ved å la beslutningskompetanse, heller enn diagnostisk tilhørighet og definisjon av problemer som «psykiske lidelser» være inngangskriterium for bruk av tvang, ønsker utvalget å frigjøre diskusjonen om tvangshjemlene fra den diagnostiske diskursen, som i hovedsak er innrettet for andre formål. Diagnostikken tjener mange hensikter, og vi kan for eksempel vise til at diagnoser er viktige for å få oversikt over hjelpebehov og bruk av tjenester, for å dimensjonere helsetilbud og gi trygdeytelser og som grove rettesnorer for behandling og rehabilitering. Det er mindre opplagt at diagnostikk er et tjenlig utgangspunkt for å definere hvor grensene skal gå mellom retten til selvbestemmelse og samfunnets plikt til å vise omsorg for dem som ikke selv kan skaffe seg den hjelpen de trenger. Imidlertid vil ikke et vilkår om at personen ikke er beslutningskompetent, gjelde for barn under 16 år. Vilkåret vil dermed ikke bidra tilsvarende til å stramme inn hvem i denne persongruppen som kan omfattes av et tvangsregelverk.

Et annet moment er at definisjonen av hva som er og ikke er en psykisk lidelse endrer seg mye over tid. Verdens helseorganisasjon arbeider nå med å innføre ICD-11, der en rekke nye problemstillinger blir definert som psykiske lidelser. For eksempel vil «gaming disorder», som dreier seg om omfattende og ukontrollert spill, ofte over Internett, bli en ny offentlig godkjent diagnose. Man kan kanskje se for seg ekstreme tilfeller der det kan være grunn til å gripe inn ved slike problemer, men etter utvalgets mening vil en slik vurdering i liten grad være vesentlig påvirket av om problemstillingen er definert som en «psykisk lidelse» eller ikke. Hva som faller innenfor og utenfor definisjonen av «psykiske lidelser» framstår som vilkårlig og i stadig større grad omstridt, både blant lek- og fagfolk. I en slik situasjon mener utvalget at det er lite å vinne med å binde seg til den definisjonen av slike lidelser som til enhver tid gjelder.

På denne bakgrunn foretrekker utvalget som utgangspunkt begrepet «psykiske helseproblemer» framfor «psykisk lidelse», «psykisk sykdom» eller «sinnslidelse». Utvalget skal bemerke at et slikt grep har den sideeffekt at det blir lettere å lage et regelverk som også omfatter barn. Tradisjonelt har man vært mer tilbakeholden med å bruke psykiatriske diagnoser på barn. Eventuelle menneskerettslige implikasjoner av utvalgets forslag drøftes i punkt 24.8.2.

Unntak må likevel gjelde på områder der det er særlig fare for utglidning ved en slik videre begrepsbruk. Det gjelder ved fare for andre fordi et vilkår om mangel på beslutningskompetanse ikke er anvendbart som begrensning av tvangshjemlene. Her er det derfor nødvendig at en kvalifisert «psykisk lidelse» fortsetter å være inngangsporten til tvangstiltak for å hindre at ordensproblemer m.m. uten god grunn blir definert som en problemstilling for psykisk helsevern. Utvalget er videre av den oppfatning at behandling av spiseforstyrrelser er et område der det foreligger en særlig utglidningsfare om vi forlater kravet om forstyrret kroppsoppfatning som avgrensning av tvangshjemlene. Disse spørsmål blir utdypet senere i framstillingen. Se generelt punkt 25.6.5.

I tillegg må «psykisk lidelse» – og ikke «psykisk helseproblem» – brukes ved spørsmål om tvangsmedisinering, jf. vilkåret i lovutkastet § 6-10 nr. 1 om at legemiddelet må være godkjent for personens kliniske diagnose. Lidelsesbegrepet blir i denne kontekst dermed mest presist og nødvendig avgrensende.

Selv med slike reservasjoner må det sies at «psykiske helseproblemer» og «rusproblemer»/«rusmiddelproblemer» er vage og langtrekkende uttrykksmåter. De kan derfor ikke alene etablere den nedre terskelen for tilknytning til psykisk helsevern, se nedenfor om et behovskriterium.

14.4.2.7.3 *Spesialisert rusbehandling*

Rusfeltet har vært dominert av skiftende begrepsbruk. Helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 10 benytter fremdeles begrepet «misbruk», som har gått ut av ICD-10 og blitt erstattet med «skadelig bruk» og «avhengighet». DSM-5 har forlatt sitt tidligere skille mellom «misbruk» og «avhengighet» og opererer nå bare med «rusmiddelbruksforstyrrelse» spesifisert etter alvorgrad og type rusmiddel. ICD-11 vil innføre en ny diagnostisk kategori for skadelig, enkeltstående bruk av rusmiddel, i tillegg til skadelig rusmiddelbruksmønster over tid (som i stor grad svarer til dagens «skadelig bruk») og avhengighet. I tillegg vil det være diagnostiske kategorier for forgiftninger og abstinensreaksjoner.

Utvalget ønsker å bruke begrepet «rusmiddelproblem» eller «rusproblem» heller enn «ruslidelse», «skadelig bruk», «rusmisbruk» og «avhengighet». En sammenstilling som inkluderer helse – tilsvarende «psykiske helseproblemer» er her vanskelig av språklige årsaker.

Argumentasjonen er i hovedsak den samme som for spørsmålet om «psykisk lidelse». Et tilleggsmoment er at rusmiddelbruk, i større grad enn psykiske problemer, blir definert i lys av hva som til enhver tid er akseptabelt og lovlig i det aktuelle samfunnet. Sosialt begrunnede momenter kan i så måte være vel så viktige som de helsefaglige argumentene og dermed ha en slagside som gjør diagnostikken mindre nyttig når det gjelder å trekke grensen mellom individets rett til selvbestemmelse og samfunnets ansvar for å yte behandling og omsorg.

Ved å fjerne seg fra begrepene «misbruk» og «avhengighet» kan man prinsipielt se for seg at terskelen for bruk av tvang kan senkes. Utvalget er av to grunner ikke bekymret for en slik utvikling. For det første vil kravet om manglende beslutningskompetanse være en garanti mot utglidning ved at det hever terskelen for inngrep vesentlig sammenliknet med tilstanden i dag. For det andre er omfanget av tvangstiltak mot personer med rusmiddelproblemer lavt, noe som tyder på at tjenestene ser på tvang som et lite nærliggende tiltak annet enn i helt spesielle situasjoner der en ikke på noen annen måte kan komme til målet. I slike saker vil personen det gjelder ofte ha så omfattende og langvarige problemer med rusmiddelbruken at kriteriene for avhengighet er oppfylt. Men også her kan det oppstå situasjoner der de aktuelle problemene er så store og påtrengende at noe må gjøres, også for personer som ikke har alle kriterier for avhengighet og dermed «bare» har et skadelig rusbruksmønster.

For gravide der det vurderes inngrep av hensyn til fosteret, vil hensynene være annerledes. Her vil hensynet til det ufødte barnet bidra til innramming av når tvang kan anvendes. Det er virkningene rusmiddelbruken har for det ufødte barnet som er det sentrale vurderingstema.

14.4.2.7.4 *Andre tjenestefelt*

Innenfor psykisk helsevern og tverrfaglig spesialisert behandling for rusmiddelavhengighet (TSB) aktualiserer behovet for enkelte særbestemmelser spørsmålet om hvordan persongrupper skal benevnes. Dette stiller seg stort sett annerledes ellers. Spørsmål om å begrense rekkevidden av inngrepshjemler eller behov for spesialregler kan oppstå, men utvalget mener behovet for å koble til diagnose er enda mindre her. Det gjelder også for personer med utviklingshemning og demens. Forskjellen innenfor disse gruppene er store og behov for skreddersøm på regelsiden bør følge andre linjer enn det diagnostiske.

14.4.2.7.5 *Et behovskriterium for å heve terskelen?*

En nærliggende tanke er at det er behovet for hjelp i det individuelle tilfellet som bør etablere et lovgivningsmessig tilknytningspunkt mellom personen og helse- og omsorgstjenesten. For eksempel slik at vedkommende må ha et sterkt behov for hjelp fra psykisk helsevern. Dette er modellen som er valgt i pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A: hjelpen må være «nødvendig», jf. § 4A-3 andre ledd bokstav b.

Et behovskriterium kan – alt etter hvordan det utformes – bidra til å snevre inn lovens inngreps hjemler i en situasjon der man forlater modellen med diagnoseavgrensning – særlig gjelder det i kombinasjon med mangel på beslutningskompetanse som vilkår. «Psykiske helseproblemer» og «rusproblemer»/«rusmiddelproblemer» er vage og langtrekkende uttrykksmåter. Hvordan et behovskriterium eventuelt kan implementeres og de motargumenter som melder seg, drøftes i punkt 24.8.2.

14.4.3 Årsak: antatt samtykke som uttrykk for at skaderisikoen må skyldes funksjonssvikten

14.4.3.1 Antatt samtykke i norsk rett i dag

Pasient- og brukerrettighetsloven § 4-6 regulerer ytelse av helsehjelp der personen er over 18 år og mangler beslutningskompetanse, men likevel ikke motsetter seg helsehjelpen. Ved alvorlige inngrep må det – etter andre ledd – være «sannsynlig at pasienten ville ha gitt tillatelse til slik hjelp». Dette uttrykkes gjerne slik at det må foreligge et antatt samtykke. I pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A er ikke antatt samtykke på samme vis direkte gjort til et vilkår for inngrep. Derimot er det gjort til en del av saksbehandlingen å kartlegge pasientens antatte ønske, om mulig ved hjelp av pårørende, jf. § 4A-5 siste ledd, jf. § 4-6 andre ledd andre punktum.

Paulsrud-utvalget foreslo et tilsvarende vilkår inntatt i psykisk helsevernloven.⁸⁴⁴ I departementets lovforslag ble dette forkastet under henvisning til vurderingstemaets vaghet:

«Departementet finner ikke tilstrekkelig grunnlag for å foreslå at antatt samtykke bør gjelde som et absolutt vilkår for å bruke tvang etter psykisk helsevernloven. Halvparten av de høringsinstansene som har uttalt seg om forslaget, støtter det. Støtten er imidlertid ofte forbedret og supplert med uttalelser om at det i praksis vil være vanskelig å ta stilling til vilkåret, at det gir et stort tolkningsrom og kan føre til ulik praksis mv., jf. punkt 6.3.3. Departementet er enig i disse innvendingene.

Både i dagens regler i psykisk helsevernloven og i utvalgets forslag er det stilt krav om at det må foretas en helhetsvurdering når det skal tas stilling til bruk av tvang. [...] Departementet forutsetter at det i denne helhetsvurderingen legges betydelig vekt på om pasienten ville ha samtykket hvis vedkommende hadde hatt samtykkekompetanse.»⁸⁴⁵

På de øvrige områdene er ikke innføring av dette vurderingstemaet nærmere drøftet.

14.4.3.2 Antatt samtykke som uttrykk for en årsakssammenheng mellom skaderisiko og funksjonssvikt

Selv om personen blir vurdert til å mangle beslutningskompetanse, er det ikke uten videre opplagt at tjenestene skal kunne påtvinges selv om frivillig løsning er prøvd, det er risiko for vesentlig helseskade og inngrepet ellers framstår som forsvarlig, nødvendig og forholdsmessig. Gitt at personens motstand er forenlig med hans eller hennes uttrykte oppfatninger eller holdninger til spørsmålet før kompetansen gikk tapt, mangler det årsakssammenheng mel-

⁸⁴⁴NOU 2011: 9

⁸⁴⁵Prop. 147 L (2015–2016) punkt 6.3.4

lom den psykiske funksjonssvikten og risikoen for skade (utløst av å nekte helse- og omsorgstjenester). Motsatt kan det hevdes å eksistere en årsakssammenheng dersom det blir sannsynliggjort at nektelsen er influert av svikten.

14.4.3.3 *Utfordringer ved et krav om antatt samtykke*

Det er betydelige utfordringer knyttet til et krav om antatt samtykke. Å konstruere hva en annen person ville ha ment dersom vedkommende hadde hatt sin psykiske funksjonsevne intakt (i større grad), er krevende. Dette kan lett skape et stort skjønnsrom, som i seg selv kan være en belastning. Å bli fortalt av personellet hva du *ville* ha ment i en annen situasjon kan sannsynligvis av enkelte oppleves krenkende, eventuelt forsterket av at det i noen tilfeller kan bli oppfattet som en tilbakemelding også om hva man *burde* ha ment.

På den annen side ligger det allerede i dag nedfelt krav om vanskelige årsaksvurderinger i psykisk helsevernloven, jf. kravet i § 3-3 nr. 3 om at den alvorlige sinnslidelsen må være årsak («på grunn av») til at tilleggsvilkårene i bokstav a og b er oppfylt. Utvalget vil særlig påpeke den sammenhengen som det i noen tilfeller kan være mellom vurderingen av om alvorlig sinnslidelse-vilkåret er oppfylt, og beslutningskompetanse, sist påpekt i HR-2018-2204-A (avsnitt 52 og 53) med referanse til uttalelser i forarbeidene om spiseforstyrrelser. Dette kan bety at gjeldende rett etter psykisk helsevernloven allerede krever årsaksvurderinger som ikke bare er krevende i seg selv, men også har en betydelig likhet med en antatt samtykke-vurdering.

En annen utfordring gjelder grunnlaget for vurderingen. Begrunnelsen for et antatt samtykke-kriterium står sterkest der det på bakgrunn av konkrete holdepunkter i personens fortid, er mulig med rimelig grad av sikkerhet å lage en prognose for hvordan vedkommende ville sett på saken i dag. Her er det en glideskala over mot tilfeller der man i realiteten står helt uten holdepunkter for hva personen ville ha ment. Uansett synes det klart at pårørende eller andre som kjenner personen godt, vil måtte trekkes inn for å kaste lys over hva han eller hun i dag antas å ville ha bestemt. Disse sidene av saken er utdypet i kapittel 21, herunder spørsmålet om bindende forhåndserklæringer.

En særlig problemstilling oppstår der det er ikke er mangel på subjektive holdepunkter om hva personen ville ønsket som er problemet, men heller innholdet i disse. Mer konkret kan nektelsen av å motta hjelp i situasjoner der dette er vanskelig for andre å forstå, speile personlighetstrekk. Som regel må dette tolereres i den forstand at personen må få lov til å fortsette sin vante livsførsel også etter at beslutningskompetansen er gått tapt.

Mer problematisk er dette i behandlingen av unge som nettopp har nådd helserettslig myndighetsalder. Vektlegging av personens negative oppfatninger om seg selv – innenfor rammene av en antatt samtykke-test – kan her gi urimelige resultater. I et forsøk på å unngå dette, kan vilkåret oppfattes som en fagetisk snublestein der diskusjoner om hva personen ville ha ment ikke bare kan framstå som lite fruktbare med tanke på å styrke personens selvbestemmelsesrett, men også kan forstyrre beslutningene, og til slutt ende opp med å styrke paternalismen ved at den faglig ansvarlige definerer hva personen burde ha ment: *Hvis du bare hadde vært annerledes i personligheten din eller holdningene dine, hvis du hadde vært mindre mistenksom til andres hensikter, hvis du hadde vært mer intelligent, hvis du hadde vært gammel nok til å forstå, så hadde du sagt ja til dette tilbudet.*

14.4.3.4 *Antatt samtykke som selvstendig vilkår eller som moment i helhetsvurdering?*

Det å fokusere på om det foreligger en årsakssammenheng mellom risikoen for skade – som her vil være knyttet til nektelsen av å motta hjelp – og den psykiske funksjonssvikten – konkretisert gjennom fravær av beslutningskompetanse –, har en sterk etisk appell. Jo sterkere

fravær av beslutningskompetanse blir lagt inn som en hovedregulator i en framtidig tvangslovgiving, dess sterkere vil antatt samtykke presse seg fram som en byggestein for å skape nødvendig sammenheng (verdimessig konsistens) i lovgivningen. Utvalget viser til utredningen kapittel 13, særlig omtalen av selvbestemmelsesrettens tidsdimensjon som del av respekten for menneskeverdet (punkt 13.5).

Utvalget ser det på denne bakgrunn som klart at antatt samtykke-perspektivet må sterkere inn i en framtidig lovgivning enn hva som er tilfellet i dag. Dette kan gjøres på to måter. Antatt samtykke kan enten tenkes som et selvstendig materielt vilkår eller som et moment i en helhetsvurdering: mest naturlig da under forholdsmessighetsvilkåret.

De utfordringer en antatt samtykke-vurdering reiser, kan tilsi at kriteriet bare bør trekkes inn som et moment og ikke som et absolutt vilkår. Dette gir rom for smidigere løsninger der vurderingene ellers kan være usikre. Avgjørende for utvalget er likevel at et antatt samtykkesynspunkt står så sentralt for rettferdiggjøringen av tvang at det bør være et absolutt vilkår. Her skal det bemerkes at dette ikke utgjør et rettssikkerhetsmessig problem i relasjon til det menneskerettslige klarhetskravet for inngrepshjemler, all den tid det kommer som et tillegg til andre vilkår, og ikke som et alternativ. Funksjonen er da å styrke selvbestemmelsesretten og begrense bruk av tvang.

Utvalget er av den oppfatning at de særlige spørsmål reist ovenfor i tilknytning til unge med et negativt selvbilde lar seg løse innenfor den relativt fleksible ramme vurderingstemaet gir. De holdninger barn har uttrykt før de fylte 16 år, stammer fra en person uten formell beslutningskompetanse. Det alminnelige utgangspunktet om at synspunktene skal tillegges vekt i samsvar med alder og modenhet gjelder også her, men det at meningen er fremkommet i en periode med sykdom påvirker vektspørsmålet.

Utvalget legger begrenset vekt på at Paulsrud-utvalgets forslaget om antatt samtykkesom et selvstendig vilkår ikke vant gjennomslag i Prop. 147 L (2015–2016). Som sitatet ovenfor viser, forutsatte departementet at det i helhetsvurderingen av spørsmål om å bruke tvang, blir lagt betydelig vekt på om pasienten ville ha samtykket hvis vedkommende hadde hatt beslutningskompetanse. Problemstillingen er prinsipiell og går på tvers av helse- og omsorgslovgivningen. Den var derfor på mange måter for stor til å løses i forbindelse med en sektorlov. Utvalget vil påpeke at antatt samtykke som absolutt vilkår i dag er nedfelt i pasient- og brukerrettighetsloven § 4-6 andre ledd. Det er nylig hevdet i litteraturen at det samme må gjelde etter kapittel 4 A,⁸⁴⁶ men den vanlige oppfatningen har til nå vært at man der har valgt å la antatt samtykke inngå som et moment i helhetsvurderingen.

Utvalgets forslag om å innføre antatt samtykke som et gjennomgående vilkår vil innebære en modernisering og videreutvikling av lovgivningen på helse- og omsorgsfeltet og fremme regjeringens mål om «pasientens og brukerens helse- og omsorgstjeneste», som er henvist til i utvalgets mandat. Et antatt samtykke-krav vil være et viktig skritt i implementeringen av CRPD i norsk rett.

Samtidig er det klart at antatt samtykke ikke kan tenkes som vilkår ved fare for andre. I tradisjonelle akutt situasjoner reiser det seg også særlige problemstillinger som utvalget kommer tilbake til i kapittel 23. Antatt samtykke vil heller ikke kunne være et vilkår for personer under 16 år ettersom de ikke innehar formell beslutningskompetanse.

⁸⁴⁶Bernt, 2018, s. 269 legger til grunn at antatt samtykke er et vilkår etter kapittel 4 A, tilsvarende som etter § 4-6.

14.4.4 Krenkelse av andres interesser

14.4.4.1 Innledning

I hvilken grad helse- og omsorgstjenesten skal kunne gripe inn preventivt for å verne andres interesser, er et sammensatt spørsmål. Det alminnelige rettsstatlige utgangspunkt er klart nok at mottiltak må komme som en reaksjon i ettertid: som straff. Det må gode grunner til for å gjøre unntak.

Ved krenkelse av andres interesser er både den rettslige og etiske problemstillingen en helt annen enn ved spørsmål om inngrep for å ivareta personens egne interesser. Dette uttrykkes gjerne slik at *rett står mot urett*: Inngrep i retten til ett individ (den som har urett), er samtidig vern av retten til et annet. Menneskerettslig kan staten bli holdt ansvarlig dersom man ikke treffer tilstrekkelige tiltak for å ivareta sikkerheten til den som står i fare for å bli utsatt for en krenkelse, for eksempel voldsutøvelse fra en medpasient.

Den som representerer en fare for andre må slik tåle kraftigere mottiltak enn den som bare utgjør en trussel mot seg selv. Her er det ofte ikke et spørsmål *om* det skal gripes inn fra samfunnets side, men *hvilken* samfunnsinstitusjon som skal gjøre det: herunder om dette er en oppgave for helse- og omsorgstjenesten, eller må overlates til politiet, eventuelt privat rettshåndhevelse. Ut fra dette er det uten videre klart at verken et vilkår om fravær av beslutningskompetanse eller antatt samtykke er aktuelt i disse tilfellene, selv der inngrep skjer i regi av helse- og omsorgstjenesten.

Utvalget erkjenner at endringer i den sivile lovgivningen om håndtering av farlighet vil ha betydning for justissektoren. En oppheving av psykisk helsevernlovens fare-for-andre-kriterium vil således med stor sannsynlighet både føre til flere og lengre domfellelser til tvungent psykisk helsevern, se straffeloven § 62, jf. psykisk helsevernloven kapittel 5. Tilsvarende vil flere personer med utviklingshemning kunne få fengselsstraff eller bli dømt til tvungen omsorg hvis det ikke kan gripes inn av hensyn til andre, jf. straffeloven § 63. Trolig vil slike grep også aktualisere mer dyptgripende lovgivningsmessige og institusjonelle endringer i skjæringspunktet mellom helse- og justissektoren. Utvalget er ikke sammensatt til å foreta en overordnet gjennomgang av hvordan behovet for preventive inngrep ved farlighet for andre ved psykisk funksjonsnedsettelse, skal løses. Utvalget har derfor måttet nøye seg med å se på mer avgrensede spørsmål i denne relasjon.

14.4.4.2 Grovsortering av problemstillingene

Tematikken fare for/krenking av andre gjelder en uensartet gruppe av tilfeller. Én inndeling kan baseres på rettsgodets viktighet. Liv og helse har her det sterkeste vernet. I den andre enden finner vi risiko for materiell ødeleggelse eller sjenerende opptreden, sistnevnte kan illustreres gjennom faktum i Rt. 2010 s. 612 (Sårstelldommen).

En annen inndeling kan ta utgangspunkt i situasjonen. At personellet må kunne gripe inn i akutte tilfeller ikke bare for å verne seg selv eller andre personer de har et omsorgsansvar for, men også helt utenforstående, er et klart utgangspunkt. Dette kan baseres på alminnelige prinsipper om nødverge (straffeloven § 18), dels også bestemmelser om omsorgsansvar. Enkelte avgrensingsspørsmål kan oppstå, herunder om rekkevidden av plikten til inngrep, jf. straffeloven § 287. For utvalget har den ulike håndteringen etter de forskjellige regelsettene fått særlig oppmerksomhet som et potensielt diskrimineringsproblem, og drøftes nærmere i kapittel 23.

Utenfor nødtilfellene kan det for det første være spørsmål om å regulere sameksistensen mellom personer i en institusjon eller i et botiltak med tilknyttede fellesareal. Også her er det klart nok rettmessig å sette grenser av hensyn til andre. Et spørsmål under stadig debatt er hvor langt man kan og bør gå, og i hvilken grad gjennomføringen skal kunne skje med fysisk tvang. Spørsmålet blir nærmere drøftet i kapittel 26.

Endelig har vi – utenfor nødstilfellene – spørsmålet om kontrollerende tiltak for å verne mot en mer latent og vedvarende risiko for skadevoldende atferd, som anses forhøyet basert på personens tidligere framviste atferd. Her er det ofte spørsmål om tvungent tilbakehold eller kontinuerlig observasjon (såkalt fotfølging) som er aktuelt. I slike tilfeller er det i nokså ren form spørsmål om å bruke helse- og omsorgslovgivningen som et substitutt for strafferettslige tiltak: herunder dom til tvungent psykisk helsevern eller dom til tvungen omsorg, jf. straffeloven §§ 62 og 63. Dette skjer i dag i nokså stort omfang. Dels ved at brudd på straffeloven ikke blir iretteført – særlig har utvalget erfart at dette i liten utstrekning skjer overfor personer med utviklingshemning –, eller ved at tvangsreglene i helse- og omsorgslovgivningen «tar over» – og blir forutsatt å gjøre nettopp det – ved opphør av strafferettslig reaksjon.

Denne typen kontrollerende inngrep framstår som kontroversielt innenfor rammene av helse- og omsorgstjenesten, ved at det fundamentalt utfordrer oppfatningen om at tjenestenes primære oppgave er å ivareta personens egne behov. Dermed blir også tillitsforholdet mellom personen og tjenesteapparatet satt i spill, en sentral verdi i lovgivningen – senere i utredningen gjerne referert til som «tillitshensynet». Samtidig vil det i mange tilfeller framstå som en uholdbar ansvarsfraskrivelse og åpenbar forsømmelse av samfunnets omsorgsansvar overfor sterkt hjelpetrequende personer om personell fra helse- og omsorgstjenesten ikke skal kunne passe på med tanke på å gripe inn og hindre at enkeltpersoner begår alvorlige handlinger som også kan få dramatiske konsekvenser for vedkommende selv.

Ut fra mandat og sammensetning har utvalget ikke gått dypt inn i spørsmålet om ansvarsfordelingen mellom helse- og omsorgssektoren og justissektoren. I utgangspunktet er intensjonen at dagens grenser skal ligge fast, men det er behov for å framheve viktigheten av en økt tydelighet om sporvalget i enkeltsaker – noe som også kan ha betydning for utforming av lovbestemmelsene. Utvalget har for øvrig erfart at det for innholdet av det faktiske tjenestetilbudet til den enkelte i utgangspunktet spiller liten rolle om hjemmelen for tvang ligger i de sivilrettslige reglene eller i de strafferettslige særreaksjonsreglene. Ut over bestemmelser om et innledende institusjonsopphold, er det ikke gitt at et sivilrettslig tvangsregime er mindre strengt enn dom til tvungent psykisk helsevern/tvungen omsorg.

14.4.4.3 *En uensartet lovgivning*

Det varierer i hvilken grad lovgivningen på helse- og omsorgsfeltet omhandler farlighetsproblematikken. I helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 10 er det i dag bare hensynet til egen helse som kan begrunne frihetsberøvelse, jf. § 10-2 («utsetter sin fysiske eller psykiske helse for fare»), med unntak av spesialregelen om inngrep overfor gravide (§ 10-3). Dette er et bevisst valg.⁸⁴⁷ Tilsvarende gjelder etter pasient- og brukerrettighetsloven § 4A-3 andre ledd bokstav a («vesentlig helseskade for pasienten»). Etter psykisk helsevernloven er situasjonen en annen. Her utgjør «alvorlig og nærliggende fare for [...] andres liv eller helse» et selvstendig grunnlag for tvungent vern, jf. § 3-3 nr. 3 bokstav b. Tilsvarende har vi i praksis – fra fylkesnemnder og underrettene – flere eksempler på at helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 er benyttet for å verne andre utenfor tradisjonelle nødssituasjoner.⁸⁴⁸ Dette kan problematiseres både i lys av lovtekstens ordlyd og intensjon, jf. forholdet mellom helse- og omsorgstjenesteloven § 9-5 tredje ledd bokstav b og bokstav c. Se nærmere omtale i kapittel 25.

⁸⁴⁷Se Søvig, 2007, s. 95–98.

⁸⁴⁸Se for eksempel LA-2016-80832.

14.4.4.4 *Hvordan tydeliggjøre skillet mellom saker som bør følge et sivilrettslig spor og saker som bør følge et straffesaksspor?*

Høyesterett har slått fast at vilkåret om at tvungent vern må være den «klart beste løsning» for pasienten, jf. psykisk helsevernloven § 3-3 nr. 7, også gjelder ved fare for andre. Riktig nok vil farlighetsproblematikken påvirke vurderingene i så måte,⁸⁴⁹ men det prinsipielle poenget ligger fast. Fokus har vært sterkest på valget mellom tvang og ikke-tvang innenfor den sivile psykiatri. Slik loven er bygget opp, er det imidlertid også nærliggende at det etter psykisk helsevernloven § 3-3 nr. 7 må gjøres en vurdering av om det er i pasientens interesse å bli underkastet sivil tvang eller å henvise spørsmålet til straffeforfølgning.

En parallell problemstilling gjenfinnes i helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9. Etter lovtekstens ordlyd vil inngrep for å ivareta andres interesser måtte begrenses til tradisjonelle nødssituasjoner. Såkalte bokstav c-tiltak (etter § 9-5), som er de eneste som kan strekkes ut over nødssituasjoner, forutsetter at inngrepet er i personens egen interesse:

«tiltak for å dekke brukerens eller pasientens grunnleggende behov for mat og drikke, påkledning, hvile, søvn, hygiene og personlig trygghet, herunder opplærings- og treningstiltak».⁸⁵⁰

Her er det vel særlig alternativet «personlig trygghet» som kan tenkes utvidet til å forsvare for eksempel fotfølging for å hindre at vedkommende begår kriminelle handlinger. Dette forutsetter likevel en konkret vurdering av om sivilrettslig tvang er det beste alternativet, noe som ofte er vanskelig å spore i konkrete saker.

Gjeldende rett er altså preget av at håndteringen av fare-for-andre-problematikken ispes vurderinger av hva som er best for personen selv. Dette er en krevende øvelse, men langt på vei nødvendig ut fra tillitshensynet. Noe annet er at tradisjonen med at fare-for-andre-problematikken i helse- og omsorgslovgivningen ikke blir tydelig skilt fra bestemmelser om inngrep for å ivareta personen selv, framstår som uryddig ved at den kan bidra til å tilsløre de helt ulike hensyn som gjør seg gjeldende. Utvalgets lovutkast sikter mot større klarhet i så måte.

Gitt at man også i framtiden skal ha regler om inngrep for å verne andres interesser som en del av helse- og omsorgslovgivningen, ser utvalget det som særlig viktig at det blir rettet et økt fokus mot grensegangen mellom helse- og omsorgstjenestens og justissektorens ansvarsområde i enkeltsaker. At det er i personens interesse at det nettopp er helse- og omsorgstjenesten som griper inn for å verne andre utenfor nødssituasjoner, bør tydeliggjøres så vel i lovtekst som i forvaltningsvedtak og domsgrunner. Dette er vurderinger som etter sin art vil måtte være konkrete, og der det er ønskelig å fremme diskusjon om det faglige og etiske grunnlaget for tvang i helse- og omsorgstjenesten. Kryssende hensyn gjør seg gjeldende. På den ene siden vil en behandling av saken i straffesaksform gi de beste forutsetninger for å få avklart faktum. På den andre siden vil det å bli involvert i en rettsprosess også kunne virke særlig belastende for personer med nedsatt psykisk funksjonsevne, og kanskje i særlig grad personer med nedsatt kognitiv funksjonsevne. Stemplingseffekten er også betydelig. Utvalget ser vurderingen som utpreget konkret, men at sentrale momenter for spørsmålet om sporvalg bør være:

- personens egen oppfatning av spørsmålet
- typen straffbar handling

⁸⁴⁹Se Rt. Rt. 2001 s. 1481, på s. 1490.

⁸⁵⁰Slik må vi også forstå tolkingsbrev fra Helse- og omsorgsdepartementet, 2009.

- graden av usikkerhet om hva som har skjedd – stor usikkerhet tilsier straffesakssporet av hensyn til personens rettssikkerhet
- risiko for nye hendelser – stor risiko tilsier straffesakssporet av hensyn til samfunnsvernet
- hvilke belastninger en rettsprosess må antas å medføre, herunder risiko blant annet for varetektsfengsling, eventuelt institusjonsplassering som varetektssurrogat etter straffeprosessloven § 188, og fengselssoning

Som nevnt er det ikke utvalgets intensjon å endre de grenser som i dag på et regelnivå er etablert for ansvarsområdet til henholdsvis helse- og omsorgstjenestene og justissektoren. Lovutkastet tar derimot sikte på å fremme en økt bevissthet om grensetrekkingen i praksis. At dette kan gi seg utslag i praksisforskyvninger, innenfor dagens regelverk, kan således ikke utelukkes og er også en ønsket virkning.

15 Hovedalternativer for en framtidig lovstruktur

15.1 Utfordringer med dagens lovverk

15.1.1 Innledning: Et fragmentert regelverk

Dagens ulike regelsett reiser vanskelige spørsmål allerede etter en isolert vurdering. Dette utvalgsarbeidets hovedformål er likevel av sammenlignende karakter. På bakgrunn av oppsummeringen i punkt 5.9, kan utvalget konstatere som en overordnet observasjon at dagens lovgivning er preget av store ulikheter, nær sagt på alle punkter. Det gjelder:

- hva som regnes som «tvang»
- om regelsettene har hovedfokus på frihetsberøvelse eller andre typer av inngrep
- avgrensningen av hvilken personkrets reglene gjelder for
- i hvilken grad det er samme regler for barn og voksne, eller om det er gitt særregler for barn
- utformingen av situasjonsvilkårene – eller «tersklene» – for inngrep
- krav til inngrepets utforming og gjennomføring: herunder valg av reguleringsteknikk, hvordan kravene er formulert og hvor langt inngrepshjemele rekke
- den rettslige håndteringen av inngrep i nødssituasjoner
- den rettslige håndteringen av inngrep for å ivareta andres interesser
- saksbehandlings- og kontrollordningene

Utfordringer oppstår fordi det enkelte regelsett i større eller mindre grad vil måtte fungere i et samspill med (et eller flere) andre – i tillegg til lovgivning av mer allmenn karakter. Dette kan blant annet beskrives med utgangspunkt i de ulike aktørenes posisjon:

- Den enkelte person (pasient eller bruker) kan være aktuell for inngrep etter flere regelsett og må forholde seg til alle disse, eventuelt parallelt.
- Nærmeste pårørende kan måtte forholde seg til de ulike regelsettene enten det er én eller flere personer vedkommende er pårørende til.
- Tjenesteapparatet må fatte beslutninger etter ulike regelsett. Det kan også gjelde det enkelte helsepersonell, som i alle fall må ha kjennskap til grenseflatene mot øvrige regelverk for å kunne opptre forsvarlig.

- Kontrollapparatet – som fylkesmennene og kontrollkommisjonene – må åpenbart ha oversikt over og forståelse for helheten fordi tolkningsspørsmål etter én lov i gitte tilfeller kan bli påvirket av hvordan parallelle eller tilgrensende problemer er løst etter en annen lov.

I fortsettelsen skal enkelte utfordringer med dagens fragmenterte lovgivning på feltet skisseres. Dette er av betydning for utvalgets anbefalinger om framtidig lovstruktur.

15.1.2 Verdimessig inkonsistens?

Utvalget er klar over at de ulike tjenestefelt dagens lovgivning dekker aktualiserer særegne problemstillinger og hensyn som må ivaretas. Selv med et slikt forbehold er det mye som tyder på at man står overfor innholdsmessige ulikheter som går ut over det vi i dag vil anse som hensiktsmessig, saklig eller rimelig.

Spørsmålet om verdimessig konsistens er aktuelt i flere relasjoner og skal utdypes senere i utredningen blant annet spørsmålet om terskler for inngrep og reguleringsmodeller for tiltak. Her skal utvalget nøye seg med å påpeke enkelte åpenbare problempunkter.

Ett problempunkt gjelder den ulikhet i gjennomslag tenkningen om beslutningskompetanse har fått. En rett til å nekte hjelpetiltak er nå gitt etter pasient- og brukerrettighetsloven 4 A, jf. § 4A-2 andre ledd, og med virkning fra 1. september 2017 også i psykisk helsevernloven, jf. blant annet § 3-3 nr. 4 (riktig nok med enkelte unntak). Dette er ikke på samme vis tilfelle i omsorgen for mennesker med utviklingshemning (helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9) og i rusbehandlingen (helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 10).

Et annet problempunkt gjelder kontrollordningene. Om vi oppfatter krav om forhåndsgodkjenning av tvangstiltak som en viktig rettssikkerhetsgaranti, kan det hevdes at dagens lovgivning nærmest er utformet disproporsjonalt ved at den svakeste kontrollen gjelder i møte med de meste omfattende tvangshjemlene, som vi finner på psykisk helsevernfeltet. Ordningen med kontrollkommisjoner har sine klare fordeler, men også åpenbare svakheter blant annet gjennom en svak organisering. Utvalget kommer nærmere tilbake til dette.

Et ytterligere punkt gjelder mangelfull anerkjennelse av barns motstand. Rettssikkerhetstenkningen er her lite utviklet på helse- og omsorgsfeltet særlig sammenlignet med hva som er tilfelle på barnevernsområdet.

15.1.3 Dårlige kår for helhetstenkning rundt individets situasjon?

Den enkelte personens behov må naturligvis være utgangspunktet for den rettslige reguleringen på helse- og omsorgsfeltet. Når det kan være aktuelt med inngrep overfor enkeltpersoner etter ulik lovgivning, er det i dag et klart problem at lovgivningens fragmentariske karakter vanskeliggjør kontroll også med den totale belastning personen kan bli utsatt for. Når for eksempel en person med utviklingshemning allerede er underlagt tvungent psykisk helsevern og så skal vurderes for tvangstiltak etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9, er det ikke etablert systemer – verken lovgivningsmessige eller administrative – for å ivareta behovet for helhetstenkning rundt vedkommende. Tvert imot er det her en klar risiko for pulverisering av ansvar. Utvalget er kjent med at en person på samme tid har vært underkastet vedtak etter alle fire regelsett.

En litt annen side ved samme tematikk kan illustreres gjennom et konkret eksempel utvalget er gjort kjent med. Her hadde kontrollkommisjonen skrevet ut en person etter klagesak om tvungen observasjon (psykisk helsevernloven § 3-2). Dette fikk likevel ingen praktisk betyd-

ning fordi institusjonen svarte med å fattet vedtak etter pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A om tvungent tilbakehold (i samme avdeling) ut fra de pleie- og omsorgsmessige behov. Fylkesmannen godkjente så dette vedtaket etter klagesak. Eksempelen tydeliggjør fordelene ved et mer enhetlig system, noe som også kan styrke både pasienter/brukere og allmennhetens tillit til at lovverket ivaretar deres interesser.

15.1.4 Uhensiktsmessig samhandling i tjenestene på grunn av sektortenkning etter ulike regelverk?

Utvalget har mottatt gjentatte innspill om de vanskelige bruddflatene mellom ulike regelverk og at disse ikke bare kan skape uklarheter («gråsoner»), men også direkte motvirke god samhandling mellom tjenestene. Her omtales kort enkelte problemstillinger, som en illustrasjon.

En problemstilling gjelder muligheten for å yte psykisk helsehjelp til personer som mangler beslutningskompetanse og hvor det foreligger mistanke om alvorlig sinnslidelse, men der vedkommende ikke motsetter seg tilbudet om hjelp. Her bestemmer pasient- og brukerrettighetsloven § 4-3 femte ledd at reglene om tvungent psykisk helsevern i psykisk helsevernloven kapittel 3 kommer til anvendelse. Det er bred enighet om at denne bestemmelsen lenge har vært «sovende». Det vil si at man i helsevesenet har strukket seg langt for å yte helsehjelp uten å bruke reglene om tvang. I kjølvannet av innføringen av en kompetansebasert modell i psykisk helsevernloven er det imidlertid tegn til at § 4-3 femte ledd er vekket til live. Dette fordi bevisstheten om kompetanseproblematikken igjen er satt på dagsorden. Det er nå tegn til at det fattes flere tvangsvedtak etter psykisk helsevernloven for et segment av ikke-protesterende pasienter som gjerne er preget av kognitiv svekkelse.⁸⁵¹ Parallelt kommer spørsmålet om helt å avstå fra å yte hjelp til disse personene fordi de strenge vilkårene i psykisk helsevernloven kapittel 3 ikke er oppfylt, satt mer på spissen enn før.

To andre problemstillinger er knyttet til tolkningen av bestemmelsen i pasient- og brukerrettighetsloven § 4A-2 andre ledd. Her er det bestemt at kapittel 4 A ikke gjelder «[u]ndersøkelse og behandling av psykisk lidelse» (som blir regulert av psykisk helsevernloven).

Den ene problemstillingen er særlig aktuell stilt overfor personer med demens ledsaget av atferdsmessige utfordringer, innlagt i sykehjem. I den grad det er nødvendig å gjennomføre antipsykotisk medikamentell behandling uten personens samtykke, må vedkommende – ifølge dagens regelverk – transporteres til den ansvarlige institusjonen i psykisk helsevern for gjennomføring av behandlingen: ofte for å sette en depotinjeksjon. De ekstra belastningene dette kan påføre særlig eldre og helsemessig skrøpelige personer er framhevet, og reiser spørsmål om forholdet til det menneskerettslige krav om minste effektive inngrep.

Den andre tolkingsproblemstillingen etter pasient- og brukerrettighetsloven § 4A-2 andre ledd gjelder hva som utgjør «behandling» av psykiske lidelser og hva som er tjenester med et «pleie- og omsorgsformål», jf. definisjonen av «helsehjelp» i pasient- og brukerrettighetsloven § 1-3 bokstav c. Problemstillingen har fått økende aktualitet parallelt med nedbyggingen av antall sengeplasser i de psykiatriske institusjonene. Utvalget er kjent med at enkelte fylkesmenn har lagt seg på en streng linje. Dette har i sin tur utløst «krav» om at helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 – særreglene for personer med utviklingshemning – bør gjøres diagnostøytral fordi kapittel 4 A i liten grad er anvendbart ved behov for tvang i pleie- og omsorgstjenester utenfor demensomsorgen.

⁸⁵¹Senter for medisinsk etikk, 2019, punkt 5.1.3.4 beskriver at problemstillingen knyttet til pasient- og brukerrettighetsloven § 4-3 femte ledd er mest aktuell i alderspsykiatrien.

De problemstillinger som her er skissert er uttrykk for at dagens fragmenterte lovgivning i seg selv skaper utfordringer med tanke på å yte nødvendige helsetjenester: til dels med tvang, til dels uten tvang. Dette kan beskrives som en type samhandlingsutfordring eller -hindring. Forklaringene på hvorfor det er blitt slik, er sammensatte, men en del av bildet kan være den uunngåelige tendensen til sektortenkning ved forvaltningen av de enkelte lovverk. Å finne løsninger på problemsituasjoner som ikke helt passer innenfor en gitt ramme, er faglig krevende og kan lett bli utsatt for kritikk. Da kan det være enklest å skyve utfordringen over på noen andre.

Her skal utvalget legge til at selv om samhandling er viktig, er det ikke et mål at det skal være lettest mulig å bruke tvang: snarere tvert imot. Det er likevel et mål å fjerne og erstatte skranke for bruk av tvang som framstår som irrasjonelle, – og som det av den grunn er mange eksempler på ikke vinner nødvendig legitimitet til å bli respektert i praksis – med mer målrettede begrensninger. Respekten for kravet om lovhjemmel ved inngrep – både i Grunnlova og i internasjonale menneskerettsdokumenter Norge er bundet av – tilsier også en slik offensiv tilnærming.

15.1.5 Lite tilgjengelig og unødvendig komplisert?

Regler om tvang skal være tilgjengelige og så presist utformet som praktisk mulig. Dette er tradisjonelle menneskerettslig krav, som i dag også har ankerfeste i Grunnlova. Dagens ulike regelverk inneholder i seg selv en rekke vanskelige tolkingsspørsmål. Fokuset har vanligvis vært rettet mot det enkelte regelsett isolert. Det kan likevel spørres om ikke den fragmentariske lovgivning vi i dag har kan bidra til å forsterke tolkningsproblemene.

Det ene er vanskene med å finne fram i regelverket for pasienter/brukere, pårørende og helsepersonell uten nevneverdig juridisk skolering. Selv om dette i dag neppe direkte utgjør et menneskerettslig problem, er tilgjengelighet en viktig rettsstatsverdi. Mer alvorlig er likevel den tvil som kan oppstå rundt forståelsen av ord og uttrykk som tilsynelatende omhandler det samme, men som – av usikker årsak – allikevel er formulert forskjellig i ulike lovtekster.

En tilgrensende problemstilling gjelder faren for misforståelser. Når regelverkene er uensartede blir det vanskeligere å holde oversikt. Dermed øker risikoen for at det kan bli gjort feil. Det er en kjent sak at psykisk helsevernlovens oppdeling i ulike klageinstanser (kontrollkommisjonen og fylkesmannen) har ført til feilsending av klager med forsinkelser og (i verste fall) fare for rettstap. På psykisk helsevern-feltet utgjør konstruksjonen «tvungent psykisk helsevern» et slags abstrakt overbegrep som vi ikke finner i de øvrige regelsett. Mange personer underlagt tvangsvedtak kan ha vansker med å forstå dette begrepet, noe som tidvis blir brukt som et argument for å frakjenne beslutningskompetansen.

15.2 Alternativene

15.2.1 Alternativ 1: Avskaffe alle særlige tvangshjemler

Utgangspunktet for dette alternativet er det som kan oppfattes som CRPD-komiteens anbefalinger. Utvalget har drøftet dette spørsmålet. Flertallet har konkludert med at omkostningene ved enten bare å basere seg på nødrett eller å utforme generelle tvangshjemler uten noen form for referanse til psykisk funksjonsnedsettelse, ikke er gjennomførbart, og heller ikke en rimelig tolkning av konvensjonen, se punkt 7.4. Mindretallet (Erichsen og Gitlesen) er av en annen oppfatning, se generell dissens vedlagt utredningen.

15.2.2 Alternativ 2: Endringer innenfor dagens lovstruktur

Det er mulig å gjøre justeringer innenfor dagens lovstruktur som bidrar til økt samordning. Særlig vil det ligge godt til rette for å finne løsninger på en del bruddflateproblemer mellom ulike regelsett. Tilsvarende vil enkelte andre mer avgrensede endringer kunne la seg gjennomføre, som for eksempel ytterligere utviding av området for et vilkår om mangel på beslutningskompetanse.

Forsøk på mer overordnede strukturelle grep vil imidlertid ikke være tjenlig innenfor en slik ramme. Det gjelder blant annet en revisjon og modernisering av begrepsbruken. Her må det forventes betydelig motstand mot innføring av nye ord og uttrykksmåter på tvers av dagens regelsett ut fra harmoniseringshensyn, i lys av den usikkerhet om tolkningen som kan skapes i en overgangsfase. En samordning av overprøvings- og kontrollordningene vil også være svært vanskelig å få til.

15.2.3 Alternativ 3: En ny, felles tvangsbegrensningslov

Ut fra analysen av dagens utfordringer, ser utvalget behov for mer overordnede lovgivningsmessige grep enn det som er realistisk ved justeringer innenfor dagens lovstruktur. Dette handler om å sikre verdimelessig konsistens i regelverket, økt tilgjengelighet og å legge et bedre grunnlag for helhetstenkning rundt den enkelte personens behov.

Det tredje alternativet er derfor å utforme en ny, felles lov om bruk av tvang og inngrep uten samtykke i helse- og omsorgstjenesten. Et slikt prosjekt er åpenbart betydelig mer omfattende og komplisert enn å gjøre endringer innenfor dagens lovstruktur. Samtidig vil det, om det lykkes, ha potensiale til å påvirke praksis i større grad. Dette fordi alle aktører må forholde seg til helt nye regler – både i utforming og innhold. Utvalget ser det som klart at et hovedformål med en eventuell ny lov må være å begrense bruken av tvang i størst mulig grad.

Utfordringene er likevel formidable. Et hovedpoeng er at dagens fragmenterte lovgivning gjennom alle sine bruddflater – selv om de ofte beskrives som både ulogiske og uønskede – i seg selv virker tvangsdempende. Dette ved at de legger hindringer i veien for bruk av tvang. Her skal det legges til at den faktiske tvangsdempende virkningen avhenger av at begrensningene blir respektert i praksis – ved at de blir funnet legitime –, noe som langt fra alltid er tilfelle.

Å fjerne denne typen hindringer som er et tilsiktet resultat ved en felles lovgivning, kan skape bredere og mer langtrekkende tvangshjemler. Det er en allmenn observasjon at tvangshjemler har en tendens til å ekspandere: De blir etter hvert strukket til å dekke nye problemstillinger som ikke var påtenkt i utgangspunktet. Faren som ligger her øker uvegerlig ved en felles lovgivning på grunn av presset mot å formulere seg generelt. En stor utfordring for utvalget er således å vurdere om det er mulig å bygge nye skranker mot unødvendig tvang som en mer treffsikker erstatning for de som eventuelt blir fjernet.

Et annet problem er om det er mulig å bygge bro mellom de helt ulike juridiske tankemodellene som kommer til uttrykk i lovgivningen i dag. Etter psykisk helsevernloven ligger (således) «tvungent vern» som et rammevedtak som danner basis for andre mer spesifikke vedtak om gjennomføringen. Dette er ulikt situasjonen sammenlignet med de andre lovverkene, som mer direkte fokuserer på det enkelte inngrep. Sammenveving av så ulike konsepter som hastevedtak og tvungen observasjon som dels kan sies å ivareta samme hensyn, dels ulike, er også svært krevende, for å nevne noen eksempler.

Selv om slike vesentlige utfordringer skulle la seg overvinne, er det i utgangspunktet klart at ikke alt kan gjøres likt for alle grupper i en ny, felles tvangslov. Dette springer blant annet ut

av at typen helsehjelp og formålet med denne vil være ulikt. Innleggelse og tilbakehold i psykisk helsevern vil som et klart utgangspunkt kreve at man også har et behov for psykisk helsehjelp. En utfordring for utvalget er likevel å vurdere hvordan beskrivelsen av tilknytningspunktet mellom personens behov og tjenestene kan moderniseres og gjøres så lite krenkende som mulig for dem det gjelder.

Utvalget foretrekker altså alternativ 3 – en ny, felles tvangsbegrensningslov. Hva gjelder lovtekniske utfordringer, er disse så tallrike og så tett knyttet til de underliggende materielle samordningsspørsmålene at de ikke kan skilles ut i et enslig punkt, men må identifiseres og håndteres underveis.

Del IV

En samordnet tvangslovgivning – problembeskrivelser, utfordringer og løsningsforslag

16 Formål og virkeområde

Boks 16.1 Utvalgets forslag

- Lovutkastet omfatter helse- og omsorgstjenesten, unntatt smittevern.
- Private tilbydere må ha avtale med foretak eller kommune for å bli fullt inkludert.
- Barn omfattes når ikke foreldrene har beslutningsretten.

[Boks slutt]

16.1 Formål

16.1.1 Gjeldende rett

Formålsbestemmelsene i de regelsettene utvalgets mandat omfatter, er til en viss grad harmonisert. Både etter psykisk helsevernloven § 1-1, helse- og omsorgstjenesteloven § 9-1 og pasient- og brukerrettighetsloven § 4A-1 er det et formål å forebygge og begrense bruk av tvang. I tillegg er det i alle disse bestemmelsene presisert at hjelpen skal tilrettelegges med respekt for personens fysiske og psykiske integritet, og så langt som mulig være i samsvar med vedkomendes selvbestemmelsesrett. Helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 10 skiller seg fra de andre regelsettene ved at kapitlet ikke har en egen formålsbestemmelse.

Formålsbestemmelsene i de ulike regelsettene er nærmere omtalt i kapittel 5. Her framgår det at alle regelsettene har som formål å hindre skade. Hvordan skadebegrepet er utformet og hva det omfatter, varierer ut fra reglenes virkeområde, jf. punkt 5.9.5.1.

I helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 er det også presisert at ingen skal behandles på en nedverdiggende eller krenkende måte, jf. § 9-1 tredje ledd. Psykisk helsevernloven har en mer omfattende formulering der det framgår at formålet med loven er å sikre at etablering og gjennomføring av psykisk helsevern skjer «på en forsvarlig måte og i samsvar med menneskerettighetene og grunnleggende rettssikkerhetsprinsipper», jf. § 1-1 første ledd første punktum. I tillegg er det i psykisk helsevernloven presisert at helsehjelpen så langt som mulig skal være i

overensstemmelse med «pasientens behov og selvbestemmelsesrett og respekten for menneskeverdet», jf. § 1-1 andre ledd.

Henvisning til menneskerettighetene i psykisk helsevernloven § 1-1 ble tatt inn ved lovendring som trådte i kraft 1. september 2017. I forarbeidene ble det vist til at dette ikke medfører noen vesentlig innholdsmessig endring. Det framgår også:

«De sentrale menneskerettighetene er gjennom Grunnloven og menneskerettsloven gjort gjeldende for Norge. [...] Departementet mener likevel at en henvisning i formålsbestemmelsen vil minne de ansatte i psykisk helsevern og kontrollinstansene om at menneskerettighetene gir viktige føringer for praktiseringen av bestemmelsene i psykisk helsevernloven.»⁸⁵²

16.1.2 Utvalgets vurderinger og forslag

Utvalget finner det utvilsomt at en ny felles lov bør ha som et sentralt formål å forebygge og begrense bruk av tvang. Hvordan vilkårene for bruk av tvang er formulert, vil være viktig for å oppnå dette formålet. Det samme gjelder reglene om saksbehandling, overprøving og kontroll. En formålsbestemmelse som fastslår at forebygging og begrensning av bruk av tvang skal være ett av formålene med loven, vil imidlertid ha en viktig signalfunksjon og gi viktige føringer for hvordan loven skal tolkes og anvendes. Utvalget foreslår også en egen bestemmelse om plikt til å legge til rette for minst mulig bruk av tvang (plikt til forebygging), i tillegg til en bestemmelse om rett til et tilrettelagt tjenestetilbud uten bruk av tvang. Begge disse forslagene er nærmere omtalt i kapittel 22.

Videre er det etter utvalgets vurdering viktig å videreføre formålet om at loven skal hindre skade. Utvalget har kommet fram til at «vesentlig helseskade» er en formulering som naturlig kan danne et grunnlag for et felles regelverk. Begrepet er vurdert nærmere i punkt 14.4.1, 24.8.3 og 25.5.6.

Som nevnt ovenfor, ble det ved lovendring i 2017 tatt inn en henvisning til menneskerettighetene i formålsbestemmelsen i psykisk helsevernloven. Utvalget viser til sitatet fra forarbeidene og slutter seg til uttalelsen fra departementet om at en henvisning til menneskerettighetene vil være en viktig påminning om at menneskerettighetene gir viktige føringer for praktiseringen av lovbestemmelsene. Utvalget foreslår at det blir presisert i formålsbestemmelsen at loven skal fremme og sikre respekten for menneskeverdet og menneskerettighetene, herunder selvbestemmelsesrett og integritetsvern. Menneskerettslige krav er nærmere omtalt i kapittel 7.

Særlige spørsmål som gjelder barn er behandlet i kapittel 17. Noen utgangspunkter fra menneskerettighetene er behandlet i punkt 17.1.2, der det framgår at barn generelt står i en vanskeligere rettslig utgangsposisjon enn voksne. På denne bakgrunn mener utvalget at det bør presiseres i formålsbestemmelsen i ny felles lov at barns særlige rettigheter og behov skal ivaretas. Dette vil markere at barns rettigheter og behov skal inngå i tolkning og praktisering av loven. I det ligger det blant annet at det barnerettslige prinsippet om hensynet til barnets beste gjelder. Særlige rettigheter for barn framgår videre blant annet av pasient- og brukerrettighetsloven § 3-1 første ledd. Barn som er i stand til å danne seg egne synspunkter, skal gis informasjon og høres og det skal legges vekt på hva barnet mener, i samsvar med barnets alder og modenhet.

⁸⁵²Prop. 147 L (2015–2016) punkt 5.4

Utvalget mener i tillegg at det bør presiseres i formålsbestemmelsen at loven skal sikre at vedtak om og gjennomføring av tiltak skjer i samsvar med grunnleggende rettssikkerhetsgarantier. Dette betyr at grunnleggende rettssikkerhetsprinsipper skal gjelde både ved etablering og gjennomføring av tiltak etter loven og innebærer en videreføring av en av de rettesnorene som i dag framgår av psykisk helsevernloven § 1-1.

Utvalget viser også til helse- og omsorgstjenesteloven § 9-5 andre ledd, der det framgår at tvang og makt bare kan brukes når det er faglig og etisk forsvarlig. Dette kravet gjelder både vedtakets innhold og ved gjennomføring av tiltak. Kravet er kommentert nærmere i punkt 5.7.1.6. Kravet om faglig forsvarlighet er allment og følger av blant annet av helsepersonelloven § 4. Hva som ligger i etisk forsvarlig kan være litt vanskeligere å klarlegge, jf. nærmere omtale i punkt 14.2.2.3.3

Fag og etikk vil ofte inngå i hverandre, men et tiltak som etter en faglig vurdering er forsvarlig, kan ikke uten videre anses etisk forsvarlig. Tilsvarende kan ikke et tiltak som etter en etisk vurdering er forsvarlig, uten videre anses som faglig forsvarlig. Det er utvalgets intensjon at lovutkastet skal fremme faglig utvikling og etisk refleksjon i tjenestene. Etter utvalgets vurdering bør det derfor framgå av formålsbestemmelsen at loven skal fremme både faglig og etisk forsvarlighet i tjenestene.

Utvalgets forslag til formålsbestemmelse er tatt inn i lovutkastet § 1-1.

16.2 Virkeområde

16.2.1 Innledning

I det følgende gjøres det rede for det saklige og geografiske virkeområdet for de fire regelsettene.

Utvalget er opptatt av at et nytt regelverk må legge forholdene til rette for god samhandling mellom tjenestene, også på tvers av forvaltningsnivåer, og er kommet til at dette best kan fremmes gjennom en felles lov. Det foreslås at loven skal gjelde for bruk av tvang og inngrep uten gyldig samtykke i helse- og omsorgstjenesten. Også enkelte samtykkebaserte tiltak omfattes. Tiltak til vern mot smittsomme sykdommer skal fortsatt reguleres i smittevernloven. Departementet skal kunne gi forskrift om gjennomføringen av innleggelser med grunnlag i barnevernloven og straffeprosessloven. Private som skal yte tjenester etter loven, skal ha avtale med en kommune eller et foretak. Avtalen skal regulere hvordan kontroll med virksomheten skal utøves. Kongen skal i forskrift kunne gi bestemmelser om lovens anvendelse på Svalbard og Jan Mayen.

16.2.2 Gjeldende rett

16.2.2.1 Saklig virkeområde

Bestemmelsene i psykisk helsevernloven gjelder for undersøkelse og behandling i psykisk helsevern og for forutgående undersøkelser med sikte på etablering av psykisk helsevern, jf. psykisk helsevernloven § 1-1 a første ledd. Psykisk helsevern omfatter også pleie og omsorg som kreves i tilknytning til spesialisthelsetjenestens undersøkelser og behandling, jf. § 1-2 første ledd.

Det hender at opphold i medhold av annen lov skjer i institusjon for psykisk helsevern. Eksempler er vedtak om tvangsplassering av barn med alvorlige atferdsvansker etter barnevernloven § 4-24, vedtak om tilbakehold av rusmiddelavhengige etter helse- og omsorgstjenesteloven §§ 10-2 og 10-3 og institusjonsopphold i forbindelse med rettspsykiatrisk undersøkelse

etter straffeprosessloven § 167. Utgangspunktet er at psykisk helsevernlovens regler om tiltak under oppholdet gjelder også i slike tilfeller, jf. § 1-1 a.

Det er likevel gjort noen unntak. Det går fram av forarbeidene at bakgrunnen for unntakene er at de aktuelle bestemmelsene ikke passer i disse tilfellene.⁸⁵³ Dette gjelder tvangsbehandling (§ 4-4 og 4-4 a), innskrenkninger i kontakt med omverdene (§ 4-5 andre ledd), rusmiddeltesting (§ 4-7 a andre ledd), obligatoriske kontroller (§ 4-9) og overføring til annen institusjon (§ 4-10). Bestemmelsen om rusmiddeltesting, jf. § 4-7 a andre ledd, gjelder likevel for person innlagt etter helse- og omsorgstjenesteloven §§ 10-2 og 10-3.

Helsedirektoratet skal godkjenne institusjoner som skal være ansvarlig for eller kunne anvende tvungen observasjon eller tvungent psykisk helsevern med og uten døgnopphold, jf. psykisk helsevernloven § 2. Godkjenning gis til institusjoner som eies av eller utfører tjenester etter avtale med et regionalt helseforetak og oppfyller nærmere bestemte materielle krav og krav til bemanning. Dersom det er nødvendig for å ivareta et forsvarlig tilbud til pasientene, kan institusjoner som ikke oppfyller kravene likevel gis midlertidig godkjenning for inntil ett år. Det vil dermed blant annet kunne være adgang til å anvende tvang i institusjoner som ikke har avtale med et regionalt helseforetak.

Helse- og omsorgstjenesteloven gjelder for helse- og omsorgstjenester som tilbys av kommuner og private tilbydere som har avtale med en kommune, med mindre annet følger av loven, jf. § 1-2 første ledd. Bestemmelsene om bruk av tvang og makt overfor personer med psykisk utviklingshemning gjelder for helsetjenester i hjemmet, personlig assistanse, herunder praktisk bistand, opplæring og støttekontakt og plass i institusjon, herunder sykehjem til personer med psykisk utviklingshemning, jf. § 9-2 første ledd. Bestemmelsene gjelder også for avlastningstiltak til personer med utviklingshemning. Særlig forholdet til opplæringsloven har reist enkelte avgrensingsproblemer, jf. omtale i punkt 25.5.2 Tvangsbegrepet i helse- og omsorgstjenesteloven er omtalt i kapittel 5 og kapittel 18.

Departementet kan i forskrift gi nærmere bestemmelser om hva som er helse- og omsorgstjenester etter loven. Hjemmelen er ikke brukt.

Departementet kan i forskrift gi nærmere bestemmelser om privat helse- og omsorgsvirksomhet i kommunen, herunder kvalitets- og funksjonskrav som også kan omfatte private tjenesteytere som ikke har avtale med kommunen, jf. § 3-2 fjerde ledd. Kongens myndighet til å gi forskrift om opphold i institusjon gjelder også private institusjoner for personer med rusmiddelproblemer uten avtale med kommunen, jf. § 12-4 femte ledd. Forskrift om rettigheter og tvang i rusinstitusjoner er gitt anvendelse for private institusjoner for personer med rusmiddelproblemer uten avtale med kommunen eller avtale med regionalt helseforetak, jf. § 2 bokstav e.⁸⁵⁴

Pasient- og brukerrettighetsloven omfatter helsehjelp og helse- og omsorgstjenester selv om dette ikke uttrykkelig er formulert i virkeområdebestemmelsen i § 1-2. Lovens kapittel 4 A, kommer til anvendelse når helsepersonell yter helsehjelp til pasienter over 16 år som mangler samtykkekompetanse og som motsetter seg helsehjelpen. Kapittel 4 A gjelder likevel ikke ved undersøkelse og behandling av psykiske lidelser uten eget samtykke, jf. § 4A-2. Adgangen til

⁸⁵³Ot.pr. nr. 65 (2005–2006) kapittel 12

⁸⁵⁴Forskrift om rettigheter og tvang i rusinstitusjon, 2016

undersøkelse og behandling av psykiske lidelser uten eget samtykke reguleres dermed i sin helhet i psykisk helsevernloven.

Se også omtalen av grenseflater mot andre områder i 25.2.4 og 18.4.3.

16.2.2.2 Geografisk virkeområde

Psykisk helsevernloven har ingen uttrykkelig bestemmelse om at den bare gjelder for Norge, men dette er ikke omstridt. Kongen kan gi forskrift om lovens anvendelse på Svalbard og Jan Mayen og fastsette særlige regler under hensyn til de stedlige forhold, jf. § 8-1. Enkelte bestemmelser gjelder for Svalbard. Det gjelder bestemmelsene om legeundersøkelse (§ 3-1 og psykisk helsevernforskriften § 8) og varslings- og bistandsplikt for offentlig myndighet (§ 3-6).⁸⁵⁵ I tillegg gjelder bruk av tvangsmidler i institusjon for døgnopphold (§ 4-8) når det er nødvendig å i påvente av at pasienten kan bringes til fastlandet eller under transporten, jf. forskrift om helselovgivning for Svalbard og Jan Mayen § 7.⁸⁵⁶

Helse- og omsorgstjenesteloven gjelder for helse- og omsorgstjenester som tilbys eller ytes i riket av kommunen eller private som har avtale med kommunen, når ikke annet følger av loven. Det er ikke gjort unntak i det geografiske virkeområdet for kapittel 9 og 10. Kongen kan gi forskrift om lovens anvendelse på Svalbard og Jan Mayen, og kan fastsette særlige regler av hensyn til stedlige forhold. Kongen kan videre bestemme om og i hvilken utstrekning, lovens bestemmelser skal gjelde på norske skip i utenriksfart, i norske sivile luftfartøyer i internasjonal trafikk og på installasjoner og fartøy i arbeid på den norske kontinentalsokkelen. Dette følger av § 1-2. Hjemlene er ikke brukt.

Pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 og 4 A gjelder for alle som oppholder seg i riket, jf. § 1-2. Kongen kan gi forskrift om lovens anvendelse på Svalbard og Jan Mayen og fastsette særlige regler under hensyn til de stedlige forhold. I den utstrekning det bestemmes av Kongen i forskrift, gjelder loven for personer på norske skip i utenriksfart, i norske sivile luftfartøyer i internasjonal trafikk og på installasjoner og fartøy i arbeid på norsk kontinentalsokkel. Dette følger av § 1-2. Hjemlene er ikke brukt.

16.2.3 Utvalgets vurderinger og forslag

16.2.3.1 Tvangsbegrensningslovens saklige virkeområde

16.2.3.1.1 Utgangspunkt

Hvordan tvangsbegrepet brukes i gjeldende lovgivning varierer mye, se kapittel 18. Det spenner fra overvinning av motstand til fravær av samtykke. Sentralt for utvalget har vært å etablere en felles begrepsbruk som grunnlag for en felles lov. Med dette som bakgrunn er det klart at lovutkastet både må omfatte overvinning av motstand og fravær av samtykke. I tillegg omfattes enkelte andre, tilgrensende situasjoner. Det gjelder for det første enkelte situasjoner der det blir gitt samtykke, men der det er behov for å etablere en særlig rettssikkerhet rundt avgivelsen. Videre omfatter utkastet problemstillinger rundt rettighetsbegrensninger der samtykket kan være mer eller mindre usikkert.

Gjennomgangen av lovgivningen på tvangsfeltet viser at dagens regler er ulike på viktige punkter. Se nærmere omtale i kapittel 5. Dagens virkeområdebestemmelser fører til gråsoner

⁸⁵⁵Forskrift om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern m.m., 2000

⁸⁵⁶Forskrift om helselovgivning for Svalbard og Jan Mayen, 2015

og bruddflater mellom de forskjellige regelsettene som skaper usikkerhet ved anvendelse av reglene i konkrete situasjoner. Utvalget mener at en del pasienter og pasientgrupper kunne ha vært gitt et bedre tilbud dersom virkeområdene for regelsettene hadde vært mer samordnet. Det er også en klar svakhet ved dagens lovgivning at sektoriseringen gjør det vanskelig å tenke helhetlig rundt enkeltindividet. Se nærmere omtale i punkt 15.1.3.

Utvalget er opptatt av at det nye regelverket må legge forholdene til rette for bedre samhandling mellom tjenestene, også på tvers av forvaltningsnivåer. Utvalget er kommet til at dette best kan fremmes gjennom en felles lov. Utvalget foreslår derfor i utgangspunktet at tvangsbegrensningsloven skal regulere all bruk av tvang og inngrep uten gyldig samtykke i helse- og omsorgstjenesten. Se nærmere omtale av hva som vil være tvang i lovens forstand i kapittel 18 og lovutkastet § 1-3.

Utvalget foreslår en rekke bestemmelser som legger bedre til rette for å kunne gi den enkelte et best mulig tilpasset tilbud. Dagens forbud mot behandling av psykiske helseproblemer utenfor psykisk helsevern mykes opp: dels gjennom en innstramming av tvangsbegrepet, dels gjennom en oppmykning av arenakravet for legemiddelbehandling. Forslaget om omlegging av inntaksmodellen til tvang i tverrfaglig spesialisert behandling for rusmiddelavhengighet (TSB) vil etter utvalgets syn legge til rette for bedre samhandling med psykisk helsevern ved å sikre at det er personens behov for hjelp som er avgjørende for plassering og ikke hvor ressurskrevende eller komplisert inntaksprosedyren er. Etableringen av en ny ordning med høring i tvangsbegrensningsnemnda i de mest alvorlige sakene vil videre bidra til at personens totale tjenestetilbud – både i kommunen og i spesialisthelsetjenesten – blir sett i sammenheng. Det framheves også at det må tas hensyn til den samlede belastningen ved ulike tvangstiltak overfor samme person. Se nærmere omtale i kapittel 3.

Lovutkastet omfatter tiltak «i helse- og omsorgstjenesten», jf. definisjon i helse- og omsorgstjenesten § 1-3 bokstav d. Mange ulike typer av tjenester omfattes. Kapittel 4, 5 og 7 fokuserer hver på sitt vis mot mer begrensede problemstillinger. Lovutkastet kapittel 6 utgjør et slags hovedkapittel som regulerer spørsmål som ikke fanges opp av de øvrige, jf. utkastet § 6-1.

16.2.3.1.2 Forholdet til private tilbydere

Helse- og omsorgstjenesten omfatter spesialisthelsetjenester, kommunale helse- og omsorgstjenester og tannhelsetjenester og private tilbydere av helse- og omsorgstjenester, jf. pasient- og brukerrettighetsloven § 1-3 bokstav d. Ansvar for å organisere tjenestene følger av helse- og omsorgstjenesteloven § 3-1 tredje ledd, spesialisthelsetjenesteloven § 2-1 a tredje ledd og tannhelsetjenesteloven § 1-3 a. En del helse- og omsorgstjenester ytes av private tilbydere. Utvalget er gjort kjent med tilfeller av at ansvaret for å gjennomføre tvangsbruk blir overlatt til private uten det offentlige følger dette opp på en betryggende måte. Det forekommer også at personer flyttes til et tjenestetilbud i et annet fylke med risiko for at ansvaret for kontroll og tilsyn pulveriseres.

Utvalget er opptatt av at personers rettsikkerhet skal ivaretas på en god måte, uavhengig av hvem som tilbyr tjenesten. Ikke minst på et området som dette der det er tale om å utøve tvang overfor enkeltmennesker, er det viktig å sikre kontroll med myndighetsutøvelsen. Virkeområdet for loven og dermed adgangen til å bruke tvang, bør derfor etter utvalgets syn avgrenses til private som yter spesialisthelsetjenester eller helse- og omsorgstjenester etter avtale med henholdsvis helseforetak eller kommune. Utvalget foreslår at det lovfestes at det skal nedfelles i avtalen med private tjenestetilbydere hvordan kontroll med virksomheten skal utøves i saker etter tvangsbegrensningsloven. En slik presisering framstår som nødvendig fordi kontraktsinngåelsen – særlig i kommunene – i dag ofte blir gjort i andre enheter enn helse- og omsorgstjenesten. Kontrollaspektet kan slik lett bli underfokuset.

Forslaget innebærer innstramminger i hvem som kan praktisere tvangsregelverket både på psykisk helsevern- og rusfeltet. Forslaget innebærer også en omfattende innstramming sammenlignet med pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A der vedtakskompetansen i dag er lagt til det ansvarlige helsepersonell uten noen krav til virksomheten om tilknytning til stat eller kommune.⁸⁵⁷

Lovutkastet kapittel 4 om inngrep i nødssituasjoner må likevel også gjelde for private uten avtale. En annen løsning ville svekke rettssikkerheten til personer som mottar tjenester. Det er ikke mulig å planlegge hvor nødssituasjoner skal oppstå. Tilsvarende må gjelde lovutkastet § 7-1 om husordensregler. Utvalget ser også at det i større utstrekning vil kunne være behov for å gjøre unntak fra avtalekravet på rusfeltet, både i spesialisert rusbehandling og ellers. Dette ut fra den særlige tradisjonen på området med et rikt innslag av private aktører. Det foreslås at departementet gis hjemmel til å regulere dette i forskrift.

16.2.3.1.3 Forholdet til annen lovgivning

Det går fram av utvalgets mandat at utvalgets forslag skal omfatte bruk av tvang overfor pasienter og brukere i hele helse- og omsorgssektoren, både på kommunalt nivå og i spesialisthelsetjenesten, men at det ikke forventes at utvalget gjennomgår og foreslår endringer i tvangsreglene i smittevernloven. Utvalget har ikke hatt kapasitet til å gå inn i de særlige smittevernrettslige problemstillingene. Utvalget foreslår derfor at virkeområdet for tvangsbegrensningsloven avgrenses mot tiltak til vern mot smittsomme sykdommer.

Utvalgets opplegg betyr at man i stor grad unngår de gråsoner og bruddflater som dagens fragmenterte regelverk fører til *innenfor helse- og omsorgstjenesten*. I relasjon til tilgrensende lovgivning vil slike imidlertid fremdeles bestå. For Opplæringslovutvalget, som skal avgi innstilling innen 1. desember 2019, vil tvang i skolen kunne være et tema. Rusreformutvalget som skal avgi sin utredning innen utgangen av 2019, skal etter sitt mandat blant annet foreslå regelverksendringer som legger til rette for rolleavklaring og god samhandling mellom politiet, den kommunale helse- og omsorgstjenesten og spesialisthelsetjenesten.

Ifølge utvalgets mandat skal lovforslaget også gjelde for barn, altså personer under 18 år. At så er tilfelle har ikke utvalget funnet grunn til å si eksplisitt i en egen bestemmelse. Det vil blant annet ut fra formålsbestemmelsen fremgå at loven også gjelder barn. Fordi barn, i alle fall barn under 16 år, ikke har selvbestemmelsesrett i helse- og omsorgsrettslige spørsmål, gjelder de alminnelige reglene om foreldrenes rett til å samtykke på vegne av sine barn etter pasient- og brukerrettighetsloven §§ 4-4 og 4-5 for alle helse- og omsorgstiltak som ikke er omfattet av lovens tvangsdefinisjon, jf. § 1-3. Det betyr at det må foretas konkrete vurderinger av om tvangslovgivningen kommer til anvendelse for barn. Hvis den ikke gjør det, vil samtykke fra foreldrene være rettslig grunnlag for helse- og omsorgstiltak. Innleggelse og tilbakehold (lovutkastet kapittel 5) og individuelle behandlings- og omsorgstiltak (lovutkastet kapittel 6) som ikke er å anse som tvang, etableres dermed etter nevnte regler i pasient- og brukerrettighetsloven. Men om et tiltak er å anse som tvang overfor barn, gjelder lovens regler, f.eks. de særlige grenser for gjennomføringstiltak i behandling av psykiske helseproblemer og rusproblemer som følger av lovutkastet kapittel 6 og krav som stilles ved gjennomføring av tiltak, lovutkastet kapittel 8. For bestemmelser der det kreves samtykke fra personen selv, vil det være avgjørende om barnet er over eller under 16 år. I tilfelle andre enn foreldrene innehar foreldreansvaret eller barneverntjenesten har overtatt omsorgen, vil retten til å samtykke tilfalle dem.

⁸⁵⁷Noe diskusjon om innholdet av gjeldende rett har det vært, se Østenstad, 2011, s. 465–466.

Utvalget legger til grunn at lovutkastet viderefører føringene som er lagt om grensedragnings-spørsmålene i gjeldende rett. Utkastet til den nye tvangsbegrensningsloven løser ikke utfordringene med grenseflatene mot andre områder.

16.2.3.1.4 Særlig om barn innlagt i psykisk helsevern etter barnevernlovens regler

Gjennomføring av barneverntiltak i psykisk helsevern kan gjelde både barn det er fattet vedtak om omsorgsovertakelse for (barnevernloven § 4-12) og barn med alvorlige atferdsvansker (barnevernloven § 4-24, jf. § 4-26). Barn over 16 år kan følgelig overføres fra barneverninstitusjon mot eget ønske og uten at vilkårene for tvungen observasjon eller tvungent psykisk helsevern i psykisk helsevernloven §§ 3-2 og 3-2 foreligger.

Vedtak om plassering i barneverninstitusjon skal gi forutsigbarhet med hensyn til hva plasseringen kan innebære. Hvis barnevernmyndighetene kommer til at et barn har behov for innleggelse i psykisk helsevern framfor opphold i barneverninstitusjon, vil det kunne bety at barnet blir møtt med andre gjennomføringstiltak enn det som var forespeilet da vedtak etter enten § 4-12 eller § 4-24, ble fattet.

Barnevernlovgivningen inneholder ikke bestemmelser som åpner for tvungne omsorgs- og behandlingstiltak. Tvert imot er det i forskrift til barnevernloven, uttrykkelig forbud mot det.⁸⁵⁸ Det begrunner unntaket i psykisk helsevernloven § 1-1 a for at tvungen behandling etter § 4-4 ikke kan gjennomføres. Implikasjonen er at barn over 16 år med eksempelvis alvorlige spiseforstyrrelser, ikke kan tvangsbehandles for dette under oppholdet, selv om spiseforstyrrelsen er begrunnelsen for overføringen til psykiske helsevern. Om barn under 16 år kan behandles med samtykke fra foreldrene eller andre med foreldreansvaret, eventuelt barneverntjenesten, er ikke drøftet i forarbeidstekstene. Den eksisterende hovedregelen om at foreldresamtykket er rettslig grunnlag for barn under 16 år i psykisk helsevern, taler likevel for det. Barnevernets adgang til å samtykke til helsehjelp er ifølge pasient- og brukerrettighetsloven 4-4 fjerde ledd avgrenset til de tilfeller der det er fattet vedtak om omsorgsovertakelse eller er foretatt en foreløpig plassering utenfor hjemmet. Adgangen gjelder ikke ved vedtak etter § 4-24.

Unntaket i psykisk helsevernloven § 1-1 a andre ledd fra lovens § 4-5 andre ledd – faglig ansvarliges vedtak om innskrenkninger i kontakten med omverden – betyr at slike begrensninger ikke kan gjøres overfor denne barnegruppen. Imidlertid er det i samme forskrift til barnevernloven bestemmelser som gir adgang til å nekte besøk og til å nekte bruk av elektroniske kommunikasjonsmidler.⁸⁵⁹ Dette er innskrenkninger som kun kan gjøres overfor barn som er plassert etter barnevernloven §§ 4-24 og 4-26. Unntaket i psykisk helsevernloven § 1-1 a for § 4-5 andre ledd og § 4-7 a andre ledd (rusmiddeltesting) er begrunnet i manglende parallellitet mellom barnevernloven og psykisk helsevernloven.⁸⁶⁰ Forskrift til barnevernloven har også en bestemmelse som gir adgang til rusmiddeltesting av barn plassert etter barnevernloven §§ 4-24 eller 4-26. Forskriften er riktignok vedtatt etter at § 1-1 a kom inn i psykisk helsevernloven. Bestemmelsene i psykisk helsevernloven §§ 4-9 (kontrollundersøkelser) og 4-10 (overføring uten samtykke) gjelder heller ikke for plassering etter barnevernloven, fordi den ikke inneholder tilsvarende regler.

⁸⁵⁸Rettighetsforskriften, 2011, § 13

⁸⁵⁹Rettighetsforskriften, 2011, §§ 23 og 24

⁸⁶⁰Ot.prp. nr. 65 (2005–2006) s. 51

Uklarhetene som her foreligger har muligens sammenheng med at det ikke er foretatt endringer av psykisk helsevernloven i takt med endringer i barnevernlovgivningen. Den omtalte forskriften til barnevernloven ble gitt etter bestemmelsene i psykisk helsevernloven § 1-1 a.⁸⁶¹

En annen uklarhet er om plassering av barn i institusjon under det psykiske helsevernet som det er fattet vedtak for etter barnevernloven, er betinget av at retten til helsehjelp etter pasient- og brukerrettighetsloven § 2-1 b foreligger. Ytterligere en uklarhet gjelder begrepet «behandling» som nødvendigvis ikke har samme innhold, fordi behandlingsbegrepet i barnevernloven er uklart.⁸⁶²

Utvalget er kommet til at det her foreligger flere problemstillinger som trenger nærmere utredning for å få til formålstjenlige og sammenhengende tjenester for barn som barnevernet har overtatt ansvaret for og som har behov for behandling i psykisk helsevern. Utvalget foreslår derfor at dette blir nærmere regulert i forskrift.

Utvalget foreslår også at det reguleres i forskrift hvilke regler som skal gjelde for personer som er plassert i institusjon med grunnlag i straffeprosessloven § 167.

Se lovutkastet § 1-2.

16.2.3.2 *Tvangsbegrensningslovens geografisk virkeområde*

Utvalget foreslår at den nye loven skal gjelde for alle som oppholder seg i Norge.

Norsk privatrett og strafferett samt rettspleielovgivningen gjelder for Svalbard og Jan Mayen med mindre noe annet er fastsatt. For andre typer lovgivning, som f.eks. helselovgivningen er utgangspunktet det motsatte, jf. svalbardloven § 2 og lov om Jan Mayen § 2.⁸⁶³ ⁸⁶⁴

Faktiske, rettslige og administrative særtrekk må tas i betraktning i vurderingen av hvilke lover og forskrifter som bør gjelde på Svalbard og Jan Mayen. Det er f.eks. bare Svalbard som har lokalsamfunn og helsetjenester av et visst omfang.

Utvalget anbefaler at Kongen fortsatt skal kunne gi forskrift om lovens anvendelse på Svalbard og Jan Mayen og fastsette særlige regler under hensyn til de stedlige forhold.

Utvalget anbefaler videre at Kongen fortsatt skal kunne gi forskrift om at loven og forskrifter med hjemmel i loven helt eller delvis skal gjelde på norske skip i utenriksfart, i norske sivile luftfartøyer i internasjonal trafikk, på installasjoner og fartøy i arbeid på den norske kontinentalsokkelen og på norsk redningsansvarsområde.

Se lovutkastet § 1-2.

⁸⁶¹Forskrift 15. november 2011 nr. 1103 om rettigheter og bruk av tvang under opphold i barnevernsinstitusjon

⁸⁶²Haukanes og Søvig, 2016, punkt 3.2 og 3.3

⁸⁶³Lov 17. juli 1925 nr. 11 om Svalbard

⁸⁶⁴Lov om Jan Mayen, 1930

17 Særlige spørsmål som gjelder barn

17.1 Innledning

17.1.1 Hvorfor et eget kapittel som gjelder barn?

I utvalgets mandat er det pekt på behovet for endringer i eksisterende regelverk som gjelder bruk av tvang overfor barn. Utvalget er derfor bedt om å vurdere lovendringer for å tilpasse lovverket til barns særlige behov. En rekke av høringsinstansene som har gitt innspill til utvalget, har vist til at det er stort behov for å foreta endringer i gjeldende lovgivningen som retter seg mot barn, se kapittel 12.6.

Helse- og omsorgsretten kjennetegnes av en balansegang mellom enhver myndig person (person over 18 år) sin selvbestemmelsesrett over eget liv og under hvilke forutsetninger og på hvilken måte det offentlige omsorgsansvar skal tre inn overfor den som selv ikke kan sikre egne rettigheter og velferd. Når det gjelder barn blir balansepunktet et annet, fordi de ikke innehar selvbestemmelsesrett, med mindre annet er bestemt i lov. Flere av utvalgets drøftelser vil derfor være ulike for barn sammenlignet med for voksne. En ramme for hvilke tvangstiltak som kan utøves overfor barn følger av respekten for deres integritet og menneskeverd.

I kapittel 5 er det gitt en systematisk fremstilling av aktuelle deler av dagens lovgivning som omhandler barn. Presentasjonen av gjeldende rett i dette kapitlet har særlig til formål å vise hvilke avveininger mellom barns rettigheter og de med foreldreansvar sine plikter og rettigheter, som ligger til grunn for eksisterende lovverk, og hva som er begrunnelsen for de forskjellige avveiningsmodellene. For å ta stilling til fremtidig lovgivningsmodell(er) for bruk av tvang overfor barn, er det påkrevd å belyse hvorfor det i eksisterende lovgivning er valgt ulike balansepunkt mellom barn og de med foreldreansvar sine rettigheter. De eksisterende ulikhetene i hvilken rolle foreldrene og andre med foreldreansvar er tillagt, kan ha legitime grunner og deri kan det ligge hensyn som taler mot felles tvangslovgivning for barn. Dette er forhold som påvirker spørsmålet om hva som er å anse som tvang overfor barn, en problemstilling som behandles i punkt 18.7. Videre vil dette påvirke hva som utgjør frihetsberøvelse av barn, og kravet til rettslig grunnlag for gjennomføring av slike tiltak, se videre i kapittel 24. I tillegg har det innvirkning på hva som er tvang i individuelle behandlings- og omsorgstiltak, se kapittel 25, samt de krav som stilles til saksbehandlingen når det gjennomføres tvungne tiltak, se kapittel 28.

Utvalget er videre bedt om å se hen til tilgrensende regelverk som gir adgang til tvungne tiltak, deriblant barnevernlovgivningen, samt å være oppmerksom på gråsoneproblemer og uklare hjemmelsgrunnlag. For barns vedkommende er det særlig forholdet mellom helse- og omsorgslovgivningen og barnevernloven, som må vies oppmerksomhet. Problematikken utdypes i punkt 17.5. Enkelte andre uklare bruddflater i lovgivningen for barn, blir behandlet i punkt 18.7.3. For øvrig inngår problemstillinger som omhandler barn, i de alminnelige drøftelsene.

17.1.2 Noen utgangspunkter fra menneskerettighetene

I kapittel 7 inngår en generell omtale av barns menneskerettigheter. Som følge av at barn ikke har generell selvbestemmelsesrett inntreffer andre rettslige spørsmål enn for voksne. Det som spesielt er i spill er avveiningen mellom barnet og de med foreldreansvaret sine rettigheter.

Barns rett til omsorg er en sterk rettighet beskyttet i Grunnlova og i Barnekonvensjonen, og det er en rettighet som står sterkere for barn enn for voksne. Barn skal ha omsorg av et omfang og av en kvalitet som fremmer deres utvikling. Om rettigheten er truet skal den beskyttes. Foreldrene eller andre som har foreldreansvar har det primære ansvar for å sikre at barn får oppfylt omsorgsretten, men hvis de ikke klarer det, inntretr det offentliges ansvar, der barneverntjenesten er den sentrale aktør. Når barn har omsorgsbehov som strekker seg utover det som barn i tilsvarende alder har, kan foreldrene eller andre med foreldreansvar ha behov for støtte til å dekke barnets omsorgsbehov. I slike tilfeller kan det offentlige ved helse- og omsorgstjenesten ha ansvar. Og enkelte ganger er det behov for samarbeid mellom flere offentlige etater for å gjennomføre barns rettigheter, f.eks. mellom barnevern og psykisk helsevern, se punkt 17.5.

Kravet om at barn skal beskyttes er den tradisjonelle tilnærmingen til og begrunnelsen for barns særlige rettigheter. Den kan imidlertid gå på bekostning av barns rett til å få utøve tiltakende innflytelse over eget liv – den nyere innfallsvinkelen til barns rettigheter. Begge innfallsvinklener kan forankres i respekten for barns menneskeverd og deres rett til vern om den personlige integritet. Retten til å bli hørt og til å utøve gradvis mer medbestemmelse er en sterk rettighet, men den må holdes atskilt fra en alminnelig selvbestemmelsesrett. Avveiningen mellom retten til omsorg og retten til økende innflytelse kan innebære vanskelige avveininger og komme under press når barn motsetter seg tiltak som det er objektiv, faglig oppfatning om vil være tjenlig for barnet. Utfallet av avveiningen må være tatt ut fra prinsippet om hensynet til barnets beste og bygge oppunder barns rettssikkerhet.

Den tradisjonelle rettssikkerhetstilnærmingen er å utforme materielle regler – formulerte vilkår for inngrep. I tillegg til de utfordringer som generelt kan ligge i utformingen av materielle vilkår, påvirker foreldrenes eller andre som har foreldreansvar sine rettigheter utformingen av regelverk som gjelder barn. Det kan begrunne en annen utforming av materielle vilkår for barn enn for voksne. Tilsvarende påvirker de med foreldreansvar sin rettslige posisjon kravene til saksbehandlingsprosessen. Betydningen av en grundig saksbehandlingsprosess som bidrar til avgjørelser med høy innholdsmessig kvalitet, må sies å være stor for barn, siden de generelt står i en svakere rettslig utgangsposisjon enn voksne. Prosessen fram til et vedtak er fattet, så vel som ved overprøving og i det offentliges tilsyn med virksomheter som anvender tvang, må det tas hensyn til at saken gjelder et barn.

Hensynet til barnets beste skal være et grunnleggende hensyn i avveiningen mellom ulike rettigheter og interesser som kommer i spill ved utforming av lovverket. På det generelle plan som lovgivning er, vil barnefaglig kunnskap – psykologisk, medisinsk mv. – være en viktig kilde til å avgjøre hvilken lovutforming som best optimaliserer barns rettigheter. Dette er de voksnes kunnskap, men kunnskap fra barn som har erfart tvang, er en annen sentral kilde til forståelse av hvordan tvang kan påvirke barn, se punkt 10.6. Tvang kan vise seg å motvirke det som er formålet med tiltaket. Tvang kan altså være et uegnet tiltak, selv om det er vurdert å være et nødvendig tiltak. Utformingen av lovgivning som tillater bruk av tvang, må derfor bygge opp under at tvang aldri skal være et førstevalg, at det skal arbeides for å finne alternative tiltak til tvang, og at tvang kun tas i bruk når det er et egnet og nødvendig tiltak. For å oppnå dette må barnet saken gjelder være en sentral aktør i prosessen med valg av tiltaksform.

17.2 Et oversiktsbilde over gjeldende rett – avveining av barn og foreldres rettigheter

17.2.1 De som har foreldreansvaret for et barn

Hvem som er barnets rettslige foreldre følger av barneloven kapittel 2. I de fleste tilfeller vil barnets rettslige foreldre ha del i foreldreansvaret, men ikke alltid, se barneloven §§ 34 og 35. I de tilfellene barneverntjenesten har overtatt omsorgen for barn etter barnevernlovens regler i §§ 4-6 andre ledd, 4-8 eller 4-12, vil barneverntjenesten være en aktør som kommer i tillegg til, eventuelt isteden for de med foreldreansvaret.

17.2.2 Foreldreansvarets innhold – hovedregler

Foreldrenes ansvar for sine barn har en klart befestet posisjon i vår lovgivning. Barneloven § 30 er den sentrale bestemmelsen om foreldreansvarets innhold og dermed hvilken rettslig posisjon de med foreldreansvar i utgangspunktet har overfor sine barn. Her fremgår det at foreldreansvaret inneholder to hovedelementer – en plikt til å yte barnet nødvendig og forsvarlig omsorg, og en rett og en plikt til å ta avgjørelser på vegne av barnet. En overordnet ramme for utøvelsen av foreldreansvaret er at det skal skje ut fra det enkelte barns interesser og behov, hvilket betyr at foreldre eller andre som har foreldreansvar må evne å tilpasse sin omsorg og sine avgjørelser til det enkelte barnet. Foreldreansvarets legitimitet bygger på at barn har behov for vern og bistand inntil de har nådd et utviklingsnivå der de selv kan ta hånd om personlige forhold. Derfor er foreldreansvaret videre avgrenset av at barn skal gis økende med- og selvbestemmelsesrett, se barneloven § 30 første ledd andre punktum med henvisninger til lovens §§ 31 til 33.

Når det gjelder foreldrenes eller andre med foreldreansvar sine rettigheter ved spørsmål om ytelse av helsehjelp til barn, følger en nærmere regulering av pasient- og brukerrettighetsloven § 4-4. Ettersom barn oppnår beslutningskompetanse i helserettslige spørsmål ved fylte 16 år i henhold til pasient- og brukerrettighetsloven § 4-3 første ledd, bortfaller de med foreldreansvar sin rett til å samtykke på samme tidspunkt. Inntil barnet når 16 år, er hovedregelen at foreldrene eller andre som har foreldreansvar har ansvar for å avgjøre helsespørsmål. Under visse forutsetninger vil samtykke fra barn mellom 12 og 16 år være tilstrekkelig. Hvis barn mellom 16 og 18 år mangler beslutningskompetanse, vil foreldrenes eller andre som har foreldreansvars ansvar for å ta avgjørelser i helsespørsmål fortsatt gjelde, se pasient- og brukerrettighetsloven § 4-5 første ledd, riktignok med begrensninger, se tredje ledd. Foreldrenes eller andre med foreldreansvar sine rettigheter vil også være begrenset, hvis omsorgsovertakelse etter barnevernlovens regler har funnet sted, jf. pasient- og brukerrettighetsloven § 4-4 fjerde ledd.

Former for helsehjelp som inngår i den daglige og ordinære omsorgen for barn, kan alle foreldre samtykke til, uten hensyn til om de har del i foreldreansvaret eller ikke, se pasient- og brukerrettighetsloven § 4-4 annet ledd. En foreldre som har rett til samvær, men som ikke har del i foreldreansvaret, kan komme i den situasjon at barnet har behov for helsehjelp i en samværsperiode. Denne forelderens kan da samtykke til behandling av sykdom som er alminnelig hos barn, f.eks. øreverk eller at en kuttskade blir sydd.

Helsehjelp som går utover den dagligdagse og ordinære omsorg for barn, eksempelvis innleggelser og operasjoner, følger hovedregelen om at det er den eller de som har del i foreldreansvaret som kan samtykke, se pasient- og brukerrettighetsloven § 4-4 første ledd. Hovedregelen er dermed at begge foreldrene, når de har felles foreldreansvar, i disse tilfellene må samtykke. I utgangspunktet er det uten betydning om barnet for eksempel bor fast sammen med

den ene av foreldrene og har liten kontakt med den andre. Imidlertid er det gitt en unntaksbestemmelse som sier at i visse tilfeller kan samtykke fra kun den ene av de med foreldreansvar være tilstrekkelig, se pasient- og brukerrettighetsloven § 4-4 tredje ledd første setning. Forutsetningen er at kvalifisert helsepersonell mener helsehjelpen er nødvendig for at barnet skal unngå skade. En situasjon der det er sett behov for en slik bestemmelse, er for barn med psykiske vansker og der det er høyt konfliktnivå mellom foreldrene.⁸⁶⁵

Samtykkebestemmelsene i pasient- og brukerrettighetsloven gjelder kun for helsehjelp og ikke tradisjonelle omsorgstiltak, f.eks. avgjørelse om barn skal motta avlastningstiltak etter helse- og omsorgstjenesteloven § 3-6, jf. § 3-2 første ledd nr. 6 bokstav c. I disse tilfellene gjelder barnelovens alminnelige regler. Dermed må begge foreldrene ved felles foreldreansvar, i utgangspunktet samtykke til avlastningstiltak. Hvis barnet bor fast hos den ene av foreldrene, kan denne forelderen ta avgjørelsen alene, fordi det er en avgjørelse som må sidestilles med avgjørelser som omfattes av barneloven § 37.

17.2.3 Rammer for utøvelse av foreldreansvaret ved inngripende tiltak overfor barn

Foruten at foreldreansvaret skal utøves ut fra barnets interesser og behov og en tiltakende rett til med- og selvbestemmelse, må foreldreansvaret gjennomføres på en måte som ikke strider mot andre rettigheter barn er tildelt. Dette framgår ikke med like stor grad av tydelighet av barneloven § 30 som de to forannevnte rammene for foreldreansvaret.

Helse- eller omsorgstiltak som barn motsetter seg, er å anse som inngrep i deres rettigheter, eksempelvis vil et institusjonsopphold kunne stride mot retten til privat- og familieliv. Dette er rettigheter beskyttet i Grunnlova og Barnekonvensjonen. Med mindre det er gitt særskilte regler som begrenser adgangen til å samtykke for de med foreldreansvaret, må de ta stilling til hvordan motstridende rettigheter og interesser skal avveies. For å beskytte en rettighet kan det være nødvendig å foreta inngrep i en annen av barnets rettigheter. Et eksempel som også viser at det ikke er gitt hvordan retten til privat- og familieliv skal oppfylles for barn fordi det kan være motstridende interesser på barnets side, er hvorvidt avlastningsopphold skal gjennomføres når barnet ikke ønsker det. Barnet skal høres og meningen skal tillegges vekt når foreldrene tar sin avgjørelse. Men de med foreldreansvar har en vid adgang til å ta beslutninger for sine barn, som ikke er i samsvar med barnets ønske og som kan gripe inn i barnets rett til privat- og familieliv. Avlastningsopphold som et barn med et stort omsorgsbehov ikke ønsker, kan både ses som et brudd med retten til privat- og familieliv, men også som et tiltak for å styrke denne retten. Avlastningstiltak kan gjøre det mulig for foreldre å stå i en stor omsorgsoppgave over en lengre tidsperiode enn om det ikke var gitt et slikt tilbud. Barnet har dermed en gevinst i et lengre tidsperspektiv. Å gjennomføre avlastningstiltak for å sikre en stabil og forsvarlig omsorgssituasjon, har et utvilsomt legitimt formål. Hvilken motstand barn eventuelt utøver og hvordan den møtes, er et spørsmål om når det foreligger tvang overfor barn, som behandles nærmere i punkt 18.7.5.

I gjeldende lovgivning er det valgt ulike tilnærminger til hvilken adgang foreldrene eller andre som har foreldreansvar skal ha til å ta beslutninger som medfører inngrep i barns sentrale rettigheter. Når inngripende tiltak utføres til tross for motstand, aktiveres spørsmål om integritetsvernet er ivaretatt, så også for barn. Retten til vern om den personlige integritet står sterkere for barn enn for voksne. Forskjellen vises i formuleringen i Grunnlova § 104 tredje

⁸⁶⁵Ot.prp. nr. 104 (2008–2009) punkt 11.1.5

ledd første punktum om barns rett til vern om sin integritet i motsetning til det allmenne integritetsvernet som er nedfelt i Grunnlova § 102. Den mer sårbare stillingen barn er i sammenlignet med voksne, er begrunnelsen for den særlige bestemmelsen i Barnekonvensjonen artikkel 19 om vern av barns integritet. Retten til vern av den personlige integritet har for barn en mer absolutt karakter enn retten til privat- og familieliv, og krever dermed sterkere grad av beskyttelse. Barneloven § 30 tredje ledd uttrykker klare begrensninger i hvordan foreldreansvaret kan utføres, for å sikre barns integritetsvern:

«Barnet må ikkje bli utsett for vald eller på anna vis bli handsama slik at den fysiske eller psykiske helsa blir utsett for skade eller fare. Dette gjeld og når valden brukast som ledd i oppsedinga av barnet. Bruk av vald og skremmande eller plagsam framferd eller annan omsynslaus åtferd overfor barnet er forbode.»

Bestemmelsen har en negativ tilnærming – det er ikke adgang til å benytte vold eller å påføre barnets helse psykisk eller fysisk skade. Barn skal ikke bli utsatt for atferd som kan være skremmende for dem eller som oppleves som plagsom. Bestemmelsen er å forstå slik at den rammer både aktive og passive handlinger overfor barn.⁸⁶⁶ Såfremt disse rammene for oppdragelsen ikke blir overtrådt, kan oppdragelsestiltakene være lovlige og akseptable, selv om de innebærer bruk av tvang. Et eksempel kan være en treåring som løper tynkledd ut i snøen, og som hylskrikende blir båret inn igjen.⁸⁶⁷ Forutsetningen er at det blir tatt hensyn til det enkelte barnets forutsetninger og behov, se barneloven § 30 første ledd tredje punktum.

De med foreldreansvar må overholde disse rammene i sin omsorg og oppdragelse av barn. Hvis foreldrene eller andre som har foreldreansvar overlater til andre å yte omsorgen, gjelder samme begrensninger for gjennomføring av omsorg. Foreldrene eller andre med foreldreansvar kan ikke samtykke til gjennomføring av andre tiltak enn de selv kan utføre. Det kan i enkelte tilfeller påvirke spørsmålet om hvilke typer av helse- og omsorgstiltak som kan baseres på foreldresamtykket som rettslig grunnlag og hvilke som krever særskilt lovregulering, se videre punkt 17.2.6.3.

Bakgrunnen for barneloven § 30 tredje ledd var å klargjøre hvilke lovlige oppdragelsestiltak foreldre eller andre med foreldreansvar kan utføre. I forarbeidene til bestemmelsen er det ingen diskusjon om andre typer tiltak overfor barn der spørsmål om barns integritetsvern aktualiseres. Utformingen av bestemmelsen og forarbeidsdrøftelsene har følgelig større grad av relevans for hvilke *omsorgstiltak* som kan gjennomføres overfor barn uten at det er å anse som tvang, enn hva tilfellet vil være for ytelse av *helsehjelp*. Helsehjelp har et annet formål og vil ikke sjelden i seg selv innebære integritetskrenkende tiltak som kan rammes av straffelovgivningen.⁸⁶⁸ I en diskusjon om hvilke tiltak som kan gjennomføres med grunnlag i foreldreansvaret, har likevel bestemmelsen i § 30 tredje ledd betydning, fordi den omhandler rammene for rettigheter og plikter som følger av foreldreansvaret.

Selv om formålet for et tiltak er legitimt, kan det ikke ses løsrevet fra hvordan formålet blir oppnådd. Dersom det legitime formålet kun kan oppnås ved virkemidler som innebærer integritetskrenkende tiltak som foreldre eller andre som har foreldreansvar ikke kan samtykke til,

⁸⁶⁶Ot.prp. nr. 104 (2008–2009) s. 36–39

⁸⁶⁷Eksemplet er hentet fra Ot.prp. nr. 104 (2008–2009) s. 38

⁸⁶⁸Ot.prp. nr. 12 (1998–99) punkt 6.1

kreves annet rettslig grunnlag. Hva som er integritetskrenkende og i strid med barneloven § 30 tredje ledd, må ses i lys av barnets alder. Tiltak som må anses som vanlige for aldersgruppen, f.eks. foreldre som må holde armene rundt en fireåring for å få gjennomført en helseundersøkelse, reiser ikke problematiske spørsmål. At barnet blir holdt rundt når det er redd og usikker, er normalt uttrykk for god omsorg. Om virkningen er at barnet blir holdt i ro og ikke får anledning til å flykte fra situasjonen som det ellers ville gjort, kan ikke endre dette såfremt det brukes mild fysisk styrke.

Mild holding er både i forarbeidene til barneloven og i forarbeidene til forgjengeren til gjeldende helse- og omsorgstjenestelov kapittel 9, ansett for å være akseptabelt.⁸⁶⁹ Ordlyden i helse- og omsorgstjenesteloven § 9-2 andre ledd tredje punktum er uttrykk for denne forståelsen: «Alminnelige oppfordringer og ledelse med hånden eller andre fysiske påvirkninger av liknende art anses ikke som bruk av tvang eller makt.» Helsedirektoratet viser også til at milde fysiske påvirkninger vil være tillat.⁸⁷⁰ Fysisk maktbruk utover dette reiser spørsmål om grensen for hva foreldrene eller andre som har foreldreansvar lovlig kan gjennomføre, er overtrådt. Men denne grensen er vanskelig å trekke, slik Barne- og likestillingsdepartementet sier, fordi den vil variere fra situasjon til situasjon.⁸⁷¹ Tre vurderingsfaktorer er det imidlertid grunn til å vise til; barnets alder, om den fysiske maktbruken overstiger det som er vanlig for barn i samme alder og om det er en situasjon som kan virke skremmende og som kan sette barn i en avmaktssituasjon. For å unngå en slik situasjon er tilpasset informasjon til barnet en sentral faktor. Ifølge pasient- og brukerrettighetsloven § 3-5 skal informasjonen være tilpasset den enkeltes forutsetninger og i denne vurderingen inngår alderen. Dertil har foreldrene deres rett til informasjon, jf. § 3-4. Med foreldrenes eller andre som har foreldreansvars kjennskap til barnet kan informasjonen ytterligere tilpasset slik at barnets mulighet til å forstå betydningen av informasjonen styrkes.

Barns biologiske alder er en selvstendig vurderingsfaktor fordi barns viljesuttrykk skal gis tiltakende vekt. Barn er mer sårbare enn voksne og små barn er normalt mer sårbare enn de eldre. Maktbruken vil imidlertid være vesentlig forskjellig om foreldrene kan holde et motvilleg barn i ro på fanget til forskjell fra når tre voksne personer må holde barnet rolig for å få gjennomført helsehjelp. Dette er maktbruk som går utover de nevnte rammene og følgelig ikke kan ha sitt grunnlag i samtykke fra foreldre eller andre som har foreldreansvar.

Hvor langt foreldreansvaret rekker som rettslig grunnlag når barn motsetter seg helse- og omsorgstiltak, er i begrenset grad adressert i norsk rett. Imidlertid er det klart at foreldreansvaret er et utilstrekkelig rettslig grunnlag når et barn som har passert helserettslig myndighetsalder og som er uten beslutningskompetanse, motsetter seg helsehjelp. Uten barnets motstand vil foreldrenes eller andre med foreldreansvars samtykke tjene som rettslig grunnlag for helsehjelp. Bestemmelsen i pasient- og brukerrettighetsloven § 4-5 tredje ledd er dermed et eksempel på at barns integritetsvern trumfer foreldrenes eller andre med foreldreansvar sin rett til å ta avgjørelser på vegne av barnet. Motstanden og de eventuelle integritetsinngripende tiltak

⁸⁶⁹Ot.prp. nr. 104 (2008–2009) s. 38 og Ot.prp. nr. 58 (1994–95) s. 16

⁸⁷⁰Helsedirektoratet, IS-10/2015, s. 54

⁸⁷¹Ot.prp. nr. 104 (2008–2009) s. 38

som må gjennomføres for å overvinne motstanden, forhindrer at foreldresamtykket kan være rettslig grunnlag for disse tiltakene.

17.2.4 Helserettslig myndighetsalder – betydningen for foreldreansvaret

17.2.4.1 16-års grensen – barnets modenhet

Av pasient- og brukerrettighetsloven § 4-3 første ledd framgår hvem som innehar beslutningskompetanse, og i bestemmelsens bokstav b sies det at barn over 16 år har rett til å samtykke til helsehjelp – de er helserettslig myndige. Utvalget legger til grunn denne aldersgrensen. Begrunnelsen for at barn selv bestemmer i helsespørsmål før alminnelig myndighetsalder, er at de ved 16 år normalt har nådd en personlig modenhet, der de er i besittelse av egenskapene som kreves for å ha beslutningskompetanse, se punkt 21.3.2. I forberedelsen av tidligere pasientrettighetslov, viste Sosial- og helsedepartementet til at barns rett til å samtykke til helsehjelp, til å ha beslutningskompetanse, krever «sjelelig modenhet, som dels er krav om minstealder for utøvelse av selvbestemmelsesretten og dels krav om personlige forutsetninger for å forstå innholdet i og konsekvensene av et samtykke.»⁸⁷² Når barn har personlige forutsetninger for å være beslutningskompetente, svekkes begrunnelsen for de med foreldreansvar sin rett og plikt til å avgjøre personlige spørsmål for barnet. Det er ingen inngående drøftelse i lovens forarbeider av hvorfor aldersgrensen ble satt ved 16 år. Likevel er det klart at departementet la stor vekt på karakteren av helsemessige spørsmål, og fordi dette kan være vanskelige spørsmål å ta stilling til, var det et formål å sette en aldersgrense som sikret at flest mulig barn har nådd nødvendig modenhetsnivå.⁸⁷³

17.2.4.2 Foreldreansvarets betydning for barn mellom 16 og 18 år

For å hindre at barn tar avgjørelser uten tilstrekkelige avveielser, følger det av pasient- og brukerrettighetsloven § 4-3 første ledd bokstav b at 16-årsgrensen kan være suspendert av lovbestemmelse eller når «tiltakets art» tilsier det. Transplantasjonslova § 7 og steriliseringsloven § 2 er eksempler på lovbestemmelser som setter en høyere aldersgrense for beslutningskompetanse enn pasient- og brukerrettighetsloven, henholdsvis med grense på 18 og 25 år. Kosmetisk kirurgi er eksempel på at «tiltakets art» kan stille krav om samtykke også fra foreldrene eller andre som har foreldreansvar for barn mellom 16 og 18 år.⁸⁷⁴ Felles for disse eksemplene, er tiltakenes inngripende og irreversible natur. Når avgjørelsen fordrer stor grad av modenhet, svekkes begrunnelsen for at helserettslig myndighetsalder tiltrer tidligere enn alminnelig myndighetsalder. Aldersgrensen for beslutningskompetanse kan dermed ikke være absolutt, noe som påvirker når foreldreansvaret opphører i helse- og omsorgsspørsmål.

Ordlyd og forarbeidsdrøftelsene omhandler hvorvidt den positive rett til å samtykke fra 16 år i enkelte tilfeller skal utsettes. Det er ingen signaler om at den negative siden – nektelse av å motta helsehjelp – medfører involvering av de med foreldreansvaret, selv om motstand mot helsehjelp kan gi fremtidige negative virkninger. Dette samsvarer med det alminnelige prinsipp om at nektelsesretten skal rekke lenger enn den positive rett til å samtykke. Hvis en ungdom mellom 16 og 18 år som er beslutningskompetent, nekter å motta helsehjelp, vil det være

⁸⁷²Ot.prp. nr. 12 (1998–99) s. 82

⁸⁷³Ot.prp. nr. 12 (1998–99) s. 83

⁸⁷⁴Helsedepartementet, I-8/2003

krav om lovbestemmelse for å gjennomføre tiltaket. Imidlertid kan foreldrene eller andre som har foreldreansvar ha rett til informasjon om barnets helsetilstand, til tross for at barnet er nådd helserettslig myndighetsalder og eventuelt ikke ønsker det. Dette følger av pasient- og brukerrettighetsloven § 3-4 fjerde ledd. En slike situasjon foreligger når barn har alvorlige psykiske problemer, f.eks. selvmordsfare eller en sykehusinnleggelse er nødvendig på grunn av rusproblematikk.⁸⁷⁵ Hvor mye informasjon som skal gis må vurderes konkret.

17.2.4.3 Avveiningen av foreldreansvaret mot med- og selvbestemmelsesrett for barn under 16 år

I dette punktet behandles spørsmålet om hvilken rett barn under 16 år har til å samtykke til helsehjelp. Deres eventuelle rett til å avgi et positivt samtykke, påvirker den negative siden av samtykket – nektelsen. Hovedregelen er at retten til å samtykke tilfaller foreldrene eller andre med foreldreansvaret, eventuelt barneverntjenesten, når barn er under 16 år, jf. pasient- og brukerrettighetsloven § 4-4 første ledd og fjerde ledd. Ved lovendring gjeldende fra 1. januar 2018 er det i pasient- og brukerrettighetsloven § 4-3 første ledd bokstav c åpnet for at barn mellom 12 og 16 år i avgrensede tilfeller selv kan samtykke til helsehjelp:

«Rett til å samtykke til helsehjelp har [...]

- c) personer mellom 12 og 16 år, når det gjelder helsehjelp for forhold som foreldrene eller andre med foreldreansvaret, ikke er informert om, jf. § 3-4 annet og tredje ledd, eller det følger av tiltakets art.»

Bestemmelsen er å anse som en kodifisering av tidligere rettstilstand.⁸⁷⁶ At det i avgrensede tilfeller kan foreligge årsaker til å unnlate informasjon til foreldrene eller andre med foreldreansvar, ble uten større drøftelser lagt til grunn ved utarbeidelsen av tidligere pasientrettighetslov.⁸⁷⁷ Hvis de med foreldreansvar ikke har rett til informasjon om barnets helsemessige forhold etter bestemmelsen i pasient- og brukerrettighetsloven § 3-4 andre ledd, kan de heller ikke gi gyldig samtykke. Deres samtykke kan dermed ikke være rettslig grunnlag for helsehjelpen som ytes. Selv om spørsmålet om barns selvbestemmelsesrett i prinsippet er et annet enn spørsmålet om informasjon til foreldre eller andre som har foreldreansvar, er det en nær sammenheng som nå med tydelighet følger av pasient- og brukerrettighetsloven § 4-3 første ledd bokstav c.

Når et barn selv kan gjøre relevante vurderinger vedrørende helsehjelp før fylte 16 år, bortfaller legitimiteten av de med foreldreansvar sin samtykkerett. Men jo lengre fra 16 års grensen barnet er, jo mer skal til for å overbevise om at barnets avgjørelse er basert på modne overveielser. Hvilken helsehjelp det gjelder må dessuten vurderes. I forarbeidene er det vist til at barn kan ha kontakt med helsetjenesten på grunn av lettere psykiske plager som følge av mobbing.⁸⁷⁸ Helsehjelpen har en lite inngripende karakter, og kan derfor gjennomføres uten at de

⁸⁷⁵Ot.prp. nr. 12 (1998–99) s. 73

⁸⁷⁶Prop. 75 L (2016–2017) s. 32

⁸⁷⁷Lovens ordlyd – § 4-3 lest i sammenheng med § 3-4 – ble i lys av uttalelser i Ot.prp. nr. 12 (1998–99) s. 73 og s. 83, tolket slik at det i visse tilfeller var grunnlag for ikke å informere foreldre til barn mellom 12 og 16 år om barnets kontakt med helsetjenesten. Se også Syse, 2015, s. 340, 372, 412 og 431.

⁸⁷⁸Prop. 75 L (2016–2017) s. 25–26 og s. 32 med videre henvisning til Ot.prp. nr. 12 (1998–99)

med foreldreansvar er informert og har samtykket, når barnet utviser tilstrekkelig modenhet. Ettersom det er lagt til grunn at barn kan gi positivt samtykke til denne formen for helsehjelp, må det også antas at barn kan avvise et tilbud fra helsetjenesten om kontakt for disse plagene. Hvis det viser seg at det foreligger alvorligere psykiske plager, må de som har foreldreansvar informeres og videre helsehjelp krever deres samtykke.⁸⁷⁹

Siden barn mellom 16 og 18 år ikke er beslutningskompetente for inngripende og irreversible inngrep, må det samme gjelde barn mellom 12 og 16 år. Bestemmelsen i § 4-3 første ledd vil ikke omfatte denne type avgjørelser, ei heller å være alene om avgjørelser, derunder å avslå hjelp, som kan gi negative virkninger for dem. En grunnleggende forutsetning for å begrense de med foreldreansvar sin beslutningsrett, er at barns omsorgsrett ikke blir forringet. Beskjæring av foreldreansvaret for derigjennom å overføre beslutningskompetanse til barn mellom 12 og 16 år, forutsetter følgelig at det gjelder lite konsekvensfylt helsehjelp og som ikke innebærer risiko for skadevirkninger. Retten til omsorg og beskyttelse kan ikke nedprioriteres, mens innflytelsesretten blir tillagt mer vekt enn hva som kan begrunnes i barns modenhet.

Også «tiltakets art», jf. pasient- og brukerrettighetsloven § 4-3 første ledd bokstav c andre alternativ, kan gi barn i aldersgruppen fra 12 til 16 år kompetanse til selv å avgjøre helsespørsmål. Det er en uklar grense mellom første alternativ i bestemmelsen – adgangen til å unnlate informasjon til foreldrene eller andre som har foreldreansvar og alternativet «tiltakets art», siden det kan være *tiltakets art* som begrunner at foreldrene eller andre som har foreldreansvar ikke skal informeres. Den selvstendige betydningen av alternativet «tiltakets art» foreligger imidlertid i de tilfeller foreldrene eller andre som har foreldreansvar er informert, men de med foreldreansvar og barnet har ulik oppfatning. Hovedregelen i pasient- og brukerrettighetsloven § 4-4 første ledd tilsier da at de med foreldreansvar sin beslutning trumfer barnets. For at «tiltakets art» skal begrunne at barnets mening skal tilsidesette de med foreldreansvar sin oppfatning, kreves at barnet har tilstrekkelig modenhet til å vurdere den informasjon som blir gitt og på denne bakgrunn gjøre selvstendige avveininger. Dernest må det legges til grunn at det foreligger en situasjon av en spesiell karakter. Hva det kan gjelde, er i mindre grad diskutert i forarbeidene, men det er vist til jenter som har vært utsatt for kjønnslemlestelse og som oppsøker helsetjenesten for å få hjelp i den forbindelse.⁸⁸⁰ Jenta kan da samtykke til slik helsehjelp, selv om foreldrene eller andre som har foreldreansvar er uenig.

Eksemplet har ikke direkte relevans for dette utvalg sine vurderinger, men essensen i eksemplet er at foreldrene eller andre med foreldreansvar har samtykket til et ulovlig inngrep overfor jenta, og har derved handlet i strid med foreldreansvaret. For dette utvalget er en liknende, men mer relevant situasjon, hvis barn selv ønsker helsehjelp og kvalifisert helsepersonell mener det er nødvendig for å unngå at barnet skal ta skade, men ingen med foreldreansvaret vil samtykke. Det kan indikere at pliktene etter foreldreansvaret ikke overholdes. Forsinkelse i gjennomføring av helsehjelp kan bety en mer krevende behandlingssituasjon, der en konsekvens kan være at tvang må benyttes. Utgangspunktet i gjeldende rett er at barneverntjenesten skal følge opp ved forsømmelser i ivaretagelsen av foreldreansvaret. Helsepersonell har derfor lovpålagt opplysningsplikt til barnevernet etter helsepersonelloven § 33 andre ledd. Men terskelen er høy for å involvere barneverntjenesten uten de med foreldreansvar sitt samtykke og

⁸⁷⁹Ot.prp. nr. 12 (1998–99) s. 73

⁸⁸⁰Prop. 75 L (2016–2017) s. 28

eventuelt å pålegge de å medvirke til gjennomføring av helsehjelp, slik det åpnes for i barnevernloven § 4-10. Barn kan dermed havne i en gråson mellom helse- og barnevernlovgivningen. Problemstillingen drøftes videre i punkt 17.5.5.5.

17.2.5 Psykisk helsevernloven – ulike modeller for barn over og under 16 år

17.2.5.1 Barn over 16 år – tvangsinnleggelse og tvungent tilbakehold basert på vedtak

Fordi pasient- og brukerrettighetsloven gjelder ved etablering og gjennomføring av psykisk helsevern, se psykisk helsevernloven § 1-5, betyr det at etablering av psykisk helsevern skjer etter samme regler som for voksne for helserettslig myndige barn. Med mindre barnet samtykker til helsehjelp, må derfor vilkårene i psykisk helsevernloven § 3-3, eventuelt § 3-2 være innfridd for at psykisk helsevern skal gjennomføres, se forøvrig fremstillingen i kapittel 5 og kapittel 24.

Regelen i pasient- og brukerrettighetsloven § 4-5 første ledd som gir foreldrene eller andre med foreldreansvar rett til å samtykke til helsehjelp for barn mellom 16 og 18 år uten beslutningskompetanse som ikke motsetter seg helsehjelp, vil ifølge samme lov § 4-3 femte ledd ikke gjelde hvis det antas at barnet har en «alvorlig sinnslidelse». Psykisk helsevern kan kun gjennomføres hvis vilkårene i § 3-3, eventuelt § 3-2 er oppfylt.

17.2.5.2 Barn mellom 12 og 16 år – foreldresamtykket er rettslig grunnlag

En effekt av at pasient- og brukerrettighetsloven gjelder ved etablering og gjennomføring av psykisk helsevern, er at innleggelse av barn under 16 år skjer etter samtykke fra de med foreldreansvaret. Barnet har en alminnelig rett til å bli hørt, og ifølge pasient- og brukerrettighetsloven § 4-4 femte ledd, skal det legges «stor» vekt på meningen til barn over 12 år. Foreldrene eller andre som har foreldreansvar skal ikke fatte sin avgjørelse uten å høre barnets oppfatning og å ta hensyn til den. Imidlertid er det de med foreldreansvar som tar avgjørelsen, også når barnet og de som har foreldreansvar har motstridende syn. Hvis de samtykker, foreligger det formell frivillighet selv om barn motsetter seg og uansett hvor inngripende tiltaket er. Helsepersonell har imidlertid ansvar for å vurdere om et tiltak som barn motsetter seg kan gjennomføres i samsvar med kravet til forsvarlighet, jf. helsepersonelloven § 4 og spesialisthelsetjenesteloven § 2-2.

Lovkonstruksjonen viser at det er de som har foreldreansvar sitt ansvar å ta avgjørelser på vegne av sine barn, som er vektlagt. Barn i denne alderen er vurdert til å være for umodne til å ta stilling til spørsmål om egen helse, se punkt 17.2.4.3, og skal derfor beskyttes.⁸⁸¹ Men det er en forskjell mellom å anse barn for umodne til å inneha beslutningskompetanse, til ikke å tilkjenne rettslige virkninger av deres motstand. Ifølge psykisk helsevernloven § 2-1 andre ledd eksisterer det en mulighet til å bringe sak om innleggelse eller behandling som skjer i institusjon, inn for kontrollkommisjonen for vurdering. Dette er ingen automatisk etterprøving tilsvarende psykisk helsevernloven § 3-8. Språklig utforming av § 2-1 andre ledd og forarbeidene må forstås slik.⁸⁸² Etter det utvalget har fått opplyst har imidlertid flere kontrollkommisjoner fast praksis for å oppsøke alle barn under 16 år som er innlagt, for å avklare deres holdning til innleggelsen. Barns klare rett til å medvirke ved ytelse av helsehjelp etter pasient- og

⁸⁸¹Ot.prp. nr. 11 (1998–99) s. 59 og Ot.prp. nr. 12 (1998–99) s. 82

⁸⁸²Ot.prp. nr. 65 (2005–2006) s. 57

brukerrettighetsloven § 3-1, gjelder også i møte med psykisk helsevern. Medvirkningsretten vil imidlertid kunne oppfattes som avdempet fordi samtykkeretten tilligger de som har foreldreansvaret. Av den grunn ble rettshjelpsordningen utvidet til også å gjelde barn under 16 år som anmoder om kontrollkommisjonens vurdering av grunnlaget for innleggelse. Dette ble gjort fordi Helse- og omsorgsdepartementet mente at:

«... institusjonsplassering på grunnlag av foreldresamtykke i en del tilfeller kan oppleves som tvungent psykisk helsevern for den det gjelder. I slike situasjoner er det en viktig retts-sikkerhetsgaranti å få juridisk bistand utover det kontrollkommisjonen kan bidra med av generell informasjon.»⁸⁸³

Å anerkjenne at det reelt foreligger motstand, har også betydning for behandlingsrelasjonen. Barnets negative holdning kan være en negativ faktor for å opparbeide en god relasjon mellom barnet og behandler.

Etter psykisk helsevernloven § 2-2 første ledd kan en pasient som ønsker innleggelse i psykisk helsevern bli anmodet av den faglig ansvarlige, om å samtykke til å være undergitt reglene om tilbakehold, se § 3-5, i inntil tre uker. Siden barn under 16 år ikke selv kan avgi samtykke, er det de som har foreldreansvar som må gjøre det, jf. § 2-2 andre ledd tredje punktum. I realiteten betyr det at de som har foreldreansvar binder seg til ikke å trekke tilbake sitt samtykke til innleggelse av barnet. Barnet har imidlertid mulighet til å bringe den faglig ansvarliges beslutningen om å kreve samtykke til tilbakehold, inn for kontrollkommisjonen.

Endringen i pasient- og brukerrettighetsloven fra 1. januar 2018, påvirker i liten grad forholdet mellom barn og de med foreldreansvar sine rettigheter. I Helse- og omsorgsdepartementets proposisjon er det kun samtykkets positive side som er behandlet.⁸⁸⁴ Den negative siden – virkningen av motstand – er ikke berørt. Ettersom temaet er ubehandlet, signaliserer det at det ikke har vært meningen å endre dagens rettstilstand. De som har foreldreansvar skal involveres og beslutningskompetansen ligger hos dem, for alt som ikke gjelder lettere psykiske helseplager.⁸⁸⁵ Gjeldende rett må sies å basere seg på at foreldrene eller andre med foreldreansvar tar kloke avgjørelser utfra barnets behov og at helsepersonell sikrer forsvarlighet gjennom det individuelle kravet til deres yrkesutøvelse, jf. helsepersonelloven § 4. Helse- og omsorgsdepartementet synes på bakgrunn av uttalelser ved tidligere endringer av loven, å dele oppfatningen om at denne lovkonstruksjonen lider av svakheter.⁸⁸⁶

17.2.5.3 Barn under 12 år – foreldresamtykket som rettslig grunnlag og færre rettigheter til barnet

Etablering av psykisk helsevern for barn under 12 år, følger samme rettslige mønster som for de mellom 12 og 16 år ved at det er de som har foreldreansvar som samtykker til helsehjelpen. Men denne gruppen barn har færre rettigheter enn de over 12 år. Den generelle retten til å bli

⁸⁸³Ot.prp. nr. 65 (2005–2006) s. 55

⁸⁸⁴Prop. 75 L (2016–2017)

⁸⁸⁵Prop. 75 L (2016–2017) s. 32

⁸⁸⁶Ot.prp. nr. 65 (2005–2006) s. 57

hørt gjelder, og deres mening skal tillegges vekt i samsvar med alder og modenhet. Til forskjell fra de som er fylt 12 år, skal ikke meningen ha «stor vekt», jf. pasient- og brukerrettighetsloven § 4-4 femte ledd. Forskjellen er å anse som begrunnet i at dette gjelder barn med større grad av umodenhet, noe som begrenser meningsgjennomslaget. Dessuten eksisterer det en vesentlig prosessuell forskjell, ettersom denne gruppen barn ikke er gitt mulighet til å anmode kontrollkommisjonen om vurdering av grunnlaget for vernet, se ordlyden i psykisk helsevernloven §§ 2-1 og 2-2. Deres motstand er helt uten rettslige virkninger. Motstanden får kun gjennomslag i den grad de som har foreldreansvar hensyntar den i sin vurdering av om de skal samtykke og i helsepersonells vurdering av om det er faglig forsvarlig å gjennomføre helsehjelp tross motstanden.

17.2.5.4 Tidligere forslag til lovgivningsmodell

17.2.5.4.1 Innledning

Lovgivningsmodellen som gjeldende psykisk helsevernlov er bygd på, se punkt 17.2.5.1 – 17.2.5.3, har lang tradisjon i norsk rett. Det tilsynelatende absolutte skillet ved 16 år med effekten det har for materiell og prosessuell regulering – har vært drøftet ved flere anledninger. Spørsmålet er spesielt knyttet til hvorvidt lovgivningen skal legge til grunn en formell frivillighet som følge av samtykke fra de med foreldreansvar for personer under 16, også i de tilfeller det foreligger motstand. Den mest vidtrekkende drøftelsen er i NOU 1988: 8 Lov om psykisk helsevern uten eget samtykke. Forslaget innebar en klar begrensning i de som har foreldreansvar sin rett og plikt til å ta avgjørelser i helsespørsmål for barn med psykisk sykdom. Sosial- og helsedepartementet fulgte opp forslaget i sitt høringsnotat til ny lov om psykisk helsevern, men i høringsrunden framkom det kritiske merknader som medførte at departementet valgte gjeldende reguleringsmodell. Hovedtrekkene i forslaget fra utvalget som ble ledet av Jan Fridthjof Bernt (Bernt-utvalget), presenteres her for om mulig å identifisere alternativer til dagens reguleringsmodell.

17.2.5.4.2 NOU 1988: 8 Lov om psykisk helsevern uten eget samtykke – en delt kompetansem modell

Frivillig psykisk helsevern for barn mellom 12 og 16 år – krav om dobbelt samtykke

Bernt-utvalget tok utgangspunkt i en helserettslig myndighetsalder fra 16 år. I motsetning til nåværende regulering mente utvalget at frivillig vern stiller krav om at barn mellom 12 og 16 år selv samtykker. Deres samtykke er imidlertid ikke tilstrekkelig, men må forenes med foreldrenes samtykke, altså krav om dobbelt samtykke.⁸⁸⁷ Hovedhensynet var tuftet på at dette gjelder avgjørelser i så personlige anliggender at barn selv må være med på å ta avgjørelsen.⁸⁸⁸ Modellen har klare likhetspunkter med gjeldende barnevernlov § 4-26, der barn under 15 år med alvorlige atferdsvansker kan samtykke til tilbakehold i institusjon, under forutsetning av at de som har foreldreansvaret også samtykker.⁸⁸⁹ En modell med dobbelt samtykke

⁸⁸⁷NOU 1988: 8, s. 139

⁸⁸⁸NOU 1988: 8, s. 139

⁸⁸⁹I NOU 2016: 16 er denne modellen foreslått videreført.

var en del av forslagene fra Sosiallovutvalget, framlagt noen år tidligere.⁸⁹⁰ Bernt-utvalget vektla å ha en reguleringsmodell som skapte likhet mellom barnevern og psykisk helsevern.⁸⁹¹

For barn under 16 år med manglende personlige forutsetninger til å samtykke til helsehjelpen, enten på grunn av psykisk lidelse eller psykisk utviklingshemning, foreslo Bernt-utvalget at det ville være tilstrekkelig med foreldrenes samtykke, forutsatt at barnet ikke ga uttrykk for *protest eller motstand*.⁸⁹² Gjennom denne påpekningen fikk utvalget fram at verbal så vel som fysisk motstand fra barn medfører at det ikke vil foreligge frivillighet.⁸⁹³ Foreldresamtykket alene var da utilstrekkelig rettslig grunnlag for å etablere psykisk helsehjelp. Signalet var at terskelen for overgang fra frivillig til tvungent psykisk helsevern ikke skulle ligge for høyt. Bernt-utvalgets forslag har klare likhetstrekk med reglen i gjeldende pasient- og brukerrettighetslov § 4-5. Så lenge foreldreansvaret består, kan foreldrene avgi samtykke på vegne av barn som mangler personlige forutsetninger, såfremt det ikke foreligger motstand. Forskjellen er at pasient- og brukerrettighetsloven § 4-5 kun gjelder aldersgruppen mellom 16 og 18 år.

Barn yngre enn 12 år

For barn yngre enn 12 år mente Bernt-utvalget at foreldrenes samtykke var tilstrekkelig, men vektla betydningen av å tilstrebe barnets enighet til en innleggelse.⁸⁹⁴

At det ble trukket en grense ved 12 år synes å ha sin begrunnelse i den tidligere ordlyden i barneloven § 31 som sa at *fra* fylte 12 år skulle barn ha rett til å si sin mening i personlige spørsmål.⁸⁹⁵ Bernt-utvalgets forslag ble fremmet før Barnekonvensjonen var vedtatt av FN.

Tvungent psykisk helsevern for barn over 12 år

Bernt-utvalget kom til at det var nødvendig med lovfestede materielle vilkår når det ikke var mulig å etablere frivillig psykisk helsevern for de i alderen 12 til 18 år. Utvalget delte seg imidlertid i spørsmålet om det skulle være like materielle vilkår for barn og voksne eller egne regler for barn. Flertallet mente at psykiske helseplager hos barn atskiller seg fra voksnes, slik at det fordret forskjellige kriterier for innleggelse.⁸⁹⁶ Lovforslaget inneholdt fire kumulative vilkår:

⁸⁹⁰NOU 1985: 18, s. 150 (punkt 15.5.5). Denne utredningen inngår som en del av forarbeidene til gjeldende barnevernlov.

⁸⁹¹NOU 1988: 8, s. 138–139

⁸⁹²NOU 1988: 8, s. 227, forslaget til lovtekst § 18 andre ledd i.f

⁸⁹³NOU 1988: 8, s. 204

⁸⁹⁴NOU 1988: 8, s. 139

⁸⁹⁵NOU 1988: 8, s. 138

⁸⁹⁶NOU 1988: 8, s. 139. Mindretallet mente at de generelle vilkårene ville være tilstrekkelig fleksible til også å dekke barns behov.

«Tvungent psykisk helsevern kan anvendes overfor barn som er fylt 12, men ikke 18 år når følgende vilkår alle er oppfylt:

- a. Barnet har så store psykiske vansker at det ikke er i stand til å mestre sin livssituasjon eller vurdere sin tilstand og forholdet til omverdenen på en realistisk måte.
- b. De psykiske vanskene gir seg slike utslag at barnets psykiske utvikling i sterk grad hemmes eller er i stor fare.
- c. Den aktuelle behandlingen medfører stor sannsynlighet for bedre funksjon og utvikling for barnet sammenlignet med hva man må forvente om det ikke kommer under behandling, eller denne avbrytes.
- d. Tvungent psykisk helsevern fremtrer etter en helhetsvurdering som den klart beste løsningen for barnet i den aktuelle situasjonen. Ved vurderingen skal det legges særlig vekt på den belastning det tvangsmessige inngrepet må antas å medføre.»

«Inngangskriteriet» var *store psykiske vansker* og ikke «alvorlig sinnslidelse» som skulle være grunnvilkåret for de over 18 år. Utvalget vektla at psykiske lidelser hos barn har en sammensatt karakter samt at utviklings- og tidsdimensjon er sentral i den diagnostiske forståelsen.⁸⁹⁷ Barn er i utvikling og har ikke etablert en stabil personlighet. Bernt-utvalget fremhevet at det måtte være sammenheng mellom de store psykiske vanskene og at barnets psykiske utvikling kunne være alvorlig hemmet eller i stor fare.⁸⁹⁸

Den store variasjonsbredden av psykiske lidelser hos barn, begrunnet den vide formuleringen «store psykiske vansker», som var tenkt å omfatte tre hovedkategorier; psykose, borderline og atferds- og misbruksproblematikk.⁸⁹⁹ Den første kategorien, psykose, viste til en tiltenkt parallellitet med «alvorlig sinnslidelse». Derimot var borderlineproblematikk og atferds- og misbruksproblematikk særegent for regulering av tvungent vern av barn. Fordi disse kategoriene er langt vanskeligere å avgrense, innebar forslaget en mindre skarp avgrensning av når tvang ville være tillatt overfor barn sammenlignet med for voksne.

Inkluderingen av atferds- og misbruksproblematikk som en del av «store psykiske vansker», medførte overlapping med barnevernlovgivningen. Grensen mellom psykisk helsevern og barnevern, måtte ifølge Bernt-utvalget trekkes ut fra hva som kan avhjelpe barnets vansker. Der- som det var omsorgstiltak, ville barnevernet ha hovedansvaret for barnet.⁹⁰⁰ For enkelte barn ville det være behov for at tiltak fra barnevernet ble kombinert med poliklinisk behandling i det psykiske helsevern, men sistnevnte ville i så fall ha en subsidiær rolle. Ved så omfattende behov at det fordret innleggelse i sykehus, ville hovedansvaret bli flyttet over til helsetjenesten.

Sosial- og helsedepartementet valgte i sitt høringsutkast å bygge på store deler av Bernt-utvalgets forslag, men med den forskjell at aldersgrensen for å samtykke til frivillig vern skulle

⁸⁹⁷NOU 1988: 8, s. 139

⁸⁹⁸NOU 1988: 8, s. 140

⁸⁹⁹NOU 1988: 8, s. 140–142

⁹⁰⁰NOU 1988: 8, s. 140

være 15 år, for å oppnå harmonisering med barnevernloven § 4-26. Både forslaget om aldersgrense ved 15 år og at frivillig vern forutsatte dobbelt samtykke, møtte motbør i høringsrunden. Motstanderne viste til ansvaret som følger med å ta avgjørelser og at disse må bygge på modne overveielser og at den aktuelle barnegruppen er mer umodne enn alderen tilsier.⁹⁰¹ Aldersgrensen ved 16 år ble beholdt. Dessuten viste motstanderne til behovet for å underbygge foreldrenes autoritet når barn sliter med psykiske problemer, noe som står i sterk kontrast til Bernt-utvalgets begrunnelse.⁹⁰² Forslaget om dobbelt samtykke som forutsetning for et frivillig vern og særskilt regulering av tvungent vern for barn, ble dermed trukket.

Oppsummering av Bernt-utvalgets forslag

Drøftelsene i Bernt-utvalget har overføringsverdi til særlig to problemstillinger dette lovutvalget står overfor – avveining mellom barns rett til omsorg og beskyttelse og deres rett til innflytelse i personlige spørsmål, og hvilken ansvarsfordeling som skal være mellom barnevern og psykisk helsevern. Sistnevnte problematikk følges opp i punkt 17.5.

Bernt-utvalgets forslag om samtykke både fra barn over 12 år og deres foreldre for at en innleggelse kunne anses som frivillig psykisk helsevern, løfter frem barnets mening og gir barn reell medvirkning. Ved også å kreve foreldrenes samtykke ville ikke barnet alene bære ansvaret for avgjørelsen. Når utvalget fant at foreldresamtykket ville være tilstrekkelig grunnlag for etablering av psykisk helsevern til barn over 12 år uten beslutningskompetanse, var det avgrenset av barnets motstand. *Hensyntaken til motstand* fra barnet må anses for å være kjernen i den foreslåtte reguleringsmodellen – enten ved at det beslutningskompetente barnet ikke vil samtykke eller når andre barn over 12 år uttrykker annen form for motstand. I disse tilfellene mente Bernt-utvalget at å legge vekt på foreldres eller andre som har foreldreansvar sitt samtykke alene var utilstrekkelig.

De fire materielle vilkårene består av to hovedelementer – sykdommens alvorlighet og behovet for helsehjelp. *Store psykiske vansker* fremhever en kvalifiseringsterskel – det sterke behovet for hjelp, mens henvisningen til at *barnets psykiske utvikling i sterk grad hemmes eller er i stor fare*, omhandler en risikovurdering, der type skade er vektlagt. Det tredje vilkåret – *stor sannsynlighet for bedre funksjon* – bærer i seg en forholdsmessighetsvurdering. Vurderingstemaet er om den tvungne helsehjelpen er egnet til å nå målsettingen om bedre funksjon. Det siste vilkåret – hvorvidt tvungen helsehjelp er *den klart beste løsningen* – tilsvarende den avgrensede forholdsmessighetstesten. Dette er elementer som utvalget finner interessante, se videre kapittel 24 og 25.

17.2.6 Helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9

17.2.6.1 Utgangspunktet

I forarbeidene til forløperen for det eksisterende lovverket er det vektlagt å ha likhet i reguleringen for barn og voksne. Bruk av tvang reiser vanskelige etiske og faglige spørsmål, som kan være krevende for foreldre å ta stilling til og dermed bære ansvar for.⁹⁰³ Selv om like regler er utgangspunktet, må det gjøres noen modifikasjoner. Det henger sammen med at barn

⁹⁰¹Gjengitt i Ot.prp. nr. 11 (1998–99) s. 58

⁹⁰²Ot.prp. nr. 11 (1998–99) s. 61

⁹⁰³Ot.prp. nr. 58 (1994–95) punkt 3.2.2.2.

og voksne normalt mottar tjenester på ulike arenaer, noe som behandles i punkt 17.2.6.2. I punkt 17.2.6.3 behandles i hvilken grad alminnelig barneoppdragelse kan gi hjemmel for tiltak barn med psykisk utviklingshemning motsetter seg.

17.2.6.2 Barns opphold i barne- og avlastningsboliger

Helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 gjelder kun ved gjennomføring av tjenester etter lovens § 3-2 nr. 6 bokstavene a til c og § 3-6 første ledd nr. 2, jf. § 9-2 første ledd. For barn vil det innebære at ytelse av helse- og omsorgstjenester av kommunalt tilsatt personell som skjer i foreldrehjemmet, tjenester som ytes av støttekontakt, ved avlastning eller i barnebolig, kan om vilkårene foreligger, gjennomføres med tvang. Derimot gjelder ikke reglene i barnehage eller skole som er viktige arenaer i barns liv. Et mulig unntak er om personell ansatt i helse- og omsorgstjenesten er til stede i skole eller barnehage for å yte helse- og/eller omsorgstjenester der. Det vil i så fall være dette personalet som kan gjennomføre typer tiltak etter lovens § 9-5. Helsedirektoratet legger en slik forståelse til grunn i sitt rundskriv.⁹⁰⁴

Vedtak etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 gjennomføres i det vesentlige når barn oppholder seg i barne- eller avlastningsboliger, som er regulert som institusjoner, jf. helse- og omsorgstjenesteloven § 3-2 nr. 6 bokstav c, jf. forskrift 16. desember 2011 nr. 1254 om kommunal helse- og omsorgsinstitusjon § 1 bokstav a. I forarbeidene til forløperen til gjeldende kapittel 9, tidligere sosialtjenestelov kapittel 6 A, er det ingen omtale av at barn ofte mottar tjenester på andre arenaer enn voksne. At de organisatoriske forholdene i institusjonene, kan medvirke til uønsket atferd er det grunn til å anta blant annet på bakgrunn av Statens helsetilsyns landsomfattende tilsyn.⁹⁰⁵ Det er videre grunn til å anta at en konsekvens kan være at tvang benyttes for å stanse atferden. Temaet er nærmere beskrevet i punkt 4.6.

17.2.6.3 Tiltak som kan omfattes av «alminnelig barneoppdragelse»

17.2.6.3.1 Startpunkt

I forarbeidene til tidligere sosialtjenestelov kapittel 6 A, påpekte Sosialdepartementet at for barns vedkommende må det i vurderingen av hvorvidt et tiltak innebærer tvang, tas hensyn til om tiltaket kan betraktes som alminnelig barneoppdragelse. I så fall kan foreldresamtykket være rettslig grunnlag for gjennomføringen.⁹⁰⁶ Hva som er å anse som alminnelig barneoppdragelse ble ikke omtalt og derved heller ikke hva som er grensene for foreldresamtykket som rettslig grunnlag når barn motsetter seg tiltak.

17.2.6.3.2 Hva er «alminnelig barneoppdragelse»?

Det eksisterer ingen definisjon av alminnelig barneoppdragelse, heller ikke i barneloven. Sentrale formål er imidlertid at barn skal lære sosiale spilleregler for omgang mellom mennesker og å lære seg ferdigheter som gir tiltakende selvstendighet.⁹⁰⁷ Det gjelder for *alle* barn. Hvordan dette skal gjøres og hvilke krav som skal stilles i denne forbindelse, må slik det føl-

⁹⁰⁴Helsedirektoratet, IS-10/2015, s. 48 (punkt 4.2.3)

⁹⁰⁵Helsetilsynet, 2010b

⁹⁰⁶Ot.prp. nr. 58 (1994–95) punkt 3.2.2.1

⁹⁰⁷Bendiksen og Haugli, 2018, s. 84

ger av foreldreansvarets innhold i barneloven § 30, se punkt 17.2.2 og 17.2.3, tilpasses det enkelte barn og dets forutsetninger. Oppdragelsen skal gis på en omsorgsfull måte. Det betyr at det enkelte barn skal bli sett, få hjelp, støtte og å få bekreftelser. I noen situasjoner innebærer oppdragelsen at det stilles krav og gis regler som barnet skal følge. Enkelte ganger kan også grensesettingen ha en fysisk karakter, f.eks. holding av armen til et lite barn som ønsker å kaste tallerkenen i gulvet, men en absolutt ramme for alle oppdragende tiltak er at barns integritetsvern i barneloven § 30 tredje, ikke overtreddes. Rammen for fysiske tiltak vil følgelig være snever. Det er den sistnevnte type oppdragende tiltak som reiser rettslige spørsmål. Hvilke fysiske virkemidler som kan benyttes, reiser spørsmål om når tiltakene er av en slik karakter at disse er å anse som tvang, se punkt 18.7.

Andre kan tre inn i foreldrenes rolle som oppdragere, når det skjer etter foreldrenes ønske, se barneloven § 31 første ledd tredje punktum. Det skjer blant annet når barn er til avlastningsopphold. Det melder seg to hovedspørsmål; hvor langt rekker alminnelig barneoppdragelse som grunnlag for å gjennomføre tiltak overfor denne barnegruppen, og vil samme rettigheter og plikter som gjelder for foreldre gjelde for tjenesteutøverne. Dette er spørsmål som i liten grad er tematisert. Sistnevnte spørsmål behandles i neste punkt.

Barn har en grunnleggende rett til vern om den personlige integritet, både psykisk og fysisk. Den kognitive funksjonsnedsettelsen gjør psykisk utviklingshemmede barn mer sårbare enn de fleste andre barn. Hendelser som i liten grad er belastende for andre barn, kan ha større innvirkning for disse barna. Oppdragelsestiltak som oppleves skremmende eller belastende, kan ikke lovlig gjennomføres. Det er forbudt å utnytte barns funksjonsnedsettelse, jf. barneloven § 30 tredje ledd, «omsynslaus åtfærd». Det må også tas hensyn til at barn kan ha vansker med å formidle at det er blitt skremt eller krenket, noe oppdragelsestiltakene må tilpasses etter.

Sosialdepartementets vektlegging av foreldreansvaret som rettslig grunnlag for tiltak barn motsetter seg, ble gjort på et tidspunkt der barns selvstendige rettigheter var viet mindre oppmerksomhet enn i dag.⁹⁰⁸ Forholdet til barnekonvensjonen eller andre rettigheter som tilfaller barn, ble ikke berørt verken i den første eller den andre proposisjonen som ble lagt frem for Stortinget før kapittel 6 A i tidligere sosialtjenestelov ble vedtatt.⁹⁰⁹ Rammene for «alminnelig barneoppdragelse» som rettslig grunnlag for tvang, vil være mer begrenset i dag enn den gang forløperen til helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9, ble vedtatt. Det er en følge av endringene i den rettskildemessige situasjonen med blant annet grunnlovsbeskyttelse av barns integritetsvern og inkorporasjonen av barnekonvensjonen i menneskerettsloven, samt andre endringer i nasjonal lovgivning for å fremheve barns selvstendige rettigheter. Kunnskapen fra andre fagområder; psykologi, psykiatri, pedagogikk mv, bidrar til å klargjøre hvilke tiltak som kan oppleves som særlig plagsomme og skremmende for denne barnegruppen. Videre kreves det bevissthet om det asymmetriske maktforholdet generelt mellom barn og voksne, som forsterker seg for disse barna i styrke og omfang, hvilket tilsier varsomhet med hvilke tiltak som gjennomføres.

17.2.6.3.3 Hvem kan utføre tiltak som ledd i «alminnelig barneoppdragelse»?

For barn med psykisk utviklingshemning er det av hensyn til innlæring av nye ferdigheter, en fordel at samme oppdragelsestiltak gjelder borte som hjemme. Selv om det ikke er tvilsomt at

⁹⁰⁸Helsedirektoratet har ikke behandlet denne problemstillingen i sitt rundskriv til loven.

⁹⁰⁹Ot.prp. nr. 58 (1994–95) og Ot.prp. nr. 57 (1995–96)

også andre enn foreldrene kan utføre oppdragende tiltak overfor barn, er det ikke gitt at rammene som gjelder for foreldrenes utøvelse av *oppdragende tiltak*, gjelder tilsvarende for andre. Spørsmålet er om utøvere av helse- og omsorgstjenester kan forholde seg til tilsvarende rammer som foreldrene eller om det vil gjelde snevrere rammer. At de ikke kan ta i bruk tiltak som går utover rammene for hva foreldrene selv kan utføre, heller ikke med samtykke fra de som har foreldreansvar, er helt klart. Det vil aldri være adgang til å bygge på foreldresamtykket som rettslig grunnlag for gjennomføring av tiltak som er mer vidtgående enn hva de som har foreldreansvar selv kan gjennomføre, se punkt 17.2.3. Det er en absolutt ramme og følger av alminnelig delegasjonslære.

Det er en ikke alltid påaktet, men like fullt en forskjell mellom oppdragelsestiltak utført av foreldre og et større eller mindre antall tilsatte i kommunal helse- og omsorgstjeneste. Kjennskapet til barnet, dets sterke og svake sider, dets sårbarhet er normalt langt større hos foreldrene eller andre som har foreldreansvar enn hos andre. Barn med kognitiv funksjonsnedsettelse og barn med andre store utfordringer, trenger personer som kjenner dem godt. Det gjelder ikke minst fordi kommunikasjonen med barnet ofte vil ha en annen karakter sammenlignet med andre barn, som følge av svakere verbalt språk. Tjenesteutøvere må tilpasse sin kommunikasjon og sin framferd til det enkelte barnet. Og tjenesteutøverne må lære å forstå det enkelte barnets kommunikative uttrykk. Det taler for at tjenesteutøverne ikke kan stille samme krav til barnet som det foreldrene kan gjøre.

God personlig kjennskap til barnet er dessuten en forutsetning for at oppdragende tiltak skal være individualiserte. Den som kjenner et barn dårlig, kan vanskeligere vurdere når grensen krysses fra det akseptable til det som er plagsomt eller skremmende. Følgelig må det være snevrere rammer for hvilke tiltak offentlig tilsatt personell kan gjennomføre med hjemmel i foreldrenes oppdragsansvar enn hva som gjelder for foreldrene selv.

17.2.6.4 Helse- og omsorgstjenesteloven § 9-5 tredje ledd, særlig bokstav c – «opplærings- og treningstiltak»

Tiltak som er mer inngripende enn det «alminnelig barneoppdragelse» kan gi hjemmel for, krever lovgrunnlag. Hvilke tiltak det er adgang til å ta i bruk følger av lovens § 9-5, en aldersuavhengig bestemmelse. Vurderingen av om det er grunnlag for å anvende tvangstiltak i enkeltstående nødsituasjoner eller som planlagt tiltak i nødsituasjon, § 9-5 tredje ledd bokstav a og b, må ses i lys av at barn er fysisk svakere enn voksne. Like tiltak kan dermed være mer inngripende for barn. Bestemmelsen i § 9-5 tredje ledd bokstav c, henvisning til at tvang og makt kan benyttes ved «opplærings- og treningstiltak», retter seg fortrinnsvis mot barn, til tross for at ordlyden er generell. Dette er sagt både i lovforarbeidene og Helsedirektoratets rundskriv.⁹¹⁰ Begrunnelsen er behovet for å verne mot fare for vesentlig skade i form av hemning av egen utvikling. Problemstillinger bestemmelsen reiser er nærmere drøftet i kapittel 25.

⁹¹⁰Ot.prp. nr. 55 (2002–2003) s. 31–32 og Helsedirektoratet, IS-10/2015, s. 88–89.

17.2.7 Helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 10 – krav om lovhjemmel

Tilsvarende som helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 eksisterer det ingen avgrensninger med hensyn til alder for å omfattes av reglene i lovens kapittel 10. Også barn kan ifølge forarbeidene omfattes, selv om barnevernloven er mer nærliggende å benytte.⁹¹¹ Synspunktet deles av Søvig.⁹¹² Helsedirektoratet sier i sin veileder at det er mest aktuelt å bruke reglene overfor personer over 18 år som følge av vilkåret «omfattende og vedvarende misbruk».⁹¹³ I praksis er det dermed barneverntjenesten og ikke spesialisthelsetjenesten, som har ansvar for barn med rusmiddelproblemer. Dette er barn som ofte også har psykiske helseproblemer og som derfor har behov for tiltak fra spesialisthelsetjenesten i tillegg, hvilket kan medføre at de havner i gråsonen mellom lovene, se punkt 17.5.

I den grad kapittel 10 benyttes overfor barn gjelder det gravide jenter under 18 år, som følge av lex specialis prinsippet – den spesielle bestemmelsen § 10-3 går foran den generelle bestemmelsen i barnevernloven § 4-24. Det regionale helseforetakets plikt til å utpeke egne institusjoner for personer med behov for tverrfaglig spesialisert rusbehandling, jf. spesialisthelsetjenesteloven § 2-1a nr. 5, må forutsettes å gi tiltak som faglig og materielt er tilpasset behovene til den gravide og det ufødte barnet. Tilsvarende tilbud vil normalt ikke finnes i barnevernets institusjoner. Vilåårene for tvungen innleggelse av gravide rusmiddelavhengige behandles i punkt 24.10.

Hvis reglene i kapittel 10 benyttes overfor barn, er foreldreansvaret beskåret. Foreldrenes opplysninger er imidlertid vesentlige i vurderingen av om vilåårene er oppfylt og deres rett til informasjon, jf. pasient- og brukerrettighetsloven § 3-4, består. Når barn har omfattende rusproblematikk tilsier det høy terskel for ikke å informere foreldrene eller andre som har foreldreansvar. Muligheten barn mellom 12 og 16 år har til å be om at informasjon ikke gis foreldrene eller andre som har foreldreansvar av «grunner som bør respekteres» eller når andre tungtveiende grunner taler for det, jf. pasient- og brukerrettighetsloven § 3-4 andre og tredje ledd, vil sjelden kunne etterkommes. Også for barn over 16 år har foreldrene eller andre som har foreldreansvar som hovedregel rett til informasjon om rusproblemene, se pasient- og brukerrettighetsloven § 3-4 fjerde ledd.⁹¹⁴

17.2.8 Pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A

Barn i aldersgruppen 16 til 18 år vil kunne omfattes av disse bestemmelsene, dersom de mangler beslutningskompetanse (samtykkekompetanse) og utviser motstand, se pasient- og

⁹¹¹Ot.prp. nr. 29 (1990–91) s. 88. At helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 10 tilsynelatende er aldersuavhengig henger sammen med at det opprinnelig var planlagt en sosialtjenestelov som også omfattet barnevernlovgivning. Det framgår av NOU 1985: 18 og Ot.prp. nr. 60 (1987–88). Senere i lovprosessen ble barnevernlovgivningen skilt ut og fikk egen proposisjon, Ot.prp. nr. 44 (1991–92).

⁹¹²Søvig, 2007, s. 105

⁹¹³Helsedirektoratet, IS-2355, s. 34

⁹¹⁴Ot.prp. nr. 12 (1998–99) s. 73

brukerrettighetsloven § 4A-2 første ledd, jf. § 4-5 tredje ledd. Såfremt barn forholder seg passivt, kan helsehjelp gjennomføres med grunnlag i foreldresamtykket, jf. § 4-5 første ledd. Vil-kårene i pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A er nærmere behandlet i kapittel 5.

17.3 Er en felles regulering mulig og ønskelig?

17.3.1 Mulig?

Eksisterende regelverk byr som helhet på store variasjoner med hensyn til hva som blir klassifisert som tvang overfor barn og hvordan det som er forstått som tvang er nærmere regulert gjennom materielle og prosessuelle regler. Et hovedtrekk er at der tiltak mot barn er anerkjent som tvang, er regelverket som gjelder barn i stor grad sammenfallende med det som gjelder for voksne. Det gjelder psykisk helsevernloven og pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A sine regler for barn over 16 år. Etter begge disse lovene er det overgangen til å være helserettslig myndig som gir likestilling mellom barn og voksne. Helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 og 10 er aldersnøytrale, slik at det også her som et utgangspunkt, er likestilling mellom barn og voksne. At det er mulig å regulere tvang overfor barn er således ikke tvilsomt.

Det springende punktet er hvorvidt det er mulig å få til en felles regulering som inkluderer barn under helserettslig myndighetsalder. Eksisterende lovgivning byr på et rettssikkerhetsmessig underskudd for barn under 16 år som motsetter seg psykisk helsevern. At det i den gjeldende lovgivning er lagt til grunn forskjellige vurderinger av foreldreansvaret som rettslig grunnlag, hindrer ikke at et framtidig regelverk anerkjenner at motstand hos denne aldersgruppen av barn skal utløse rettssikkerhetsgarantier i form av materielle og prosessuelle regler. Ettersom de med foreldreansvar sin rett til å samtykke i personlige anliggender for sine barn er begrenset for barn yngre enn 16 år som omfattes av dagens helse- og omsorgstjenestelov kapittel 9 og 10, er det ingen prinsipielle hindringer for at det også kan gjelde alle barn i behov av inngripende tiltak.

Utvalget mener derfor at ingen av de foreliggende ulikhetene medfører at en felles regulering umulig.

17.3.2 Ønskelig?

Utviklingen de siste 20–30 år har klart gått i retning av å styrke barns rettslige stilling. Selv om foreldreansvaret fortsatt har – og bør ha – en sterk posisjon menneskerettslig og etter nasjonal rett, er det i dag ønskelig å vurdere på nytt den rettslige reguleringen av tvang for å sikre respekt, beskyttelse og gjennomføring av barns rettigheter. I det store bildet betyr dette at foreldresamtykkets svært sterke stilling i dag bør beskjæres ved de mest alvorlige tvangsinngrepene og erstattes av en offentlig saksbehandling – slik som for voksne. Det gjelder ikke minst situasjonen for barn under 16 år i psykisk helsevern. Selv om utvalget ikke finner grunn til å gi barn under 16 år positiv beslutningskompetanse, blant annet fordi det vil medføre vurdering av de personelle forutsetningene for å være beslutningskompetent, må den negative siden – motstanden – gi rettslige virkninger. Hvis ikke vil den alminnelige retten barn har til innflytelse bli nedtonet. Dette er en rettighet som står sterkt når det gjelder inngripende tiltak overfor barn. At foreldre eller andre som har foreldreansvar ikke er ansvarlig for å fatte beslutning om tiltak som kan innebære tvang overfor barn, vil sannsynligvis kunne bli opplevd som en lettelse for dem. Familier fungerer forskjellig, men det må antas at de fleste foreldre eller andre som har foreldreansvar ønsker å være til støtte for sine barn. Det kan motvirkes av at de er tildelt oppgaven med å være samtykkegiver. Den tidligere oppfatningen om at det var

viktig å bevare foreldrenes autoritet overfor sine barn og derfor holde fast ved foreldresamtykke som rettslig grunnlag, må dermed anses for å være forlatt. For både barn og foreldre har det følgelig negative sider om foreldrene skal stå ansvarlig for å ha samtykket til virkemiddelbruk i form av det som må betraktes som tvangsinngrep.

Utvalget vurderer at det er behov for å tenke mer helhetlig om rettssikkerhet ved tvang overfor barn i helse- og omsorgstjenesten. Et felles regelverk gir de beste forutsetningene for dette. Utvalget erkjenner at rettssikkerhetsspørsmål kan komme inn med ulik styrke i ulike deler av tjenestene, men sjelden i en slik grad at det forsværer ulike lovbestemmelser. De eksisterende ulikhetene i dagens rettslig regulering overfor barn mangler derfor i betydelig grad en god begrunnelse. Videre vurderer utvalget det som ønskelig med en samregulering av tvang overfor barn og voksne. Dette er egnet til å framheve rettssikkerhetsspørsmål for barn som like viktige som for voksne. Samtidig er det viktig at relevante forskjeller framheves og at det vurderes om slike kan begrunne særbestemmelser eller bare tolkingsmessige presiseringer.

Et felles regelverk vil gi verdikonsistens og fremme helhetstenkning rundt barn, som i minst like stor grad som voksne er avhengig av det, blant annet for å forhindre bruk av tvang og i de tilfeller tvang blir funnet nødvendig, redusere belastningene ved tvang og slik unngå at den videre utviklingen blir skadelidende. Et felles regelverk vil bedre legge til rette for samarbeid mellom ulike tjenester og tjenestenivåer, enn hva som er tilfellet i dag.

17.4 Omsorgsansvar for barn

Fram til barn er fylt 18 år, har foreldrene eller andre med foreldreansvaret et formelt ansvar for å dra omsorg for barn, se punkt 17.2.2. Når foreldre bor fast sammen med sine barn, medfører det at foreldre må ta hensyn til sine barn. Tilsvarende gjelder når barnet ikke bor fast sammen med, men har samvær med den ene av foreldrene. Retten til samvær er ikke knyttet til hvorvidt forelderen har del i foreldreansvaret. Hvis den forelderen som har rett til samvær med barnet, ikke har del i foreldreansvaret, gjelder i utgangspunktet ikke bestemmelsen i barneloven § 30, der foreldreansvarets innhold er beskrevet. Imidlertid har barnet under samvær «krav på omsut og omtanke». Barnets rett til omsorg skal stå like sterkt uten hensyn til om barnet bor fast sammen med begge foreldrene eller om foreldrene har felles foreldreansvar eller ikke. Barnets rett til omsorg må ikke forveksles med foreldrenes rett og plikt til å ta avgjørelser for barnet, som vil stille seg ulikt avhengig av om foreldrene har felles foreldreansvar og om barnet bor fast sammen med begge.

Den generelle retten barn har til omsorg, taler for at rammene for utøvelse av foreldreansvaret i § 30 tredje ledd første punktum – «Barnet må ikke bli utsett for vald eller på annen vis bli utsatt for slik at den fysiske eller psykiske helsen blir utsatt for skade eller fare.» – gjelder tilsvarende for alle som har rett til å tilbringe tid sammen med barnet, se for øvrig punkt 17.2.3. Her er det sagt at både den fysiske og psykiske siden av barnets helse skal vernes mot skade eller fare. Som den svakere part i relasjon til voksne, er barn gitt et sterkt integritetsvern som favoriserer videre enn det barn har etter straffeloven. Vernet mot fysiske krenkelser er dermed sterkt. Men barn kan også bli utsatt for sterke inntrykk og kan føle utrygghet. Hvis en person som skal yte barnet omsorg, opptrer på en måte som medfører utrygghet og som kan gi sterke negative følelsesmessige inntrykk, kan det være i strid med barnets rett til vern om sin integritet. At dette er en person som barnet ellers har en nærhet og et avhengighetsforhold til, kan gjøre opplevelsene mer belastende. Det gjelder selv om de handlinger den voksne utfører, er motivert av sykdom.

Som følge av at barns mulighet til å verne seg mot integritetskrenkelser innenfor den familiære sfære kan være begrenset, vil tilsvarende forståelse av barns integritetsvern gjelde hvis

andre personer enn de som har en rettslig omsorgsplikt, truer barns sitt integritetsvern. Det vil eksempelvis omfatte eldre søsken og steforeldre.

Ut fra ovennevnte hensyn mener utvalget at det er legitimt i en vurdering av hvilke begrensninger det skal gjøres overfor en person som kan omfattes av tvangsbegrensningslovens regler, å legge vekt på omsorgssituasjonen for barn. Pårørendes rettigheter bør derfor stå sterkere når det er barn i husholdet, se lovutkastet § 3-3. Også i den forholdsmessighetsvurderingen som inngår som et vilkår for tvungen innleggelse og tilbakehold, samt i vurderingen av hvorvidt tvungne behandlingstiltak skal gjennomføres, se henholdsvis § 5-4 nr. 7 og § 6-5 nr. 7, er det legitimt å ta hensyn til hvordan det vil påvirke omsorgssituasjonen for barn som bor i samme hushold.

17.5 Særlig om barnevern og psykisk helsevern

17.5.1 Innledning

Utvalget har i sitt arbeid lagt vekt på at bruk av tvang for å yte helse- og omsorgstjenester skal være absolutt siste utvei. Det gjelder ikke minst overfor barn. Et fremtidig regelverk må av den grunn utformes for å oppnå helhetlige, egnede tjenester gjennom bedre samordning og demme opp for gråsoner og uklarheter med hensyn til hjemmelsgrunnlag. Forholdet mellom helse- og omsorgslovgivningen og barnevernlovgivningen er ett av de utfordrende områdene særskilt påpekt i utvalgets mandat. Over tid er det fra flere offentlige utvalg og offentlige institusjoner pekt på utfordringer i samarbeidet mellom barnevern og psykisk helsevern, samt vanskene med å få til sammenhengende tjenester for barn med behov for begge tjenestetypene.⁹¹⁵ Mange av innspillene utvalget har mottatt, se punkt 12.6, dreier seg om disse utfordringene. I punkt 17.5.2 gis det av hensyn til de videre drøftelser en kortfattet presentasjon av barnegruppen som befinner seg i grenseland mellom barnevern og psykisk helsetjeneste. Skillet mellom tjenestene er av flere beskrevet som kunstig, fordi det kan være vanskelig å skille mellom hva som er kontekst og hva som er problem.⁹¹⁶ Avslutningsvis, punkt 17.7, gir utvalgets sine anbefalinger om hvordan dagens utfordringer kan avhjelpes. Selv om mandatet tilsier at det ikke skal gis forslag til endringer i barnevernlovgivningen, kun at svakheter som påvirker samhandlingen med helse- og omsorgstjenesten påpekes, vil dette utvalget komme med et konkret forslag som berører barnevernloven.

17.5.2 Kjennetegn ved barn i gråsonen mellom barnevern og psykisk helsevern

Foruten at dagens lovregulering skaper uklarheter med hensyn til hvilken etat som har ansvaret for barn i grenseland mellom barnevern og psykisk helsevern, kan forhold ved det enkelte barn bidra til usikkerhet ved valg av tjeneste. En tradisjonell tilnærming er etter å ha konstatert behov for endring hos barnet, å stille spørsmål ved hva som er årsakene til barnets vans-

⁹¹⁵Se oppsummering gitt i NOU 2016: 16, s. 100–101. Se også nåværende punkt 17.2.5.4.2 vedrørende forslaget i NOU 1988: 8 om lovmessige endringer for å oppnå større likhet mellom psykisk helsevern- og barnevernlovgivningen. Barneombudet, 2015 indikerer at typen tvang og tvangsmidler samt opplevelsen av å utsettes for tvang, er lik for barn under tvungent psykisk helsevern som tvungent barnevern. Flere undersøkelser viser til barnas sammensatte problemer og den negative virkning det har for barnets livskvalitet, se Kayed mfl., 2015, s. 31 og s. 38; Furre mfl., 2014.

⁹¹⁶Kayed mfl., som fant høy forekomst av psykiske lidelser og høy grad av komorbiditet hos barn under barnevernets omsorg, jf. s. 31–32.

ker. Hovedregelen er enkel; hvis vanskene i hovedsak skyldes omsorgsforholdene, er det barnevernlovens regler som skal gjelde, men hvis vanskene bunner i psykiske problemer, kommer helselovgivningen til anvendelse. Et problem for de som skal foreta lovvalget, er at det kan foreligge flere årsaksfaktorer, der den ene ikke lar seg lett atskille fra andre, i tillegg til at det kan være en gjensidig påvirkning mellom årsaksfaktorene.

Slik eksemplet i boks 17.1 viser, kan barnets situasjon være komplisert. Denne jentas løsning er å flykte vekk fra familiesituasjonen, fysisk, og psykisk gjennom bruken av rusmidler. Hun har klare psykiske vansker, og det er muligens hovedårsaken til hennes problemer. Derfor er det nærliggende å plassere ansvaret hos det psykiske helsevernet. Imidlertid er det spørsmål om moren klarer å yte tilstrekkelig omsorg, noe som kan påvirke jentas psykiske helse. Dessuten gir jentas bruk av rusmidler og unndragelse av voksenkontroll grunnlag for å stille spørsmål ved om barneverntiltak er påkrevd. Når det gjelder barneverntiltak, står valget mellom to hovedtyper av tiltak. Den første retter seg mot moren, enten ved å forbedre hennes omsorgsevner gjennom frivillige hjelpetiltak, og om ikke det er mulig å oppnå, å foreta en omsorgsovertakelse, se barnevernloven henholdsvis § 4-4 og § 4-12. Den andre tiltakstypen er mot barnet selv. Jentas reaksjonsmåte – bruk av rusmidler, vold og fravær fra hjemmet – kan oppfattes som «alvorlige atferdsvansker», se barnevernloven §§ 4-26 og 4-24.

Boks 17.1 Eksempel

I en familie har mor bipolar lidelse, og det er hypotese om at tenåringsdatteren holder på å utvikle det samme. Det siste året har samspillvanskene ført til at flere mindre konflikter har vokst til ildsinte konfrontasjoner, der datteren har rømt fra huset i flere dager og ruset seg. I affekt har hun gjort selvmordsforsøk og har vært voldelig mot moren og en annen bekjent.

[Boks slutt]

Psykiske helseproblemer hos barn kan ha sammenheng med forholdene i familien, og især forholdet til foreldrene. Konflikter i familien, samlivsbrudd, foreldre med rusproblemer og/eller psykiske vansker er blant faktorene som påvirker barns psykiske helse.⁹¹⁷ Manglende livserfaring kan gjøre det vanskelig for barn å innse hvordan egen situasjon blir påvirket av den familiære og de kan ha vansker med å kommunisere dette videre. Likevel kan de oppleve sin livssituasjon som vanskelig. Barn innordner seg ofte i familien, hvilket kan gjøre det vanskelig for utenforstående, deriblant barneverntjenesten om den blir involvert, å avdekke problemene familieforholdene genererer for barnet. Barn med suicidalitetsproblematikk oppgir ofte konflikter i familien som sitt fremste problem.⁹¹⁸ Vanskene til flere av barna som betegnes som «relasjonsskadde», er følge av en negativ relasjon mellom barn og foreldre.⁹¹⁹ Dette er barn som kjennetegnes ved svekket tillit til at andre personer ønsker og evner å hjelpe, samt skepsis til at andre tar på alvor deres egenopplevelse og deres redsel for å bli ydmyket og få sine svakheter blottstilt. De samme barna sliter med vekslende selvfølelse, og har ofte liten erfaring med å sette ord på og reflektere over egne følelsesreaksjoner. Alt dette kan føre til at

⁹¹⁷Se f.eks. Prop. 106 L (2012–2013) s. 30

⁹¹⁸Grøholt, 1999

⁹¹⁹Stangeland, 2012

barna formidler lite hjelpeønske. Atter andre barn peker på foreldrene og/eller familien som problemet, mens det ikke er noen vansker hos dem selv.

Den diagnostiske forståelsen og vurderingene av barns psykiske helseproblemer er annerledes enn for voksne. I dette ligger en fare for at symptombildet blir misforstått. Barn er i utvikling og har ikke etablert den mer stabile personligheten som voksne har. En ustabil personlighet kan lede barn til å finne løsninger på sine vansker som voksne lettere vil styre unna, eksempelvis å ta tilhold i miljøer som gir negativ påvirkning av deres utvikling. Kraftig funksjonsfall kan skje i barne- og ungdomstiden uten at det medfører at klare psykiatriske diagnoser blir satt. Normalt utvises det forsiktighet med å sette diagnoser som schizofreni eller bipolar lidelse.⁹²⁰ Den normale utviklingen kan innbefatte det som oppfattes som psykotisk grenseovergang. Det som forstås som maniske episoder, vil kunne være vanskelig å skille fra en oppstemthet som overgår det vanlige, men likevel er innenfor et normalområde. Utageringer kan bli forstått som former for atferdsvansker, men er utslag av psykotisk grenseovergang. Det som i etterkant kan fremstå som et tydelig sykdomsforløp med utvikling av klare symptomer, er ofte mer diffust og flertydig i sykdommens utviklingsfase, der flere tilstander kan utløse samme symptombilde.

Psykisk helsehjelp ytes tradisjonelt som individualbehandling, men det er ikke nødvendigvis den mest virksomme behandlingen for barn. Barn som er relasjonsskadede kommer ofte i kontakt med psykisk helsevern i forbindelse med selvmordsatferd. Dette er barn som forsøker å takle sterke emosjonelle påkjenninger ved hjelp av selvskading og selvmordsfantasier.⁹²¹ Det er faglig konsensus om at sikkerhetsorientert innleggelse i døgnpost er uvirksom behandling av vedvarende suicidalitet.⁹²² Å behandle familiekonteksten kan være en mer fruktbar tilnærming, fordi barn må ses i den konteksten de tilhører. Imidlertid er «behandling» av relasjonene innad i familien tradisjonelt ikke betraktet som et ansvar for helsetjenesten, men for barnevernet. Voksne kan fri seg fra familierammen, mens barn er påtvunget den. Foreldrenes holdning og forståelse av barnets vansker, vil kunne påvirke hva foreldrene ønsker av tiltak. Den underlegne stillingen barn har overfor foreldre og tjenesteapparat, kan bety at de føler «plikt» til å ta imot behandling, selv om de er uenige i så vel behandlingsopplegg som at «problemet» ligger hos dem. Konsekvensen kan være at en mulig behandlingsrelasjon kveles.

Forhold ved barnet (suicidalitet, spiseforstyrrelse eller alvorlig depresjon) kan gjøre det vanskelig for foreldrene å yte god omsorg uten støtte utenfra, til tross for normalt god omsorgsevne. Om ikke omsorgssvikt er en direkte årsaksfaktor initialt, kan det bli det som følge av vanskene barnet utvikler. For foreldrene kan det være utfordrende å stå fast i sin rolle som omsorgsgivere og oppdragere når barnets vansker skaper vansker i familien. Det kan utløse et hjelpebehov. Alt etter om foreldrene erkjenner sin «abdikasjon» og ber om hjelp, eller om det er utenforstående som identifiserer familiens problemer, kan det påvirke hvilket tiltaksspor barnet kommer inn i – psykisk helsevern eller barnevernet. Dette viser hvor vanskelig det kan være å skille kontekst og problem.

⁹²⁰TIPS Sør-Øst, 2012

⁹²¹Stangeland, 2016

⁹²²Helsedirektoratet, 2008

Enkelte undersøkelser viser at så mange som tre av fire barn under barnevernets omsorg har psykiske helseproblemer av ulik karakter og alvorlighetsgrad; lettere angstlidelser, selvskadingsproblematikk, spiseforstyrrelser eller tilstander der det er spørsmål om psykose.⁹²³ Om- trent en tredjedel av disse barna hadde vært i kontakt med den psykiske helsetjenesten siste tre måneder.⁹²⁴ Dessuten er dette barn med høyere forekomst av somatiske helseproblemer og lærevansker enn gjennomsnittet.⁹²⁵

17.5.3 To organisatorisk atskilte løp med ulikt rettssikkerhetsnivå

17.5.3.1 Innledning

Samarbeid mellom ulike tjenester og tjenestenivåer, kan vanskeliggjøres av ulik rettslig regulering. Framstillingen her er begrenset til en sammenligning av barnevernloven § 4-24 (barn med alvorlige atferdsvansker), samt helse- og omsorgstjenesteloven § 10-2 siden den kan benyttes overfor barn og psykisk helsevernlovens regler. Forekomsten av psykiske lidelser hos barn med alvorlige atferdsvansker er høy.⁹²⁶ Deres vansker er typisk sammensatte, der psykiske helseproblemer og rusmiddelmisbruk ofte er fremtredende i problemkomplekset, se eksemplet i boks 17.1. Krysningpunktet mellom regelsettene er derfor særlig aktuelt for denne barnegruppen. Problemstillingene endres ikke av forslaget fra Barnevernslovutvalget til bestemmelse som skal erstatte gjeldende § 4-24 og heller ikke av Barne- og likestillingsdepartementets høringsnotat til ny barnevernslov.⁹²⁷

De eksisterende lovmessige svakheter og uklarheter påvirker samarbeidet mellom barnevern og psykisk helsevern spesielt på to felt. For det første, når begge har et erkjent ansvar, men ingen erkjenner hovedansvar. Dermed blir barn «skjøvet» mellom tjenestene, f.eks. ved at barnevernet mener barnets psykiske helseproblemer må løses før de kan ta stilling til hvilke barnevernfaglige tiltak som skal ytes. Den motsatte situasjonen er også kjent; det psykiske helsevernet kan ikke gi formålstjenlig helsehjelp før barnevernet har etablert en stabil omsorgssituasjon, hvilket kan være vanskelig å oppnå på grunn av barnets grunnleggende problematikk. For det andre, når ingen av tjenestene mener at barnets vansker omfattes av deres ansvar, til tross for at det er klart at barnet har vansker. Barnet faller da «mellom to stoler».

17.5.3.2 Krav til saksbehandlingen

Barn med alvorlige atferdsvansker kan bli plassert i institusjon uten eget samtykke etter vedtak av fylkesnemnda, jf. barnevernloven § 4-24, jf. § 4-25. Kommunal barneverntjeneste skal når den er av den oppfatning at vilkårene i § 4-24 foreligger, fremme sak for fylkesnemnda i

⁹²³Kayed mfl., 2015, s. 31–33

⁹²⁴Kayed mfl., 2015 s. 34

⁹²⁵Kayed mfl., s. 38

⁹²⁶Kayed mfl., 2015, s. 31–32 og Sigurdson, 2015, s. 33–34

⁹²⁷NOU 2016: 16, s. 274, § 20. Se også Barne- og likestillingsdepartementet, 2019, s. 154–158

henhold til barnevernloven § 8-4, jf. §§ 7-1 og 7-10. Tilsvarende gjelder dersom barneverntjenesten finner at det er alvorlige mangler ved omsorgen barnet får, som tilsier at barnevernet overtar omsorgen for barnet etter barnevernloven § 4-12.

Fylkesnemndas saksbehandling er basert på prinsippene fra tvisteloven, og avviker følgelig fra en ordinær forvaltningsprosess. Behovet for å styrke rettssikkerheten i behandlingen av tvangssaker er begrunnelsen for at domstolsprosessen er modell.⁹²⁸ I § 4-24 saker er barn part i saken uansett alder, jf. barnevernloven § 6-3 andre ledd tredje punktum. Det at loven skiller mellom omsorgssvikt fra foreldrenes side og atferdsvansker hos barnet, gjør det nødvendig å styrke barnets partsstilling for å motvirke at barn møter en allianse mellom foreldrene og barnevernet. Også for det tilfellet at sak overfor barn med rusmiddelmisbruk blir fremmet etter helse- og omsorgstjenesteloven § 10-2, blir beslutningen tatt av fylkesnemnda etter samme regler.

I motsetning til den formelle forvaltningsprosessen når tvangsvedtak fattes etter barnevernloven, avgjøres innleggelse i psykisk helsevern av barn som motsetter seg, av helsepersonellet, se punkt 28.6. Prosessen for innleggelse av helserettslig myndige barn er strengere enn for de under denne alder. For barn under 16 år er det verken krav om at vedtaket skal være truffet av en som er utpekt som faglig ansvarlig, jf. psykisk helsevernloven § 1-4, eller av to leger, slik vilkårene er etter lovens §§ 3-2 og 3-3. Som følge av at innleggelse av barn under 16 år er basert på foreldresamtykket er det ikke tilsvarende krav som det i §§ 3-2 og 3-3 om at barnet skal ha fått anledning til å uttale seg. Dermed er det en fare for at barn blir lite involvert i prosessen. En henvisning kan inneholde få eller ingen opplysninger direkte fra barnet, fordi undersøkelsessituasjonen er fremmed og skremmende. Mange barn forholder seg passive eller følger de voksnes vilje. Inntaksvurderingen blir da ofte preget av henviserens faglige vurderinger og foreldrenes beskrivelser. Ytterligere en forskjell som følger av at foreldresamtykket er rettslig grunnlag ved innleggelse av barn under 16 år, er at det ikke er krav om at frivillighet skal være forsøkt. Dette er et krav som fremgår entydig for barn omfattet av psykisk helsevernloven § 3-2 eller § 3-3, og av helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 10 og indirekte følger av sammenhengen mellom barnevernloven § 4-26 og § 4-24. Det generelle kravet til forsvarlighet, jf. spesialisthelsetjenesteloven § 2-2 og helsepersonelloven § 4, danner det prosessuelle rammeverk ved innleggelse av barn under 16 år i psykisk helsevern.

17.5.3.3 Materielle vilkår for innleggelse

Etter barnevernloven § 4-24 må de alvorlige atferdsvanskene ha vist seg enten ved kriminalitet, rusmiddelmisbruk eller «på annen måte». All den tid problemene er sammensatte, er ofte mer enn ett av alternativene oppfylt. Barnevernslovutvalgets forslag til ny ordlyd «utsetter sin helse eller utvikling for alvorlig fare»,⁹²⁹ viser til en sammensatt vurdering, selv om rammen for vurderingen må anses å være svært vid. Av den grunn har ikke Barne- og likestillingsdepartementet funnet grunn til å følge opp forslaget i deres høringsnotat til ny barnevernslov, men foreslår en ordlyd mer i tråd med gjeldende rett.⁹³⁰ Det kan også være aktuelt å institusjonsplassere barn etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 10 når rusmiddelmisbruk inngår i de alvorlige atferdsvanskene. Innleggelse av barn over 16 år i psykisk helsevern er

⁹²⁸Ot.prp. nr. 44 (1991–92) s. 9 og Ot.prp. nr. 29 (1990–91) s. 134–135

⁹²⁹NOU 2016: 16, s. 274, § 20

⁹³⁰Barne- og likestillingsdepartementet, 2019, s. 154–159

regulert av vilkårene i psykisk helsevernloven § 3-3 eventuelt § 3-2, mens det ikke foreligger noen materielle vilkår for barn under 16 år.

17.5.3.4 *Krav til tiltakets egnethet*

Ifølge barnevernloven § 4-24 fjerde ledd og helse- og omsorgstjenesteloven § 10-2 tredje ledd er det et krav at institusjonen skal være faglig og materielt rustet til å gi den hjelp som er formålet med innleggelsen. Institusjoner som skal ta imot personer til tvungent psykisk helsevern, må være godkjent for dette formålet, jf. psykisk helsevernloven § 3-5 første ledd. At det innebærer spesifikke bemanningskrav og krav til materielle forhold fremgår av psykisk helsevernloven, se §§ 2 til 5. Siden innleggelse av helserettslig umyndige barn formelt er en frivillig innleggelse, stilles det ingen tilsvarende krav.

17.5.3.5 *Særlig om barn som misbruker rusmidler – valg av hjemmel*

Tvangsmessig plassering av rusmiddelavhengige skal ifølge helse- og omsorgstjenesteloven §§ 10-2 og 10-3, jf. spesialisthelsetjenesteloven § 2-1 a fjerde ledd, skje i institusjoner som kan tilby tverrfaglig spesialisert behandling. Etter barnevernloven § 4-24 fjerde ledd skal institusjonen barn plasseres ved, faglig og materielt kunne tilby tilfredsstillende hjelp for det som er årsaken til plasseringen. Mer utfyllende krav er ikke stilt, heller ikke i forskriftsform.⁹³¹ Det er således ingen spesifikke krav som tilsier at når et barn som misbruker rusmidler blir plassert i barneverninstitusjon, skal det skje på en institusjon med spesialisert kompetanse til å møte denne problemstillingen. På dette punktet får dermed valg av lovhemmel betydning for de krav som stilles til plasseringsstedet og dermed de behandlings- og omsorgstiltak som gjennomføres under oppholdet. Fylkesnemndspraksis som omhandler § 4-24 vedtak, viser at selv om det i vedtaket fremgår at barn utvilsomt misbruker rusmidler og har gjort det over lengre tid, blir det ikke alltid konkludert med at dette alternativet i § 4-24 første ledd er oppfylt.⁹³² Når det ikke blir gjort, kan det dekke over hvilket behandlings- og omsorgsbehov barnet har. Det kan påvirke valg av plasseringssted og de krav som stilles til kvalifikasjonene til personalet.

Forskjellene mellom helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 10 og barnevernlovgivningen for barn med rusmiddelproblematikk, er lite problematisert. Den fremste konsekvensen av at barnevernloven § 4-24 er den langt foretrukne bestemmelsen for barn, er at det aksepteres at plasseringsstedet ikke skal dokumentere like strenge krav til behandlingsmessigkompetanse som det er i spesialisthelsetjenesten. Legitimiteten for å gjennomføre et tvungent tiltak står svakere, i tillegg til at lengste tilbakeholdsperiode er tolv måneder etter barnevernloven § 4-24, mens den er tre måneder etter helse- og omsorgstjenesteloven § 10-2.

17.5.3.6 *Krav til samarbeid*

Kravene til samarbeid stilles på to nivåer – det generelle på virksomhetsnivå og det spesielle knyttet til det individuelle barnet. På virksomhetsnivå har de regionale helseforetakene ifølge spesialisthelsetjenesteloven § 2-1 e første ledd plikt til å legge til rette for samarbeid med andre tjenesteytere. Barneverntjenesten har en generell plikt til å samarbeide med andre etater for å løse oppgavene etter loven, se barnevernloven § 3-2 andre ledd. Plikten til å samarbeide

⁹³¹I forskrift om internkontroll i institusjoner, 2008 § 5 sies det at det skal være «tilsatt personell med tilstrekkelig nivå og bredde i kompetansen sett i forhold til institusjonens målgruppe og målsetting.»

⁹³²Fylkesnemndene ser ut til å foretrekke alternativet «på annen måte», se barnevernloven, 1992, § 4-24 første ledd tredje strekpunkt. Oppfatningen er at det virker mindre stigmatiserende. Bestemmelsen er foreslått endret for å få fram at den sentrale vurderingen retter seg mot om barnet gjennom sin oppførsel skader sin helse og utvikling, se NOU 2016: 16, punkt 11.12.

generelt med spesialisthelsetjenesten slår i alle fall inn når det er kunnskap om at barnevernet alene ikke innehar tilstrekkelig kompetanse for å gi forsvarlige tjenester til barn under institusjonsomsorg.⁹³³

På det individuelle nivået er det statlig barneverntjeneste som har ansvaret for barn plassert i barneverninstitusjon, se barnevernloven § 5-1. Når denne ikke har nødvendig kompetanse for å nå det som er formålet med plasseringen av barnet, foreligger et ansvar for å skaffe dette til veie. Det kan i hovedsak gjøres på to måter. Den ene er å plassere barn i institusjon under annet lovverk, se barnevernloven § 5-6, jf. § 5-1.⁹³⁴ Mest aktuelt er institusjon under psykisk helsevernloven, som i § 1-1 a andre ledd trekker opp regler når personer oppholder seg i psykisk helsevern under annet regelverk, se punkt 16.2.3.1.4. Forarbeidene til både barnevern- og psykisk helsevernloven peker på denne plasseringsmuligheten som en vesentlig del av samarbeidet mellom de to tjenestene.⁹³⁵ Men som det er vist i punkt 16.2.3.1.4 er det flere rettslige uklarheter når barn er overført til psykisk helsevern, der det rettslige grunnlaget for oppholdet er barnevernlovens bestemmelser. Ifølge barnevernloven § 5-1 har Bufetat også et alternativ ved at de «eventuelt» kan ha «tilknyttede spesialisttjenester for omsorg og behandling av barn».⁹³⁶ Selv om formuleringen i § 5-1 tyder på en viss frihet, kan ikke bestemmelsen forstås slik. Hvis dette er eneste måte å oppfylle barns krav på forsvarlige tjenester, vil det være plikt til å knytte til seg tjenester. Formålet med en plassering etter § 4-24 vil ofte være relatert til «behandling», i alle fall når det planlegges et langvarig institusjonsopphold, se § 4-24 andre ledd første setning. Intensjonen er altså å forbedre tilstanden.⁹³⁷ Hvordan det skal gjøres under institusjonsoppholdet, altså hvordan begrepet «spesialisttjenester» i § 5-1 skal forstås, vil det være flere innfallsvinkler til. At det kan være «tilknyttede» tjenester signaliserer at dette ikke trenger være en del av den ordinære driften, men kan foregå ved et samarbeid med eksempelvis BUP, via en samarbeidsavtale mellom Bufetat og helseforetaket. En annen mulighet er avtale med privatpraktiserende helsepersonell med spesialistkompetanse. Hvilken type tjenester de yter, varierer; veiledning av personell i en eller flere institusjoner eller som direkte helsehjelp til barn.

Med hensyn til barn som er institusjonsplassert etter helse- og omsorgsloven kapittel 10, inntrer ikke samme problemstillinger når det gjelder samarbeid med helsetjenesten, fordi det

⁹³³I NOU 2016: 16, s. 101 er det vist til et pilotprosjekt i samarbeid mellom Helsedirektoratet og Helse Sør Øst RHF, og tre av helseforetakene, der det er utpekt en barnevernansvarlig ved hver BUP. En helseansvarlig skal være utpekt ved de statlige barneverninstitusjonene. Det er opplyst at ca. halvparten av institusjonene er private.

⁹³⁴Det fremgår av barnevernloven, 1992, § 5-1 at statlig barneverntjeneste (Bufetat) har ansvar for etablering og drift av barneverninstitusjoner. Det utelukker imidlertid ikke andre aktører – kommune eller private virksomheter – i å etablere barneverninstitusjoner. En forutsetning er at institusjonene er godkjent av Bufetat, jf. lovens § 5-8.

⁹³⁵Ot.prp. nr. 44 (1991–92) s. 63–64; NOU 1988: 8, s. 138 og 142; Ot.prp. nr. 11 (1998–99) s. 62

⁹³⁶Utfordringer knyttet til barnevernloven § 5-1 er behandlet av Sigurdson, 2013 og Sandberg.

⁹³⁷Hva som ligger i barnevernlovens behandlingsbegrep er noe uklart, se Haukanes og Søvig, 2016, s. 38–39. Her drøfter de begrepet behandling slik det er benyttet i barnevernloven §§ 4-24 og 4-26 og viser til at ut fra formålet med plasseringen av det enkelte barn vil «behandling» også kunne innebære et medisinsk element.

er spesialisthelsetjenesten, det regionale helseforetaket, som har ansvaret for både rusomsorgen og psykisk helsevern.⁹³⁸ Barnevern og psykisk helsevern er derimot plassert under to forskjellige organisatoriske rammer, uten overbygning, som eksempelvis kunne vært samme departement.

17.5.3.7 Ulike aldersgrenser for barns beslutningskompetanse

At det foreligger ulike aldersgrenser for beslutningskompetansen, er egnet til å påvirke samarbeidsflaten mellom barnevern og helsetjenesten. Barn over 15 år kan samtykke til opphold i institusjon for å avhjelpe sine alvorlige atferdsvansker, jf. barnevernloven § 4-26, jf. § 4-24. Under denne alder kreves samtykke fra de som har foreldreansvaret i tillegg til barnets. Hvorvidt en felles aldersgrense vil lette samarbeidet, er diskutert, men så langt er det valgt å beholde ulikhetene.⁹³⁹ Blant de forhold som ikke er drøftet, er situasjonen ved overføring fra barnevern til det psykiske helsevern for barn i alderen mellom 15 og 16 år. En uklarhet oppstår hvis barn på 15 år har samtykket til opphold i barneverninstitusjon etter barnevernloven § 4-26, men så overføres til psykisk helsevern, og det medfører at barnet trekker tilbake sitt samtykke. Et alternativ er å fatte midlertidig vedtak om plassering etter § 4-24 slik det er adgang til ifølge barnevernloven § 4-25 andre ledd andre setning. I så fall er det overgang fra frivillighet til tvang. En annen mulighet er at foreldrene eller andre som har foreldreansvar samtykker til oppholdet i psykisk helsevern etter psykisk helsevernloven § 2-1, jf. pasient- og brukerrettighetsloven § 4-4. Hvis så, er det spørsmål om barneverntiltaket opphører, slik at det er mindre formelt grunnlag for samarbeid mellom tjenestene.

En annen problemstilling gjelder tiltakene som skal gjennomføres under oppholdet. Reglene i psykisk helsevernloven § 1-1 a andre ledd med begrensninger i anvendelsesområdet for lovens kapittel 4, må antas å gjelde fullt ut for barn fylt 16 år som plasseres etter barnevernvedtak. Mer uklart er det om det gjelder fullt ut for barn under 16 år all den tid tiltak i psykisk helsevern kan baseres på samtykke fra de som har foreldreansvar, eventuelt fra barnevernet om det er fattet vedtak om omsorgsovertakelse, § 4-12, eller det foreligger midlertidig vedtak om plassering utenfor hjemmet, §§ 4-6 andre ledd og 4-8. Dette utvalget ser flere uavklarte spørsmål, som kan påvirke samarbeidet rundt barn med sammensatte vansker, men utvalget har ikke hatt mulighet til å gå inn i disse problemstillingene.

17.5.3.8 Oppsummering – ulikt rettssikkerhetsnivå

Framstillingen i foregående punkter viser at hvilket spor barn blir plassert i – barnevern- eller helsespoet – vil være avgjørende for tilnærmingen til barnets vansker og for hvilke rettssikkerhetsgarantier som gjelder. Når barn har behov for tiltak etter begge regelverkene, kompliseres det av regelverk som ikke er avpasset hverandre. For å unngå et tosporet system for voksne med rus- og helseproblemer, med fare for gråsoner og ansvarsfraskrivelser, ble «rusreformen» gjennomført for ca. 15 år siden. I forbindelse med rusreformen ble det vist til at voksne med rusproblemer i mange tilfeller har omfattende helseproblemer, som ofte er undervurderte.⁹⁴⁰ Som det framgår av punkt 17.5.2 gjelder tilsvarende barn som er i landskapet mellom psykisk helsevern og barnevern. Tiltaksapparatet må møte disse utfordringene, og

⁹³⁸Spesialisthelsetjenesteloven § 2-1 a første ledd

⁹³⁹Ot.prp. nr. 12 (1998–99) punkt 6.7.2.1

⁹⁴⁰Ot.prp. nr. 3 (2002–2003) s. 13

fange opp helseproblemene, derunder psykiske lidelser, enten de er årsak til eller en virkning av rusmiddelmisbruket.

17.5.4 Tidligere diskusjoner om tettere bånd mellom barnevern og psykisk helsevern

Da ansvaret for spesialisthelsetjenesten ble overført fra fylkeskommunene til helseforetakene, ledet det til spørsmål om fylkeskommunen fortsatt skulle ha ansvar for barnevernområdet, og hvis ikke, hvor ansvaret i så fall skulle plasseres. I den forbindelse ble det understreket at barnevern og det psykiske helsevernet, samt rusomsorgen har behov for en kontaktflate på samme forvaltningsnivå for å styrke og videreutvikle samarbeidet.⁹⁴¹ En løsning som ble vurdert, var å flytte ansvaret for annenlinjen i barnevernet til helseforetakene, av hensyn til behovet for samarbeid mellom barnevern og psykisk helsevern. Barne- og familiedepartementet ønsket imidlertid ikke en slik løsning, med begrunnelsen at det kunne føre til at ressurser og innsats ville bli omdisponert og benyttet på en måte som ikke nødvendigvis ville komme de mest vanskeligstilte barna i barnevernet til gode, uten at standpunktet ble nærmere begrunnet. I sammenheng med dette viste departementet til at ikke bare organisering påvirker samarbeidsmuligheter, men også ulik kompetanse og faglig ståsted.⁹⁴² Lignende vurderinger var fremme i drøftingene ved overføring av den spesialiserte rusomsorgen til de regionale helseforetakene, der persongruppens behov for helsetjenester ble tungt vektlagt, noe som begrunnet at ansvaret ble overført til de regionale helseforetakene.⁹⁴³

Når det gjelder grensegangen mellom barnevern og spesialisthelsetjenesten – psykisk helsevern og tiltak for rusmiddelmisbrukere – ble den uklare overgangen mellom spesialiserte tiltak fra barnevernet, jf. barnevernloven § 5-1 og spesialisthelsetjenestens ansvar, i liten grad problematisert. Imidlertid ble det sagt at barneverninstitusjoner ikke driver medisinsk behandling, men har ansvar for tiltak av sosialpedagogisk karakter.⁹⁴⁴ Videre ble det pekt på at noen barn ikke får dekket sine behandlingsbehov og at det skyldtes kapasitetsproblemer og inntaksreglene i barne- og ungdomspsykiatrien.⁹⁴⁵ Hvilken betydning disse forholdene kunne ha for valg av organisasjonsmodellen med et statlig barnevern, ble ikke kommentert. Barne- og familiedepartementet poengterte imidlertid at med barnegruppens sammensatte problemer, kan disse bare løses gjennom samarbeid mellom flere etater.⁹⁴⁶ Målsettingen med opprettelsen av det statlige barnevernet, Barne-, ungdoms- og familieetaten, på et nasjonalt og regionalt nivå, var å legge til rette for at de spesialiserte tjenestene var samlet på statlig nivå. Imidlertid ble

⁹⁴¹Ot.prp. nr. 9 (2002–2003) s. 40

⁹⁴²Ot.prp. nr. 9 (2002–2003) s. 47

⁹⁴³Ot.prp. nr. 3 (2002–2003) s. 20–21

⁹⁴⁴Ot.prp. nr. 9 (2002–2003) s. 34

⁹⁴⁵Ot.prp. nr. 9 (2002–2003) s. 75

⁹⁴⁶Ot.prp. nr. 9 (2002–2003) s. 75

en rekke problemstillinger ikke adressert, deriblant at til tross for statlig ansvar for institusjonsomsorgen i begge etater, foreligger rettslige hindringer for direkte overføringer av barn mellom etatene og ulike gjennomføringsregler.

17.5.5 Barns rett til tjenester

17.5.5.1 *Utgangspunkt – likeverdige tjenester for barn og voksne*

Den klare rettslige beskyttelsen av retten til omsorg og utvikling begrunner at barn må sikres nødvendige og adekvate helse- så vel som omsorgstjenester. Utgangspunktet er likeverdige tjenester for barn og voksne.⁹⁴⁷ Forskjeller forutsetter et saklig formål og at de er nødvendige for å nå målsettingen, med andre ord en forankring i barns behov. Siden barn med psykiske helseproblemer og/eller rusproblemer kan risikere å møte ulike behandlingstilbud alt etter om de kommer inn i barnevern- eller helsesporet, kan det bety at årsaken til vanskene får større vekt enn vanskene i seg selv.

17.5.5.2 *Retten til helse- og omsorgstjenester*

Barns rett til spesialisthelsetjenester er som for voksne, regulert av pasient- og brukerrettighetsloven § 2-1 b andre ledd, der vurderingen er knyttet til *behovet* for helsehjelp. Vurderingstemaet er utdypet i prioriteringsforskriften § 2 første ledd,⁹⁴⁸ og er knyttet til hvilken *nytte*, altså effekt, pasienten kan ha av helsehjelpen (bokstav a) og dette skal ses i lys av de forventede kostnadene ved tiltaket (bokstav b). Kost – nytte-vurderingen vil påvirkes av pasientens alder. Barn har et langt livsløp foran seg, slik at nær sagt enhver positiv effekt vil være til nytte. Ifølge prioriteringsforskriften § 2 andre ledd er dette relevante perspektiv, fordi livslengde og livskvalitet er en del av vurderingen. Her er det videre sagt at det skal legges vekt på om «tilstanden kan forverres uten helsehjelp eller at behandlingsmuligheter forspilles ved utsettelse av helsehjelpen.»

Hvilken styrke som ligger i retten til helsehjelp påvirkes av *når* helsehjelpen blir ytt. Etter prioriteringsforskriften § 2a skal det også foretas en vurdering av hvilket prognosetap det har om helsehjelpen utsettes. Vurderingskriteriene anerkjenner at barn med psykiske helseproblemer eller med rusmiddelavhengighet skal prioriteres for inntak til spesialisthelsetjenesten. Dette følger dessuten utvetydig av pasient- og brukerrettighetsloven § 2-1 b sjuende ledd, jf. prioriteringsforskriften § 4a, som pålegger spesialisthelsetjenesten en kortere tidsfrist for å ta stilling til henvisning og mottak av personer under 23 år som er i behov for psykisk helsehjelp eller behandling for rusmiddelavhengighet.

Rettighetene i pasient- og brukerrettighetsloven § 2-1 b eksisterer fullt ut for barn under barnevernets omsorg. Fordi grenseflaten mellom spesialisert barnevern og spesialisert barnefaglig helsehjelp ikke er klar, kan en effekt være at en og samme tilstand blir forstått ulikt, avhengig av hvilken tjeneste og hvilken faglig kompetanse som forestår vurderingen av barnet. Om en barneverninstitusjon blir valgt som arena, kan følgen være at «helsehjelp» gis i barnevernets regi. For barn med psykisk lidelse og/eller rusmiddelproblemer kan det gi vidt ulike behandlingstilnærminger og ulik forståelse av barns rettigheter.

⁹⁴⁷Se Grunnlova §§ 104 første ledd første punktum og 98 andre ledd, samt Barnekonvensjonen art. 2. Menneskerettighetsutvalget begrunnet både behovet for en egen bestemmelse om barns menneskerettigheter og at bestemmelsen innledes med setningen om barns krav på respekt for sitt menneskeverd, med behovet for å framheve barns likeverd med voksne og at de ikke skal utsettes for usaklig forskjellsbehandling, se Dokument 16 (2011–2012) s. 189–190. I tillegg kan det vises til EMK art. 14.

⁹⁴⁸Prioriteringsforskriften, 2000

17.5.5.3 Barnevernloven – en ny rettighetslov

I barnevernloven § 1-5 heter det at «Barn har rett til nødvendige tiltak etter loven når vilkårene for tiltaket er oppfylt.» Bestemmelsen er ny og kom inn i loven ved lovendring gjeldende fra 1. juli 2018. Lovens funksjon er å være et sikkerhetsnett for de tilfeller der foreldrene ikke evner eller makter å gi nødvendig omsorg til sine barn. Barns rett til tiltak inntreffer når det foreligger slike mangler ved omsorgen barnet får at det aktiverer tiltak etter loven eller når barnet utviser en atferd som omfattes av vilkårene i § 4-24, jf. 4-26. Det gjør at denne rettighetsbestemmelsen har en noen annen karakter enn det som ellers finnes i velferdslovgivningen.⁹⁴⁹

17.5.5.4 Barns rettigheter – betydning for organiseringen

Barn har en (for)sterk(et) rett til helsetjenester, noe som må gjenspeile seg i organiseringen av tjenestene. Regjeringen Solberg har eksempelvis foreslått tiltak for bedre psykisk helsehjelp til barn i barnevernet.⁹⁵⁰ Barnevernslovutvalgets forslag, som ikke er fulgt opp av Barne- og likestillingsdepartementet, om å innlemme «helse» i forslag til bestemmelse som skal erstatte dagens § 4-24,⁹⁵¹ signaliserer oppfatning om at ivaretagelse av helsedimensjonen kan være helt sentral for å berettigede at tvang anvendes overfor barn. Når tiltakene innebærer inngrep i barns frihet, er det desto viktigere at tjenestene er organisert med utgangspunkt i barnets behov – med avklarte målsettinger og ansvars plasseringer. Det kan imidlertid som vist i punkt 17.5.2, være vanskelig å ta stilling om det er barneverntiltak eller helsetjeneste som er det rette tiltaket.

Etter dette utvalgets oppfatning må barns rett til helsehjelp få en mer fremskutt posisjon i grenseflaten mellom barnevern og helsetjenesten, for å forhindre at det blir gjennomført tvungne tiltak overfor barn, der barnets vansker kunne vært møtt med mindre inngripende tiltak.⁹⁵² En motsatt løsning der barnevernet får ansvar for gjennomføring av helsehjelp, innebærer rettslige uklarheter, slik Søvig og Haukanes har vist til.⁹⁵³ En erkjennelse er at det foreligger to ulike faglige tradisjoner. På begge områder gjelder et overordnet krav til forsvarlighet, se henholdsvis spesialisthelsetjenesteloven § 2-2, jf. helsepersonelloven § 4 og barnevernloven § 1-4. På helserettens område har forsvarlighetskravet en lang tradisjon, mens det først ble kodifisert i barnevernloven i 2014.⁹⁵⁴ Ulike faglige tradisjoner kan bidra til at det ikke alltid er ens oppfatning om hva som er faglig forsvarlige tiltak. Det påvirker når barn henvises

⁹⁴⁹Prop. 169 L (2016–2017) s. 35–39

⁹⁵⁰Nyhetssak fra BLD og HOD, 2017

⁹⁵¹NOU 2016: 16, s. 274, forslag til § 20 første ledd: «Fylkesnemnda kan vedta at et barn skal bosettes i godkjent institusjon uten barnets samtykke, når dette er nødvendig fordi barnet utsetter sin helse og utvikling for alvorlig fare.» Forslaget er ikke fulgt opp av BLD i høringsnotatet, se Barne- og likestillingsdepartementet, 2019, s. 157–159.

⁹⁵²FNs barnekomite har vist til vanskene med å skille mellom atferdsvansker og psykiske lidelser, jf. Barnekomiteen, 2013b, avsnitt 38. Retten til helsetjenester ligger imidlertid fast.

⁹⁵³Haukanes og Søvig, 2016

⁹⁵⁴Prop. 106 L (2012–2013) s. 124–130

mellom tjenestene og når annen profesjonsbakgrunn trekkes inn.⁹⁵⁵ At barneverntjenesten kan ha problemer med å identifisere barns behov for psykisk helsehjelp, er fremholdt av både Statens helsetilsyn og Barnevernslutvalget.⁹⁵⁶ Likeså kan synet på metodevalg for å møte barns utfordringer, være ulike. Blant annet har Sivilombudsmannen stilt spørsmål ved de faglige metodene som blir brukt ved enkelte barneverninstitusjoner som mottar barn med alvorlige atferdsvansker.⁹⁵⁷ Det er grunn til å anta at spesialisthelsetjenesten ikke vil anvende tilsvarende tiltak som det Sivilombudsmannen har beskrevet. Behovet for å forsterke forskningen på barnevernets tiltak må anses for å være større enn for psykisk helse, selv om det på sistnevnte felt også er behov for faglig utvikling.⁹⁵⁸ Funn som ble gjort i fylkesmennenes landsomfattende tilsyn med barneverninstitusjoner i 2018 indikerer det.⁹⁵⁹

Det kan være grunn til å se hen til de grep som ble foretatt, for å styrke det faglige tilbudet til personer med behov for behandling av rusmiddelavhengighet, se punkt 17.5.3.8 og 17.5.4. Utelukkende institusjoner utpekt av det regionale helseforetaket som gir tverrfaglig spesialisert behandling, kan ta imot personer innlagt etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 10.⁹⁶⁰ Tilsvarende utvetydelig krav gjelder ikke for barn, heller ikke når institusjonsplassering gjennomføres etter rusalternativet i barnevernloven § 4-24.⁹⁶¹ Det avspeiler en lite tydelig sammenheng mellom årsaken til inngrepet i barns liv og valg av et tiltak som skal være egnet, forsvarlig og forholdsmessig for å oppnå formålet med inngrepet.

I 2018 ble det utpekt to barneverninstitusjoner som skal ta imot barn med behov for både barneverntiltak og psykisk helsehjelp.⁹⁶² Barnevernet har hovedansvar, men psykisk helsevern har plikt til å yte helsehjelp på den måten og i det omfang barnet trenger. Ordningen gir ikke barn nye rettigheter, men er et forsøk på å organisere tjenestene slik at rettighetene blir oppfylt.

⁹⁵⁵Fylkesmannen i Oslo og Akershus og Fylkesmannen i Østfold, 2016. Det ble funnet brudd på forsvarlighetskravet, bl.a. begrunnet i at det var barn med store psykiske vansker som hadde opphold på institusjonen, mens de fleste ansatte var ufaglærte.

⁹⁵⁶Helsetilsynet, 2012, s. 34-39 og NOU 2016: 16, s. 101

⁹⁵⁷Se bl.a. Sivilombudsmannen, 2017a og 2018b. Barn blir tvungent til å delta på det som omtales som motivasjonsturer hvis de f.eks. har brukt rusmidler eller forsøkt å forlate institusjonen.

⁹⁵⁸NOU 2009: 8, særlig s. 14 og 120

⁹⁵⁹Helsetilsynet, 2019

⁹⁶⁰Ot.prp. nr. 3 (2002–2003) s. 20–24, se særlig s. 21

⁹⁶¹Fylkesnemndene ser ut til å foretrekke alternativet «på annen måte», se barnevernloven. § 4-24 første ledd tredje strekpunkt. Oppfatningen er at det virker mindre stigmatiserende.

⁹⁶²Nyhetssak fra BLD og HOD, 2017

17.5.5.5 Særlig om barns rett til helsetjenester når foreldre ikke samtykker – forholdet til barnevernloven

I grenselandet mellom helsetjeneste og barnevern ligger også den situasjon at barn ikke får oppfylt sin rett til helsehjelp på grunn av motstand hos foreldrene. Barn under 16 år er med noen begrensede unntak, avhengig av at foreldrene eller andre med foreldreansvaret samtykker for at helsehjelp skal bli gitt.⁹⁶³ Hvis de som har foreldreansvar ikke samtykker, til tross for kvalifisert helsepersonells anbefaling, kan det resultere i at barn ikke får helsehjelp de har rett til etter pasient- og brukerrettighetsloven §§ 2-1 a og 2-1 b. Dersom helsepersonell står i en slik situasjon, kan det utløse opplysningsplikt til barnevernet etter helsepersonelloven § 33, jf. barnevernloven § 6-4. For at det skal foreligge opplysningsrett og -plikt, kreves det en situasjon med forholdsvis høy grad av alvorlighet, se § 33 andre ledd. Beviskravet for situasjonen er «grunn til å tro», altså forholdsvis lavt. Når det er grunn til å tro at et barn som har en livstruende eller annen alvorlige sykdom eller skade ikke blir undersøkt eller behandlet, har helsepersonell opplysningsplikt til barneverntjenesten, som avgjør om det skal fremmes sak for fylkesnemnda med begjæring om tiltak etter barnevernloven § 4-10. Fylkesnemnda kan vedta at barnet skal undersøkes og behandles.

Foreldrenes rett til å ta avgjørelser på vegne av barnet står sterkt og kan ha den effekt at barnets vansker eskalerer til et nivå der tvang er nødvendig for å møte barnets utfordringer. Paradoksalt står barns rettigheter svakere når de som har foreldreansvar er enige om beslutningen enn om de er uenige. Hvis de som har foreldreansvar er uenige seg imellom og kvalifisert helsepersonell mener at barnet har behov for nødvendig helsehjelp for å unngå skade, er det tilstrekkelig at en av de med foreldreansvar samtykker til helsehjelpen. Dette følger av pasient- og brukerrettighetsloven § 4-4 tredje ledd.⁹⁶⁴ Står de sammen om avgjørelsen om å avvise helsehjelp til barnet, er helsehjelpen betinget av en barnevernprosess.

17.6 Foreldrenes behov for veiledning og støttende tiltak

Foreldrene er normalt barns viktigste ressurs, også for å sikre at barns rettigheter blir oppfylt. Men foreldre flest er ikke i besittelse av kunnskap og erfaring som gjør dem rustet for å håndtere utfordringene som inntreffer når utviklingen kommer inn i et spor som klart avviker fra det som kan forventes for aldersgruppen. For foreldre kan det gi behov for veiledning og støttende tiltak for å kunne ivareta sitt foreldreansvar på best mulig måte. Det gjelder ikke minst når barn motsetter seg tiltak fra enten barnevern eller helsetjenesten. En særskilt problemstilling som er blitt presentert for utvalget, er når barn motsetter seg bistand fra psykisk helsevern til tross for at barnet blir vurdert til å ha et sterkt behov for helsehjelpen, og barnets motstand er av en slik karakter at det vil være uforsvarlig å videreføre behandlingen. Det kan eksempelvis være poliklinisk eller ambulant kontakt som opphører av denne grunn eller en innleggelse som avbrytes fordi motstanden er så massiv at den både ødelegger for nåværende og senere behandlingsrelasjoner. Når det psykiske helsevernet avslutter behandlingstiltak overfor barnet, opphører også formelt kontakten med foreldrene eller andre som har foreldreansvar, siden det er barnet som er pasienten og dermed den som rettigheter og plikter er knyttet til. Etter gjeldende rett har spesialisthelsetjenesten ingen direkte forpliktelser overfor foreldrene eller

⁹⁶³I henhold til pasient- og brukerrettighetsloven § 4-3 første ledd bokstav c har barn i alderen 12 til 16 år rett til å samtykke til helsehjelp når det foreligger forhold som gir adgang til ikke å informere foreldrene, eller tiltakets karakter tilsier det. Se videre punkt 17.2.4.3.

⁹⁶⁴Ot.prp. nr. 104 (2009–2010) s. 62–64

andre som har foreldreansvar, til tross for at de kan bli stående alene om ansvaret for det psykisk syke barnet.

Barnevernloven § 4-4 femte ledd sier at det kan gis foreldrestøttende tiltak når barn er i ferd med å utvikle alvorlige atferdsvansker av en slik karakter at det kan være grunnlag for fylkesnemnda til å fatte vedtak om plassering etter § 4-24. Vedtak om foreldrestøttende tiltak fattes av fylkesnemnda, siden tiltak gjennomføres med samtykke fra foreldrene, men mot barnets ønske. Å gi foreldrene veiledning, kan være et vesentlig grep for å unngå det mer inngripende tiltaket som en institusjonsplassering vil være.

Helselovgivningen inneholder ingen tilsvarende hjemmel for å gjennomføre foreldrestøttende tiltak for å unngå bruk av tvangstiltak overfor barn. Imidlertid inneholder helse- og omsorgstjenesteloven § 3-6 en plikt for kommunene til å tilby pårørende med særlig tyngende omsorgsarbeid støttende tiltak, blant annet i form av opplæring og veiledning (§ 3-6 nr. 1). I forarbeidene er det pekt på at selv om foreldrene eller andre som har foreldreansvar har et lovpålagt omsorgsansvar, kan de ha behov for veiledning og støtte når det er «særlig tyngende» omsorgsoppgaver. I vurderingen av om det er «særlig tyngende» omsorgsarbeid, inngår faktorer som omfanget, den fysiske og psykiske belastningen med arbeidet og varighet.⁹⁶⁵ Å tilby denne type tiltak er særlig aktuelt overfor foreldre til barn med funksjonsnedsettelse, med derav følgende store bistandsbehov. Gjennom å bistå foreldrene eller andre som har foreldreansvar med veiledning og støttende tiltak, kan en bieffekt være at situasjoner som ellers vil kunne utvikle seg til å aktualisere tvangstiltak, kan unngås. En underliggende begrunnelse for at de med foreldreansvar til tross for deres lovfestede omsorgsplikt har rett til veiledning og andre støttende tiltak for dempe noe av de utfordringer som kan følge av et stort omsorgsansvar, må antas å ligge i respekten for familien som en enhet. Det primære er å bygge opp under foreldrene eller andre som har foreldreansvar som barnets primære omsorgsgivere, altså tilsvarende det grunnhensynet barnevernlovgivningen er fundert på, samtidig som barnet skal sikres en forsvarlig og stabil omsorgssituasjon. For å styrke foreldrenes stilling, har regjeringen i den politiske plattformen som ble utformet i januar 2019 foreslått å lovfeste rett til foreldreopplæring for alle foreldre til barn med nedsatt funksjonsevne.⁹⁶⁶

Når foreldre eller andre som har foreldreansvar i utgangspunktet har rett til all informasjon om helsen til barn under 16 år, jf. pasient- og brukerrettighetsloven § 3-4, henger det sammen med deres ansvar for å ivareta barns interesser på best mulig måte. For barn over 16 år vil foreldrene eller andre som har foreldreansvar ha rett til all nødvendig informasjon, dersom barnet åpenbart ikke kan ivareta sine interesser på grunn av fysiske eller psykiske forstyrrelser eller psykisk utviklingshemning, se pasient- og brukerrettighetsloven § 3-3 andre ledd, jf. § 3-2. Foreldrene eller andre som har foreldreansvar har også rett til informasjon når barn over 16 år, som formelt kan ivareta egne interesser, men som reelt har store vanskeligheter, f.eks. er deprimert, suicidal eller har andre alvorlige psykiske helseproblemer. Foreldrenes omsorgsansvar trer inn for å medvirke til at barnets rettigheter blir oppfylt. I dette ligger en plikt til å veilede foreldre eller andre som har foreldreansvar som står i en vanskelig omsorgsoppgave. Spesialisthelsetjenesteloven § 3-11 viser også til en generell informasjonsplikt med utgangspunkt i

⁹⁶⁵Prop. 49 L (2016–2017) s. 19–20

⁹⁶⁶Granavoldplattformen, 2019, s. 12

pasient- og brukerrettighetslovens regler, inkludert ansvar for informasjon til nærmeste pårørende (andre ledd). Imidlertid fremgår ikke foreldrenes eller andre som har foreldreansvar mulighet for veiledning tydelig.

Hvis helsetjenesten utfra en forsvarlighets- og forholdsmessighetsvurdering kommer til at barnets motstand er så sterk at det er kontraindisert å fortsette helsehjelpen, opphører foreldrenes mulighet til kontakt med helsetjenesten. Situasjonen er da at de med foreldreansvar sitt ansvar utvides, men uten at det ledsages av bistand til å ivareta en oppgave som ellers ville vært til-lagt helsetjenesten, med unntak av en uformell mulighet for veiledning. Ut fra de opplysninger utvalget har mottatt, gjelder problemstillingen en meget begrenset gruppe barn, og fordi foreldre eller andre som har foreldreansvar oppfatter situasjonen som fortvilende, gis det råd fra spesialisthelsetjenesten når foreldrene eller andre som har foreldreansvar tar kontakt. Det er imidlertid grunn til å tro at praksis kan være ulik mellom helseforetakene. Sett i lys av den rett foreldre eller andre som har foreldreansvar har til veiledning og støtte etter helse- og omsorgstjenesteloven § 3-6 nr. 1 og etter barnevernloven, mener utvalget at det foreligger en ubegrunnet forskjell med hensyn til lovfesting av muligheten for veiledning, som følge av en problemstilling som har fått liten oppmerksomhet. Dette er situasjoner der barnet oppfyller vilkårene for rett til helsehjelp etter pasient- brukerrettighetsloven §§ 2-1 a andre ledd eller 2-1 b andre ledd, men barnet klarer ikke å nyttiggjøre seg rettigheten på grunn av motstanden.

Utvalget foreslår derfor en bestemmelse som gir foreldrene eller andre som har foreldreansvar rett til veiledning og oppfølging når den ordinære kontakten med helsetjenesten avsluttes fordi barnets motstand er så massiv at det er uforsvarlig å fortsette kontakten, men barnet har fortsatt et *sterkt behov* for den aktuelle helsehjelpen, se lovforslaget § 2-3. Foreldrene eller andre med foreldreansvar avgjør hvorvidt de ønsker å ta imot veiledningen, men veiledningen kan være avgjørende for hvordan de takler omsorgen for et barn med et stort omsorgsbehov og dermed om de klarer å stå i en krevende omsorgssituasjon. Dersom omsorgen bryter sammen, vil barneverntiltak aktualiseres, hvilket betyr at ytterligere en aktør vil involveres i barnets liv og for barnet kan det ha negative utslag i en situasjon med behov for stabilitet og kontinuitet. Kontakten mellom spesialisthelsetjenesten og foreldrene eller andre som har foreldreansvar, kan dessuten gi barnet trygget for at det er en lav terskel for kontakt, og om ikke barnet ønsker direkte kontakt, vet det at foreldrene eller andre med foreldreansvar fungerer som et tale-rør. Å tilby veiledning til foreldrene eller andre som har foreldreansvar kan dertil være en ef-fektiv måte for spesialisthelsetjenesten til å følge utviklingen hos barnet, for eventuelt å vur-dere om tvungne tiltak er nødvendig. Fordi helsetjenesten allerede har en alminnelig veiled-ningsplikt samt at dette gjelder en begrenset gruppe barn, er utvalget av den oppfatning at det ikke vil medføre ekstra utgifter å lovfeste at virksomhetene skal tilby veiledning.

17.7 Oppsummering og utvalgets forslag

Sammenhengen mellom alvorlige atferdsvansker og psykiske lidelser hos barn er godt doku-mentert. Til tross for at gjeldende regelverket byr på en rekke forskjeller og uklarheter som påvirker samarbeidet mellom barnevern og helsetjenesten, og dette er forhold som er påpekt over lang tid,⁹⁶⁷ er det ikke foretatt større lovmessige endringer for styrke tiltaksapparatet rundt barn med kombinasjonen helseproblemer og et sosialt fungeringsproblem. Dette utval-get mener det er nødvendig å se de faglige og rettslige problemstillingene som gjelder denne

⁹⁶⁷F.eks. i NOU 1988: 8, punkt 17.2.5.4.2. Problemstillinger knyttet til samarbeidet mellom barnevern og helsetjeneste gjenfinnes i flere av de andre forarbeidsdokumentene til barnevernloven og psykisk helsevernloven.

barngruppen i et nytt og bredere lys. Dette gjelder barn som lett kan komme i sårbare situasjoner, fordi de har mangelfulle forutsetninger for å forhindre at en slik situasjon inntreffer og når den er oppstått, har de begrensede virkemidler for å avgrense negative virkninger. Eksempelvis har ikke barn som er institusjonsplassert mulighet til å verne seg mot at det blir benyttet vikarer eller ufaglærte som mangler kunnskap om behandlingsmetodikk og som har liten personlig kjennskap til barnet. Når tilsatte mangler kompetanse om psykisk helse, kan barns uttrykksmåte bli misforstått, noe som kan lede til at tvang blir iverksatt der forebyggende tiltak kunne vært virksomme.⁹⁶⁸ Utvalgets mandat gjør at utvalget ikke kan gå inn i problemstillingene med full tyngde. Tilsvarende gjaldt Barnevernslovutvalgets og deres vurderinger av forholdet mellom barnevern og helsetjeneste.⁹⁶⁹ I det ligger en fare for at problemstillingene ikke blir vurdert i en tilstrekkelig helhetlig kontekst, hvilket er nødvendig med tanke på å sikre at barns rettigheter blir respektert, beskyttet og gjennomført.

En problemstilling som med tyngde slår inn når det gjelder barn, er hva som er *omsorg* og hva som er *behandling*. At den diagnostiske forståelsen av barn avviker fra den diagnostiske forståelsen av voksne, kan bety at organisatoriske løsninger som passer voksne ikke passer barn. For å sikre barns rettigheter er det nødvendig å være oppmerksom på at barn ikke kan ses løst fra sin sosiale kontekst, siden de ikke kan fri seg fra den.

Ettersom utvalget mener det er nødvendig å adressere en rekke problemstillinger som gjelder barn som befinner seg i grenselandet mellom barnevern og helsetjenester, mener vi på lik linje med Barnevernslovutvalget at det er behov for en større utredning og støtter derfor fullt ut deres forslag om en *barnevernhelsereform*. I påvente av en slik reform mener utvalget at et første grep for å tydeliggjøre ansvars plasseringer og krav til samarbeid, er å benytte forskriftshjemmelen i barnevernloven § 5-6 andre punktum. Her vil utvalget vise til at regjeringen har uttalt at den vil forsterke samarbeidet mellom barnevern og ungdomspsykiatri.⁹⁷⁰

Utvalget foreslår også en egen bestemmelse i lovutkastet § 2-3, som gir et ansvar for å tilby veiledning til foreldrene eller andre med foreldreansvaret, når et barn med rett til helsehjelp etter pasient- og brukerrettighetsloven §§ 2-1 a andre ledd og 2-1 b andre ledd, utviser slik motstand at det er uforsvarlig å gjennomføre helsehjelp barnet har sterkt behov for. Ivaretagelsen av barn med store utfordringer i sine liv, vil normalt gi foreldrene et tungt ansvar. Når en behandlingsrelasjonen med barnet brytes, medfører det at foreldrenes kontakt med helsetjenesten også formelt opphører. For å styrke barns rettigheter foreslår utvalget at helsetjenesten skal ha et ansvar for å gi veiledning til foreldre eller andre som har foreldreansvar som ønsker det. Veiledning av foreldrene eller andre som har foreldreansvar i hvordan de kan følge opp barnet, hvordan de kan motivere for behandling, hvilke observasjoner som er viktige, hvilke tiltak de kan forsøke for å bedre barnets situasjon m.m., vil gi barnet indirekte bistand fra helsetjenesten. En målsetting må være at barnet oppgir sin motstand samtidig som denne kontakten gjør det mulig for helsetjenesten å vurdere om det er nødvendig å iverksette tvangstiltak mot barnet.

⁹⁶⁸Helsetilsynet, 2019, s. 28–29

⁹⁶⁹NOU 2016: 16, kapittel 8

⁹⁷⁰Granavoldplattformen, 2019

18 Tvangsbegrepet – innhold og funksjon i en framtidig lovgivning

Boks 18.1 Tvangsbegrepet

- Utvalget anbefaler å definere tvang som overvinning av motstand, som er en snever tvangsdefinisjon. Dette vil:
 - gi personer som ikke er beslutningskompetente, men heller ikke viser motstand, lettere tilgang til hjelp
 - konsentrere kontrollressursene om de mest alvorlige sakene
- Likestilt med tvang er «objektivt betydelig inngripende» tiltak overfor personer med store formidlingsvansker.

[Boks slutt]

18.1 Tvangsbegrepets funksjon i dagens helselovgivning

18.1.1 Innledning

For spørsmålet om når det kan ytes helse- og omsorgstjenester uten samtykke eller mot persons vilje, har strafferetten historisk gjerne blitt tatt som et utgangspunkt. I dag er det alminnelige vernet mot tvang nedfelt i straffeloven § 251 første ledd og rammer den som gjennom

«urettmessig atferd eller ved å true med slik atferd tvinger noen til å gjøre, tåle eller unnlate noe.»

Tvangsbegrepet er ikke nærmere definert i straffeloven. Begrepets nærmere innhold er imidlertid klarlagt gjennom rettspraksis og i juridisk litteratur.⁹⁷¹ Hovedpoenget er at det må være tale om overvinning av motstand med virkemidler som oppleves sterkt ubehagelig for offeret. En slik høy terskel må ses i lys av at overtredelse kan utløse straffansvar.

Koblingen mellom helserett og strafferett er blitt svekket, særlig de siste 20–25 år. Drivkraften bak denne utviklingen har vært den stadig økende utviklingen av særlige rettsregler om bruk av ulike inngrep i helse- og omsorgstjenesten. Prosedyrereglene som er etablert rundt disse tiltakene, har gjort at feltet i dag blir beskrevet som en forvaltningsrettslig disiplin, med sterke innslag av menneskerettslige synsmåter.

Innenfor en slik ramme får tvangsbegrepet en ganske annen funksjon. I moderne helselovgivning blir «tvang» gjerne brukt som et stikkord for typer av samhandling mellom personen og tjenesteapparatet som – av ulike grunner – må innhegnes av særlige rettssikkerhetsgarantier. Det kan imidlertid ikke spores noen enhetlig begrepsbruk. Det er altså ikke tale om ett tvangsbegrep, men om flere ulike.⁹⁷² Vi kan gjenfinne tre hovedformer som hver for seg har ulikt fokus og rekkevidde:

⁹⁷¹Se for en omfattende gjennomgang med henvisning til norsk og nordisk litteratur og rettspraksis, Østenstad, 2011, s. 155–207

⁹⁷²Søvig, 2018, s. 35–55

1. Tvang som overvinning av motstand. Fokus er her rettet mot personens subjektive holdning til tiltaket.
2. Tvang som fravær av gyldig samtykke. En slik grensetrekking for tvangsbegrepet rekkes vesentlig lenger enn et motstandskriterium. Dels kan det referere til personens subjektive holdning (ønsker ikke å ta stilling), men det representerer også et objektivt tillegg til hva som skal regnes som tvang.
3. Tvang som uttrykk for et kontrollbehov, uavhengig av om det foreligger motstand eller samtykke. Her er ikke personens subjektive holdning relevant. Denne hovedformen representerer således den tydeligste objektive utbyggingen av tvangsbegrepet.

I fortsettelsen utdypes av hva som ligger i disse hovedformene med utgangspunkt i dagens lovgivning. Det kan også tenkes ulike mellomformer. Deretter skal retningslinjer for en mer samordnet framtidig lovregulering drøftes. Særlige aspekter for barn drøftes i punkt 18.7.

18.1.2 Uklarheter om tvangsbegrepets innhold i deler av lovgivningen

18.1.2.1 Innledning

På enkelte punkter er dagens lovgivning ikke eksplisitt om hvilket tvangsbegrep som blir lagt til grunn. Dette kan skape uklarhet om når reglene kommer til anvendelse. Her skal dette utdypes. Spørsmålet om hjemmel for tiltak som per i dag *ikke* er lovregulert er en annen problemstilling.

Både i psykisk helsevern og på rusfeltet har man tradisjonelt hatt størst fokus på selve frihetsberøvelsen. Etter hvert har likevel reguleringen av hva som skjer under oppholdet fått mer fokus. På psykiatريفeltet er dette kommet til uttrykk gjennom en gradvis utbygging av kapittel 4 i psykisk helsevernloven: både i bredde og dybde. På rusfeltet er inngrep under oppholdet regulert i forskrift om rettigheter og tvang i rusinstitusjon, revidert og iverksatt f.o.m. 1. november 2016. På begge områdene er det til dels uklart hvilket tvangsbegrep som er lagt til grunn. Før utvalget ser nærmere på dette, skal likevel barns stilling i relasjon til tvangsbegrepet kommenteres.

18.1.2.2 Inngrep overfor barn

Utvalget skal etter mandatet ha et særlig fokus på barns rettsstilling. I helselovgivningen er inngrep overfor barn under 16 år generelt lite fokusert, særlig om man sammenligner med tiltak overfor barn med atferdsproblemer etter barnevernlovgivningen. For barn mellom 16 og 18 år gjelder i utgangspunktet de samme reglene om tvang som for voksne. I helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 er det valgt en særlig variant. Av forarbeidene går det fram at særreglene om tvang for personer med utviklingshemning i prinsippet også gjelder for barn, men bare for tiltak «som går utover alminnelig barneoppdragelse».⁹⁷³ I det ligger at man hever bunnen for når regelverket slår inn overfor barn, sammenlignet med det som ellers følger av tvangsdefinisjonen der.

Et spørsmål er om helse- og omsorgslovgivningen baserer seg på et avvikende tvangsbegrep, eller bare på at hjemmelsspørsmålet må løses etter andre normer (hovedsakelig foreldresamtykke). Problemstillingen er i liten grad diskutert, men som framhevet av Sigurdsen, kan fraværet av rettslig regulering oppfattes som at inngrep mot barn formelt er basert på frivillighet:

⁹⁷³Ot.prp. nr. 58 (1994–95) s. 18

konkrete foreldrenes frivillighet.⁹⁷⁴ Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD)s formelle innfallsvinkel via synspunktet om innebygde innskrenkinger i vernet for enkelte grupper, også barn, kan gi støtte for en slik forståelse.

Fra et praktisk synspunkt har det liten betydning om man anlegger det ene eller det andre perspektivet. I en lovgivningsmessig sammenheng har imidlertid innfallsvinkelen stor betydning fordi det avspeiler hvilke holdninger man har til den lidelse og krenkelse også barn kan oppleve ved bruk av tvang.

I Grunnlova § 104 er barn gitt et særlig vern, og første ledd lyder:

«Barn har krav på respekt for menneskeverdet sitt. Dei har rett til å bli høyrde i spørsmål som gjeld dei sjølve, og det skal leggjast vekt på meininga deira i samsvar med alderen og utviklingssteget.»

I «respekt for menneskeverdet» ligger at barn er likeverdige mennesker og at de ikke skal utsettes for usaklig forskjellsbehandling. Videre var formålet med at denne passusen ble inntatt i § 104, å få fram at øvrige menneskerettigheter gjelder for barn med mindre annet er bestemt og at barn kan ha særlige behov.⁹⁷⁵ Tvangsbegrepet i relasjon til barn er nærmere drøftet i punkt 18.7.

18.1.2.3 Psykisk helsevernloven kapittel 4

Ved tiltak etter psykisk helsevernloven § 4-4 – ofte omtalt som tvangsbehandling – er situasjonen avklart. Her er det fravær av samtykke som utløser bruk av bestemmelsen. For skjerming etter psykisk helsevernloven § 4-3 er bildet mer uklart. Etter lovendring i 2017 lyder andre ledd først punktum slik (f.o.m. 1. september 2017):

«Det skal fattes vedtak hvis pasienten motsetter seg skjerming, eller hvis skjerming opprettholdes ut over 24 timer.»

Spørsmålet er hvor langt tvangsbegrepet strekker seg ut over motstandstilfellene. Mer presist er problemstillingen om det kan samtykkes til skjerming eller om det alltid skal fattes vedtak ved tiltak ut over 24 timer – respektive 12 timer etter andre punktum – ved fravær av motstand. Forarbeidene peker i retning av det sistnevnte tolkningsalternativet:

«Når pasienten eksplisitt eller stilltiende godtar at skjerming iverksettes, mener departementet at det fortsatt må være tilstrekkelig at beslutningen nedfelles i et skriftlig og begrunnet vedtak først når skjermingen opprettholdes utover 24 (12) timer.»⁹⁷⁶

Etter 24 – respektive 12 – timer går dermed tvangsbegrepet over fra å dekke fravær av samtykke til å gjelde uavhengig av motstand eller samtykke. I rundskriv opprettholder imidlertid Helsedirektoratet det synspunkt (uttrykt i tidligere rundskriv) at det må kunne samtykkes til skjermingstiltak:

«At pasienten ved skjerming kan «henvises til eget rom» skal ikke tolkes slik at det regnes som skjerming dersom helsepersonell ber en pasient om å gå til rommet sitt. Derimot vil det

⁹⁷⁴Sigurdson, 2015, s. 182–185

⁹⁷⁵Dokument 16 (2011–2012) punkt 32.5.2

⁹⁷⁶Prop. 147 L (2015–2016) s. 35

være skjerming dersom pasienten etter anmodningen motsetter seg å gå på rommet, men likevel pålegges å gjøre det.»⁹⁷⁷

Det er mulig at den uklarhet som her kommer til uttrykk er et resultat av at skjermingsbestemmelsen regulerer to nokså ulike situasjoner: både skjerming som et behandlingstiltak overfor pasienten og som et tiltak for å ivareta institusjonsmiljøet for andre personer (fellesskapsinteresser). Hvis vi har behandlingsperspektivet i fokus, framstår § 4-3 som en særregulering av en problemstilling som ellers ville blitt omfattet av § 4-4, og å akseptere samtykke ville da være naturlig. Fokuserer vi derimot på skjerming for å ivareta institusjonsmiljøet for andre, nærmer vi oss raskere en § 4-8-situasjon, der det kan være mer problematisk å basere et tiltak på samtykke.

Heller ikke psykisk helsevernloven § 4-8 er klar om hvilket tvangsbegrep som er lagt til grunn. Lovbestemmelsens situasjonsvilkår – «uomgjengelig nødvendig» for å hindre skade – indikerer likevel en svært tilspisset situasjon der forslag til alternative tiltak blir avvist: med andre ord at det foreligger motstand, eller et reaksjonsmønster som indikerer motstand. I praksis har det likevel oppstått spørsmål om bruk av mekaniske tvangsmidler basert på samtykke fra pasienten – til dels etter uttrykkelig ønske fra vedkommende selv. Parallelle problemstillinger kjenner vi for øvrig fra omsorgen for utviklingshemmede. Spørsmålet har tidligere vært uavklart, men Sivilombudsmannen har uttalt seg kritisk til å basere seg på samtykke.⁹⁷⁸ I kjølvannet av VGs avsløringer av tvangsmiddelbruk i psykisk helsevern, er det i rundskriv presisert at samtykke ikke kan utgjøre et selvstendig grunnlag:

«Tvangsmidler kan **ikke** iverksettes på grunnlag av pasientens samtykke alene, for eksempel fordi pasienten er redd for at han/hun vil utagere: Vilkårene i psykisk helsevernloven § 4-8 må alltid være oppfylt og det må alltid fattes formelt vedtak selv om pasienten ber om eller «samtykker» til at mekaniske tvangsmidler tas i bruk.» (Uthevet i rundskrivet.)⁹⁷⁹

Bakgrunnen for den strenge reguleringen er rettssikkerhetsmessige vurderinger.⁹⁸⁰

Paragraf 4-6 regulerer *undersøkelse av rom og eiendeler samt kroppsvisitasjon*. I en fortolkningsuttalelse har Helsedirektoratet lagt til grunn at samtykke kan være selvstendig grunnlag – selv om det uttrykkes skepsis til dette da forutsetningene for frivillighet ofte vil være dårlige. Det må antas at de samme vurderinger må gjelde i relasjon til § 4-7 om beslag ut fra den nære sammenhengen som er mellom disse to bestemmelsene: Tvang er altså fravær av gyldig samtykke.

I § 4-5 er restriksjoner i forbindelsen med omverdenen regulert. Spørsmålet om – og i tilfelle i hvilket omfang – det kan samtykkes til begrensninger står som uavklart (ut over de absolutte skranker som nedfelt i tredje ledd).

⁹⁷⁷Helsedirektoratet, IS-1/2017, kommentar til psykisk helsevernforskriften § 18

⁹⁷⁸Sivilombudsmannen, 2017, s. 24–27

⁹⁷⁹Helsedirektoratet, 2014 IS-1/2017, s. 74

⁹⁸⁰Ot.prp. nr. 65 (2005–2006) punkt 10.3

Større klarhet gir § 4-7a om rusmiddeltesting av pasientens biologiske materiale. I første ledd er det uttrykkelig åpnet for å samtykke til et slikt tiltak. Det er imidlertid stilt tydelige formkrav, og det kan bare samtykkes i situasjoner hvor det ellers kan fattes vedtak etter andre ledd. Første ledd lyder:

«Ved mistanke om at en pasient misbruker rusmidler, kan pasienten etter begjæring fra den faglig ansvarlige gi samtykke til at det kan tas prøver av pasientens biologiske materiale for å avdekke rusmiddelmisbruk i forbindelse med et behandlingsforløp. Slik begjæring kan bare fremsettes dersom dette fremstår som strengt nødvendig av hensyn til helsehjelpen. Begrunnelsen for begjæringen om slikt samtykke og selve samtykket skal nedtegnes i et dokument som undertegnes av pasienten og den faglig ansvarlige.»

18.1.2.4 Forskrift om rettigheter og tvang i rusinstitusjon

Inngrep under opphold i rusinstitusjon er regulert i forskrift med hjemmel i spesialisthelsetjenesteloven § 3-14 andre ledd og helse- og omsorgstjenesteloven § 12-4 fjerde ledd. Tvangsbegrepet benyttes flere steder, men det er ikke klargjort verken i lovtekstene eller i forskriftsteksten hva som utgjør «tvang». Paragraf 11 regulerer «tvang» i forbindelse med tilbakehold og rømming. Ut fra sammenhengen synes det her klart at det bare er motstandstilfellene som er påtenkt.

I § 6 første ledd er det uttrykkelig fastsatt at det kan samtykkes til rusmiddeltesting, på nærmere vilkår. Dermed er det altså fravær av samtykke som her utgjør tvang. Det er derimot mer uklart om det kan samtykkes til innskrenkning i kontakt med omverdenen, til kroppsvisitasjon og undersøkelse av pasient/brukers rom og eiendeler, samt til beslag og tilintetgjøring av legemidler, rusmidler mm., jf. §§ 7 til 9 i forskriften. I lovproposisjonen (til forskriftshjemlene) er det en formulering som antyder at forskriftsreguleringen bare gjelder ved fravær av samtykke, men spørsmålet er ikke drøftet.⁹⁸¹

Inngrep i form av «kortvarig fastholding» er regulert i § 10. Ved tvangsmiddelbruk etter psykisk helsevernloven § 4-8 har vi sett at samtykke til bruk av belte er reist som en problemstilling, men at det nå er klargjort at dette ikke kan aksepteres. Samtykke til tiltak etter § 10 er trolig lite praktisk, og spørsmålet er ikke uttrykkelig omtalt. Her kan en parallell til psykisk helsevern være naturlig, men poenget også i denne sammenheng er at det er en uklarhet om tvangsbegrepets rekkevidde.

18.1.3 Supplerende perspektiver på hva tvang er

Fokuset i dette kapitlet er hvordan tvangsbegrepet er brukt – og bør brukes – i lovgivningen. Det finnes imidlertid også andre innfallsvinkler til temaet som kan gi nyttige perspektiver. Et eksempel er relasjonen mellom formell tvang og opplevd tvang, eller uformell tvang.

«Uformell tvang» kan beskrives som inngrep som ikke blir håndtert i henhold til regelverket. Her kjenner vi ikke omfanget, men ut fra pasientbeskrivelser er det grunn til å tro at problemet er omfattende. Noen pasienter beskriver at de får et valg mellom å f.eks. ta medisiner frivillig, eller få medisinene med tvang, eller at de opplever ulike typer «trusler»: som «hvis du ikke roer deg nå, står beltesengen klar». Andre opplever at de for å få videre tilgang til behandling (innleggelse eller polikliniske samtaler), må godta behandling de ikke ønsker, for eksempel medisinerings.

⁹⁸¹Prop. 40 L (2015–2016) sammendraget på s. 5. Se også Helsedirektoratet, IS-2355, s. 78.

Her kan det være glidende overganger mellom det som kan sies å være realistisk informasjon om konsekvenser, og direkte trusler. Ordet «gråsonetvang» kan her betegne situasjoner der det er usikkerhet knyttet til om et regelverk kommer til anvendelse. Fordi tvang – i betydningen overvinning av motstand – blant annet viser til personens reaksjon under press, er det sannsynlig at oppfatningen av samme situasjon kan variere, og at det helsepersonell opplever som nødvendig informasjon kan oppleves truende for personer som utsettes for tiltakene.

Pasienter som blir utsatt for tvang, opplever dette ulikt. Noen opplever dette som mishandling og alvorlig krenkelse, mens det for andre er mer akseptabelt.⁹⁸² Hvilken type tvang man blir utsatt for, hvordan tvangen gjennomføres, og i hvilken sammenheng, påvirker opplevelsen av tvang. Nytingnes utviklet i sitt doktorgradsarbeid en skala for måling av opplevd tvang, ECS.⁹⁸³ Ved bruk av denne skalaen fant han at pasienter som hadde opplevd tvungen medisinerer generelt hadde høyest opplevd tvang. Andre forhold som påvirket hvor alvorlig tvangen ble opplevd, inkluderte blant annet om pasienten oppfattet tvangen som rimelig og nødvendig (for eksempel for å hindre skade på en selv eller andre), og om pasienten oppfattet tvangen som rettferdig besluttet og gjennomført.⁹⁸⁴ Særlig kan nevnes at selv om det for en del pasienter kan oppleves godt å få valg mellom ulike typer tvangsmidler, eller å ta medisiner «frivillig», fremfor å bli utsatt for tvangsmedisinerer, er dette ikke uproblematisk. Pasienter som ikke har et reelt valg, kan i slike situasjoner oppleve at «jeg var jo med på det», eller jeg «valgte det selv», og dermed ta ansvaret for noe de reelt sett ikke har noe ansvar for, fordi valget aldri var reelt. Særlig for pasienter som har tidligere traumeerfaringer kan dette bli komplisert.

18.2 Tvang som overvinning av motstand

18.2.1 Utgangspunkt

Etter pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A er tvangsbegrepet knyttet til motstandssituasjoner. Regelverkets virkeområde er avgrenset til personer over 16 år «som motsetter seg helsehjelpen», jf. § 4A-2 første ledd. Vedtak «kan [...] gjennomføres med tvang eller andre tiltak for å omgå motstand hos pasienten» (§ 4A-4 første ledd). Også etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 er motstandssituasjonene uttrykkelig nevnt («tiltak som brukeren eller pasienten motsetter seg», jf. § 9-2 andre ledd), men som vi skal se i punkt 18.4 har man her strukket tvangsbegrepet lenger. Tvang i form av overvinning av motstand inngår for øvrig der fravær av gyldig samtykke er gjort til inngangsportal for hva som utgjør tvang, for eksempel etter psykisk helsevernloven § 1-2, jf. kapittel 3, og § 4-4, samt helse- og omsorgstjenesteloven §§ 10-2 og 10-3. Her representerer likevel ikke motstandssituasjonen yttergrensen.

I fortsettelsen skal det nærmere innholdet av et tvangsbegrep som er knyttet til overvinning av motstand beskrives. Utgangspunktet er her hvordan dette er utviklet i lovforarbeider og litteratur. Det historiske utspringet er som nevnt strafferetten, hvor også rettspraksis har spilt en

⁹⁸²Nytingnes, Ruud & Rugkasa, 2016

⁹⁸³Nytingnes, Rugkasa, Holmen & Ruud, 2017

⁹⁸⁴Nytingnes, 2018

avgjørende rolle. Utvalget uttrykker i fortsettelsen også enkelte vurderinger om hvordan det – i en framtidig lovgivning – mener et tvangsbegrep basert på et motstandskriterium bør forstås.

18.2.2 Krav om et negativt standpunkt

Tvang som overvinnelse av motstand forutsetter begrepsmessig *et negativt standpunkt* fra personen. Om motstanden er «informert» og om formålet med tiltaket er godt er uten betydning. Overvinnelse av motstand fra personen som avviser nødvendig hjelp uten å forstå konsekvensene, er dermed også tvang, selv om dette kan avvike fra forståelsen hos folk flest.

Avgjørende er videre personens holdning på gjennomføringstidspunktet. At man tidligere har vært positiv er uten betydning. Tilsvarende vil ikke et etterfølgende samtykke eller tilfredshet med resultatet frata en handling karakteren av tvang.

Det stilles ikke krav til måten motstand kommer til uttrykk på. Den trenger således ikke å bli kommunisert verbalt, noe som er et særlig poeng stilt overfor personer med nedsatt funksjonsevne, men også for barn som i situasjonen kan ha vansker med å uttrykke seg verbalt. Kroppsspråk som risting på hodet eller flukthandlinger er viktige praktiske eksempler på alternative uttrykksformer.

Tidvis kan det være vanskelig å klarlegge om personen uttrykker et negativt standpunkt. Dette kan gjelde personer som uttrykker seg på måter som er vanskelig å forstå eller har en usikker forståelse av hva tiltaket vil innebære. I slike tilfeller er det nødvendig at noen som kjenner personen godt, deltar i vurderingen av hva vedkommende mener. Særlig er denne problemstillingen fokusert i relasjon til mennesker med kognitive funksjonsnedsettelser, herunder utviklingshemning. Dels kan personer innenfor denne gruppen ha vansker med å uttrykke seg på grunn av fysiske funksjonshemninger, dels kan problemet være tilbakeholdenhet med å uttrykke hva han eller hun mener. Sistnevnte var tungt framme i debatten om sosialtjenesteloven kapittel 6A (forløperen til helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9). Synspunktet var at tillært passivitet så å si kunne oppfattes som en institusjonsskade etter opphold i institusjon i helsevernet for psykisk utviklingshemmede (HVPU). Utvalget har grunn til å tro at bildet er lysere i dag. Imidlertid er dette en problemstilling med aktualitet for barn. Eksempelvis kan et barn med nedsatt funksjonsevne i større grad ha lært å adlyde fremfor å utvise egne meninger. Barn som i utstrakt grad er autoritetstro eller der deres motstand er brutt ned, vil sannsynligvis i mindre grad tilkjennegi sin motstand. Det er et bilde som også kan ses hos barn i psykisk helsevern.

Problemstillingen er mer generelt aktuell for personer i psykisk helsevern som tidligere har opplevd alvorlige traumer. Den mest grunnleggende alarm- eller overlevelsesreaksjon vi har er det man kalles «immobilisering», som er en slags overgivelses/resignasjonsrespons når faren/overmakten er overveldende, eller når man har lært at det ikke finnes noen fluktmulighet. Samme reaksjonsmønster kan utløses i nye situasjoner hvor man opplever overmakt, for eksempel i et usymmetrisk maktforhold i en behandlingssituasjon, eller hvis personen er redd for å bli utsatt for tvang. Det er en helt annen fysiologi i denne type reaksjoner, enn når man har en fight/flight reaksjon. Da er aktiveringen høy. Ved immobilisering blir den lav, pulsen går ned, respirasjonen blir roligere, man blir slapp og føyelig, og omgivelsene kan oppleve personen som snill, medgjørilig eller samarbeidsvillig. Det er ikke desto mindre en sterk frykt- eller overlevelsesreaksjon.

En særlig problemstilling gjelder personer preget av et indre tankekaos som enten selvskader eller utagerer, men som motsetter seg personelletts forsøk på å yte hjelp til å roe ned. Her kan det i særlig grad være uklart hvilke tankemessige overveielser som ligger bak vedkommendes

ytre reaksjoner. Nettopp for å dekke inn også disse tilfellene, bruker helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 begrepet «makt» ved siden av «tvang».⁹⁸⁵ Dette er ikke strengt nødvendig. I tilfeller der reaksjonen ytre sett indikerer motstand i form av negativt standpunkt, må det presumeres at så er tilfelle.

Unnlattelse av å ta standpunkt faller utenfor et motstandskriterium. En særlig problemstilling i den sammenheng er ambivalens: altså at personen ikke makter å bestemme seg – eller stadig skifter mening. Dette er et fenomen som i større eller mindre utstrekning naturlig gjør seg gjeldende for oss alle, men hos enkelte personer i de grupper som blir dekket av dagens lovgivning om tvang innenfor helse- og omsorgsfeltet, kan problemene være mer omfattende og utgjøre en betydelig utfordring. I den tolkning som må gjøres av hva personen mener, må det (her) kunne være forsvarlig både juridisk, etisk og helsefaglig å se ting litt an og yte støtte slik at personen om mulig kan bestemme seg.

18.2.3 Hvordan motstand overvinnes er avgjørende

Motstand kan overvinnes enten psykisk eller fysisk. En viktig presisering er at det ikke er overvinne av motstand mot et tiltak i seg selv som gjør noe til tvang, men måten det skjer på. En person med demens som motsetter seg hjelp til påkledning, men som lar seg overtale av pleierens argumenter fremført i en vennlig atmosfære, er ikke utsatt for tvang. Overvinnes derimot motstanden på en måte som framkaller frykt hos vedkommende – for eksempel med trusler om negative sanksjoner –, er bildet et annet. Det er dette poenget som – i spesialreglene for personer med utviklingshemning – er kommunisert i helse- og omsorgstjenesteloven § 9-2 andre ledd siste punktum:

«Alminnelige oppfordringer og ledelse med hånden eller andre fysiske påvirkninger av liknende art anses ikke som bruk av tvang eller makt.»

Den nedre grense for hva som utgjør tvang etter et motstandskriterium, må trekkes ut fra hva som er vanlig i samhandling mellom mennesker. I strafferetten må vi trolig operere med en særlig høy terskel for at noe skal regnes som tvang: at virkemiddelbruken må oppleves som sterkt ubehagelig. I helseretten vil terskelen være lavere, og forskjellen her kommer av reglenes ulike funksjon.

Hva som er vanlig i samhandling kan variere med situasjonen. Arena kan her være en faktor, men det må også tas individuelle hensyn. Overfor en særlig sårbar person kan stemmebruk som i de fleste situasjoner framstår som kurant, oppleves som skremmende. På den andre siden er behov for særlig klar tale – både i form, innhold og volum – beskrevet som nødvendig overfor enkeltpersoner som er i en tilstand av indre opprør og i utgangspunktet har nedsatte ferdigheter til å oppfatte kommunikasjon fra andre.

En særlig problemstilling gjelder stadig gjentakning eller presisering av valgsituasjon overfor personen for å få vedkommende med på det som oppfattes som fornuftige tiltak. Til dels kan dette ha karakter av beslutningsstøtte i form av at valgsituasjonen blir forsøkt klargjort og forstått. For personer med en forstandsmessig funksjonsnedsettelse kan dette tidvis være en forutsetning for å kunne utøve selvbestemmelsesretten, og er ikke tvang i rettslig forstand.

Mer problematisk kan det være der spørsmål stadig blir gjentatt selv om det ikke er tvil om at personen har forstått hva saken gjelder. Der formålet er godt og det er tale om forsvarlig helsehjelp, må også dette i vid utstrekning aksepteres uten at det er tale om tvang. Denne typen

⁹⁸⁵Ot.prp. nr. 58 (1994–95) punkt 3.1

belastninger skiller seg ikke nevneverdig fra det som ellers er vanlig å oppleve i samfunnet – på ulike arenaer. Selv om vi vil stille strengere krav i relasjonen person–personell, står vi her overfor vurderinger som i stor grad må overlates til fagskjønnet, med reservasjon for mer klare tilfeller av manglende respekt for personens integritet. Det skal være stor toleranse for uortodokse valg og væremåter. Personer som møter selv mild motstand på sin opptreden og valg, vil over tid gradvis kunne utvikle en mer problematisk atferd for å ivareta sine interesser.

En særlig problemstilling gjelder grensen mot det å informere/realitetsorientere personer om mulige negative konsekvenser av utfordrende atferd. Innen psykisk helsevern kan for eksempel personer bli stilt overfor valget mellom å «roe seg» eller bli overført til en annen institusjon eller avdeling. I den grad dette framkaller frykt hos vedkommende og helsepersonellet vet dette og spiller på det i disiplinerende hensikt, må det regnes som tvang allerede etter et motstandskriterium med betydning for spørsmålet om det foreligger et gyldig samtykke, se nærmere nedenfor. Ved mer nøytral informasjon om at spørsmålet kan måtte vurderes, kan det stilles seg annerledes.⁹⁸⁶

18.2.4 Særlig om tvang i form av unnlatelse av å hjelpe

Straffeloven § 251 omfatter ikke unnlatelseshandlinger: det vil si overvinnelse av motstand gjennom det å ikke yte hjelp. Årsaken er at dette ikke oppfyller kravet om såkalte tvangsvirkninger – at tvangen må påvirke personen til å «gjøre, tåle eller unnlate noe».

Særlig i en pleie- og omsorgssammenheng er problemstillingen praktisk. Der personer ønsker å gjennomføre ufornuftige handlinger som å overspise, men trenger hjelp til det (hente fram mat), kan unnlatelse av å hjelpe være et effektivt virkemiddel. Om denne typen unnlatelseshandlinger omfattes av motstandskriterier i helselovgivningen er imidlertid ikke drøftet i ulike lovforarbeider.

En viktig forskjell fra straffeloven er at ulike motstandskriterier i helselovgivningen ikke uttrykkelig har innlemmet noe krav til tvangsvirkninger. Dette gir et annet handlingsrom, og talar med styrke for at motstandskriteriet både etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 og pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A i prinsippet må kunne omfatte unnlatelse av å hjelpe der dette ivaretar samme funksjon som en aktiv handling: i eksempelet f.eks. å låse inn mat. Samtidig må det gjøres noen avgrensninger. Unnlatelse av å yte hjelp til å oppnå det objektivt sett umulige, kan ikke være tvang. Det gjelder for eksempel der en person krever å bli transportert til en bestemt butikk for å handle, men på et tidspunkt der butikken er stengt, og vedkommende ikke lar seg realitetsorientere om dette. For at unnlatelse skal regnes som tvang må personen være helt avhengig av hjelp for å oppnå det aktuelle og objektivt sett rimelige ønsket, og personellens unnlatelse må skape negative reaksjoner som det ikke er mulig å dempe på en alminnelig og akseptert måte.

I nedre grense for at unnlatelse skal regnes som tvang ligger belønningssystemer for å påvirke personers valg: å arrangere betingelser for atferd. Dette er en problemstilling som har vært framme i omsorgen for personer med utviklingshemning, for eksempel i den form at dersom en urenselig person går med på å dusje, tilbyr personalet å kjøre han eller henne til butikken. Alternativet er å gå til butikken. Forutsetningen for at slike tiltak ikke skal være tvang må blant annet være at godet som reguleres ikke er personens egne eiendeler (i dette tilfelle at personen selv ikke eier bilen). Faglig forsvarlige belønningssystemer må i alle tilfeller ha som

⁹⁸⁶Se Lundeberg, Mjåland og Søvig 2014, s. 110, for vurderingen etter helse- og omsorgstjenesteloven § 10-4.

formål at de oppleves som et gode som fremmer trivsel, og ikke oppleves som kuing eller gir gjentatte skuffelser og tapsopplevelser.

18.2.5 Antatt motstand – likestilling med faktisk motstand?

Et særlig spørsmål gjelder situasjonen der personen ikke framviser motstand, men trolig ville ha gjort det om vedkommende hadde kjent til alle relevante omstendigheter (faktiske forhold eller foreliggende valgalternativer), eventuelt ved tilrettelagt informasjon. Grunnlaget for antakelsen kan være konkrete holdepunkter om hvordan vedkommende har reagert i lignende situasjoner tidligere, eller mer allmenne vurderinger knyttet til hvordan folk flest ville ha reagert: eventuelt en kombinasjon av slike synsmåter. Problemstillingen er knyttet til den situasjon at personell bevisst utnytter personens manglende kunnskap eller forståelse for å omgå eller forebygge åpen motstand. Med andre ord dreier det seg om manipulasjon eller – med et mer ladet ord – lureri. Problemstillingen har særlig blitt fokusert i behandling og omsorg overfor personer med forstandsmessige funksjonshemninger (utviklingshemning og demens).

Antatt motstand blir ikke omfattet av det strafferettslige tvangsbegrepet. Etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 blir ikke spørsmålet satt på spissen på grunn av den utvidelsen som her er gjort av tvangsbegrepet til også å dekke etisk særlig problematiske tiltak – som også vil fange opp antatt motstand-problematikken.

Kapittel 4 A i pasient- og brukerrettighetsloven er av interesse. Utgangspunktet her er klart nok tilfeller av faktisk motstand. I § 4A-3 andre ledd framgår imidlertid at kapitlet også gjelder der helsepersonell «vet [...] at vedkommende med stor sannsynlighet vil opprettholde sin motstand». Forståelsen av denne passusen er ikke klar. Spørsmål har vært reist om hva som gjelder der helsepersonell ikke «vet» hvordan personen vil reagere, men unnlater å informere fordi man frykter motstand. Forarbeidene viser at en slik handlemåte er uakseptabel.⁹⁸⁷

Alt i alt taler derfor de beste grunner for at kapittel 4 A også dekker antatt motstand-situasjoner gjennom sitt motstandsbegrep. Situasjonene som kan oppstå er likevel så ulike at det må gjøres avgrensninger. Dette er ikke drøftet i lovforarbeidene.

Noe rom må det være for bruk av faglige teknikker som for så vidt utnytter et forstandsmessig handikap, men der dette allikevel framstår som klart etisk og faglig forsvarlig: blant annet ut fra sitt formål og sine virkninger. Det må for eksempel gjelde der pleierne ved et sykehjem roer ned en person med demens som vil hjem for å lage matpakke til sin for lengst avdøde ektemann, med å si at «du kan slappe av, vi skal ta oss av matpakken». Her blir personen tilsynelatende stilt overfor et valg, noe som reduserer elementet av krenkelse. Videre er ikke personens ønske mulig å oppfylle for henne i denne verden, og hun ville selv neppe hatt noe ønske om å oppdage (bli påmint) dette: at ektemannen er død.

Utblanding av medikamenter i mat eller drikke er en klassisk problemstilling. Situasjonen der dette blir gjort på grunn av svelgeproblemer hos personen er som regel lite problematisk, så lenge vedkommende blir tydelig informert. Noe ganske annet er at medikamenter bevisst blandes i maten for å skjule inntaket for personen. Her krenkes for det første retten til å velge – og det på en krenkende måte. I tillegg kommer risikoen for kroppslige (bi)virkninger behandlingen kan ha. Det er derfor gode grunner til å likestille snikmedisinering med situasjoner der det foreligger faktisk motstand. Det gjelder både der man fra før kjenner personens reaksjon, men også på nivået før: der helsepersonell eventuelt skulle ønske å ta en snarvei og helt

⁹⁸⁷Østenstad, 2011, s. 248–251

unnlåte å undersøke personens oppfatning. En slik handlemåte vil for øvrig sjelden være profesjonsetisk eller helsefaglig forsvarlig.

I et eksempel utvalget har fått seg forelagt, unnet en mann med ervervet hjerneskade seg ingenting og spiste knapt mat. I samråd med verge og nærmeste pårørende, sa personalet til ham at «kommunen betaler», men sannheten var at de benyttet hans eget minibankkort. Mannen fikk i seg god næring, nødvendige klær og husholdningsartikler – og var svært fornøyd. Et slikt tilfelle av å omgå motstand, bør regnes som tvang.

I en mellomstilling står ulike former for *innsnevring* av valgalternativer. Et eksempel kan være at personen blir spurt om *når* han eller hun vil dusje, ikke *om*. Selv om formålet er godt – å yte omsorg som anses faglig forsvarlig og nødvendig –, er dette likevel problematisk i den grad målet er å omgå motstand og ikke å bruke spørremåten som et virkemiddel til å fremme medvirkning. Sistnevnte forutsetter at personens motstand mot dusjing ikke er bastant. Også slike tilfeller bør således likestilles med tvang i lys av dagens oppfatninger om viktigheten av selvbestemmelse for personer med psykisk funksjonsnedsettelse.

Hos noen personer som har store forståelsesvansker, vil det imidlertid kunne være en tilpasset kommunikasjon å gi valg mellom to klare alternativ. Vansker med overganger kan også lettes på denne måten. Noen trives bedre med instrukslignende beskjeder eller to avgrensede valgalternativer. Det er bare når tjenesteyterne utnytter personens manglende evne til å reservere seg mot noe han eller hun egentlig ikke vil, at en slik innsnevring av valg er så problematisk at det bør regnes som tvang og dermed underkastes særlige rettssikkerhetsgarantier.

Rekkevidden av kapittel 4 A i antatt motstand-situasjonene er i dag usikker. Som det framgår er det utvalgets vurdering at ikke alle tilfeller av antatt motstand bør likestilles med tvang. En framtidig lovgivning må både være klarere og mer nyansert om denne problematikken.

18.3 Tvang som fravær av gyldig samtykke

18.3.1 Utgangspunkt

Det kan være ulike grunner til at personen ikke viser motstand uten at dette er uttrykk for et samtykke. Som et grep for å gi rettssikkerhetsgarantiene bredere utstrekning, er derfor én hovedmodell etter lovgivningen å definere tvang som fravær av samtykke.

Tvungent psykisk helsevern – og tvungen observasjon – er i psykisk helsevernloven § 1-2 definert som fravær av gyldig samtykke, jf. uttrykksmåten brukt både i andre og tredje ledd: «uten at det er gitt samtykke etter bestemmelsene i pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4». Tilsvarende gjelder innleggelse og tilbakehold i rusinstitusjon, jf. §§ 10-2 og 10-3, begge første ledd, hvor uttrykksmåten «uten eget samtykke» er brukt. I lovteksten selv er dette benevnet som «tvang». Det som i dagligtale er omtalt som tvangsbehandling etter psykisk helsevernloven § 4-4 er også knyttet til intervensjon «uten eget [personens] samtykke».

Som presisert ovenfor er det situasjonen på gjennomføringstidspunktet som er avgjørende. Der personen først gir et forhåndssamtykke, men senere trekker dette tilbake, er det avgjørende. Et forhåndssamtykke er altså uten bindende kraft med mindre noe annet følger av særlig lovhjemmel.

18.3.2 Presisering av problemstillingen: samtykket må være gyldig

Der personen viser motstand mot tiltaket foreligger selvsagt ikke samtykke. Et tvangsbegrep av denne støpningen rekker lenger, men spørsmålet er hvor langt. Her har vi to hovedsituasjoner:

For det første kan situasjonen være at vedkommende ikke makter å ta et standpunkt – eller i alle fall ikke å uttrykke dette. Årsakene kan her være flere. Personen greier kanskje ikke å bestemme seg (ambivalens), oppfatter ikke valgsituasjonen på grunn av sterkt nedsatt kognitiv funksjon til tross for tilrettelegging av informasjonen, eller orker ikke å ta stilling på grunn av dyp depresjon. I denne situasjonen er det klart nok ikke tale om noe samtykke.

For det andre kan situasjonen være at personen er positiv til tiltaket uten å forstå hva dette innebærer. Vedkommende regnes altså ikke som beslutningskompetent. Her har det vært reist spørsmål om lovens ulike referanser til samtykke forutsetter et *gyldig* samtykke. Problemstillingen ble vurdert av Paulsrud-utvalget som besvarte spørsmålet bekreftende.⁹⁸⁸ Utvalget ser dette standpunktet som naturlig slik rettskildebildet er, og anser spørsmålet som avklart.

Noe annet er at man i klinisk praksis nok har strukket seg langt for å definere behandlingsrelasjonen som frivillig selv der personens kompetanse er høyst tvilsom.⁹⁸⁹ Dette kan være lovstridig, jf. pasient- og brukerrettighetsloven § 4-3 andre ledd, men er samtidig et eksempel på at faglige vurderinger og et ønske fra en del personer om å motta tjenester uten å være underkastet et formelt tvangsregime blir forent.

I psykisk helsevern har spørsmålet om kvalitetskrav til samtykket blitt satt skarpere på spissen i kjølvannet av innføringen av en kompetansebasert modell (f.o.m. 1. september 2017), jf. psykisk helsevernloven §§ 3-3 nr. 4 og 4-4 første ledd andre punktum. Dette på grunn av en «nyoppdagelse» av pasient- og brukerrettighetsloven § 4-3 femte ledd blant helsepersonell.⁹⁹⁰ Denne bestemmelsen kan oppfattes å presse ikke-kompetente personer med en alvorlig sinnslidelse inn i tvungent vern, selv om vedkommende ikke motsetter seg nødvendig psykisk helsehjelp. Bestemmelsen lyder:

«Undersøkelse og behandling av psykiske lidelser hos personer som mangler samtykkekompetanse etter annet ledd og som har eller antas å ha en alvorlig sinnslidelse eller motsetter seg helsehjelpen, kan bare skje med hjemmel i psykisk helsevernloven kapittel 3.»

Tilsvarende kan et økt kompetansefokus føre til flere § 4-4-vedtak (tvangsbehandlingsvedtak) enn vi hittil har vært vant til. I tilfelle vil dette utgjøre en (ikke tilsiktet) motpost til en forventet reduksjon av bruk av tvang overfor personer som ønsker seg ut av tvungent vern / tvungen behandling og som blir regnet som beslutningskompetente.

18.3.3 Kritiske punkter for et samtykkes gyldighet

Gyldigheten av samtykke avhenger av en vurdering langs flere akser. Det er vanlig å operere med:

- materielle krav som gjelder samtykkets innhold (hva det kan samtykkes til)
- prosessuelle krav, som gjelder måten samtykket blir til på – sentralt her er både kravet om frivillighet og kravet om tilstrekkelig informasjon

⁹⁸⁸NOU 2011: 9, s. 38-39, jf. s. 302-304

⁹⁸⁹Se blant annet UiO 2019 punkt 5.1.3.4

⁹⁹⁰Evalueringsrapporten fra Senter for medisinsk etikk (UiO 2019) antyder at denne effekten først og fremst er aktuell i alderspsykiatrien, se punkt 5.1.3.4.

- personelle krav som gjelder hvem som kan samtykke, herunder spørsmålet om beslutningskompetanse

Et langt stykke på vei er disse kravene nedfelt i pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4, men til dels er de også ulovfestet. Et gjennomgående, ulovfestet prinsipp er at kravene til et positivt samtykke skjerpes jo mer inngripende tiltaket er.

Ved vurdering av om et samtykke er gyldig, kan naturligvis det kritiske spørsmål gjelde beslutningskompetansen. Fordi man vil strekke seg langt for å godta samtykke til nødvendige og forsvarlige tiltak, jf. her også det sterke beviskravet i favør av at kompetansen er intakt («åpenbart ikke er i stand til å forstå», jf. pasient- og brukerrettighetsloven § 4-3 andre ledd), vil frivillighetskravet i praksis ofte være mer problematisk. Frivillighet som vilkår for et gyldig samtykke, er ikke nedfelt uttrykkelig i pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4, men gjelder like fullt.

Grensen mellom frivillighet og tvang må trekkes etter samme mønster som er gjort rede for under punktet om overvinnelse av motstand ovenfor. Trusler overfor personer om overføring til et strengere behandlingsregime om vedkommende ikke adlyder, vil således gjøre et samtykke ugyldig, jf. ovenfor under punkt 18.2.3. Utvalget har grunn til å tro at det på dette punkt syndes i betydelig grad, særlig i psykisk helsevern. Situasjonene kan for øvrig være nokså ulikeartet.

Et annet aspekt gjelder kravet om «nødvendig informasjon om sin helsetilstand og innholdet i helsehjelpen», jf. pasient- og brukerrettighetsloven § 4-1 første ledd siste punktum. Informasjonen må klart nok også omfatte hvilke alternativer som foreligger. Særlig for personer som er frivillig innlagt vil en påminning om denne statusen (frivillighet) være viktig. Det gjelder både at man kan velge å forlate institusjonen om man ikke aksepterer foreslått behandling, men også at man ikke uten videre kan utskrives mot sin vilje selv om man er uenig i elementer i behandlingsopplegget. Utvalget er kjent med at det blant annet har forekommet avtaler om å begrense adgangen til å lese religiøse skrifter og å delta i fellesmåltider for å unngå religiøst snakk i avdelinger i psykisk helsevern. Her vil ikke et samtykke være gyldig med mindre personen uttrykkelig er informert om sin status som frivillig innlagt, sine rettigheter ved en nektelse og at et samtykke uansett vil kunne trekkes tilbake når som helst.

18.4 Tvang som uttrykk for et kontrollbehov uavhengig av samtykke eller motstand

18.4.1 Utgangspunkt

Å basere enkelte tiltak på gyldig samtykke reiser – som vist – også rettssikkerhetsproblemer. Som et svar har man for enkelte tiltak bestemt at gyldig samtykke ikke kan utgjøre et hjemmelsgrunnlag. Dermed kreves særlig lovhjemmel. Når dette er tilfelle, er tidvis uavklart, men i alle fall for psykisk helsevernloven § 4-8 er dette nå skissert som løsningen.⁹⁹¹

Det mest kjente og langtrekkende eksempelet på denne modellen utgjør likevel helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9. I tillegg til overvinnelse av motstand omfattes «tiltak som er så inngripende at de uansett motstand må regnes som bruk av tvang eller makt». Lovgiver har

⁹⁹¹ Helsedirektoratet, IS-1/2017, s. 74

ikke ønsket å basere regelverket på at det skal kunne samtykkes til tvang.⁹⁹² Problemstillingen er likevel ikke helt upraktisk. Man har hatt eksempler på tiltak som er definert som tvang etter det objektive kriteriet – f.eks. heldekkende drakter for å hindre grising med avføring – som personen er blitt så vant med at han eller hun aktivt ønsker dem opprettholdt.

Enda viktigere som bakgrunn for det objektive tvangskriteriet i helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9, er likevel utfordringene det reiser å operere med et motstandskriterium stilt overfor personer med utviklingshemning. Ett problem er ambivalens, en annen utfordring er hvordan fravær av ytre reaksjon bør tolkes. Mange er lett påvirkelige som følge av tilstanden og/eller situasjonen de er i, og kan finne seg i regimer som er problematiske. Tilsvarende utfordringer kan også ses hos barn. Et annet forhold er at inngrep som innlåsing av gjenstander og varslingssystemer kan ha andre motiver enn nødvendig omsorg og tilsyn.

18.4.2 Nærmere om den objektive siden av tvangsbegrepet etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9

Vurderingstemaet er i forarbeidene presisert til et spørsmål om «en person normalt ville ha motsatt seg» tiltaket.⁹⁹³ Det må nok oppfattes som en referanse til hva en forstandsmessig normalt fungerende person vanligvis ville ha ment eller reagert på. Lovteksten markerer en terskel – jf. «så inngripende». I tråd med dette er tiltak som normalt vil medføre «fysisk eller psykisk ubehag, smerte e l», nevnt som eksempel i forarbeidene på hva som blir omfattet av alternativet.⁹⁹⁴ Det er således ikke tilstrekkelig at et tiltak er uvanlig. At man skrur fast bilde og TV på veggen i boligen til en person med utviklingshemning som man ut fra erfaring vet kan bruke løse gjenstander som våpen ved utagering – i fagterminologien tidvis omtalt som «tilrettelegging av bolig» – faller således trolig utenfor kapittel 9. Annerledes kan det stille seg ved bruk av spesialklær for å hindre grising med avføring. Dette er klart over terskelen, både fordi selvbestemmelsesretten over intime deler av kroppen er alvorlig innskrenket, og fordi det er tale om et tiltak som både er svært uvanlig og stigmatiserende.

I praksis har det likevel vist seg at det hefter usikkerhet om hvor den nedre grensen skal trekkes, og det er trolig slik at praksis mellom fylkesmennene varierer. I et overprøvningsvedtak ved et embete som utvalget er blitt kjent med, var problemstillingen at brukeren pusset tennene overdrevent og derfor var mye plaget med åpne tannhalser og ising. Begrensning av tilgangen til tannbørste og tannkrem ble da iverksatt for å hindre ytterligere skade på tannkjøttet. Tiltaket ble definert som et tvangstiltak til tross for at brukeren var «enig i tiltaket og har forståelse for at tiltaket er utformet som det er». Det har også vært diskusjoner om innlåsing av vaskemiddel og lignende for å hindre at personer som drikker «alt» også heller i seg dette, utgjør tvang etter det objektive kriteriet. For utvalget framstår det som både unødvendig og problematisk å trekke tvangsbegrepet så langt som i disse eksemplene. Det kan ha uheldige sider også for personen. Et eksempel er en ung mann som i opptil en time kontinuerlig «sjekket» sekken sin når han kom hjem fra skolen. Lett føring eller oppmuntringer om å la være var fånyttet. Ved å låse skolesekken inn i et skap, slo han seg umiddelbart til ro og virket mer

⁹⁹²Ot.prp. nr. 55 (2002–2003) s. 46–47 og Ot.prp. nr. 58 (1994–95) s. 12

⁹⁹³Ot.prp. nr. 58 (1994–95) s. 17

⁹⁹⁴Ot.prp. nr. 58 (1994–95) s. 37

fornøyd. Fare for vesentlig skade var her ikke oppfylt, og en kunne risikert at mannen ikke fikk nødvendig «tilrettelegging» om tiltaket objektivt sett hadde blitt ansett som tvang. Slå av sikring på komfyr er et annet eksempel. Dersom personen ikke kan benytte komfyren til sitt formål, er det vanskelig å se at slike tiltak er så inngripende at de uavhengig av motstand må regnes som tvang.

I § 9-2 andre ledd andre punktum heter det at bruk av «inngripende varslingssystemer med tekniske innretninger» alltid skal regnes som bruk av «tvang eller makt» og slik falle inn under reglene sitt virkefelt. Også dette utgjør en objektiv side ved tvangsbegrepet. Varsling innebærer at det blir sendt ut et advarende signal til tjenesteapparatet. I praksis er det derfor ofte snakk om alarmsystemer. «Inngripende» varslingsinnretninger er slike som

«normalt må anses å innebære inngrep i den alminnelige rett til privatliv og til bevegelsesfrihet».⁹⁹⁵

Som et sentralt kriterium for om innretningen er inngripende, fokuserer man i forarbeidene på om den blir utløst automatisk når personen utfører visse handlinger.⁹⁹⁶ Trygghetsalarmer faller da utenfor. Tilsvarende må gjelde for eksempel en brannalarm. Eksempel på inngripende varslingssystemer er derimot alarmer som blir utløst ved åpning av en dør, eller ved at noen står opp av en seng, samt passeringsalarmer. Også innretninger til bruk for observasjon og overvåkning blir omfattet av denne bestemmelsen, nå klargjort i:

«[s]ystemer for sporing/lokalisering og overvåkning anses i utgangspunktet som inngripende tiltak, og vil derfor alltid være å anse som tvang eller makt overfor personer utviklingshemming».⁹⁹⁷

18.5 Er det mulig og ønskelig med ett felles tvangsbegrep?

18.5.1 Innledning

Som gjennomgangen viser er begrepet «tvang» i dagens helselovgivning brukt på høyst ulike måter. Snarere enn *ett tvangsbegrep* er det tale om ulike tvangsbegreper. Dette er uttrykk for at ulike språklige varianter av ord som «tvang», «tvinger» og «tvungent» har som funksjon å definere hvilke former for samhandling som ved de enkelte tjenesteformer bør innhegnes av særlige rettssikkerhetsgarantier. Tradisjonelt har et bredt tvangsbegrep blitt oppfattet som et viktig virkemiddel for å ivareta rettssikkerheten til utsatte grupper. Vurderingene er likevel høyst forskjellige på de ulike områder, som vi har sett.

Ut fra utvalgets mandat har det vært viktig å vurdere spørsmålet om ett felles tvangsbegrep som kan gjelde på tvers av dagens ulike regelverk. At dette er *mulig* å få til er for så vidt ikke tvilsomt, spørsmålet er om det også er *ønskelig*. I realiteten er dette et spørsmål om å gå tilbake til tvangsbegrepets røtter (motstandssituasjonene) og etablere det som et minste felles multiplum. For utvalget har konklusjonen her vært en prøvestein for om det er tjenlig å arbeide videre for en felles lovregulering. Tvangsbegrepets konstituerende funksjon for tenkningen på

⁹⁹⁵Ot.prp. nr. 58 (1994–95) s. 27

⁹⁹⁶Ot.prp. nr. 58 (1994–95) s. 27

⁹⁹⁷Helsedirektoratet, IS-10/2015, s. 57

dette området er så sterk at det vil være vanskelig å se for seg en form for felles lov om det ikke lykkes å samordne seg på et så sentralt punkt. I fortsettelsen gjøres rede for de viktigste hensyn utvalget har vektlagt. Mer generelle argumenter for eller mot en samordning av tvangslovgivningen er ikke gjentatt her, men derimot omtalt i kapittel 15.

18.5.2 Ulike hensyn

18.5.2.1 *På enkelte områder er dagens tvangsbegrep godt innarbeidet, på andre i mindre grad*

På enkelte områder er det utvalgets inntrykk at tvangsbegrepet er godt innarbeidet og i betydelig grad fokusert i tjenestene. Dette gjelder særlig spørsmålet om hva som er «tvang eller makt» i omsorgen for personer med utviklingshemning, selv om det også her er uklare punkter og utfordringer knyttet til etterlevingen i kommunene. Det kan da framstå som uheldig å gripe inn i et relativt velfungerende system. På andre områder er bildet et annet. Ikke minst gjelder det psykisk helsevern. Som nevnt ovenfor i punkt 18.3.2 synes praksis tradisjonelt i liten grad å ha fanget opp kravet om *gyldig* samtykke for at tjenestene skal kunne baseres på frivillighet, slik reglene er utformet – men dette synes i noen grad å ha endret seg etter lovreformen i 2017. Etter psykisk helsevernloven kapittel 4 er det, som vist, på flere punkter uklarheter rundt hvilket tvangsbegrep som skal legges til grunn.

Kontrasten mellom helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 og psykisk helsevernloven kan ha sammenheng med dimensjoneringen og utformingen av kontrollapparatet. Uansett synes særlig psykisk helsevernfeltet å kunne profittere på en samordning av tvangsbegrepene gjennom å skape økt bevissthet om viktigheten av spørsmålet. Et særlig poeng er videre den gjennomgående uklarheten om hvordan man skal klassifisere motstand fra barn, omtalt ovenfor. Et felles tvangsbegrep ville være godt egnet til å møte denne problematikken.

18.5.2.2 *Svekker et snevert tvangsbegrep nødvendigvis kontrollen med inngrep?*

Den tradisjonelle begrunnelsen for bredt formulerte tvangsbegrep har vært rettssikkerhetshensyn: at dette er et virkemiddel for større grad av kontroll med hva som foregår av inngrep for eksempel i en psykiatrisk institusjon, en rusinstitusjon eller i en bolig for mennesker med utviklingshemning. Bernt-utvalget uttrykte dette slik:

«Men utvalget finner det riktig at nettopp de tause og uklare gis den beskyttelsen og de sikkerhetsgarantiene som bare tvangsreglene kan gi.»⁹⁹⁸

Det er imidlertid ikke noen nødvendighet at tvangsbegrepet også i framtiden skal beholde funksjonen som portvakt for hvilke former for samhandling som ved de enkelte tjenesteformer bør innhegnes av særlige rettssikkerhetsgarantier. Det samme kan oppnås på andre måter, for eksempel ved å knytte særlige vilkår og rettssikkerhetsgarantier til varianter av frivillig basert samhandling, men der særlig kontroll fra samfunnets side framstår som ønskelig. Dette var ett av grepene til Paulsrud-utvalget som ikke ble fulgt opp.⁹⁹⁹

⁹⁹⁸NOU 1988: 8, s. 116

⁹⁹⁹NOU 2011: 9, s. 226 med forslag til ny § 2-3 i psykisk helsevernloven og punkt 13.6.1

Ulempen er likevel at det kan gjøre regelverket mer komplisert ved at det blir introdusert nye kategorier i lovverket. Forenklinger vil imidlertid kunne oppnås gjennom samordning. Om dette er en farbar vei å gå, avhenger derfor av de øvrige hensyn som gjør seg gjeldende.

18.5.2.3 *Svakheter ved brede tvangsbegreper*

18.5.2.3.1 *Faren for en utvanning av kontrollressursene*

Et klart utgangspunkt må være at motstandssituasjonene representerer de alvorligste inngrep fordi krenkelsen av individets selvbestemmelsesrett her er sterkest. Dermed kommer en svakhet ved den tradisjonelle tilnærmingen som anbefaler brede tvangsbegreper av rettssikkerhetsgrunner, til syne: faren for at knappe kontrollressurser blir «vannet ut» og ikke i tilstrekkelig grad blir konsentrert om de mest alvorlige sakene. Etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 kjenner man denne problemstillingen gjennom diskusjoner om den nedre terskel for tvangsbegrepets objektive side. Blant annet er det blitt spurt om det kreves vedtak for å låse inn vaskemiddel for personer som ellers drikker alt de kommer over.

18.5.2.3.2 *Fratakelse av muligheten til frivillig medvirkning*

Mange opplever det rimeligvis som en psykisk belastning å være underlagt tvang, selv om de ikke motsetter seg helsehjelpen. Særlig innenfor rus- og psykiatrifeltet har dette vært fokusert. Å legge til rette for større rom for frivillig basert samhandling fremmer derfor i utgangspunktet viktige verdier. Paulsrud-utvalget la «stor vekt» på de positive konsekvensene for behandlingsalliansen mellom personen og helsepersonellet:¹⁰⁰⁰

«Dette tilsier at det bør være en todeling av psykisk helsevern basert på frivillighet: frivillighet basert på gyldig samtykke og frivillighet uten gyldig samtykke.»¹⁰⁰¹

Helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 er spesiell ved at den opererer med et nokså bredt objektivt kriterium for tvang som dermed utelukker muligheten for å basere seg på et gyldig samtykke fra personen. I forbindelse med vedtakelsen av sosialtjenesteloven kapittel 6A (forløperen til helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9) ble det lovfestet opprettelse av en sentral rådgivende gruppe – senere kalt *Rådet for vurdering av praksis og rettssikkerhet etter sosialtjenesteloven kapittel 6 A*. I sluttrapporten fra Rådet ble det foreslått å åpne for at personer over 16 år skulle kunne forhåndssamtykke til bruk av tvang, jf. § 4A-6 i lovforslaget. Bestemmelsen var i utgangspunktet ikke ment å utvide rammene for inngrep materielt, jf. henvisningen til § 4A-7 der vilkårene for bruk av tvang var nedfelt. Bakgrunnen for lovforslaget var det rent ideologiske; å styrke personens følelse av å få bestemme selv:

«Rådets flertall vil understreke at de ser på denne bestemmelsen som en ‘normalisering’ av tjenestemottakeres mulighet til å ta avgjørelser om eget liv, også avgjørelser som de i ettertid ‘i stunden’ vil kunne motsette seg. Dette har ikke bare en symbolsk betydning, men utgjør en måte å tilskrive de aktuelle tjenestemottakere en økt selvbestemmelsesrett, og dermed økt verdighet. Det er forskjell på å ‘måtte’, og det å ‘ville’, selv om en ‘i stunden’ ikke liker konsekvensene og derved yter motstand. Lovverket ‘normaliseres’, men ikke i større utstrekning enn flertallet anser det hensiktsmessig for å unngå misbruk og overgrep.»¹⁰⁰²

¹⁰⁰⁰NOU 2011: 9, s. 157

¹⁰⁰¹NOU 2011: 9, s. 157

¹⁰⁰²Rådets sluttrapport, s. 66

Departementet fulgte ikke opp forslaget.¹⁰⁰³ Bakgrunnen var først og fremst rettssikkerhetsmessige vurderinger. En avtale skulle nemlig ikke underkastes en like grundig saksbehandling som et vedtak – herunder ikke forhåndsgodkjenning av fylkesmannen – men bare sendes fylkesmannen for registrering, jf. andre ledd i framlegget til § 4A-6. Til tross for relativt strenge krav til samtykket, dukket dermed frykten for misbruk av ordningen fram. For eksempel i form av press rettet mot personen for å samtykke, slik at tjenesteapparatet kunne slippe en ressurskrevende vedtaksprosedyre. Det skal ellers bemerkes at Rådets forslag ikke inneholdt en korresponderende nektingsrett (vetorett) for beslutningskompetente personer med utviklingshemning.

18.5.2.3.3 Faren for en utilsiktet utskriving av tvangsfullmakter

Pasient- og brukerrettighetsloven § 4-3 femte ledd som også er omtalt ovenfor, lyder:

«Undersøkelse og behandling av psykiske lidelser hos personer som mangler samtykkekompetanse etter annet ledd og som har eller antas å ha en alvorlig sinnslidelse eller motsetter seg helsehjelpen, kan bare skje med hjemmel i psykisk helsevernloven kapittel 3.»

Denne bestemmelsen har som intensjon å presse personer med en alvorlig sinnslidelse inn i et tvungent vern-spor, selv om vedkommende ikke motsetter seg nødvendig psykisk helsehjelp. Begrunnelsen er rettssikkerhetsorientert, i tråd med den tradisjonelle tenkning. Faren er likevel at et så bredt tvangsbegrep kan gi en utilsiktet utskriving av tvangsfullmakter. Dette ved et vedtak om tvungent vern også vil dekke framtidige situasjoner der det skulle bli framvist motstand, selv om dette ikke er aktuelt nå. Nettopp fordi motstand ikke er en aktuell problemstilling på vedtakstidspunktet, vil det ofte være usikkert om det er tatt tilstrekkelig høyde for dette i vedtaket. Et bredt tvangsbegrep kan slik lede til utskriving av unødvendige tvangsfullmakter vurdert i lys av situasjonen på vedtakstidspunktet.

18.5.2.3.4 Behov for å se vedtak og gjennomføringsfase i sammenheng

Et bredt tvangsbegrep kan altså i verste fall svekke individrettingen i vedtaket. Dette er ingen nødvendig konsekvens, men avhenger av hvordan dette blir kompensert for gjennom regelverket for øvrig.

Ytelse av helse- og omsorgstjenester vil normalt måtte gjennomføres med faktiske handlinger direkte overfor personen. Kombinasjonen av psykisk funksjonsnedsettelse og det forhold at vi står overfor svært personlige spørsmål, gjør at vi ikke kan ta for gitt at personen innretter seg etter et pålegg (vedtak) om å ta imot helsehjelp. Som uttrykt i forrige punkt er det dermed særdeles viktig at vedtaket også tar høyde for gjennomføringsaspektet.

Dette kan tenkes ivaretatt gjennom krav til begrunnelsen. Koblingen mellom vedtaket om tvungent vern og hvilke tiltak som er nødvendig i gjennomføringsfasen, blir likevel ikke helt tydelig adressert gjennom den nye § 3-3 a i psykisk helsevernloven om krav til begrunnelse for vedtak om tvungent vern. Det er derimot gjort i ny § 4-4 a nr. 2. Etter denne bestemmelsen skal det i vedtaket opplyses om «hvilke virkemidler som skal kunne brukes for å gjennomføre behandlingen».

Den tetteste koblingen mellom vedtak og gjennomføringsfase finner vi for øvrig i helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 hvor terminologien «bruk av» tvang eller makt er brukt. Her blir det således krevd mer detaljerte beskrivelser av hvordan tiltak skal gjennomføres. Kombinert med krav til journalføring av gjennomføringen for å sikre etterlevelse av vedtak, er et resultat at det blir etablert redskap for en mer effektiv kontroll av vedtakets gjennomføring, jf.

¹⁰⁰³Høringsnotat om sosialtjenesteloven kapittel 4A, 2002, s. 45–46

helse- og omsorgstjenesteloven § 9-9 siste ledd. En tilsvarende bestemmelse finner vi i pasient- og brukerrettighetsloven § 4A-4 fjerde ledd.

18.5.2.4 *Betydningen av å revitalisere tvangsbegrepet i lovspråket*

Dagens uensartede begrepsbruk svekker presisjonen i tvangsbegrepet. Å gå tilbake til begrepets røtter og bruke det i snever forstand som en betegnelse for motstandssituasjonene, vil gi større samsvar mellom begrepets juridiske innhold og alminnelig språkbruk. Dette vil også kunne revitalisere bruken i lovspråket ved at det blir mer entydig hva det siktes til når tvang blir brukt.

18.6 Utvalgets vurderinger

18.6.1 Generelt

Utvalget mener argumentene for et enhetlig tvangsbegrep med fokus på motstandssituasjonene – som utgjør begrepets røtter – er mange og gode. Et enhetlig tvangsbegrep innebærer at begrepet ikke bare ivaretar sin tradisjonelle funksjon som portvokter for hvilke samhandlings-situasjoner som må innhegnes av særlig rettssikkerhetsgarantier. I tillegg får det et klarere meningsinnhold i loven som markør for de samhandlingssituasjoner som utgjør den mest alvorlige krenkelse av selvbestemmelsesretten til personen. Et slikt grep vil gi rom for en større grad av nyansering i den rettslige reguleringen, og blant annet kunne være en fordel med tanke på en styrking av barns rettsstilling. Dette ved at man i mindre grad vil måtte tilpasse seg tvangsbegreper som i utgangspunktet er konstruert med tanke på voksne og hjemmelsproblemer ved inngrep mot voksne. I det skiftet som her blir skissert ligger et overordnet signal fra utvalget om at rettssikkerhetsgarantiene i større grad enn i dag bør konsentreres om motstandstilfellene. Her er det likevel nødvendig å nyansere i flere retninger.

18.6.2 Trenger vi et skille mellom «motstand» og «tvang»?

I gjeldende lovgivning kommer det ikke bare til uttrykk ulike tvangsbegreper. Samme tvangsbegrep kan også få ulikt språklig uttrykk. Når det i pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A skilles mellom motstand i § 4A-3 og «tvang» i § 4A-4 første ledd, er det et særlig klart eksempel. Bakgrunnen er det tankemessige skillet mellom vedtaksfase og gjennomføringsfase. Motstand har en klar tilknytning til avgjørelses- eller vedtaksfasen, mens tvangsbegrepet klarere er forbundet med gjennomføringsfasen.

Hvordan gjennomføringen av et tiltak vil arte seg, kan være vanskelig å avgjøre på vedtakstidspunktet. Imidlertid er det personens negative holdning på dette tidspunktet som foranlediger spørsmålet om det skal fattes vedtak om å anvende tvang for å gjennomføre det aktuelle tiltaket. Hvorvidt et eventuelt vedtak om bruk av tvang skal gjennomføres, vil avhenge av personens holdning på gjennomføringstidspunktet. Når den som tidligere har utvist motstand, har oppgitt denne på gjennomføringstidspunktet, kan det foreligge frivillighet – men det avhenger av hvilke virkemidler som er brukt for å oppnå dette. Og motsatt – den som tidligere har vært positiv, men som på gjennomføringstidspunktet utviser motstand, vil aktualisere spørsmålet om tvang.

I akutte situasjoner smelter skillet mellom vedtak og gjennomføring mer eller mindre sammen. Avgjørelsen om å bruke tvang for å overvinne personens negative standpunkt kommer tidsmessig rett i forkant av handlingen.

Utvalget er av den oppfatning at fokus i en framtidig lovgivning i sterkere grad må rettes mot gjennomføringsfasen. I dagens lovgivning er det, som nevnt, særlig helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 som har gått langt i denne retning. Utvalget må samtidig forholde seg til gjeldende terminologi og erkjenner at det tidvis kan være klargjørende å skille mellom vedtak og gjennomføring. Utvalget har funnet det nødvendig også å definere begrepet «motstand», i tillegg til begrepet «tvang», men da slik at det etableres en tett kobling mellom begrepene: motstandsbegrepet bygger på tvangsdefinisjonen. Utvalgets ønske om å styrke rettssikkerheten gjennom et økt fokus på gjennomføringsfasen kommer til uttrykk på ulike måter i lovutkastet, se også kapittel 27.

18.6.3 Er det behov for å nyansere mellom ulike former for tvang?

Ett spørsmål er om det er behov for å skille mellom ulike typer av tvang i lovutkastet. Et hovedskille kan trekkes mellom fysisk tvang og psykisk tvang.¹⁰⁰⁴ Fysisk tvang omfatter at motstand nedkjempes med fysiske virkemidler, typisk holding, mekaniske innretninger eller låsing av dør/innestenging. Dette betyr at fysisk tvang ikke alltid trenger medføre direkte kroppslige inngrep: holding gjør det, men ikke innestenging. Psykisk tvang omfatter på sin side at motstand overvinnes gjennom psykisk press. Trusler om bruk av fysisk tvang eller andre ubehagelige konsekvenser er sentrale eksempler.

Med utvalgets relativt snevre tvangsdefinisjon, er det i utgangspunktet ikke behov for å skille mellom ulike typer av tvang. Utvalget vurderer at det gjennomgående ikke er grunn til å karakterisere fysisk tvang som mer alvorlig enn psykisk tvang. At alvorlighet og inngrepsgrad kan variere fanges opp av andre elementer i utkastet, som vilkår om forholdsmessighet. Fysisk tvang i form av direkte kroppslige inngrep har imidlertid en særlig inngripende karakter som utvalget stedvis har lagt avgjørende vekt på, se nærmere kapittel 27.

18.6.4 Likestilling med tvang

18.6.4.1 Innledning

Utenfor tvangstilfellene – slik utvalget definerer begrepet – gjelder som utgangspunkt mindre strenge krav, både hva vilkår og saksbehandling gjelder. Bildet er likevel ikke svart-hvitt. Lovutkastet inneholder flere bestemmelser som etablerer særlige rettssikkerhetsmessige ordninger *utenfor* tvangstilfellene. Disse er konstruert i lys av rettssikkerhetsbehovet, den rettslige tradisjonen m.m. og drøftes nærmere på sitt naturlige sted i utredningen. Dette gjelder blant annet:

- Tilbakehold uten motstand, men under særlig risiko for bruk av tvang hvis personen ønsker å forlate institusjonen (utkastet § 5-2)
- Bruk av tekniske innretninger for varsling, lokalisering og overvåkning (utkastet § 6-3)
- Behandling av psykisk lidelse med antipsykotiske legemidler (utkastet § 6-4)
- Behandling med elektrokonvulsiv terapi (utkastet § 6-13)
- Rusmiddeltesting og begrensnings i kontakt med omverdenen som ledd i behandling av psykisk lidelse (utkastet §§ 6-20 og 6-21)

¹⁰⁰⁴Til sammenligning deles tvangsbegrepet inn i ni komponenter i NOU 1991: 20, s. 54–55: fysisk tvang, mekaniske tvangsmidler, isolering, aversiv stimulering, farmakologiske midler, psykisk tvang, økonomisk tvang, inngrep i rettigheter og frihetsberøvelse.

Temaet i dette avsnittet er når vi står overfor tiltak som – helt og fullt – skal likestilles med tvang hva materielle og prosessuelle rettssikkerhetsgarantier gjelder, jf. lovutkastet § 1-3 fjerde ledd.

18.6.4.2 Avgrensing av personkretsen: «store formidlingsproblemer»

Utvalget vurderer at behovet for en likestilling gjør seg sterkest gjeldene for personer med store formidlingsvansker. Det kan også gjelde barn. I dette ligger at vedkommende har omfattende problemer med å uttrykke seg presist eller kommunisere sin mening. Formidling kan skje på ulike måter og bestemmelsen er her nøytral. En person som av ulike grunner ikke kommuniserer verbalt, kan således være klar og tydelig gjennom bruk av kroppsspråk eller andre kommunikasjonsformer. Ut fra menneskerettslige forpliktelser må det legges til rette for at den enkelte får nødvendig og tilpasset støtte til å formidle sin mening. Språklige eller kulturelle barrierer må løses for eksempel ved bruk av tolk, og er ikke å se som «store formidlingsvansker» etter lovutkastet.

Personens problemer med å uttrykke seg kan variere etter type spørsmål og situasjonens karakter. Det relevante etter lovutkastet er hvordan personen evner å formidle *motstand*. Vurderingen av personens vansker i så måte, vil i mange tilfeller kreve god kjennskap til vedkommende og dennes måte å uttrykke seg på. Kriteriet «formidlingsvansker» går på tvers av diagnosekategorier som utviklingshemning, demens, psykiske helseproblemer m.m. – og markerer slik et brudd med modellen i helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9. Om problemene er permanente eller forbigående er uten betydning, men det er de mer alvorlige tilfellene som omfattes. Der vansker foreligger, men ikke er store/omfattende, må det kunne forutsettes at personen bruker sine ressurser til å markere motstand dersom han eller hun ikke ønsker tiltaket.

I bedømmelsen av hvilke formidlingsvansker som foreligger hos et barn, må det tas utgangspunkt i barnets alder. Barn flest har formidlingsproblemer i de tidligste barneår, og disse vil ikke omfattes. Hvis derimot en 10-åring ikke har forutsetninger for å uttrykke sin redsel eller andre forhold som kan indikere motstand, kan han eller hun omfattes av bestemmelsen som også er aktuell for barn under 12 år.

18.6.4.3 Avgrensing av tiltaket: «objektivt betydelig inngripende»

Utvalget har i punkt 28.5.1 redegjort for styrende hensyn ved utvikling av en framtidig modell for saksbehandling, overprøving og kontroll. Det framgår der at ved somatisk undersøkelse og behandling representerer erfaringer med hva «folk flest» aksepterer av negative virkninger, et viktig korrektiv for helsepersonell om hva personer som ikke er beslutningskompetente og ikke viser motstand bør kunne utsettes for av ulemper og risiko.

I psykisk helsevern stiller dette seg annerledes: rettssikkerhetsutfordringene øker her på grunn av helsepersonells mangel på referansepunkt i normalbefolkningen. Utvalget har her tatt det standpunkt at for personer med store formidlingsvansker skal bestemmelsene om tvang benyttes for alle de tre tillatte behandlingsformene: behandling av psykiske lidelser med legemidler eller skjerming, samt behandling av spiseforstyrrelser med ernæring. Dette er ikke minst viktig for barn som kan ha oppgitt sin motstand i en slik grad at de heller ikke klarer å formidle den.

For elektrokonvulsiv behandling (ECT) er det ikke hjemmel for tvang i utvalgets begrepsbruk. Utkastet § 6-13 representerer en spesialbestemmelse som også gjelder ved omfattende formidlingsvansker. Slike vansker vil være en praktisk problemstilling ut fra den strenge situasjonsbeskrivelse som er nedfelt i lovtekstutkastet.

Behovet for å likestille med tvangstilfellene hva rettssikkerhetsnivå gjelder, er også en aktuell problemstilling i omsorgstjenestene, se utdypninger i punkt 28.5.1. Dagens regulering i helse-

og omsorgstjenesteloven kapittel 9 reflekterer en slik tankegang. Uttrykksmåten «objektivt betydelig inngripende» i lovutkastet § 1-3 fjerde ledd utgjør i utgangspunktet en parallell til «så inngripende at de uansett motstand må regnes som bruk av tvang eller makt» etter helse- og omsorgstjenesteloven § 9-2 andre ledd. Det er likevel utvalgets intensjon at terskelen for når bestemmelsene om tvang skal komme til anvendelse utenfor motstandstilfellene, må heves sammenlignet med dagens kapittel 9. Hvordan tiltaket framstår utad, så vel formålet som hvor stigmatiserende det er, er her av betydning. I det ligger at terskelen må vurderes noe annerledes for barn enn for voksne. I vurderingen vil det stå sentralt om tiltaket atskiller seg vesentlig fra hva barn i samme alder kan oppleve.

Tiltak for å hindre fall ut av seng eller stol ved hjelp av sengegrind eller stolbelte, trenger ikke i enhver sammenheng underkastes økt rettssikkerhet, selv om vedkommende ikke makter å forsere hinderet. I en situasjon der vedkommende ikke protesterer vil det knapt være naturlig å snakke om et inngrep i privatlivet. Sikkerhetsforanstaltninger av denne typen er ikke uvanlig ellers i samfunnet. Etter det utvalget erfarer skal praksis fylkesmennene imellom likevel være varierende med hensyn til hva som skal anses som tvang etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9. Utvalget skal understreke at der intensjonen er å hindre vedkommende i å forlate seng eller stol, eller på annen måte å kontrollere personens viljestyrte atferd, må tiltaket likestilles med tvang. Det gjelder også for barn over en alder der tiltakene atskiller seg tydelig for det som ellers er vanlig. Samme type tiltak kan altså ha en svært ulik karakter alt etter formålet slik dette framstår etter en objektiv vurdering av bruken.

At en person følges av personellet utendørs for å kunne yte hjelp – såkalt fotfølging eller kontinuerlig observasjon –, er et inngrep i privatlivet. Der formålet er at personellet skal være i posisjon til å hjelpe personen for eksempel i en nødssituasjon, er ikke inngrepet så vesentlig at det kvalifiserer til å aktivere utkastets bestemmelse om at reglene om tvang tilsvarende skal komme til anvendelse. I slike tilfeller har personen bevegelsesfriheten intakt og utvalget vektlegger at det ellers i samfunnet ikke er uvanlig å yte assistanse gjennom å følge personer som midlertidig eller varig har nedsatt funksjonsevne, for en kortere eller lengre periode. Dersom formålet er å hindre personen i å oppsøke bestemte steder eller situasjoner, er bildet et annet. Her må vi likestille med tvang av rettssikkerhetshensyn når personen har store problemer med å formidle motstand. Etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 kan det synes noe uklart i hvilket omfang fotfølging omfattes utenfor motstandstilfellen.¹⁰⁰⁵ I og med at barn må akseptere å bli korrigert som ledd i oppdragelse, vil det kunne være en forholdsvis høy aldersgrense før en anser fotfølging med kontrollformål som et betydelig inngripende tiltak der det ikke foreligger motstand.

Begrensninger i grunnleggende goder er eksempler på tiltak som vil være objektivt betydelig inngripende. Det gjelder blant annet tilgangen til mat og drikke. Streng porsjonering der det ikke er mulighet for å forsyne seg utenom faste måltider, må således vurderes etter tilsvarende regler som tvang. Det å legge til rette for et sunt kosthold gjennom bistand til innkjøp med m.m., faller selvsagt utenfor.

Begrensninger i den fysiske tilgangen til egen kropp, for eksempel ved bruk av spesialklær som personen ikke selv kan ta av og på, vil etter sin art kunne være objektivt betydelig inngripende. Om formålet her er å begrense tilgangen for å hindre «ufrivillig» grising med avføring, eller å hindre selvskading, er uten betydning. Det å kunne kontrollere tilgang til egen kropp er grunnleggende. Dette gjelder også for barn. Bakkneppet pysjamas kan benyttes til barn opp til

¹⁰⁰⁵Helsedirektoratet, IS-10/2015, s. 85–86

en viss alder, men når det brukes for å begrense tilgangen til egen kropp, får det en annen karakter.

I enkelte tilfeller er personen imidlertid ikke bare blitt vant til å bruke for eksempel spesialklær eller andre uvanlige og objektivt sett inngripende innretninger, men finner en trygghet i dette. Dette vil være et moment i forholdsmessighetsvurderingen. Der personen er beslutningskompetent er det ingenting i veien for å samtykke, innenfor de grenser som for øvrig følger av lovutkastet.

I rundskrivet til dagens kapittel 9 i helse- og omsorgstjenesteloven løftes fram situasjoner der personen selv tar initiativ for eksempel til at

«tjenesteytere passer på godterier/snacks i påvente av en nærmere bestemt anledning, eller at tjenesteyterne etter brukerens ønske tar noe hånd om sigaretter, datamaskin/mobiltelefon eller lignende fordi personen ønsker hjelp til å kontrollere/ redusere sitt forbruk.»

Å imøtekomme personen her skal i utgangspunktet regnes som å falle inn under regelverket, men:

«Dersom ønsket fremstår som meningsfylt i den konkrete situasjonen, og personen fremstår med tilstrekkelig innsikt i denne (har beslutningskompetanse i spørsmålet), vil dette tale for at det aktuelle tiltaket ikke er så inngripende overfor vedkommende at det må anses som tvang eller makt uavhengig av motstand.»¹⁰⁰⁶

Å avgrense rommet for frivillig samhandling med personellet til situasjoner der vedkommende er beslutningskompetent, vurderer utvalget som for strengt. Det vises til gjennomgangen ovenfor. Her skal understrekes at en slik modell lett kan presse fram at store deler av omsorgen for personer med den svakeste psykiske fungeringen formelt blir definert som tvangsomsorg, til tross for at hjelpen som ytes er ukontroversiell. I tillegg framstår en slik modell som en lite fornuftig bruk av begrensede ressurser i kontrollinstansene.

18.6.5 Særlig om begrepet «frihetsberøvelse» som en kvalifisert form for tvang

Frihetsberøvelse betegner en særlig alvorlig form for tvang, noe som kommer til uttrykk både i ulike menneskerettighetsinstrumenter og nasjonal lovgivning. Et strafferettslig vern er nedfelt i straffeloven § 254, og rammer

«[d]en som ved innesperring, bortføring eller på annen måte rettsstridig fratar noen friheten».

Hva som utgjør frihetsberøvelse etter EMK artikkel 5 er omtalt i kapittel 7. Et utviklingstrekk er at bildet er blitt mer nyansert. Ikke bare den tradisjonelle varianten i form av en total, døgntilrettelagt innskrenkning i den personlige bevegelsesfrihet omfattes. En varighet på femten til tretti minutter var tilstrekkelig i *D.D. mot Litauen (2012)*. Vi har også sett at motstand ikke alltid er en forutsetning, i alle fall der personen mangler beslutningskompetanse. I *H.L. mot Storbritannia (2004)* var det avgjørende at tjenesteapparatet ikke ville la personen forlate institusjonen dersom han skulle ha ønsket dette.

På begge disse punktene utvides oppfatningen av hva som er frihetsberøvelse sammenlignet med det som til dels har vært lagt til grunn for eksempel i norske lovforarbeider. Et hovedpoeng er at jo mer begrepet «frihetsberøvelse» omfatter, dess vanskeligere blir det å bruke det funksjonelt i en lovtekst. Dette gjelder fordi mulighetene for å bygge rettssikkerhetsgarantier i

¹⁰⁰⁶Helsedirektoratet, IS-10/2015, s. 55–56

forkant av inngrepet, kan være svært begrensede, noe som igjen utfordrer EMDs krav til saksbehandlingen, slik disse tradisjonelt er formulert, selv om dette ikke ble satt på spissen i saken mot Litauen. Videre kan det være gode grunner for å ha ulike regler alt ettersom personen protesterer eller ikke, selv om begge deler utgjør frihetsberøvelse. Også EMD har åpnet opp i denne retning.

Samtidig som en nasjonal lovregulering av inngrep under ytelse av helse- og omsorgstjenester må ta høyde for bredden i hva som utgjør frihetsberøvelse etter EMK artikkel 5, er det viktig å markere behovet for særlige rettssikkerhetsgarantier i de typiske tilfellene. Den rettslige reguleringen på psykisk helsevernfeltet og rusfeltet har tradisjonelt blitt kritisert for å være for fokusert på innleggelsen og tilbakeholdet, og for lite på hva som skjer under oppholdet. Om kapittel 4 A i pasient- og brukerrettighetsloven kan man muligens si det motsatte: at fokuset på den klassiske frihetsberøvelsen er for sterkt nedtonet. Dette ved at reguleringsregimet er det samme enten personen skal kunne tilbakeholdes i sykehjem over lang tid eller få klippet en tånegl (som truer med å påføre personen en alvorlig infeksjon) under åpen protest.

Et forsøk på å knytte virkeområdet til et nasjonalt regelverk til rekkevidden av begrepet «frihetsberøvelse» etter EMK artikkel 5, er tilsynelatende gjort i helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9. Dette regelsettet blir således forutsatt ikke å hjemle frihetsberøvelse etter EMK artikkel 5:

«EMK art 5 vil ikke bli nærmere kommentert. Det framgår nedenfor i punkt 4.2.2 i denne proposisjonen at loven ikke åpner for anvendelse av frihetsberøvelse som et eget tiltak. Lovforslaget i Ot. Prp. Nr. 58 vil derfor falle utenfor anvendelsesområdet til EMK art 5.»¹⁰⁰⁷

Etter kapittel 9 – via forarbeidene til forløperen i sosialtjenesteloven kapittel 6 A – er det trukket et skille mellom frihetsberøvelse (som ikke kan ha hjemmel) og frihetsinnskrenkninger (som kan ha hjemmel) basert på «det primære siktemålet».¹⁰⁰⁸ Et slikt synspunkt lar seg i dag vanskelig opprettholde. Omfattende holdetiltak i forbindelse med utagering eller selvskading, som forekommer og som også blir godkjent hos fylkesmennene, kan således raskt utgjøre frihetsberøvelse etter EMK artikkel 5. Tilsvarende er det et spørsmål om en del personer med utviklingshemning er underlagt så sterke kontrollregimer med tanke på å kunne forlate boligen sin, eventuelt velge å ikke returnere, at det kvalifiserer til frihetsberøvelse.

Når mennesker med utviklingshemning fotfølges – det legges restriksjoner på hvor de kan ferdes og hvem de kan møte eller kommunisere med – vil det også lett kunne forstås som frihetsberøvelse etter EMK artikkel 5. Basert på et utvalg av 75 tvangsvedtak fra 2007/2008, anslo forskerne Ellingsen og Berge at mellom 50 og 100 personer med utviklingshemning hadde tvangsvedtak som var såpass frihetsbegrensende at de ikke kunne hjemles som omsorgstjeneste, men var mer å sammenligne med frihetsberøvelse på nivå med fengselsdømte.¹⁰⁰⁹ Siden undersøkelsen fant sted, har antallet tvangsvedtak doblet seg. En vet også at tvangsvedtak etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 har en tendens til å vedvare. SINTEF foretok

¹⁰⁰⁷Ot.prp. nr. 57 (1995–96) s. 7. Spørsmålet er ikke kommentert i Helsedirektoratet, IS-10/2015.

¹⁰⁰⁸Ot.prp. nr. 57 (1995–96) s. 14

¹⁰⁰⁹Fontene 02/11 s. 40–41

en kartlegging av tvangsvedtak etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 og fant at ni av ti vedtak var likelydende tilsvarende vedtak året før.¹⁰¹⁰

Ut fra det ovennevnte er det utvalgets vurdering at det neppe er hensiktsmessig å bruke begrepet frihetsberøvelse i en framtidig lovtekst. De tradisjonelle situasjonene (tvangsinnleggelse og tvungent tilbakehold) må imidlertid klart adresseres, samtidig som det også må bygges rettssikkerhetsgarantier rundt de mer atypiske tilfeller som tilfredsstiller menneskerettslige krav.

18.7 Tvangsbegrep for barn – særlige aspekter

18.7.1 Innledning

Det er altså ikke ett felles tvangsbegrep for voksne i dagens helse- og omsorgslovgivning. Når fokus dreies mot barn, er eksisterende regelverk minst like uklart og uoversiktlig. De tre hovedformene for tilnærming til tvangsbegrepet beskrevet i punkt 18.1.1, har også gyldighet her, men med visse tilpasninger til den rettslige situasjonen barn er i:

1. Tvang som overvinneelse av motstand. Denne modellen er brukt i helse- og omsorgstjenesteloven, kapittel 9 (barn med diagnosen psykisk utviklingshemning) og pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A (barn over 16 år uten beslutningskompetanse).
2. Tvang som fravær av gyldig samtykke. Denne modellen er brukt i psykisk helsevernloven (for barn over 16 år) og helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 10 (for barn som er rusmiddelavhengige).
3. Tvang som uttrykk for et kontrollbehov uavhengig av motstand eller samtykke. Denne modellen er brukt i helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9.

På grunn av umyndighet trer forholdet til foreldreansvaret inn. Resultatet er at variasjonen i forståelsen av hva som skal betegnes som tvang overfor barn er enda større enn for voksne ved at det også opptrer en fjerde kategori:

4. Hverken motstand eller fravær av samtykke fra barnet blir regnet som tvang på grunn av samtykke fra foreldrene. Dette er modellen i psykisk helsevern for barn under 16 år.

Innledningsvis kan det derfor slås fast at det etter gjeldende rett er forskjeller mellom barn og voksne i regulering av tvang, og mellom grupper av barn. En problemstilling utvalget står overfor, er hvorvidt det skal være ett felles tvangsbegrep for barn og om innholdet i det skal være likt som for voksne. Utformingen av tvangsbegrepet for barn påvirker hvilke rettssikkerhetsgarantier som skal etableres rundt tvangsbruk. Om tvangsbegrepet er likt for *alle* – en aldersuavhengig tvangsdefinisjon – vil rettssikkerhetskonstruksjonen også kunne være lik. Visse barnerettslige tilpasninger kan imidlertid tenkes. Hvis derimot barnerettslige hensyn begrunner forskjellige tvangsdefinisjoner, medfører det at rettssikkerheten for barn må konstrueres på en annen måte enn for voksne. Imidlertid er det ikke bare hensyn forankret i barns interesser eller rettigheter utløpt fra menneskerettighetene som det er påkrevd å ta stilling til, men også foreldrenes rettigheter. Her inntreder den store forskjellen i rettslig regulering mellom barn og voksne, siden barns rettslige stilling ikke kan løsrives helt fra foreldreansvaret.

¹⁰¹⁰SINTEF, 2011

18.7.2 Forholdet til foreldreansvaret

Rollen foreldre er tildelt overfor sine barn gjennom foreldreansvaret, blant annet retten til å ta avgjørelser i personlige anliggender for sine barn, er beskyttet i menneskerettighetene. Grunnlova § 104 tredje ledd siste setning må forstås slik.¹⁰¹¹ I tillegg er EMK art. 8 om retten til beskyttelse av familielivet og flere av bestemmelsene i barnekonvensjonen et uttrykk for at den enhet som familien, og i særdeleshet relasjonen foreldre – barn, utgjør, skal respekteres. Spesielt er barnekonvensjon artiklene 5 og 18 nr. 1 vesentlige, fordi det her blir vist til statenes ansvar for å respektere det ansvar og de rettigheter foreldrene har. Staten ved lovgiver kan av den grunn ikke gjøre hvilke som helst begrensninger i foreldrenes ansvar. Siden foreldrene er i besittelse av rettigheter i høyeste rangerte rettskilder, må begrensninger av de samme rettighetene ha sitt rettslige grunnlag på tilsvarende nivå.

At foreldrenes rettigheter kan beskjæres av hensyn til barnet, er Grunnlova § 104 tredje ledd i.f. et uttrykk for. Til tross for at denne delen av grunnlovsbestemmelsen ble tatt inn for å fremheve den sentrale plass familien og foreldrene skal ha i barns liv, var det ingen tvil om behovet for unntak. Dette uttrykkes gjennom ordlyden «helst» – barn skal helst få omsorg i sin familie. Retten til omsorg trumfer retten til oppvekst hos og omsorg fra foreldrene. Utformingen av Grunnlova § 104 sett i sammenheng med Grunnlova § 102 og Høyesteretts tolkning av denne,¹⁰¹² etterlater liten tvil om at det må gjøres inngrep i foreldrenes rettigheter når respekten og gjennomføringen av barns rettigheter fordrer det. Barnekonvensjonen art. 4 uttrykker samme verdisyn. Til tross for at foreldrenes rettigheter og deres betydning i barns liv er et fundament i konvensjonen, er det overordnede formålet å sikre at barns individuelle rettigheter blir beskyttet, respektert og gjennomført. Denne grunntanken i konvensjonen fremtrer i flere av dens artikler, ved at foreldrenes rettigheter må vike av hensyn til barnet. Et eksempel er art. 9 nr. 1, hvor det er sagt at statene skal sikre at barn og foreldre ikke blir skilt fra hverandre mot deres vilje, med unntak av når det er nødvendig av hensyn til barnets beste. Etter art. 4 er derfor staten forpliktet til blant annet å gjennomføre alle egnede lovgivningstiltak for å anerkjenne barns rettigheter. Det innbefatter den rett barn har til integritetsvern etter art. 19, enten det er foreldre eller andre som står bak krenkelsene.

Foreldreansvarets rettslige posisjon setter følgelig begrensninger for hvilke innhugg som kan gjøres i det, selv om formålet er å styrke barns rettslige stilling. Samtidig er det klart at det skal gjøres innhugg når det er nødvendig for å beskytte og gjennomføre barns rettigheter. Avveiningen mellom foreldrenes og barns rettigheter, er ikke tematisert i forarbeidene til eksisterende lovverk, verken der lovverket i utgangspunktet er likt for barn og voksne eller der det er spesielle regler rettet mot barn. Dette er imidlertid avveininger utvalget har foretatt som følge av det oppdrag som er gitt.

Med hensyn til problemstillingen om tvangsdefinisjonen skal være lik for barn som for voksne, er det to sentrale spørsmål; hvilken betydning skal tillegges barns evne til å treffe beslutninger for seg selv, se punkt 18.7.3.3. Dernest er det spørsmål om hvordan barns motstand skal oppfattes og vektlegges, samt hvilke virkemidler som lovlig kan anvendes for å overvinne motstanden, se punkt 18.7.3.4. For begge hovedspørsmålene involveres spørsmålet om det er grunnlag for å innføre flere begrensninger i foreldreansvaret enn det som gjelder i dag.

¹⁰¹¹Se Innst. 186 S (2013–2014) s. 34 hvor bestemmelsen ble tatt inn som en del av § 104 etter et mindretallsforslag.

¹⁰¹²Rt. 2015 s. 93 (Maria-dommen), avsnitt 57 og 60 der Høyesterett enstemmig uttalte at til tross for at det ikke er formulert en unntaksbestemmelse fra retten til familieliv i Grunnlova § 102, gjelder et tilsvarende unntak som i EMK art. 8 nr. 2.

18.7.3 Gjeldende rett – problemstillinger på tvers

18.7.3.1 *Innledning*

Betegnelsen på det som i rettslig forstand er å anse som tvang overfor barn, er allerede omtalt som enda videre enn hva som er tilfellet for voksne, se punkt 18.7.1. Av hensyn til de etterfølgende diskusjoner gis det i dette punktet en oversikt over den rettslige situasjonen som er utgangspunkt for utvalgets arbeid. I kapittel 5 er det gitt en systematisk gjennomgang av de aktuelle lovverkene. I dette punktet gis en oversikt på tvers av de eksisterende regelverkene, som ledd i å belyse hvordan en fremtidig tvangsdefinisjon kan være utformet for barn.

18.7.3.2 *Likebehandling av barn og voksne i visse tilfeller*

En virkning av at barn som er fylt 16 år, har rett til å samtykke til helsehjelp – har oppnådd helserettslige myndighetsalder – i henhold til pasient- og brukerrettighetsloven § 4-3 første ledd bokstav b, er at barn i aldersgruppen 16 til 18 år som et utgangspunkt behandles likt som voksne i spørsmål om bruk av tvang ved utførelse av helsehjelp. Begrunnelsen for helserettslig myndighetsalder ved 16 år, er nærmere behandlet i punkt 17.2.4.1. Den store forskjellen inntreffer følgende mellom barn over og under 16 år.

Den helserettslige myndighetsalder har virkninger for psykisk helsevern for barn, der altså barn over 16 år følger samme regler som voksne. Tilsvarende gjelder ved anvendelsen av pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A. Motstand hos barn som mangler beslutningskompetanse ved vedtakelse eller gjennomføring av somatisk helsehjelp, medfører at foreldresamtykke som rettslig grunnlag er avskåret, se pasient- og brukerrettighetsloven § 4-5 tredje ledd. Dette gjelder bare for barn som er fylt 16 år.

Både kapittel 9 og 10 i helse- og omsorgstjenesteloven tar utgangspunkt i et verdimelessig standpunkt om likebehandling mellom barn og voksne ved tiltak som betegnes som tvang, også der personen er under 16 år. Dette blir gjort uten større begrunnelser, men begrunnelsen springer ut av sakens karakter – tvangen.¹⁰¹³

18.7.3.3 *Nærmere om tvang som fravær av samtykke – i relasjon til barn*

18.7.3.3.1 *Særlige utfordringer ved avgivelse av samtykke fra barn over 16 år*

For barn over helserettslig myndighetsalder, er utgangspunktet (naturlig nok) at barn skal samtykke til helsehjelpen. Tvungent psykisk helsevern for barn over 16 år forutsetter dermed at det ikke foreligger samtykke. Ordlyden i psykisk helsevernloven § 1-2 andre og tredje ledd «uten at det er gitt samtykke» poengterer dette. Et samtykke må imidlertid være gyldig for at det skal tillegges virkninger (her forhindre at psykisk helsevernloven kapittel 3 må anvendes). Det skaper særlige utfordringer i relasjon til barn, også for de som er fylt 16 år og er helserettslig myndige.

Å samtykke medfører at det skal tas et standpunkt, foretas et valg mellom alternativer. Valget skal være basert på at relevant og nødvendig informasjon er gitt. I dette ligger en forutsetning om selvstendighet. Det er i kapitlet her vist til de vansker personer noen ganger kan ha med å gjøre et valg og at det er påregnelig at det blir avgitt samtykke uten at personen fullt ut forstår konsekvensene av sitt valg. Dette er problemstillinger som har enda større aktualitet for barn, med tiltakende styrke jo yngre barnet er. At helserettslig myndighetsalder er fastsatt til 16 år må uten at det eksplisitt fremgår av forarbeidene, anses å være begrunnet i ønsket om å unngå situasjoner der det er tvil om barnet har forutsetninger for å foreta valg. Forarbeidsuttaalelsene

¹⁰¹³Se Ot.prp. nr. 58 (1994–95) punkt 3.2.2.2

viser at aldersgrensen er satt ut fra en vurdering av barns modenhetsnivå på dette tidspunktet i livet, sett i lys av de vanskelige avveininger som kan inntre i helsespørsmål.¹⁰¹⁴

I punkt 17.2.4.2 er det vist til at pasient- og brukerrettighetsloven § 4-3 første ledd bokstav b åpner for at retten til å samtykke skytes ut over 16 år, når det gjelder særlig vanskelige spørsmål som krever enda større grad av personlig modenhet. Det er utslag av et ulovfestet prinsipp om at kravene til samtykke tiltar jo mer inngripende helsehjelp det dreier seg om. Å utvise selvstendighet gjennom å foreta egne overveielser basert på mottatt informasjon og så gjøre et valg, vil være vanskeligere jo yngre barn er. For et barn kan det være vanskelig å ta et standpunkt som går imot foreldres og helsepersonells oppfatninger. Barn er i et underordnet forhold til voksne og det gjør at de er vant til og i mange sammenhenger forventet, å skulle bøye av. Personlig umodenhet og dårligere kunnskaps- og erfaringsbakgrunn gir større fare for at barn blir «overtalt» til å endre standpunkt enn voksne. Barn kan i tillegg ha et ønske om gjøre foreldre og andre tilfreds, særlig om de ser at deres standpunkt gir vansker for de voksne.

Dette er problemstillinger som ikke kan gjenfinnes i forarbeidsdrøftelsene til gjeldende helse- og omsorgstjenestelov kapittel 10 eller barnevernloven §§ 4-24 og 4-26. Heller ikke i forslaget til ny barnevernslov, er det foretatt noen problematisering av kvaliteten av samtykke fra barn.

18.7.3.3.2 Helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 10 – ingen helserettslig myndighetsalder?

I helse- og omsorgstjenesteloven §§ 10-2 og 10-3 er uttrykket «uten eget samtykke» benyttet. I henhold til § 10-4 fjerde ledd kan barn samtykke til opphold i institusjon, som utfra plasseringen i denne bestemmelsen, må forutsettes å innebære en adgang for institusjonen til å stille vilkår om tilbakehold. Disse bestemmelsene er ikke knyttet opp mot pasient- og brukerrettighetslovens samtykkeregler, slik at helserettslig myndighetsalder er uten aktualitet for tiltak som kan gjennomføres overfor personer med rusmiddelavhengighet. Fordi anvendelsesområdet ikke er avgrenset med hensyn til alder, og det i forarbeidene er sagt at barn også kan omfattes av reglene, betyr det at barn uavhengig av alder, må samtykke til rusbehandling for at denne ikke skal være å anse som et tvangstiltak.¹⁰¹⁵ Dermed er rettssikkerhetsgarantiene for denne gruppen barn strukket lengre ut enn hva som gjelder på de fleste felt der tvangsproblematikk inntre for barn. Denne forståelsen understrekes av pasient- og brukerrettighetsloven § 6-5 andre punktum som sier at i saker etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 10 vil barn alltid være part i saken, med de rettigheter som medfølger. Det er en følge av at barnet har status som part i saken når den behandles i fylkesnemnda.

Barn har samme rettslige stilling etter barnevernloven § 4-24, jf. § 4-26 som etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 10. Hvis det ikke foreligger samtykke (ordlyd: «uten eget samtykke») fra barnet, er det definert som tvang. Som en del av rettssikkerhetsgarantiene er barn alltid part i disse sakene, jf. barnevernloven § 6-3 andre ledd tredje setning. Forslaget til ny bestemmelse fra Barnevernslovutvalget vil videreføre samme tvangsdefinisjon, men partsrettigheter vil først foreligge fra fylte 12 år.¹⁰¹⁶ I praksis er det barnevernlovens regler og ikke

¹⁰¹⁴Ot.prp. nr. 12 (1998–99) s. 83

¹⁰¹⁵Ot.prp. nr. 29 (1990–91) punkt 6.1 og 6.6

¹⁰¹⁶NOU 2016: 16, s. 274 med forslag til ny § 20 og s. 283 med forslag til ny § 78 om partsrettigheter

helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 10 som brukes hvis barn misbruker rusmidler,¹⁰¹⁷ og i praksis er det et regelverk som blir benyttet overfor barn over 12 år. Med lik definisjon av tvang inntreffer ingen betydelige rettssikkerhetsmessige forskjeller mellom regelverkene.

18.7.3.4 Tvang som overvinning av motstand – i relasjon til barn

18.7.3.4.1 Motstand hos barn

Barn som har passert helserettslig myndighetsalder, lider av somatisk sykdom, mangler beslutningskompetanse og «motsetter seg helsehjelpen», vil omfattes av regelverket i pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A, se § 4A-2 første ledd. At helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 i utgangspunktet gjelder motstandssituasjonene, fremgår av § 9-2 andre ledd. Det gjelder også for barn. Etter disse to regelsettene er det motstanden som er inngangsporten til tvangsbestemmelsene. Motstand mot et tilbud om enten rusbehandling etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 10 eller undersøkelse og behandling i det psykiske helsevern, kan også lede til spørsmålet om «motstanden» skal overvinnes.

Hvordan motstand fremkommer vil være varierende, fra tydelig fysisk motstand til mer og mindre klare verbale ytringer. I enkelte tilfeller, aller mest for barn med psykisk utviklingshemning, kan det være en utfordring å avklare hvorvidt det foreligger motstand eller ikke.

Når det er motstanden i seg selv som er inngangskriterium, kreves det ingen begrunnelse for motstanden eller forståelse av konsekvensene av å motsette seg. Barn og voksne stiller tilsynelatende på lik linje, men det er ikke uten videre gitt at motstand skal forstås likt hos barn som hos voksne. Spørsmålet er om en uttrykksform som hos en voksen indikerer motstand, skal ha samme rettslige gjennomslagskraft hos barn. Skal eksempelvis motstand hos barn med psykisk utviklingshemning vurderes likt med motstand hos en voksen med utviklingshemning? Det kan bety at for en diagnostisk avgrenset barnegruppe blir virkningene av motstand strukket ut på en måte som fremstår som unaturlig for andre barnegrupper. Hvorvidt det skal være lik forståelse av motstand hos barn og voksne er imidlertid ikke det avgjørende spørsmålet. Det er derimot hvorvidt noen tiltak kan gjennomføres for å overvinne motstanden overfor barn, men ikke overfor voksne, uten at dette blir definert som bruk tvang. At gjeldende lovverk leder til ulik behandling av barn som er i sammenlignbare situasjoner, kan ikke utvalget se at lovgiver tidligere har tatt opp til drøftelse.

18.7.3.4.2 Å overvinne barns motstand

I enda større grad enn det som er sagt i punkt 18.2.3 må det understrekes at det ikke er selve overvinningen av motstand, men måten det skjer på som er det sentrale for disse drøftelsene. At barn motsetter seg verbalt og fysisk, har alle erfart som har hatt befatning med barn. Av den grunn er det helt nødvendig å reise spørsmål ved om enkelte tiltak som ikke vil være lovlig å gjennomføre overfor voksne, kan utføres for å overvinne barns motstand.

Under den nedre grensen for hva som utgjør tvang faller vanlig samhandling mellom mennesker, vurdert i lys av situasjon og arena, men også individuelle forhold hos personen. Overført til barn betyr det at en nedre grense for hva som er tvang etter et motstandskriterium, må trekkes ved det som er vanlig samhandling mellom voksne og barn. Styrkeforholdet voksen – barn har i de fleste tilfeller større karakter av ulikevekt, enn hva som gjelder for forholdet mellom to voksne, selv om det er et ubalansert styrkeforhold mellom den bistandstrengende og den som yter bistand. Vurderingsmomentene – situasjon, arena og individuelle forhold – må av den grunn ses i et enda skarpere lys når det gjelder barn. Med hensyn til individuelle

¹⁰¹⁷Uni Rokkansenteret, 2010

forhold er det barnets alder som trer frem som et sentralt vurderingstema. Motstand hos en treåring har en annen karakter enn hos en 16-åring. Det tilsier at tiltak som anvendes for å overvinne motstand, ikke alltid kan vurderes likt. Likebehandling av barn på ulike biologiske utviklingsstrinn vil være i strid med det grunnleggende prinsipp som fremkommer av Grunnloven og av barnekonvensjonen om at barnets mening skal tillegges økende vekt med alder, utvikling og modenhet.

For barn med psykisk utviklingshemning reiser sammenkoblingen mellom alder og modenhet, utfordringer. De fleste barn utvikler seg innenfor en normalitetsramme, der alder og modenhet følges ad. Når det ikke er tilfelle for barn med psykisk utviklingshemning, kan det være et argument for at 16-åringen som kognitivt befinner seg ca. på treårs alder, skal behandles som en treåring. Mange foreldre har erfart en situasjon der en treåring nekter å forlate butikken før han eller hun har fått en iskrem. For mange foreldre vil det, om situasjonen ikke løses etter å ha forklart hvorfor det ikke skal kjøpes is, være akseptabelt å løfte barnet opp og ta det med ut av butikken, om så barnet gråter. Det er å betrakte som et ledd i alminnelig barneoppdragelse, og vil også kunne gjennomføres av offentlig tjenesteutøver. I forarbeidene til sosialtjenesteloven kapittel 6 A (opphevet, nå helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9), er det lagt vekt på at alminnelig barneoppdragelse skal kunne gjennomføres overfor barn med psykisk utviklingshemning uten at det aktiverer tvangsbestemmelsene.¹⁰¹⁸ Biologisk alder er da avgjørende. Det er derfor ikke adgang til å behandle en 16-åring med redusert kognitivt funksjonsnivå på tilsvarende vis som 3-åringen.¹⁰¹⁹

I helse- og omsorgstjenesteloven § 9-2 andre ledd tredje punktum er det sagt at «Alminnelige oppfordringer og ledelse med hånden eller andre fysiske påvirkninger av liknende art anses ikke som bruk av tvang eller makt.» Bestemmelsen retter seg mot alle psykisk utviklingshemmede som kan omfattes av kapittel 9, men får en annen betoning for barn. Koblingen mot barneoppdragelse betyr at mer omfattende oppfordringer og håndledning kan foretas overfor barn. Hvor omfattende tiltak som kan utføres uten at disse vil falle inn under kapittel 9, må ses i lys av barnets alder, hvilke tiltak det er, om tiltakene er å anse som faglig akseptable i oppdragelse av barn, hvilken styrke som benyttes og hvor ofte tiltaket gjennomføres.

18.7.3.5 *Tvang som uttrykk for et kontrollbehov uavhengig av motstand eller samtykke i relasjon til barn*

Helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 inneholder det mest fremtredende eksemplet på et objektivt tvangskriterium. Av § 9-2 andre ledd framgår det at «tiltak som er så inngripende at de uansett motstand må regnes som bruk av tvang eller makt. Bruk av inngripende varslingssystemer med tekniske innretninger skal alltid regnes som bruk av tvang eller makt etter reglene i kapitlet her.»

Begrunnelsen for at det er gitt et objektivt kriterium i tillegg til motstandskriteriet, er at den persongruppen reglene retter seg mot, kan ha vansker med å gi uttrykk for sin vilje og dermed sin motstand. Synspunktet må sies å stå enda sterkere for barn med utviklingshemning enn for voksne. Foruten at barn generelt kan ha vansker med å forstå og dermed sette seg mot voksnes avgjørelser, er dette en gruppe barn som er enda mer sårbar og i enda større grad prisgitt voksnes holdninger. Som vist til i forrige punkt, må en avgjørelse av hvor inngripende et tiltak er, vurderes ut fra en annen norm for barn enn for voksne, fordi barn er i en utviklingsfase

¹⁰¹⁸Ot.prp. nr. 58 (1994–95) punkt 3.2.2.1

¹⁰¹⁹Sigurdson, 2015, s. 256

der oppdragelse inngår som et naturlig og nødvendig element. Om dette vilkåret vises til framstillingen under punkt 18.4.2. Her skal aldersdimensjonen framheves.

Det får også betydning i en vurdering av eventuelle tekniske innretninger. Bruk av f.eks. babycall er uproblematisk for det psykisk utviklingshemmede barnet, når det skjer på linje med hva som er gjort for andre barn. Men å benytte denne innretningen i forbindelse med avlastningsopphold for en 10-åring, vil være et tiltak som klart avviker fra det som er alminnelig for andre barn. Dermed faller tiltaket i dag inn under kapittel 9.

Vanskene med å trekke en nedre grense for hvilke tiltak som omfattes av kapittel 9, er minst like betydelige for barn som for voksne. Det gjelder blant annet bruk av spesialklær for å hindre grising med avføring eller selvskading. Når barn er tilvennet plagget hjemmefra og aksepterer det, taler det for at det ikke fordrer vedtak etter kapittel 9, selv om det blir benyttet under avlastningsopphold. Barnets alder vil også her være et sentralt vurderingsmoment. At et barn bruker en heldekkende pysjamas med knepping i ryggen, vil være et mer uvanlig tiltak jo eldre barnet er. Jo mer aldersmessig uvanlig det er at et barn benytter en slik klesdrakt, jo mindre vekt kan det legges på hva foreldrene ønsker og samtykker til når tjenester ytes i kommunal regi.

18.7.3.6 Ikke-tvang på grunn av foreldresamtykke

I enkelte tilfeller kan det gjennomføres inngripende tiltak overfor barn under 16 år uten at det blir karakterisert som tvang basert på foreldrenes samtykke. Psykisk helsevernloven bygger på pasient- og brukerrettighetslovens samtykkeregler, se psykisk helsevernloven § 1-5 og § 2-1 første ledd. Derved er helserettslig myndighetsalder et avgjørende skille. Skillet har samme gyldighet for somatisk helsehjelp, men problemstillingene som inntreffer når det er tale om psykisk helsehjelp, har en annen valør.

I og med at det (normalt) er foreldrene som samtykker til helsehjelp til barn under 16 år, er det deres holdning til tiltaket som er avgjørende. En forutsetning er dog at tiltaket er i samsvar med forsvarlighetsnormen, jf. helsepersonelloven § 4. Dersom foreldrene velger ikke å samtykke, kan det eventuelt være et forhold for barneverntjenesten, se punkt 17.5.5.5. Følgelig er barnets oppfatning enten den er positiv eller negativ, som et utgangspunkt, ikke avgjørende. Noe annet er at barnets egen oppfatning og holdning til tiltaket, vil kunne ha avgjørende betydning for gjennomføring og utkommet av helsehjelpen. Motstand hos barn kan etter omstendighetene være så uttalt at kravet til forsvarlighet begrunner at helsepersonell ikke gjennomfører den planlagte helsehjelpen.

Her foreligger det dermed et markant skille mellom regelverkene for de over og under helserettslig myndighetsalder alt etter hvilke tjenester det er spørsmål om å yte. For barn under 16 år med behov for psykisk helsehjelp eller somatisk behandling baseres inngrep på foreldresamtykke, mens situasjonen er en annen for barn omfattet av regelverkene i helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 og 10.

Hvor avgjørende grensen ved 16 år er, går fram av pasient- og brukerrettighetsloven § 4-5 tredje ledd. Selv om et barn over 16 år ikke har beslutningskompetanse, vil dets motstand gi rettslige virkninger. Dersom motstanden overvinnes med midler som karakteriseres som bruk av tvang, er foreldresamtykket et utilstrekkelig rettslig grunnlag. Skal tiltaket utføres til tross for motstanden, må det foreligge lovhjemmel. I praksis vil det si at enten må vilkårene psykisk helsevernlovens regler i kapittel 3 eventuelt også i kapittel 4 foreligge, eller reglene i pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A.

18.7.4 Er en felles reguleringsmåte mulig og ønskelig?

18.7.4.1 *Hvorvidt felles regulering er mulig*

Med bakgrunn i de vurderinger som er gjort med hensyn til å etablere et felles tvangsbegrep for voksne, er utgangspunktet at det også vil være mulig å formulere et felles tvangsbegrep for barn. Det som imidlertid må avklares er hvorvidt det er mulig å bygge på samme grunnstruktur i utformingen av tvangsbegrepet, altså at det skal gjelde ett felles tvangsbegrep for barn og voksne. Som fremstillingen ovenfor har vist, er variasjonsbredden enda større når det gjelder forståelsen av hva som i rettslig forstand er tvang. Det påvirker utformingen av gjeldende tvangsdefinisjoner for barn. Spennet går fra et bredt formulerte tvangsbegrep som ikke skiller mellom barn og voksne, til at det som åpenbart er tvangstiltak overfor voksne ikke er det når det gjelder barn.

18.7.4.2 *Hvorvidt felles regulering er ønskelig*

18.7.4.2.1 *Utgangspunktet*

Behovet for en forenkling av lovverket gjelder også for barn. Dagens regelverk kan lede til vanskelige grensdragninger mellom det som kan være aktuelle regelverk. Hensynet til barn med sammensatte vansker, der tilstanden kan gi grunnlag for tiltak etter mer enn et regelverk, dvs. en regelverkskryssende problemstilling, taler for ett felles regelverk. Det vil lette muligheten for å sette barnets behov i sentrum og finne frem til de tiltakene som forbedrer barnets situasjon. Oppmerksomheten som i dag kreves for å identifisere riktigst regelverk, vil kunne frigjøres til å fremme tiltakets formål. At det er ett tvangsregelverk øker tilgjengeligheten til det som til enhver tid er gjeldende rett. For dem som i første hånd skal anvende lovverket, som ofte er uten omfattende juridisk kunnskap, betyr det en forenkling og dermed økt mulighet for lovanvendelse i samsvar med lovgivers intensjon.

Ett felles regelverk vil bety likebehandling av barn som er i den situasjonen at de kan bli møtt med tvungne tiltak. Således vil felles regelverk signalisere at samme verdimeslige avveininger ligger til grunn for regler som åpner for tvang og hvilke tiltak som i så fall kan benyttes. Tungtveiende grunner kan imidlertid tilsi helt eller delvis ulike regelverk.

18.7.4.2.2 *Faren for uønskede virkninger*

At et felles regelverk for barn vil bidra til likebehandling, helhetstenkning rundt barnet og derav større muligheter for samhandling mellom faggrupper, er viktig med hensyn til å styrke barns rettslige stilling. Hvorvidt det skal være felles regulering for barn og voksne er derimot en utfordrende problemstilling siden barn er umyndige personer som står under foreldrenes eller andre med foreldreansvaret sitt ansvar. En potensiell uønsket virkning av felles regulering for barn og voksne, er at det blir gjort større begrensninger i foreldrenes rettigheter og plikter enn det formålet med et felles regelverk tilsier. At ulike hensyn står mot hverandre vitner eksisterende lovgivning om, der foreldrenes rolle har fått ulik betoning.

Til tross for fellestrekk mellom barn som omfattes av gjeldende tvangsregelverk, er det også forskjeller. En fare i et felles regelverk er at særegne forhold ikke blir tilstrekkelig vektlagt. Etter eksisterende regelverk er det særlig markante forskjeller mellom reguleringsmåten for barn under helserettslig myndighetsalder som motsetter seg psykisk helsevern og barn med psykisk utviklingshemning som motsetter seg omsorgstiltak. I førstnevnte tilfelle er det (muligens) underregulering og i det andre (muligens) overregulering. Ønsket om å styrke barns rettigheter gjennom forenkling og et mer tilgjengelig regelverk, må ikke overskygge en kritisk vurdering av om rettslige goder i form av særordninger for grupper av barn, blir svekket.

18.7.5 Utvalgets vurderinger

18.7.5.1 Innledning

De to hovedspørsmålene – bør det være en felles tvangsdefinisjon for barn og voksne og dersom det ikke er tilrådelig, bør det være en felles tvangsdefinisjon for barn –, må avklares i denne rekkefølgen, før en drøftelse av tvangsbegrepets innhold.

Det forhold at foreldreansvaret forplikter foreldrene til å ivareta barnet sine interesser og behov, jf. barneloven § 30 første ledd tredje punktum, gjør at utgangspunktet for en drøftelse av hvordan rettssikkerheten skal ivaretas når det er aktuelt å overvinne motstand mot et helse- eller omsorgstiltak, stiller seg ulikt for barn og voksne. Foreldreansvaret er en etablert rettslig mekanisme for å ivareta barns rettssikkerhet. Det overordnede spørsmålet er følgelig i hvilken grad det er behov for rettslige mekanismer i lovgivningen utover foreldreansvarets plikter, og ved behov for det, hvilket balansepunkt skal det være mellom offentlig saksbehandling og utøving av foreldreansvaret.

18.7.5.2 *Tvang som fravær av samtykke: Bør barn under 16 år gis beslutningskompetanse?*

Å innføre et tvangsbegrep som har sitt utgangspunkt i om det foreligger samtykke fra barnet uten hensyn til barns alder, vil være et radikalt grep. Ikke bare vil det være et brudd med eksisterende lovgivning, der hovedregelen er at barn oppnår alminnelig beslutningskompetanse i helserettslige spørsmål fra 16 år etter pasient- og brukerrettighetsloven § 4-3 første ledd bokstav b. Dessuten vil det medføre utfordrende praktiske og rettslige spørsmål, noe fremstillingen i punkt nåværende 18.5.2 viser.

Etter helse- og omsorgstjenesteloven §§ 10-2 og 10-3 er samtykke fra barn også under 16 år, avgjørende for om innleggelse skal gå etter tvangsreglene. Hvordan samtykkekravet skal håndteres overfor barn, er ikke diskutert i forarbeidene til loven og heller ikke i Helsedirektoratets rundskriv. Fraværet av oppmerksomhet mot de særspørsmål som inntreffer når en samtykkeproblematikk knyttes til barn, er blant annet teksten i Helsedirektoratets rundskriv vitne om. Her blir det vist til at vedtak etter §§ 10-2 og 10-3 er et inngrep i selvbestemmelsesretten, en rettighet barn ikke har.¹⁰²⁰ Forholdet til foreldreansvaret er heller ikke berørt noen av stedene. Den legislative begrunnelsen for regelen er dermed svak. Per i dag er fravær av gyldig samtykke også avgjørende for hvorvidt det foreligger tvang overfor barn etter psykisk helsevernloven §§ 3-3 og 3-2, jf. § 1-2, men bare for barn over 16 år – situasjonen er derfor ikke sammenlignbar med helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 10.

Å legge til grunn fravær av gyldig samtykke som definisjon av tvang, fordrer en avklaring av hva et *gyldig* samtykke fra barn betyr. Forskjellen mellom helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 10 og psykisk helsevernloven og dens kobling til samtykkereglene i pasient- og brukerrettighetsloven, er at lovgiver i sine motiver til sistnevnte lov har drøftet og konkludert med at barn flest har nådd tilstrekkelig modenhet til å avgi et selvstendig samtykke, når de har nådd en viss alder – 16 år.

Som allerede vist, kan det by på vansker å avgjøre om en helserettslig myndig person til fulle oppfyller kriteriene. Dette er vansker som påregnelig vil være generelt større for barn under 16 år. I en fremtidig lovgivning som bygger tvangsdefinisjonen på et fravær av samtykke, må det enten ses bort fra at samtykke forutsetter gyldighet eller så må det gjøres en individuell

¹⁰²⁰Helsedirektoratet, IS-2355, s. 46

vurdering av hvert enkelt barn i hver enkelt situasjon.¹⁰²¹ Sistnevnte mulighet er etter utvalgets oppfatning ikke tilrådelig, ettersom det vil være en sammensatt vurdering med stor bevissthet knyttet til juridisk så vel som utviklingspsykologisk kunnskap.

Etter pasient- og brukerrettighetsloven § 4-3 første ledd kan barn i avgrensede tilfeller samtykke til helsehjelp til tross for at de er under 16 år. Uten at det er diskutert i forarbeidene, må det legges til grunn at det kun omfatter barn som oppfyller anerkjente prinsipper for vurdering av beslutningskompetanse, jf. de såkalte FARV-kriteriene.¹⁰²² De formene for helsehjelp som omfattes, er ikke av en art som vil reise spørsmål om de eventuelt skal utføres mot barnets vilje. Motstandssituasjonene er heller ikke et tema i lovproposisjonen.

Formulering av tvangsbegrepet for barn med utgangspunkt i krav om samtykke, medfører etter utvalgets oppfatning, andre store betenkeligheter. Balanseforholdet mellom barns rett til økende innflytelse med økende alder og deres rett til beskyttelse for å fremme deres utvikling, kan bli forrykket. Selv om et barn kan sies å oppfylle kriteriene for å avgi et gyldig samtykke, betyr det at ansvaret for avgjørelsen vil være barnets. Hensynet til å verne barn mot ansvar som kan være belastende, gjør det etisk og rettslig betenkelig å bre ut tvangsbegrepet på denne måten. Videre vil et så vidt tvangsbegrep gripe inn i foreldrenes ansvar, uten at det foreligger en klar begrunnelse for at innhugg i foreldreansvaret styrker barns rettslige posisjon.

Utvalget mener på denne bakgrunn at det ikke er vektige hensyn som tilsier at tvangsdefinisjonen for barn skal være forankret i barns samtykke, heller ikke i form av krav om dobbelt samtykke – både foreldrenes og barnets samtykke. Denne modellen gjelder for barnevernloven § 4-26, når barn er under 15 år, men hvilke krav som stilles til samtykket er ikke problematisert. I punkt 17.2.5.4.2 er det beskrevet et tidligere forslag om å innføre krav til dobbelt samtykke i psykisk helsevern, når barn er over 12 år for at vernet skal være frivillig. Forslaget var imidlertid basert på at barnet var i besittelse av personlige forutsetninger. Tilsvarende for hva som gjelder for voksne, vurderer utvalget at en tvangsdefinisjon også for barn bør knyttes til motstandssituasjonen.

18.7.5.3 Tvang som overvinnelse av motstand: særtrekk ved anvendelse overfor barn

18.7.5.3.1 Motstandens uttrykk hos barn

Innledning

Ved å ta utgangspunkt i motstandssituasjonene ved fastsettelse av tvangsbegrepet for barn, etableres et likt utgangspunkt som for voksne. Imidlertid er det viktig å fokusere på forskjeller i anvendelsen av et motstandskriterium overfor barn sammenlignet med voksne. Den mest nærliggende begrunnelsen for dette synspunktet er den store variasjonen i personlig modenhet i en persongruppe som spenner fra 0 til 18 år.

Noen vurderingsmomenter trer frem; er barns alder og modenhet av betydning for hvorvidt motstand er et uttrykk for et negativt standpunkt? Er tiltakets art et vurderingsmoment i seg

¹⁰²¹I England og Wales er det etablert en slik praksis på bakgrunn av dommen Gillick mot West Norfolk og Wisbech Area Health Authority.

¹⁰²²Prop. 75 L (2016–2017) Om FARV-kriteriene se punkt 21.3.2.

selv? Og hva om barn og foreldre har kryssende interesser? Dessuten kan det hende at motstandskriteriet må ses i sammenheng med type helsehjelp. Disse fire vurderingsfaktorene belyses i det følgende. De to førstnevnte vurderingsfaktorene angår i sin natur relasjonen mellom statens ansvar og barnet som kan bli utsatt for tvang – et vertikalt forhold, mens vurderingsfaktor 3 ligger i den horisontale linjen – et forhold fortrinnsvis mellom foreldre og barn.

Vurderingsfaktor 1 – alder og modenhet

Behovet for en nedre grense for når barnets motstand skal gi rettslige virkninger

De fleste finner det unaturlig å karakterisere at en hylskrikende baby utviser motstand i rettslig forstand. Noe annet er at barnet gjennom sin gråt viser tegn til ubehag eller utrygghet, som det er en rettslig plikt til å ta hensyn til. Det er noe annet når en 15-åring fysisk prøver å unnslippe et behandlingstiltak. Dette taler for at det bør trekkes en aldersmessig nedre grense for når det som ytre sett framstår som et negativt standpunkt skal regnes som motstand.

Betydningen av økende alder

Økende alder gir normalt økt innsikt. Å vektlegge et barns mening når det er innforstått med hva saken gjelder og ser implikasjonene av sin mening, står klart sterkere enn når barn handler på et langt mindre bevisst grunnlag. Utviklingen av innsikt, den intellektuelle modenhet, ledsages av tiltakende forståelse av hva det er å ta et valg og hva det innebærer. Økende vektlegging av barnets holdning til tiltaket er i tråd med prinsippet nedfelt i menneskerettighetene, deriblant i Grunnloven § 104 første ledd andre punktum, Barnekonvensjonen artikkel 12 nr. 1 og flere andre steder i lovgivningen. Pasient- og brukerrettighetsloven § 4-4 femte ledd andre punktum er et eksempel. Her sies det at barn har rett til å bli hørt i spørsmål som gjelder dem selv, og at deres mening skal vektlegges i samsvar med «alder og modenhet». I Grunnloven § 104 er begrepet «utvikling» brukt istedenfor «modenhet», uten at det synes å være intensjonen å tilføre en meningsforskjell.¹⁰²³ Alder og modenhet *skal* dermed inngå i vurderingen med tanke på hvilken *vekt* barns mening, derunder den negative holdning, skal tillegges. Dette er et krav som det også påhviler lovgiver å ta hensyn til ved utarbeidelsen av lover som påvirker barns rettslige stilling.¹⁰²⁴ I litteraturen er det vist til at disse to elementene *alder og modenhet*, dels må ses som et tospann og dels atskilt.¹⁰²⁵ Et sentralt hensyn bak regelen om at barns mening skal gis tiltakende vekt med økende alder, er at selvstendighet er en egenskap som utvikles og ikke inntreffer plutselig. Det er dermed en forpliktelse å ta hensyn til økende evne til selvstendighet, og ettersom vi ikke kan si at barn skal gis selvstendighet uten at det påvirker innholdet i foreldreansvaret, må foreldreansvaret nedtones i takt med barns økende selvbestemmelse.

For de fleste barn arter den personlige utviklingen seg slik at modenhet følger alder innenfor en normalitetskurve. De lærer seg ferdigheter og framviser et tiltakende ønske om å være selvstendige. For barn der dette ikke er tilfelle, typisk ved kognitiv funksjonsnedsettelse, er

¹⁰²³Dokument 16 (2011–2012) s. 190–191

¹⁰²⁴Dokument 16 (2011–2012) s. 189

¹⁰²⁵Sigurdson, 2015, s. 265

det av hensyn til respekten for barnet som person, vesentlig å legge vekt på tiltakende alder selv om den personlige modenhet avviker i negativ retning. Motsatt – å behandle en 15-åring som en tre-åring fordi barnet har et modenhetsnivået som tilsvarer den alderen, vil etter dette utvalgets oppfatning stride mot likeverdig beskyttelse og gjennomføring av barns menneskerettigheter.

Den biologiske alder har m.a.o. større betydning enn et antatt modenhetsnivå. Helsedirektoratet uttrykker denne grunnholdningen i sitt rundskriv til gjeldende kapittel 9 i helse- og omsorgstjenesteloven.¹⁰²⁶

Hva skal oppfattes som motstand hos barn?

Som allerede påpekt, betyr «barn» på grunn av det aldersmessige spranget, at det dels gjelder det klart selvstendige barnet og dels det klart uselvstendige. Dermed vil viljesuttrykk, i motsetning til hos de fleste voksne, kunne være vanskeligere å tolke. Eksempelvis vil en tilsynelatende protest mot å være innlagt i sykehus eller motta behandling, heller kunne være frustrasjon over å være syk. Det som ytre sett fremstår som motstand kan også være et uttrykk for uvilje mot å bli tatt ut av sitt vanlige liv, fremfor et negativt standpunkt til å få behandling for en sykdom. Barns umodenhet medfører at emosjonelle komponenter som i mindre grad ses hos voksne, kan få en mer fremtredende plass. Denne type reaksjon har mer til felles med en *beklagelse* enn et negativt standpunkt som skal karakteriseres som motstand.

Annerledes vil det kunne være om barnets standpunkt kan forankres i den informasjonen som er gitt. Barn har krav på tilpasset informasjon om helse- og omsorgstjenester som skal gjennomføres, jf. pasient- og brukerrettighetsloven § 3-4, jf. § 3-5. Når barn har nådd et personlig utviklingsnivå, der de forstår informasjonen som blir gitt, og evner å overføre informasjonen til egen situasjon samt er i stand til å vurdere fordeler og ulemper av behandlingsalternativer, oppfyller de vesentlige sider ved de krav som stilles for å være beslutningskompetent. Hvor tidlig i livet barn har nådd en personlig modenhet der de mestrer dette, vil selvsagt variere fra barn til barn, men det enkelte saksforholdet er også en variabel. Poenget i denne sammenheng er at barn i nokså tidlig alder både kan ta et begrunnet valg og kunne forstå konsekvensene av dette, alt etter hva saken gjelder. Det er med andre ord ikke adgang til å avskrive motstand hos barn, utelukkende med å vise til barnets unge alder og at det av den grunn ikke foreligger et negativt standpunkt i rettslig betydning.

I kriteriene som inngår i vurderingen av beslutningskompetanse, se punkt 21.3.2, ligger et krav om å klare å uttrykke et valg og å stå fast ved valget. For barn kan sistnevnte by på utfordringer og begrunner dermed at barn, i alle fall barn under en viss alder, ikke skal være tildelt den positive siden av beslutningskompetanse. Å klare å foreta avveininger mellom oppstilte alternativer, kan i sin alminnelighet være krevende.

Hva er akseptabel påvirkning for å overvinne motstand hos barn?

Foreldre har rett og plikt til å ta avgjørelser på vegne av barnet i personlige spørsmål. At barn har rett til å mene og til å bli hørt for sin mening, fratar ikke foreldrene adgangen til å påvirke meningen. Tvert imot er det en side ved foreldreansvaret som er sentral med tanke på at barn skal forberedes til å ta det fulle ansvar for eget liv. De skal lære å se etter fordeler og ulemper og holde disse mot hverandre. Påvirkningsrommet er således videre overfor barn. Til en viss grad vil det også gjelde barn som er tildelt beslutningskompetanse, men adgangen til lovlig

¹⁰²⁶Helsedirektoratet, IS-10/2015, s. 59

påvirkning er klart mer begrenset enn for de som er uten beslutningskompetanse. I takt med at barn nærmer seg myndighetsalder, skal påvirkning utover det som er vanlig i omgang mellom personer, være avtakende.

Et annet forhold som underbygger en mer omfattende adgang til å påvirke barn enn voksne, er den generelle plikt til å sikre barns utvikling. Det er med andre ord i større grad akseptabelt å bruke press i forsøk på å «overtale» et barn enn en voksen, ut fra hensynet til at barn skal beskyttes mot egne umodne standpunkt for at de skal gis gode utviklingsmuligheter.

Til tross for at påvirkningsadgangen er og skal være større overfor barn, er det noen risikoforhold som må tas i betraktning. Avhengighetsforholdet til foreldre og respekten for autoriteter som helsepersonell ofte utgjør, gjør det vanskelig for et barn å stå fast ved sin beslutning når det er påtrykk om å endre den. Det handler dermed ikke utelukkende om hvilket personlig modenhetsnivå barnet har nådd. Etisk er det problematisk å betone avhengighetsforhold på et vis som gjør den svakere part enda mer avhengig eller sårbar. Og selv om det ligger den beste intensjon bak, er det like etisk uholdbart å direkte manipulere eller lure barn, for å endre deres holdning.

Betydningen av barns erfaringsbakgrunn

For voksne som det kan reises tvil om hvorvidt er beslutningskompetent eller ikke, vil det være av betydning hvilken erfaring personen har. Jo nærmere erfaringen ligger til den aktuelle situasjonen, jo større grunn er det å vektlegge personens oppfatninger. Samme forhold har gyldighet for barn, og jo eldre barn er, desto større grunn er det til å vektlegge de erfaringer de har ervervet.

Beslutningskompetansens negative side

Det er dessuten nødvendig å fremheve betydningen av sontringen mellom den positive og negative siden av beslutningskompetansen. Allment gjelder et skjerpet krav til beslutningskompetansen jo mer alvorlig forholdet det skal samtykkes til, er. Samme innfallsvinkel har ikke gjennomslag ved nektning. Utvalget påpeker i punkt 21.3.5.1 det problematiske i dette. Det erkjennes at gjeldende rett er noe uklar, men mer og mer tyder på at det er uholdbart å stille samme krav til å nekte, som til å samtykke. Kravene til personlige forutsetninger kan dermed i noen tilfeller være svakere på den negative siden av beslutningskompetansen.

Barn uten generell beslutningskompetanse i helsespørsmål kan når de er i alderen 12–16 år ifølge pasient- og brukerrettighetsloven § 4-3, ha kompetanse til å samtykke som følge av «tiltakets art». Ordlyd så vel som forarbeidene, viser at oppmerksomheten kun er rettet mot beslutningskompetansens positive side.¹⁰²⁷ Å snu dette til også å omfatte den negative siden, samt trekke inn prinsippet om at det skal mindre grad av personlig kompetanse til for å nekte enn samtykke, tilsier at barn må kunne nekte helsehjelp utover de situasjonene som inngår i «tiltakets art».

Begrepet «tiltakets art» er inntatt i lovgivningen for å fremme barns innflytelse over eget liv. Å ha en strikt grense for når barn er helserettslig myndige, vil stå i strid med prinsippet om at barn skal gis økende innflytelse og etter hvert selvbestemmelse, jo eldre barnet er. Adgangen til å motsette seg helsehjelp uten å bli møtt av tiltak for å overvinne motstanden, er derfor

¹⁰²⁷Prop. 75 L (2016–2017) s. 32–33

grunnleggende for barn under helserettslig myndighetsalder. Og om det er behov for å overvinne motstanden, for å komme i posisjon til å yte helsehjelpen, vil det kreve rettslig grunnlag. I psykisk helsevern utledes dette rettslige grunnlaget av foreldreansvaret. Kjernen i problemstillingen er ikke hvorvidt barn har nektingskompetanse, men hvilket rettslig grunnlag som kreves for å overvinne barns motstand.

Sammenhengen alder og modenhet i vurdering av nektingskompetanse

Som et utgangspunkt må det fremheves at kombinasjonen av økende alder med dertil økt personlig modenhet, begrunner at barns motstand skal ha rettslige virkninger i form av tydelig oppbygde rettssikkerhetskrav. Selv om vurderingen er vanskeligere når den intellektuelle utviklingen avviker fra det normale, taler hensynet til likebehandling – og i forlengelsen respekten for menneskeverdet –, for at det må være en ens løsning for barn. Det vil forenkle tilnærmingen til individuelle saksforhold som krysser de tradisjonelle grensene mellom ulike tjenestetyper. Dessuten må det tilføyes at den subjektive opplevelsen barnet har når tiltak blir gjennomført til tross for motstand, er det barnet som selv best kan uttrykke, enten det skjer gjennom verbalt språk eller på andre måter.

En ens løsning for barn, vil i så tilfelle tale for at loven angir en aldersgrense for når barns motstand skal gi rettslige følger. I eksisterende regelverk er 12 år en kjent grense, se pasient- og brukerrettighetsloven § 4-3 første ledd bokstav c, jf. § 4-4 første ledd samt siste ledd i samme paragraf. En regel som gir motstand fra barn i alderen mellom 12 og 16 klare rettslige virkninger, vil være en nyskapning for barn i kontakt med psykisk helsevern, men vil ikke endre den rettslige situasjonen for barn som omfattes av bestemmelsene i helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 og 10.

Å innføre en fiksert aldersgrense for når barns motstand utløser rettssikkerhetskrav, vil imidlertid ikke fange opp den naturlige variasjonsbredden i den psykologiske utviklingen. Som tidligere sagt, er denne variasjonen i personlig modenhet en del av begrunnelsen for at helserettslig myndighetsalder ved 16 år ikke er absolutt.

Verken Grunnloven § 104 eller barnekonvensjonen artikkel 12 inneholder en aldersgrense for når barns mening skal tillegges *stor vekt*, slik det gjøres i pasient- og brukerrettighetsloven § 4-4 femte ledd tredje punktum. Formålet med Grunnlovens bestemmelse og barnekonvensjonen er å styrke barns rettslige stilling ved at alder og modenhet ses i sammenheng og i sammenheng med hva saken gjelder.¹⁰²⁸ Menneskerettighetsutvalget vektla betydningen av barns med- og etterhvert selvbestemmelsesrett i personlige forhold, som det helt sentrale. Å bli møtt med tvangstiltak, er i kjernen av personlige anliggender, fordi det er en krenkelse av retten til vern om den personlige integritet. En rettighet som er beskyttet av Grunnloven § 104 tredje ledd første setning og av Barnekonvensjonen artikkel 19. FNs barnekomite har uttalt at statene bør utvise forsiktighet med å innta klare aldersgrenser i lov, fordi det kan oppfattes som absolutte grenser og dermed begrense barns rettigheter.¹⁰²⁹ En fiksert aldersgrense vil også gjøre det mer komplisert å bringe inn den aktuelle situasjonen som en del av vurderingste-maet. Hvis det derimot settes en aldersgrense, 12 år, som et veiledende utgangspunkt, for så å

¹⁰²⁸Dokument 16 (2011–2012) s. 190–191

¹⁰²⁹FNs barnekomite, General Comment no. 12 (2009) punkt 21

åpne for fleksibilitet nedover i de yngre aldersklasser ut fra en konkret modenhetsvurdering, ivaretas et større spekter av barns grunnleggende rettigheter.

Utviklingen i synet på barns rettigheter er gått i retning av at barns rett til å medvirke og utøve innflytelse, skal være en sømløs prosess frem mot full selvbestemmelse. Det betyr at det vil være vesentlig å se alder og modenhet i sammenheng for å gjøre en konkret tolkning av barns reaksjon for å avklare om det foreligger et negativt standpunkt som skal utløse offentlig saksbehandling. For å unngå uheldige rettslige virkninger for barn som ikke er modne nok til å ta et begrunnet negativt standpunkt, kan en glidende skala med konkret vurdering av modenhet og alder, kombineres med en fiksert aldersgrense – fra denne alder har motstand uansett rettslige konsekvenser. Det er imidlertid grunn til å vise til at barn med psykisk utviklingshemning, vil kunne ha erfaringer som begrunner en antakelse om et negativt standpunkt. Disse kan det imidlertid være vanskelige å oppfatte, blant annet fordi en del psykisk utviklingshemmede barn har vansker med å gjøre seg forstått på en tydelig måte: også dette må fanges opp i et framtidig regelverk.

Det er heller ikke tilrådelig å endre på den beskyttelse barn med psykisk utviklingshemning har hatt i lovverket. Å legge vekt på barneoppdragelse som et grunnlag for inngripende tiltak for barn med psykisk utviklingshemning, vil etter utvalgets mening ikke kunne gjøres for barn over 12 år. Bruk av fysisk makt som ledd i barneoppdragelse er det satt klare rammer for i barneloven § 30 tredje ledd, se punkt 17.2.3.

Vurderingsfaktor 2 – tiltakets karakter og alvorlighet

Tiltakets karakter og alvorlighet – den subjektive og objektive side

Respekten for barns egen mening i forhold som griper direkte inn i personlige forhold og den rett barn har til vern om den personlige integritet, se blant annet Grunnloven § 104 tredje ledd, begrunner at barns motstand skal ses i sammenheng med tiltakets art og dets alvorlighet. Jo mer inngripende et tiltak er, i jo større grad må barnets mening vektlegges. Det gjør at barnets mening ikke er en faktor som står på egne bein, men som skal betraktes ut fra tiltaket – hva som står på spill. Her inntreer en forskjell sammenlignet med voksne, som i utgangspunktet har den totale frihet med hensyn til å akseptere eller avslå tiltak. Forskjellen inntreer når barn ikke er tildelt selvbestemmelsesrett, i tillegg til at barns særlige rett til omsorg og vern av sin utvikling utgjør en forskjell.

Tiltaket og dets karakter og alvorlighet, kan betraktes fra to sider; barnets *subjektive* oppfatning og fra det faglige, *objektive* ståsted. En ytterligere dimensjon er *tiltakets formål*. Har det omdiskuterte tiltaket til formål å forbedre barnets situasjon, f.eks. å behandle psykiske helseproblemer, eller er det et tiltak for å overkomme barnets motstand. For å skille mellom disse kan de betegnes som henholdsvis *hjelpetiltak* og *overvinnelsestiltak*. I begge tilfeller er det noen vurderingsmomenter som trer frem.

Et moment er *tid*. Tidsdimensjonen vil ofte ha en annen valør hos barn enn hos voksne. Den subjektive opplevelsen av tid er ofte annerledes hos barn enn hos voksne. En innleggelse (hjelpetiltak) som strekker seg over tre måneder, kan derfor oppleves som et langt mer inngripende tiltak for et barn enn for en voksen. Jo lengre tid, jo mer vil barns normale frihet være begrenset. Et overvinnelsestiltak som er kortvarig, vil i mindre grad reise rettssikkerhetsspørsmål enn når det må pågå over lengre tid for å få hjelpetiltaket gjennomført. Hvis et barn motsetter seg å få en sprøyte, men holder seg så pass i ro at overvinnelsestiltaket kun bestå i å holde armen fast den korte stunden det tar å få satt sprøyten, er det lite problematisk. Når et hjelpetiltak som skal pågå over lengre tid, f.eks. sykehusinnleggelse på grunn av anoreksi, og

det er nødvendig å benytte overvinnelsestiltak i hele perioden, f.eks. i form av tilbakehold, er det mer inngripende enn tiltak som omhandler oppmøte og tilstedeværelse i en samtale.

Frekvens er et annet moment. Et tiltak som normalt innebærer mindre grad av inngrep, får en annen karakter når det gjennomføres med en høy frekvens, enten det er et hjelpe- eller overvinnelsestiltak.

Innskrenkninger i andre rettigheter, f.eks. i kontakt med familie og venner, er et ytterligere moment i vurdering av tiltakets karakter og alvorlighet. Å være institusjonsinnlagt vil kunne være et brudd i barns behov for kontinuitet og stabilitet, og følgelig oppleves mer belastende enn sammenlignet med hva voksne gjør. Ileggelse av restriksjoner i sin livsførsel, sine sosiale kontakter, f.eks. bruk av sosiale medier, vil oppleves inngripende og belastende for en ungdom som sliter med sitt selvilde og i å finne sin plass i en sosial kontekst.

Den *fysiske belastningen* ved tiltak er en åpenbar faktor som må vurderes. Hjelpetiltak kan gi store fysiske belastninger, eksempelvis smertefulle undersøkelser og bivirkninger ved bruk av legemidler. Fysisk inngripende overvinnelsestiltak kan være ansett som nødvendige for å gjennomført hjelpetiltaket, f.eks. den utagerende 13-åring som forhindres i å forlate institusjonen eller gjennomføring av sondeernæring av 11-åringen med anoreksi. Hvorvidt jenta blir fysisk holdt fast av personer eller blir fastspennet, medfører uansett betydelige psykiske og fysiske belastninger.

Atter andre tiltak bærer i seg ulike former for *risiko*. Det være seg risiko for senvirkninger av medikamentell behandling eller at målsettingen med et fysisk inngripende tiltak ikke nås, til tross for plager barnet blir påført både i forbindelse med og i etterkant av inngrepet.

Når barns motstand kan knyttes til denne type faktorer, er det større grunn til å respektere motstanden enn når den har en mer uklar forankring. Det gjelder ikke minst når barn tidligere har erfart samme type tiltak. Barnets negative standpunkt baserer seg da på faktiske forhold, ikke antakelser som følger av umodenhet.

Tiltakets karakter og alvorlighet – innvirkningen på foreldreansvaret

Foreldrene skal ta sine avgjørelser ut fra det enkelte barns «interesser og behov», jf. barneloven § 30 og har ikke anledning til å se bort fra barnets egen oppfatning. Desto nærmere barn kommer grensen for selvbestemmelsesrett, jo større tyngde får spørsmålet om foreldrene har «plikt» til ikke å samtykke. En plikt i rettslig forstand vil det ikke være tale om, når lov tillegg foreldrene beslutningsansvar. Derimot er det spørsmål om det vil foreligge en etisk plikt til å si nei til tiltak barnet motsetter seg, og at denne «plikten» intensiveres med barnets økende alder sett i sammenheng med tiltakets art og alvorlighet.

Foreldrene kan bli stilt overfor etiske og faglige dilemmaer som det kan være vanskelig å stå i. Det var en situasjon Sosial- og helsedepartementet ønsket å verne foreldre til barn med psykisk utviklingshemming mot, og som inngår i begrunnelsen for at det er sams regelverk for voksne og barn i helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9.¹⁰³⁰ Utvalget stiller seg bak et slikt synspunkt. Den emosjonelle nærhet som normalt er mellom barn og foreldre, gir forventninger på begge sider. Et samtykke fra foreldrene til noe barnet ikke ønsker, kan barnet oppleve som et svik og gi en belastning for det videre forholdet mellom barn og foreldre.

Den tidligere tutorordningen i psykisk helsevern ble opphevet ved endringen av psykisk helsevernloven i 2006, med den hovedbegrunnelse at ansvar for å begjære psykisk helsevern ikke

¹⁰³⁰Ot.prp. nr. 58 (1994–95) s. 18–19

bør tilligge den sykes familie, fordi det kan være en stor belastning.¹⁰³¹ Det er ingen grunn til å tro at belastningen oppleves som mindre, når det gjelder mindreårige barn. En god relasjon er viktig i behandlingsperioden og etterpå. Faktorer som kan gi negativ virkning for forholdet bør derfor unngås. Synspunkt står like sterkt for barn som for voksne som har behov for behandlingstiltak, fordi barn ikke kan fri seg fra båndet til foreldrene. Barnet skal vende tilbake til foreldrenes omsorg.

At en «nøytral» instans avgjør om barnet skal pålegges institusjonsopphold og/eller tiltak under oppholdet det ikke ønsker, vil dermed være til fordel for begge parter.

Vurderingsfaktor 3 – interessekonflikt mellom barn og foreldre: risikoen for overgrep

Plikten til å ta avgjørelser i personlige spørsmål for sine barn er et ansvar overfor det enkelte barnet, jf. ordlyden i barneloven § 30 første ledd. Forarbeider og juridisk litteratur er samstemte i en slik tolkning. Det er med andre ord ikke tilstrekkelig at en avgjørelse vil være i interessene til de fleste barn eller at søsken har opplevd tilsvarende tiltak uproblematisk, når det ikke er det for *dette* barnet. Kravet om å individualisere avgjørelsen bygger på en forutsetning om at foreldrene evner å skille mellom barnets interesser og behov, og sine egne. De fleste foreldre klarer det, til tross for de faglige og emosjonelle vanskene som følger av å skulle *ta avgjørelsen*. Foreldrene fungerer da som en rettssikkerhetsgarantist. Tiltak overfor barnet som de mener strider mot barnets interesser, vil de si nei til.

Interessekonflikt mellom barn og foreldre, er sannsynligvis mer påregnelig i sammenheng med psykisk helsehjelp enn somatisk, som følge av at psykiske helseplager ofte har sammenheng med relasjonelle forhold i familien. For foreldrene kan det da være problematisk å skille egne interesser og barnets behov, eventuelt å skille mellom interesser og behov til det aktuelle barnet og søsken. Tilsvarende utfordringer er tenkbare i familier med barn med omsorgsbehov som atskiller seg fra jevnangames, typisk barn med psykisk utviklingshemning. Interessekonflikten kan dermed bryte ned hele eller deler av den rettssikkerhetsmur foreldreansvaret skal bære i seg.¹⁰³² Sårbare barn blir enda mer sårbare i den forstand at deres rettigheter ikke blir respektert eller beskyttet. Interessekonflikten begrunner dermed at motstand hos barnet utløser rettssikkerhetsgarantier.

Vurderingsfaktor 4 – skille mellom somatisk og psykisk helsehjelp

Enkelte argumenter taler for at det bør trekkes et skille mellom somatikk og psykisk helsevern. For å hjelpe et barn med psykiske helseplager, forutsetter det medvirkning fra barnets side. Når det foreligger motstand, vil tiltakene både kunne miste sin tilsiktede virkning, og den opparbeidede motstanden kan føre til at behandling vil være kontraindisert og gi vansker med å etablere en senere behandlingsrelasjon. Så fremt barns motstand ikke blir forsøkt overvunnet, vil det imidlertid ikke foreligge tvang. Motstanden får da den virkning at det ikke blir utført noe helsehjelp, og dermed er det ikke påkrevd å iverksette særlige rettssikkerhetsgarantier. I og med at retten til omsorg og beskyttelse står sterkere overfor barn sammenlignet med voksne, kan det medføre brudd på denne retten. Å vektlegge motivasjonsarbeid er vesentlig,

¹⁰³¹Ot.prp. nr. 65 (2005–2006) s. 61–62

¹⁰³²Etter barnevernloven § 4-24 som åpner for institusjonsplassering av barn med alvorlige atferdsvansker, er det valgt å knytte tvangsdefinisjonen til om barnet selv har samtykket eller ikke til plasseringen, i tillegg til at barn uavhengig av alder alltid er part i saken, jf. § 6-3, for å demme opp for den interessekonflikt som kan være mellom barn og foreldre.

men det må også være oppmerksomhet mot at tiden som går kan føre til at vanskene barnet har, kan ha negativ effekt for utviklingen jo lengre tid som går.

Barn med psykiske helseplager kan ha et avvikende modenhetsnivå sammenlignet med andre barn. Det kan gjøre de mer sårbare for «overtalelser» eller motivasjonsarbeid. Påtrykk fra foreldrene om å ta imot behandling kan bunne i at foreldrene opplever omsorgen for et psykisk sykt barn som så tyngende at det fra deres side vil være en fordel om ansvaret ligger hos helsetjenesten.

Psykisk helsehjelp har dessuten en annen karakter enn somatisk helsehjelp, fordi det er en intervensjon i barns «indre liv» og slik lett vil kunne ha et større konfliktpotensiale i seg, både i relasjon til foreldre og hjelpeapparat. Påtvungent psykisk helsehjelp kan følgelig oppleves som mer inngripende enn somatiske tiltak.

Et annet forhold som kan indikere at det er et skille mellom den somatiske og den psykiatriske del av helsetjenesten, er tidsperspektivet. Et institusjonsopphold under psykisk helsevern kan være langvarig. Tiltak som ikke er institusjonsbaserte, men som gjennomføres mot barns ønske på andre arenaer, kan også ha en varighet og intensitet som begrenser friheten barn i tilsvarende alder har. Det kan ikke utelukkes at tilsvarende problematikk også inntreffer i somatikken. Et eksempel er en 15-åring som nekter å gjennomføre langvarig og intensiv behandling for kreft. En mulig forskjell er imidlertid at den personlige relasjonen mellom barn og foreldre ikke berøres i like stor grad som når foreldrenes samtykke er avgjørende for gjennomføring av psykisk helsehjelp barn motsetter seg. For foreldrene kan det imidlertid være faglig og etisk vanskelig å ta den avgjørelsen som best ivaretar barnets interesse.

Problemstillingene er gjennomgående enklere når helsehjelpen det er tale om er av somatisk karakter. Behovet for barnets medvirkning har ikke den samme fremtredende karakter, den videre relasjonen mellom barn og foreldre blir i mindre grad satt på prøve og det kan være faglig og etisk enklere for foreldrene å gi et samtykke som viser at den er tatt ut fra barnets interesser og behov. Hvis det er nødvendig å ta i bruk enten hjelpetiltak eller overvinnelsestiltak, som ligger utenfor rammen av foreldreansvaret, inntreer spørsmål om hvordan barnets rettssikkerhet skal ivaretas.

Grensen mellom soma og psyke i stadig større grad blir utvisket. Så er også tilfelle for barn. To områder der dette ses med tydelighet er behandling av spiseforstyrrelser og behandling av rusproblemer hos barn. Det faktiske forhold at somatiske helseproblemer er en del av årsaksbildet til psykiske helseproblemer, gir spørsmål om hvor fruktbart det vil være i en fremtidig lovgivning å bygge på dette skillet, fremfor å sette barnets behov i fokus.

18.7.5.4 Sammenfatning – «særlig inngripende» og «særlig modenhet»

To vurderingsmomenter peker seg ut i et motstandskriterium for barn som tillegg til de som gjelder for personer over helserettslig myndighetsalder; hvor inngripende tiltaket er og barnets modenhet.

Utvalget er kommet til at det må stilles et krav om at tiltaket er «særlig inngripende», for derigjennom få frem at det ikke er i enhver motstandssituasjon at de rettssikkerhetsmekanismer som følger av lovutkastet skal utløses. Et tiltak kan være «særlig inngripende» fordi det begrenser barns utøvelse av andre retter, f.eks. den tiltakende bevegelsesfrihet barn har og som vil kunne opphøre ved et institusjonsopphold. Et tiltak som strekker seg over lang tid, eventuelt må gjentas flere ganger, er mer inngripende enn et tiltak som er mer tidsavgrenset. Påføring av fysisk eller psykisk ubehag, herunder bivirkninger, tilsier at tiltak er inngripende. Innleggelse i psykisk helsevern som i tid varer like lenge som et opphold for somatisk helsehjelp, fremstår som mer inngripende, på grunn av den invaderende karakter i personens indre liv

som psykisk helsehjelp kan ha. Hvorvidt tiltaket er «særlig» inngripende vil være en sammensatt vurdering, men jo flere av de nevnte faktorene som foreligger, jo mer tilsier at tiltaket er «særlig inngripende». En innleggelse til en langvarig medisinsk behandling som vil være smertefull, kan være «særlig inngripende». Den inngripende karakteren tiltar i styrke med økende alder, slik at fysisk holding av barn over 12 år som ledd i gjennomføring av et behandlingstiltak, f.eks. gjennomføringstiltak ved behandling av spiseforstyrrelse, vil være «særlig inngripende». På den andre siden kan vi tenke oss et barn som ikke ønsker å bli innlagt på en somatisk sykehusavdeling og gråter og vil hjem, men uten at det er behov for fysisk inngripen. Dette vil som utgangspunkt ikke være et særlig inngripende tiltak.

Siden utvalget finner at det ikke kan gjelde en eksplisitt aldersgrense for når lovens regler slår inn, må det stilles krav til barnets modenhet sett i sammenheng med den aktuelle situasjonen for barn under 12 år. Hva som kan forventes av et barns «modenhet» ved en gitt alder, er det vanskelig å si eksakt. I jo større grad barn evner å ta til seg informasjon og foreta vurderinger knyttet til den, dess modnere er det. En 11-åring som motsetter seg behandling av en kreftsykdom og som forstår hvilke virkninger behandlingen vil ha og hva som kan være konsekvensene av unnlatt behandling, utviser «særlig modenhet». Det kan også gjelde et barn med alvorlig spiseforstyrrelse som forstår virkningene av å ikke ta til seg ernæring, men like fullt ikke klarer å gjøre det.

18.7.5.5 Tvang som uttrykk for et kontrollbehov uavhengig av samtykke eller motstand

18.7.5.5.1 Fremtidig reguleringsmodell – en oppsummering

Utvalget har i sitt arbeid hatt et klart mål om å utforme et regelverk som leder til redusert tvangsbruk. Forslaget til tvangsdefinisjon for barn kan se ut til å rokke ved den overordnede intensjonen ved at flere samhandlingssituasjoner blir definert som tvang etter loven, sammenlignet med i dag: vil det ikke minst gjelde innenfor psykisk helsevern. Dette kan imidlertid være et nødvendig virkemiddel for å nå målet om mindre bruk av tvang. Det er ikke mulig å redusere tvangsbruken uten å gjenkjenne tvangen, også i de tilfellene der denne betegnelsen ikke er benyttet. Utvalget har fått flere og sammenfallende innspill fra personer som var utsatt for tvangstiltak da de var barn, fra ansatte i helsetjenesten og i høringsrunden som viser til behovet for å regulere tvang overfor helserettslig umyndige barn i psykisk helsevern. Se punkt 12.6.

En styrking av barns rettslige posisjon når det anvendes tvang overfor dem, kan ikke skje ved å etablere lik definisjon for barn og voksne. Det er som allerede omtalt flere steder i utredningen, en konsekvens av balanseringen mellom barns rett til omsorg og beskyttelse på den ene siden og retten til økende innflytelse i personlige spørsmål på den andre siden, og den posisjon foreldreansvaret har. Hensynet til et praktikabelt regelverk og respekten for barns rett til vern om deres integritet, taler for at forskjellene i tvangsdefinisjon ikke er større enn hva formålet for særreguleringen for barn tilsier. Det betyr at foreldreansvaret som rettslig grunnlag må vike, der det stenger for at barns rettigheter blir beskyttet, respektert og gjennomført. Dertil må det tas hensyn til de begrensninger som ligger i foreldreansvaret som rettslig grunnlag for tiltak barn motsetter seg.

I utvalgets avveielser av hvilket balansepunkt som skal etableres mellom barns selvstendige rettigheter når barn har et negativt standpunkt til det tiltaket som skal gjennomføres og rettigheter og plikter som er knyttet til foreldreansvaret, har de tre vurderingsfaktorene alder og modenhet, tiltakets karakter og alvorlighet og mulig interessekonflikt mellom barn og foreldre vært retningsgivende. Utvalget mener at hver enkelt av de tre vurderingsfaktorene kan be-

grunne sterkere betoning av barns rettssikkerhet, men det som har vært avgjørende for forslaget til tvangsdefinisjon for barn, er kombinasjonen av faktorer som løfter fram behovet for rettssikkerhet i form av lovregulering når barns motstand blir forsøkt overvunnet.

19 Enkelte andre begrepsavklaringer

19.1 Innledning

Utvalget vil i dette kapitlet gjennomgå enkelte sentrale begreper som blir brukt i gjeldende lovgivning og som har betydning for utredningen og utvalgets lovutkast. Disse begrepene har allerede, helt eller delvis, fått en definisjon eller avgrensning i lov, forskrift eller forarbeider mv. I flere tilfeller varierer imidlertid definisjonene ut fra hvilken lov eller forskrift begrepet blir brukt i. Definisjonene av de ulike begrepene kan få avgjørende betydning for virkeområdet for de aktuelle bestemmelsene. Dette gjør det nødvendig for utvalget å vurdere avgrensningen nærmere.

Flere begrepsdiskusjoner er plassert i andre deler av utredningen. Det gjelder der det er de rettspolitiske vurderingene som dominerer, ikke behovet for klargjøringer ut fra gjeldende rett. Blant annet kan nevnes drøftingen av bruk av diagnoser og diagnosenære kriterier i punkt 14.4.2.7.

19.2 Helsehjelp, kommunale helse- og omsorgstjenester og spesialisthelsetjenester

19.2.1 Rettslige konsekvenser av skillet mellom helsehjelp og kommunale omsorgstjenester

Definisjonen av begrepet helsehjelp er avgjørende for spørsmålet om hvem som skal regnes som pasient, og hvem som skal regnes som bruker, jf. punkt 19.3. Enkelte av bestemmelsene i pasient- og brukerrettighetsloven gjelder bare for de som anses som pasienter.

Avgrensningen av begrepet helsehjelp har også betydning for reglene i pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4, som etter ordlyden bare gjelder samtykke til helsehjelp. I forarbeidene til helse- og omsorgstjenesteloven framgår det:

«Etter en nærmere gjennomgang har departementet kommet til at reglene om samtykke i pasientrettighetslovens kapittel 4 henger så nært sammen med reglene om bruk av tvang i pasientrettighetsloven og reglene om tvang i forslaget til helse- og omsorgstjenesteloven at reglene bør gjennomgå i sammenheng på et senere tidspunkt. Målet på lengre sikt er å oppnå en bedre samordning av de forskjellige tvangsreglene. Departementet vil eventuelt gjennomgå reglene om samtykke i pasientrettighetsloven i denne forbindelse.»¹⁰³³

Videre har definisjonen av begrepet helsehjelp betydning for reglene i pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A. Dette kapitlet er avgrenset til å gjelde helsehjelp til pasienter uten

¹⁰³³Prop. 91 L (2010–2011) punkt 30.6.3

samtykkekompetanse som motsetter seg helsehjelpen. Definisjonen av begrepet helsehjelp er med andre ord avgjørende for virkeområdet for dette kapitlet.

Pasient- og brukerrettighetsloven § 2-7 har særregler om forvaltningslovens anvendelse, som gjelder for et utvalg av de tjenestene som helse- og omsorgstjenesteloven regulerer. Disse særreglene innebærer at forvaltningslovens regler om enkeltvedtak (kapittel IV og V) som hovedregel skal gjelde for vedtak om dette utvalget av tjenester (tjenester etter helse- og omsorgstjenesteloven §§ 3-2 første ledd nr. 6, 3-2 a, 3-6 og 3-8, som forventes å vare lenger enn to uker), men ikke for andre vedtak om rett til helse- og omsorgstjenester. Særreglene gjelder helsetjenester i hjemmet, tjenester som tidligere var regulert i sosialtjenesteloven (praktisk bistand og opplæring, støttekontakt, avlastningstiltak, omsorgslønn) og plass i institusjon mv. (tidligere regulert både i sosialtjenesteloven og kommunehelsetjenesteloven).

Pasient- og brukerrettighetsloven § 7-6 regulerer forvaltningslovens anvendelse ved klage over enkeltvedtak. Etter denne bestemmelsen gjelder det ulike regler for fylkesmannens prøving av kommunens frie skjønn ved prøving av vedtak om helsetjenester og ved prøving av andre kommunale vedtak. Ved prøving av vedtak om helsetjenester skal fylkesmannen legge «vekt på hensynet til det kommunale selvstyre». For andre kommunale vedtak skal fylkesmannen legge «stor vekt på hensynet til det kommunale selvstyre».

Virkeområdet for helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 er avgrenset til å gjelde enkelte personer med psykisk utviklingshemning. I tillegg er virkeområdet avgrenset til å gjelde bruk av tvang og makt som ledd i enkelte tjenester etter denne loven. Disse tjenestene gjelder helsetjenester i hjemmet, personlig assistanse, herunder praktiske bistand og opplæring og støttekontakt, plass i institusjon og avlastningstiltak. Av forarbeidene til loven framgår det at «helsetjenester i hjemmet» må tolkes innskrenkende, og at reglene bare omfatter pleie- og omsorg i hjemmesykepleie, slik virkeområdet var avgrenset i sosialtjenesteloven kapittel 4 A.¹⁰³⁴ Begrepet helsehjelp er ikke benyttet i helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9, men i forarbeidene er det presisert at reglene ikke gjelder bruk av tvang for å gjennomføre «medisinsk undersøkelse og behandling».¹⁰³⁵ Behandling av psykiske eller somatiske tilstander hos personer med psykisk utviklingshemning er regulert i psykisk helsevernloven og pasient- og brukerrettighetsloven.

19.2.2 Gjeldende definisjon av begrepet helsehjelp

Begrepet helsehjelp blir brukt svært ofte i helse- og omsorgslovgivningen. Det er definert både i helsepersonelloven § 3 tredje ledd og i pasient- og brukerrettighetsloven § 1-3 bokstav c. Definisjonene er i hovedsak identiske og omfatter «handlinger som har forebyggende, diagnostisk, behandlende, helsebevarende, rehabiliterende eller pleie- og omsorgsformål».

Definisjonen gjelder for hele helse- og omsorgstjenesten, uavhengig av om hjelpen tilbys i spesialisthelsetjenesten, i den kommunale helse- og omsorgstjenesten, tannhelsetjenesten eller av private. «Helse- og omsorgstjenesten» er definert i pasient- og brukerrettighetsloven § 1-3 bokstav d. Her framgår det at dette begrepet omfatter den kommunale helse- og omsorgstjenesten, spesialisthelsetjenesten, tannhelsetjenesten og private tilbydere av helse- og omsorgstjenester.

¹⁰³⁴Prop. 91 L (2010–2011) kapittel 47

¹⁰³⁵Ot.prp. nr. 55 (2002–2003) punkt 5.3

I forarbeidene til pasient- og brukerrettighetsloven framgår det at definisjonen av helsehjelp dels har et medisinsk og dels et institusjonelt element, og at det medisinske elementet omfatter handlingen og formålet med den. Videre er det presisert at begrepet «handling» omfatter «undersøkelse, behandling, utredning og vurdering, samt pleie- og omsorgstiltak».

I tillegg framgår det:

«Med pleie- og omsorg menes hjelp til å opprettholde et best mulig liv til tross for sykdom, funksjonssvikt eller alderdom.

[...] Med forebygging menes tiltak som tar sikte på å forebygge at sykdom, skade, lidelse eller funksjonshemming oppstår.

[...] Med diagnostisering menes de tiltak som foretas, basert på pasientens sykehistorie og objektive funn, for å fastslå pasientens sykdom.»¹⁰³⁶

Når det gjelder helsehjelp med behandlende formål, framgår det:

«Helsehjelp med behandlende mål (terapeutisk) tar sikte på hel eller delvis helbreding, og således endring i pasientens helsesituasjon, både somatisk og psykiatrisk.»

De samme forarbeidene har også en nærmere omtale av hva som skal anses som helsebevarende formål:

«En del helsehjelp har ikke som siktemål å helbrede, men å holde pasienten «så frisk som mulig» og hindre at tilstanden forverrer seg, eller for å lindre tilstander eller smerter, f. eks. terminalpleie. Dette vil være omfattet av begrepet helsehjelp i lovens forstand. Også tjenester fra helsetjenesten som ikke tar sikte på forandring, f.eks. til personer med fysiske eller psykiske varige funksjonshemminger, vil være helsehjelp. Dette vil typisk være tilfelle for personer med kroniske lidelser. For disse personene er det viktig at de sikres helsehjelp som kan bidra til å holde lidelsen i sjakk og til å leve så normalt som mulig. Definisjonen har derfor tatt inn at handlinger som har helsebevarende formål skal anses som helsehjelp.»

Når det gjelder rehabiliterende formål, er det presisert:

«Formålet med handlingen kan videre være rehabilitering eller habilitering, dvs. gjenoppbygging av tapte funksjoner etter sykdom eller skade og oppbygging av manglende funksjoner hos utviklingshemmede.»

Videre framgår det:

«Som det fremgår av det som er nevnt ovenfor legges det til grunn en vid definisjon av begrepet helsehjelp. Meningen er at pasientrettighetsloven skal gjelde for helsehjelp innenfor helsetjenesten, m.a.o. tjenester som har et medisinsk element.»

Det institusjonelle elementet i definisjonen av helsehjelpbegrepet er kravet om at helsehjelpen er «utført av helsepersonell». Det framgår også av definisjonen at «Dersom pasienten selv eller andre private parter, som f. eks. et familiemedlem i hjemmet, utfører handlinger etter instruksjon fra helsepersonell vil dette også være helsehjelp i lovens forstand.»

Etter helsepersonelloven § 3 første ledd omfatter begrepet «helsepersonell» tre grupper:

1. personell med autorisasjon etter helsepersonelloven § 48 a eller lisens etter helsepersonelloven § 49

¹⁰³⁶Ot.prp. nr. 12 (1998–99) kapittel 12

2. personell i helse- og omsorgstjenesten eller i apotek som utfører handlinger som regnes som helsehjelp
3. elever og studenter som i forbindelse med helsefaglig opplæring utfører handlinger som regnes som helsehjelp.

Utvalget legger til grunn at det ikke er skarpe skiller mellom de handlingene og formålene som helsehjelpbegrepet omfatter. Definisjonen er utformet på en slik måte at det nødvendigvis må bli noe overlapp mellom de handlingene som omfattes.

Pasient- og brukerrettighetsloven regulerer i hovedsak både rettigheter knyttet til helsehjelp og rettigheter knyttet til annen type hjelp. Kapittel 4 er imidlertid avgrenset til å gjelde samtykke til helsehjelp, og kapittel 4 A er avgrenset til å gjelde helsehjelp til personer uten samtykkekompetanse som motsetter seg helsehjelpen, jf. punkt 19.2.1.

Utvalget vil i punkt 19.2.5 vurdere avgrensning av begrepet behandling og de andre elementene i helsehjelpbegrepet nærmere.

19.2.3 Spesialisthelsetjenester

Spesialisthelsetjenesteloven gjelder for spesialisthelsetjenester som tilbys eller ytes i riket av staten og private, når ikke annet er bestemt i loven, jf. § 1-2 første ledd. I andre ledd er departementet gitt hjemmel til «ved forskrift eller i det enkelte tilfellet» å bestemme hva som er spesialisthelsetjeneste.

I forarbeidene til spesialisthelsetjenesteloven er det presisert:

«Lovens saklige virkeområde er definert gjennom begrepet spesialisthelsetjenesten. Begrepet svarer ikke til et presist medisinsk begrep. Spesialisthelsetjenesten er et samlebegrep på den type helsetjenester som man ikke har funnet det hensiktsmessig å legge ansvaret for på det kommunale nivå.»¹⁰³⁷

Som begrunnelse for å gi departementet hjemmel til å bestemme innholdet i begrepet spesialisthelsetjeneste er det i forarbeidene vist til at dette gir departementet en mulighet til å «skjære igjennom» i konkrete konfliktsituasjoner der det er tvil om hvem som har ansvaret for tjenesten. Da loven ble vedtatt, gjaldt dette kommunen eller fylkeskommunen, men i dag gjelder dette spørsmålet om det er kommunen eller staten som har ansvaret. I tillegg er det vist til at den medisinske utviklingen vil gi mulighet for nye behandlingsmetoder som kan gjøre det hensiktsmessig å klargjøre ansvaret for visse oppgaver.

Forskriftshjemmelen i spesialisthelsetjenesteloven § 1-2 andre ledd er ikke benyttet. Ifølge rundskriv fra Helsedirektoratet foreligger det heller ingen avgjørelse som endrer forståelsen av lovens virkeområde. Helsedirektoratet har vist til at begrepet spesialisthelsetjeneste er viktig for avgrensningen mot andre deler av helse- og omsorgstjenesten. Videre framgår det:

«I hovedsak omfattes helsetjenester som krever tilgang til spesialisert kunnskap og ressurser, og som det ut fra faglige og økonomiske hensyn er hensiktsmessig å ha et samlet ansvar for i spesialisthelsetjenesten. [...] Hva som er hensiktsmessig i denne sammenheng, vil kunne forandre seg over tid, både på grunn at den medisinske utviklingen og endringer i organiseringen av helse- og omsorgstjenestene. Begrepet må ses i sammenheng med den faktiske oppgavefordelingen mellom helse- og omsorgstjenesten og spesialisthelsetjenesten.

¹⁰³⁷Ot.prp. nr. 10 (1998–99) punkt 4.2.4.1

Det vil alltid være noe overlapp mellom helse- og omsorgstjenesten og spesialisthelsetjenesten for å få til et helhetlig pasientforløp.»¹⁰³⁸

Utvalget forstår lovens forarbeider og sitatet ovenfor slik at begrepet spesialisthelsetjeneste ikke har noen fast og endelig definisjon, men at det er fleksibelt og kan endre innhold, avhengig av den medisinske utviklingen og endringer i organisering av helse- og omsorgstjenestene. Slik utvalget forstår omtalen av begrepet, er det klart at tjenester som utøves i kommunal regi, ikke omfattes. Utvalget viser også til at begrepet «psykisk helsevern» i psykisk helsevernloven § 1-2 første ledd er definert slik at det omfatter «spesialisthelsetjenestens undersøkelse og behandling av mennesker på grunn av psykisk lidelse, samt den pleie og omsorg dette krever», jf. punkt 19.2.5.1.

19.2.4 Kommunale helse- og omsorgstjenester

I forarbeidene til helse- og omsorgstjenesteloven framgår det at «kommunale helse- og omsorgstjenester» brukes som et samlebegrep på lovens tjenester og tiltak. Det er også presisert at «omsorgstjenester» benyttes som samlebetegnelse for å fange opp de tjenestene som var regulert i den tidligere sosialtjenesteloven, samtidig som begrepet skulle ta opp i seg omsorgsoppgavene og omsorgsformålet i helsetjenestene.

Når det gjelder den nærmere grenseoppgangen mellom kommunale helsetjenester og kommunale omsorgstjenester, framgår det:

«Kommunale helse- og omsorgstjenester brukes i loven som et samlebegrep på lovens tjenester og tiltak. Tjenestene er i utgangspunktet regulert likt. Det er derfor etter departementets oppfatning ikke nødvendig å foreta en nærmere grenseoppgang mellom de to begrepene.»¹⁰³⁹

Utvalget legger etter dette til grunn at det som utgangspunkt ikke vil være nødvendig å foreta en nærmere grenseoppgang mellom kommunale helsetjenester og kommunale omsorgstjenester, og at det i flere tilfeller vil være overlapp mellom disse begrepene.

Pasient- og brukerrettighetsloven har imidlertid enkelte bestemmelser som bare skal gjelde for et utvalg av de tjenestene som er regulert i helse- og omsorgstjenesteloven, eller bare for «helsetjenester». Dette er nærmere omtalt i punkt 19.2.1.

Tjenester som var regulert i den tidligere sosialtjenesteloven (av 1991), faller som utgangspunkt utenfor helsehjelpbegrepet og anses som «omsorgstjenester». Dette gjelder for det første «personlig assistanse, herunder praktisk bistand og opplæring og støttekontakt». Disse tjenestene er i dag regulert i helse- og omsorgstjenesteloven § 3-2 første ledd nr. 6 bokstav b.

Avlastningstiltak var også tidligere regulert i sosialtjenesteloven. Dette gjelder tiltak som skal tilbys personer med særlig tyngende omsorgsarbeid og er i dag regulert i helse- og omsorgstjenesteloven § 3-6 nr. 2. Utvalget legger til grunn at også slike tiltak som utgangspunkt faller utenfor helsehjelpbegrepet. Avlastning er en tjeneste til private som yter tyngende omsorgsarbeid, men avlastningstiltaket kan omfatte både omsorgstjenester og/eller helsetjenester alt etter hva den personen som trenger omsorg, har behov for.

¹⁰³⁸Helsedirektoratet, IS-5/2013, kommentarer til § 1-2

¹⁰³⁹Prop. 91 L (2010–2011) punkt 7.4.5

Videre faller *omsorgsstønad og boliger til vanskeligstilte* utenfor helsehjelpbegrepet, jf. helse- og omsorgstjenesteloven § 3-6 nr. 3 og § 3-7. Begge disse tilbudene var tidligere regulert i sosialtjenesteloven. Det samme gjelder *brukerstyrt personlig assistanse*, som i dag er regulert i helse- og omsorgstjenesteloven § 3-8.

Sosial og psykososial habilitering og rehabilitering er i dag regulert i helse- og omsorgstjenesteloven § 3-2 første ledd nr. 5. Disse begrepene var ikke benyttet i sosialtjenesteloven, men det framgår av forarbeidene at deler av tjenesten tidligere var regulert i flere bestemmelser i sosialtjenesteloven. Videre framgår det i forarbeidene til helse- og omsorgstjenesteloven § 3-2 første ledd nr. 5:

«Kommunene skal sikre nødvendig tilbud av tjenester som kan bidra til stimulering av egen læring, motivasjon, økt funksjons- og mestringsevne, likeverd og deltagelse. Kommunene skal opprettholde den sosialfaglige tilnærmingen for å sikre en helhetlig oppfølging av mennesker med psykiske lidelser og rusmiddelavhengige.»¹⁰⁴⁰

Utvalget legger til grunn at sosial og psykososial habilitering og rehabilitering som utgangspunkt faller utenfor helsehjelpbegrepet.

Medisinsk habilitering og rehabilitering var tidligere regulert i kommunehelsetjenesteloven. I dag er dette regulert i helse- og omsorgstjenesteloven § 3-2 første ledd nr. 5, sammen med sosial og psykososial habilitering og rehabilitering. Utvalget legger til grunn at medisinsk habilitering og rehabilitering faller inn under helsehjelpbegrepet.

Utvalget legger til grunn at innholdet i begrepet «kommunale helse- og omsorgstjenester», i likhet med det som gjelder for begrepet «spesialisthelsetjenester», kan endre seg over tid. Innholdet i disse begrepene vil avhenge av utviklingen innenfor medisinsk kunnskap, teknologi, organisering av tjenestene mv. Dette illustreres også av følgende uttalelse i forarbeidene til helse- og omsorgstjenesteloven:

«Utviklingen innenfor medisinsk kunnskap, teknologi og de ulike helseprofesjonene går fort. På mange områder der det er utviklet nye og enklere metoder som krever mindre kompetanse eller utstyr, fører utviklingen til at tjenester som tidligere måtte utføres innenfor spesialisthelsetjenesten, nå kan utføres av primærhelsetjenesten. En slik utvikling vil antagelig fortsette fremover.»¹⁰⁴¹

19.2.5 Utvalgets vurdering

19.2.5.1 Generelt

Utvalget vil ta utgangspunkt i definisjonen av begrepet helsehjelp, slik den framgår i pasient- og brukerrettighetsloven § 1-3 bokstav c og helsepersonelloven § 3 tredje ledd, jf. også nærmere avgrensning i forarbeidene til disse bestemmelsene. Både lovteksten og forarbeidene er sitert i punkt 19.2.2.

Etter utvalgets vurdering er det nyttig å skille mellom behandling og andre typer helsehjelp. Samtidig må definisjonen av begrepet behandling ikke bli for snever. Utvalget vil reservere seg mot en for streng og bokstavelig tolkning av ordlyden i pasient- og brukerrettighetsloven § 1-3 bokstav c og helsepersonelloven § 3 tredje ledd. Dette gjelder særlig spørsmål om å

¹⁰⁴⁰Prop. 91 L (2010–2011) kapittel 47

¹⁰⁴¹Prop. 91 L (2010–2011) punkt 28.6

skille forebyggende formål fra de andre formålene. Også definisjonen av pleie og omsorg kan virke for snever når pleie- og omsorgsformål blir avgrenset mot forebyggende og helsebevarende formål.

Som nevnt i punkt 19.2.2, legger utvalget til grunn at det ikke er skarpe skiller mellom de forskjellige formålene som er angitt i lovteksten, og at det nødvendigvis må bli noe overlapp mellom de handlingene som omfattes.

Begrepsbruken må tilpasses slik at den tjener formålet med utvalgets lovutkast. Utvalget vil understreke at det er hovedformålet med de ulike tiltakene som vil være avgjørende, slik dette objektivt sett framstår, ikke ut fra helsepersonellens subjektive motiv. Dette kan innebære mindre avvik fra definisjonen i pasient- og brukerrettighetsloven og helsepersonelloven.

19.2.5.2 Nærmere om begrepsbruken i dagens regelverk

Pasient- og brukerrettighetsloven § 4A-5 regulerer vedtak om helsehjelp som pasienten motsetter seg. I tredje ledd i denne paragrafen er det presisert:

«Vedtak om undersøkelse og behandling omfatter den pleie og omsorg som er nødvendig for å gjennomføre undersøkelsen og behandlingen. Dersom hovedformålet med helsehjelpen er pleie og omsorg, skal det treffes eget vedtak om dette.»

Utvalget forstår denne bestemmelsen slik at pleie og omsorg ikke omfatter det å påvirke helsetilstanden, men begrenses til å omfatte stell og tilsyn.

Psykisk helsevernloven har ingen avklaring av hvordan begrepene «behandling» og «pleie og omsorg» skal forstås, men definerer begrepene «psykisk helsevern», «tvungen observasjon» og «tvungent psykisk helsevern». Begrepet «psykisk helsevern» er i § 1-2 første ledd definert slik at det omfatter «spesialisthelsetjenestens undersøkelse og behandling av mennesker på grunn av psykisk lidelse, samt den pleie og omsorg dette krever». I andre ledd framgår det at «tvungen observasjon ikke omfatter behandling, men «undersøkelse, pleie og omsorg» som det ikke er gitt samtykke til. Etter tredje ledd omfatter «tvungent psykisk helsevern» «slik undersøkelse, behandling, pleie og omsorg som nevnt i første ledd uten at det er gitt samtykke».

Definisjonene viser at psykisk helsevernloven som utgangspunkt ikke skiller mellom behandling på den ene siden og pleie- og omsorg på den andre siden, men loven har flere bestemmelser som er avgrenset til å gjelde «undersøkelse og behandling», jf. særlig § 4-4. Denne paragrafen regulerer vilkår for undersøkelse og behandling uten eget samtykke og har enkelte særregler som bare gjelder behandlingstiltak. I fjerde ledd framgår det at behandlingstiltak bare kan igangsettes og gjennomføres når de «med stor sannsynlighet kan føre til helbredelse eller vesentlig bedring av pasientens tilstand, eller at pasienten unngår en vesentlig forverring av tilstanden». Utvalget forstår dette som et snevert vilkår for bruk av behandlingstiltak, ikke som en definisjon av begrepet behandling.

Helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 gjelder bruk av tvang og makt overfor enkelte personer med utviklingshemning. Virkeområdet er avgrenset til å gjelde bruk av tvang og makt som ledd i enkelte tjenester etter helse- og omsorgstjenesteloven, jf. punkt 19.2.1. Verken begrepet helsehjelp, behandling eller pleie og omsorg er benyttet i dette kapitlet. Derimot benyttes «opplærings- og treningstiltak» i § 9-5 tredje ledd bokstav c. Dette er begreper som ligger i en gråsone mot behandlingsbegrepet.

Helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 10 regulerer tvangstiltak overfor rusmiddelavhengige. Dette kapitlet har i § 10-2 en bestemmelse som regulerer tilbakehold i institusjon uten samtykke. Slikt tilbakehold kan skje «for undersøkelse og tilrettelegging av behandling». I forarbeidene til den tidligere sosialtjenesteloven framgår det at målsettingen med denne bestemmelsen var å motivere klienten til et videre «behandlingsopplegg». Videre framgår det at

det var en målsetting å «foreta eventuell avrusning, undersøke den enkelte klients behov, muligheter og ønsker i forhold til praktisk tilrettelegging av behandling i aktuelle behandlingstiltak». Det ble også understreket at det primært skulle være reglene om tilbakehold på grunnlag av eget samtykke som skulle dekke det praktiske behovet for tvangsvedtak i et «behandlingsopplegg».¹⁰⁴² Helse- og omsorgstjenesteloven § 10-4 har nærmere regler om tilbakehold på grunnlag av eget samtykke. Her er det presisert i lovteksten at siktemålet med oppholdet i institusjon skal være «behandling eller opplæring».

Forskrift om rettigheter og tvang i rusinstitusjon trådte i kraft 1. november 2016. Den fulle offisielle tittelen er forskrift om rettigheter og bruk av tvang under opphold i institusjon for behandling, omsorg og rehabilitering av personer med rusmiddelproblemer. Forskriften gjelder ikke bare for institusjoner i spesialisthelsetjenesten som yter tverrfaglig spesialisert behandling for rusmiddelavhengighet, men også for kommunale institusjoner som behandler personer med rusmiddelproblemer, yter omsorg eller rehabilitering og private institusjoner med og uten avtale med kommunen. I rapport avgitt i 2013 er det vist til at dette må synliggjøres i tittelen på forskriften.¹⁰⁴³ Utvalget har merket seg at både begrepene behandling, omsorg og rehabilitering er tatt med i den offisielle tittelen. De tiltakene forskriften omfatter, gjelder imidlertid ikke tvang i behandling.

19.2.5.3 Særlig om begrepet behandling

For utvalgets formål virker det rimelig å skille mellom på den ene siden tiltak som tar sikte på å bedre funksjons- eller symptomnivå (behandling) og på den andre siden tiltak som ikke sikter mot å bedre plagene i seg selv (annen helsehjelp). Annen helsehjelp kan ha som formål å begrense konsekvensene av helseplagene (pleie og omsorg, rehabilitering), forebygge at friske skal bli syke, utrede og diagnostisere helseplager og opprettholde funksjonsnivå (pleie og omsorg).

Vanligvis vil begrepet behandling ha med *helseplager* å gjøre. Behandling retter seg mot plager, lidelser, sykdommer, skader eller lyter. Tiltak som retter seg mot noe annet enn helseplager, bør etter utvalgets mening ikke kalles behandling. Denne avgrensningen innebærer at for eksempel kosmetisk kirurgi, vaksinasjon og helsekontroller ikke kan regnes som behandling. På samme måte kan for eksempel en personlig trener, som er fysioterapeut, og som arbeider med friske personer, ikke sies å drive behandling. Derimot vil en fysioterapeut drive behandling når hun eller han trener opp en person etter en skade.

Utvalget ønsker å skille ytterligere mellom behandling og andre pasientrettede tiltak som lett kan omfattes av en vid forståelse av begrepet behandling.

For det første ønsker utvalget å presisere at tiltak som retter seg direkte mot andre enn pasienten eller brukeren, ikke bør falle inn under begrepet behandling. Dette skiller behandling av pasienten klart fra informasjon og opplæring for pårørende og alle former for samfunnsvern.

Denne avgrensningen er ikke til hinder for at tiltak for pårørende kalles behandling når formålet helt eller delvis er å bedre pasientens helseplager. Et eksempel er psykopedagogiske tiltak for familier der en person har alvorlige psykiske plager. Målet med slike intervensjoner er ikke bare at pårørende skal komme til rette med situasjonen som har oppstått når et familie-

¹⁰⁴²Ot.prp. nr. 29 (1990–91), se del 1 kapittel 1 og del 2 punkt 6.6.

¹⁰⁴³Helsedirektoratet, IS-2056, punkt 4.1

medlem har fått psykiske plager. Det er vist at slike tiltak også har en gunstig effekt på forløpet til pasientens plager. Derfor er dette tiltak som er anbefalt i de nasjonale retningslinjene for undersøkelse, behandling og oppfølging av psykoselidelser.

Videre mener utvalget at det er formålstjenlig å skille mellom behandling og akutte skadeavvergende tiltak. Dette skillet gjelder enten de skadeavvergende tiltakene blir gjennomført av hensyn til pasienten selv eller andre. For eksempel vil kortvarig fastholding for å hindre et alvorlig selvmordsforsøk eller angrep på andre, ikke falle inn under behandlingsbegrepet. Det vil derimot kunne karakteriseres som et omsorgstiltak. Dette åpner for å regulere skadeavvergende tiltak i nødsituasjoner annerledes enn behandling.

Helsefremmende og skadebegrensende tiltak kommer i en særstilling. Generelle helsefremmende tiltak i befolkningen vil vanligvis ikke omfattes av behandlingsbegrepet. Med helsefremmende tiltak rettet mot enkeltindivider kan det stille seg annerledes. I psykisk helsevern vokser det fram tilfriskningsorienterte tiltak i recovery-tradisjonen. Disse tiltakene tar utgangspunkt i ressurser og preferanser, snarere enn i sykdom og symptomer, og dreier seg om hvordan man kan leve meningsfulle og givende liv til tross for helseproblemer. Det vil være unaturlig å definere behandling så snevert at slike tilnærminger ikke omfattes.

Skadebegrensning er mest utbredt i rusbehandling, kanskje særlig innenfor legemiddelasistert behandling (LAR). Her vil man ofte renonsere på målsetningen om rusfrihet, og heller arbeide for at rusmiddelbruken skal være tryggere og mindre destruktiv enn før. Også slike intervensjoner bør etter utvalgets mening omfattes av begrepet behandling.

Etter disse merknadene, og ut fra lovutkastets formål, mener utvalget at begrepet behandling bør forstås slik at det omfatter tiltak for personer med helsetap, som har som formål å gi helsegevinst eller forebygge en framtidig forverring av helsetapet.

Begrepet bør etter utvalgets vurdering blant annet omfatte disse intervensjonene:

- tradisjonell «kurativ» behandling med helbredende eller symptomlindrende formål
- tiltak som prøver å bedre funksjonsnivå og livskvalitet som er nedsatt på grunn av den aktuelle helseplagen
- tiltak som ikke primært er rettet mot den aktuelle helseplagen, men som skal bedre evnen til å leve med plagene
- tiltak som virker indirekte (for eksempel familiebehandling når den tar sikte på å bedre helsen til pasienten og ikke bare lette byrden for de pårørende)
- tiltak som har som mål å hjelpe, selv om de skulle vise seg ineffektive eller skadelige.

Begrepet behandling bør etter utvalgets vurdering ikke omfatte disse tiltakene:

- akutt skadeavverging i nødsituasjoner
- forebyggende innsats som retter seg mot noe annet enn de aktuelle helseplagene (innenfor rusbehandlingen vil for eksempel tilbakefallsforebygging være behandling, men ikke vaksinasjon mot hepatitt for en person som injiserer rusmidler)
- pleie, omsorg og andre tiltak som ikke har som målsetning å bedre pasientens nåværende eller framtidige helsetilstand.

I forskrift om habilitering og rehabilitering, individuell plan og koordinator, gitt med hjemmel i helse- og omsorgstjenesteloven, spesialisthelsetjenesteloven og psykisk helsevernloven, er det tatt inn en felles definisjon av habilitering og rehabilitering, slik:

«Habilitering og rehabilitering er målrettede samarbeidsprosesser på ulike arenaer mellom pasient, bruker, pårørende og tjenesteytere. Prosessene kjennetegnes ved koordinerte, sammenhengende og kunnskapsbaserte tiltak.

Formålet er at den enkelte pasient og bruker, som har eller står i fare for å få begrensninger i sin fysiske, psykiske, kognitive eller sosiale funksjonsevne, skal gis mulighet til å oppnå best mulig funksjons- og mestringsevne, selvstendighet og deltakelse sosialt og i samfunnet.»¹⁰⁴⁴

Dersom dette skal skilles skarpt fra behandling, kan innholdet i behandlingsbegrepet bli så snevert at det vil utelukke mange intervensjoner på de aktuelle feltene. Det er etter utvalgets vurdering ikke ønskelig.

Utvalget vil også vise til at utvalgets syn på hvordan begrepet behandling bør forstås, vil gjøre det nødvendig å bygge ned skillet mellom behandling og pleie og omsorg/omsorgstjenester som vi i dag har i skjæringspunktet mellom psykisk helsevernloven på den ene siden og pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A og helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 på den andre siden. Tilsvarende gjelder for skjæringspunktet mellom psykisk helsevernloven og helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 10.

Begrepet behandling er brukt mye i utvalgets lovutkast, særlig i kapittel 5 og 6. Kapittel 5 regulerer i hovedsak innleggelse og tilbakehold i helseinstitusjon, og kapittel 6 regulerer individuelle behandlings- og omsorgstiltak. Paragraf 5-4 stiller alminnelige vilkår for vedtak om innleggelse og tilbakehold som personen motsetter seg. Her er det blant annet stilt krav om at personen må ha et «sterkt behov for behandling» for ulike helseproblemer. Utvalget forutsetter at begrepet behandling i denne sammenhengen skal forstås slik utvalget har redegjort for ovenfor. Tilsvarende gjelder ulike paragrafer i lovutkastet kapittel 6. Paragraf 6-5 stiller alminnelige vilkår for å treffe vedtak og gjennomføre tiltak som personen motsetter seg. Disse vilkårene gjelder ved tilbud om helse- og omsorgstjenester og skiller ikke mellom behandling, annen helsehjelp eller omsorgstiltak. Kapittel 6 har imidlertid også særlige bestemmelser som regulerer vilkår for ulike behandlingstiltak knyttet til psykiske helseproblemer, pålegg om oppmøte til behandling m.m. Utvalget forutsetter at begrepet behandling også i disse bestemmelsene skal forstås slik utvalget har redegjort for ovenfor.

19.3 Begrepene pasient og bruker

19.3.1 Rettslige konsekvenser av skillet mellom pasient og bruker

Flere av bestemmelsene i pasient- og brukerrettighetsloven gjelder i dag bare for pasienter, jf. § 2-1 b om rett til helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten, § 2-1 c om pasientrettigheter i fastlegeordningen og §§ 2-2, 2-3 og 2-4 om rett til vurdering, rett til fornyet vurdering og rett til fritt behandlingsvalg. I tillegg gjelder § 2-5 a, som regulerer rett til kontaktlege, bare for pasienter. Det samme gjelder § 2-6, som regulerer dekning av utgifter til pasientreiser. Pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A er avgrenset til å gjelde helsehjelp og gjelder dermed bare for pasienter, jf. punkt 19.2.1.

Noen få bestemmelser i pasient- og brukerrettighetsloven gjelder bare for brukere. Dette gjelder § 2-1 d, som regulerer brukerstyrt personlig assistanse. I tillegg har § 3-2, som regulerer pasientens og brukerens rett til informasjon, enkelte bestemmelser som bare gjelder for pasienter, jf. første, andre, tredje og sjuende ledd. Andre bestemmelser i § 3-2 gjelder både for pasienter og brukere, jf. fjerde, femte og sjette ledd. Åttende ledd gjelder bare for brukere.

¹⁰⁴⁴Forskrift 16. desember 2011 nr. 1256, § 3

De fleste rettighetsbestemmelsene i pasient- og brukerrettighetsloven gjelder imidlertid både for pasienter og brukere.

19.3.2 Begrepsbruken i dagens regelverk

Begrepet «pasient» blir ofte brukt i regelverket for helse- og omsorgstjenesten. Dette gjelder helsepersonelloven, pasient- og brukerrettighetsloven, spesialisthelsetjenesteloven, psykisk helsevernloven, helse- og omsorgstjenesteloven mv., i tillegg til diverse forskrifter gitt med hjemmel i disse lovene. Begrepet «bruker» blir ikke anvendt like ofte i dette regelverket, men det er i stor grad brukt i pasient- og brukerrettighetsloven. Det samme gjelder helse- og omsorgstjenesteloven. Helsepersonelloven anvender begrepet i flere bestemmelser (§§ 4, 9, 17, 38a og 56), mens spesialisthelsetjenesteloven bare anvender begrepet i to bestemmelser (§§ 2-2 og 3-3). Begrepet er ikke anvendt i psykisk helsevernloven, bortsett fra i § 4-5, der pasient- og brukerombud er nevnt.

Begrepet «tjenestemottaker» ble først brukt i sosialtjenesteloven kapittel 6 A. Begrepet ble videreført i sosialtjenesteloven kapittel 4 A, som avløste kapittel 6 A. Da sosialtjenesteloven ble opphevet og reglene i kapittel 4 A ble videreført i helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9, ble begrepet tjenestemottaker erstattet med «brukeren eller pasienten». Dette skjedde med virkning fra 1. januar 2012. I forarbeidene til helse- og omsorgstjenesteloven framgår det:

«Reglene i sosialtjenesteloven kapittel 4 A er i hovedsak foreslått videreført uendret. [...]

Det er foreslått enkelte mindre justeringer. [...] I tillegg er det foreslått at tjenestemottaker erstattes med «bruker eller pasient». Disse begrepsendringene innebærer ingen realitetsendringer.»¹⁰⁴⁵

19.3.3 Definisjon av pasient i pasient- og brukerrettighetsloven

I pasient- og brukerrettighetsloven § 1-3 bokstav a er begrepet «pasient» definert slik at det omfatter «en person som henvender seg til helse- og omsorgstjenesten med anmodning om helsehjelp, eller som helse- og omsorgstjenesten gir eller tilbyr helsehjelp i det enkelte tilfellet». Det er presisert i forarbeidene til loven at også der helsehjelp gis uoppfordret, eventuelt mot personens vilje, skal personen defineres som pasient. Det samme gjelder hvis en representant eller fullmektig anmoder om helsehjelp for vedkommende.¹⁰⁴⁶

Begrepet helsehjelp er definert i pasient- og brukerrettighetsloven § 1-3 bokstav c. Denne definisjonen er nærmere omtalt i punkt 19.2.2.

19.3.4 Definisjon av bruker i pasient- og brukerrettighetsloven

I pasient- og brukerrettighetsloven § 1-3 bokstav f er begrepet «bruker» definert slik at det omfatter «en person som anmoder om eller mottar tjenester omfattet av helse- og omsorgstjenesteloven som ikke er helsehjelp etter bokstav c». Dermed blir definisjonen av helsehjelp avgjørende for spørsmålet om hvem som skal regnes som bruker, og hvem som skal regnes som pasient.

¹⁰⁴⁵Prop. 91 L (2010–2011) kapittel 47

¹⁰⁴⁶Ot.prp. nr. 12 (1998–99) kapittel 12

Definisjonen av begrepet «bruker» ble tatt inn i pasient- og brukerrettighetsloven i 2011, da ny lov om kommunale helse- og omsorgstjenester m.m. (helse- og omsorgstjenesteloven) ble vedtatt. Bestemmelsen trådte i kraft 1. januar 2012. Under høringen av forslaget til ny helse- og omsorgstjenestelov uttalte flere av høringsinstansene at begrepet «bruker» er belastende, og at «tjenestemottaker» er et bedre og mer dekkende begrep. Departementet uttalte følgende i forarbeidene til bestemmelsen:

«Departementet er av den oppfatning at tjenestemottaker kan brukes som en språklig felles betegnelse på «pasient» og «bruker», men ønsker å opprettholde et skille i loven. Departementet ønsker ikke at personer som mottar bistand som er mer sosialpreget enn typisk helsehjelp, skal bli betegnet som pasienter og dermed «sykeliggjøres». På den annen side er «pasient» et innarbeidet og velkjent begrep i helsetjenesten, og departementet er av den oppfatning at dette begrepet bør videreføres. Det har igjen den konsekvens at «tjenestemottaker» som flere høringsinstanser foreslår, ikke er egnet som begrep, da dette også vil omfatte «pasienter. [...]

Departementet er enig i at det er viktig både for pasienter, brukere og helsepersonell at definisjonene i loven er lett tilgjengelig, og at man ikke skal være avhengig av annet regelverk. Departementet ser likevel ikke behovet for at definisjonene bør fremgå av helse- og omsorgstjenesteloven, som er en pliktlov for kommunene. Pasienters og brukeres rettigheter vil fremgå av pasientrettighetsloven, og definisjonene vil fremgå av denne loven. Departementet ser det ikke som nødvendig eller hensiktsmessig med en dobbeltregulering av disse begrepene.»¹⁰⁴⁷

19.3.5 Utvalgets vurdering

Bakgrunnen for at både begrepene «bruker» og «pasient» blir brukt i helse- og omsorgstjenesteloven og pasient- og brukerrettighetsloven, er at departementet ønsket å opprettholde et skille mellom pasient og bruker i disse lovene. Utvalget ønsker imidlertid ikke å opprettholde et slikt skille i en ny felles lov om bruk av tvang i helse- og omsorgstjenesten, med mindre det er nødvendig av hensyn til meningsinnholdet i de forskjellige bestemmelsene. Etter utvalgets vurdering bør en ny felles lov som utgangspunkt ha en felles betegnelse på den personen som tvangen retter seg mot. Utvalget har vurdert flere muligheter. Et alternativ er å bruke «personen», eller eventuelt «personen vedtaket retter seg mot» hvis det ut fra sammenhengen i lovteksten er nødvendig med en nærmere presisering. Utvalget viser her til helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9, der «enkelte personer med psykisk utviklingshemning» er brukt i tittelen på kapitlet. Et annen mulighet er å bruke «person(en) uten beslutningskompetanse», jf. betegnelsen «pasienter uten samtykkekompetanse» som er brukt i tittelen på pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A.

Utvalget viser til at det er ulike oppfatninger av hvilke begrep som er belastende. Personer som har behov for tjenester som er mer omsorgspreget enn typisk helsehjelp, kan ha motforestillinger mot å bli «sykeliggjort» ved å bli kalt pasienter og derfor foretrekke «bruker» Andre personer kan oppfatte «bruker» som belastende, jf. punkt 19.3.4 om innspill fra høringsinstansene til forslag om ny helse- og omsorgstjenestelov. Enkelte kan også oppfatte «tjenestemottaker» som belastende fordi det gir et bilde av en passiv mottaker framfor en aktiv bruker.

¹⁰⁴⁷Prop. 91 L (2010–2011) punkt 7.5.3

Etter utvalgets syn er «person» et nøytralt begrep. Hensynet til et tilstrekkelig presist regelverk kan imidlertid i visse sammenhenger tilsi at det blir nødvendig å presisere nærmere hvilken person lovteksten gjelder.

Etter en helhetsvurdering foreslår utvalget at «person» blir brukt som fellesbetegnelse i lovutkastet, i stedet for begrepene pasient eller bruker. Der det ut fra sammenhengen i den aktuelle lovteksten blir nødvendig med en nærmere presisering, vil det i lovutkastet stort sett bli brukt «personen vedtaket rettet seg mot». Begrepet «person» vil i utvalgets lovutkast erstatte begrepene «pasient» og «bruker», slik disse begrepene er definert i pasient- og brukerrettighetsloven § 1-3 bokstav a og bokstav f. Dette framgår av lovutkastet § 1-4 nummer 1.

Begrepet «person» blir som utgangspunkt også brukt om barn, med tillegg som presiserer aldersgrenser (under 18 år eller over/under 16 år).

19.4 Institusjonsbegrepet

19.4.1 Innledning

Begrepet «institusjon» blir brukt ofte og i forskjellige sammenhenger i helse- og omsorgslovgivningen. På enkelte områder er det gitt nærmere bestemmelser om hva som omfattes av dette begrepet, men på andre områder mangler begrepet en nærmere definisjon eller avgrensning.

Nedenfor vil det først bli redegjort for rettslige konsekvenser av skillet mellom institusjon og boliger som ikke anses som institusjon. Videre vil bruken av institusjonsbegrepet i dagens regelverk og hva begrepet omfatter, bli nærmere omtalt. Etter dette vil utvalget vurdere hvilke varianter av institusjonsbegrepet som bør brukes i utvalgets lovutkast og hvordan begrepene kan avgrenses.

19.4.2 Rettslige konsekvenser av skillet mellom institusjon og boliger som ikke anses som institusjon

Adgang til tvangsinnleggelse og tvungent tilbakehold er i dagens regelverk avgrenset til å gjelde for institusjon. Dette framgår både av psykisk helsevernloven, spesialisthelsetjenesteloven, helse og omsorgstjenesteloven og pasient- og brukerrettighetsloven.

Etter psykisk helsevernloven § 3-5 første ledd kan tvungen observasjon eller tvungent psykisk helsevern bare gis ved døgnopphold i institusjon som er godkjent for disse formålene.

Tvungen observasjon eller tvungent psykisk helsevern kan imidlertid også skje uten døgnopphold i institusjon hvis dette er et bedre alternativ for pasienten., jf. psykisk helsevernloven § 3-5 tredje ledd. Dette kan imidlertid bare omfatte pålegg om frammøte til undersøkelse eller behandling. Pasienten kan da om nødvendig avhentes, og hvis det er nødvendig, kan avhenting gjennomføres med tvang.

Helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 10 regulerer tvangstiltak overfor rusmiddelavhengige. Paragrafene 10-2 til 10-4 gir på visse vilkår adgang til tvangsinnleggelse og tvungent tilbakehold i «institusjon utpekt av regionalt helseforetak». Dette innebærer en avgrensning til helseinstitusjoner, jf. nedenfor i punkt 19.4.3.2 og 19.4.3.3

Pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A regulerer helsehjelp til pasienter uten samtykkekompetanse som motsetter seg helsehjelpen. Også dette kapitlet avgrenser adgangen til tvangsinnleggelse og tvungent tilbakehold til å gjelde helseinstitusjon.

Finansierings- og brukerbetalingsordningene er også forskjellige for institusjoner og boliger som ikke anses som institusjoner. I omsorgsboliger (som ikke regnes som institusjon) er det for eksempel mulig å få bostøtte og gunstigere finansiering av medisiner og hjelpemidler, som på sykehjem dekkes av kommunen. Videre gjelder det forskjellige regler om egenandel for kommunale helse- og omsorgstjenester i og utenfor institusjon.

Husleieloven gjelder ved opphold i omsorgsboliger og andre boliger som regnes som private hjem, men ikke ved opphold i institusjon. Husleieloven gjelder ikke hvis annet enn bruksrett til husrom er det vesentligste i avtaleforholdet, jf. § 1-1.

Spesialisthelsetjenesteloven pålegger helseinstitusjoner forskjellige plikter. Etter § 3-2 skal helseinstitusjon som omfattes av spesialisthelsetjenesteloven, sørge for å ha forsvarlige journal- og informasjonssystemer. Helseinstitusjonen skal ta hensyn til behovet for effektiv elektronisk samhandling ved anskaffelse og videreutvikling av sine journal- og informasjonssystemer. Departementet kan gi forskrift om drift, innhold og opprettelse av journal- og informasjonssystemer. I tillegg er det bestemt at Kongen i forskrift kan fastsette nærmere bestemmelser om bruk av elektronisk journal og stille krav om opplæring og tiltak som skal sikre at utenforstående ikke får kjennskap eller tilgang til journalen.

Spesialisthelsetjenesteloven § 3-3 pålegger helseinstitusjon som omfattes av denne loven, meldeplikt til Helsedirektoratet om betydelig personskade på pasient «som følge av ytelse av helsetjeneste eller ved at en pasient skader en annen». Meldeplikten gjelder også hendelser som kunne ha ført til betydelig personskade. Formålet med meldeplikten er å forbedre pasientsikkerheten. Meldingene skal brukes for å avklare årsaker til hendelser og for å forebygge at tilsvarende skjer igjen.

I tillegg pålegger spesialisthelsetjenesteloven § 3-4 helseinstitusjon som omfattes av denne loven, plikt til å opprette kvalitets- og sikkerhetsutvalg.

I likhet med spesialisthelsetjenesteloven pålegger helsepersonelloven helseinstitusjoner forskjellige plikter. Etter helsepersonelloven § 10 har helseinstitusjoner plikt til å utpeke en person som skal ha ansvar for å gi informasjon til pasienter mv. I forarbeidene til denne bestemmelsen er «sykehus og andre helseinstitusjoner» nevnt.¹⁰⁴⁸ Etter helsepersonelloven § 39 andre ledd skal helseinstitusjoner også utpeke en person som skal ha det overordnede ansvaret for den enkelte journal og ta stilling til hvilke opplysninger som skal stå i pasientjournalen.

19.4.3 Ulik bruk og ulike definisjoner av institusjonsbegrepet

19.4.3.1 «Helseinstitusjon» etter helsepersonelloven

I helsepersonelloven § 3 fjerde ledd er det presisert at med «helseinstitusjon» etter helsepersonelloven menes institusjon som hører under spesialisthelsetjenesteloven og helse- og omsorgstjenesteloven. Det er også bestemt at departementet i forskrift kan fastsette nærmere bestemmelser om hvilke institusjoner som skal omfattes. Forskrift om kommunal helse- og omsorgsinstitusjon er gitt med hjemmel i denne bestemmelsen i tillegg til helse- og omsorgstjenesteloven § 3-2 andre ledd, jf. punkt 19.4.3.6.

Begrepet «helseinstitusjoner» er brukt flere steder i helsepersonelloven, blant annet i §§ 10 og 39, som pålegger helseinstitusjoner forskjellige plikter, jf. punkt 19.4.2. I forarbeidene til hel-

¹⁰⁴⁸Ot.prp. nr. 13 (1998–99) punkt 6.5

sepersonelloven er sykehjem nevnt som eksempel på institusjon som omfattes på det kommunale nivået.¹⁰⁴⁹ I tillegg er det presisert at «større behandlingsenheter, som gruppepraksis der flere samarbeider om samme pasient, omfattes».

19.4.3.2 «Helseinstitusjon» etter spesialisthelsetjenesteloven

Spesialisthelsetjenesteloven bruker begrepet helseinstitusjon i flere bestemmelser, særlig varianten «helseinstitusjon som omfattes av denne loven». Loven har ingen definisjon av begrepet helseinstitusjon, men har en bestemmelse som gir departementet hjemmel til å gi nærmere bestemmelser om krav til tjenester som omfattes av denne loven, jf. § 2-1 a sjuende ledd. Denne hjemmelen er imidlertid ikke brukt til å definere hva som skal anses som helseinstitusjon eller stille krav som må være oppfylt for at en virksomhet kan anses som en helseinstitusjon.

Spesialisthelsetjenesteloven bruker også begrepet «institusjon», jf. særlig § 2-1 a fjerde ledd. Her er det bestemt at de regionale helseforetakene skal peke ut institusjoner i det enkelte foretak som kan ta imot rusmiddelavhengige med hjemmel i helse- og omsorgstjenesteloven §§ 10-2 til 10-4. De regionale helseforetakene er ansvarlige for å sørge for at tvangsvedtakene blir gjennomført. De kan enten selv sørge for institusjonsplasser via sine egne helseforetak, eller inngå avtale med andre (private aktører eller helseforetak i andre regioner). Ordningen innebærer at tvangsinnleggelse og tvungent tilbakehold etter reglene i helse- og omsorgstjenesteloven §§ 10-2 til 10-4 finner sted i helseinstitusjoner.

I forarbeidene til spesialisthelsetjenesteloven framgår det:

«I dagens sykehuslov og lov om psykisk helsevern er det foretatt en oppstilling av hvilke institusjoner og virksomheter fylkeskommunen har plikt til å tilby befolkningen. Dette er en lovgivningsteknikk som binder fylkeskommunen til å tilby tjenester i bestemte organisatorisk former. *Departementet* vurderer det slik at denne systematikken kan hindre fleksible og hensiktsmessige løsninger og også hindre en ønsket utvikling mot at tjenester tilbys i andre organisatoriske former.»¹⁰⁵⁰

Sosialkomiteen var enig i at den raske utviklingen innen helsevesenet gir eier og ledelse behov for stor fleksibilitet i hvordan de vil organisere virksomheten.¹⁰⁵¹

Utvalget legger til grunn at lovgiver ikke ønsket at spesialisthelsetjenesteloven skulle gi en nærmere avgrensning av hvordan tjenestene etter denne loven skulle organiseres. Lovgiver så for seg en utvikling over tid og ønsket en fleksibel tilnærming, slik at spørsmål om organisering av tjenestene skulle avgjøres ut fra hva som i framtiden ville være hensiktsmessige løsninger.

19.4.3.3 «Institusjon» etter helse- og omsorgstjenesteloven

Helse- og omsorgstjenesteloven bruker begrepet «institusjon». Lovens kapittel 10 regulerer tvangstiltak overfor rusmiddelavhengige. Dette kapitlet avgrenser tvangsinnleggelse og tvungent tilbakehold til å gjelde i «institusjon utpekt av regionalt helseforetak», jf. punkt

¹⁰⁴⁹Ot.prp. nr. 13 (1998–99) punkt 13.5.6

¹⁰⁵⁰Ot.prp. nr. 10 (1998–99) punkt 5.1.4.1

¹⁰⁵¹Innst. O. nr. 65 (1998–99) punkt 2

19.4.2 og 19.4.3.2. Som nevnt, innebærer dette at tvangsinneleggelse og tilbakehold etter dette kapitlet er avgrenset til å gjelde i helseinstitusjoner.

Institusjonsbegrepet er også brukt i helse- og omsorgstjenesteloven § 3-2. Denne bestemmelsen lister opp de helse- og omsorgstjenestene kommunen som et minimum må tilby. Første ledd nr. 6 bokstav c angir «plass i institusjon, herunder sykehjem». Etter andre ledd kan Kongen i statsråd gi nærmere bestemmelser om kravet til innhold i tjenestene etter § 3-2. Med hjemmel i denne bestemmelsen, helsepersonelloven § 3 fjerde ledd og pasientskadeloven § 1 tredje ledd er det gitt en egen forskrift om kommunal helse- og omsorgsinstitusjon. Denne forskriften blir nærmere omtalt nedenfor i punkt 19.4.3.6.

19.4.3.4 «Institusjon» etter psykisk helsevernloven og psykisk helsevernfor- skriften

Begrepet «institusjon» er brukt i mange bestemmelser i psykisk helsevernloven og psykisk helsevernforordningen. Lovens § 4-6 og forskriftens § 12 bruker også begrepet «døgninstitusjon». I tillegg bruker lovens § 4-8 begrepet «institusjon for døgnopphold».

Psykisk helsevernloven har ingen definisjon av hva som skal anses som institusjon. Lovens § 3-10 andre ledd gir imidlertid Kongen i statsråd hjemmel til å gi forskrifter om godkjenning av institusjoner som kan anvende eller være ansvarlige for tvungen observasjon og tvungen psykisk helsevern og om de nærmere vilkårene for slik godkjenning. Slike bestemmelser er gitt i psykisk helsevernforordningen §§ 2, 3 og 4. Her framgår det at det er Helsedirektoratet som skal godkjenne disse institusjonene, og det er stilt både formelle og materielle krav, i tillegg til krav om bemanning.

I forarbeidene til psykisk helsevernloven framgår det:

«Institusjonsstrukturen innenfor den psykiatriske helsetjenesten er stadig i utvikling, og det er viktig å ha regler som ikke binder opp en slik utvikling. På den annen side er det helt nødvendig å stille visse kvalitetskrav til institusjoner som skal kunne ha ansvaret for tvungen psykisk helsevern i form av døgnopphold. Det er særlig aktuelt å stille krav til personell og andre behandlingsmessige ressurser. På denne bakgrunnen er Kongen i statsråd [...] blant annet gitt hjemmel for å gi forskrifter om godkjenning av aktuelle definisjoner.»¹⁰⁵²

Helsedirektoratet har i rundskriv til psykisk helsevernloven og psykisk helsevernforordningen lagt til grunn en vid forståelse av institusjonsbegrepet når det gjelder godkjenningsordningen. I rundskrivet er det uttalt:

«Institusjoner som kan godkjennes vil eksempelvis være psykiatriske sykehus, psykiatriske avdelinger i sykehus, poliklinikker og distriktpsykiatriske sentre.»¹⁰⁵³

19.4.3.5 «Helseinstitusjon» og «tilsvarende bolig særskilt tilrettelagt for hel- døgns tjenester» etter pasient- og brukerrettighetsloven

Pasient- og brukerrettighetsloven bruker også begrepet «helseinstitusjon», men begrepet er ikke definert, jf. §§ 4A-4 og 4A-5 og §§ 6-, 6-3 og 6-4. I forarbeidene til kapittel 4 A framgår det:

¹⁰⁵²Ot.prp. nr. 11 (1998–99) kapittel 4

¹⁰⁵³Helsedirektoratet, IS-1/2017 punkt 2.1.2

«Omgrepet «helseinstitusjon» omfattar spesialiserte helseinstitusjonar (medrekna sjukehus) og sjukeheimar og buform for heildøgns omsorg og pleie. Aldersheimar, omsorgsbustader og andre bu- og tenestetilbod i kommunane som blir omfatta av sosialtenestelova, er ikkje omfatta av dette omgrepet.»¹⁰⁵⁴

Pasient- og brukerrettighetsloven § 2-1 e regulerer rett til opphold i sykehjem eller «tilsvarende bolig særskilt tilrettelagt for heldøgns tjenester». I forarbeidene til denne bestemmelsen framgår det:

«Med «tilsvarende bolig særskilt tilrettelagt for heldøgns tjenester» menes boliger som er tilpasset for å kunne yte tjenester som dekker beboerens behandlings-, omsorgs- og assistansebehov døgnet rundt. Beboeren må ved hjelp av tilkallingsmuligheter [...] kunne få kontakt og bistand fra egnet personell, med tilsvarende responstid som vedkommende ville fått på sykehjem. Tilsyn med pasienten eller brukeren må tilsvare det tilsynet som ville blitt gitt dersom vedkommende hadde vært innlagt på institusjon.»¹⁰⁵⁵

Sitatet ovenfor viser at «tilsvarende bolig særskilt tilrettelagt for heldøgns tjenester» ikke anses som institusjon. I forarbeidene er det også vist til at det er stor variasjon i hvordan kommunene organiserer sitt helse- og omsorgstjenestetilbud, både når det gjelder innholdet i tjenestene og hvor tjenestene ytes. Videre framgår følgende:

«Institusjons- og hjemmetjenestetradisjonen er i ferd med å forenes, og det er etter hvert blitt vanskelig å se forskjell på nye sykehjem med små avdelinger, og tun med omsorgsboliger og lokaler for hjemmetjenestene. I realiteten er ofte det eneste skillet mellom boformene finansierings- og brukerbetalingsordningene, som er ulike alt ettersom brukeren mottar tjenester i sitt eget hjem (herunder tjenester i omsorgsbolig) eller tjenester i institusjon.»¹⁰⁵⁶

19.4.3.6 *Institusjonsbegrepet i forskrift om kommunal helse- og omsorgsinstitusjon*

På kommunalt nivå er institusjonsbegrepet definert i en egen forskrift, fastsatt ved kongelig resolusjon 16. desember 2011. Forskriften har hjemmel i helse- og omsorgstjenesteloven § 3-2 andre ledd, helsepersonelloven § 3 fjerde ledd og pasientskadeloven § 1 tredje ledd og har tittelen forskrift om kommunal helse- og omsorgsinstitusjon.

Forskriften § 1 bestemmer hva som skal regnes som *institusjon etter helse- og omsorgstjenesteloven (§ 3-2 første ledd nr. 6 bokstav c) og etter pasientskadeloven (§ 1)*. Her er det listet opp:

- a. Institusjon med heldøgns helse- og omsorgstjenester for barn og unge under 18 år som bor utenfor foreldrehjemmet som følge av behov for tjenester (barnebolig), herunder avlastningsboliger
- b. Institusjon med heldøgns helse- og omsorgstjenester for rusmiddelavhengige
- c. Aldershjem
- d. Sykehjem

¹⁰⁵⁴Ot.prp. nr. 64 (2005–2006) punkt 4.6.5.3

¹⁰⁵⁵Prop. 99 L (2015–2016) punkt 11.1

¹⁰⁵⁶Prop. 99 L (2015–2016) punkt 2.2.2

- e. Døgnplasser som kommunen oppretter for å sørge for tilbud om døgnopphold for øyeblikkelig hjelp.

Opplistingen i forskriften § 1 forutsetter at omsorgsboliger og andre tilrettelagte boliger ikke skal regnes som institusjon, men som private hjem.

Forskriften § 2 bestemmer hva som skal regnes som *helseinstitusjon i den kommunale helse- og omsorgstjenesten etter helsepersonelloven* (§ 3). Her framgår det at bare institusjoner etter § 1 bokstav d og e, dvs. sykehjem og døgnplasser som kommunen oppretter for å sørge for tilbud om døgnopphold for øyeblikkelig hjelp, skal regnes som kommunale helseinstitusjoner etter helsepersonelloven (§ 3). Disse institusjonene har dermed institusjonsplikter knyttet til dokumentasjon og dokumentasjonssystemer. Disse dokumentasjonsreglene gjelder derimot ikke for aldershjem, barneboliger og kommunale rusinstitusjoner.

I forarbeidene til forskriften (foredraget i kongelig resolusjon av 16. desember 2011) framgår det at mange av høringsinstansene ønsket institusjonskriterier i stedet for en positiv opplisting av hva som skal regnes som institusjon eller helse- og omsorgstjenesteloven. I foredraget i resolusjonen er det vist til stor variasjon i kommunene når det gjelder boliger, institusjoner og øvrige helse- og omsorgstilbud, og at identiske tjenester for eksempel kan gis i sykehjem og omsorgsboliger. Videre er det presisert at dette gjør det vanskelig å gi kriterier som skiller institusjonstilbud fra andre kommunale heldøgnsstilbud.

19.4.3.7 *Institusjonsbegrepet i forskrift om rettigheter og tvang i rusinstitusjon*

Forskrift om rettigheter og bruk av tvang under opphold i institusjon for behandling, omsorg og rehabilitering av personer med rusmiddelproblemer ble fastsatt ved kongelig resolusjon 26. august 2016. Forskriften trådte i kraft 1. november 2016, og korttittelen er forskrift om rettigheter og tvang i rusinstitusjon. Hjemmel for forskriften er spesialisthelsetjenesteloven § 3-14 andre og tredje ledd og helse- og omsorgstjenesteloven § 12-4 fjerde ledd. Det er presisert i foredraget i resolusjonen at forskriften skal gjelde alle institusjoner på rusfeltet, både offentlige og private, herunder private institusjoner uten avtale med kommune eller regionalt helseforetak og uten offentlig tilskudd. Videre framgår det at det av pedagogiske grunner er listet opp i forskriften hvilke institusjoner den gjelder for. Opplistingen i forskriften § 2 omfatter:

- a. institusjoner i helseforetak som tilbyr tverrfaglig spesialisert behandling for rusmiddelavhengighet og private institusjoner som har avtale med regionalt helseforetak om å tilby tverrfaglig spesialisert behandling som nevnt i spesialisthelsetjenesteloven § 2-1 a første ledd nr. 5, inkludert innleggelse med hjemmel i helse- og omsorgstjenesteloven §§ 10-2, 10-3 og 10-4
- b. private institusjoner som har inngått avtale med Helseøkonomiforvaltningen (Helfo) og som tilbyr tjenester som tilsvarer innholdet i tverrfaglig spesialisert behandling
- c. kommunale institusjoner for personer med rusmiddelproblemer og private institusjoner for personer med rusmiddelproblemer som har avtale med kommunen
- d. private institusjoner for personer med rusmiddelproblemer finansiert helt eller delvis gjennom statlige tilskuddsordninger
- e. private institusjoner for personer med rusmiddelproblemer uten avtale med kommunen eller avtale med regionalt helseforetak.

Opplistingen viser at forskriften omfatter vidt forskjellige institusjoner.

Forskriften presiserer også at den gjelder «*institusjoner som yter heldøgns helse- og omsorgstjenester*» for personer med rusmiddelproblemer. I forarbeidene til forskriften (foredraget i den kongelige resolusjonen av 26. august 2016) framgår det at dette innebærer en tilpasning til definisjonen i forskrift om kommunal helse- og omsorgsinstitusjon. Videre er det presisert:

«Kravet om «heldøgns helse- og omsorgstjenester» [...] innebærer at brukeren eller pasienten har døgnopphold ved institusjonen. Det betyr ikke nødvendigvis et krav om døgnbemanning, men at det ved behov skal være mulig å tilby forsvarlige helse- og omsorgstjenester hele døgnet. Dette kan for eksempel gjelde gjennomgangsleiligheter med tett oppfølging av fagpersonell, og som er tilknyttet en institusjon med døgnbemanning. Begrepet gjennomgangsleiligheter er bare ett av flere begreper som benyttes på slike tiltak. Andre begreper som benyttes er treningsleiligheter, bofellesskap og ettervernsboliger. Fellesnevner er at det dreier seg om fortsatt institusjonsopphold i boenheter som disponeres av institusjonen, hvor pasient/bruker skal trene på å mestre eget liv, som en fortsettelse av behandlingen eller rehabiliteringen på institusjonen.

Det er en forutsetning at husleieloven ikke gjelder. Husleieloven gjelder ikke hvis annet enn bruksrett til husrom er det vesentlige i avtaleforholdet, jf. denne loven § 1-1.»

Omsorgsboliger og tilbud ved poliklinikker faller utenfor forskriftens virkeområde.»

19.4.4 Utvalgets vurdering

Gjennomgangen i punkt 19.4.3 viser at begrepet institusjon er definert og avgrenset på forskjellige måter i dagens regelverk. Institusjonsbegrepet blir også brukt i forskjellige varianter. Både «institusjon» «helseinstitusjon», «kommunal helse- og omsorgsinstitusjon» og «rusinstitusjon» blir brukt. Variasjonene illustrerer at det er behov for en avklaring av hvilke begreper som skal benyttes i en ny lov om bruk av tvang i helse- og omsorgssektoren, og hva som skal falle inn under begrepene.

Verken spesialisthelsetjenesteloven eller psykisk helsevernloven har bestemmelser som definerer hva som skal anses som en institusjon eller helseinstitusjon. Bakgrunnen for dette er at lovgiver ønsket fleksible og hensiktsmessige regler som ikke ville hindre en ønsket utvikling i retning av andre måter å organisere tjenestene på, jf. uttalelser i forarbeidene til disse lovene, sitert i punkt 19.4.3.2 og 19.4.3.4. Helsepersonelloven har en annen løsning. Her er det bestemt at med helseinstitusjon menes institusjon som hører inn under spesialisthelsetjenesteloven og helse- og omsorgstjenesteloven. I tillegg er det bestemt at departementet i forskrift kan gi nærmere bestemmelser om hvilke institusjoner som skal omfattes.

Institusjonsbegrepet har ulik funksjon i de forskjellige lovene der det blir brukt. Det samme gjelder der institusjonsbegrepet er definert ulikt i forskjellige forskrifter.

I forarbeidene til forskrift om kommunal helse- og omsorgsinstitusjon er det presisert at det er vanskelig å gi kriterier som skiller institusjonstilbud fra andre kommunale heldøgnsstilbud. Utvalget slutter seg til dette. Utvalget viser også til at sykehjem og «tilsvarende bolig særskilt tilrettelagt for heldøgns tjenester» ble likestilt da det i 2016 ble vedtatt og innført en ny bestemmelse i pasient- og brukerrettighetsloven om «rett til opphold i sykehjem eller tilsvarende bolig særskilt tilrettelagt for heldøgns tjenester», jf. § 2-1 e. I forarbeidene til denne bestemmelsen er det vist til at institusjons- og hjemmetjenestetradisjonen er i ferd med å forenes, og at det etter hvert er blitt vanskelig å se forskjell på nye sykehjem med små avdelinger og tun med omsorgsboliger og lokaler for hjemmetjenestene.

Det kan hevdes at ved innføring av en ny lov som skal regulere bruk av tvang på forskjellige tjenesteområder der vi i dag har forskjellige definisjoner av institusjonsbegrepet, bør det foreligge en tydelig avklaring av hva institusjonsbegrepet skal omfatte i den nye loven. Utvalget har i sitt lovutkast valgt å bruke begrepene helseinstitusjon og institusjon. Det kan stilles spørsmål om en avklaring av disse begrepene bør skje i form av merknader i forarbeidene, i

selve lovteksten, i forskrift med hjemmel i den nye loven eller i rundskriv eller annen veiledning. Pedagogiske grunner taler etter utvalgets vurdering for at en definisjon av begrepene bør framgå av loven eller i en forskrift.

Behov for fleksible regler som kan endres i takt med framtidig utvikling i organiseringen av helse- og omsorgstjenestene, tilsier at en definisjon av begrepene ikke bør «låses fast» i en lovtekst. Det vil være enklere og ta mindre tid å endre en forskrift enn en lov. Dette taler for at det kan være mest hensiktsmessig å overlate til departementet å gi bestemmelser om hva som skal anses som helseinstitusjon, og hva som skal anses som kommunal helse- og omsorgsinstitusjon etter den nye loven.

Før ny helse- og omsorgstjenestelov trådte i kraft, ble det definert hva som skulle anses som institusjon etter denne loven i forskrift om kommunal helse- og omsorgsinstitusjon, fastsatt ved kongelig resolusjon. Forskriften trådte i kraft samtidig med den nye loven. I denne forskriften ble det også fastsatt hva som etter helsepersonelloven skulle anses som helseinstitusjon i den kommunale helse- og omsorgstjenesten, og hva som etter pasientskadeloven skulle anses som institusjon under den kommunale helse- og omsorgstjenesten. Etter utvalgets vurdering kan det være hensiktsmessig at samme reguleringsform blir benyttet når det skal avgrenses hva som skal anses som institusjon og hva som skal anses som helseinstitusjon etter en ny lov om begrensning av bruk av tvang i helse- og omsorgstjenesten.

Etter en helhetsvurdering foreslår utvalget en lovbestemmelse som gir hjemmel for departementet til å fastsette nærmere bestemmelser i forskrift om hva som skal anses som henholdsvis institusjon, helseinstitusjon og bolig særskilt tilrettelagt for heldøgns helse- og omsorgstjenester, jf. lovutkastet § 1-4 tredje ledd. Utvalget forutsetter at en definisjon av begrepene blir basert på den funksjonen begrepene skal ha i den nye loven. Etter utvalgets syn vil den viktigste funksjonen for begrepet helseinstitusjon være å avgrense hvor tvangsinnleggelse og tvungent tilbakehold skal kunne skje. Dette spørsmålet blir vurdert nærmere i punkt 24.6. Utvalgets vurdering er at adgang til å bruke disse tiltakene bør avgrenses til å gjelde helseinstitusjon.

19.5 Offentlig myndighet

I psykisk helsevernloven framgår det at begrepet offentlig myndighet skal forstås slik at det omfatter kommunelegen eller dennes stedfortreder, den kommunale helse- og omsorgstjenesten, sosialtjenesten, politiet eller kriminalomsorgen, jf. § 1-3. Det er også bestemt at Kongen kan gi forskrift om hvem som skal anses som offentlig myndighet, og om utøvelsen av deres kompetanse etter psykisk helsevernloven. Pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A eller denne loven for øvrig har ikke noen bestemmelse som definerer hvordan begrepet offentlig myndighet skal forstås. Det har heller ikke helse- og omsorgstjenesteloven.

Utvalget har i lovutkastet foreslått flere bestemmelser som regulerer rettigheter/krav eller plikter for «offentlig myndighet». Dette gjelder varslingsplikt, (§ 1-6), plikt til å vurdere varsel (§ 9-3), bistandsplikt (§ 8-7) og klagerett (§ 12-1). Etter utvalgets vurdering vil det være hensiktsmessig å presisere i lovutkastet hvilke enheter som skal omfattes av begrepet offentlig myndighet. Hvilken enhet som vil være rett instans i det enkelte tilfelle, må vurderes konkret. Utvalget foreslår at enheter under helse- og omsorgstjenesten, arbeids- og velferdsforvaltningen, barneverntjenesten, kriminalomsorgen og politiet nevnes eksplisitt i, jf. lovutkastet § 1-4 første ledd nr. 4. I tillegg foreslår utvalget at det blir presisert at også «andre offentlige enheter som er direkte engasjert i saken» faller inn under begrepet offentlig myndighet.

20 Beslutningsstøtte

20.1 Innledning

Begrepet *beslutningsstøtte* er ikke definert i lovgivningen og har heller ingen klar, felles betydning i vanlig språkbruk. Begrepet brukes dermed i ulik betydning i ulike sammenhenger.

Utvalget legger i det videre til grunn at beslutningsstøtte er en samlebetegnelse for ulike tiltak som er rettet inn mot å styrke personers evne til å fatte beslutninger for seg selv og for å gi uttrykk for egne synspunkter.

I dette kapitlet omtales situasjoner der personer kan ha behov for støtte til å ta beslutninger om hvilken behandling og annen bistand de skal ta imot fra helse- og omsorgstjenesten (20.2). Det gjøres rede for hva som ligger i FN-konvensjonen om rettigheter for personer med nedsatt funksjonsevne (CRPD)s krav om at statene skal treffe hensiktsmessige tiltak for å gi mennesker med nedsatt funksjonsevne tilgang til den støtte de kan trenge for å kunne utøve sin rettslige handleevne; beslutningsstøtte (20.3). Det gjøres videre rede for hvilke elementer av beslutningsstøtte som allerede finnes i helse- og omsorgslovgivningen (20.4) og i regelverket om vergemål og fremtidsfullmakter (20.5). Det gjøres også rede for noen eksisterende ordninger som har elementer av beslutningsstøtte, Rettighetsutvalgets forslag om i stor grad å erstatte vergemålsordningen med en rett til beslutningsstøtte som ytes av en beslutningsrådgiver, og status i andre land (20.6). Utvalget vurderer deretter dagens regelverk og eksisterende ordninger og om det er behov for en egen beslutningsstøtteordning (20.7).

Utvalgets utgangspunkt er at staten har en sterk moralsk og en menneskerettslig forpliktelse til å legge best mulig til rette for at personer som det kan bli aktuelt å treffe tvangsvedtak for, får utnyttet sitt potensiale til selvbestemmelse. Utvalget viser til at den konkrete utformingen av beslutningsstøtten i stor grad er overlatt til den enkelte stat.

Det er allerede mange elementer av beslutningsstøtte i dagens regelverk. Utvalget ser ikke behov for å foreslå endringer i de generelle pasient- og brukerrettighetene, men understreker at det er viktig at bestemmelsene praktiseres slik at de ivaretar intensjonen om å gi personer støtte til å ta beslutninger på egenhånd. For barn som ikke er fylt 16 år og dermed ikke har selvbestemmelsesrett i helsespørsmål, må det tilrettelegges for medvirkning i tråd med pasient- og brukerrettighetsloven. Utvalget foreslår enkelte justeringer i pårørendes rettigheter og for vergers rolle. Se nærmere omtale i kapittel 28. Utvalget mener at en rekke spørsmål vil måtte utredes grundigere før det kan bli aktuelt å gi fremtidsfullmektiger en utvidet rolle etter helse- og omsorgslovgivningen, men at det vil kunne være naturlig å vurdere utprøving av en utvidet bruk av fremtidsfullmektiger i forbindelse med utredningen av en ny beslutningsstøtteordning.

Utvalget er positiv til ordninger med personlig ombud, likepersoner og støtte fra organisasjoner, men vurderer at det ligger utenfor utvalgets mandat å foreslå eventuelle utvidelser av disse ordningene.

Utvalget viser til forslagene om å legge større vekt på personers antatte samtykke. Bedre tilrettelegging for at man kan avgi og få registrert ønsker og preferanser med tanke på framtiden, både i kortere og noe lengre perspektiv vil etter utvalgets syn støtte opp under bruken av vilkåret. Det bør også vurderes om det bør utvikles en nasjonal metodikk for forhåndssamtaler i helse- og omsorgstjenesten på felt hvor det kan være aktuelt med tvang.

Utvalget viser videre til forslagene om at det skal legges større vekt på personens beslutningskompetanse og hva personen ville ha ment dersom han eller hun var beslutningskompetent,

som også står sentralt i CRPD. Utvalget viser også til forslaget om å innføre en rett til å reservere seg ved forhåndserklæring mot behandling av psykiske lidelser med legemidler. Se nærmere omtale i kapittel 21.

For å sikre at personer når det kan være aktuelt å bruke tvang, får den støtten de har behov for til å kunne ta beslutninger knyttet til tjenestetilbudet, mener utvalget likevel at det er behov for en ny ordning for beslutningsstøtte der personen får støtte fra en uavhengig hjelper. Utvalget ser behov for et betydelig utviklingsarbeid. Utvalget anbefaler derfor at det lovfestes at det skal prøves ut nye modeller for veiledning, rådgivning og støtte til personer som ønsker det, i å ta beslutninger i saker etter den nye tvangsbegrensningsloven.

20.2 Bakgrunn

Alle over helserettslig myndighetsalder som trenger helse- og omsorgstjenester, vil i blant måtte ta valg om hvilken behandling og annen hjelp de skal ta imot. Enkelte vil ha behov for støtte i kommunikasjon med helsepersonell ved de fleste former for hjelp og gjennom hele livet. Andre vil bare ha behov for dette i spesielle situasjoner og livsfaser. Det kan særlig være vanskelig å ta stilling til om en skal ta imot behandling som gir risiko for uønskede utfall eller betydelige bivirkninger.

De fleste vil i slike situasjoner oppfatte at de får tilstrekkelig støtte til å ta beslutninger i dialog med ansvarlig helsepersonell. Mange vil også søke støtte hos sine nærmeste pårørende eller andre de har særlig tillit til.

Alle har ikke så stor tillit til det ansvarlige helsepersonellet at de ønsker å basere beslutningen sin utelukkende på støtten de kan få hos dem. Noen har ikke nære pårørende. Andre har et generelt dårlig forhold til sine pårørende eller ønsker av andre grunner ikke å involvere dem i den konkrete beslutningen. Disse personene vil kunne ha behov for støtte til å ta beslutninger fra noen som de oppfatter som mer nøytrale.

Noen har ikke rett til å ta beslutninger som angår egen helse: De mangler beslutningskompetanse.

For utvalget er spørsmålet dermed dels hvilken støtte de som ønsker det, skal tilbys for å ta nødvendige beslutninger, og dels hvilke tiltak som bør etableres for at personer som mangler beslutningskompetanse, skal bli i stand til selv å ta beslutningen.

Det sentrale spørsmålet er når en person som ikke vil, eller som ikke kan, gi et informert samtykke, skal ha rett til å få beslutningsstøtte. Spørsmålet blir særlig aktuelt dersom det kan være aktuelt å gi behandling eller andre tjenester til tross for at personen motsetter seg dette.

20.3 Beslutningsstøtte etter FN-konvensjonen om rettigheter for personer med nedsatt funksjonsevne

20.3.1 FN-konvensjonen om rettigheter for personer med nedsatt funksjonsevne (CRPD) artikkel 12

FN-konvensjonen om rettigheter for personer med nedsatt funksjonsevne (CRPD) og forståelsen av den er omtalt i kapittel 7, jf. særlig punkt 7.3.1.1 og 7.3.1.2. Her utdypes spørsmål knyttet til artikkel 12 og da særlig beslutningsstøtte.

Etter CRPD artikkel 12 om likhet for loven skal mennesker med nedsatt funksjonsevne overalt anerkjennes som en person i rettslig henseende og ha rettslig handleevne på lik linje med andre, på alle livets områder, jf. nr. 1 og 2.

Artikkel 12 nr. 3 fastslår retten til det som kan kalles beslutningsstøtte:

«3. Partene skal treffe hensiktsmessige tiltak for å gi mennesker med nedsatt funksjonsevne tilgang til den støtte de kan trenge for å kunne utøve sin rettslige handleevne.»

Nr. 4 lyder:

«4. Partene skal sikre at alle tiltak som gjelder utøvelsen av rettslig handleevne, har bestemmelser om hensiktsmessige og effektive beskyttelsesmekanismer for å hindre misbruk i samsvar med internasjonale menneskerettighetsbestemmelser. Slike beskyttelsesmekanismer skal sikre at tiltak som gjelder utøvelsen av rettslig handleevne, respekterer vedkommende persons rettigheter, vilje og preferanser, at det ikke foreligger noen interessekonflikt og utilbørlig påvirkning, at de er forholdsmessige og tilpasset vedkommendes omstendigheter, og at de gjelder for kortest mulig tid og gjennomgås jevnlig av en kompetent, uavhengig og upartisk myndighet eller rettsinstans. Beskyttelsesmekanismene skal stå i forhold til i hvilken grad tiltakene berører vedkommendes rettigheter og interesser.»

Det er ulike syn på hvordan bestemmelsen skal forstås. Norges tolkningserklæring til artikkel 12 lyder:

«Norge anerkjenner at personer med nedsatt funksjonsevne har rettslig handleevne på lik linje med andre, i alle sammenhenger. Norge anerkjenner også forpliktelsene til å sikre at personer med nedsatt funksjonsevne mottar den støtte og bistand de trenger for å utøve sin rettslige handleevne. Norge erklærer videre dets forståelse av at konvensjonen tillater fratakelse av rettslig handleevne eller bistand til å utøve rettslig handleevne og/eller tvungent vergemål der slike tiltak er nødvendige, som en siste utvei og underlagt kontrollmekanismer.»

CRPD-komiteen gir derimot i sine generelle kommentarer til artikkel 12 uttrykk for at «substituted decision-making» fullt ut må erstattes av «supported decision-making».¹⁰⁵⁷ Det synes å være få eller ingen land som har lovgivning som er i samsvar med en slik tolkning dersom den skal forstås bokstavelig. Norge pekte i sine merknader til utkastet til dokumentet blant annet på at det i noen tilfeller vil være en fiksjon at det er personen selv som fatter beslutningen.¹⁰⁵⁸ Danmark uttalte i sine merknader at det ville være «not only [...] flagrantly wrong but ultimately irresponsible» å legge til grunn at det aldri må fattes avgjørelser på vegne av andre.¹⁰⁵⁹

Utvalget har merket seg at komiteen i kommentarene til artikkel 12 nr. 4 blant annet uttaler:

¹⁰⁵⁷CRPD-komiteen, 2014, punkt 17, 28, 41 og 52

¹⁰⁵⁸Draft General Comment No. 1 – submission by the Norwegian Government s. 3

¹⁰⁵⁹Response from the Government of Denmark with regards to Draft General Comment on Article 12 of the Convention – Equal Recognition before the Law s. 1

«21. Where, after significant efforts have been made, it is not practicable to determine the will and preferences of an individual, the «best interpretation of will and preferences» must replace the «best interests» determinations. This respects the rights, will and preferences of the individual, in accordance with article 12, paragraph 4. The «best interests» principle is not a safeguard which complies with article 12 in relation to adults. The «will and preferences» paradigm must replace the «best interests» paradigm to ensure that persons with disabilities enjoy the right to legal capacity on an equal basis with others.»

Denne formen for støtte synes vanskelig å skille fra «substituted decision-making», men da supplert med den viktige presiseringen at det er personens vilje og preferanser, ikke en objektiv vurdering av personens beste, som skal være rettesnoren for beslutningen.

I en artikkel om forståelsen og implementeringen av CRPD artikkel 12 heter det blant annet:¹⁰⁶⁰

«As discussed throughout this article, these supports can take a wide variety of forms, and their construction and operation will likely vary greatly from one jurisdiction to another, based on a diversity of political, legal, social, economic and cultural systems. However, as a general guideline, systems of support should meet the essential criteria enumerated in paragraph 25 of the GC in order to ensure compliance with Article 12.

The final step in the reform process is to ensure that the will and preference paradigm fully replaces the «best interests» principle, which guides many existing substituted decision-making regimes. This will require, as described above, detailing how the «hard cases» are to be addressed, where will and preferences remain unknown after significant efforts to discover these have been made, and an outside decision-maker may be required to make a decision based on the «best interpretation» of an individual's will and preferences.»

Artikkel 12 nr. 4 gir anvisning på beskyttelsesmekanismer knyttet til «alle tiltak som gjelder utøvelsen av rettslig handleevne». Forpliktelsen til å iverksette slike rettssikkerhetsgarantier må etter utvalgets forståelse særlig gjelde i den grad det er tale om å gjøre inngrep i en persons rettslige handleevne, gi andre myndighet til fatte beslutninger på vegne av personen eller å gi støtte i beslutningsprosesser uten at personen selv har bedt om det. Ordlyden i nr. 4 kan kanskje tilsi at det i første rekke er dette bestemmelsen er utformet med tanke på. Men det kan også være aktuelt i forbindelse med andre støttetiltak for å unngå utilbørlig påvirkning mv. Også ved støtteordninger som personen har bedt om eller akseptert, kan det oppstå interessekonflikter, fare for press, utnyttelse eller mangelfull ivaretagelse av personens egne ønsker. I og med at CRPD-komiteen tolker konvensjonen slik at det ikke skal forekomme «substituted decision-making», bare «supported decision-making», må det antas at komiteen mener at beskyttelsesmekanismene skal knyttes til støtteordningene.

I punktet nedenfor redegjøres for veiledning fra blant annet CRPD-komiteen om hva slags støtte personer med nedsatt funksjonsevne bør tilbys etter artikkel 12 nr. 3.

¹⁰⁶⁰Arstein-Kerslake og Flynn, s. 485

20.3.2 Uttalelser fra CRPD-komiteen

Komiteen for rettighetene til personer med nedsatt funksjonsevne, CRPD-komiteen, er et organ som består av uavhengige eksperter som skal overvåke statenes implementering av FN-konvensjonen om rettigheter for personer med nedsatt funksjonsevne (CRPD).

Til tross for de ulike oppfatningene om forståelsen av artikkel 12 – og nettopp fordi CRPD-komiteen synes å mene at det (nesten) alltid vil være tilstrekkelig med støtte – er det av interesse hva komiteen uttaler om hva slags støtte som skal ytes. I komiteens generelle kommentarer til artikkel 12 nr. 3 heter det blant annet:

- «17. Support in the exercise of legal capacity must respect the rights, will and preferences of persons with disabilities and should never amount to substitute decision-making. Article 12, paragraph 3, does not specify what form the support should take. «Support» is a broad term that encompasses both informal and formal support arrangements, of varying types and intensity. For example, persons with disabilities may choose one or more trusted support persons to assist them in exercising their legal capacity for certain types of decisions, or may call on other forms of support, such as peer support, advocacy (including self-advocacy support), or assistance with communication.»

Det vises til at universell design og tilgjengelighet for noen vil være nødvendig og tilstrekkelig for at de i praksis skal kunne utøve sin rettslige handleevne. Videre heter det:

- «Support can also constitute the development and recognition of diverse, non-conventional methods of communication, especially for those who use non-verbal forms of communication to express their will and preferences.»

Komiteen peker videre på at en viktig form for støtte kan være muligheten for å planlegge for en framtid hvor personen ikke lenger vil være i stand til å gi uttrykk for sin vilje og sine preferanser, slik at forhåndserklæringen da kan legges til grunn. Det heter at dette kan gjøres i ulike former, og at det bør være mulig å få bistand til å gjennomføre slik framtidsplanlegging. Komiteen mener personen selv bør fastsette tidspunktet for når forhåndserklæringen skal tre i kraft, uavhengig av en vurdering av beslutningskompetanse.

Videre uttales:

- «18. The type and intensity of support to be provided will vary significantly from one person to another owing to the diversity of persons with disabilities. This is in accordance with article 3 (d), which sets out «respect for difference and acceptance of persons with disabilities as part of human diversity and humanity» as a general principle of the Convention. At all times, including in crisis situations, the individual autonomy and capacity of persons with disabilities to make decisions must be respected.»

Det framheves altså at støtten alltid, uavhengig av situasjon, skal være individualisert.

I CRPD-komiteens kommentarer om forpliktelser for konvensjonsstatene heter det blant annet:

- «29. A supported decision-making regime comprises various support options which give primacy to a person's will and preferences and respect human rights norms. It should provide protection for all rights, including those related to autonomy (right to legal capacity, right to equal recognition before the law, right to choose where to live,

etc.) and rights related to freedom from abuse and ill-treatment (right to life, right to physical integrity, etc.). Furthermore, systems of supported decision-making should not overregulate the lives of persons with disabilities. While supported decision-making regimes can take many forms, they should all incorporate certain key provisions to ensure compliance with article 12 of the Convention, including the following:

- (a) Supported decision-making must be available to all. A person's level of support needs, especially where these are high, should not be a barrier to obtaining support in decision-making;
- (b) All forms of support in the exercise of legal capacity, including more intensive forms of support, must be based on the will and preference of the person, not on what is perceived as being in his or her objective best interests;
- (c) A person's mode of communication must not be a barrier to obtaining support in decision-making, even where this communication is non-conventional, or understood by very few people;
- (d) Legal recognition of the support person(s) formally chosen by a person must be available and accessible, and States have an obligation to facilitate the creation of support, particularly for people who are isolated and may not have access to naturally occurring support in the community. This must include a mechanism for third parties to verify the identity of a support person as well as a mechanism for third parties to challenge the action of a support person if they believe that the support person is not acting in accordance with the will and preferences of the person concerned;
- (e) In order to comply with the requirement, set out in article 12, paragraph 3, of the Convention, for States parties to take measures to provide access» to the support required, States parties must ensure that support is available at nominal or no cost to persons with disabilities and that lack of financial resources is not a barrier to accessing support in the exercise of legal capacity;
- (f) Support in decision-making must not be used as justification for limiting other fundamental rights of persons with disabilities, especially the right to vote, the right to marry, or establish a civil partnership, and found a family, reproductive rights, parental rights, the right to give consent for intimate relationships and medical treatment, and the right to liberty;
- (g) The person must have the right to refuse support and terminate or change the support relationship at any time;
- (h) Safeguards must be set up for all processes relating to legal capacity and support in exercising legal capacity. The goal of safeguards is to ensure that the person's will and preferences are respected.
- (i) The provision of support to exercise legal capacity should not hinge on mental capacity assessments; new, non-discriminatory indicators of support needs are required in the provision of support to exercise legal capacity.»

Komiteen slår altså fast at beslutningsstøtteordninger kan utformes på forskjellige måter, men at hovedfokus må rettes mot å sikre at det legges vekt på personens ønsker. Ordningen må videre blant annet være tilgjengelig for alle, uavhengig av personens kommunikasjonsevner, anerkjenne den støttepersonen som blir valgt, gi tredjepersoner mulighet for å gripe inn hvis

støttepersonen ikke utøver sitt verv i tråd med intensjonen, billig eller gratis og ikke medføre begrensninger i de fundamentale rettighetene til personer med nedsatt funksjonsevne. Personen må ha rett til når som helst å avvise eller stoppe støtten. Det må sikres at personen får støtte til å utøve sin rettslige handleevne, og tilgangen til ordningen må ikke være avhengig av personens mentale kapasitet.

Komiteen uttaler at et av målene med støtten er å styrke personens selvtillit og evne til å utøve sin rettslige handleevne med mindre støtte eller uten støtte i framtiden dersom personen ønsker det.

Komiteen gir lite konkret veiledning om vanskelige tilfeller der for eksempel den psykiske funksjonsevnen er sterkt nedsatt.

Når det spesielt gjelder helsetjenester, mener komiteen at tvungen behandling er i strid med flere av artiklene i CRPD og uttaler:

«42. [...] States parties must, instead, respect the legal capacity of persons with disabilities to make decisions at all times, including in crisis situations; must ensure that accurate and accessible information is provided about service options and that non-medical approaches are made available; and must provide access to independent support. States parties have an obligation to provide access to support for decisions regarding psychiatric and other medical treatment.»

I tilknytning til CRPD artikkel 19 om retten til et selvstendig liv og til å være en del av samfunnet uttaler komiteen om støtte:

«45. Interpreting article 12, paragraph 3, in the light of the right to live in the community (art. 19) means that support in the exercise of legal capacity should be provided through a community-based approach. States parties must recognize that communities are assets and partners in the process of learning what types of support are needed in the exercise of legal capacity, including raising awareness about different support options. States parties must recognize the social networks and naturally occurring community support (including friends, family and schools) of persons with disabilities as key to supported decision-making. This is consistent with the Convention's emphasis on the full inclusion and participation of persons with disabilities in the community.»

20.3.3 Uttalelser i FNs håndbok for parlamentarikere

I FNs Handbook for Parliamentarians on the Convention on the Rights of Persons with Disabilities heter det i kapittelet om implementering av konvensjonen under overskriften «Legal capacity and supported decision-making» blant annet:

«The Convention recognizes that some persons with disabilities require assistance to exercise this capacity, so States must do what they can to support those individuals and introduce safeguards against abuse of that support. Support could take the form of one trusted person or a network of people; it might be necessary occasionally or all the time.

With supported decision-making, the presumption is always in favour of the person with a disability who will be affected by the decision. The individual is the decision maker; the support person(s) explain(s) the issues, when necessary, and interpret(s) the signs and preferences of the individual. Even when an individual with a disability requires total support, the support person(s) should enable the individual to exercise his/her legal capacity to the

greatest extent possible, according to the wishes of the individual. This distinguishes supported decision-making from substituted decision-making, such as advance directives and legal mentors/friends, where the guardian or tutor has court-authorized power to make decisions on behalf of the individual without necessarily having to demonstrate that those decisions are in the individual's best interest or according to his/her wishes. Paragraph 4 of article 12 calls for safeguards to be put in place to protect against abuse of these support mechanisms.

Supported decision-making can take many forms. Those assisting a person may communicate the individual's intentions to others or help him/her understand the choices at hand. They may help others to realize that a person with significant disabilities is also a person with a history, interests and aims in life, and is someone capable of exercising his/her legal capacity.»

Det pekes videre på at det finnes noen gode modeller for støttenettverk, men at det i stor grad mangler retningslinjer for opprettelsen av slike nettverk. Det nevnes at det i blant kan være vanskelig å opprette nettverk, særlig dersom personen som trenger støtte, ikke selv kan oppgi en eller flere personer han eller hun har tillit til.

20.3.4 Enkelte eksempler på beslutningsstøtteordninger

Som et eksempel på beslutningsstøtte nevner FNs håndbok (jf. ovenfor) en ordning med «representation agreement» i provinsen British Columbia i Canada. Dette er beskrevet slik:

«An individual with disabilities can enter a «representation agreement» with a support network. The agreement is a sign to others, including doctors, financial institutions and service providers, that the individual has given the network the authority to assist him/her in making decisions and represent him/her in certain matters.

One of the main innovations in the legislation is that persons with more significant disabilities can enter into representation agreements with a support network simply by demonstrating «trust» in the designated supporters. A person does not need to prove legal competency under the usual criteria, such as having a demonstrated capacity to understand relevant information, appreciate consequences, act voluntarily and communicate a decision independently, in order to enter this agreement.

A number of individuals and support networks have entered representation agreements as an alternative to guardianship or other forms of substitute decision-making. A community-based Representation Agreement Resource Centre assists in developing and sustaining support networks by providing information, publications, workshops and advice. The Centre also oversees a registry in which a network can post an agreement for other parties to view if required before entering a contract with the individual.»

Det framgår ikke hvordan man har vurdert rettssikkerhetsspørsmål knyttet til inngåelse av en slik avtale.

20.3.5 Anbefalinger fra FNs spesialrapportør for rettighetene til personer med nedsatt funksjonsevne

FNs spesialrapportør for rettighetene til personer med nedsatt funksjonsevne ga i sin rapport til FNs generalforsamling i 2017 en rekke anbefalinger til statene om hvordan de kunne utvikle og implementere reformer for å oppnå full implementering av retten til rettslig handleevne¹⁰⁶¹, blant annet

«(c) Adopt an enabling policy framework to ensure the effective access of persons with disabilities to appropriate supported decision-making arrangements, by (a) establishing a comprehensive system to coordinate access to supported decision-making arrangements across the territory, including in rural and remote areas; (b) promoting the establishment and sustained operation of community-based supported decision-making alternatives, including the allocation of resources; (c) implementing or promoting pilot projects and demonstration experiences; and (d) undertaking or promoting research on supported decision-making;»

«(g) Actively involve and consult with persons with disabilities and their representative organizations in all decision-making processes related to the implementation of the right to legal capacity of persons with disabilities, including law reform, policy development and research»

I rapporten for 2018 ga spesialrapportøren blant annet denne anbefalingen¹⁰⁶²:

«(b) Conduct a comprehensive legislative review process to abolish or revoke all laws and regulations that infringe on the autonomy of persons with disabilities receiving health care, including legislation that allows coercion in health-care settings»

20.4 Elementer av beslutningsstøtte i helse- og omsorgslovgivningen

20.4.1 Innledning

Behovet for beslutningsstøtte vil kunne gjelde i alle samfunnssektorer. Begrepet beslutningsstøtte brukes ikke i pasient- og brukerrettighetsloven eller i andre lover som regulerer helse- og omsorgstjenesten. Her omtales gjeldende regler i helse- og omsorgslovgivningen som innebærer eller legger til rette for ulike former for beslutningsstøtte.

Det vil kunne være elementer av beslutningsstøtte i mye av samhandlingen mellom pasienter og brukere og personell i helse- og omsorgssektoren, og ved pårørendes deltagelse.

De mest relevante reglene faller i det vesentligste i tre hovedkategorier:

- rett til tilpassing/tilrettelegging for at personen ut fra sine forutsetninger skal dra nytte av generelle pasient- og brukerrettigheter som rett til å få informasjon, medvirke, samtykke til eller avslå tilbud om helse- og omsorgstjenester

¹⁰⁶¹FNs spesialrapportør for mennesker med nedsatt funksjonsevne, 2017

¹⁰⁶²FNs spesialrapportør for mennesker med nedsatt funksjonsevne, 2018

- innhenting av opplysninger fra personen nærmeste pårørende om hva personen ville ha ønsket
- rettigheter for personens nærmeste pårørende (informasjon, medvirkning, klagerett, søksmålsrett mv.)

Nedenfor omtales en del relevante bestemmelser i pasient- og brukerrettighetsloven og enkelte andre lover.

Retten til advokatbistand på det offentliges bekostning i tvangssaker er i hovedsak regulert i rettshjelploven og omtales i 20.5.5.

20.4.2 Pasient- og brukerrettighetsloven

20.4.2.1 Tilpassing av informasjon og tilrettelegging for medvirkning

Pasient- og brukerrettighetslovens bestemmelser om pasienters og brukeres rett til medvirkning og informasjon har klare elementer av beslutningsstøtte i form av tilpassing og tilrettelegging ut fra personens forutsetninger, jf. lovens kapittel 3. Det gjelder også for barn, selv om de ikke formelt innehar beslutningskompetanse, jf. § 3-1.

Pasienter skal som den klare hovedregel ha den informasjonen som er nødvendig for å få innsikt i sin helsetilstand og innholdet i helsehjelpen, jf. § 3-2. Brukere skal ha den informasjon som er nødvendig for å få tilstrekkelig innsikt i tjenestetilbudet og for å kunne ivareta sine rettigheter, jf. § 3-2 siste ledd. Informasjonen skal være tilpasset mottakerens individuelle forutsetninger, som alder, modenhet, erfaring og kultur- og språkbakgrunn. Informasjonen skal gis på en hensynsfull måte, jf. § 3-5. Personellet skal så langt som mulig sikre seg at mottakeren har forstått innholdet og betydningen av informasjonen.

Aslak Syse minner om at

«Helsetjenesten og helsepersonell [i dag] kan bli erstatningsrettslig ansvarlige også på grunn av manglende informasjon om risiki. Dette vil kunne skje når skade blir voldt til tross for at behandlingen eller inngrepet ble korrekt nok utført, men pasienten ikke ville samtykket til inngrepet (med tilhørende risiki) dersom han eller hun på forhånd hadde mottatt korrekt informasjon.»¹⁰⁶³

Dersom pasienten eller brukeren er under 16 år, skal som hovedregel både barnet og foreldre eller andre med foreldreansvaret (ev. barnevernstjenesten) informeres, jf. § 3-4.

Pasienter og brukere har rett til å medvirke ved valg mellom tilgjengelige og forsvarlige tjenesteformer og undersøkelses- og behandlingsmetoder og ved gjennomføringen av helse- og omsorgstjenester, jf. § 3-1. Medvirkningens form skal tilpasses den enkeltes evne til å gi og motta informasjon. Tjenestetilbudet skal så langt som mulig utformes i samarbeid med pasient eller bruker. Det skal ved utformingen av tjenestetilbudet legges stor vekt på hva pasienten eller brukeren mener. Dette går fram av helse- og omsorgstjenesteloven §§ 3-2 første ledd nr. 6, 3-6 og 3-8.

Aslak Syse utdyper dette slik:

«Medvirkningsretten innebærer at pasienten gjøres til en «samarbeidspartner» i relasjon til helsepersonellet. I tillegg til å være mottaker av helsehjelp skal pasienten bidra til å sette premissene for både *hva* som skal gjøres og på *hvilken måte* ... Jo større faglig kompetanse

¹⁰⁶³Syse, 2015, s. 331

som kreves for å kunne vurdere metodevalget, og jo mer preg situasjonen har av øyeblikkelig hjelp, jo mindre blir pasientens faktiske muligheter for reell medvirkning.»¹⁰⁶⁴

Når barnet er fylt 7 år, og når et yngre barn er i stand til å danne seg egne synspunkter på det samtykket dreier seg om, skal foreldre eller andre med foreldreansvaret (eventuelt barnevernstjenesten) gi barnet informasjon og anledning til å si sin mening før de avgjør spørsmål om å samtykke til helsehjelp. Er barnet fylt 12 år, skal det legges stor vekt på hva barnet mener. Dette går fram av § 4-4 femte ledd. Selv om det i henhold til ordlyden er foreldrene eller andre med foreldreansvaret som skal gi barnet informasjon, så kan ikke det forstås slik at helsepersonell er uten ansvar. Helsepersonell har en generell plikt til å gi informasjon etter helsepersonelloven § 10, og de har ansvar for å tilrettelegge for medvirkning etter pasient- og brukerrettighetsloven § 3-1. Helsepersonell som er ansvarlig for å gjennomføre helsehjelpen, må også ut fra kravet til forsvarlighet, anses forpliktet til å snakke med barnet og vurdere barnets synspunkter. Det gjelder både før det blir tatt stilling til hvorvidt helsehjelp skal gjennomføres og i gjennomføringen av helsehjelpen. Helsepersonells plikt til å sikre forsvarlig helsetjeneste medfører også at om foreldrene har samtykket til helsehjelp for barn som formelt ikke kan avgi eget samtykke, må helsepersonell vurdere om det foreligger motstand fra barnet som tilsier at helsehjelpen avbrytes, eventuelt at det reelt foreligger en tvangssituasjon.

Ettersom barn under helserettslig myndighetsalder står i et spesielt avhengighetsforhold til sine foreldre, eventuelt andre med foreldreansvaret eller barneverntjenesten, krever det en aktiv involvering av foreldrene i en beslutningsprosess om helsehjelp skal ytes. Foreldrene kan ikke fri seg fra oppgaven med å medvirke når beslutninger skal fattes på vegne av deres barn. Se nærmere omtale i kapittel 28, punkt 28.10.2.8.1 Det følger av innholdet i foreldreansvaret. Fra helsepersonells ståsted betyr det at de må se til at foreldrene får tilstrekkelig og tilpasset informasjon, som gjør at deres beslutning kan tas ut fra hva barnet er best tjent med. Helsepersonell kan imidlertid komme i den situasjon at de mener at foreldrenes beslutning er i strid med barnets interesser og rettigheter. I så fall er det spørsmål om forutsetningene for å kontakte barneverntjenesten foreligger, se nærmere kapittel 17.

Se også omtalen av den helserettslige myndighetsalderens betydning for foreldreansvaret i punkt 18.2.4.

20.4.2.2 *Pårørendes rettigheter*

Rettigheter for pårørende kan ha flere formål, men vil blant annet vil kunne legge til rette for at de kan gi beslutningsstøtte.

Dersom en pasient eller bruker ønsker at andre personer skal være til stede når det gis helse- og omsorgstjenester, skal dette som hovedregel imøtekommes, jf. § 3-1 fjerde ledd. Dette legger til rette for beslutningsstøtte fra pårørende eller andre personen har tillit til.

Det samme kan i alle fall delvis sies om reglene om nærmeste pårørendes rett til informasjon og medvirkning. Dersom pasienten eller brukeren samtykker til det, eller forholdene tilsier det, skal pasientens eller brukerens nærmeste pårørende få informasjon om personens helsetilstand og helsehjelpen som ytes, jf. § 3-3. Er pasienten eller brukeren over 16 år og åpenbart ikke kan ivareta sine interesser på grunn av fysiske eller psykiske forstyrrelser, demens eller psykisk utviklingshemning, har både personen og dennes nærmeste pårørende rett til informasjon etter reglene i § 3-2. Dersom pasienten ikke har samtykkekompetanse, har pasientens nærmeste pårørende rett til å medvirke sammen med pasienten, jf. § 3-1 tredje ledd.

¹⁰⁶⁴Syse, 2015, s. 323

Hvem som er personens pårørende, er regulert i § 1-3 bokstav b. Det er i utgangspunktet personen selv som oppgir hvem som er pårørende og nærmeste pårørende. Det kreves ikke at personen er samtykkekompetent. Den som oppgis, må være over 18 år. Dersom personen er ute av stand til å oppgi pårørende, skal nærmeste pårørende være den som i størst utstrekning har varig og løpende kontakt med personen, likevel slik at det tas utgangspunkt i rekkefølgen loven angir. Verge og fremtidsfullmektig med kompetanse på det personlige området, er sist i rekken, etter ektefelle og en rekke andre nærmere spesifiserte familiemedlemmer.

Ved tvungen observasjon eller tvungent psykisk helsevern har den som i størst utstrekning har hatt varig og løpende kontakt med pasienten, tilsvarende rettigheter som den nærmeste pårørende etter psykisk helsevernloven og pasient- og brukerrettighetsloven, dersom ikke særlige grunner taler mot dette, jf. § 1-3 bokstav b.

20.4.2.3 *Tilrettelegging for selvbestemmelse – samtykke – antatt samtykke – tillitsskapende tiltak*

Pasient- og brukerrettighetslovens kapittel 4 og 4 A har tydelige elementer av beslutningsstøtte.

Etter § 4-3 kan samtykkekompetansen i forbindelse med helsehjelp «bortfalle helt eller delvis dersom pasienten på grunn av fysiske eller psykiske forstyrrelser, senil demens eller psykisk utviklingshemming åpenbart ikke er i stand til å forstå hva samtykket omfatter». Her er det imidlertid en viktig bestemmelse om at helsepersonellet ut fra pasientens alder, psykiske tilstand, modenhet og erfaringsbakgrunn skal legge forholdene best mulig til rette for at pasienten selv kan samtykke til helsehjelp, jf. tredje ledd andre punktum.

Dersom en pasient over 18 år ikke har samtykkekompetanse etter § 4-3 andre ledd, «kan den som yter helsehjelp, ta avgjørelse om helsehjelp som er av lite inngripende karakter med hensyn til omfang og varighet». Når det gjelder helsehjelp som innebærer et alvorlig inngrep for pasienten, er det et vilkår at «det er sannsynlig at pasienten ville ha gitt tillatelse til slik hjelp», i tillegg til at hjelpen må «anses å være i pasientens interesse», jf. § 4-6. Se nærmere omtale i punkt 5.3. Der det er mulig, skal det «innhentes informasjon fra pasientens nærmeste pårørende om hva pasienten ville ha ønsket».

En pasient som etter vergemålsloven er fratatt rettslig handleevne på det personlige området, skal i så stor utstrekning som mulig selv samtykke til helsehjelp. Dersom dette ikke er mulig, kan vergen samtykke på vegne av pasienten, jf. § 4-7.

Helsehjelp kan ikke gis etter § 4-6 dersom pasienten motsetter seg dette, med mindre annet følger av særlige lovbestemmelser. Etter § 4-6 gis altså pasientens vilje – i nåtid – i utgangspunktet gjennomslag ved at det vises til særskilte regler og prosedyrer dersom det kan være aktuelt å gjennomføre hjelpen med tvang. Tilsvarende begrensning må etter utvalgets syn gjelde helsehjelp basert på samtykke fra vergen etter § 4-7, jf. utredningen punkt 28.10.2.7.

Pasienters rett til å nekte helsehjelp i særskilte situasjoner er regulert i lovens § 4-9. Bestemmelsen gir tre unntak fra helsepersonellens plikt og rett til å yte øyeblikkelig hjelp etter helsepersonelloven § 7. Det gjelder retten til å nekte blodoverføring eller å avbryte en sultestreik – når øvrige vilkår i bestemmelsen er oppfylt. I tillegg kan døende nekte livsforlengende behandling. Retten til å nekte akutt hjelp i disse situasjoner forutsetter at pasienten er over 18 år.

Også etter kapittel 4 A skal helsehjelpen tilrettelegges med respekt for den enkeltes fysiske og psykiske integritet, og så langt som mulig være i overensstemmelse med pasientens selvbestemmelsesrett, jf. § 4A-1. Før det kan ytes helsehjelp som pasienten motsetter seg, må tillitsskapende tiltak ha vært forsøkt, med mindre det er åpenbart formålsløst å prøve dette, jf. § 4A-3. Der det er mulig, skal det innhentes informasjon fra pasientens nærmeste pårørende

«om hva pasienten ville ha ønsket», før det treffes vedtak om helsehjelp som pasienten motsetter seg, jf. § 4A-5.

Underretning om vedtak etter kapittel 4 A skal gis både til pasienten og hans eller hennes nærmeste pårørende, og begge har klageadgang og adgang til å bringe saken inn for retten, jf. §§ 4A-6, 4A-7 og 4A-10.

20.4.2.4 Pasient- og brukerombud

Staten skal sørge for at det er et pasient- og brukerombud i hvert fylke som skal arbeide for å ivareta pasienters og brukeres behov, interesser og rettssikkerhet overfor helse- og omsorgstjenestene, jf. lovens kapittel 8. Pasient- og brukerombudet har flere oppgaver, men skal blant annet i rimelig utstrekning gi den som ber om det informasjon, råd og veiledning om forhold som hører under ombudets arbeidsområde, jf. § 8-7. Dette vil etter omstendighetene kunne utgjøre en form for beslutningsstøtte.

20.4.3 Særlige regler i psykisk helsevernloven

Pasienters og brukeres rettigheter etter pasient- og brukerrettighetsloven gjelder også i psykisk helsevern. Psykisk helsevernloven har i tillegg en rekke bestemmelser om at nærmeste pårørende har klagerett over vedtak, i tillegg til at pasienten selv har klagerett. Dette har en dobbelt funksjon. Pårørende kan ha en egen interesse i å klage uavhengig av pasientens ønske. Klagerett for nærmeste pårørende vil også gjøre det enklere å framsette klage på vegne av pasienten fordi man ikke behøver framlegge fullmakt e.l. Verger har ikke særskilte rettigheter etter psykisk helsevernloven.

Etter psykisk helsevernforskriften skal underretning om vedtak gis både til pasienten og hans eller hennes nærmeste pårørende, med mindre pasienten motsetter seg dette, jf. § 27 tredje ledd.¹⁰⁶⁵ Underretningen om vedtaket skal også opplyse om pasientens rett til å la seg bistå av advokat eller annen fullmektig. Den som treffer vedtak etter psykisk helsevernloven, skal sørge for at pasienten og hans eller hennes nærmeste pårørende får nødvendig informasjon om sine rettigheter, herunder rettigheter etter psykisk helsevernloven og -forskriften, pasient- og brukerrettighetsloven og forvaltningsloven, jf. forskriften § 6.

20.4.4 Særlige regler i helse- og omsorgstjenesteloven mv.

20.4.4.1 Habiliterings- og rehabiliteringstjenester, individuell plan og koordinator mv.

Sosial, psykososial og medisinsk habilitering og rehabilitering (jf. helse- og omsorgstjenesteloven § 3-2 nr. 5) og personlig assistanse, herunder praktisk bistand og opplæring og støttekontakt (jf. § 3-2 nr. 6 bokstav b) og brukerstyrt personlig assistanse (jf. § 3-8) vil etter omstendighetene kunne inneholde elementer av beslutningsstøtte. Habiliterings- og rehabiliteringstjenester skal bidra til «stimulering av egen læring, motivasjon, økt funksjons- og mestringsevne, likeverdighet og deltakelse».¹⁰⁶⁶ Elementet av beslutningsstøtte ligger her dels på et annet nivå ved at habiliterings- og rehabiliteringstjenestene kan bidra til å styrke evnen til å

¹⁰⁶⁵ Psykisk helsevernforskriften, 2011

¹⁰⁶⁶ Forskrift om habilitering og rehabilitering, individuell plan og koordinator, 2011, § 1

utøve selvbestemmelse generelt, og er ikke knyttet til enkeltsituasjoner hvor det skal tas stilling til spørsmål om helsehjelp e.l.

Forskrift 16. desember 2011 nr. 1256 om habilitering og rehabilitering, individuell plan og koordinator skal også bidra til at samhandlingen mellom tjenesteyter og pasient og bruker og eventuelt pårørende styrkes, jf. § 1. Forskriften har blant annet bestemmelser om pasient- og brukermedvirkning, spesialisert tilrettelegging, individuell plan og koordinator i kommunen og spesialisthelsetjenesten. I dette kan det ligge et potensiale for beslutningsstøtte.

20.4.4.2 Helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9

Også helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 om rettssikkerhet ved bruk av tvang og makt overfor enkelte personer med psykisk utviklingshemning, har regler med elementer av beslutningsstøtte.

Tjenestetilbudet skal tilrettelegges med respekt for den enkeltes fysiske og psykiske integritet, og så langt som mulig i overensstemmelse med brukerens eller pasientens selvbestemmelsesrett, jf. § 9-1. Tjenestetilbudet skal så langt som mulig tilrettelegges og gjennomføres i samarbeid med brukeren eller pasienten, jf. § 9-3. Slik tilrettelegging forutsetter at man kommuniserer med personen og/eller pårørende for best mulig å finne ut hva som er personens vilje og preferanser.

Kravet til medvirkning gjelder også der det må brukes tvang, og vil da særlig gjelde gjennomføringsmåten.

Brukeren, pasienten, pårørende og verge skal høres før det treffes vedtak om bruk av tvang og gis informasjon om adgangen til å uttale seg i saker som skal overprøves, klageadgang og adgangen til å bringe vedtaket inn for tilsynsmyndighet og tingretten.

Dersom verge ikke allerede er oppnevnt der kommunen anser det aktuelt å fatte vedtak om bruk av tvang og makt etter reglene i kapittel 9, skal verge oppnevnes, jf. § 9-3 tredje ledd.

20.4.4.3 Helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 10

Helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 10 om tvangstiltak overfor rusmiddelavhengige har ikke klare elementer av beslutningsstøtte. Sakene behandles i fylkesnemnda for barnevern og sosiale saker etter nærmere regler i barnevernloven. Det oppnevnes advokat på det offentliges bekostning. Advokatens bistand må likevel forutsettes å omfatte en form for beslutningsstøtte.

Pårørende er gitt en rolle under gjennomføringen av opphold i rusinstitusjon ved at både pasient og bruker og personens nærmeste pårørende har klagerett over vedtak om begrensning av rettigheter mv. og avgjørelse om kortvarig fastholding.¹⁰⁶⁷

20.4.5 Advokatbistand i tvangssaker på det offentliges bekostning

Pasienter og brukere har rett til advokatbistand på det offentliges bekostning i en del saker om tvang. Advokatens bistand må forutsettes å omfatte en form for beslutningsstøtte. Advokaten må gjøre rede for valgmulighetene i situasjonen og mulige konsekvenser av ulike valg mv., blant annet med hensyn til å påklage vedtak og å bringe saken inn for retten.

Rettshjelpen gis i slike saker uten behovsprøving, det vil si uten nærmere vurdering av saken eller personens økonomiske forhold. Det betales ikke egenandel.

¹⁰⁶⁷Forskrift om rettigheter og tvang i rusinstitusjon, 2016, § 13

Pasienten har krav på fri sakførsel i saker for kontrollkommisjonen om tvungen observasjon, etablering, opprettholdelse eller opphør av tvungent psykisk helsevern, samt sak om overføring, jf. psykisk helsevernloven § 1-7 og rettshjelploven § 17 tredje ledd nr. 3. Det samme gjelder i saker som skal behandles av fylkesnemnda etter helse- og omsorgstjenesteloven, jf. § 17 tredje ledd nr. 1.

Fri sakførsel innvilges også når vedtak bringes inn for tingretten etter reglene i tvisteloven kapittel 36, jf. rettshjelploven § 16 første ledd nr. 2. Dette gjelder både saker fra kontrollkommisjonen og fylkesnemndene etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 og 10.

I klagesaker til fylkesmannen over tvungen behandling innen psykisk helsevern innvilges pasienten advokatbistand i form av fritt rettsråd, jf. rettshjelploven § 11 nr. 8.

Utvalget foreslår at det skal gis fri sakførsel ved behandling av klager over de mest inngripende tiltakene. Se nærmere omtale i punkt 28.8.3.2.

20.5 Elementer av beslutningsstøtte i annen lovgivning

20.5.1 Innledning

Begrepet beslutningsstøtte brukes heller ikke i annen norsk lovgivning. Nedenfor omtales vergemålslovens ordninger med vergemål og fremtidsfullmakt.

20.5.2 Vergemål

Vergemålsloven av 2010 innførte «individtilpasset vergemål».¹⁰⁶⁸ Et sentralt formål var å tilpasse vergemålslovgivningen til CRPD.¹⁰⁶⁹

Vergemål for mindreårige reguleres i vergemålsloven kapittel 3. Utvalget går ikke nærmere inn på dette. Det er vanligvis foreldrene som er verger for sine barn, og vergemålslovens regler har gjennomgående liten betydning for barn annet enn i saker av økonomisk karakter.

Vergemål for voksne reguleres i vergemålsloven kapittel 4. Etter § 20 kan «den som har fylt 18 år, og som på grunn av sinnslidelse, herunder demens, psykisk utviklingshemming, rusmiddelmisbruk, alvorlig spilleavhengighet eller alvorlig svekket helbred ikke er i stand til å ivareta sine interesser», settes under vergemål hvis det er behov for det. Vergemålet kan omfatte økonomiske og personlige forhold. Det oppnevnes en verge for personen som er satt under vergemål, jf. § 32.

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 skal være et frivillig og informert samtykke. Det kan ikke oppnevnes verge uten samtykke fra den som er samtykkekompetent i spørsmålet. For den som ikke er samtykkekompetent, kan det oppnevnes verge med mindre vedkommende motsetter seg det og motstanden må ansees å være vedkommendes reelle vilje.¹⁰⁷⁰ Det kreves

¹⁰⁶⁸Vergemålsloven, 2010. I hovedsak i kraft 1. juli 2013.

¹⁰⁶⁹Ot.prp. nr. 110 (2008–2009) s. 41–42

¹⁰⁷⁰Statens sivilrettsforvaltning, 2018, s. 8–11; brev fra Justis- og beredskapsdepartementet, 2018

ikke samtykke hvis vergemålet omfatter fratakelse av den rettslige handleevnen. Saken behandles da av domstolene, jf. lovens kapittel 9.

Etter § 22 kan en person som nevnt i § 20 fratas sin rettslige handleevne for økonomiske og/eller personlige forhold. Hva gjelder personlige forhold, kan en person fratas den rettslige handleevnen på bestemte områder hvis det er «betydelig fare for at han eller hun vil handle på en måte som i vesentlig grad vil være egnet til å skade hans eller hennes interesser».

Loven har nærmere regler om oppnevning av verge, inhabilitet mv., jf. kapittel 5 og 6.

Hovedregelen er at personen med verge selv dekker vergens utgifter og eventuell godtgjøring, jf. § 30. Har han eller hun en inntekt og formue som er lavere enn visse grenser, skal godtgjøringen og utgiftene likevel dekkes av fylkesmannen.

Et vedtak om vergemål skal uttrykkelig ta stilling til omfanget av vergemålet, herunder om det skal begrenses saklig eller i tid. Vergemålet skal ikke gjøres mer omfattende enn nødvendig. Vergemålet kan ikke omfatte «kompetansen til å stemme ved valg, inngå ekteskap, erkjenne farskap, samtykke til donasjon av organer, opprette eller tilbakekalle testament, samtykke til tvang eller kompetansen i andre særlig personlige forhold uten særskilt hjemmel i lov», jf. § 21. Lovens forarbeider klargjør i liten grad grensene for «særlig personlige forhold» når det gjelder helse- og omsorgstjenester.¹⁰⁷¹

Det er særskilt fastsatt at vergen kan samtykke til helsehjelp for personer som etter vergemålsloven er fratatt rettslig handleevne på det personlige området, i den utstrekning de ikke selv kan samtykke til helsehjelp, jf. pasient- og brukerrettighetsloven § 4-7. Utvalget legger til grunn at helsehjelp etter samtykke fra vergen ikke kan gjennomføres med tvang, jf. punkt 20.6.2. For øvrig inneholder ikke pasient- og brukerrettighetsloven bestemmelser om at vergen kan samtykke til helse- og omsorgstjenester på vegne av pasienten.

Der det er aktuelt å treffe vedtak om bruk av tvang og makt overfor personer med psykisk utviklingshemning etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9, skal det oppnevnes verge for personen saken gjelder, med mindre vedkommende er mindreårig og har verge(r), eller allerede har oppnevnt verge, jf. lovens § 9-3 tredje ledd. Om nødvendig skal kommunen begjære oppnevning av verge. Vergens mandat må uttrykkelig omfatte ivaretagelse av personens interesser i saker etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9, jf. også vergemålsloven § 21.

Vergens rettigheter etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 er parallelle med brukerens og pårørendes rettigheter. Etter lovens § 9-3 andre ledd skal brukeren, pasienten, pårørende og verge høres før det treffes vedtak om bruk av tvang og makt etter reglene i kapittel 9. De skal også gis «informasjon om adgangen til å uttale seg i saker som skal overprøves, klageadgang og adgangen til å bringe vedtaket inn for tilsynsmyndighet og tingretten». Synspunktene til pasienten eller brukeren og dennes representant skal fremgå av kommunens vedtak, jf. § 9-7 tredje ledd bokstav f.

At pårørende og verge trekkes inn i vedtaksprosessen sammen med tjenestemottakeren når bruk av tvang eller makt kan være aktuelt, er tenkt som en rettssikkerhetsfaktor. Gjennom sin kjennskap til tjenestemottakeren vil pårørende og verge kunne bidra med viktige synspunkter og tilleggsopplysninger. For verger vil dette i første rekke gjelde dersom vergen kjenner personen på forhånd.

¹⁰⁷¹Ot.prp. nr. 110 (2008–2009). Se merknadene til §§ 21 og 80 samt punkt 4.5.4

Vergen skal innenfor rammen av sitt mandat ivareta interessene til den som er under vergemål, jf. § 31. Vergen foretar rettslige handlinger og råder over midler på vegne av personen han eller hun er verge for, med mindre noe annet er bestemt ved lov mv., jf. § 32. I den utstrekning personen har den rettslige handleevnen i behold, kan han eller hun selv foreta rettslige handlinger og råde over sine midler, jf. § 21. Han eller hun kan også kalle tilbake en disposisjon som er foretatt av vergen, så lenge ingen har ervervet rett etter den.

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

Fylkesmannen er lokal vergemålsmyndighet og behandler vergemålssaker i første instans, jf. lovens § 6. Fylkesmannen skal også gi vergene opplæring, veiledning og bistand, og dessuten føre tilsyn med vergenes utførelse av sine oppdrag. Statens sivilrettsforvaltning er sentral vergemålsmyndighet, som er klageinstans for vedtak fra fylkesmannen etter vergemålsloven, og fører tilsyn med fylkesmannens utøvelse av sitt oppdrag, jf. § 7.

Se også omtalen av forholdet mellom vergemålsloven og helse- og omsorgslovgivningen i punkt 28.10.1.3.

I 2018 hadde ca. 63 000 personer verge.¹⁰⁷² Ved utløpet av 2018 var det registrert 224 personer som var fratatt rettslig handleevne. Av disse var 72 personer fratatt den rettslige handleevnen midlertidig.

Alminnelige verger er personer som påtar seg vergeoppdrag for én eller få personer. I mange tilfeller oppnevnes et nærstående familiemedlem (familieverge) eller en venn som verge. Det kan også oppnevnes andre, for eksempel advokater. Fylkesmennene kan engasjere «faste verger» som tar på seg flere vergeoppdrag. Enkelte faste verger har vergevirksomheten som fulltidsarbeid. De aller fleste verger er verge bare for én person, mens det er enkelte som har svært mange vergeoppdrag. I 2018 ivaretok 17 verger over 100 vergemål og 291 mellom 21 og 100 vergemål.¹⁰⁷³

Avisen VG skrev høsten 2018 om tre brødre fra Tolga kommune, som fikk vite at de har stått i kommunens register over psykisk utviklingshemmede siden 2012 og 2013. Dette har gitt kommunen ekstra inntekter gjennom inntektssystemet. Nye tester viste at to av brødrene ikke har denne diagnosen. Brødrene ble satt under vergemål i 2017. Alle de tre brødrene fikk opphevet vergemålene sine etter avisoppslagene.

Regjeringen ba om en helhetlig gjennomgang av alle deler av den såkalte Tolga-saken for å komme til bunns i hva som hadde skjedd for å unngå at noe slikt kunne skje igjen.

Helsetilsynet, Statens sivilrettsforvaltning og Fylkesmannen i Hordaland fikk i oppdrag å gå gjennom de ulike delene av saken. Etatene ble bedt om å koordinere arbeidet og lage en felles sluttrapport. Ifølge rapporten som ble lagt fram 11. februar 2019, viste gjennomgangen mangler i saksbehandlingen på alle områder og nivåer som var blitt undersøkt.¹⁰⁷⁴ Det ble blant annet påvist manglende dialog mellom brødrene og fylkesmannen, manglende medvirkning, at

¹⁰⁷²Statens sivilrettsforvaltning, 2019

¹⁰⁷³Statens sivilrettsforvaltning, 2019

¹⁰⁷⁴Statens sivilrettsforvaltning, 2019a

sakene ikke var tilstrekkelig opplyst for å opprette vergemål, at de feilaktig opprettede vergemålene skulle ha vært opphevet tidligere og at det var feil ved kommunenes registrering som grunnlag for rammetilskudd.

Justis- og beredskapsdepartementet sendte i november 2018 forslag om endringer i vergemålsloven på alminnelig høring.¹⁰⁷⁵ Det ble blant annet presisert at «også personer som ikke er i stand til å avgi et rettslig bindende samtykke, må være sikret et lovmessig vern for egen vilje og selvbestemmelsesrett. Det betydelige inngrepet i den personlige autonomien som det innebærer å sette noens vilje til side, tilsier at dette bør forutsette strengere vilkår og en rettslig behandling med de rettssikkerhetsgarantier som da følger.» Det ble videre tydeliggjort at tvungent vergemål må besluttes av domstolene. Det ble blant annet foreslått å presisere at vergemål ikke kan opprettes dersom det må legges til grunn at dette vil være i strid med vedkommendes vilje. Det ble også foreslått å presisere at fylkesmannen skal påse at det, før det fattes vedtak om opprettelse av vergemål, har vært gjennomført en samtale mellom saksbehandler og den som er begjært satt under vergemål, med mindre det må anses som umulig eller formålsløst å gjennomføre en samtale.

20.5.3 Fremtidsfullmakt

Vergemålsloven kapittel 10 har regler om fremtidsfullmakter. Definisjonen i § 78 lyder:

«En fremtidsfullmakt er en fullmakt til én eller flere personer om å representere fullmaktsgiveren etter at fullmaktsgiveren på grunn av sinnslidelse, herunder demens, eller alvorlig svekket helbred ikke lenger er i stand til å ivareta sine interesser innen de områdene som omfattes av fullmakten.»

Fremtidsfullmakt er et privatrettslig alternativ til vergemål, for den som ønsker å ordne forholdene med tanke på en framtid der en selv ikke er i stand til å treffe egne avgjørelser. Vergemål kan likevel vedtas dersom vilkårene for det er oppfylt, og det er behov for vergemål i tillegg til fremtidsfullmakten, jf. § 91.

En fremtidsfullmakt kan opprettes av den som har fylt 18 år og har evnen til å forstå fullmaktens betydning, jf. § 79. Det er strenge formkrav til opprettelsen av slik fullmakt, jf. § 84.

Det skal gå klart fram av fullmakten at den skal gjelde etter at fullmaktsgiveren på grunn av sinnslidelse, herunder demens, eller alvorlig svekket helbred ikke lenger er i stand til å ivareta sine interesser innen de områdene som omfattes av fullmakten.

En fremtidsfullmakt kan omfatte økonomiske og/eller personlige forhold, jf. § 80. Den kan begrenses til å gjelde bestemte områder. På samme måte som for vergemål, kan «samtykke til tvang» og «kompetansen i andre særlig personlige forhold [...] ikke omfattes av fullmakten uten særskilt hjemmel i lov», jf. § 80 tredje ledd. Lovens forarbeider klargjør i liten grad grensene for «særlig personlige forhold» når det gjelder helse- og omsorgstjenester.¹⁰⁷⁶

Transplantasjonslova § 12 om at fremtidsfullmakter kan omfatte samtykke til og rett til å nekte donasjon av organ, celler og vev er det eneste eksempelet på at helse- og omsorgslovgivningen gir fremtidsfullmektiger adgang til å samtykke til helsehjelp på vegne av pasienten.

¹⁰⁷⁵Høringsnotat, 2018

¹⁰⁷⁶Ot.prp. nr. 110 (2008–2009). Se merknader til §§ 21 og 80 samt punkt 4.5.4

Det er derfor usikkert i hvilken grad fremtidsfullmakter gis gjennomslag på helse- og omsorgsfeltet. Dette må også sees i sammenheng med at pårørende har en sterk stilling etter helse- og omsorgslovgivningen, som er særlover i forhold til vergemålsloven.

Pasienten og brukeren kan velge å utpeke fremtidsfullmektigen til nærmeste pårørende etter pasient- og brukerrettighetsloven § 1-3 bokstav b.

Den som gir en fremtidsfullmakt, velger selv hvem som skal representere han eller henne i framtiden. Det er en forutsetning at fullmektigen skal fremme fullmaktsgiverens interesser og rettigheter, og fullmaktsgiveren skal høres hvis dette kan skje uten betydelige vanskeligheter, med mindre han eller hun ikke kan forstå sakens betydning. Det kan likevel stilles spørsmål ved om det er naturlig å kalle det «ekte» beslutningsstøtte i og med at fremtidsfullmektigen får myndighet til å fatte beslutninger på vegne av fullmaktsgiveren. Dette er etter utvalgets syn underordnet. Fremtidsfullmektigen skal handle i samsvar med fullmakten og fremme fullmaktsgiverens interesser og rettigheter, jf. § 85. Før fullmektigen treffer avgjørelser, skal fullmaktsgiveren høres hvis dette kan skje uten betydelige vanskeligheter. Det er ikke nødvendig å høre fullmaktsgiveren hvis han eller hun ikke kan forstå sakens betydning.

Fullmaktsgiveren kan tilbakekalle fremtidsfullmakten hvis han eller hun har evnen til å forstå betydningen av dette, jf. § 89. Et løfte om ikke å tilbakekalle en fremtidsfullmakt er ikke bindende.

Det finnes ingen registreringsordning for fremtidsfullmakter. Det finnes dermed heller ingen tall på hvor mange fremtidsfullmakter som er utstedt eller trådt i kraft. Stadfestelse fra fylkesmannen av fullmaktens ikrafttredelse er ikke obligatorisk.

Statens sivilrettsforvaltning (SRF) har i sin strategiplan for vergemålsområdet 2017–2021 angitt fremtidsfullmakter som ett av sju satsningsområder.¹⁰⁷⁷ SRF ønsker at fremtidsfullmakter skal være et alternativ til vergemål. Deres inntrykk er at ordningen foreløpig ikke er så kjent. Som et ledd i arbeidet med å lage en plan for økt bruk av fremtidsfullmakter, har SRF satt i gang et forskningsprosjekt der forskere ved Høgskolen i Innlandet og Universitetet i Bergen er engasjert. Prosjektet skal etter planen fullføres våren 2019. Forskerne vil gjennomgå saksdokumenter og gjennomføre intervjuer med myndigheter og private aktører som har erfaring med ordningen. I tillegg til å kartlegge dagens ordning, skal forskerne gi en vurdering av om ordningen fungerer hensiktsmessig og foreslå forbedringstiltak, blant annet eventuelle forslag til regelendringer og muligheter for digitalisering.

20.6 Andre ordninger

20.6.1 Innledning

Det har i de senere årene vært en vekst i ansettelse av mennesker med egenerfaring i tjenestene. Noen av dem jobber for reduksjon av bruk av tvang.

Senter for psykisk helse og rus la i 2017 fram en forskningsrapport som besto av en kvalitativ studie med fem fokusgruppeintervjuer og en kvantitativ studie med innsamlede sosiodemografiske data og recoveryverktøyet INSPIRE.¹⁰⁷⁸

¹⁰⁷⁷Statens sivilrettsforvaltning, 2019

¹⁰⁷⁸Senter for psykisk helse og rus, 2017

Samlet sett viste studien at brukere har svært positive erfaringer knyttet til samarbeid med erfaringsmedarbeidere og fra tjenester som ledes av erfaringsmedarbeidere.

Erfaringsmedarbeidere kan ifølge studien ha en unik troverdighet og forståelse. De kan imidlertid også være for opptatte av sin egen historie og sine egne «løsninger».

Studien viser positive erfaringer med erfaringsmedarbeidere i tjenestene, samtidig som området er i utvikling og det er mye usikkerhet knyttet til erfaringsmedarbeideres kompetanse, roller og arbeidsforhold. Det er blant annet behov for å få vite mer om erfaringsmedarbeidernes rolle og bidrag overfor personer fra andre kulturer og i ulike aldersgrupper. Erfaringsmedarbeidernes bidrag i et kjønnsperspektiv kan også være relevant.

Nedenfor omtales de eksisterende ordningene personlig ombud, likepersonsordning, tillitspersonsforsøket og planlagte forhåndssamtaler (20.6.2). Rettighetsutvalgets forslag om rett til beslutningsstøtte mv. omtales også. Det gis dessuten en kort omtale av status i andre land (20.6.3).

20.6.2 Andre norske ordninger

20.6.2.1 *Personlig ombud*

Det er mange faktorer knyttet til livssituasjon som kan ha betydning for om personen kommer i en situasjon hvor det kan bli aktuelt å bruke tvang.

Utvalget vil derfor nevne ordningen med personlig ombud i regi av PIO-senteret i Oslo. Senteret drives av Landsforeningen for pårørende innen psykisk helse, Oslo, i partnerskap med Oslo kommune. Senteret er et lavterskeltilbud for pårørende i Oslo, bemannet med fagpersoner og personer som selv har pårørendebakgrunn. Tilbudet retter seg spesielt mot pårørende til mennesker med psykiske helseutfordringer og/eller rusproblemer, men er åpent også for andre pårørende.

Personlig ombud er et tilbud til personer i Oslo over 18 år med en funksjonsnedsettelse grunnet problemer med psykisk helse/rus og som har behov for en støtteperson for å mestre og endre livssituasjonen. Bistand fra personlig ombud skjer etter personens eget ønske, men også pårørende, representanter fra helsetjenesten og andre kan ta kontakt med PIO-senteret på vegne av personen. Også pårørende til barn under 16 år kan få bistand.

Det heter på PIO-senterets nettsider:

«Personlig ombud er en person som arbeider uavhengig av offentlige myndigheter, og på den enkelte persons oppdrag basert på dennes ressurser, behov og oppsatte mål. Det kan blant annet handle om behov for støtte i en prosess eller for å nå et mål eller kontakt med ulike offentlige tjenester (...).

Ordningen kan vise til gode resultater i Sverige over mange år, og har bidratt til bedre tilpassede tjenester for den enkelte, til færre innleggelse, og til at flere har fått muligheten til å leve et uavhengig liv på egne premisser. Den norske følgeevalueringen av Rambøll viser mange tendenser til de samme gode resultatene.»

Ordningen finansieres av Oslo kommune. En referansegruppe med representanter fra helsesektoren, Oslo kommune, samarbeidende bydeler, arbeids- og velferdsforvaltningen, spesialisthelsetjenesten, Fontenehuset, Helse- og sosialombudet og brukerorganisasjoner fulgte prosjektet de første årene. Helsedirektoratet støttet tidligere prosjektet som et samhandlingsprosjekt, og

bidro til en følgeevaluering av ordningen i 2011 og 2012. Ordningen får nå støtte fra Helsedirektoratet som en del av støtten til PIO-senteret.

Evalueringen for 2011–2012 viste at de to ombudene hadde jobbet for 85 personer, og av 266 «hovedoppdrag» for disse var det 5 i kategorien «tvangsproblematikk».¹⁰⁷⁹

Paulsrud-utvalget viste til ordningen ved PIO-senteret og uttalte at personlig ombud «kan fungere som støttepersoner dersom deres klienter blir tvangsinnlagt. Dette forutsetter at pasienten og helsetjenesten er bevisst og informert om at retten til å ha med seg en person, jf. pasientrettighetsloven § 3-1, også gjelder ved tvungent psykisk helsevern.»¹⁰⁸⁰

20.6.2.2 *Likepersonsordning*

Likepersonsarbeidet er omtalt i en rekke offentlige dokumenter.¹⁰⁸¹ Det framheves blant annet at likepersonsarbeid handler om å dele erfaringer og å støtte egne mestringsprosesser. Likepersonsarbeid kan f.eks. være informasjonstiltak, støttetelefoner og gruppetilbud og innebære en samhandling mellom personer som har lignende utfordringer. Likepersonsarbeid kan være et viktig element og et supplement til fagkunnskapen innen forebygging, behandling og rehabilitering.

Nasjonalforeningen for folkehelsen har en likepersonordning der pårørende som har vært «i samme båt» får opplæring i å støtte andre pårørende. De kurses og får oppfølging fra sentralt hold i organisasjonen. De kan støtte pårørende når de står i vanskelige situasjoner og trenger noen å diskutere med. Dette kan være en form for beslutningsstøtte.

20.6.2.3 *Tillitspersonforsøket*

Tillitspersonforsøket ble etablert i 26 kommuner i tilknytning til Opptreppingsplanen for rusfeltet (2007–2012).¹⁰⁸² Formålet med forsøket var å prøve ut ulike modeller og metoder for oppfølging av mennesker med rusrelaterte problemer, ved bruk av tillitspersoner, for å bidra til at den enkelte fikk et mer tilgjengelig, helhetlig, sammenhengende og individuelt tilpasset tjenestetilbud.

Tillitspersonens hovedoppgave var å gi brukerne støtte til å fremme egne behov i møte med tjenestene og bli en aktiv aktør i sin egen endringsprosess. Tillitspersonen skulle også ansvarliggjøre tjenesteapparatet slik at brukerne fikk nødvendige tjenester til rett tid. Tillitspersonen skulle også være til stede for brukerne i vanskelige perioder eller ved tilbakefall. Nesten alle som ble ansatt som tillitspersoner, hadde tidligere erfaring fra arbeid innen rusfeltet, og mange hadde helse- og sosialfaglig høyskoleutdanning. Andre var ansatt på grunn av personlig egnethet eller i kraft av å ha erfaring som bruker.

Forsøket ble evaluert av Rambøll Management.¹⁰⁸³ Evalueringen viste blant annet at målet om styrket samhandling mellom tjenestene i stor grad var blitt realisert. Tillitspersonene

¹⁰⁷⁹Rambøll, 2013

¹⁰⁸⁰NOU 2011: 9

¹⁰⁸¹Senter for psykisk helse og rus, 2017

¹⁰⁸²Helsedirektoratet, 2011

¹⁰⁸³Rambøll, 2011

hadde lykket med å drive fram god samhandling på basis av brukernes behov og sammen med brukerne. Samarbeid om enkeltbrukere hadde i mange tilfeller fremmet eller utløst en ny samhandlingspraksis.

Opplevd livskvalitet i brukergruppen ble målt i tre runder og viste en signifikant positiv utvikling på femten av 28 variabler. Opplevelse av psykisk helse hadde størst forklaringskraft.

Tillitspersonenes tilnærmingssåte ble videre vurdert å ha bidratt til økt opplevelse av reell brukermedvirkning, aktiv deltakelse i utformingen av tjenestene og i egen utviklingsprosess. Brukerne hadde erfart å bli møtt med respekt og en støttende og motiverende holdning, samtidig som det ble stilt krav, og at de ble ansvarliggjort. Dette var viktig for å starte en positiv endringsprosess.

20.6.2.4 Planlagte forhåndssamtaler

Forskningsprosjektet «Forberedende samtaler i sykehjem» ved det medisinske fakultetet ved Universitetet i Oslo har utarbeidet en veileder for forhåndssamtaler med pasienter på sykehjem.

Formålet med samtalene er å invitere pasient og/eller pårørende til å snakke om pasientens nære framtid, framtidig helsehjelp og livets slutfase. Pasientens svar skal dokumenteres og inngå som grunnlag for beslutninger knyttet til behandling og omsorg i framtiden og i livets slutfase. Hensikten med forhåndssamtalen er å fremme pasientens medvirkning og medbestemmelse, fremme gjensidig trygghet og tillit mellom pasient og helsepersonell og å gi helsepersonell et bedre grunnlag for beslutninger og gode prosesser videre.

Palliasjonsutvalget¹⁰⁸⁴ mente at en styrket selvbestemmelsesrett krever økt samtalefrekvens mellom den uheldredelig syke pasienten og helsepersonell. Det var derfor et viktig tiltak i utredningen å sette forhåndssamtaler om blant annet behandlingsnivå og behandlingsintensitet, i system.

20.6.2.5 Rettighetsutvalgets forslag om rett til beslutningsstøtte mv.

Rettighetsutvalget leverte sin innstilling i 2016.¹⁰⁸⁵ Rettighetsutvalget foreslo blant annet at det skulle etableres et omfattende gratis rettshjelpiltak for personer med utviklingshemning i form av et landsdekkende lavterskeltilbud for juridisk råd og veiledning. Det heter at et formål med tiltaket skal være å «sikre økt domstolskontroll med forvaltningen» ved at flere saker om velferdstjenester til utviklingshemmede bringes inn for domstolene, jf. punkt 19.2.2. Dette omtales ikke nærmere her.

Rettighetsutvalget foreslo at vergemål for voksne med rettslig handleevne erstattes av en rett til beslutningsstøtte. Utvalget uttalte blant annet at det er usikkert i hvilken grad dagens verger støtter opp under utviklingshemmedes selvbestemmelse, og at vergemålsloven ikke gir en individuell rett til verge eller beslutningsstøtte ved behov for bistand til å fatte beslutninger eller foreta disposisjoner. Rettighetsutvalgets forslag på dette punkt lyder slik (punkt 19.2.3):

«Utvalget anbefaler følgende endring for å sikre utviklingshemmede nødvendig støtte, og sikre at deres selvbestemmelse ivaretas:

¹⁰⁸⁴NOU 2017: 16

¹⁰⁸⁵NOU 2016: 17

1. Vergemål for voksne med rettslig handleevne erstattes av en rett til beslutningsstøtte. Retten til beslutningsstøtte vil gjelde for voksne som ikke er i stand til å ivareta egne interesser, og som har behov for bistand til å fatte rettslig bindende beslutninger eller forvalte egen økonomi. Rammene for beslutningsrådgiverens virksomhet avklares i en ny lov om beslutningsstøtte. Det forutsettes at følgende elementer blir innarbeidet i den nye loven:

Utviklingshemmede får tilpasset informasjon om disposisjoner som skal foretas som gjelder dem selv.

Utviklingshemmede får hjelp til å avklare handlingsalternativer og preferanser.

Det legges til rette for at utviklingshemmede kan uttrykke sin mening og fatte beslutninger selv, blant annet gjennom styrket opplæring.

Utviklingshemmede er involvert i alle beslutninger som gjelder dem selv.

Utviklingshemmede kan velge å ikke ha beslutningsstøtte, eller ikke motta beslutningsstøtte i en bestemt situasjon.

Beslutningsrådgiveren kan unntaksvis fatte beslutninger på vegne av den utviklingshemmede der dette er avtalt særskilt, eller der dette er åpenbart nødvendig og kan anses forutsatt gjennom stilltiende samtykke. I alle tilfeller skal den utviklingshemmedes vilje og preferanser ligge til grunn for beslutninger som fattes.

Beslutningsrådgiveren kan ikke fatte beslutninger som er i strid med viljen til den utviklingshemmede.

2. Det utarbeides nærmere retningslinjer for utøvelse av beslutningsstøtte, blant annet når beslutningsstøtte bør gis, og hvordan slik hjelp skal ytes. Utviklingshemmede skal tilbys beslutningsstøtte i situasjoner knyttet til livsfaseoverganger, som flytting til egen bolig, å skaffe seg jobb, søke om nye eller endrede helse- og omsorgstjenester og liknende.
3. Sentral forvaltningsenhet for oppnevning av beslutningsrådgiver skal sikre at beslutningsrådgiver mottar opplæring i utførelse av oppgaven før oppdraget iverksettes.
4. Der dette er mulig og forsvarlig skal personen med behov for beslutningsstøtte selv få bestemme hvem som skal være beslutningsrådgiver. Vergemålsordningen forvaltes i dag av Fylkesmannen som oppnevner og veileder verger lokalt, og Statens sivilrettsforvaltning som er klagesaksorgan og overordnet forvaltningsmyndighet. Utvalget legger til grunn at ordningen med beslutningsstøtte kan administreres av samme forvaltningsapparat. Dagens verger vil, etter opplæring, kunne fungere som beslutningsrådgivere på samme økonomiske vilkår.»

Rettighetsutvalget har i liten grad utdypet hva beslutningsstøtten skal bestå i eller hvordan den skal utøves, og har ikke utarbeidet et konkret lovutkast eller angitt nærmere hva de nevnte retningslinjer for utforming og utøvelse av beslutningsstøtte bør inneholde.

Regjeringen har startet arbeidet med en stortingsmelding om utviklingshemmedes menneskerettigheter. Personer med utviklingshemning er særlig utsatte for menneskerettighetsbrudd, og meldingen vil vektlegge styringstiltak som bidrar til å sikre at personer med utviklingshemning får oppfylt sine menneskerettigheter på lik linje med andre. Rettighetsutvalgets beskri-

velser, analyser og forslag vil utgjøre et viktig grunnlag for meldingsarbeidet. Arbeidet koordineres av Kulturdepartementet. Regjeringen tar sikte på at stortingsmeldingen skal leveres Stortinget våren 2020.

20.6.3 Situasjonen i andre land

Ingen av de land utvalget har sett på, baserer seg utelukkende på en beslutningsstøtteordning. I 20.3.2. er det referert noen eksempler som CRPD- komiteen har trukket fram. I kapittel 8 omtales en del elementer av beslutningsstøtte i andre lands ordninger. De danske ordningene med pasientrådgiver til pasienter i psykisk helsevern og behandlingstestamente og den irske Assisted Decision-Making (Capascity) Act framstår som spesielt interessante i denne sammenhengen. Den irske loven ble vedtatt i 2015, men er ikke satt i kraft ennå. Andre elementer som kan nevnes, er de engelske ordningene med Independent Mental Health Advocate for personer som er tvangsinnlagt i psykisk helsevern, og Independent Mental Capacity Advocate for personer som mangler beslutningskompetanse vedrørende visse helse- og omsorgstjenester. England har også regler om forhåndserklæringer og fremtidsfullmakter. Sverige har en ordning med «stödperson» for personer som er underlagt tvungent psykisk helsevern.

Costa Rica har i ulike sammenhenger vært trukket fram som et foregangsland når det gjelder implementering av CRPD artikkel 12.

Utvalget har fått tilgang til en uoffisiell oversettelse fra spansk til engelsk av en lov vedtatt i 2016, «Promotion of Personal Autonomy of Persons with Disabilities Act».¹⁰⁸⁶ Det må tas forbehold om feil og unøyaktigheter mv. Videre kjenner ikke utvalget rettskildebildet for øvrig, for eksempel om det finnes lover i Costa Rica om tvungent psykisk helsevern eller andre former for tvang i helse- og omsorgssektoren eller om ytelse av helsehjelp uten samtykke. Utvalget har derfor ikke noe inntrykk av helhetsbildet når det gjelder costa ricanske rettsforhold av relevans for utvalgets felt. Utvalget er heller ikke kjent med praktiseringen av den nye loven, som – dersom den er satt i kraft – uansett ikke har vært i kraft lenge.¹⁰⁸⁷ Når utvalget til tross for all denne usikkerheten omtaler loven, er det fordi det synes å være knyttet stor interesse til denne i lys av CRPD.

Loven er generell og ikke spesielt knyttet til helse- og omsorgstjenester. Lovens formål er å fremme og sikre selvbestemmelse for personer med nedsatt funksjonsevne. Loven regulerer særlig to ordninger: «guarantor of legal equality» og «human personal assistance», se lovens kapittel II og III.

Ordningen med «guarantor of legal equality» er forbeholdt personer med nedsatt intellektuell, mental eller psykososial funksjonsevne.

Retten kan oppnevne «guarantor of legal equality» etter søknad fra en person med nedsatt funksjonsevne, eller unntaksvis fra familiemedlemmer dersom personen selv ikke er i stand til å søke. Søknad kan fremsettes av institusjon eller organisasjon som yter støtte, tjenester eller andre ytelser, dersom det ikke er aktuelt at familiemedlemmer gjør det. Det skal oppnevnes en

¹⁰⁸⁶Lov nr. 9379 av 18. august 2016, godkjent av Asamblea Legislativa 30. juni 2016, publisert 30. august 2016. Ley para la Promoción de la Autonomía Personal de las Personas con Discapacidad

¹⁰⁸⁷Det kan se ut til at loven trådte i kraft 30. august 2016, med visse overgangsregler. Forskrift til loven er gitt 30. april 2018: Reglamento a la Ley para Promoción de la Autonomía Personal de las Personas con Discapacidad. N° 41087 - MTSS.

prosessfullmektig i saken, men det forutsettes at personen selv har en aktiv rolle. Dersom personen ikke selv kan delta i retten, skal prosessfullmektigen «impartially and objectively guarantee that the appointment of the safeguards» er i samsvar med loven. Det må foreligge en legeerklæring som blant annet skal inneholde opplysninger om diagnose(r), om tilstanden er midlertidig eller varig, og om personens «abilities, skills and aptitudes [...] regarding decision-making in legal, social, property, personal and financial matters».¹⁰⁸⁸ Det skal også foreligge en sosialfaglig rapport e.l. om personens forhold.¹⁰⁸⁹ Videre skal dommeren selv snakke med personen.

Adgangen til midlertidig oppnevning av «guarantor of legal equality» gjelder bare når det er behov for det i tilknytning til eiendomsforhold e.l.

Dersom personen det gjelder har fremmet ønske om at en spesiell person skal oppnevnes til vervet, skal retten i første hånd vurdere dette. Hvis personen ikke selv kan oppgi ønske, kan retten vurdere å oppnevne et familiemedlem. Retten må uansett forsikre seg om at vedkommende er egnet til å utøve vervet, herunder «to guarantee the secure and effective rights and obligations of the person». For personer som er innlagt i statlige institusjoner, kan en juridisk person oppnevnes til «guarantor of legal equality».

Det heter at tiltak skal være proporsjonale, individuelt tilpasset, gjennomføres for kortest mulig tid og være gjenstand for periodisk kontroll.

En «guarantor of legal equality» skal ikke handle uten å ta i betraktning personens rettigheter, vilje og evner. Vedkommende skal blant annet «guarantee and respect the rights, will, preferences, abilities and skills of the person with disabilities», og skal ikke utøve press, tvang, vold eller utilbørlig påvirkning i beslutningsprosesser. Vedkommende skal ikke gi informert samtykke i stedet for personen selv.

Ordningen skal gjennomgås av retten hvert femte år, og ellers etter anmodning fra personen selv eller de som har rett til å begjære oppnevning. Loven regulerer ikke spørsmålet om honorar.

Ordningen med «human personal assistance» (personlig assistent) skal også bidra til utøvelse av selvbestemmelse for personer med nedsatt funksjonsevne. Denne ordningen er ikke begrenset til personer med intellektuell, mental eller psykososial funksjonsevne. Det skal lages en individuell plan for hva slags bistand som trengs, antall timer mv. for at personen skal oppnå autonomi og et selvstendig liv. Personen kan søke selv. Familiemedlemmer kan også søke, men må ikke presse eller tvinge personen til å motta assistanse. Personlig assistent etter loven er forbeholdt dem som ikke selv kan betale for slik bistand.

Det ser ut til at loven blant annet erstatter en tidligere vergeordning. De som er verger ved lovens ikrafttredelse, blir automatisk «guarantor of legal equality» i medhold av den nye loven. Alle slike saker skal gjennomgås av retten innen utløpet av en periode på to år.

Utvalget er som nevnt ikke kjent med praktiseringen av loven og forholdet til eventuelle andre lover av relevans.

¹⁰⁸⁸Erklæring fra «Department of Forensic Medicine of the Judicial Investigation Organism»

¹⁰⁸⁹Rapport fra «Department of Social Workers and Psychology of the Judicial Power»

20.7 Utvalgets vurderinger og forslag

20.7.1 Innledning

Retten til beslutningsstøtte er forankret i Norges internasjonale forpliktelser, særlig CRPD, se nærmere omtale i 20.3. Beslutningsstøtteordninger bidrar til å ivareta den enkeltes autonomi og verdighet ved å legge til rette for informerte beslutninger.

I det følgende vurderes dagens regelverk og eksisterende ordninger, hvilket behov det er for endringer i regelverket og om det er behov for en egen beslutningsstøtteordning.

Dersom det er uklart om personen har beslutningskompetanse, vil beslutningsstøtte kunne bidra til å avklare dette og eventuelt legge til rette for at personen kan ta beslutningen selv. Utvalget mener at beslutningsstøtte, så langt det er mulig, bør fremme forståelse for når man står overfor valg og konsekvensene av valg. Støttende tiltak bør også bidra til at personer får realisert sin vilje og sine preferanser uavhengig av aktuell beslutningskompetanse, i den utstrekning disse er identifiserbare (og ikke innbyrdes motstridende) og ikke krenker andres rettigheter. Utvalget mener at det er særlig viktig der det er aktuelt å gjennomføre tiltak til tross for at personen ikke samtykker, eventuelt også uttrykkelig motsetter seg tiltaket.

20.7.2 Utvalgets vurderinger av gjeldende regelverk

Som vist i punkt 20.5 er det allerede mange elementer av beslutningsstøtte i helse- og omsorgslovgivningen, blant annet i form av krav om tilpasset informasjon og tilrettelegging for medvirkning.

Helse- og omsorgspersonell gjør allerede en betydelig innsats for å sikre at pasienter og brukere får nødvendig støtte til å ta beslutninger. Utvalget mener likevel at det er rom for forbedringer når det gjelder praktisering av de lovfestede rettighetene.

Utvalget vil blant annet peke på at bruk av tolk er et tiltak som særlig i tvangssakene kan bidra til å styrke personens kapasitet både til å ta egne beslutninger og få uttrykt preferanser, uavhengig av beslutningskompetanse. Utvalget er blant annet kjent med at personell som arbeider med personer som bruker «tegn til tale», ikke får opplæring i tegnbruken, og dermed ikke forstår personens uttrykksform. Dette fører på sikt til at personen mister sitt eget språkrepertoar. Utvalget mener derfor at det må sikres at personell som arbeider med personer som benytter alternativ eller supplerende kommunikasjon (ASK), må få nødvendig, tilstrekkelig og dokumentert opplæring i kommunikasjonsformen.

Utvalget er også kjent med at personer med demens ikke alltid får vurdert samtykkekompetansen sin på forsvarlig måte, slik pasient- og brukerrettighetsloven forutsetter. Det kan for eksempel stå i journalen at vedkommende «ikke har samtykkekompetanse», uten at det framgår hvordan dette er vurdert eller i hvilke relasjoner dette gjelder. Personer med frontallappdemens kan være særlig utsatt på grunn av de atferdsmessige utslag av sykdommen. Rettssikkerhetsgarantiene i pasient- og brukerrettighetsloven § 4-3 fjerde ledd kan bli satt til side.

Tilrettelegging av informasjon, tiltak og personens medvirkning må prioriteres. Kultur og holdninger har stor betydning. Utvalget mener at det er en positiv utvikling at det legges større vekt på samvalg mv. Utvalget understreker at dette også må gjelde overfor personer som krever mer enn en vanlig samtale, og at det også forutsetter at det settes av tilstrekkelig tid. Personellet må gjøre en innsats for å kommunisere godt, lytte og ta på alvor det personen gir uttrykk for, og så langt som mulig få klarhet i hva som er personens vilje og preferanser. Det er viktig at personellet på ulike måter søker å forstå og ta hensyn til personens perspektiv. Det vil ofte være nødvendig, eller naturlig, å søke hjelp fra støttepersoner som pårørende og

andre som kjenner personen. Utvalget erkjenner likevel at det i noen tilfeller vil være vanskelig eller umulig å finne ut eller forstå hva personen ønsker.

Utvalget ser ikke behov for lovendringer i de generelle pasient- og brukerrettighetene, men vil understreke at det er viktig at reglene praktiseres i tråd med intensjonen slik at personen faktisk får støtte til å ta informerte beslutninger.

20.7.3 Utvalgets vurderinger av pårørendes rolle

I praksis gis mye beslutningsstøtte av familie, venner og andre personen har tillit til. Dette vil ofte være hensiktsmessig fordi de kjenner personen og dennes kommunikasjonsform og kan ha gode forutsetninger for å vite eller finne ut hva som er personens vilje eller preferanser. Pårørende vil derfor ofte være viktige når det er behov for beslutningsstøtte.

Utvalget vil understreke at de fleste pårørende ønsker å bidra til personens beste. Det er viktig at helsepersonell er klar over at mange er redde og bekymrede for om helsepersonellet gjør det beste for personen. Det har dessverre vært en del saker der helsepersonell har vist dårlige holdninger og lav kompetanse. I noen tilfeller kan ressursknapphet i tjenestene være problemet. Slike erfaringer bidrar til at pårørende blir ekstra bekymret for om personen får den best mulige behandlingen og blir tatt på alvor. Kunnskap og god kommunikasjon med helse- og omsorgstjenesten er svært viktig for at pårørende skal kunne gi god beslutningsstøtte.

Det er ikke gitt at alle har nærstående som kan eller vil bistå. Mange blir dessuten slitne av å ivareta rollen som pårørende. En undersøkelse viste f.eks. at seks av ti pårørende til personer med demens er så utmattet at de ville ha kunnet få en psykiatrisk diagnose.¹⁰⁹⁰ Det kan dessuten foreligge direkte interessekonflikter, og det er eksempel på at pårørende har vært til hinder for at personer får nødvendig hjelp.

Pårørende trenger informasjon for å kunne være støttende. De kan også selv trenge støtte for å kunne være støttende for den det gjelder. Dette kan for eksempel ivaretas gjennom likepersonsordninger som den som er etablert av Nasjonalforeningen for folkehelsen. Se nærmere omtale i 20.6.2.2.

Privatpersoner kan ikke *pålegges* å fungere som beslutningsstøtte. Det offentlige må derfor nøye seg med å legge til rette for at de kan ha en slik funksjon. Utvalget mener derfor at lovregulering av hvilken rolle pårørende skal ha, vil måtte være begrenset til spørsmål om rett til informasjon, medvirkning, klagerett, søksmålsrett mv.

Utvalget vurderer det slik at nærmeste pårørende i overskuelig framtid vil måtte fortsette å utøve en rettssikkerhetsfunksjon, i samsvar med det som har vært tradisjonen i norsk rett. Utvalget mener derfor at det er viktig å videreføre regler som legger godt til rette for at pårørende kan yte beslutningsstøtte.

Utvalget mener at pasient- og brukerrettighetslovens system balanserer de kryssende hensynene som gjør seg gjeldende ut fra de ulike funksjoner pårørende kan ha, på en rimelig måte. Utvalget har likevel foreslått at beslutningskompetente personer skal ha rett til å motsette seg at pårørende utøver rettigheter etter tvangsbegrensningsloven. Dette innebærer ingen endring av gjeldende rett, men er en klargjøring, jf. punkt 28.10 og lovutkastet § 3-4. Unntak skal gjelde når personen har omsorgsansvar for barn eller utgjør en nærliggende og alvorlig fare for liv eller helse.

¹⁰⁹⁰Nordtug, 2011

20.7.4 Utvalgets vurderinger av vergers rolle

I norsk sammenheng og tradisjon er verger lite involvert i saker på helse- og omsorgsfeltet. Vi står overfor ulike rettslige tradisjoner der vergemålsloven ikke er tilstrekkelig tilpasset det fokus på individets selvbestemmelsesrett i gjennomføringsfasen som helse- og omsorgslovgivningen bygger på. I påvente av utvikling av et bredere beslutningsstøttekonsept, har utvalget likevel vurdert at enkelte svakheter i dagens representasjonsmodell kan håndteres gjennom oppnevning av verger. Det gjelder for personer som står uten nærmeste pårørende, men også der det foreligger åpenbare interessekonflikter. Dette bør etter utvalgets syn kombineres med en særlig opplæring av verger for å sikre hvordan rolleforståelsen som nærmeste pårørende i saker om tvang kan skille seg fra en tradisjonelt vergeoppdrag, herunder gjennom et sterkere fokus på personens egen oppfatning av saken. Se nærmere omtale i punkt 28.10 og lovutkastet § 3-5.

20.7.5 Utvalgets vurderinger av fremtidsfullmektigers rolle

20.7.5.1 Innledning

Europarådet har oppfordret medlemsstatene til å følge ministerkomiteens anbefalinger om prinsipper for fremtidsfullmakter.¹⁰⁹¹ I anbefalingene er det i første rekke pekt på hvilke spørsmål landene bør vurdere og eventuelt regulere, herunder en rekke forhold rundt opprettelse, bruk og opphør av fremtidsfullmakter. Det er i liten grad gitt anbefalinger om hvilke løsninger som bør velges.

Ordningen med fremtidsfullmakter springer ut av vergemålsloven, som i dag i liten grad er tilpasset og brukt på de særlige problemstillingene i helse- og omsorgstjenesten, jf. forrige punkt. Dette skaper utfordringer som gjør det lite aktuelt for utvalget å skyve fremtidsfullmakt fram som en selvstendig, formell komponent i lovutkastet. Det ligger utenfor utvalgets mandat å foreslå endringer i vergemålsloven. Via vilkåret om antatt samtykke og personens rett til selv å peke ut hvem som skal være nærmeste pårørende, jf. pasient- og brukerrettighetsloven § 1-3 bokstav b, er det – etter utvalgets opplegg – imidlertid potensiale for å gi fremtidsfullmektigen en svært sentral rolle også etter lovutkastet, dersom personen selv (fullmaktsgiveren) ønsker dette.

20.7.5.2 Enkelte rettssikkerhetsutfordringer med en avgjørelsesmodell basert på fremtidsfullmektiger i helse- og omsorgssektoren

Fremtidsfullmektiger kan etter dagens regler ikke samtykke til bruk av «tvang» uten særskilt hjemmel i lov, jf. vergemålsloven § 80 tredje ledd. Spørsmålet for utvalget har vært om lov hjemmel i større eller mindre grad bør gis.

Samtykke til å motta helse- og omsorgstjenester i medhold av en fremtidsfullmakt, vil være minst problematisk i tilfeller hvor personen det gjelder virker innforstått med tiltaket eller ikke selv gir klart uttrykk for noen mening. Det er likevel et spørsmål om fullmektigen også bør kunne samtykke til svært inngripende tiltak, for eksempel en risikofylt operasjon. Dette er nok minst kontroversielt så lenge det er tale om tjenester som anses forsvarlige og nødvendige fra et faglig synspunkt.

Et særlig vanskelig spørsmål er om, eller i hvilken utstrekning, helse- og omsorgstjenester bør kunne gis basert på fremtidsfullmektigens samtykke der personen motsetter seg dette.

¹⁰⁹¹Europarådet, 2012, punkt 6.1; Europarådet, 2009; Europarådet, 1999

En problemstilling er om fullmektigens samtykke bør kunne tre i stedet for et tvangsvedtak dersom vilkårene for bruk av tvang er oppfylt. En annen om fremtidsfullmektigens samtykke bør kunne gjennomføres med tvang selv om lovens vilkår ikke er oppfylt. Det kan videre spørres om det bør tillegges betydning om fullmaktsgiveren i fullmakten har forutsett at problemstillingen med tvang kan oppstå. Uansett må det imidlertid være helsepersonellet som har ansvaret og som vurderer om tiltaket er faglig forsvarlig, herunder om det er forsvarlig å gjennomføre det med tvang.

Som det framgår, er dette komplekse spørsmål hvor en rekke hensyn må avveies.

En mulig løsning kunne være at fremtidsfullmektigen – så langt fullmakten rekker – trer inn i den retten personen etter loven ville hatt til å samtykke eller nekte å motta helse- og omsorgstjenester dersom han eller hun hadde vært beslutningskompetent. Dette ville blant annet innebære at fullmektigen i hovedsak kunne nekte å motta helse- og omsorgstjenester (på persons vegne) selv om vilkårene for tvang for øvrig er oppfylt, dersom det er tale om tvang av hensyn til personen selv.

En slik løsning innebærer en form for privatisering av spørsmål om tvang og omsorgsansvar som er uvant i norsk tradisjon. Det kan likevel spørres om det er verre å tvinges etter samtykke fra en selvvalgt representant enn etter vedtak fra profesjonelt helse- eller omsorgspersonell. Etter en modell basert på fremtidsfullmakt har man imidlertid – etter gjeldende rett – ikke samme rettssikkerhetsgarantier som ved et tvangsvedtak: slike må i tilfelle etableres.

Til tross for at fremtidsfullmektigen er utpekt av fullmaktsgiveren selv, må man ta i betraktning faren for interessekonflikter og misbruk av fullmakten. Partene vil ofte ha en relasjon i tillegg til fullmaktsforholdet, slik at fullmektigen ikke er nøytral når det gjelder valg av løsninger. Fullmektigen skal «fremme fullmaktsgiverens interesser», men det er ikke alltid entydig hva dette er. Dette kan muligens stille seg annerledes dersom fullmaktsgiveren har gitt klart uttrykk for at fullmektigen skal kunne fatte beslutninger i slike situasjoner, også i strid med helsepersonellens råd og anbefalinger. Et dilemma er at det kan være vanskelig å vite om det fullmaktsgiveren ga uttrykk for da fullmakten ble utstedt, egentlig reflekterer personens ønsker gitt situasjonen slik den har utviklet seg. Dette vil særlig gjøre seg gjeldende dersom standpunktet ble inntatt for lang tid tilbake eller i alle fall før sykdommen eller skaden var aktuell, og personen derfor ikke hadde erfaring med tilstanden. Det er også et moment at utviklingen innen medisin mv. kan ha gitt nye muligheter som vedkommende ikke kan ha tatt i betraktning ved avgivelsen av fullmaktserklæringen.

Det må vanligvis legges til grunn at fremtidsfullmektigen utfører sitt oppdrag samvittighetsfullt og i samsvar med fullmaktsgiverens direktiver og i dennes interesser. Det må også antas at mange som utpekes til fremtidsfullmektig, er personer som kjenner fullmaktsgiveren godt og derfor har gode forutsetninger for å utføre oppdraget i tråd med fullmaktsgiverens vilje og preferanser.

Forholdet mellom partene kan likevel endre seg etter at fullmakten er avgitt og etter at den har trådt i kraft. Fullmaktsgiveren kan tilbakekalle fullmakten «hvis han eller hun har evnen til å forstå betydningen av dette», jf. vergemålsloven § 89. Etter at fullmakten er trådt i kraft, vil det i mange tilfeller være tvil om vedkommende har slik evne, eller det er klart at evnen mangler. Loven har ikke regler om tilsidesettelse av en fremtidsfullmakt eller fratakelse av vervet dersom det er grunn til å tro at fullmektigen handler ut fra egne interesser snarere enn fullmaktsgiverens interesser, eller på andre måter utnytter fullmaktsforholdet. Dersom en i større grad vil legge til rette for bruk av fremtidsfullmakter i helse- og omsorgstjenesten, bør det derfor etter utvalgets syn også vurderes om det bør lages et system for å fange opp urettmessige nektelser, f.eks. etter mønster av barnevernloven 4-1. Her kan fylkesnemnda vedta at

et barn med bistand fra barneverntjenesten skal undersøkes av lege eller bringes til sykehus for å bli undersøkt når foreldre eller andre med foreldreansvaret ikke sørger for det.

20.7.5.3 Fremtidsfullmektig som nærmeste pårørende

På bakgrunn av ovennevnte vurderer utvalget at en rekke spørsmål vil måtte utredes nærmere før det kan bli aktuelt å gi fremtidsfullmektiger en selvstendig, formell posisjon etter helse- og omsorgslovgivningen. Som pekt på innledningsvis, springer ordningen ut av en annen rettstradisjon enn den helse- og omsorgsrettslige. Vergemålslovgivningen er mindre individorientert, særlig i gjennomføringsfasen – et nøkkelpunkt når spørsmålet gjelder bruk av tvang og inngrep uten gyldig samtykke. I relasjon til fremtidsfullmektigordningen spesifikt, speiles dette for eksempel i vergemålsloven § 85 andre ledd:

«Før fullmektigen treffer avgjørelser skal fullmaktsgiveren høres hvis dette kan skje uten betydelige vanskeligheter. Det er ikke nødvendig å høre fullmaktsgiveren hvis han eller hun ikke kan forstå sakens betydning.»

En slik etter måten lite imøtekommende holdning til personens aktuelle synspunkt, selv om vedkommende mangler beslutningskompetanse, vil være uakseptabel på helse- og omsorgsfeltet. Utvalget har på denne bakgrunn vurdert det som uaktuelt å gi fremtidsfullmektigordningen en formell status etter lovutkastet.

Utvalget foreslår derfor ikke lovendringer. Etter utvalgets syn vil det derimot kunne være naturlig å vurdere utprøving av en utvidet bruk av fremtidsfullmektiger i forbindelse med utredningen av en ny beslutningsstøtteordning.

En fremtidsfullmektig vil imidlertid kunne være en viktig kilde til informasjon når det skal vurderes hva personen sannsynligvis ville ønsket om han eller hun ikke hadde manglet beslutningskompetanse. Som det går fram av kapitlene 14 og 21, legger utvalget opp til at antatt samtykke, med visse unntak, skal være et gjennomgående vilkår for bruk av tvang og inngrep uten samtykke. I den forbindelse skal nærmeste pårørende som utgangspunkt trekkes inn, se lovutkastet § 1-5. Personen har selv rett til å peke ut hvem som skal ha funksjonen som nærmeste pårørende, jf. pasient- og brukerrettighetsloven § 1-3 bokstav b. Det betyr at personen kan sikre fremtidsfullmektigen en sterk stilling også i saker etter utkastet til ny tvangsbegrensningslov, om det er dette vedkommende ønsker. Utvalget ser derfor positivt på planene til Statens sivilrettsforvaltning (SRF) om å gi bedre informasjon med tanke på økt bruk av ordningen. Dette bør også omfatte muligheten for å utpeke fremtidsfullmektigen som nærmeste pårørende etter pasient- og brukerrettighetsloven § 1-3 bokstav b.

20.7.6 Utvalgets vurderinger av tiltak for å legge til rette for å innhente og bruke forhåndsønsker/-standpunkter

Europarådet har oppfordret medlemsstatene til å følge ministerkomiteens anbefalinger om prinsipper for forhåndserklæringer. Det er likevel i liten grad gitt anbefalinger om hvilke løsninger som bør velges.

Kjennskap til personens tidligere innstilling til ulike former for helse- og omsorgstjenester vil kunne bidra til å fremme personens egne preferanser og vilje i situasjoner hvor personen mangler beslutningskompetanse. Likevel med usikkerhet som ligger i at det – i noen tilfeller – var slik personen så på det før situasjonen var aktuell.

Dagens lovgivning har ikke noe system for at man kan avgi (bindende) erklæringer om samtykke til eller nektelse av helsehjelp og omsorgstjenester i framtiden med tanke på situasjoner hvor man ikke lenger har beslutningskompetanse. Derimot har man i helse- og omsorgslovgivningen visse regler om at det i slike situasjoner skal være et vilkår for å gi helsehjelp at

«det er sannsynlig at pasienten ville ha gitt tillatelse til slik hjelp», og regler om at det skal innhentes informasjon om «hva pasienten ville ha ønsket, jf. punkt 20.4.2.3. Utvalgets lovutkast går videre på denne veien, og antatt samtykke blir gjort til et gjennomgående vilkår for å kunne anvende tvang og inngrep uten samtykke, se drøftelse og nærmere omtale i kapitlene 14 og 21. Uavhengig av spørsmålet om en forhåndserklæring skal være rettslig bindende, eventuelt under hvilke omstendigheter, er det altså viktig å legge til rette for at man kan finne ut hva personen sannsynligvis ville ha ønsket. I den sammenhengen vil det kunne være til stor hjelp at personer gir skriftlig eller muntlig uttrykk for hva de ønsker i nærmere angitte situasjoner i framtiden. Utvalget mener derfor at det bør legges godt til rette for avgivelse og registrering av ønsker og preferanser med tanke på framtiden, både i kortere og noe lengre perspektiv. Se lovutkastet § 1-5 andre ledd.

Utvalget diskuterer i kapittel 21 om det bør åpnes for forhåndserklæringer (reservasjoner). På generelt grunnlag vurderer utvalget det ikke som ønskelig å innføre en ordning med bindende forhåndserklæringer. Utvalget har likevel vurdert at særlige hensyn gjør seg gjeldende i to spesielle tilfeller: ved behandling av psykiske lidelser med legemidler og ved elektrokonvulsiv behandling (ECT), se kapittel 25. Utvalget foreslår at det ikke skal kunne treffes vedtak om behandling med legemidler dersom tvangsbegrensningsnemnda har godkjent en skriftlig forhåndserklæring om reservasjon mot bruk av antipsykotiske legemidler og ECT. Det er stilt nærmere vilkår om når en reservasjon er gyldig, samt begrensninger i når den kommer til anvendelse, se lovutkastet §§ 6-14 og 6-15.

Flere land har tatt i bruk forhåndssamtaler som et systematisk verktøy. Det pekes på at «advance care planning» gjerne består av flere samtaler, hvor personen sammen med helsepersonell får mulighet til å tenke og snakke gjennom og planlegge framtidig behandling og omsorg, inkludert behandling og omsorg også når livet går mot slutten. Det styrende spørsmålet er også her «Hva er viktig for deg?». Personens forhold til pårørende og hvilke roller personen ønsker de skal ha, er også viktige spørsmål. Forhåndssamtaler forutsetter tilstrekkelig kompetanse blant annet innen juss og etikk, samt gode kommunikasjonsferdigheter og skjer gjerne innen rammen av et tverrfaglig samarbeid. Se også omtalen av veilederen for forhåndssamtaler med pasienter i sykehjem og Palliasjonsutvalgets utredning i 20.6.2.4. Det kan vurderes om det på tilsvarende måte bør utvikles en nasjonal metodikk for forhåndssamtaler i helse- og omsorgstjenesten på felt hvor det kan være aktuelt med tvang, og om det i noen sammenheng bør være obligatorisk med slike samtaler. For at samtalene skal bli nyttige, kreves et godt samarbeide mellom personell, person og eventuelt pårørende eller andre som kjenner personen og dennes kommunikasjonsform.

20.7.7 Utvalgets vurderinger av bruk av personlig ombud og likepersonordninger

Utvalget har fått inntrykk av at eksisterende ordninger med personlig ombud, erfaringsmedarbeidere og ulike likepersonsordninger kan utgjøre verdifulle tilbud. Dette ved at ordningene bidrar til at personer får løst problemer med bolig, økonomi, sysselsetting og andre grunnleggende forhold, i tillegg til at støttepersonene kan bistå i kontakt med helse- og omsorgstjenesten og andre offentlige instanser. Utvalget legger til grunn at personens helhetssituasjon er av stor betydning for helsen og forholdet til helse- og omsorgstjenesten. Utvalget antar at slike ordninger etter omstendighetene kan bidra til å forebygge forverring av psykiske lidelser og rusproblemer og i noen tilfeller også legge til rette for frivillig behandling ved å bidra til å (gjen-)opprette tillit til helse- og omsorgstjenesten. Sett i et vidt perspektiv kan tiltakene dermed anses som forebyggende eller alternativer til tvang. Utvalget finner det også rimelig å anta at denne type bistand kan være en faktor for å unngå tvangsinnleggelser og gi viktig støtte både til personer det kan være aktuelt å bruke tvang overfor og deres pårørende.

Det faller likevel utenfor utvalgets mandat å foreslå utvidelser av disse ordningene.

20.7.8 Utvalgets vurdering av bruk av beslutningsstøtte gjennom organisasjoner

Personer som selv har erfaring som pasient eller bruker i lignende typer tjenester, vil etter omstendighetene kunne gi god beslutningsstøtte. Dette kan for eksempel organiseres gjennom foreninger og organisasjoner, kanskje særlig organisasjoner for personer med erfaring innen psykisk helsevern og rusfeltet. Slike støttepersoner kan blant annet bidra til å sikre at personen blir hørt.

Personer som har erfaring som pårørende, vil også kunne være støttepersoner. Selv om de til dels vil ha et annet perspektiv enn personer med egenerfaring som pasient eller bruker, vil de kunne ha erfaring og kunnskap som gjør dem godt egnet. Det vil dessuten trolig kunne være vanskelig å rekruttere egnede støttepersoner særlig med demens eller psykisk utviklingshemning i større skala.

Denne type støtte kan etter omstendighetene fungere som et supplement til eller alternativ til støtte fra pårørende. Det faller likevel utenfor Tvangslovutvalgets mandat å foreslå en utvidelse av ordningen.

20.7.9 Utvalgets vurdering av behovet for en ny ordning for beslutningsstøtte

Utvalget avviser tanken om at beslutningsstøtte kan «løse alle problemer» i den forstand at særregler om tvang er overflødige. Utvalget vurderer det slik at rene beslutningsstøtteordninger fortsatt er på idèstadiet, og at det å utvikle og foreslå en mer gjennomgripende reform, åpenbart sprenger rammene for mandatet. Utvalget ser derfor behov for et betydelig utviklingsarbeid. Problemstillinger knyttet til rettssikkerhet må identifiseres og løses. Det må videre tas stilling til hvordan enkeltgruppers særlige behov kan ivaretas, herunder nærmeste pårørendes rolle. Se nærmere omtale i kapittel 28.

Gjennomgangen ovenfor viser også at det allerede finnes mange elementer av beslutningsstøtte i lovgivningen. For å sikre at personer får den støtten de har behov for til å kunne treffe valg for seg selv, mener utvalget likevel at det er behov for å prøve ut nye modeller på lovutkastets område. Utvalget foreslår at det lovfestes at slik utprøving skal finne sted med tanke på å avklare problemstillinger av rettssikkerhetsmessig art som er skissert i utredningen, se lovutkastet § 3-2. Dette kan om mulig ses i et bredere perspektiv der også vergemålslovgivningen inngår.

Fokus må ligge på veiledning, rådgivning og støtte til personen med formål å hjelpe fram synspunkter og formidling av disse til helse- og omsorgstjenesten og kontrollmyndighetene. I tillegg til spørsmål om å motta eller avslå tilbudt hjelp, kan det være behov for støtte til å formidle ønsker knyttet til det nærmere innholdet i og gjennomføringen av tjenesten, alternative tiltak som bør prøves ut og spørsmål om å klage på vedtak mv.

Som ledd i utprøvingen må det vurderes hvilke krav det skal stilles til dem som skal utøve en støttefunksjon, og hvordan man skal rekruttere. Funksjonen er ikke å yte juridisk bistand. Viktige egenskaper vil være evne til å snakke med personer, lytte og skape mellommenneskelig kontakt. Bindinger til helse- og omsorgstjenesten som kan dra i tvil uavhengigheten, må unngås. Utvalget har ikke tatt stilling til hva den som utøver støttefunksjonen, bør kalles. Utvalget mener det bør tilstås et visst honorar i tillegg til dekning av reiseutgifter, jf. den danske patientrådgiverordningen, omtalt i kapittel 8.

Utvalget forutsetter at relevante aktører trekkes inn ved utformingen av modellene for å sikre at de fungerer i praksis. Det vises også til CRPD-komiteens generelle kommentarer hvor det fremheves at personer med nedsatt funksjonsevne må trekkes med i arbeidet med å etablere beslutningsstøtteordninger.

21 Vurdering av beslutningskompetanse og antatt samtykke

Boks 21.1 Utvalgets forslag

- Utvalget foreslår at begrepet «samtykkekompetanse» erstattes med «beslutningskompetanse».
- Utvalget mener beslutningskompetanse er et juridisk mer presist begrep som også bedre markerer pasienters/brukeres selvstendighet.
- Utvalget anbefaler ikke å lovfeste kriterier for beslutningskompetansevurderingen på grunn av den store bredden i problemstillinger.
- Vurderingen av antatt samtykke må ta utgangspunkt i personens holdninger tidligere i livet.

[Boks slutt]

21.1 Innledning

I kapittel 14 har utvalget grunnlagt hvorfor henholdsvis (fravær av) beslutningskompetanse og (tilstedeværelse av) antatt samtykke bør være sentrale byggesteiner i en framtidig lovregulering av bruk av tvang i helse- og omsorgstjenesten. I dette kapitlet skal ulike utfordringer dette reiser i praksis, som ofte kan være av prinsipiell karakter, drøftes. De to temaene henger nært sammen fordi utvalgets introduksjon av antatt samtykke som vilkår for bruk av tvang (med enkelte unntak), er uttrykk for et ønske om å styrke selvbestemmelsesretten til personer som mottar helse- og omsorgstjenester, men som mangler beslutningskompetanse. Spørsmålet om antatt samtykke kommer slik inn der beslutningskompetansen svikter.

Som en felles innledning gis først en omtale av særlige vansker med å finne ut hva en person mener: Dette er aktuelt både i relasjon til vurderingen av beslutningskompetanse, men også der temaet er hva personen må antas å mene. Teksten bør ses i sammenheng med beskrivelsen av trekk ved ulike tilstander som tradisjonelt har aktualisert spørsmål om bruk av tvang, se kapittel 4.

21.2 Særlige utfordringer arbeidet med å klarlegge hva personer (egentlig) mener

21.2.1 Psykiske helseproblemer

De aller fleste pasientene i psykisk helsevern er kognitivt velfungerende og uten plager som går ut over evnen deres til å ta imot og veie informasjon og treffe og fastholde en beslutning. Dette gjenspeiles i at de aller fleste pasientene får frivillig behandling basert på eget samtykke. Noen psykiske plager kan likevel underminere beslutningskompetansen. Dette kan skje dels ved at kommunikasjonen bryter sammen, at selve informasjonsbearbeidningen blir hindret, at personen blir vankelmødig eller at pasienten danner seg ukorrigerbare oppfatninger som hindrer et fornuftig ordskifte om sakens realiteter.

Symptomer knyttet til psykoser kan f.eks. svekke evnen til realistiske vurderinger. For eksempel vil en person som tror det er narkotika i de antipsykotiske medisinene, neppe ha beslutningskompetanse i spørsmålet om medikamentell behandling. Mange personer har likevel psykotiske symptomer som ikke på noen måte underminerer beslutningskompetansen. For eksempel trenger ikke forestillingen om at andre kan høre tankene våre, gjøre folk ute av stand til å fatte fornuftige beslutninger om sin egen behandling.

En sjelden gang kan vi møte personer, særlig de som har uttalte psykotiske eller depressive plager, som helt slutter å kommunisere. De kan bli liggende til sengs hele døgnet uten evne til å gi uttrykk for synspunktene sine. Når de kommer seg, kan de fortelle at de husker alt som ble sagt til dem, men var ikke i stand til selv å si noe. I slike situasjoner er det uråd for helsepersonell og andre å danne seg en mening om hva pasienten ønsker, med mindre de i sin atferd klarer å vise at de samtykker eller motsetter seg tiltakene.

Enkelte pasienter i psykisk helsevern har uttalte formelle tankeforstyrrelser. De kan være vanskelige å forstå fordi ordbruk og setningsbygning bryter med det som er vanlig. Det kan også by på problemer for dem å ta imot informasjon og fortelle utvetydig hva de mener. Eendommelig ordbruk og usammenhengende ytringer kan gjøre det nær sagt umulig å finne ut hva de egentlig mener. Slike problemer er sjeldne.

Det vanligste problemet er at pasienten har oppfatninger som virker søkte, feilaktige eller bisarre på andre, og som de fastholder med styrke, nær sagt upåvirkelig av argumentasjon og bevisførsel. Slike oppfatninger blir vanligvis kalt vrangforestillinger eller overvurderte ideer. Når de dreier seg om selve behandlingen, for eksempel ved at de går ut på at medisinen egentlig er gift og at sykehuset samarbeider med andre lands hemmelige tjenester, kan de gjøre pasientene ute av stand til å ta imot og benytte seg av informasjonen de trenger for å ta fornuftig stilling til behandlingen. Andre benekter åpenbare vansker med å fungere i hverdagen, bortforklarer alle konsekvensene av de psykiske plagene og motsetter seg alle hjelpetiltak fordi de ikke behøver dem. I slike situasjoner kan det være umulig å nå fram med opplysningene pasienten trenger for å kunne fatte en beslutning. Noen, framfor alt de med svært dype depresjoner, kan ha forestillinger om at de ikke fortjener behandling fordi de har gjort seg skyldige i ubotelige synder. I slike tilfeller kan de nok ta imot informasjon, men den kommer ikke til anvendelse i pasientens tilfelle på grunn av de fastlåste forestillingene.

Et annet problem, som oppstår nokså ofte, er at pasienter enten ikke greier å bestemme seg for noe eller ikke greier å fastholde en beslutning. De kan bli rådvile og veie for og imot uten evne til å skjære gjennom. Noen kan ofte, gjerne flere ganger hver dag, fatte innbyrdes motstridende beslutninger. De kan samtykke til behandlingen i det ene øyeblikket og trekke samtykket tilbake i det neste, for så å ombestemme seg noen timer senere. Det kan være vanskelig å skille mellom grunnleggende ambivalens med vansker med å holde fast på en beslutning, og det åpenbare faktum at noen mennesker har det med å ombestemme seg hyppig, gjerne under påvirkning av andre. Det kan være umulig å fastslå hva en pasient mener når ambivalensen er uttalt.

21.2.2 Rusproblemer

Personer med rusmiddelproblemer vil som oftest ha beslutningskompetanse. De fleste har god innsikt i problemene sine og et ønske om å få hjelp mot rusproblemet. Andre ønsker å fortsette rusbruken selv om de anerkjenner at rusingen har skadelige sider. Når en person med et rusmiddelproblem ønsker å fortsette å ruse seg, til tross for åpenbare og alvorlige skadevirkninger, kan det virke forunderlig. Er ønsket om å fortsette å ruse seg et uttrykk for det pasienten dypest sett ønsker, eller er det «rusmidlene som taler»? Noen bruker begreper som at

«sentralnervesystemet blir kapret» av rusmidlene, slik at pasienten ikke blir i stand til å utøve sin autonomi. Hvordan kan man finne ut av hva som er pasientens egentlige overbevisning?

Til å begynne med må man anerkjenne at det også, i et visst perspektiv, kan være rasjonelt å ruse seg. Når personen ikke ser noen bedre alternativer, er ikke dette et synspunkt som uten videre kan avfeies. I motiverende intervjueteknikker tar en ikke utgangspunkt i at pasienten tar feil, men i at pasienten har rett – ut fra pasientens eget perspektiv. Gjennom å anerkjenne dette perspektivet, men samtidig peke på at rusmiddelbruken kan være et problem ut fra andre synsvinkler, får en pasienten til å reflektere omkring alternativene.

Vanligvis vil pasienter med rusproblemer være i stand til fornuftige diskusjoner om fordeler og ulemper med rusmiddelbruken. Under akutt ruspåvirkning vil det ofte ikke være mulig å få til fornuftige samtaler om dette, men ruspåvirkningen vil vanligvis være så kortvarig at det ikke byr på spesielle problemer å vente til den akutte påvirkningen er over. Annerledes stiller det seg med personer som ruser seg hardt og kontinuerlig. I slike tilfeller kan det være helt uaktuelt for pasienten å gjøre noe annet enn å fortsette å ruse seg, og det vil være vanskelig å få til fornuftige samtaler om alternativene. I slike tilfeller kan det være et åpent spørsmål om personen er beslutningskompetent.

Når de ikke er akutt ruspåvirket, vil de fleste personer med rusmiddelproblemer være i stand til å reflektere forstandig omkring rusproblemet. De vil sjelden ha vansker med å ta imot eller selv skaffe seg informasjon, anvende informasjonen på seg selv eller veie fordeler mot ulemper, selv om de kan ha en tendens til å undervurdere problemene rusen fører til. De vil sjelden ha vansker med å fatte en beslutning, noe man blant annet ser av det faktum at mange som er rusmiddelavhengige slutter å bruke rusmidler, helt uten innblanding fra helsetjenesten. For mange er ikke problemet å fatte en beslutning, men å holde fast på den når trangten til å ta rusmidler melder seg. Dette skiller seg ikke vesentlig fra vanskene en opplever etter røykeslutt eller ved avlæring av andre vaner eller uvaner. Det kan være vanskelig, men bør neppe fortolkes som uttrykk for manglende beslutningskompetanse.

Under akutt ruspåvirkning vil beslutningskompetansen ofte være nedsatt, og dersom personen ruser seg konstant, kan det gjøre det umulig å bringe på det rene hvordan personen ville sett på behandlingsbehovet om han eller hun ikke var ruspåvirket. I de vanskeligste tilfellene vil personen også i rusfrie perioder være så preget av abstinensreaksjoner eller russug at det kan stilles spørsmål ved beslutningskompetansen.

21.2.3 Psykisk utviklingshemning

Diagnosen psykisk utviklingshemning representerer et spenn i intellektuell modenhet og deles inn i fire grader: dyp (0–3 år), alvorlig (3–6 år), moderat (6–9 år) og lett utviklingshemning (9–12 år), se nærmere omtale i kapittel 4. Når det gjelder å få tak i den enkeltes egentlige vilje, preferanser og ønsker, kan det generelt sies at problemstillingene øker med graden av utviklingshemning.

Kjernen ved funksjonsnedsettelsen utviklingshemning er en nedsatt evne til å forstå informasjon og formidle sin mening (ekspressive og impressive språkvansker), se nærmere omtale i kapittel 4. Fagmiljøene har utviklet en rekke metoder som har som siktemål å fremme samarbeid uten at personens integritet eller selvbestemmelsesrett blir truet. Det finnes også gode systemer for alternativ og supplerende kommunikasjon (ASK), som gjør at enkelte språkløse blir i stand til å formidle konkrete ønsker og behov. Vurdering av beslutningskompetanse må alltid gjøres individuelt og i forhold til hva saken gjelder. Jo viktigere spørsmålet er, jo grundigere krav må det stilles til tilrettelagt informasjon og vurderingen av beslutningskompetansen.

Grenseutprøvende atferd for å sjekke at omgivelsene er kjent med og holder fast på regler, rutiner og rammer er et forholdvis kjent fenomen hos enkelte personer med utviklingshemning. Det kan være vanskelig å vite hva som er grenseutprøving og hva som er atferd som er uttrykk for personens egentlige vilje. Dette er en problemstilling mange også vil kjenne igjen fra omsorgen for små barn.

Et annet fenomen er at et «nei» eller en protest ikke nødvendigvis betyr at personen har noe imot det som foreslås eller ikke ønsker det som tilbys. Mange med utviklingshemning er så vant med at et «nei» eller en protest ledsages av overtalelse i form oppmuntring og løfter om goder, at man må gå ut fra at «nei» fått en helt annen og svært individuell mening og funksjon. Andre igjen har så mye erfaring med at det uansett ikke nytter å protestere, at de passivt innfinner seg med det meste.

Vurderingene er faglig og etisk krevende, og stiller store krav til tjenesteyternes kompetanse til å skille hva som er søken etter bekreftelse fra hva som er personens interesser og ønsker. Problemstillinger knyttet til såkalte atferdsfenotyper om er omtalt i punkt 21.3.5.3.2.

21.2.4 Demens

Hvor vanskelig det er å bringe klarhet i hva en person med demens mener, herunder vurdere beslutningskompetansen, avhenger av flere forhold. Tilpasset informasjon er viktig og må ikke bare ta hensyn til alder, modenhet, kultur og språk, men tidspunktet på døgnet når personen er mest våken og oppmerksom, sammenhengen informasjonen blir gitt i (hvor) og hvem som gir informasjonen. Informasjonen må som regel gjentas.

En demensdiagnose er ikke i seg selv nok til å si at en person mangler eller har redusert beslutningskompetanse. Hvis en demensdiagnose settes tidlig i forløpet, vil en person med demens ha kompetanse i de fleste situasjoner. Det er likevel viktig å kjenne til hvilke problemer personen har og legge til rette for at informasjon forstås og at vedkommende får komme fram med sine spørsmål og bekymringer. Det kan likevel være spesielle forhold som det må tas hensyn til:

«Det å være glemsk eller ha dårlig språk og formidlingsevne indikerer ikke nødvendigvis svikt i samtykkekompetanse, men evnen til å handle målrettet her og nå berører sentrale sider i muligheten til å gi et valid samtykke.»¹⁰⁹²

Det vil si at selv tidlig i forløpet (avhengig av hvilke funksjoner som svikter) vil noen personer med demens ha store problemer med å fatte en beslutning, de får ikke bestemt seg. Dette skaper utfordringer når personer med slik svikt skal medvirke i avgjørelser om behandling. Lengre ut i sykdomsforløpet vil hukommelsessvikten være en utfordring.

Type og omfang av helsehjelpen er av betydning. Et kirurgisk inngrep, som f.eks. fjerning av en føflekk eller en polypp i en tarm, vil være konkret og oversiktlig å forklare. Det er utviklet «verktøy» for å vurdere samtykke-/beslutningskompetanse og disse vil kunne være nyttige i slike situasjoner (f.eks. Aid To Capacity Evaluation [ACE] eller Mac Arthur Competence Assessment Tool for Treatment [MacCAT-T]). Ved større inngrep som vil kreve oppfølging over tid (f.eks. medfører en stomi [utlagt tarm]), vil svekket hukommelse gjøre det mer krevende, men tidlig i demensforløpet vil utfordringene her være ganske like som for alle andre.

¹⁰⁹²Nordhus mfl., 2006

Helsehjelp som er vanskeligere å avgrense i omfang og tid, kan være mer krevende å forklare og å forstå. Slike tiltak blir mer aktuelle lenger ut i sykdomsforløpet. Eksempler på slik helsehjelp er hjelp til av- og påkledning og til personlig hygiene. Behov og omfang vil variere og som regel vil det øke etter hvert som demenssymptomene forverres.

Det å vurdere om personen klarer seg hjemme eller ikke, selv med hjelp fra hjemmesykepleie og hjemmehjelp, er en kompleks vurdering som omfatter personens situasjon, praktiske boforhold, situasjonen til eventuell ektefelle (eller andre personen bor sammen med) og kommunens tjenestetilbud. For en person med så alvorlig demens at det er behov for heldøgns omsorg, vil det være vanskelig å holde oversikt over et så komplekst informasjonsbilde. Selv om personen samtykker til å flytte til f.eks. sykehjem, vil vedkommende i mange tilfeller ikke huske at han/hun har samtykket – eller begrunnelsen for dette – når tiltaket skal gjennomføres. Dette gjør det vanskelig å planlegg og gjennomføre tjenestetilbudet. At demensen forverrer seg over tid er en ytterligere kompliserende faktor.

21.2.5 Barn og unge

Formell beslutningskompetanse er av praktiske hensyn knyttet til en aldersgrense, 16 år, men det er stor variasjon i unges personlige modning. Den reelle evnen til å forstå valgsituasjoner og konsekvenser av valgene kan foreligge både vesentlig tidligere og vesentlig senere enn 16-årsdagen, likevel bygger lovgivningen på en hovedregel om selvbestemmelsesrett i helse-spørsmål fra fylte 16 år.

For barn, uavhengig av alder, kan undersøkelsessituasjonen i seg selv være skremmende og ukjent. Barnets respons kan også være preget av et umiddelbart ønske om å oppnå eller unngå hjelpetiltak. Skjer dette i stor grad, kan det bli vanskelig å forstå barnets egentlige fungering og holdninger. Spørsmålene som må besvares vil i en del situasjoner ikke gi troverdige eller pålitelige svar. På samme måte kan det bli vanskelig å konkludere med hva som er deres holdning til å motta helsehjelp eller ønske om hvordan helsehjelpen bør utformes. Fire temaer skiller seg ut som problematiske hos unge. Disse gjelder både for barn yngre enn 16 år og de som har passert denne alderen.

1. Når barnet ikke samarbeider om undersøkelsen, er det vanskelig å gjennomføre en vurdering av hvordan barnet fungerer og hva barnet mener. For eksempel kan vi se for oss en taus og avvisende gutt, som muligens er i stand til å treffe reflekterte valg, men som ikke er interessert i å demonstrere sine resonneringsevner i undersøkelsessituasjonen. Svarer han knapt og ampert i undersøkelsessituasjonen fordi han er sint og redd, gir undersøkelsen et tynt grunnlag for å konkludere. Noen barn kan trenge betraktelig innsats med relasjonsbygging og motivasjon før realistiske vurderinger er mulig.
2. Vurderinger kan være lite pålitelige for personer med raskt svingende fungering, noe som er typisk for unge i krisesituasjoner. Et eksempel er en jente som har god evne til refleksjon når hun er rolig, men som fullstendig mister kontrollen når hun er sint eller redd, og som tyr til impulsiv selvskading eller vold. Funnene fra den beherskede undersøkelsessituasjonen blir lite relevante for å vurdere hennes fungering under krise. Forskjellen er viktig, for det er typisk krisesituasjonene helsevesenet ønsker å hjelpe henne med å takle. Det blir vanskelig å ta stilling til hva som er hennes «egentlige» holdning til å ta imot hjelpetiltak og hvordan hun vil like at hjelpen skjer. Samtaler i forkant og etterkant av krisene er nyttige for å planlegge håndteringen av neste krise.
3. Noen unge har ujevnt utviklingsnivå og stor forskjell på intellektuell fungering og emosjonell reguleringsevne. De kan i teorien forstå og være med på å motta behandling, men

ikke klare å sette planene ut i handling. For eksempel en ung jente med anoreksi som kan forstå at hun har et problem og uttrykke ønske om hjelp, men som likevel ikke samarbeider om å gjennomføre måltidene. Kanskje viser hun en rent intellektuell side av hvordan hun fungerer i en vurderingssituasjon, men uten at den ledsages av evnen til å tåle konsekvensene av et vanskelig valg og fastholde beslutningen sin.

4. I noen tilfeller har barn omsorgsgivere som utøver sterkt press for at de skal motta helsehjelp, uten at barnet selv ønsker det. Noen unge forholder seg til dette ved å akseptere et hjelpetilbud, eventuelt samtykke om de er over 16 år, men ikke reelt engasjere seg i behandlingen. Barnets motivasjon kan i disse tilfellene være å unngå konflikt med foreldrene, heller enn et oppriktig hjelpeønske. Behandlingen vil gjerne medføre liten bedring.

21.3 Beslutningskompetanse

21.3.1 Innledning

Fravær av beslutningskompetanse som vilkår for tvang er drøftet prinsipielt i punkt 14.4.2. Som det framgår der tilrår utvalget en videre utbygging av dette konseptet til også å omfatte de problemstillinger som i dag blir regulert av helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 og 10: omsorgen for personer med utviklingshemning og den spesialiserte rusbehandlingen. Nå skal mer konkrete problemstillinger for en framtidig regulering av beslutningskompetanse drøftes.

21.3.2 Gjeldende rett

En oversikt over reglene om samtykke til helsehjelp, herunder beslutningskompetanse («samtykkekompetanse» etter gjeldende lovgivning), er gitt i punkt 5.2. Spørsmålet om når en person over 16 år kan anses for ikke å være kompetent er regulert i pasient- og brukerrettighetsloven § 4-3 andre ledd:

«Samtykkekompetansen kan bortfalle helt eller delvis dersom pasienten på grunn av fysiske eller psykiske forstyrrelser, senil demens eller psykisk utviklingshemning åpenbart ikke er i stand til å forstå hva samtykket omfatter.»

Både etter pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 og 4 A og psykisk helsevernloven §§ 3-2 nr. 3, 3-3 nr. 4 og 4-4 første ledd andre punktum skal vurderingene baseres på denne bestemmelsen. Det er det helsepersonellet «som yter helsehjelp» som – i utgangspunktet – skal gjøre vurderingen, jf. pasient- og brukerrettighetsloven § 4-3 tredje ledd. Etter psykisk helsevernloven vil dette være «den faglig ansvarlige», jf. § 1-4. Personellet skal «legge forholdene best mulig til rette for at pasienten selv kan samtykke til helsehjelp», jf. § 4-3 tredje ledd, jf. § 3-5. Etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 og 10 er ikke fravær av kompetanse et vilkår for inngrep i dag.

Loven opererer med et skarpt skille mellom kompetent og ikke-kompetent. Uttryksmåten «reduert kompetanse» som ofte blir brukt blant helsepersonell, markerer at det her kan være glidende overganger, men er ikke en egen kategori i juridisk forstand.

Pasient- og brukerrettighetsloven § 4-3 andre ledd inneholder i dag en patologisk komponent. Dette ved at det må være årsakssammenheng («på grunn av») mellom den manglende forståelsen og enten «fysiske eller psykiske forstyrrelser, senil demens eller psykisk utviklingshemning». Ved anvendelse av bestemmelsen etter psykisk helsevernloven er det ikke krav om en mer spesifikk sammenheng med den underliggende alvorlige sinnslidelsen.

Spørsmålet om kompetanse må vurderes konkret for den aktuelle type helsehjelp, jf. «kan bortfalle helt eller delvis». Det er et sterkt fokus på individuelle vurderinger. Vurderingen kan videre endre seg over tid, av og til innenfor korte tidsrom. Dette har reist særlige utfordringer ved behandling som det er viktig gjennomføres stabilt over tid. En annen problemstilling i samme gate, oppstår der personens holdning er stadig svingende: altså er preget av ambivalens.

I lovteksten er det formulert et sterkt utgangspunkt om at personen skal regnes for å være kompetent. Beviskravet (for det motsatte) er at det må være «åpenbart» at vedkommende ikke er i stand til forstå hva samtykket omfatter. Hvordan dette i praksis skal forstås har det vært noe usikkerhet rundt.

Etter pasient- og brukerrettighetsloven § 4-3 andre ledd er vurderingstemaet om personen er i stand til «å forstå hva samtykket omfatter». Hva som nærmere ligger i dette er i liten grad utdypet i forarbeidene. At evnen til å forstå konsekvensene av ens valg må stå sentralt synes likevel klart, jf. pasient- og brukerrettighetsloven § 4-9 tredje ledd som understreker nettopp dette aspektet («forstått konsekvensene for egen helse ved behandlingsnektelsen»). Ut fra dette er det – i alle fall ved større avgjørelser – rimelig å kreve at personen er i stand til å forstå relevant informasjon, fastholde denne inntil en beslutning er tatt, avveie informasjonen og uttrykke et valg.

At personen må *forstå* relevant informasjon kan bli satt på spissen ved kognitiv funksjonssvikt, særlig der avgjørelsen krever evne til abstrakt tenkning og personen ikke er i posisjon til å kompensere for dette gjennom tidligere erfaringer. I noen tilfeller makter ikke personen i tilstrekkelig grad å konsentrere seg om å få med seg den informasjon som gis. Manglende evne til å fastholde informasjon som man i utgangspunktet forstår, kan være særlig aktuelt ved enkelte tilstander som demens.

Å *veie* informasjon refererer til personens evne til å se ulike sider ved sin egen sak og reflektere rundt dette. I psykisk helsevern er det særlig denne dimensjonen som står sentralt ved at den også omfatter det emosjonelle. En vanlig problemstilling er at personen oppfatter åpenbare vrangforestillinger og hallusinatoriske opplevelser som reelle og avviser hjelp på det grunnlag. Her vil det ofte ikke være tvil om at kompetanse er fraværende. Vanskeligere spørsmål oppstår der personen nok erkjenner et hjelpebehov, men med en annen begrunnelse enn den helsevesenet framfører. I andre tilfeller kan det være spørsmål om den som vurderes, er såkalt tildekkende. I dette ligger en vurdering av at personen ikke uttrykker seg sannferdig om sine reelle avveininger, men tilpasser forklaringen ut fra hva som er formålstjenlig der og da.

Evnen til å *uttrykke et valg* refererer dels til det å treffe et valg: enkelte kan være så ambivalente at de ikke makter det. Dernest kommer det rent kommunikative som kan være særlig aktuelt for personer med uttalte språkvansker, herunder enkelte personer med omfattende utviklingshemning eller demens, eventuelt i kombinasjon med andre tilstander. Et valg kan uttrykkes på ulike måter – ikke bare verbalt, men også gjennom tegn eller handlemåter. En sammenblanding av valgspørsmålet med vurderinger av kvaliteten på de resonnementer personen framfører, kan tidvis ses i praksis.

Det som her er skissert, samsvarer i stor grad med ulike ikke-rettslige hjelpeverktøy, særlig basert på internasjonal psykologisk forskning. Forarbeidene viser til disse som framheves som relevante:

«De momentene som er omtalt i Helsedirektoratets rundskriv, bør inngå i vurderingen av om pasienten har samtykkekompetanse etter nye regler i psykisk helsevernloven §§ 3-2, 3-3 og 4-4.»¹⁰⁹³

Momentene gjengis slik i rundskriv fra Helsedirektoratet:

- «evnen til å forstå informasjon som er relevant for beslutningen om helsehjelp.
- evnen til å anerkjenne informasjonen i sin egen situasjon, spesielt knyttet til egen lidelse og mulige konsekvenser av de ulike behandlingsalternativene
- evnen til å resonnere med relevant informasjon i en avveining av de ulike behandlingsalternativene
- evnen til å uttrykke et valg»¹⁰⁹⁴

Dette omtales gjerne i kortform som «FARV-kriteriene»: forstå, anerkjenne, resonnere og velge. I november 2018 fikk vi den første dommen fra Høyesterett om beslutningskompetanse etter de nye reglene i psykisk helsevernloven: HR-2018-2204-A. Høyesterett viser til og bygger på forarbeidenes framheving av føringer på rundskrivsnivå. Dommen er konkret utformet og drøfter ikke mer prinsipielle tolkingsspørsmål. Heller ikke fra de øvrige lovområdene som omfattes av utredningen, har vi prinsipielle avgjørelser fra Høyesterett om denne tematikken.

21.3.3 Er en felles regulering mulig og ønskelig?

Kapittel 4 i pasient- og brukerrettighetsloven, herunder § 4-3 andre ledd, representerer en felles regulering av vilkårene for et gyldig samtykke. Formelt gjelder kapitlet bare «helsehjelp», og dermed faller omsorgstjenester som ikke er «helsehjelp» utenfor. Det er imidlertid vanskelig å se grunner for at kriteriene her skal være annerledes, eller for at man av andre grunner skulle ha behov for særregler. Vilårene for et gyldig samtykke nedfelt i dagens kapittel 4 er uttrykk for ulovfestede tankemønstre med forankring i rettspraksis.

Utvalget vurderer det ikke som ønskelig med en særlig regulering av spørsmålet om beslutningskompetanse («samtykkekompetanse») i utkastet til tvangsbegrensningslov. Hensynet til klarhet og enhet i den rettslige reguleringen på helse- og omsorgsfeltet tilsier at det bygges videre på dagens modell der lovforankringen ligger i pasient- og brukerrettighetsloven. Oppsummert er det altså både mulig og ønskelig med en felles regulering av spørsmålet om beslutningskompetanse.

21.3.4 Forslaget i NOU 2011: 9

Paulsrud-utvalget foreslo å klargjøre vurderingskriteriene for beslutningskompetanse. Nytt andre og tredje ledd i pasient- og brukerrettighetsloven § 4-3 skulle lyde:

«Pasientens beslutningskompetanse kan bortfalle i relasjon til den konkrete helsehjelpen dersom det er overveiende sannsynlighet for at vedkommende ikke er i stand til å enten

- (a) forstå nødvendig informasjon relevant for beslutningen,
- (b) fastholde informasjonen inntil beslutningen er tatt,

¹⁰⁹³Prop. 147 L (2015 –2016) punkt 6.2.4.2

¹⁰⁹⁴Helsedirektoratet, IS-1/2017, s. 17

- (c) anerkjenne aktualiteten av informasjonen for sin egen situasjon,
- (d) resonnere på bakgrunn av informasjonen med tanke på å treffe et valg, herunder bruke og veie informasjonen i sin egen situasjon, eller
- (e) uttrykke et valg.

Selv om pasientens kognitive eller psykiske fungering er sterkt redusert, utelukker dette ikke at beslutningskompetanse likevel kan foreligge. Det skal i vurderingen legges særlig vekt på om vedkommende har tidligere erfaring med den aktuelle typen helsehjelp.»

Forslaget ble ikke fulgt opp ved lovrevisjonen i 2017. Departementet viste til at konsekvensene for øvrig helselovgivning tilsa at forslaget burde utredes nærmere av et nytt lovutvalg, og at det er viktig at disse reglene blir vurdert i en større sammenheng. Det ble også vist til at utredning av dette ville inngå i mandatet til Tvangslovutvalget, jf. nærmere omtale i punkt 5.2.4.

21.3.5 Utvalgets vurderinger

21.3.5.1 *Variasjonsbredde i problemstillinger og tolkningsprinsipper*

Helsehjelpsbegrepet i pasient- og brukerrettighetsloven § 1-3 bokstav c er bredt definert som

«handler som har forebyggende, diagnostisk, behandlende, helsebevarende, rehabiliterende eller pleie- og omsorgsformål, og som er utført av helsepersonell».

Samtidig har kravet om hjemmel i samme lovs § 4-1 første ledd stor dybde ved at ytelse av alle former for helsehjelp må være basert på samtykke, eventuelt ha grunnlag i lov eller annet gyldig rettsgrunnlag. Når kravene til en avgjørelse – et samtykke eller en nekting – skal vurderes, gir dette en stor variasjonsbredde med hensyn til typer av tiltak og hvor inngripende disse kan være, herunder med tanke på konsekvenser av så vel å samtykke som å nekte. På den ene ytterkant har vi omfattende inngrep som amputasjoner eller igangsettelse av medikamentell behandling med svære bivirkninger, på den andre hjelp til påkledning, trøstende ord eller lignende i en omsorgssituasjon.

Utvalget vil understreke at spennet i problemsituasjoner nødvendigvis vil måtte ha betydning for den rettslige vurderingen av spørsmålet om beslutningskompetanse: om personen «er i stand til å forstå hva samtykket omfatter». Ved positivt samtykke handler dette om anvendelsen av det alminnelige synspunktet om at kravene til et gyldig samtykke skjerpes jo mer inngripende tiltaket er.¹⁰⁹⁵ Utvalgets poeng i denne sammenheng er at formuleringen av enkelte av de såkalte FARV-kriteriene ikke passer så godt for helsehjelp i de minst inngripende kategorier. For eksempel vil krav om anerkjennelse av informasjon og resonnering kunne gi feilaktige signal om hva som kreves.

I forlengelsen har vi betydningen av skillet mellom positivt samtykke og nekting. Tradisjonelt er det det å takke ja til et tilbud om hjelp som har vært fokusert i litteratur og forarbeider. I løpet av det siste tiåret er det imidlertid blitt fokusert sterkere på at nektingssituasjonen reiser særlige spørsmål. I rundskrivet heter det:

«Det er de samme krav til personlige forutsetninger ved å samtykke til helsehjelp som ved å nekte helsehjelp.»¹⁰⁹⁶

¹⁰⁹⁵Tankemønsteret kommer blant annet til uttrykk i Rt. 1998 s. 1538, men er ellers ikke omstridt.

¹⁰⁹⁶Helsedirektoratet, IS-1/2017, s. 15

Utvalget er enig i at vurderingen av beslutningskompetanse hovedsaklig vil være sammenfallende uansett om spørsmålet gjelder samtykke eller nekting. Ut fra norsk rettslig tradisjon kan dette utgangspunktet likevel ikke gjelde fullt ut. *For det første* er det klart at prinsippet om at kravene til et gyldig samtykke skjerpes jo mer alvorlig inngrepet er – forutsatt så vel i lovgivning som i rettspraksis – ikke kan praktiseres tilsvarende i nektingstilfellene. Det ville i så fall medføre at det skulle være vanskeligere å nekte til mer alvorlig et inngrep er – noe som ville være både ulogisk og uetisk. Det er utvalgets oppfatning at i nektingssituasjonen vil konsekvensene av ikke å motta helsehjelp komme inn som en faktor i tolkingen av hva som i det konkrete tilfellet ligger i om personen «er i stand til å forstå hva samtykket omfatter». Utvalget vurderer at HR-2018-2204-A nettopp signaliserer dette, jf. avsnitt 61:

«Poenget er altså at pasienten skal kunne treffe et *informert valg* med hensyn til fortsatt behandling. Da må pasienten være i stand til å forstå informasjonen som gis og hva som kan bli konsekvensene av å nekte behandling.» (Uthevet av Høyesterett.)

For det andre følger det av norsk rettstradisjon at en person kan styrke sin beslutningskompetanse gjennom konkrete erfaringer, noe som er av særlig betydning for personer med ulike former for kognitiv funksjonsnedsettelse. Et slikt synspunkt forutsetter at det ikke kan kreves at personen nødvendigvis har full oversikt over alle aktuelle alternativer på avgjørelsestidspunktet. I noen tilfeller vil en presisering i denne retning kunne styrke personens kompetanse til å si nei, i andre tilfeller til å si ja: alt avhengig av hva personen har erfaring med. Men særlig ved spørsmål om å igangsette nye tiltak som det krever evne til abstrakt tenkning for å forstå, vil vektleggingen av kompetansebygging gjennom erfaring kunne styrke kompetansen til å holde på status quo: altså nektingskompetansen.

Utvalget ser det etter dette som utvilsomt at det – også etter gjeldende rett – kan være forskjeller i vurderingen av beslutningskompetanse alt etter om spørsmålet gjelder å si ja eller nei, og er her på linje med Paulsrud-utvalget.

I fortsettelsen skal utvalget drøfte enkelte særlige problemstillinger som er mest aktuelle ved større helsehjelpsbeslutninger.

21.3.5.2 Særlig utfordring I: Svingninger i personens oppfatning av spørsmålet

FARV-kriteriene fokuserer blant annet på evnen til å «uttrykke» valg. I nær tilknytning oppstår også andre utfordringer som trenger avklaring. Det kan skilles mellom å «fatte» og å «fastholde» en beslutning. Alternativet vil være å se det slik at det ikke foreligger noen beslutning hvis vekslingen i standpunkt – ambivalensen – er for uttalt. Ved særlig raske skifter framstår det som en naturlig karakteristik.

Før det kan være spørsmål om å uttrykke et valg må beslutningen være tatt. At vedkommende er *i stand til* å bestemme seg må slik være en forutsetning for beslutningskompetanse. Dette henger nært sammen med resonnerings- og vektingsaspektet: personen må være i stand til å konkludere i sine resonnementer. Noe ganske annet er det å ikke ønske å ta et standpunkt ut fra sine egne overveielser.

Ambivalens kan for enkelte tilstander være del av de diagnostiske kriterier. Dette er særlig en problemstilling i akuttpsykiatrien, og kanskje spesielt stilt overfor demens, delir og ruspåvirkning, men det er også en situasjon som kan ses hos unge voksne i krisesituasjoner. Dette utgjør en utfordring ved spørsmål om iverksetting eller avslutning av mer langvarige hjelpetiltak. Der det er tale om kortvarige tiltak som avsluttes her og nå – som å stifte et kutt, eller få

hjelp til bleieskift – løser problemet seg selv: at personen angrer i ettertid er uten rettslig betydning.

Slik utvalget ser det må man være i stand til å gi uttrykk for et standpunkt noenlunde konsistent dersom man skal bli regnet som kompetent ved viktige beslutninger. Også her kan dette ses som en presisering av hva som ligger i resonnerings- og vektingsaspektet. Og som nevnt like over, er dette noe annet enn *ikke å ville ta* et standpunkt.

I det som her er sagt ligger at den som skal vurdere kompetansespørsmålet tidvis kan måtte bruke noe tid for å finne ut hva personen egentlig mener. Det gjelder begge veier: både ved igangsetting av et samtykkebasert tiltak og ved avslutning av et tvangsbasert tiltak på grunn av gjenvunnet beslutningskompetanse. Avbrudd i gjennomføringsfasen kan gjøre tiltaket lite virkningsfullt, øke risikoen for skade eller være direkte farlig. Her oppstår flere spørsmål.

Ett gjelder hvor man skal legge listen for hva som er en tilstrekkelig konsistent holdning. Dette må avgjøres ut fra alminnelige rettslige prinsipper på dette feltet. Der spørsmålet gjelder et positivt samtykke, vil kravene skjerpes jo mer alvorlig inngrepet er. I den motsatte situasjonen – ved spørsmål om å avslutte en behandling – kan ikke nevnte tolkningsprinsipp brukes på samme måte, jf. ovenfor. Det er mer naturlig å kreve et klarere grunnlag jo mer alvorlige konsekvensene er – eller at man i alle fall kan legge noe vekt på dette.

Et annet og praktisk viktig spørsmål gjelder over hvor lang tidsperiode man kan strekke vurderingen for å avklare hva personen mener. Slik utvalget ser det må dette avgjøres konkret for den enkelte person, blant annet i lys av mønsteret for hvordan personen uttrykker seg og klarheten i de utsagn som kommer, samt konsekvensene av at spørsmålet trekker ut i tid – hva enten igangsetting eller avslutning av hjelp er temaet.

I forarbeidene til lovendringene i psykisk helsevernloven i 2017 er også tidaspektet understreket.¹⁰⁹⁷ Det ble vist til uttalelser på rundskrivsnivå om at «avveiningene krever tid og rom for refleksjon og diskusjon, blant annet for å unngå vilkårlige variasjoner i skjønnsutøvelsen og for å begrense tvangsbruk».¹⁰⁹⁸

Utvalget vil samtidig understreke behovet for å føre en streng linje for å motvirke utgliding og svekkelse av beslutningskompetansemodellens rettssikkerhetsfunksjon som en portvokter inn til tvangsreglene. Som et utgangspunkt må noen få dager være en tilstrekkelig vurderingsperiode, også der personen ikke er innlagt i institusjon. Å forlenge perioden av bekvemmelighetshensyn for tjenestene er ikke akseptabelt.

21.3.5.3 *Særlig utfordring II: Manglende evne til å etterleve beslutningen*

21.3.5.3.1 *Begrepsmessig avklaring*

Overfor personer med rusproblemer er problemstillingen vanligvis manglende evne til å følge opp i praktisk handling det vedkommende på et tidligere tidspunkt har bestemt seg for, som å ta imot rusbehandling. Slik manglende gjennomføringskraft er ikke et spesifikt problem på dette feltet, men særlig abstinenssymptomer kan gjøre utfordringene særlig uttalte her.

I sin rene form kan likevel ikke sviktende motivasjon i gjennomføringsfasen være et spørsmål om beslutningskompetanse, jf. også omtale i punkt 14.4.2.6. Forutsetningen er da at personens evne til å resonnere rasjonelt ikke er vesentlig negativt påvirket i det mellomliggende tidsrom.

¹⁰⁹⁷Prop. 147 L (2015–2016) punkt 6.2.1.1 og 6.2.4.2

¹⁰⁹⁸Dette er gjentatt i Helsedirektoratet, IS-1/2017, punkt 4.1.

Han eller hun er således fortsatt i stand til å vurdere hva som er best for seg selv, men utfordringen ligger i å omsette ord til handling. Typisk erkjenner personen fortsatt at rusavvenning må til for at livet skal komme inn i et bedre spor, men dette kan først påbegynnes i morgen, i neste uke, i neste måned eller lignende på grunn av frykten for abstinenser osv. Situasjonen er her vesentlig forskjellig fra der en person med demens raskt glemmer informasjonen hun har fått og som danner grunnlag for et samtykke til helsehjelp som strekker seg over tid: her kan det lett oppstå spørsmål om beslutningskompetanse i gjennomføringsfasen.

Å definere mangel på gjennomføringskraft som et spørsmål om beslutningskompetanse, vil stride mot den måten parallelle begreper er brukt ellers i rettssystemet. Således vil vi ikke erklære noen for å være uten prosessuell handleevne fordi vedkommende ikke orker å møte til rettssaken, eller en person som ikke følger opp en kontrakt som uten kontraktsrettslig handleevne. Tilsvarende må gjelde på helse- og omsorgsfeltet og underbygger at gjennomføringsevne er et annet spørsmål – representerer en annen dimensjon – enn beslutningskompetanse. At grensen ikke alltid er knivskarp er en annen sak. Særlig vil motstrid mellom det som ytre sett framstår som en beslutning og personens handlemåte like i etterkant, reise spørsmål om personen har maktet å treffe et valg.

21.3.5.3.2 Beslutningskompetanse ved rusproblemer

Selv om problemstillingen ved rusproblemer i stor grad gjelder manglende gjennomføringskraft, trengs det nyanseringer. Ved akutt ruspåvirkning kan beslutningskompetansen være fraværende på grunn av den bevissthetsnedsettelsen rusen i seg selv kan føre til. Noen kan dessuten få psykosesyntomer som hallusinasjoner og vrangforestillinger under og like etter rusinntak. I slike situasjoner vil personen relativt raskt gjenvinne beslutningskompetansen når ruspåvirkningen er over, og formell vurdering av beslutningskompetanse blir sjelden nødvendig.

Men det vil også være situasjoner der personer med rusproblemer er uten beslutningskompetanse i lengre tid når det gjelder spørsmålet om helsehjelp. Dette kan være tilfelle ved kognitiv svekkelse, for eksempel på grunn av hjerneskade etter ukritisk rusbruk. Kombinasjonen av rusproblemer og enkelte former for psykiske helseproblemer kan også resultere i vurderinger av at personen mangler beslutningskompetanse over tid.

I tilspissede situasjoner kan vedvarende, hard rusing føre til at personen ikke kommer i en situasjon der han eller hun er i stand til å ta stilling til spørsmålet. Slike situasjoner vil ofte være preget av at personen enten er ruspåvirket eller i sterk abstinens det meste av tiden. Da kan det tidvis være vanskelig å bringe på det rene hva personen egentlig vil, både for personen selv og andre. Her står vi overfor en variant av problemstillinger beskrevet ovenfor uten tilknytning til rus.

I noen tilfeller er problemet at personen ikke makter å gjøre rimelige vurderinger av hva som er sannsynlige resultater av de ulike alternativene som foreligger. Vedkommende kan for eksempel være urealistisk når det gjelder vurderingen av evnen til å kontrollere bruken av rusmidler eller å ta seg inn etter en tung rusperiode. Noen insisterer på at de har full kontroll selv om det er solid dokumentasjon for at de etter kort tid mister evnen til å slutte med rusmidler. Noen benekter åpenbare problemer, for eksempel alvorlige ruspåførte somatiske sykdommer, og forholder seg ikke til nøktern medisinsk informasjon om konsekvensene av å fortsette å bruke rusmidler. I slike tilfeller virker det rimelig å stille spørsmål ved beslutningskompetansen til å nekte å innlegges – som vil være en problemstilling etter utvalgets lovutkast (men ikke etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 10 i dag). Samtidig vil utvalget – i tråd med det som er gjort gjeldende ovenfor – påpeke nyansene i kompetansevurderingen. Å takke ja til et fullt frivillig opphold i en institusjon under spesialisthelsetjenesten der vedkommende selv

er klar over at oppholdet er frivillig basert, er ikke særlig inngripende. Samtykke til tilbakehold er mer inngripende og kravene skjerpes da. Etter utvalgets forslag om mangel på beslutningskompetanse som vilkår for tvang, vil også konsekvensene av å takke nei påvirke hvilke krav som stilles.

Utvalget har funnet det tjenlig å utdype problematikken gjennom bruk av to eksempler.

I eksempel 1 vurderer utvalget at Anne må regnes for å ha beslutningskompetansen intakt. Problemet hennes synes å være sviktende gjennomføringsevne. Etter lovutkastet vil hun ikke kunne tvangsinnlegges, men et alternativ for henne kan være tvang basert på samtykke, jf. utkastet § 5-3.

Boks 21.2 Eksempel 1

Anne (54) er innlagt for behandling av langvarig alkoholavhengighet. Det er konstatert sviktende leverfunksjon. Hun er sterkt motivert for å slutte å drikke og har vært svært pågående for å få et opphold for avrusning og rehabilitering. Så snart abstinens-symptomene melder seg under innleggelsen, prøver hun å få venner som kommer på besøk, til å ta med seg alkohol til henne. Det blir påvist stigende promille selv om hun ikke forlater avdelingen, og det kommer etter hvert fram at hun har drukket sprit som brukes til hånddesinfeksjon på sykehuset. Hver gang hun blir konfrontert med promillen og hvordan hun motarbeider behandlingen, blir hun dypt fortvilet og lover å skjerpe seg. Så går alt bra fram til hun på ny kjenner abstinenssymptomer og gjør alt som står i hennes makt for å skaffe seg alkohol. I mangel på alkohol får hun medpasienter til å gi henne beroligende medikamenter uten at avdelingen vet om det. Hun er livredd for å bli skrevet ut og har bare ett ønske: å bli tørrlagt. Dersom hun ikke klarer det under dette oppholdet, vet hun at kommunen planlegger tvangsinnleggelse. Men foreløpig har kommunen ventet med tvangen fordi hun faktisk ønsker hjelp og samtykker til frivillig behandling.

[Boks slutt]

I eksempel 2 framviser Kristian motstridende holdninger til oppholdet i løpet av et forholdsvis kort tidsrom. På den ene side ønsker han rusbehandling, på den andre side opptre han på en måte som er uforenlig med et slik ønske. Spørsmålet om beslutningskompetanse blir ikke satt på spissen ved aksept av et frivillig opphold – her må terskelen legges lavt. Eksempelen kan imidlertid tolkes som at situasjonen for Kristian er kaotisk og at han ikke har maktet å bestemme seg helt. Det kan slik se ut til å foreligge enkelte gode argumenter for at Kristian ikke er beslutningskompetent på dette stadium av oppholdet, med tanke på et eventuelt samtykke til tvungen tilbakehold, som vil være mer inngripende. En endelig konklusjon er likevel ikke forsvarlig å trekke på bakgrunn av et relativt sparsomt faktum. Den ansvarlige klinikerens må her gjøre selvstendige vurderinger etter inngående samtaler med den det gjelder. Avgjørende vil her som ellers være hvordan personen vurderer informasjon, reflekterer over konsekvenser og avveier alternativer.

Boks 21.3 Eksempel 2

Kristian (28) har ADHD og har ruset seg regelmessig på amfetamin, opioider og benzodiazepiner siden slutten av tenårene. Han har blitt henvist for avrusning, diagnostisk gjennomgang og vurdering av behandling for ADHD. Han er innstilt på avhold slik at han endelig kan få en grundig vurdering. Han har også utviklet flere alvorlige somatiske sykdommer som han ikke følger opp behandlingen for, og som han håper å få hjelp med under innleggelsen. I innkomstsamtalen krever han store doser benzodiazepiner, helst intravenøst, for å bli værende i avdelingen. Han slår seg til tåls med at dette vil bli drøftet nærmere om et par dager. Før man

kommer så langt, ruser han seg på tabletter han har tatt med seg, prøver å presse medpasienter til å gi ham medisiner de selv får skrevet ut og blir aggressiv og truende når legen ikke vil etterkomme kravene om store doser vanedannende medikamenter. Samtidig står han fast på at hensikten med oppholdet er å bli rusfri og at han vil samarbeide både med avdelingen og kommunehelsetjenesten for å nå dette målet.

[Boks slutt]

21.3.5.3.3 *Beslutningskompetanse der personen på grunn av genetiske forhold ikke makter å kontrollere egen atferd*

Ved enkelte såkalte atferdsfenotyper kan genetiske forhold gjøre det umulig for personen å kontrollere egen atferd. I slike tilfeller kan vedkommende ikke bare «ta seg sammen» eller få behandling for sitt problem. Er tiltak nødvendig for å verne mot alvorlig helseskade, i verste fall tap av liv, trengs det ofte helt spesielle løsninger. Tilstandene – som er svært sjeldne – kan være knyttet til kognitiv svikt og manglende beslutningskompetanse, men det er langt fra alltid tilfelle. To tilstander framstår som særlig aktuelle for utvalget.

Personer som har Prader Willi syndrom kjenner liten eller ingen metthetsfølelse, og det vil ofte være behov for porsjonering av og begrenset tilgang til mat. Avgjørende viktig for livskvalitet og daglig fungering er at personen er trygg på å få mat og at det er forutsigbarhet rundt dette. De fleste vil kunne samtykke til at mat oppbevares innelåst og porsjoneres ut etter en streng mal. Men for noen vil en slik ordning være for skjør, ved at genet utkonkurrerer personens vilje og ønske om en regulert hverdag. Personer med denne diagnosen vil uten tiltak ha stor risiko for tidlig død. Enkelte personer med Lesch-Nyhans syndrom har også innsikt i sin diagnose, men trenger mekaniske innretninger som hindrer bevegelsesfriheten, for ikke å påføre seg selv skade. For eksempel armskinner for å forhindre at personen påfører seg slag som kan gi uopprettelige sanseskader.

Selv om de nevnte tilstandene ofte er forbundet med utviklingshemning, kan funksjonsnedsettelsen være av lettere grad og personen vil kunne være beslutningskompetent.

Det ligger til utvalget å vurdere hvordan enkeltgruppers særlige behov kan ivaretas. Utvalget har vurdert om de problemstillinger enkelte atferdsfenotyper reiser kan løses innenfor rammene av beslutningskompetansebegrepet: og da slik at manglende evne til å kontrollere egen atferd på genetisk grunnlag kan tilsi at personen mangler kompetanse. Frambu kompetansesenter for sjeldne diagnoser synes å forutsette en slik løsning i sitt høringssvar til utvalget. Utvalget vurderer imidlertid at å uthule begrepet på denne måten vil være uheldig ved at det oppstår en mer generell utglidningsfare.

Samtidig vurderer utvalget at det både faglig og etisk vil være uholdbart i alle tilfeller å måtte være avhengig av et samtykke til nødvendige tiltak for å unngå at personer skader seg selv i situasjoner som nevnt, i verste fall med døden til følge. Å hevde at nødretten skal kunne brukes som et permanent grunnlag i slike tilfeller er juridisk uforsvarlig både etter tradisjonell norsk rett og menneskerettighetene. Utvalget lyktes ikke i å komme i kontakt med CRPD-komiteen om disse spesielt utfordrende spørsmålene.

Særbestemmelser for enkelte, små diagnosegrupper er lite ønskelig, selv om det nok kan være forsvarlig menneskerettslig i spesielle tilfeller. Utvalget har imidlertid vurdert at en slik løsning kan unngås gjennom å åpne for at personer med atferdsfenotyper som gjør det umulig å kontrollere atferden, kan få forhåndssamtykke til tvang, se nærmere omtale i punkt 25.5.8.

21.3.5.4 *Hvor ofte må beslutningskompetansen (re)vurderes?*

Svar på spørsmålet om når kompetansevurderingen må revurderes, følger langt på vei av drøftelsene over. Problemstillingen er særlig aktuell ved tiltak som strekker seg over tid. Behovet

for revurdering må altså vurderes individuelt. Det er ikke akseptabelt å utskyte ny vurdering til et tidspunkt hvor man ellers skal gjennomføre obligatoriske kontroller eller lignende dersom det er saklig grunn til å fremskynde vurderingen. Bekvemmelighetshensyn for tjenestene er altså ikke en legitim begrunnelse. Selv om situasjonen vurderes stabil med tanke på beslutningskompetanse, vil det likevel gjelde krav om jevnlig nyvurderinger ut fra menneskerettslige krav, se under punkt 7.3.4.

21.3.5.5 Behovet for lovendringer

21.3.5.5.1 Begrepsbruken

Utvalget vurderer at vilkårene for et gyldig samtykke til helsehjelp fortsatt bør ligge i pasient- og brukerrettighetsloven. Dette gjelder også kompetansevurderinger. Paulsrud-utvalget foreslo å endre lovens betegnelse fra «samtykkekompetanse» til «beslutningskompetanse». Utvalget slutter seg til dette forslaget. Enkelte prinsipielle argumenter for dette er anført i punkt 14.4.2.4.

Men dette er også et spørsmål om språklig presisjon: det er unaturlig å bruke forstavelsen «samtykke» når spørsmålet gjelder nekting. Langt viktigere er likevel at tolkningsprinsippene vil være forskjellige alt ettersom spørsmålet gjelder positivt samtykke eller nekting, jf. ovenfor. En endring i begrepsbruk vil understreke dette, men ikke innebære en endring av gjeldende rett. Spørsmålet ble ikke satt på spissen – eller omtalt – i HR-2018-2204-A, selv om språkbruken i dommen bærer preg av en tilpasning av vurderingstemaet gjennom fokuset på konsekvenser av å nekte helsehjelpen, se sitat ovenfor.

I nær sammenheng med det som her er sagt, bør også selve vilkårsformuleringen i pasient- og brukerrettighetsloven § 4-3 andre ledd justeres for å fange opp den bredere problemstillingen. Utvalget vurderer at det ut over dette neppe er særlig behov for å endre terminologien i pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4. For eksempel vil spørsmål om form og måte avgjørelsen framkommer på sjelden være et spørsmål ved nekting. Her er det kompetansespørsmålet som er det sentrale.

21.3.5.5.2 Er det behov for et patologisk kriterium?

Slik bestemmelsen i pasient- og brukerrettighetsloven § 4-3 andre ledd i dag lyder, er det et vilkår for tap av beslutningskompetanse («samtykkekompetanse») at mangelen på forståelse av valgsituasjonen skyldes «fysiske eller psykiske forstyrrelser, senil demens eller psykisk utviklingshemming». Det refereres altså dels til bestemte diagnoser, dels til bredere kategorier av tilstander.

Begrepsbruken «fysiske eller psykiske forstyrrelser» rekker langt. I forarbeidene er det uttalt at

«[e]n mindre psykisk reduksjon i forstandsevnen, herunder lettere alderdomssvekkelse, er ikke tilstrekkelig». ¹⁰⁹⁹

Det framstår ut fra sammenhengen som noe uklart om dette er ment som en formell avgrensning – innskrenkende tolkning – av det patologiske kriterium. Alternativet er å se det som en understrekning av at terskelen for at man konkret skal regnes for ikke å ha tilstrekkelig forståelse, er høy.

¹⁰⁹⁹Ot.prp. nr. 12 (1998–99) s. 133

Utvalget oppfatter tap av beslutningskompetanse som noe situasjonsbetinget som fra tid til annen kan ramme alle uten at det trenger å knyttes til en bakenforliggende sykdom eller diagnostisk tilstand for øvrig. Problemstillingen kan for eksempel være aktuell ved sterk sinnsbevegelse. Det er vel tvilsomt om «psykiske forstyrrelser» i dag omfatter slike tilfeller, selv om begrepet er vagt.

Det kan anføres at en patologisk komponent kan gi et visst vern mot utglidning av praksis, for eksempel stilt overfor personer med minoritetsbakgrunn. Her kan særlig språklige og kulturelle barrierer være en utfordring i kompetansevurderingen. Tematikken er aktualisert med fornyet styrke etter innføring av kompetansemodellen på psykisk helsevernfeltet.

Allerede i dag er imidlertid plikten til å tilrettelegge informasjonen tungt nedfelt i lovgivningen. Dette bør gi godt nok vern mot utglidning også i framtiden. Utvalget vurderer at utfordringene her mer ligger i praksis enn på lovgivningssiden. Det er særlig grunn til å understreke at terskelen for bruk av tolketjenester bør legges lavt i saker om tvang. Der det ikke foreligger en patologisk komponent, som ved sterk sinnsbevegelse, vil for øvrig personen normalt i løpet av kort tid – oftest få minutter – ha gjenvunnet sin kompetanse. Prinsipielle vurderinger om at man i størst mulig grad bør unngå diagnosebaserte eller diagnosenære kriterier er etter dette avgjørende for utvalget. Også Paulsrud-utvalget foreslo en diagnosenøytral bestemmelse i sitt forslag til ny § 4-3 andre ledd i pasient- og brukerrettighetsloven.

21.3.5.5.3 Bør de sentrale vurderingskriterier og forholdet mellom dem lovfestes?

Paulsrud-utvalget foreslo som nevnt, en lovfesting av de sentrale kriterier for vurdering av beslutningskompetansen. Hovedtrekket var at de såkalte FARV-kriteriene skulle gjøres til alternative vilkår. En slik lovfesting ville gi større klarhet om rammene for vurderingen. Svakheten ved en løsere regulering som i dag, er at det gir en særlig risiko for ulikheter i praksis ved at momentene vektlegges ulikt i det som koker ned til en skjønsmessig helhetsvurdering. Paulsrud-utvalgets forslag var også i samsvar med løsningen i for eksempel den engelske Mental Capacity Act, og senere også den irske beslutningsstøtteloven, se kapittel 8.

Tvangsutvalget har en større variasjon i problemsituasjoner. Det å oppstille en liste med alternative vilkår for tap av kompetansen, kan gjøre det vanskelig å fange opp det store spennet i typer av beslutninger, som pekt på i punkt 21.3.5.1 ovenfor. Paulsrud-utvalget prøvde riktignok å ta høyde for dette gjennom å foreslå et nytt tredje ledd som uttrykkelig fastslo at også personer med sterkt redusert kognitiv eller psykisk fungering kan ha kompetansen intakt, særlig basert på tidligere erfaringer med den aktuelle typen helsehjelp.

Dette utvalget har også måttet ta hensyn til dynamikken i rettsutviklingen som har oppstått etter lovrevisjonen i 2017. Selv om samtykkekompetanse lenge har vært et sentralt i begrep i helselovgivningen har det fått lite oppmerksomhet, også i rettspraksis. Dette er drastisk endret etter lovendringen. Det bygges nå relativt hurtig opp praksis fra tingrettene og lagmannsrettene, og Høyesterett avsa sin første dom som direkte omtaler tematikken i 20. november 2018 (HR-2018-2204-A). I sterkere grad enn da Paulsrud-utvalget avga sin innstilling, kan det i dag hevdes å være naturlig å se an den videre rettslige utviklingen. Ut fra dette foreslår utvalget ikke å lovfeste de sentrale kriterier.

21.3.5.5.4 Er beviskravet for strengt?

Pasient- og brukerrettighetsloven § 4-3 andre ledd er særpreget ved sitt strengt formulerte beviskrav for fratakelse av beslutningskompetanse: Det må være «åpenbart» at personen ikke har den nødvendige forståelse for hva avgjørelsen gjelder.

Etter sin ordlyd ligger det i dette at svaret må være utvilsomt. I Rt. 2010 s. 612 (Sårstelldommen) er uttrykksmåten at kompetansen kan gå tapt i «mer ekstreme tilfeller» (avsnitt 30). I

lovproposisjonen er formuleringen mer avdempet: «tvil» slår her ut i favør av selvbestemmel-
sesrett.¹¹⁰⁰ Etter Rundskriv IS-10/2017 må det være «hevet over enhver tvil» at personen
mangler nødvendig forståelse.¹¹⁰¹ I HR-2018-2204-A kastes ikke nærmere lys over spørsmå-
let.

Det eksplisitt strenge norske beviskravet er – etter det utvalget erfarer – høyst uvanlig i en in-
ternasjonal sammenheng. Sannsynligvis har det sammenheng med at man ved vedtakelsen av
pasientrettighetsloven i 1999 først og fremst hadde i tankene å sikre pasientenes rett til å si ja,
ikke retten til å nekte. At noen skulle si nei til forsvarlig og nødvendig helsehjelp var mindre
fokuseret i forarbeidene. Det er mindre betenkelig å basere forsvarlig og nødvendig helsehjelp
på et samtykke av tvilsom kvalitet enn å unnlate å hjelpe personer som nekter der vedkom-
mende sannsynligvis ikke forstår hva spørsmålet gjelder, men der dette allikevel ikke er
«åpenbart».

Ut fra slike vurderinger ville Paulsrud-utvalget endre beviskravet til «overveiende sannsynlig-
het» i sitt forslag til ny § 4-3 andre ledd i pasient- og brukerrettighetsloven. Tvangslovutval-
get skal bemerke at dette i utgangspunktet framstår som rimelig. En utfordring er likevel at vi
her står overfor regler som primært skal anvendes av helsepersonell. Finere språklige nyanser
om beviskrav vil her lett kunne dunste bort. Det økte fokuset på kompetansevurderinger etter
lovendringene i psykisk helsevernloven har videre synliggjort risikoen for at skriftlige vurde-
ringer av kompetansespørsmålet rettet til kontrollorganene – det være seg kontrollkommisjo-
nen eller fylkesmannen – skal bli for «bløte»: med andre ord at de blir tatt for lett på. I dette
møtet med den virkelige verden har vel nettopp det strenge beviskravet i favør av å ha kompe-
tansen intakt, vist seg som en kraftfull motvekt mot utglidning. Det har dermed fungert som et
verktøy for å sikre en avstiving av den rettslige skjønnsutøvelsen, dels hos helsepersonell,
men også hos kontrollinstansene. Etter dette har utvalget konkludert med at den beviskrav-
formulering som i dag er gjeldende opprettholdes.

Ved vedtak om tvungen observasjon etter psykisk helsevernloven § 3-2 for å få avklart om lo-
vens vilkår – herunder spørsmålet om beslutningskompetanse – er oppfylt, har Helsedirekto-
ratet i et brev lagt til grunn at «åpenbart»-kriteriet fortsatt gjelder.¹¹⁰² Dermed blir det en for-
skjell fra vurderingen av «alvorlig sinnslidelse», noe som er kritisert fordi tolkningen av sym-
ptombildet henger så nær sammen for begge spørsmål. I utvalgets lovforslag gis det hjemmel
for midlertidige vedtak for å avklare om lovens vilkår er oppfylt. Så vel observasjonsbegrepet
som «alvorlig sinnslidelse» forsvinner (for sistnevnte likevel ikke ved fare for andre). Bevis-
kravet er imidlertid der gjort likt for alle vilkår, også beslutningskompetanse, jf. utkastet § 9-
14, og knyttet til alminnelig sannsynlighetsovervekt. Dagens løsning uttrykt av Helsedirekto-
ratet er ikke uttrykk for noe klart verdivalg fra lovgivers side, men står mer som en ad hoc-
løsning for å skape sammenheng i regelsystemet.

¹¹⁰⁰Ot.prp. nr. 12 (1998–99) s. 133

¹¹⁰¹Helsedirektoratet, IS-10/2017, s. 16

¹¹⁰²Helsedirektoratet, 2017

21.3.6 Konsekvenser av utvalgets forslag for andre lover

Utvalget har vurdert konsekvensene av endring av begrepet «samtykkekompetanse» i pasient- og brukerrettighetsloven § 4-3 for andre bestemmelser i pasient- og brukerrettighetsloven. Tekniske endringer som følge av denne begrepsendringen er tatt inn i lovutkastet § 17-2 som regulerer endringer i andre lover.

I lovutkastet § 17-2 er det i tillegg til pasient- og brukerrettighetsloven listet opp sju lover der begrepet «samtykkekompetanse» er benyttet i dag. I tillegg er det angitt hvilke bestemmelser i disse lovene som benytter dette begrepet. Utvalget har ikke hatt kapasitet til å vurdere nærmere om og i hvilken grad det bør gjøres endringer i disse bestemmelsene som følge av endringene i pasient- og brukerrettighetsloven. Utvalget forutsetter at dette blir vurdert nærmere av departementet. Det tas forbehold om at oppstillingen er uttømmende. Følgende bestemmelser er nevnt i oppstilling under § 17-2:

- lov 21. februar 2003 nr. 12 om behandlingsbiobanker (behandlingsbiobankloven) § 11. Denne paragrafen har følgende tittel: Samtykkebestemmelse for diagnostiske biobanker og behandlingsbiobanker. Begrepet samtykkekompetanse og henvisning til pasient og brukerrettighetsloven § 4-3 mfl. §§ er tatt inn i andre ledd.
- lov 27. juni 2003 nr. 64 om alternativ behandling av sykdom mv. (alternativ behandlingsloven) § 7. Denne paragrafen regulerer behandling av alvorlige sykdommer og lidelser. Begrepet samtykkekompetanse og henvisning til pasient- og brukerrettighetsloven § 4-3 første og andre ledd er tatt inn i tredje ledd.
- lov 5. desember 2003 nr. 100 om humanmedisinsk bruk av bioteknologi m.m. (bioteknologiloven) § 2-16. Denne paragrafen regulerer lagring av befruktede egg. Begrepet samtykkekompetanse er brukt i tredje ledd (uten henvisning til pasient- og brukerrettighetsloven § 4-3).
- lov 20. juni 2008 nr. 44 om medisinsk og helsefaglig forskning (helseforskningsloven) §§ 17-19. Disse paragrafene regulerer hvem som har samtykkekompetanse (§ 17), vilkår for forskning som inkluderer personer uten samtykkekompetanse (§ 18) og samtykke til forskning i kliniske nødssituasjoner (§ 19). Begrepet samtykkekompetanse er brukt i alle disse paragrafene. Paragrafene 17 og 18 viser til pasient- og brukerrettighetsloven § 4-3.
- lov 20. juni 2014 nr. 42 om behandling av helseopplysninger ved ytelse av helsehjelp (pasientjournalloven) § 17. Denne paragrafen regulerer rett til å motsette seg behandling av helseopplysninger. Begrepet samtykkekompetanse er i tillegg til overskriften brukt i andre ledd, som viser til pasient- og brukerrettighetsloven §§ 4-3 til 4-7.
- lov 20. juni 2014 nr. 43 om helseregistre og behandling av helseopplysninger (helseregisterloven) § 15. Denne paragrafen regulerer hvem som har samtykkekompetanse og viser til pasient- og brukerrettighetsloven § 4-3 andre ledd.
- Lov 7. mai 2015 nr. 25 om donasjon og transplantasjon av organ, celler og vev (transplantasjonslova) § 7. Denne paragrafen har følgende tittel: Kven som har rett til å samtykke (samtykkekompetanse) til donasjon frå ein levande donor. Begrepet samtykkekompetanse er i tillegg til overskriften brukt i første ledd, som viser til pasient- og brukerrettighetsloven § 4-3 andre til fjerde ledd.

21.4 Antatt samtykke

21.4.1 Innledning

I punkt 14.4.3 har utvalget gjort rede for hvorfor antatt samtykke bør være et gjennomgående vilkår for tvang – der inngrepet er begrunnet i hensynet til vedkommende selv – når personen mangler beslutningskompetanse. Enkelt sagt er poenget dette: Et krav om at personen må antas å ville ha samtykket til hjelpen etablerer en årsakssammenheng mellom fraværet av kompetanse og den aktuelle faren nektelsen av å motta helsehjelp utløser. Den etiske begrunnelsen er slik sterk. Et krav om antatt samtykke har som effekt en viktig styrking av selvbestemmelsesretten til personer som er vurdert ikke å være beslutningskompetente – godt i tråd med menneskerettslige utviklingstrekk, jf. særlig punkt 13.5 under utvalgets verdisyn.

I det videre er det nærmere problemstillinger knyttet til vurderingen av antatt samtykke som er i fokus. Ut fra valget av antatt samtykke som et nøkkelbegrep, er det naturlig å la dette være rammen også for diskusjonen om spørsmålet om «forhåndserklæringer».

En oversikt over antatt samtykke i norsk lovgivning i dag, er gitt i punkt 14.4.3.1. Hovedtrekkene gjentas kort her for sammenhengens skyld. Det klareste uttrykk for et antatt samtykkekrav finner vi i dag i pasient- og brukerrettighetsloven § 4-6 andre ledd. I første setning heter det at helsehjelp kan gis dersom det anses å være i pasientens interesse «og det er sannsynlig at pasienten ville ha gitt tillatelse til slik hjelp». Verken lovteksten eller forarbeidene gir særlig veiledning om vurderingen. Hvorvidt dette kravet også må gjelde etter kapittel 4 A er ikke helt avklart, men foreløpig har det vært vanlig å se det slik at vurderingskriteriet der bare kommer inn som et moment i en helhetsvurdering, jf. § 4A-5 siste ledd. For øvrig har ikke tankemønsteret vunnet gjennomslag i helse- og omsorgslovgivningen per i dag.

Internasjonalt er problemstillingen sentral. Løsningene i utenlandsk rett varierer, se blant annet utredningen kapittel 8.¹¹⁰³ Ofte er inngangen til problemstillingen spørsmålet om aksept av forhåndserklæringer. Hvor bindende disse er og om reglene er like for somatikk og psykisk helsevern kan variere.

Ordningen med fremtidsfullmektig kan også ses i et antatt samtykke-perspektiv. Utvalget anbefaler ikke å gi denne modellen en mer framskutt posisjon på helse- og omsorgsfeltet, se punkt 20.7.5.

21.4.2 Hvordan vurdere hva personen må antas å mene?

21.4.2.1 Innledning

Vurderingen av hva en person *ville ha besluttet dersom* vedkommende var beslutningskompetent, er beheftet med usikkerhet i mange ledd. Ikke bare skal man forsøke å forutsi personens standpunkt, men dette skal skje basert på andre faktiske (mentale) forutsetninger hos vedkommende enn de reelle og dagsaktuelle. Utfordringen er å lage en så sikker prognose som mulig.

21.4.2.2 Subjektive og objektive momenter

Det sikreste grunnlag man kan bygge en antakelse på, vil normalt være positive holdepunkter om hvordan nettopp den aktuelle personen har stilt seg til den aktuelle typen hjelp i en tilsvarende situasjon tidligere. Slike holdninger kan ha kommet til uttrykk på ulikt vis. Dels gjen-

¹¹⁰³For en omtale blant annet av tysk rett, se Østenstad, 2011a, s. 340–341.

nom eksplisitte utsagn – muntlig eller skriftlig –, dels gjennom faktiske handlinger: for eksempel slik at personen har gitt uttrykk for lindring/å ha det bedre ved bruk av et bestemt medikament.

Med hvilken grad av klarhet tidligere uttrykte oppfatninger har framkommet er av betydning, men også momenter som nærhet i tid og konsistens. Holdninger uttrykt gjennom faktisk levestett kan derfor gi et sikrere grunnlag for slutninger om ønskemål i dag enn skriftlige forhåndserklæringer fra langt tilbake i tid. I dette ligger at personen ikke nødvendigvis må ha vært beslutningskompetent tidligere, selv om dette vil ha betydning i avveiningen. Her vil utvalget for øvrig minne om fleksibiliteten i kompetansevurderingen der faktisk erfaring med ulike hjelpetiltak kan styrke kompetansen, se punkt 21.3.5.1 ovenfor. Det vil uansett ofte være nødvendig å trekk inn pårørende eller andre som kjenner personen godt for å kaste lys over saken, i den grad det er faktisk mulig.

I en vurdering av hva som vil være personens antatte ønske, må det tas utgangspunkt i meninger/standpunkt som er tatt etter oppnådd alder for selvbestemmelsesrett. Imidlertid kan det være grunn til en viss tilbakeholdenhet med å vektlegge tidligere synspunkter når det gjelder aldersgruppen 16 til 18 år i lys av de begrensninger som foreligger etter gjeldende rett med hensyn til å ta avgjørelser som kan ha store konsekvenser.

Et svakere beslutningsgrunnlag har man blant annet der det aktuelle behovet for helse- eller omsorgstjenester nylig er oppstått og man slik ikke har tidligere erfaringer av direkte relevans å trekke på. Her kan det være at man kan gjøre slutninger ut fra tidligere uttrykte holdninger i andre spørsmål, men slike vil nødvendigvis være beheftet med større grad av usikkerhet. Herunder kan det være at tidligere uttrykte holdninger ikke gir et konsistent bilde. Særlig for enkelte personer med omfattende utviklingshemning kan tilfanget av subjektive holdninger uttrykt i fortiden også være spinkelt.

Dette reiser spørsmål om også det å trekke inn objektive momenter er relevant: helt konkret i hvilken grad folk flest vil akseptere det aktuelle hjelpetiltaket med sine potensielle fordeler og ulemper. At dette kan gjøres etter pasient- og brukerrettighetsloven § 4-6 andre ledd er ikke tvilsomt. Ved mangel på subjektive momenter kan det stilles spørsmål ved om antatt samtykke-vurderingen tilfører noe særlig sammenlignet med det som alt ligger i forholdsmessighetsvilkåret – og dermed om en antatt samtykke-test får en selvstendig betydning. Utvalget vil mene at så er tilfelle ved at fokus nettopp rettes mot hvordan andre i en sammenlignbar situasjon ville stilt seg.

Særlig CRPD-komiteen synes å ha lagt til grunn at det alltid er mulig å finne personens egen, genuine vilje bare man prøver hardt nok. Utvalget har et mer nøkternt syn på saken og ser faren for at de reelle problemene med å identifisere personens oppfatning kan bli kamuflert gjennom en omskrivning. For å skape større klarhet om rammene for antatt samtykke-vurderingen er det i lovutkastet foreslått en egen bestemmelse om dette, se utkastet § 1-5.

21.4.3 Særlig om forhåndserklæringer

21.4.3.1 *Problemstillingen*

Begrepet «forhåndserklæring» har ikke et helt entydig meningsinnhold. I sin kjerne er det likevel en betegnelse for særlig klare og uttrykkelige utsagn – som regel i skriftlig form – om hvordan en person ønsker å bli ivaretatt av helse- og omsorgstjenesten ved alvorlig sykdom, der vedkommende står i fare for ikke å få bestemme selv i situasjonen. At slike erklæringer i alle fall vil være et moment i en antatt-samtykke-vurdering, er uten videre klart. Problemstillingen er imidlertid om slike erklæringer bør være bindende for helse- og omsorgstjenesten – og dermed alene skal være avgjørende for utfallet av antatt-samtykke-vurderingen (i utvalget

sitt opplegg). Spørsmålet har vært reist særlig i relasjon til behandling, og er aktuelt både i og utenfor psykisk helsevern.

21.4.3.2 *Gjeldende rett*

Spørsmålet om forhåndserklæringers bindende kraft ble vurdert i forarbeidene til helselovene av 1999. Norsk rett anerkjenner i dag ikke denne typen formelle dokumenter («livstestament», «psykiatrisk testament» eller lignende) som rettslig bindende. Bakgrunnen har vært bekymring rundt gyldigheten når situasjonen blir aktuell. Pasienten kan ha endret oppfatning uten å korrigere erklæringen, eller forholdene kan ha utviklet seg i en annen retning enn det vedkommende opprinnelig tenkte, for eksempel slik at bedre behandlingsmetoder er tilgjengelige. En aktuell problemstilling beskrevet i litteraturen – og som er stadig aktuell i enkelte land – er hvordan man skal håndtere situasjonen der en person har frasagt seg all livsforlengende behandling gitt utvikling av demenssykdom. Når spørsmålet så blir aktuelt er vedkommende livsglad og gir ikke uttrykk for motstand mot helsehjelpen, men er ikke lenger beslutningskompetent.

Den norske holdningen er her at man ikke regner forhåndserklæringer som rettslig bindende. I proposisjonen til psykisk helsevernloven heter det:

«Til debatten om ‘psykiatriske testamenter’ skal bemerkes at situasjonen kan ha forandret seg dramatisk for den syke i det øyeblikk den alvorlige sinnslidelse bryter fram. Kravet til forsvarlighet i helsetjenesten tilsier at det er på dette sistnevnte tidspunktet og i den etterfølgende tid vurderingen av bruken av tvangsmessige tiltak bør skje – og at ikke den sykes forhåndsvurderinger skal være avgjørende. Selv om den syke på forhånd har gjort seg opp en mening, vil samfunnet vanskelig kunne akseptere at vedkommende i verste fall går til grunne uten behandling.»¹¹⁰⁴

Særlig på ett punkt kan det likevel sies å hefte usikkerhet. Det gjelder døendes rett til å motsette seg livsforlengende behandling etter pasient- og brukerettighetsloven § 4-9 andre ledd. Etter tredje ledd må vedkommende være beslutningskompetent, men i andre ledd heter det:

«Er en døende pasient ute av stand til å formidle et behandlingsønske, skal helsepersonellet unnlate å gi helsehjelp dersom pasientens nærmeste pårørende tilkjennegir tilsvarende ønske, og helsepersonellet etter en selvstendig vurdering finner at dette også er pasientens ønske og at ønsket åpenbart bør respekteres.»

Her er lovteksten særlig uklart formulert og stiller nærmest opp et umulig vurderingstema: Hvordan kan man vite hva pasienten sitt ønske faktisk «er» når han samtidig er «ute av stand til å formidle» det? Heller ikke forarbeidene er klare, men det uttales blant annet:

«Det kan også hevdes at enhver behandlingsnektelse nødvendigvis må ha en fortidig karakter i den forstand at ønsket må ha kommet til uttrykk før helsepersonellet tar beslutningen om hvorvidt behandlingen skal iverksettes. Det er likevel en vesentlig forskjell mellom et ønske som er kommet til uttrykk i den aktuelle situasjonen og en viljesytring som er avgitt på et tidligere tidspunkt.»¹¹⁰⁵

For å gi mening er det i litteraturen hevdet at bestemmelsen må tolkes slik at et ønske fra personen selv om å avslutte livsforlengende behandling, framsatt av vedkommende selv etter det

¹¹⁰⁴Ot.prp. nr. 11 (1998–99) s. 44. Rasmussen, 2002, er kritisk til denne avvisende holdningen.

¹¹⁰⁵Ot.prp. nr. 12 (1998–99) s. 89

aktuelle sykdomsutbruddet, men før beslutningskompetansen eventuelt er gått tapt, må anses bindende.¹¹⁰⁶

21.4.3.3 Paulsrud-utvalgets forslag.

Paulsrud-utvalget vurderte om pasienter burde få en nektingsrett i form av forhåndserklæringer.¹¹⁰⁷ Utvalgets flertall viste til at økt fokus på ikke-diskriminering og selvbestemmelsesrett for personer med psykiske lidelser, talte for å legge større vekt på forhåndserklæringer ved vurderingen av om det skal kunne brukes tvang. Et sentralt argument for å innføre en ordning med bindende forhåndserklæringer var faren for at det ellers ikke ville bli lagt tilstrekkelig vekt på tidligere erfaringer. Et sentralt argument mot var at en slik ordning vil reise for mange prosessuelle problemstillinger knyttet til erklæringens tilblivelse, oppbevaring og eventuelt tilbakekall, noe som ville ta fokus bort fra den konkrete situasjonen og andre hensyn som gjorde seg gjeldende.

Utvalgets flertall pekte også på at det kan ha framkommet nye opplysninger om medisiner, bivirkninger, behandlingseffekt osv. som er relevant for beslutningen i nåtid eller at personen i nåtid gir uttrykk for at vedkommende ønsker helsehjelpen, i motsetning til hva som framgår av forhåndserklæringen. De mente også at helselovgivningens forsvarlighetskrav tilsa at vurderingen burde baseres på en nåtidsvurdering.

Etter en samlet vurdering kom utvalgets flertall til at det ikke ville gå inn for en ordning med juridisk bindende forhåndserklæringer ved spørsmål om etablering av tvungen psykisk helsevern, eventuelt tvungen observasjon. De anbefalte at det isteden skulle legges opp til en konkret vurdering av all informasjon om hvordan pasienten stiller seg til bruk av tvang f.eks. hvor klare de negative holdningene er, hvor faste de er over tid, hvor nært i tid de ligger og hvor dekkende de er for den aktuelle beslutningen.

21.4.3.4 Utvalgets vurderinger

21.4.3.4.1 Generelt

Bindende forhåndserklæringer reiser flere utfordringer som oversiktsmessig kan framstilles slik:

- Problemet der personens holdning til tiltaket i nåtid – men i en tilstand av manglende beslutningskompetanse – avviker fra det som kommer til uttrykk i erklæringen.
- Usikkerhet ved om erklæringen på det tidspunkt den blir aktuell fortsatt gir uttrykk for personens vilje. Det kan være at vedkommende har kommet i tvil eller ombestemt seg, men uten å ha tilbakekalt erklæringen.
- Faren for bristende forutsetninger. Ny kunnskap eller behandlingsmetoder kan ha kommet til i mellomtiden som reiser spørsmål ved om personen i dag ville ha truffet det samme valget. Også her øker innvendingens styrke med avstanden i tid mellom avgivelse og når spørsmålet om helsehjelp blir aktuelt.
- Tvil knyttet til gyldigheten av erklæringen. Dette kan gå på ulike forhold: så vel informasjon, frivillighet som beslutningskompetanse.

Utvalget har valgt antatt samtykke som en hovedkomponent i en framtidig regulering av bruk av tvang i helse- og omsorgstjenesten. Ut fra en slik posisjon kan det framstå noe unaturlig

¹¹⁰⁶Østenstad, 2011, s. 536–539

¹¹⁰⁷NOU 2011: 9, punkt 13.6.3.2

med en ordning med bindende forhåndserklæringer da det skulle bety at ett bestemt argument i vurderingen uten videre skal vinne gjennomslag. En mer forsiktig tilnærming er i alle fall ikke i strid med Oviedo-konvensjonen artikkel 9 som omhandler betydningen av tidligere uttrykte ønsker. Her heter det:

«The previously expressed wishes relating to a medical intervention by a patient who is not, at the time of the intervention, in a state to express his or her wishes shall be taken into account.»

I Explanatory Report blir dette koblet nært opp mot et antatt-samtykke-synspunkt gjennom en formulering om at helsepersonell

«should [...] be satisfied that the wishes of the patient apply to the present situation».¹¹⁰⁸

På generelt grunnlag vurderer derfor utvalget at det ikke er ønskelig å innføre en ordning med bindende forhåndserklæringer. Slike dokumenter og utsagn vil imidlertid inngå i antatt samtykkevurderingen sammen med andre momenter. Ut fra sin kvalitet – basert på momenter som klarhet, nærhet i tid og opplysninger om omstendigheten rundt avgivelsen – kan de imidlertid måtte tillegges svært stor vekt og bare fravikes helt unntaksvis. Det bør utvikles rutiner i helse- og omsorgstjenesten for å oppmuntre til å gi uttrykk for forhåndsoensker. Som det framgår i kapittel 23 har ikke utvalget gått inn i de særlige spørsmål om avslutning av livsforlengende behandling drøftet av Palliasjonsutvalget i NOU 2017: 16.

Utvalget har vurdert at særlige hensyn gjør seg gjeldende i to tilfeller – legemiddelbehandling av psykiske lidelser og behandling med elektrokonvulsiv terapi (ECT).

21.4.3.4.2 Rett til å reservere seg mot enkelte former for behandling i psykisk helsevern

Utvalget har valgt å opprettholde en hjemmel for tvangsbehandling av psykiske lidelser med legemidler på strenge vilkår, jf. utkastet § 6-10. Spørsmålet er imidlertid omstridt blant annet i lys av de alvorlige bivirkninger som kan oppstå. I utkastet § 6-13 er det foreslått hjemmel for elektrokonvulsiv terapi (ECT) uten bruk av tvang, men også dette er kontroversielt. På denne bakgrunn har utvalget vurdert om det bør åpnes for en begrenset rett til å reservere seg mot disse to behandlingsformene.

I høringsrunden til NOU 2011: 9 (Paulsrud-utvalget) uttrykte Regjeringsadvokaten seg kritisk til forslaget om et antatt samtykke-krav og uttalte blant annet:¹¹⁰⁹

«Mange pasienter har behov for gjentatt behandling under tvungent psykisk helsevern, og for en del av disse pasientene vil gjenvinning av beslutningskompetanse etter en tids behandling erfaringsmessig innebærer at vedkommende avslutter behandling med legemidler. For disse pasientene vil man vanskelig kunne si at det er sannsynlig at de ville ha samtykke i helsehjelpen (medisinering) om de hadde hatt beslutningskompetanse.»

Utvalget er ikke enig i denne vurderingen. Dette er viktige helsebeslutninger noe som må gjenspeiles i kravene til beslutningskompetanse, dvs. forståelsesvilkåret, jf. punkt 21.3 ovenfor. Der personen vurderes som beslutningskompetent vil det ofte skyldes at vedkommende er reflektert også om nyttevirkningene av legemiddelbehandlingen. Når personen blir dårlig og

¹¹⁰⁸Europarådet, 1997, avsnitt 62

¹¹⁰⁹Regjeringsadvokaten, 2012

spørsmålet om tvang igjen blir reist, vil det gjerne være fordi han eller hun har handlet i strid med tidligere uttrykte oppfatninger.

Som det framgår ovenfor kan det hevdes at en ordning med forhåndserklæringer vil bryte med antatt samtykke-modellen. Nettopp på psykisk helsevern-feltet kan det imidlertid være særlig vanskelig å bli hørt i sin motstand mot medikamenter – denne vil ofte bli avskrevet som uttrykk for sykdom. Utvalget vurderer derfor at en åpning for reservasjon kan framstå som en måte å effektivisere intensjonen bak antatt samtykke-vilkåret på. Bekymringen kan kanskje sies å ligge på den andre kanten: at en reservasjonsadgang kan gi risiko for å svekke grunnregelen om antatt samtykke i psykisk helsevern ved at fokus ensidig blir konsentrert om reservasjonsspørsmålet.

Spørsmålet om reservasjonsrett i psykisk helsevern blir drøftet nærmere i punkt 25.6.2 og 25.6.5.

22 Rett og plikt til nødvendige tiltak for å unngå tvang

Boks 22.1 Utvalgets forslag

- Utvalget ser vilkåret om at alternativer til tvang skal være prøvd, i sammenheng med plikten til forebygging og retten til nødvendige helse- og omsorgstjenester.
- Retten til et tilrettelagt tjenestetilbud uten bruk av tvang er ingen ny rett, men en synliggjøring av et aspekt ved retten til nødvendige helse- og omsorgstjenester.

[Boks slutt]

22.1 Innledning

Pasient- og brukerrettighetsloven har en bestemmelse som regulerer rett til hjelp fra kommunens helse- og omsorgstjeneste, og en annen bestemmelse som regulerer rett til helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten. jf. §§ 2-1 a og 2-1b. Disse rettighetsbestemmelsene speiler bestemmelser om plikt til å tilby hjelp i helse- og omsorgstjenesteloven og spesialisthelsetjenesteloven.

Gjeldende lovverk har også bestemmelser om plikt til å forebygge bruk av tvang og forsøke frivillige eller tillitsskapende tiltak. Et spørsmål for utvalget blir hvor langt dagens rettighetsbestemmelser og bestemmelsene om plikt til å forebygge bruk av tvang rekker.

Nedenfor vil det først bli redegjort nærmere for plikten til å forebygge bruk av tvang og forsøke frivillige eller tillitsskapende tiltak. Deretter vil de aktuelle rettighetsbestemmelsene bli omtalt. Punkt 22.3 inneholder utvalgets vurdering og forslag til bestemmelser om plikt til forebygging og rett til et tilrettelagt tjenestetilbud uten bruk av tvang.

22.2 Gjeldende rett

22.2.1 Plikt til å forebygge bruk av tvang

22.2.1.1 *Generelt*

I alle formålsbestemmelsene i de regelverkene utvalgets mandat omfatter, er det tatt inn at reglene har som formål å forebygge og begrense bruk av tvang. Dette framgår av psykisk helsevernloven § 1-1, helse- og omsorgstjenesteloven § 9-1 og pasient- og brukerrettighetsloven § 4A-1.

Plikt til å forebygge bruk av tvang er tydeligst regulert i helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9. Her er det i tillegg til formålsbestemmelsen tatt inn en egen bestemmelse om krav til forebygging, jf. § 9-4. I tillegg er det i § 9-5 første ledd stilt krav om at andre løsninger enn bruk av tvang eller makt, som hovedregel skal være prøvd før tiltak etter dette kapitlet settes i verk. Disse bestemmelsene blir nærmere omtalt nedenfor.

Helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 10 har ingen formålsbestemmelse eller egen bestemmelse om krav til forebygging. Helse- og omsorgstjenesteloven § 3-3 har imidlertid en generell bestemmelse om helsefremmende og forebyggende arbeid, der det framgår at kommunen ved ytelse av helse- og omsorgstjenester skal fremme helse og søke å forebygge sykdom, skade og sosiale problemer. Det er også presisert at dette blant annet skal skje ved opplysning, råd og veiledning. Også spesialisthelsetjenesteloven § 2-1 a andre ledd har en generell bestemmelse om å forebygge sykdom og skade. Her framgår det at det regionale helseforetaket skal sørge for at helseinstitusjoner som de eier, eller som mottar tilskudd fra de regionale helseforetakene til sin virksomhet, bidrar til å forebygge sykdom og skade.

I tillegg til formålsbestemmelsen har psykisk helsevernloven en bestemmelse som stiller krav om at frivillig psykisk helsevern skal ha vært forsøkt før det kan etableres tvungent psykisk helsevern, jf. § 3-3 første ledd nr. 1. Unntak gjelder hvis det er «åpenbart formålsløst» å forsøke frivillig psykisk helsevern. Når det gjelder undersøkelse og behandling uten eget samtykke, er det presisert at dette bare kan skje når det er forsøkt å oppnå samtykke, eller det er «åpenbart» at samtykke ikke kan eller vil bli gitt, jf. § 4-4 tredje ledd. I tillegg er det presisert at dersom det ikke er «åpenbart umulig», skal det også vurderes om det kan tilbys andre frivillige tiltak som alternativ til undersøkelse og behandling.

Pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A har i tillegg til formålsbestemmelsen en bestemmelse som stiller krav om at «tillitsskapende tiltak» må ha vært forsøkt før det kan gis helsehjelp som pasienten motsetter seg, med mindre det er «åpenbart formålsløst» å prøve dette, jf. § 4A 3 første ledd.

Selv om det ikke direkte framkommer av de nevnte lovverkene, må det legges til grunn at plikten til å forebygge bruk av tvang strekker seg lengre når det er barn som kan bli utsatt for denne type tiltak. Det har sammenheng med at barns integritetsvern er sterkere enn voksnes, jf. kapittel 17, og barn kan lettere enn voksne komme i en avmaktssituasjon ved utøvelse av tvungne tiltak.

22.2.1.2 Nærmere om krav til forebygging etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9

Helse- og omsorgstjenesteloven § 9-4 pålegger kommunen en plikt til å sørge for at forholdene legges til rette for minst mulig bruk av tvang og makt. Plikten gjelder både generell tilrettelegging av tjenestetilbudet, slik at tjenestene holder en tilfredsstillende og faglig og etisk standard, og individuell tilrettelegging ut fra den enkeltes situasjon og behov.¹¹¹⁰

Paragraf 9-4 viser også til § 9-1 andre ledd, der det er bestemt at tjenestetilbudet skal tilrettelegges med respekt for den enkeltes fysiske og psykiske integritet, og så langt som mulig i overensstemmelse med personens selvbestemmelsesrett.

Helse- og omsorgstjenesteloven § 9-4 viser i tillegg til § 9-5 første ledd, der det er bestemt at andre løsninger enn bruk av tvang og makt som hovedregel skal være prøvd først. Unntak gjelder i «særlige tilfeller». Hvis hovedregelen fravikes, er det plikt til å gi en begrunnelse.

Helsedirektoratet har i rundskriv kommentert forholdet mellom plikten til forebygging og kravet om at andre løsninger enn bruk av tvang og makt skal være forsøkt:

«Plikten til forebygging skiller seg fra kravet om at andre løsninger er forsøkt ved at forebyggingsarbeidet skal være en løpende og integrert del av tjenestetilbudet og tjenesteytingen, mens utprøving av andre løsninger først og fremst vil være et tema når et problem har oppstått. Det ligger i dette at plikten til å arbeide forebyggende ikke opphører når vedtaket er fattet og godkjent. Også i vedtaksperioden må det i den løpende tjenesteytingen rettes oppmerksomhet mot forebygging av situasjoner som nødvendiggjør bruk av tvang.»¹¹¹¹

Videre framgår det av § 9-4 at kommunen må gi nødvendig opplæring, herunder faglig veiledning og oppfølging i gjennomføring av tiltak etter dette kapitlet. I denne sammenhengen er det vist til de generelle reglene i helse- og omsorgstjenesteloven § 8-1, som pålegger kommunen en plikt til å medvirke til undervisning og praktisk opplæring av helsepersonell, herunder videre- og etterutdanning. Etter § 9-4 har kommunen også plikt til å sørge for annen nødvendig opplæring. Helsedirektoratet har kommentert dette slik:

«Tjenesteyterne må settes inn i rutiner og regler og kommunen må påse at den enkelte tjenesteyter er tilstrekkelig kjent med tjenestemottakernes individuelle behov, historie, individuell plan, tjenestebeskrivelser mv. (...) Det er viktig at tjenesteyterne har tilstrekkelig kompetanse og ferdigheter til å forebygge bruk av tvang eller makt overfor den enkelte tjenestemottaker. Dersom det avdekkes opplæringsbehov knyttet til forebygging av tvangsbruk, må kommunen sørge for at tilstrekkelig opplæring og veiledning blir gitt.

Ansvar for opplæring, faglig veiledning og oppfølging av tjenesteyterne må være klart og tydelig plassert i organisasjonen.»¹¹¹²

¹¹¹⁰Ot.prp. nr. 55 (2002–2003) punkt 7.10 og kapittel 11

¹¹¹¹Rundskriv IS-10/2015 punkt 44.4.1

¹¹¹²Rundskriv IS-10/2015 punkt 4.4.3

22.2.1.3 *Krav om at frivillige eller tillitsskapende tiltak skal ha vært forsøkt før bruk av tvang*

Både etter psykisk helsevernloven og helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 er det et vilkår for å bruke tvang at frivillige tiltak har vært forsøkt først. I pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A er vilkåret formulert slik at «tillitsskapende tiltak» må ha vært forsøkt. Alle disse lovene har unntak fra dette vilkåret. Etter psykisk helsevernloven og pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A gjelder det unntak hvis det er «åpenbart formålsløst» å prøve frivillige tiltak, jf. § 4A-3 første ledd. Helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 gjør unntak for «særlige tilfeller». I tillegg er det i dette kapitlet bestemt at det skal gis en begrunnelse i de tilfellene der kravet fravikes, jf. § 9-5 første ledd.

I forarbeidene til psykisk helsevernloven er det som eksempel på at det vil være åpenbart umulig å oppnå frivillighet, nevnt at pasienten er i en slik sinnstilstand at vedkommende er helt ute av stand til å gi noe samtykke til psykisk helsevern.¹¹¹³

I forarbeidene til helse- og omsorgstjenesteloven § 9-5 første ledd er det vist til at det sentrale vilkåret for bruk av tvang og makt er at det skal være siste utvei. Det framgår også at følgende må anses å følge av lovteksten:

«Det er en forutsetning at alle tilgjengelige og forsvarlige faglige tilnærminger utnyttes for å unngå bruk av tvang.»¹¹¹⁴

Helsedirektoratet har gitt nærmere veiledning om hva som ligger i kravet om at andre løsninger skal ha vært prøvd først, og har blant annet uttalt:

«Kommunen må samarbeide med tjenestemottakeren og dennes representanter for å finne alternativer til tvang. (...)

Utfordrende atferd kan også utløses av at tjenestemottakeren opplever å mangle noe, for eksempel en bestemt aktivitet, samvær med bestemte personer eller annet. Dersom brukerens behov kan klarlegges, må det om mulig søkes å dekke vedkommendes behov på området slik at savnet kan bli mindre. Døgnet må tilrettelegges slik at personen får nok hvile, pauser og muligheter for å drive med egne aktiviteter. Det må sikres at tiltak som fremmer utvikling, er ivaretatt.

Endringer i de fysiske rammebetingelsene må vurderes. Små og trange rom kan føre til unødige konflikter, og tilrettelegging av det fysiske miljøet, herunder nok plass for den enkelte til å trekke seg tilbake, kan være aktuelle virkemidler for å forhindre slike konfliktsituasjoner. Det samme gjelder tilgang til nødvendige hjelpemidler. Flytting/endring av boforhold kan være aktuelt der problemene er knyttet til forhold ved bomiljøet.»¹¹¹⁵

Når det gjelder spørsmål om det kan gjøres unntak fra kravet om at andre løsninger skal ha vært prøvd, har Helsedirektoratet gitt følgende veiledning:

«Hverken ressurs hensyn eller henvisninger til tidsfaktoren alene kan brukes som begrunnelse for at andre løsninger ikke er prøvd. Begrunnelsen for ikke å prøve ut andre løsninger

¹¹¹³Ot.prp. nr. 11 (1998–99) kapittel 14

¹¹¹⁴Ot.prp. nr. 55 (2002–2003) kapittel 11

¹¹¹⁵Rundskriv IS-10/2015 punkt 4.5.2.2

må i alle tilfeller bygge på en faglig og etisk vurdering hvor både hensynet til tjenestemottakeren og den aktuelle risikoen for vesentlig skade vil være tungtveiende. Dersom det aktuelle tvangstiltaket er svært inngripende, vil dette tale imot at tiltaket kan igangsettes uten at andre løsninger er forsøkt. Motsatt vil det tale for å fravike kravet om at andre løsninger skal være prøvd dersom det er stor fare for alvorlig personskade, for eksempel skade på barn, eller ved fare for ildspåsettelse.»¹¹¹⁶

Ved tiltak i uforutsette nødssituasjoner kan det på grunn av tidsfaktoren være vanskelig å foreta omfattende utprøving av andre løsninger. I slike tilfeller kan faglige og etiske hensyn tilsi at det likevel kan være riktig å bruke tvang for å hindre eller begrense vesentlig skade. Det framgår av forarbeidene til helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 at tidsfaktoren kan gjøre det umulig å forsøke andre løsninger først. Det er også presisert at plikten til å forsøke andre tiltak gjelder selv om alternativene er mer kostnadskrevenne enn det aktuelle tvangstiltaket.¹¹¹⁷

Hvis andre løsninger ikke har vært forsøkt, må andre løsninger prøves ut etter at fylkesmannen har godkjent et vedtak etter helse- og omsorgstjenesteloven § 9-8. Fylkesmannen kan i slike tilfeller vurdere en tidsbegrenset godkjenning og stille vilkår om at andre løsninger skal prøves ut i løpet av vedtaksperioden.

I forarbeidene til pasient- og brukerrettighetsloven § 4A-3 første ledd er det presisert at formålet med tillitsskapende tiltak er å forebygge og redusere bruken av tvang for å gi helsehjelp. Det framgår også:

«Departementet finn det viktig å framheve det tillitsskapende aspektet eksplisitt. Departementet ønskjer likevel ikkje å leggje ei snever tolking til grunn. Vilkåret inneber derfor mellom anna krav om først å leggje til rette helsehjelpa etter behovet til den enkelte, utan å bruke tvang. (...) helsetenesta pliktar å leggje forholda best mogleg til rette, slik at pasienten kan samtykkje til helsehjelp (...)».¹¹¹⁸

Helsedirektoratet har i rundskriv til pasient- og brukerrettighetsloven presisert at kravet i § 4A-3 første ledd er et strengt vilkår, og at det skal mye til for at helsepersonellet ikke skal forsøke tillitsskapende tiltak før tvungen helsehjelp eventuelt iverksettes. Direktoratet har gitt diverse eksempler på tillitsskapende tiltak som kan bidra til at pasienten ikke motsetter seg helsehjelpen. Eksempelene gjelder både tiltak som kan anvendes i en konkret situasjon med motstand, og tiltak som kan anvendes på litt lengre sikt for å oppnå en generell tillit hos pasienten som kan bidra til at vedkommende ikke motsetter seg tilbud om helsehjelp. Noen stikkord gjengis nedenfor:

- helhetlig tenkning
- kjennskap til pasienten
- veiledning til helsepersonellet og erfaringsoverføring
- refleksjonsgrupper e.l.

¹¹¹⁶Rundskriv IS-10/2015 punkt 4.5.2.2

¹¹¹⁷Ot.prp. nr. 58 (1994–95) kapittel 5

¹¹¹⁸Ot.prp. nr. 64 (2005–2006) punkt 4.6.4.2

- informasjon om hvorfor helsehjelpen er nødvendig og om konsekvensene av å unnlate å gi hjelp
- samarbeid med pårørende mv.
- gradvis tilvenning til helsehjelpen.¹¹¹⁹

22.2.2 Rett til nødvendige helse- og omsorgstjenester

22.2.2.1 *Rett til nødvendig hjelp fra kommunens helse- og omsorgstjeneste*

I pasient- og brukerrettighetsloven § 2-1 a andre ledd er det bestemt at pasient og bruker har rett til nødvendige helse- og omsorgstjenester fra kommunen. Denne bestemmelsen speiler kommunens plikt til å sørge for nødvendige helse- og omsorgstjenester, som er regulert i helse- og omsorgstjenesteloven § 3-2.

I forarbeidene framgår det at pasient- og brukerrettighetsloven § 2-1 a andre ledd skal tolkes slik at bestemmelsen gir pasient og bruker krav på «nødvendig hjelp med en forsvarlig standard, basert på en individuell helsefaglig og/eller sosialfaglig vurdering av behov.» Det er også presisert at omfang og nivå på hjelpen må bestemmes etter en konkret vurdering. Videre er det presisert at selv om en person har rettskrav på nødvendige helse- og omsorgstjenester, betyr ikke det at vedkommende i utgangspunktet har krav på en bestemt type tjeneste fra kommunen. Kommunen må vurdere og i utgangspunktet beslutte hva slags hjelp som skal tilbys ut fra de tilbudene og ressursene kommunen har.¹¹²⁰ Det framgår også:

«Kommunen står imidlertid ikke helt fritt. Formålsbestemmelsene i lovene er utgangspunktet, og det skal tas hensyn til tjenestemottakerens ønsker og synspunkter. [...]

I tillegg er det sentralt at formen for tjenesteyting må være forsvarlig.»¹¹²¹

I tredje ledd i pasient- og brukerrettighetsloven § 2-1 a er det presisert at pasient og bruker har rett til et verdig tjenestetilbud i samsvar med helse- og omsorgstjenesteloven § 4-1 første ledd bokstav b. Henvisningen til helse- og omsorgstjenesteloven § 4-1 viser at retten til et verdig tjenestetilbud faller inn under og er en del av det generelle forsvarlighetskravet, som er nærmere regulert i denne bestemmelsen når det gjelder kommunens virksomhet. I forarbeidene er det presisert at et tjenestetilbud som ikke oppfyller grunnleggende verdighetskrav, heller ikke kan oppfattes som et forsvarlig tjenestetilbud.¹¹²²

Det er i forarbeidene også vist til forskrift om en verdig eldreomsorg (verdighetsgarantien).¹¹²³ Denne forskriften presiserer at tjenestetilbudet skal innrettes i «respekt for den enkeltes selvbestemmelsesrett, egenverd og livsførsel og sikre at medisinske behov blir ivare tatt.» I tillegg angir forskriften en rekke hensyn som tjenestetilbudet skal legge til rette for,

¹¹¹⁹Rundskriv IS-8/2015 side 105–106

¹¹²⁰Denne rettssetningen kommer også til uttrykk i Rt. 1990 s. 874 (Fusa-dommen), på s. 888.

¹¹²¹Prop. 91 L (2010–2011) punkt 29.5.2

¹¹²²Prop. 91 L (2010–2011) kapittel 47

¹¹²³Forskrift 12. november 2010 nr. 1426

herunder en riktig og forsvarlig boform, normal døgnrytme, lindrende behandling og oppfølging av lege og annet relevant personell.

22.2.2.2 *Rett til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten*

I pasient- og brukerrettighetsloven § 2-1 b andre ledd er det presisert at pasienten har rett til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten. Spørsmålet om en pasient har rett til helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten, må i likhet med spørsmålet om rett til helse- og omsorgstjenester fra kommunen, avgjøres etter en konkret, individuell vurdering av personens behov. Det grunnleggende vilkåret er at pasienten etter en helsefaglig vurdering har behov for helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten. I vurderingen av dette må det blant annet avveies om spesialisthelsetjenestens kompetanse er nødvendig for å behandle pasientens tilstand.

Vilkårene for rett til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten er nærmere regulert i forskrift om prioritering av helsetjenester, rett til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten, rett til behandling i utlandet og om klagenemnd (prioriteringsforskriften).¹¹²⁴ I denne forskriften § 2 er det presisert at pasienten har rett til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten når vedkommende kan ha forventet nytte av helsehjelpen, og den forventede ressursbruken står i et rimelig forhold til den forventede nytten av helsehjelpen. Disse tilleggsvilkårene innebærer krav til forventet nytte og kostnadseffektivitet og må begge være oppfylt. Når det gjelder spørsmål om forventet nytte av helsehjelpen, framgår følgende av forskriften § 2 andre ledd:

«Forventet nytte av helsehjelpen må vurderes ut fra om kunnskapsbasert praksis tilsier at helsehjelpen kan øke pasientens livslengde og /eller livskvalitet» ved å gi økt sannsynlighet for:

- a) overlevelse eller redusert funksjonstap
- b) fysisk eller psykisk funksjonsforbedring
- c) reduksjon av smerter, fysisk eller psykisk ubehag.»

Helsedirektoratet har i rundskriv til pasient- og brukerrettighetsloven gitt følgende kommentar:

«Spesialisthelsetjenesten står ikke helt fritt til å vurdere hvilken helsehjelp pasienten skal få tilbud om. Formålsbestemmelsene i spesialisthelsetjenesteloven og pasient- og brukerrettighetsloven er utgangspunktet, og det skal tas hensyn til pasienten ønsker og synspunkter. Forsvarlighetskravet innebærer også at dersom en bestemt type tjeneste er eneste alternativ for å yter et forsvarlig tilbud til pasienten, har vedkommende pasient også et rettskrav på den bestemte tjenesten.»¹¹²⁵

Utformingen av prioriteringskriteriene tilsier at barn lettere vil være i en rettskravposisjon enn voksne som følge av at de har et langt livsløp foran seg. At barn har en styrket rett til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten, kommer eksplisitt til uttrykk i § 2-1 b sjuende ledd, der det framgår at det gjelder en særskilt frist for når barn og unge under 23 år med psykiske lidelser eller rusmiddelavhengighet, senest skal motta nødvendig helsehjelp. Fristen er konkretisert i prioriteringsforskriften § 4a.

¹¹²⁴Forskrift 1. desember 2000

¹¹²⁵Rundskriv IS-8/2015 side 21

22.2.3 Evaluering av tvangstiltak

Etter psykisk helsevernloven § 4-2 tredje ledd skal bruk av skjerming som pasienten motsetter seg, undersøkelse og behandling uten eget samtykke, undersøkelse av rom og eiendeler og kroppsvisitasjon basert på konkret mistanke, rusmiddeltesting uten pasientens samtykke og bruk av tvangsmidler evalueres sammen med pasienten så snart tiltaket er avsluttet. Pasienten skal tilbys minst én samtale om hvordan han eller hun har opplevd tvangsbruken. Pasientens syn på iverksatte tiltak skal journalføres. Bestemmelsen pålegger virksomheten en plikt, mens pasienten har en rettighet.

22.3 Utvalgets vurdering og forslag

22.3.1 Plikt til forebygging

Utvalget viser til kapittel 11 om nasjonal og internasjonal kunnskap om forebygging av tvang. Her framgår det at en systematisk gjennomgang av tilgjengelig kunnskap, viser at tvang i mange tilfeller kan forebygges. Det er også presisert at tvang kan unngås ved iverksetting av overkommelige tiltak av ulike typer og på ulike nivåer. Videre framgår det at for å redusere tvangsbruken kreves det først og fremst en vilje til endring, kompetanse og konkrete endringer på et overordnet og organisatorisk nivå. Den enkelte enhet må implementere og kontinuerlig oppdatere egnede strategier for reduksjon av tvang. I tillegg vil det være nødvendig med samarbeid på tvers av nivåer og enheter og med en omfordeling av ressurser, særlig for å forebygge repetert bruk av tvang mot enkeltpersoner.

På denne bakgrunn mener utvalget at det er viktig å videreføre en egen bestemmelse om plikt til forebygging i en ny felles lov. Bestemmelsen bør være felles for alle feltene utvalgets mandat omfatter.

Etter utvalgets vurdering bør en ny felles bestemmelse være overordnet, samtidig som den bør fange opp viktige elementer i forebyggingsarbeidet. Alle elementene som kan inngå i et forebyggingsperspektiv, kan imidlertid ikke nevnes, da dette må vurderes konkret i det enkelte tilfellet. Utfyllende kommentarer om hva en plikt til forebygging innebærer, må nedfelles i rundskriv.

Utvalget viser til omtalen av gjeldende bestemmelser om plikt til å forebygge bruk av tvang i punkt 22.2.1. Her framgår det at en plikt til å tilrettelegge for frivillige tiltak/minst mulig bruk av tvang, er et sentralt element i forebyggingsplikten. Etter utvalgets vurdering bør det også presiseres i en felles lov at virksomheten plikter å sørge for at forholdene legges til rette for minst mulig bruk av tvang.

Utvalget viser også til gjennomgangen ovenfor og i kapittel 11, som viser at fagkompetanse og nødvendig opplæring av personell er viktig i forebyggingsarbeidet. Utvalget foreslår etter dette at det også presiseres i lovbestemmelsen at plikten til forebygging omfatter å gi nødvendig opplæring til personell, herunder faglig veiledning og oppfølging i tiltak etter den nye loven.

Både de faglige og de fysiske rammebetingelsene er viktige ved spørsmål om det er nødvendig å bruke tvang. Etter utvalgets vurdering er det en viktig del av forebyggingsarbeidet å sørge for at institusjonene og boligene er faglig og materielt i stand til å gi den personen som det kan være aktuelt å bruke tvang overfor, tilfredsstillende behandling og omsorg. Utvalget foreslår derfor at også denne presiseringen tas inn i en ny bestemmelse om plikt til forebygging.

Krav om at institusjonen skal være faglig og materielt i stand til å tilby pasienten tilfredsstillende behandling og omsorg, framgår i dag av psykisk helsevernloven § 3-2 nr. 5 og § 3-3 nr. 5. I utvalgets lovutkast er dette kravet foreslått tatt inn i § 5-4, som regulerer vilkår for å treffe vedtak og gjennomføre innleggelse og tilbakehold i helseinstitusjon med tvang. Nærmere omtale av hva kravet innebærer er gitt i punkt 5.5. Noen hovedpunkt er at institusjonen må ha kompetent personell, og at den må være innrettet slik at den utstyrmessig og på annen måte er egnet til å gi personen den hjelpen vedkommende trenger. Dette vil også gjelde etter utvalgets forslag. I lovutkastet er kravet foreslått utvidet til også å gjelde utenfor institusjon, jf. § 6-5.

Utvalget foreslår også at det presiseres i loven at plikten til forebygging av tvang omfatter å systematisk evaluere faktorer av betydning for bruk av tvang. Utvalget viser her til forskrift om ledelse og kvalitetsforbedring i helse- og omsorgstjenesten. I denne forskriften § 3 framgår det at den som har det overordnede ansvaret for virksomheten, skal sørge for at det etableres og gjennomføres systematisk styring av virksomhetens aktiviteter i tråd med forskriften, og at medarbeiderne i virksomheten medvirker til dette. I forskriften § 4 er det bestemt at styringssystem for helse- og omsorgstjenesten i denne forskriften betyr «den del av virksomhetens styring som omfatter hvordan virksomhetens aktiviteter planlegges, gjennomføres, evalueres og korrigeres i samsvar med krav fastsatt i eller i medhold av helse- og omsorgslovgivningen».¹¹²⁶

Utvalgets forslag til bestemmelse om plikt til forebygging er tatt inn i lovutkastet § 2-1. Forslaget innebærer en tydeliggjøring og forsterking av plikten til forebygging, sammenliknet med hva som framgår av gjeldende rett.

Hjemmel for forskrift om krav som må stilles til helseinstitusjon og bolig særskilt tilrettelagt for heldøgns helse- og omsorgstjenester er inntatt i lovutkastet § 1-4 andre ledd.

22.3.2 Rett til et tilrettelagt tjenestetilbud uten bruk av tvang

Det framgår i punkt 22.3.1 at utvalget foreslår en videreføring av plikt for virksomhetene i helse- og omsorgstjenesten til å sørge for at forholdene legges til rette for minst mulig bruk av tvang. Etter utvalgets vurdering bør dette forslaget motsvares av en bestemmelse som presiserer at personen også har rett til nødvendig hjelp for å sikre et tilrettelagt tilbud uten bruk av tvang.

Dagens rettighetsbestemmelser må tolkes slik at de også omfatter en rett til et tilrettelagt tjenestetilbud uten bruk av tvang når dette er å anse som «nødvendig» hjelp etter pasient- og brukerrettighetsloven §§ 2-1a og 2-1b. Begrepet «helsehjelp» er gitt en bred definisjon i pasient- og brukerrettighetsloven § 1-3 bokstav c:

«handlinger som har forebyggende, diagnostisk, behandlende, helsebevarende, rehabiliterende eller pleie- og omsorgsformål, og som er utført av helsepersonell».

«Helse- og omsorgstjenester» etter § 2-1a andre ledd legger til en ytterligere dimensjon, se punkt 19.2 om disse begrepene nærmere innhold.

Det typiske vil være at hjelpetiltaket direkte retter seg inn mot det aktuelle helseproblemet – utvalget finner uttrykksmåten «primære hjelpetiltak» tjenlig. Helsehjelp/helse- og omsorgstjenester omfatter imidlertid også tiltak som har som formål å legge til rette for ytelsen av slike tjenester: «subsidiære hjelpetiltak». Dette er åpenbart tilfelle der tilretteleggingen består av

¹¹²⁶Forskrift 28. oktober 2016

«mer av det samme», for eksempel tettere personlig oppfølging fra personellet på sykehjemmet. Svaret kan framstå som mer usikkert der det kommer inn et mellomliggende ledd, for eksempel slik at det må foretas bygningsmessige tilpasninger for å unngå tvang. Her vil vi naturligvis ikke si at snekkeren utfører helsehjelp. Det kan likevel være naturlig å anse dette som et spørsmål om nødvendig helsehjelp: for at de primære tiltakene skal være effektive, er de subsidiære tiltakene nødvendige virkemidler.

Slik utvalget vurderer det, kan det ikke være tvilsomt at også subsidiære hjelpetiltak – i alle fall i stor grad – faller inn under definisjonen av «helsehjelp» og «helse- og omsorgstjenester». Det følger da nærmest logisk at slike tiltak *også* kan være gjenstand for individuelle rettskrav etter pasient- og brukerrettighetsloven §§ 2-1 a og 2-1 b. Inklusjonen av verdighetsaspektet i § 2-1 a tredje ledd styrker en slik synsmåte, men er ikke i seg selv avgjørende.

Utvalget viser også til følgende uttalelser i rundskriv fra Helsedirektoratet:

«Kommunens plikt til å forebygge behov for tvang, og kravet om at andre løsninger skal være prøvd før det fattes vedtak om tvang, kan medføre at bruker og pasient får krav på tjenester utover det som ellers ville anses som tilstrekkelig ut fra vedkommendes hjelpebehov.»¹¹²⁷

«Kravet om at alle tilgjengelige og forsvarlige faglige tilnærminger skal benyttes for å unngå bruk av tvang, leder til at kommunene vil kunne ha plikt til å tilby både mer, flere og andre typer tjenester enn det vedkommende ellers ville hatt rett til etter pasient- og brukerrettighetsloven § 2-1 a.»¹¹²⁸

Utvalget tolker disse sitatene slik at personen i de tilfellene det kan være aktuelt å bruke tvang, får krav på tjenester ut over det som ville anses som tilstrekkelig hvis det ikke hadde vært aktuelt å bruke tvang. Dette er også et standpunkt som har vært hevdet i litteraturen.¹¹²⁹ Utvalget vurderer at det ville være mer oppsiktsvekkende å legge til grunn at subsidiære hjelpetiltak ikke kan være «nødvendige» helse- og omsorgstjenester/helsehjelp, enn at så er tilfelle. At der har vært lite oppmerksomhet om problemstillingen er noe ganske annet. Lovgiver har i stor grad nøydt seg med å formulere utprøving av frivillige alternativer som et vilkår for tvang, og har i mindre grad vært utfyllende om implikasjonene av dette rettslige kravet.

Utvalget vurderer at vilkåret om at utprøving av alternativer til tvang også har en side mot det personen kan ha rettskrav på, bør tydeliggjøres i en ny felles lov. Dette representerer ikke noe nytt juridisk, men er alene ment som en framheving av en rett som allerede ligger nedfelt i lovgivningen. Slik utvalget ser det, bør utprøving av alternativer som vilkår for tvang, korrespondere med hva personen har en rett til å få av hjelpetiltak og hva virksomheten har en plikt til å tilby. Alternativet – at vilkåret er strengere enn retten og plikten – kan utløse uholdbare situasjoner ved at virksomheten kan toe sine hender (avstå fra tvang) og overlate klart hjelpe-trengende personer som motsetter seg tjenester, til sin egen skjebne. Utvalgets opplegg sikrer en sammenheng i regelverket.

¹¹²⁷Rundskriv IS-10/2015 punkt 1.2.5

¹¹²⁸Rundskriv IS-10/2015 punkt 4.5.2.2

¹¹²⁹Se Østenstad, 2011 s. 405–421

Selv om utvalgets grep her ikke utgjør en innholdsmessig endring av gjeldende rett, vil det uunngåelig føre til et økt fokus på styrken i kravet om frivillighet, og det vil over tid vokse fram praksis – også fra domstolene – om spørsmålet. Hvor langt virksomhetens plikt og personens rett går, er altså et spørsmål om tolking av gjeldende rett – jf. pasient- og brukerrettighetsloven §§ 2-1 a og 2-1 b. Hverken Grunnlova eller sentrale internasjonale menneskerettighetsdokumenter er klare om dette spørsmålet. De minstestandarder for økonomiske og sosiale retter som er trukket opp i internasjonale menneskerettighetsdokumenter, er av liten relevans for vestlige land. Også ved spørsmål om bruk av tvang må man forholde seg til at samfunnets ressurser er begrenset. Nettopp på helse- og omsorgsfeltet vil man i årene framover stå overfor omfattende prioriteringsutfordringer. Det er ingen som har krav på at alle tilgjengelige ressurser blir satt inn på sitt område.

Utvalget skal likevel bemerke som rettslig relevant at alle formålsbestemmelsene i regelsettene utvalgets mandat omfatter, presiserer at reglene har som formål å forebygge og begrense bruk av tvang. I forarbeidene – særlig til helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 og pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A – er det videre nedfelt strenge formuleringer om innholdet av kravet om utprøving av alternative tiltak, jf. punkt 22.2.1.3. Slike formuleringer understreker en sterk lovgivervilje til å unngå tvang, selv om det medfører økt ressursbruk. Dette må ses i lys av at det gjelder lovgivning overfor personer som i mindre grad kan forsvare egne rettigheter og dermed er avhengig av et sterkt lovverk for at deres grunnleggende rettigheter, herunder personlig frihet, blir respektert.

De nærmere grenser må likevel utvikles i praksis. Utvalgets fokus på retten til nødvendig tilrettelegging innebærer ikke en endring av gjeldende rett, men en synliggjøring av et krav som ligger der, men som har blitt lite fokusert. Utvalget vil understreke at hva man har krav på/virksomheten har plikt til, må vurderes konkret og i lys av etablerte prinsipper for fastlegging av hva som er nødvendig hjelp. Sterke formuleringer i forarbeidene om behovet for å begrense tvang vil imidlertid ha betydning i den sammenheng.

En slik tilnærming vil også ha klangbunn i menneskerettslig tenkning. Selv om det nærmere innholdet av retten til helse- og omsorgstjenester har et noe usikkert konkretiserbart innhold, blir bildet til dels endret når spørsmålet om gjennomføring med tvang kommer inn.

Utvalgets forslag til bestemmelse om rett til et tilrettelagt tilbud uten bruk av tvang er tatt inn i lovutkastet § 2-2. Eksempler på hva slags tiltak personen kan ha krav på, er gitt i punkt 22.2.1.3. Etter utvalgets vurdering bør det presiseres at retten inkluderer utprøving av frivillige alternativer, herunder tillitsskapende tiltak, både før det treffes vedtak og i gjennomføringen. Sistnevnte er et utslag av utvalgets forsterkede fokus på nettopp gjennomføringsfasen.

Utvalget finner ikke grunn til å presisere at det gjelder unntak hvis det er åpenbart formålsløst å prøve ut frivillige alternativer. Et slikt unntak anses unødvendig ut fra utvalgets forslag til definisjon av tvang og motstand, jf. lovutkastet § 1-3. Der et tvangsbegrep er knyttet til fravær av gyldig samtykke, vil en avgrensning mot det åpenbart formålsløse gi mening fordi det ikke kan iverksettes frivillig baserte tiltak som ikke er basert på et gyldig samtykke. Dette stiller seg annerledes ved et snevrere tvangsbegrep slik utvalget har lag til grunn: her vil det svært sjelden være grunnlag for ikke å forsøke å overvinne motstanden uten bruk av tvang. Unntak kan tenkes særlig ved de såkalte atferdsfenotypene der personen på genetisk grunnlag totalt er satt ut av stand til å kontrollere sitt atferdsmønster. Men for slike spesielle tilfeller er det grunnlag for å tolke bestemmelsen innskrenkende.

22.3.3 Evaluering av tvangstiltak

Bestemmelsen om evaluering av tvangsvedtak etter psykisk helsevernloven ble innført fra 1. september 2017 og fulgte opp et forslag fra Paulsrud-utvalget.

Utvalget er opptatt av å redusere tvangsbruken i helse- og omsorgstjenesten blant annet gjennom å forebygge bruk av tvang. Utvalget mener også at det er behov for et økt fokus på gjennomføringen av tvangsvedtak, se nærmere omtale i kapittel 27. Evaluering av situasjoner der det er brukt tvang, vil kunne gi nyttige bidrag til dette arbeidet.

Departementet viste i forbindelse med at kravet om evaluering kom inn i psykisk helsevernloven blant annet til at bruk av tvang vil oppleves som en stor påkjenning både for den som blir utsatt for inngrepet og for dem som gjennomfører det, og at det derfor er viktig at både pasienten og personellet får sette ord på og gjennomgå det de har opplevd. Journalføring av pasientens syn på iverksatte tiltak ville ifølge departementet gi et bedre grunnlag for tilpassede tiltak ved eventuelle senere episoder. Gjennomgangen ville dessuten bidra til læring og utvikling av en forsvarlig praksis i institusjonen.¹¹³⁰

Utvalget slutter seg til departementets vurderinger og foreslår at innholdet i dagens bestemmelse i psykisk helsevernloven i hovedsak videreføres, jf. lovutkastet § 2-4. Utvalget mener at det også bør vurderes om bestemmelsen bør utvides, men anbefaler at man avventer evaluering av hvordan bestemmelsen i psykisk helsevernloven virker.

23 Inngrep i nødssituasjoner

Boks 23.1 Utvalgets forslag

- En klarere og tydeligere regulering av nødrett og nødverge enn i dag. Situasjonen må være akutt. Andre grunnlag enn tvangsbegrensningsloven, for eksempel straffeloven, kan ikke brukes som hjemmel.
- Særlig inngripende tiltak er underlagt spesielle begrensninger. Dette omfatter disse tiltakene brukt som akutt skadeavverging:
 - mekaniske innretninger som hindrer bevegelsesfriheten
 - skjerming
 - legemidler
 - fysisk nedleggelse
 - tilbakehold ved akutt selvmordsfare
- Økt fokus på forebygging av tvang
 - tunge nasjonale faglige initiativ foreslås
 - hjemmelen for bruk av mekaniske innretninger tidsbegrenses til tre år fra lovens ikrafttredelse, med ambisjon om forbud deretter
 - ved gjentatte nødssituasjoner, skal vedtak etter lovutkastet kapittel 6 vurderes for å gi økt kraft i det forebyggende arbeidet
- Ved skjerming som akutt skadeavverging, kan ikke personer under 18 år holdes på låst rom.

¹¹³⁰ Prop. 147 L (2015–2016)

23.1 Innledning

Den klassiske nødssituasjon er karakterisert ved en krise i rask utvikling mot en nært forestående skade, eller i alle fall mot et punkt der en skade ikke lenger vil kunne hindres eller begrenses effektivt om det ikke blir grepet inn. Det som gjør det nødvendig å skille ut reguleringen av nødssituasjoner er nettopp tidsfaktoren. Knappheten på tid fram mot at en avgjørelse må fattes legger for det første sterke begrensninger på hvilken saksbehandling og kontroll som kan iverksettes *i forkant* for å kvalitetssikre inngrepet og slik ivareta rettssikkerheten. For det andre kan tidsfaktoren få betydning for den materielle reguleringen gjennom at et behov for å forenkle vurderingstemaet presser seg fram.

Noe annet er at det vil være snakk om glidende overganger – et kontinuum – mellom nødssituasjoner og situasjoner der tidspress ikke gjør seg gjeldende på samme måte. Dette tydeliggjør behovet for å operere med et forvaltningsmessig skille som er mer fingradert enn om man er i eller utenfor nødssituasjon. En tredeling mellom beslutning om nødinngrep, midlertidige vedtak og ordinære vedtak er nærliggende. Også innenfor nødssituasjonene kan det være behov for en nærmere gradering ut fra hva som er mulig å få til. Det rokker likevel ikke ved behovet for lovgivningsmessig å la *i* og *utenfor* nødssituasjon utgjøre et hovedskille.

En nødssituasjon kan aktualisere inngrep for å ivareta andres sikkerhet, omsorgstiltak for å ivareta personens egen trygghet eller sikkerhet, men også medisinsk diagnostikk og behandling. Hensynene som gjør seg gjeldende kan variere noe, men begrunner ikke en mer systematisk oppdeling av den videre framstillingen langs disse linjer.

23.2 Gjeldende rett – et oversiktsbilde

23.2.1 Helsepersonelloven § 7

Helsepersonelloven § 7 utgjør i dag et slags samlende utgangspunkt for reguleringen av inngrep i nødssituasjoner i kraft av sin sektorovergripende karakter:

«Helsepersonell skal straks gi den helsehjelp de evner når det må antas at hjelpen er påtrengende nødvendig.»

Bestemmelsen er en pliktregel for helsepersonell, men speiler både et rettskrav på hjelp uttrykt i pasient- og brukerrettighetsloven § 2-1 a og § 2-1 b (begge første ledd) og en hjemmel for inngrep. I spesialisthelsetjenesteloven § 3-1 og helse- og omsorgstjenesteloven § 3-5 finnes innholdsmessig svært like regler som i helsepersonelloven § 7, men da rettet mot virksomhetene.

Det framgår av forarbeidene at bestemmelsens nødssituasjonsbegrep – «påtrengende nødvendig» – må oppfattes strengt:

«Bestemmelsen om øyeblikkelig hjelp er ment å fange opp situasjoner som krever livredende innsats og innsats for å avverge alvorlig helseskade for å hjelpe pasienten ut av en akutt situasjon.»¹¹³¹

¹¹³¹Ot.prp. nr. 13 (1998–99) kapittel 26

Helsehjelpsbegrepet favner bredt og både diagnostikk, behandling og omsorgsrettede tiltak kan være aktuelt. Også fare-for-andre-situasjonen er særskilt omtalt i forarbeidene.

Spørsmålet om tvang er adressert i fortsettelsen av lovteksten i § 7:

«Med de begrensninger som følger av pasient- og brukerrettighetsloven § 4-9, skal nødvendig helsehjelp gis selv om pasienten ikke er i stand til å samtykke, og selv om pasienten motsetter seg helsehjelpen.»

Denne formuleringen er utelatt i de nevnte «søsterbestemmelsene», noe som ikke er nærmere omtalt i forarbeidene. Pasient- og brukerrettighetsloven § 4-9 regulerer retten til å nekte helsehjelp i særlige situasjoner. Retten til å nekte livsforlengende behandling gjelder bare for «døende pasient», jf. andre ledd. På denne bakgrunn har det vært diskusjoner om rammene helsepersonelloven § 7 setter. De særlige etiske spørsmål som her reiser seg er vurdert av Palliasjonsutvalget. Der anbefales justeringer i tolkingen av helsepersonelloven § 7 for å styrke selvbestemmelsesretten, særlig for å fange opp et skille mellom det som omtales som «egentlige» og «uegentlige» øyeblikkelig hjelp-situasjoner.¹¹³²

«Utvalget anbefaler [...] at samtykkekompetente pasienter som er i «uegentlige» øyeblikkelig hjelp-situasjoner bør få utøve sin selvbestemmelsesrett uavhengig av om pasienten anses som døende.»¹¹³³

I forarbeidene til helsepersonelloven § 7 er det presisert at bestemmelsen ikke kan danne grunnlag for tvangsinnleggelse i psykisk helsevern: her forutsettes det at psykisk helsevernloven er uttømmende.¹¹³⁴ Om denne avgrensningen mot frihetsberøvelse har rekkevidde også utenfor psykisk helsevernfeltet framgår ikke klart, men det er en rimelig forståelse.

Det har vært reist spørsmål om forholdet mellom hjemmel (eller rett) til inngrep og plikt all den tid bestemmelsen er formulert som en pliktregel. Forarbeidene er ikke klare på dette punktet, men enkelte utsagn kan indikere at grensen mellom hjemmel og plikt er tenkt samregulert. Blant annet heter det:

«Departementet foreslår derfor at nødrettsprinsippet lovhjemles i helsepersonellovens § 7.»¹¹³⁵

Det er imidlertid ikke gjennomført noen dypere drøftelse, og mangelen på klarhet er kritisert av flere.¹¹³⁶ I utgangspunktet er det rimelig å tenke seg at retten til inngrep kan gå lenger enn plikten. Supplering av bestemmelsen ut fra alminnelige nødrettslige prinsipper har slik blitt et tema.

¹¹³²Se NOU 2017: 16, særlig punkt 13.5

¹¹³³NOU 2017: 16, punkt 13.5.3

¹¹³⁴Ot.prp. nr. 13 (1998–99) kapittel 26

¹¹³⁵Ot.prp. nr. 12 (1998–99) s. 87

¹¹³⁶Sist av Søvig, 2018, særlig s. 51–52

23.2.2 Psykisk helsevernloven

Psykisk helsevernforskriften har i § 1 en bestemmelse som presiserer øyeblikkelig hjelp-plikten i spesialisthelsetjenesteloven § 3-1 – hvilke tilstander som «blant annet» omfattes. Bestemmelsen har imidlertid først og fremst fokus rettet mot rettskravssiden ved at vilkårene for etablering av tvang også i disse tilfellene følger lovens kapittel 3.

Psykisk helsevernloven inneholder ingen generell regel om inngrep i nødssituasjoner. Særlig § 4-8 om bruk av tvangsmidler i døgninstitusjon, er likevel naturlig å se i dette perspektivet.¹¹³⁷ I første ledd er uttrykksmåten «uomgjengelig nødvendig» brukt:

«Tvangsmidler skal bare brukes overfor pasienten når dette er uomgjengelig nødvendig for å hindre ham i å skade seg selv eller andre, eller for å avverge betydelig skade på bygninger, klær, inventar eller andre ting.»

Bestemmelsen har en positiv oppregning av aktuelle tvangsmidler i andre ledd:

- a. mekaniske tvangsmidler som hindrer pasientens bevegelsesfrihet, herunder belter og remmer samt skadeforebyggende spesialklær.
- b. kortvarig anbringelse bak låst eller stengt dør uten personale til stede.
- c. enkeltstående bruk av korttidsvirkende legemidler i beroligende eller bedøvende hensikt.
- d. kortvarig fastholding.

Fysisk holding hadde tidligere ikke blitt regnet som inngripende nok, men ble tatt inn ved en lovrevisjon i 2006 ut fra rettssikkerhetsmessige vurderinger:

«Situasjonene hvor fastholding brukes for å få kontroll over en situasjon ved bruk av fysisk makt, og hvor pasienten gjør motstand bør imidlertid lovreguleres. I slike tilfeller er det vanskelig å se at ikke fastholding kan være like inngripende som de tvangsmidler som i dag er nedfelt i § 4-8.»¹¹³⁸

I begrunnelsen for å regulere fastholdning inngikk at dette var et tiltak som i betydelig omfang ble benyttet i barne- og ungdomspsykiatrien. I relasjon til barn sier departementet at holding vil ikke alltid være et tvangstiltak, men en naturlig del av omsorgen for barnet.¹¹³⁹

Ut fra den reguleringsteknikk som her er valgt, oppstår spørsmålet om hvordan psykisk tvang – for eksempel i form av trussel om bruk av mekaniske tvangsmidler, eller negative sanksjoner ellers – skal bedømmes. Slike kan etter omstendighetene være like eller mer inngripende enn tiltak etter § 4-8 bokstav a til d, for eksempel «kortvarig fastholding». Skal slike da vurderes som forbudt, som tillatt innenfor rammene av § 4-2, særlig første ledd, eventuelt via en analogisk anvendelse av § 4-8? Utvalget finner ikke grunn til å gå nærmere inn i dette.

I forarbeidene er situasjonene som omfattes av § 4-8 beskrevet som «nødrettsliknende tilfeller der pasienten har en utagerende og ukontrollert atferd».¹¹⁴⁰ I psykisk helsevernforskriften

¹¹³⁷Jf. også NOU 2011: 9, punkt 15.3 hvor utvalget uttaler at «[a]ldgangen til å benytte tvangsmidler har en «nødrettslig begrunnelse».

¹¹³⁸Ot.prp. nr. 65 (2005–2006) s. 79–80

¹¹³⁹Ot.prp. nr. 65 (2005–2006) s. 79–80

¹¹⁴⁰Ot.prp. nr. 11 (1998–99) s. 163

§ 25 andre ledd er det gitt enkelte utfyllende regler om hvem som kan treffe avgjørelsen. Her er betegnelsen «akutt nødsituasjon» brukt:

«Dersom en akutt nødsituasjon gjør at umiddelbar kontakt med den faglig ansvarlige ikke er mulig, kan ansvarshavende ved avdelingen fatte vedtak om bruk av mekaniske tvangsmidler, isolering eller kortvarig fastholding. I slike tilfeller skal den faglig ansvarlige så snart som mulig underrettes. Dersom situasjonen gjør fortsatt bruk av tvangsmidler nødvendig, skal den faglig ansvarlige ta standpunkt til om bruken av tvangsmidler skal opprettholdes.»

Det framstår som uklart hvor mye lenger enn akutte nødssituasjoner lovens uomgjengelighetsbegrep rekker. Spørsmålet har stor praktisk betydning også fordi et uavklart spørsmål er om fysisk tvang i forbindelse med gjennomføringen av behandlingsvedtak uten gyldig samtykke, jf. § 4-4 a, må hjemles i § 4-8 eller forutsetningsvis kan tolkes inn i § 4-4. Uttalelsene i rundskrivet er sprikende.¹¹⁴¹ Se omtale i punkt 25.3.4.

En annen problemstilling gjelder tilfeller der situasjonen er så akutt at heller ikke «ansvarshavende» kan kontaktes. Spørsmålet er ikke kommentert i rundskrivet. Utvalget erfarer at i alle fall enkelte kontrollkommisjoner for slike tilfeller henviser til nødrettslige normer utenfor psykisk helsevernloven. Henvisning til alminnelige nødrettsnormer er heller ikke ellers uvanlig i psykisk helsevern. Til dels blir dette gjort eksplisitt i forarbeidene, særlig om bruk av elektrokonvulsiv behandling (ECT).¹¹⁴² Problemstillingen er videre kjent ved frykt for nært forestående selvmordshandling, men uten at det egentlig er mistanke om alvorlig sinnslidelse. Her brukes i praksis dels observasjonsparagrafen (§ 3-2) utenfor sitt virkeområde, i andre tilfeller blir det eksplisitt vist til nødretten, for eksempel slik i relasjon til unntak fra konverteringsforbudet i gjeldende rundskriv:

«Ved faresituasjoner som vurderes å ville vare kun i en meget kort tidsperiode, for eksempel et par døgn i forbindelse med en spesiell hendelse, vil det være mer naturlig at pasienten holdes tilbake på grunnlag av nødrett så lenge faresituasjonen består.»¹¹⁴³

23.2.3 Helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9

Helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 om bruk av tvang under ytelse av pleie- og omsorgstjenester til personer med utviklingshemning er det eneste av dagens regelsett som har et hovedfokus på håndtering av nødssituasjoner. Her er klart nok ambisjonen en tilnærmet uttømmende regulering av problematikken. Til forskjell fra psykisk helsevernloven § 4-8 opererer man i dette regelsettet heller ikke med en positiv oppregning av lovlige former for inngrep. Tvert imot har man nøydt seg med å nedfelle negative skranker – i form av særlige vilkår – for enkelte typer av tiltak, jf. § 9-6. For øvrig er det generelle vilkår om «vesentlig skade», nødvendighet og forholdsmessighet m.m. som setter grensene, jf. § 9-5.

¹¹⁴¹Helsedirektoratet, IS-1/2017

¹¹⁴²Ot.prp. nr. 11 (1998–99) s. 160

¹¹⁴³Helsedirektoratet, IS-1/2017, punkt 1.3.5

Begrepet «nødssituasjon» er direkte brukt i lovteksten, jf. § 9-5 tredje ledd bokstav a og b. Her skilles det mellom inngrep i enkeltstående situasjoner og «gjentatte» nødssituasjoner. Skillet har betydning for saksbehandlingen og gir et formelt grunnlag for en mer planmessig innsats ved repeterende faresituasjoner.

Begrepet «nødssituasjoner» avløste «konkret faresituasjon» i det tidligere kapittel 6 A i sosialtjenesteloven 1991 (nå opphevet), og bakgrunnen var et ønske om språklig forenkling, ikke realitetsendringer.¹¹⁴⁴ I forarbeidene til kapittel 6 A presiserte man vilkåret «konkret faresituasjon» til at faren måtte være nærliggende og påregnelig.¹¹⁴⁵

Et klassisk nødrettslig problem som også er aktuelt etter kapittel 9, gjelder hvor langt situasjonen må ha fått bygget seg opp mot en akutt krise før det kan gripes inn. Rent allment vil nok sentrale momenter her kunne være hvor eksakt empirisk observasjonsgrunnlag man har om når krisepunktet vil bli nådd, og hvor lang tid det vil ta å gjennomføre nødinngrepet. Enkelte personer kan ha en atferd som utløser repeterende – i noen tilfeller svært hyppige – nødssituasjoner. I slike tilfeller vil ofte personellet på grunnlag av erfaring, kunne «lese» vedkommende og forutsi at en krise er under rask oppbygging, selv om situasjonen ennå ikke er blitt akutt. Forarbeidene forutsetter her at det skal kunne gripes inn «på et tidlig tidspunkt».¹¹⁴⁶

Med dette har man nok ikke ment å redusere på beviskravene. Poenget er nok heller at bevis-situasjonen blir endret der man har konkret og dokumentert empiri om personens handlemønster. Dermed kan man på et tidligere tidspunkt slå fast at risikokravet er oppfylt. Det er altså ofte ikke tale om egentlig å lempe på kravene til nødssituasjonen. Uansett vil det (normalt) bare være tale om å framskynde intervensjonen med minutter. Tanken er at tvangsbruken gjennom en slik tidligere intervensjon vil kunne reduseres i tid og omfang. Dette ved at personen er roligere og lettere å få under kontroll slik at det er tilstrekkelig med lempeligere / mindre inngripende tvangsbruk enn hva som ville vært tilfelle dersom situasjonen hadde fått eskalere ytterligere.

På rundskrivsnivå har nødssituasjonsbegrepet blitt trukket langt de senere år for å gi basis for mer permanente tiltak, særlig for å verne andres interesser som ikke blir direkte omfattet av bokstav c. Illustrerende er følgende passasje i Rundskriv IS-10/2015 (s. 85–86):

«I noen saker kan det være tvil om den situasjonen man vurderer å sette inn tvangstiltak i er en nødsituasjon i lovens forstand. Dette vil særlig være tilfelle der aktuelle tiltak tilsynelatende har en mer forebyggende karakter, som f.eks. fotfølging, alarmer på dører og vinduer eller innlåsing/fjerning av farlige gjenstander. For å avgjøre om det foreligger en nødsituasjon som gir grunnlag for bruk av slike tiltak, må det som ellers gjøres en samlet vurdering av det risikobildet som foreligger. Som beskrevet er de sentrale delene i denne vurderingen hva slags skade det er tale om og hvor alvorlig den er, og hvor sannsynlig det er at skaden vil inntreffe dersom det ikke iverksettes tiltak etter kapittel 9. Videre må det vurderes om

¹¹⁴⁴Se Ot.prp. nr. 55 (2002–2003) punkt 7.11 og punkt 11.

¹¹⁴⁵Ot.prp. nr. 58 (1994–95) s. 39

¹¹⁴⁶Ot.prp. nr. 58 (1994–95) s. 39. Jf. også Helsedirektoratet IS-10/2004, s. 57

situasjonen er en nødsituasjon, dvs. om iverksettelse av tiltaket ikke kan utsettes eller unnlaten uten at situasjonen må forventes å bli vesentlig mer kritisk eller komme ut av kontroll.»¹¹⁴⁷

Formuleringene inneholder uklarheter gjennom stadig henvisning til «nødsituasjon» for å definere begrepet selv, men illustrerer et forsøk på en ekspansiv tolkning for å svare på et opplevd behov i omsorgspraksis når det gjelder å ivareta tjenestemottakers personlige trygghet og/eller andres sikkerhet.

23.2.4 Helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 10

Hjemmelen for å fatte midlertidige vedtak etter helse- og omsorgstjenesteloven § 10-2 fjerde ledd er ikke rimelig å omtale som regulering av nødssituasjoner. Lovens forutsetning er at det eksisterer et tidsvindu som gjør administrativ saksbehandling i forkant av inngrepet mulig. De egentlige nødssituasjoner må dermed håndteres etter andre regler, typisk helsepersonelloven § 7 ved akuttinnlegging for avrusing.

Regler om nødintervensjon under opphold i rusinstitusjon har vi i forskrift om rettigheter og tvang i rusinstitusjon § 10. I første ledd heter det:

«I akutte nødssituasjoner kan ansatte i institusjonen benytte kortvarig fastholding av pasient og bruker. Dette skal bare brukes når det er uomgjengelig nødvendig for å hindre vedkommende i å skade seg selv eller andre, eller for å avverge betydelig skade på bygninger, inventar eller andre ting.»

Det kan her se ut til at «uomgjengelig nødvendig» oppfattes som en presisering av hva som menes med «akutte nødssituasjoner», og dermed at uttrykksmåten er noe snevrere enn i psykisk helsevernloven § 4-8.

23.2.5 Pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A

Dette regelsettet regulerer ikke nødrettsproblematikken. Her er forutsetningen at det er de alminnelige regler, med helsepersonelloven § 7 i spissen, som kommer til anvendelse.

23.2.6 Alminnelige nødrettsnormer som supplement – hva betyr det?

Som allerede antydnet kan det tidvis bli vist til nødrettsnormer utenfor det som er positivt regulert i helse- og omsorgslovgivningen. Tradisjonelt har de strafferettslige reglene om inngrep i nødssituasjoner stått sterkt på helse- og omsorgsfeltet: nødrett (straffeloven § 17) og nødverge (straffeloven § 18). Dette er ikke hjemmelsbestemmelser, men straffrihetsgrunner. Utgangspunktet er at strafferettslig nødrett er en tøyelig norm som stiller lite strenge krav til situasjonen:

«Det kreves ikke at faren vil realisere seg umiddelbart. Også en fare som har vart lenge og en fare som vil kunne være til stede i lang tid fremover før den eventuelt resulterer i skade, kan utgjøre en nødrettssituasjon.»¹¹⁴⁸

¹¹⁴⁷Helsedirektoratet, IS-10/2015, s. 85–86

¹¹⁴⁸Gröning mfl., 2016, s. 425

Dette er et naturlig utgangspunkt ut fra strafferettens rolle i samfunnet. Men det skaper forviklinger og uklarhet dersom strafferettslig nødrett forsøkes brukt til å trekke grensen mellom hva som kan og ikke kan gjøres mer overordnet i helse- og omsorgstjenesten – altså som en hjemmelsbestemmelse. I mangel av praksis fra Høyesterett kan nevnes eksempler fra underrettspraksis som viser at nødretten i en helse- og omsorgsrettslig kontekst kan bli fortolket meget liberalt ut fra en strafferettslig innfallsvinkel, men samtidig at tilnærmingen kan være restriktiv der de samme bestemmelse blir tatt som utgangspunkt for avgjørelse av sivilrettslige spørsmål.¹¹⁴⁹ Når det i lovforarbeider, rundskriv og andre dokumenter henvises til nødrett som inngrepsgrunnlag i helse- og omsorgstjenesten, er det som utgangspunkt en referanse til noe meget uklart.

Spørsmålet i dag er om vi kan operere med en ulovfestet forvaltningsrettslig – eventuelt helserettslig – nødrettsnorm som er strengere enn den strafferettslige. Det kan være gode grunner for dette – helseretten har som juridisk disiplin langt på vei brutt med strafferetten – men temaet er lite fokusert i den rettsvitenskapelige litteraturen. Sannsynligvis skyldes dette at hovedfokus i tradisjonell forvaltningsrett har ligget på administrative prosesser, ikke på faktiske (gjennomførings)handlinger som kommer i sentrum ved tvang i helse- og omsorgstjenesten. Av denne grunn har den forvaltningsrettslige nødrettsdiskusjonen gjerne først og fremst kommet til overflaten i saker der tidsnød har framtvingent avvik fra ordinære sakbehandlingsregler. Det er imidlertid hevdet at Sårstelldommen (Rt. 2010 s. 612) med fordel kan oppfattes som uttrykk for en slags anvendelse av forvaltningsrettslig nødrett i materiell (innholdsmessig) betydning, til tross for at dette ikke så klart framgår av begrunnelsen.¹¹⁵⁰ Dette rokker likevel ikke ved at en henvisning til alminnelige nødrettsnormer for løsning av hjemmelsspørsmål i helse- og omsorgstjenesten – som ikke sjelden forekommer – er grunnleggende uklar.

23.3 Er en felles regulering mulig og ønskelig?

23.3.1 Er en felles regulering mulig?

Oppsummert er det dekning for å hevde at dagens regulering av bruk av tvang i nødssituasjoner på helse- og omsorgsfeltet er sammensatt og til dels uoversiktlig.

Ulike uttrykksmåter er brukt for å beskrive en nødssituasjon i lovgivningen. Heller ikke innholdsmessig er det enhetlig hva som omfattes (på tvers) av dagens lovverk. Hovedbestemmelsen i helsepersonelloven § 7 er formulert som en pliktregel, men speiler både et rettskrav på hjelp og en hjemmel for inngrep. Om og i hvilken grad retten til inngrep går lenger enn plikten, og da basert på alminnelige nødrettsnormer, er uklart. Spørsmålet oppstår også i relasjon til enkelte av de andre regelsettene. Blant annet er oppfatningene som utspiller seg rundt elektrokonvulsiv behandling (ECT) i psykisk helsevern et tydelig, men ikke enestående eksempel på dette. Helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 er på sin side uttrykk for en heldekkende

¹¹⁴⁹To dommer fra Gulathing lagmannsrett er illustrerende. I RG 2004 s. 694 var en psykolog tiltalt for bruk av tvang (straffeloven 1902 § 222) og vold (§ 228) som ledd i et atferdsterapeutisk behandlingstiltak. Psykologen ble frifunnet etter at den strafferettslige nødrettsbestemmelsen ble tolket liberalt ut fra en «plikt til omsorg for den innlagte i kombinasjon med nødrettsynspunkter» (s. 701). Haugesund-saken (ankesak nr. 98-00844) som direkte omhandlet arbeidsrettslige problemstillinger i kjølvannet av at en tjenesteyter nektet å delta i gjennomføringen av et tvangsbasert behandlingsopplegg overfor en psykisk utviklingshemmet kvinne, er på den andre siden uttrykk for en streng oppfatning av nødretten. Se nærmere omtale av dommene i Østenstad, 2011, s. 282–284.

¹¹⁵⁰Se Østenstad, 2014

regulering så langt regelsettet rekker: virkeområdet er kommunale tjenester med pleie- og omsorgsformål til personer med utviklingshemning.

En kasuistisk reguleringssteknikk kjennetegnes ved at den rettslige reguleringen retter fokuset mot enkelttiltak og virkemidler, med den følge at det kan oppstå spørsmål om hva som ellers gjelder. Kapittel 4 i psykisk helsevernloven er på ulike vis et eksempel her, også i relasjon til den rettslige håndteringen av nødssituasjoner. Et tilsynelatende underlig utslag er at enkelte situasjoner kan bli regnet som *for akutte* til å bli omhandlet av dette regelverket – og dermed må håndteres etter den alminnelig nødrett, langt på vei unntatt fra enhver form for systematisk kontroll. En lignende problemstilling ser vi når det hersker uklarhet om psykisk helsevernloven § 4-8 også kan komme til anvendelse ved gjennomføringstiltak etter psykisk helsevernloven § 4-4.

Oppsummert er dagens lovgivning om inngrep i nødssituasjoner fragmentert. Det gjelder blant annet om begrepsbruk og hvilke situasjonstyper og dermed tjenestetyper som er i fokus – for eksempel medisinsk behandling eller omsorg. Tilsvarende gjelder hvor heldekkende reguleringen er, samt muligheten for å se ulike inngrep i sammenheng. En samordnet lovgivning vil innebære en sammenveving av ulike regulerings teknikker. Utvalget er kommet til at dette ikke utgjør en uoverstigelig hindring, men mer er et spørsmål om ønskelighet.

23.3.2 Er en felles regulering ønskelig?

23.3.2.1 *Behov for bedre samordning, presisjon og en uttømmende regulering*

Sentralt for utvalget står et ønske om bedre samordning og innholdsmessig klarhet i tvangslovgivningen, men også tilgjengelighet for den som blir omfattet av eller skal praktisere reglene. I forlengelsen ligger spørsmålet om en *uttømmende* regulering av nødsinngrep på helse- og omsorgsfeltet, som nettopp kan gi en stor samordnings- og presisjonsgevinst. Alternativet vil være – i større eller mindre grad – fortsatt å bygge videre på en uklar referanse til nødrettsnormer som ligger utenfor helse- og omsorgslovgivningen selv, som et supplement. Den tradisjonelle koblingen mellom helse- og sosialretten og strafferetten er sterkt svekket i rettstenkning og lovgivning de siste 15 til 20 år. I stadig sterkere grad har hjemmelsspørsmålet og straffrihetsspørsmålet blitt sett som to forskjellige problemstillinger. En samlet regulering av hjemmelen (retten) til inngrep i nødssituasjoner kan sies å føre denne utviklingen – som er naturlig i lys av rettsområdenes ulike fokuspunkt – ett steg videre.

Det mest slagkraftige argument mot en uttømmende regulering er kanskje at det å ha nødrettsregler med et noe uklart innhold «i bakhånd», kan gi en ønsket fleksibilitet i rettsanvendelsen. Spørsmålet blir da om dette behovet for fleksibilitet kan ivaretas også innenfor en uttømmende regulering. En annen utfordring er knyttet til det å kunne ivareta særlig hensyn for enkeltgrupper. Om og hvordan de nevnte hensyn om samordning, presisjon og tilgjengelighet kan oppnås i et slik farvann, er tema i dette kapitlet.

23.3.2.2 *Behov for å unngå diskriminering*

Det særlige fokus helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 i dag retter mot nødinngrep i omsorgen for personer med utviklingshemning, kan fremstå som problematisk når parallelle problemstillinger er aktuelle på tvers av dagens ulike hjemmelslover. Dette ved at det skapes et inntrykk av at personer med utviklingshemning som gruppe er særlig ukontrollerbare og farlige for seg selv og andre. Et felles regelverk vil trolig kunne løse dette problemet.

23.3.2.3 *Behov for økt åpenhet om tvang*

Etter dagens lovverk har en del tvang i praksis kunnet «gjemmes bort» gjennom diffuse henvisninger til nødrett. Her har man verken hatt på plass særlige registrerings- eller kontrollordninger. En felles regulering vil med nødvendighet endre på dette.

På den negative siden vil dette gjøre Norge mer eksponert for kritikk fra internasjonale kontrollorgan i den grad slike nøyer seg med en gjennomgang av lovgivningen og ikke også tar seg tid til å studere hva som i dag er praksis på uregulerte felt. For eksempel har Sverige fått kritikk fra CRPD-komiteen for sin tvangslovgivning, men ingenting er nevnt om den faktiske tvangsbruk som skjer på de uregulerte områdene: herunder i omsorgen for demente og personer med utviklingshemning.¹¹⁵¹ Utvalget er på sin side av den klare oppfatning at åpenhet om tvangsbruk – også i regelverket – i seg selv er en forutsetning for å redusere bruken av tvang.

23.3.2.4 *Behov for en koordinert innsats for å begrense bruken av tvang*

En hovedutfordring er at enkeltpersoner kan bli utsatt for omfattende bruk av tvang i nødssituasjoner og ofte over tid. Et felles regelverk kan legge til rette for en koordinert innsats for å begrense tvangen i slike tilfeller ved at inngrepene blir satt i en større sammenheng.

23.4 Rammer for utvalgets vurderinger

23.4.1 Forholdet til helsepersonelloven § 7, jf. pasient- og brukerrettighetsloven § 4-9

Dagens regulering av inngrep i nødssituasjoner frambyr et sammensatt bilde. Helsepersonelloven § 7 er en pliktbestemmelse og har – som nevnt – en side mot hjemmelsspørsmålet, men speiler samtidig et rettskrav for borgerne. Allerede denne sammensatte karakteren har gjort det unaturlig for utvalget å gå nærmere inn i rekkevidden av pliktbestemmelsen. Bestemmelsen må videre tolkes i lys av pasient- og brukerrettighetsloven § 4-9 om rett til å nekte hjelp i enkelte situasjoner. Dette reiser særlige etiske spørsmål som er vurdert av Palliasjonsutvalget.¹¹⁵² Helse- og omsorgsdepartementet har startet arbeidet med en stortingsmelding om lindrende behandling og omsorg som skal følge opp utredningen fra Palliasjonsutvalget. Det tas sikte på at meldingen skal legges fram i 2019.

Det som da står igjen er spørsmålet om hjemmel for/rett til inngrep i nødssituasjoner. Gjennomgangen av gjeldende rett indikerer at det er ønskelig med en samordning her både for å bidra til klarhet om rammene isolert sett, men også for å få plassert nødintervensjoner i en større sammenheng der fokus mer kraftfullt kan bli rettet mot å begrense bruken av tvang.

En rett til inngrep kan – logisk sett – ikke være snevrere enn plikten. Dette betyr at de hjemler for nødinngrep utvalget foreslår, alltid må tolkes i lys av helsepersonelloven § 7, jf. pasient- og brukerrettighetsloven § 4-9. Det ligger i sakens natur at plikten og retten til inngrep i mange tilfeller vil være sammenfallende: Dette gjelder ved akuttintervensjoner for å berge liv eller hindre alvorlig helseskade. Det er i randsonen for pliktbestemmelsen – og utover – utvalgets lovutkast får en selvstendig rettslig betydning. En hjemmelsbestemmelse kan gi større fleksibilitet om hvilke rettsgoder det skal kunne gripes inn for å verne, hvor nært i tid skaden må inntre og til dels hvilke tiltak som kan iverksettes. Som det vil framgå legger utvalget opp til en restriktiv linje der rammene for nødhjemplene klargjøres og strammes inn sammenlignet med gjeldende rett, slik beskrevet ovenfor, samtidig som det vil være tale om en viss utvidelse sammenlignet med det som følger av pliktbestemmelsen.

¹¹⁵¹CRPD-komiteen, 2014a

¹¹⁵²NOU 2017: 16

23.4.2 Potensialet for forebygging av tvang – særlige aspekter ved nødssituasjonene

Utvalget har omtalt kunnskapsgrunnlaget for tiltak som kan redusere og forebygge tvang i kapittel 11, men finner grunn til å framheve enkelte særlige aspekter ved nødssituasjonene. En utfordring her ligger i den knappe tiden som står til rådighet før det må gripes inn i den konkrete, akutte situasjonen. Har hendelsesforløpet først kommet så langt at situasjonen er i ferd med å manifestere en nødssituasjon, er virkemiddelapparatet for å unngå eller begrense bruken av tvang ofte sterkt redusert. Det er derfor det forebyggende arbeidet som nedlegges i forkant, er det langt viktigste.

Mye tyder på at det er relativt lett å redusere bruken av tvang i nødssituasjoner, blant annet i psykisk helsevern. Legeforeningens gjennombruddsprosjekt viste at mange klarte å redusere bruken av tvang på relativt kort tid.¹¹⁵³ Dessverre ser det ut til at tvangen tok seg opp igjen de fleste steder etter at prosjektene ble avsluttet. Også prosjektet Brukerorienterte alternativer til tvang i sykehus (BAT) viste resultater, men peker på at dyptgripende endringer i institusjonskultur og tilvante arbeidsformer tar tid.¹¹⁵⁴

I hovedrapporten fra BAT-prosjektet omtales intervensjoner som kan tenkes å redusere bruken av tvang. Rapporten nevner særlig forebyggende, konfliktdempende tiltak, mer anerkjennende tilnærminger til pasientene, endret grensesettingspraksis, mer tid til kommunikasjon, å ta hensyn til pasientens ønsker i behandlingen, mer individuell behandling, færre husregler og endret skjermingspraksis.

I senere år har vi sett vellykkede forbedringsprosjekter som har tatt utgangspunkt i nettopp slike intervensjoner. Her hjemme har Lovisenberg sykehus klart å redusere bruken av beltelegging med 85 prosent i en akuttpost vesentlig ved hjelp av preventiv kommunikasjon, brukermedvirkning, holdningsendringer i personalgruppen, deeskalerende kommunikasjon, fleksibilitet, individuell behandling med stor involvering av pasientene og få rigide regler eller krav. Reduksjonen i tvangsbruk skjedde uten at det ble flere skader på de ansatte.¹¹⁵⁵

I England har Mersey Care NHS Foundation Trust redusert tvangsbruken i stor grad, også i avdelinger med det aller høyeste sikkerhetsnivået. Resultatene er blant annet mindre skader på ansatte og redusert sykefravær. Prinsippene i satsingen har vært recoveryorienterte og har siktet mot de minst inngripende tiltakene. Brukerne blir involvert i alle spørsmål om behandlingen og har individualiserte prosesser og planer som kan være til hjelp i kriser. De ansatte blir lært opp i personsentrerte terapeutiske interaksjoner med vekt på recovery, sosial integrasjon og lite inngripende tilnærminger.¹¹⁵⁶ Prosjektet førte til halvering av bruken av tvangsmidler (fysiske og medikamentelle) på ett år. Sykefraværet sank med 25 prosent på to år. Ansatte var mer tilfredse, og brukerne var mer fornøyde med tjenestene.

¹¹⁵³Mathisen og Føyn, 2011

¹¹⁵⁴Norvoll mfl., 2008

¹¹⁵⁵Veland og Jacob, 2016

¹¹⁵⁶Kilcoyne, 2016

Slike funn gir grunnlag for optimisme. Med endrede holdninger og arbeidsformer kan vi nå langt.

Som det framgår av lovutkastet foreslås ulike tiltak for å begrense bruken av tvang særlig med tanke på nødssituasjonen. Disse omtales i fortsettelsen. I tillegg til de rettslige virkemidlene, vil utvalget understreke behovet for et nasjonalt krafttak for forebygging av tvang i form av oppbygging av solid fagkompetanse som kan rådgi og veilede så vel ledelse som helsepersonell – og i siste instans instruere om endringer. Helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 har elementer av dette gjennom kravet om involvering av spesialisthelsetjenesten i kommunale tiltak, jf. § 9-7 andre ledd. Utvalget foreslår en videre utbygging av denne ordningen, blant annet for å sikre at fagkompetanse kommer til nytte «på tvers» i spesialisthelsetjenesten, se utkastet § 9-7, jf. § 8-7. I tillegg vurderer utvalget at det er behov for en nasjonal funksjon, eventuelt organisert under Helsetilsynet, som kan ha en støttefunksjon i vanskelige saker. Hvordan dette nærmere skal organiseres faller utenfor utvalgets mandat. Inspirasjon kan hentes fra andre land, for eksempel England, slik omtalt ovenfor.

Pålitelige tall om omfanget av den faktiske tvangsbruken vil være av stor nytte – om ikke en forutsetning – for et kraftfullt faglig reformarbeid på dette feltet. I Danmark har man erfaring med elektronisk registrering, og helsemyndighetene bruker materialet aktivt i arbeidet for å få til en reduksjon, herunder som et virkemiddel for å ansvarliggjøre ledelsesnivået i regionene (som har ansvar for sykehusene), se nærmere i kapittel 8. Utvalgets lovutkast legger grunnlaget for innsamling og systematisering av data om tvangsbruk. Dette blant annet ut fra den rolle fylkesmannen er tiltenkt som «sentral» for mottak av vedtak og beslutninger om tvang. Departementet gis et lovfestet ansvar for at det blir holdt en nasjonal oversikt.

23.5 Nødssituasjonsbegrepet

23.5.1 Kjennermerke

Utvalget ser større grad av samordning og klarhet om hva som utgjør en nødssituasjon som en viktig verdi i en framtidig lovgivning. I lys av den funksjon begrepet har for organisering av lovgivningen – det gjelder utforming av så vel materielle regler som saksbehandlingsregler –, er det naturlig å knytte innholdet til de tradisjonelle akutsituasjonene. I sin kjerne er disse preget av en krise i rask utvikling mot en nært forestående skade, eventuelt mot et kritisk punkt der en skade ikke lenger vil kunne hindres eller begrenses effektivt om det ikke blir grepet inn nokså umiddelbart. En slik forståelse bør gjenspeiles i lovteksten.

En slik ramme vil også gi god mening i lys av Den europeiske menneskerettsdomstolens (EMDs) linje i nyere praksis om bruk av tvangsmidler i psykisk helsevern hvor uttrykksmåten «immediate or imminent harm» er brukt:

«The Court notes that both the European and national standards [...] are unanimous in declaring that physical restraints can be used only exceptionally, as a matter of last resort and when their application is the only means available to prevent immediate or imminent harm to the patient or others.»¹¹⁵⁷

¹¹⁵⁷Bures mot Tjekkia, 2012, avsnitt 95

I de reviderte standardene om tvangsmiddelbruk i voksenpsykiatrien av 21. mars 2017 fra Den europeiske torturforebyggingskomiteen benyttes begrepet «emergency situation».¹¹⁵⁸ Disse standardene er ikke bindende for Norge, men er naturlige å trekke inn som anbefalinger med en høy etisk appell. Som det framgår er dette en type dokumenter også EMD vektlegger.

Et spørsmål er hvor langt et hendelsesforløp må ha fått utvikle seg før det kan gripes inn. Problemstillingen oppstår særlig der personellet observerer tidlige tegn på at en krise er nært forestående ut fra konkret kjennskap til personen. Utvalget ser det som rimelig at linjen etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 – omtalt ovenfor –, her videreføres med et visst, men snevert rom for «preventiv intervensjon». Her er det egentlig ikke tale om å svekke kravene til situasjonens akutte preg, men heller å utnytte det rommet en forbedret bevisssituasjon gir. Uansett vil det (normalt) bare være snakk om å framskynde intervensjonen med minutter. En forutsetning er at en slik framskutt intervensjon blir gjort for enten å redusere omfanget av tvangsbruk i den aktuelle situasjonen, eller at inngrepet kan skje på en mer kontrollert måte – slik at skade med større sannsynlighet kan unngås eller begrenses. Synspunktet er *ikke* aktuelt ved særlig inngripende tiltak, jf. lovutkastet § 4-3.

23.5.2 Formål

En nødssituasjon opphører når krisen er brakt under kontroll. Nødinngrep er etter sin natur rene «brannslukningstiltak». Intervensjonen kan verken økes i intensitet eller forlenges i tid i et håp om å unngå lignende atferd i framtiden. All samhandling mellom mennesker er likevel egnet til å gi læringseffekter. Så lenge det ikke impliserer økt bruk av tvang – i tid, styrke eller omfang –, må derfor også en nødintervensjon kunne innrettes med tanke på å gi en forebyggende effekt, i den grad det er mulig i den konkrete situasjonen.

Økt bruk av tvang i nødssituasjoner for å oppnå en lengrevarig atferds- eller behandlingsgevinst krever et særlig hjemmelsgrunnlag. I omsorgen for mennesker med utviklingshemning har imidlertid ikke erfaringene med en slik kobling av formål vært positive. Det er nettopp hvor inngrep i nødssituasjoner er blitt brukt som startpunkt for eksersis i korrekt atferd at de mest kontroversielle og inngripende tiltak har forekommet. Hjemlene for en slik kobling av formål har etter hvert blitt rensket ut av lovgivningen, noe som også synes å ha blitt akseptert fra faglig hold. I psykisk helsevern er imidlertid grensen mellom nødintervensjon og behandlingstiltak til dels fremdeles uklar, jf. nærmere i punkt 23.7.5 om grensen mellom psykisk helsevernloven § 4-3 og § 4-8 bokstav b – skjerming og isolasjon.

23.5.3 Forholdet til risikospørsmålet

Intervensjon i en nødssituasjon har et preventivt formål: å hindre eller begrense skade. Også her vil spørsmålet være hvilken risiko vi er villig til å akseptere før det gripes inn. På helse- og omsorgsfeltet har lovgivningen generelt vært lite klar om dette.

Utvalget har valgt å gi sin hovedomtale av risikospørsmålet i punkt 24.8.4. Her skal framheves at det i litteraturen er påpekt at en ren sannsynlighetsvurdering for om skade vil inntre blir for snevert. Ser man bort fra litt ulik terminologi i framstillingene, er det argumentert for at det må gjøres en helhetsvurdering der sentrale momenter er risikoens art (type skade) og omfang (hvor omfattende skade?), og nærhet i tid til skadeutslaget. Også hvem sin interesse som er truet må trekkes inn. Hva som er akseptabelt risikonivå ved fare for dødelig utgang uten in-

¹¹⁵⁸Europarådet, 2017

tervensjon ligger for eksempel lavere enn om problemstillingen gjelder materiell skade. Der-
som tiltaket gjelder et barn, må det tas hensyn til. Barns særlige behov for beskyttelse tilsier
en lavere terskel for inngrep.

Risikospørsmålet kan reguleres særskilt også for nødssituasjoner. Etter lovutkastet er imidler-
tid et sentralt element i vurderingen – nærhetsspørsmålet – allerede utskilt: gjennom forutset-
ningen om en akuttpreget situasjon. I nødrettskonseptet (men ikke for nødverge) ligger det
også visse føringer om art og omfang av det godet som er truet. På denne bakgrunn har utval-
get sett det som lite tjenlig med en eksplisitt risikoformulering i lovteksten. Dette innebærer at
akuttbegrepet oppfattes som en hovedregulator som også kan ivareta disse aspektene. Innen
snevre rammer må dermed akuttbegrepet kunne påvirkes ut fra momenter som nevnt.

Dette gir et ønsket element av fleksibilitet ved at presset i retning av å etablere særhemler for
enhver tenkelig og utenkelig situasjon bremses noe. Samtidig er rammene for nødretten i ut-
valgets støpning fremdeles betydelig klargjort og dermed rettssikkerhetsmessig mer betryg-
gende enn etter dagens regime. En viss fleksibilitet er av særlig betydning i saker der det kan
være vanskelig rimelig presist å bedømme risikonivået, samtidig som en eventuell skadefølge
kan være særlig alvorlig – for personen selv eller andre.

23.6 Hovedsynspunkt om en framtidig regulering

23.6.1 Betydning av tidsnød

De hensyn som gjør seg gjeldende ved regulering av tvang i nødstilfellene skiller seg i ut-
gangspunktet ikke fra det som ellers gjelder. Om det er pasient/brukers egne interesser som er
i fare eller andres, er således også her relevant og kommer til uttrykk i skillet mellom nødrett
og nødverge. Tilsvarende vil hvilket retts gode som er truet være av betydning: livet er nær
ukrenkelig både etter tradisjonell norsk rett og menneskerettighetene, helse har også et sterkt
vern, mens materielle goder står svakere.

Tiltakets inngripende karakter kan også variere sterkt. Vi har en lang glideskala fra fravær av
samtykke, via påvirkningsformer for å overvinne motstand som ligger i grenslandet for hva
som kan defineres som tvang, til massive fysisk inngrep under sterk motstand, kanskje med
bruk av mekaniske tvangsmidler, som representerer en total kontroll over personen. Her vil
tradisjonelle rettslige krav som nødvendighet og forholdsmessighet komme til anvendelse.
Elementet av tidsnød i akuttsituasjonene reiser imidlertid særlige utfordringer ikke bare i
praktiseringen av reglene, men også i en lovgivningsmessig sammenheng. Det er dette som
skal utdypes i fortsettelsen. Noen sider er allerede antydnet tidligere.

23.6.2 Betydningen av ambisjonen om en uttømmende regulering

Som nevnt innebærer en samordning av lovgivningen at ulike reguleringsteknikker som i dag
gjenfinnes i lovverket, må bygges sammen. En ambisjon om en uttømmende regulering av
nødsinngrep forutsetter at loven ikke uten videre positivt kan definere hvilke typer av virke-
midler som kan være aktuelle, men at begrensningene først og fremst må komme til uttrykk
gjennom generelle vilkår som nødvendighet og forholdsmessighet. Prinsippet om at det minst
inngripende tiltak skal benyttes står sterkt, og forutsetter at det gjøres individuelle vurderinger
i den enkelte sak og situasjon. Særlige skranker – av negativ karakter – for bestemte tiltaksty-
per er imidlertid nødvendig, se nedenfor. Utvalget vurderer altså at det er modellen etter
helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 som bør velges, ikke den mer kasuistiske tilnær-
mingen i psykisk helsevernloven kapittel 4.

Utvalget har forsøkt å balansere hensynet til behovet for klare regler – og i den forbindelse presise skranker for særlig inngripende tiltak – mot prinsippet om at man i den konkrete situasjonen alltid skal velge det minste inngrepet. Tidvis kan det her oppstå en konflikt mellom prinsipper som begge har ankerfeste så vel i Grunnlova som i menneskerettighetene, men lovgiver vil ha en betydelig frihet i vurderingene av hvordan dette bør løses.

Innenfor en heldekkende regulering av inngrep i nødssituasjoner vil ikke «kortvarig fastholding», jf. psykisk helsevernloven § 4-8 bokstav d, kunne defineres som et tiltak som det skal bygges spesielle rettssikkerhetsgarantier rundt. Derimot vurderer utvalget at dette må gjelde for særlig kvalifiserte former for holding: fysisk nedleggelse. Ved første øyekast vil noen kunne oppfatte dette som problematisk, men dette er altså basert på en sammenstilling og analyse av svakheter i dagens reguleringsmodeller.

23.7 Ulike problemstillinger

23.7.1 Hvilke interesser har vern?

23.7.1.1 *Skillet mellom nødrett og nødverge*

Ut fra utvalgets mål om å bidra til større grad av klarhet om rammene for inngrep, inngår en løsrivning av hjemmelsspørsmålet fra strafferetten som et sentralt element. (At straffeforfølgning av ansatte for enkelthandler fortsatt kan være aktuelt er noe ganske annet.) For å etablere en uttømmende helse- og omsorgsrettslig regulering innebærer dette at ikke bare nødrett – inngrep for å verne personens egne interesser – må lovfestes, men også nødverge – inngrep for å verne andre. Oppmerksomheten rettet mot sistnevnte har nok ofte vært mindre i lovgivningsarbeid i helse- og omsorgstjenesten enn oppmerksomheten om nødrettstilfellene. Ofte er spørsmålene blitt behandlet under ett og da slik at nødretten har vært hovedtema. Dette kan naturlig ha sammenheng med at det å ivareta andres interesser kan sies å ligge i ytterkanten av hva som anses som helse- og omsorgstjenestens oppgaver. Utvalget har likevel avklart at nødssituasjonene er spesielle og at det her er sterke grunner for at tjenestene også skal kunne utøve nødvergehandlinger: enten dette er for at ansatte skal kunne verne seg selv, andre personer som mottar tjenester eller utenforstående, se nærmere punkt 14.4.4.

23.7.1.2 *Liv og helse*

At liv og helse må kunne vernes gjennom nødintervensjoner er selvsagt. For helseskader må imidlertid terskelen være høyere ved nødrett – der det er personens egen helse som er truet – enn ved nødverge: der det gripes inn for å verne andre. For nødrett brukes uttrykksmåten «vesentlig helseskade». Denne skal forstås tilsvarende som der uttrykket er brukt for øvrig i lovutkastet og er en videreføring av uttrykksmåten som i dag er brukt i pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A. Presiseringen i forarbeidene er at helseskaden «må ha eit betydeleg omfang og/eller alvorlege konsekvensar».¹¹⁵⁹ Både fysisk og psykisk helse omfattes. Dette betyr at retten til inngrep i nødssituasjoner for helseskade på personen selv i utgangspunktet vil falle sammen med plikten, jf. helsepersonelloven § 7. Det er altså ikke først og fremst her betydningen av en særlig nødrettslig regulering viser seg.

For nødverge må terskelen være lavere. Utvalget har vurdert om grensen bør settes ved (akutt) fare for «skade», altså en manifest negativ påvirkning av helsen. Da faller mer bagatellmessige krenkelser – som å bli spyttet på – utenfor. Slike vil normalt ikke være alvorlige nok. Om

¹¹⁵⁹Ot.prp. nr. 64 (2005–2006) s. 37

det ikke lykkes å finne en annen løsning, vil da politiet måtte tilkalles, eventuelt kan privat rettshåndhevelse være aktuelt.

En slik modell vil likevel være lite bærekraftig. Der det er personell som blir utsatt for krenkelser, må de kunne forsvare seg, og der offeret er barn, funksjonshemmede eller andre sårbare personer, vil det at personellet ikke kan gripe inn i nødverge, selv om det ikke er fare for helseskade, framstå som utålelig. Ingen skal måtte oppleve kroppskrenkelser og utvalget foreslår at grensen trekkes nettopp der, jf. straffeloven § 271: Dette betyr at retten til inngrep foreslås å være videre enn plikten etter helsepersonelloven § 7. I nødvergetilfeller står rett mot urett, som det gjerne uttrykkes, noe som rettferdiggjør en senkning av terskelen.

23.7.1.3 Tingskade

Etter gjeldende rett er det hjemmel for å gripe inn for å hindre tingskade så vel etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 (kan omfattes av «vesentlig skade») som etter psykisk helsevernloven § 4-8 («betydelig skade på bygninger, klær, inventar eller andre ting»). I § 10 i forskrift om rettigheter og tvang i rusinstitusjon finnes en tilsvarende formulering som i psykisk helsevernloven. Det er mer usikkert om pliktbestemmelsen i helsepersonelloven § 7 under gitte omstendigheter kan hjemle denne typen tiltak ved ytelse av omsorgstjenester. Nødrettsbestemmelsen i straffeloven § 17 er generelt formulert og omfatter klart nok også tingskade, jf. ordet «eiendom». Innholdet i en eventuell ulovfestet forvaltningsrettslig nødrettsnorm er meget usikkert, også på dette punkt.

For en rettsstat er det en verdi å begrense inngrepshjemler mest mulig. Utvalget er likevel kommet til at et generelt forbud mot inngrep for å hindre personen i å ødelegge egne eiendeler i akutte situasjoner ikke er tilrådelig da dette kan påføre personen store problemer – både økonomisk og følelsesmessig – i ettertid: blant annet er problemstillingen kjent i omsorgen for mennesker med utviklingshemning. Imidlertid bør terskelen settes ved «vesentlig skade» ut fra en avveining av de kryssende hensyn. Vesentlighetsvurderingen vil være sammensatt der særlig økonomisk verdi, nytteverdi og affeksjonsverdi naturlig inngår. Som det er framgår er det ikke tjenlig å angi bestemte beløpsgrenser for hva som er vesentlig. Ved repeterende skadelig atferd kan en mer planmessig tilnærming være aktuell, se punkt 23.6.6.

Også i nødvergetilfeller må det kunne gripes inn for å hindre materiell skade. Utvalget har her vurdert om det bør gjelde en lavere terskel – enn «vesentlig» tingskade – ut fra alminnelige nødvergerettslige synsmåter: rett står mot urett, i motsetning til ved nødrett der rett står mot rett. En fare ved en senket terskel er at det på en uheldig måte kan vri fokuset i omsorgen over mot kontroll. En forskjell fra kroppskrenkelser er også at det ved tingskade i større grad er mulig å gjenopprette skaden gjennom andre virkemidler i etterkant, for eksempel ved økonomisk erstatning.

Alt i alt vurderer utvalget at et vesentlighetskrav bør nedfelles også i nødvergetilfellene, men at det i vurderingen må kunne legges en viss vekt på at det her er tale om krenkelse av andres eiendom.

Utvalget har imidlertid vurdert at det ikke bør kunne brukes særlig inngripende tiltak hvor det bare er fare for tingskade unntatt skjerming. Dette representerer en innstramming sammenlignet med det som i dag følger av psykisk helsevernloven § 4-8 første ledd. Det gjelder også sammenlignet med helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 ved at skjerming i slike tilfeller blir utelukket. Skadevoldende atferd mot egne eiendeler vil imidlertid i en del tilfeller også innebære fare for skade på personen selv, f.eks. kuttskader om glass blir knust. Det må altså vurderes i hvert tilfelle om det kun er fare for materielle ødeleggelser på egne eiendeler eller om personen også risikerer å bli skadet under sine handlinger.

23.7.1.4 Andre goder

En annen problemstilling er hvorvidt inngrep for å verne andre goder som velferd eller livskvalitet – alt interesser med et vern etter lovgivningen, i det store bildet – skal kunne hjemles i nødrett. Dette er likevel lite konkrete størrelser og ut fra legalitetsprinsippet framstår det betenkelig å strekke en alminnelig nødrettsfullmakt til også å dekke slike tilfeller. For livskvalitet sin del er spørsmålet vurdert i forarbeidene til det tidligere kapittel 6 A i sosialtjenesteloven 1991 (opphevet), men ble forkastet.¹¹⁶⁰

Enkelte personer kan ha en atferd som er grovt sosialt fornedrende – for eksempel i form av å grise seg til med avføring eller kle seg naken på steder der dette virker sterkt stigmatiserende. Etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 er det en inngrepsadgang i slike tilfeller, men der den høye terskelen blir sterkt understreket. Fokus har gjerne vært rettet mot sterkt avvikende atferd:

«Det å kle av seg på offentlig sted, onanere på offentlig sted, gjøre sitt fornødne andre steder enn på toalettet eller grise med avføring vil vanligvis være så sosialt fornedrende at det må anses for å utgjøre en vesentlig skade. Å spise enkelte uspiselige ting i nærvær av andre mennesker kan også være sosialt fornedrende i en slik grad at det må anses som vesentlig skade, selv om det ikke foreligger fare for vesentlig skade i medisinsk forstand.»¹¹⁶¹

Etter de andre regelverkene har vi ikke denne typen hjemler, men problemstillingen er kjent, særlig i omsorgen for demente.

Å hjemle inngrep i situasjoner som nevnt, er sterkt betenkelig ut fra synspunktet om toleranse overfor andre. Selv om alle har krav på respekt for sitt menneskeverd, er det likevel ikke all atferd som er et menneske verdig. Utvalget har derfor valgt å formulere en snever hjemmel for inngrep i slike tilfeller. Situasjonen oppstår gjerne brått. Da er det passende å se det fra en nødrettsynsvinkel. Ved repeterende atferd kan vedtak etter lovutkastet § 6-5 være aktuelt, se punkt 23.7.6.

Rt. 2010 s. 612 (Sårstelldommen) reiser spørsmål om det i større grad enn her nevnt bør være adgang til å gripe inn av hensyn til andre. Spørsmålet er nærmere vurdert i kapittel 26.

23.7.2 Nødvendighet og forholdsmessighet, men ikke beslutningskompetanse og antatt samtykke

En hovedutfordring i nødssituasjoner vil være tidsknapphet i vurderingen av om vilkårene for inngrep er oppfylt. I enkelte tilfeller vil personellet måtte handle intuitivt. Dette krever en særlig gjennomtenkning av hvordan materielle vilkår formuleres i lovteksten. I strafferetten vil et hovedpoeng være at vurderingen skal ta utgangspunkt i hvordan den som utøver tvangen (her personellet) har oppfattet situasjonen. Dette er naturlig ut fra at det er spørsmål om å avklare individuelt strafferettslig ansvar. I en forvaltningsrettslig kontekst hvor hjemmelsspørsmålet skal avklares, stiller dette seg annerledes. Her vil utgangspunktet være en objektiv vurdering, men der elementet av tidsnød naturligvis inngår.

¹¹⁶⁰Ot.prp. nr. 58 (1994–95) s. 24–25 der departementet under tvil foreslo en begrenset adgang til å anvende tvang dersom det kunne gi vesentlig bedring av tjenestemottakerens livssituasjon, men forslaget ble trukket i Ot.prp. nr. 57 (1995–96) punkt 3.2.4 og 4.1.

¹¹⁶¹Helsedirektoratet, IS-10/2015, s. 76

Innholdet av en nødvendighets- og forholdsmessighetsvurdering er omtalt i punkt 14.2, men for ordens skyld gjentas hovedpoengene her: Nødvendighetsvurderingen handler i sin kjerne om hva som utgjør det minst inngripende effektive tiltak for å nå målet om å hindre eller begrense skade. At tiltaket er egnet til å nå dette målet kan sies å inngå som en side ved dette. Forholdsmessighetskravet gir anvisning på en bredere vurdering av om inngrepet er rimelig.

Krav om nødvendighet og forholdsmessighet er grunnleggende både etter tradisjonell norsk rett og menneskerettighetene, også i nødssituasjoner. Det er således ikke et spørsmål om det skal gjelde et krav om at et nødsinngrep er nødvendig og forholdsmessig, men hvordan dette bør utformes. Til dels er dette vurderinger som må foretas av lovgiver. Som det framgår i punkt 23.4 legger utvalget til grunn de vurderinger som i dag ligger nedfelt i helsepersonelloven § 7, jf. pasient- og brukerrettighetsloven § 4-9, om rekkevidden av plikten helsepersonell har til å gripe inn. Dette får betydning på den måten at retten aldri kan være snevrere enn plikten. De vurderinger av nødvendighet og forholdsmessighet som skal foretas ut fra lovutkastet §§ 4-1 og 4-2 må derfor basere seg på de yttergrenser pliktbestemmelsen setter for når inngrep kan unnlates.

Dette gjelder også for de «uegentlige nødssituasjoner» som ikke har det samme preg av et uventet og dramatisk hendelsesforløp som utgjør de arketypiske tilfellene. I forarbeidene til helsepersonelloven er det strafferettslige vernet for liv og helse framhevet som viktige grunner for de grenser for pliktspørsmålet som er trukket opp,¹¹⁶² mens Palliasjonsutvalget argumenterer for en nyansering.¹¹⁶³ Utvalget skal kort bemerke at en nyansering i den retning Palliasjonsutvalget tar til orde for, vil være godt i samsvar med hovedlinjen også i denne utredningen: en styrking av selvbestemmelsesretten i personlige spørsmål.

Nødvendighets- og forholdsmessighetsvurderinger må også gjøres i konkrete tilfeller. Hvordan slike kriterier i dag formuleres i bestemmelser som dekker nødinngrep varierer. Etter helse- og omsorgstjenesteloven § 9-5 andre ledd må tiltaket være «nødvendig for å nå formålet» og «stå i forhold til det formålet som skal ivaretas». Psykisk helsevernloven § 4-8 stiller krav om at tvangsmiddelbruk er «uomgjengelig nødvendig», etter § 4-2 første ledd er i tillegg uttrykksmåten «så gunstig virkning at den klart oppveier ulempene med tiltaket» brukt. I forskrift om rettigheter og tvang i rusinstitusjon § 10 andre ledd heter det:

«Tvangsbruken må ikke overstige det som er nødvendig for å avverge skaden og skal gjennomføres på en mest mulig skånsom og omsorgsfull måte.»

I straffeloven § 17 uttrykkes nødvendighetskravet slik: «ikke kan avverges på annen rimelig måte». Forholdsmessighet formuleres som at risikoen er «langt større enn skaderisikoen ved handlingen».

Det fremste særpreget ved nødssituasjonene – i tradisjonell forstand, og slik utvalget bruker begrepet – er tidsnøden fram mot at skaden vil inntre. Et gjennomgående trekk i rettssystemet er at den tidsmessige nærheten til et skadeutslag – det akutte preget – er et tungtveiende moment i retning av ikke bare å tillate inngrep, men tidvis også å etablere en plikt, jf. helsepersonelloven § 7: Det er kombinasjonen av situasjon og de verdier som er i spill som er avgjørende i det store bildet – selv om diskusjonen vedrørende «egentlige» og «uegentlige» nødssi-

¹¹⁶²Ot.prp. nr. 13 (1998–99) punkt 5.3

¹¹⁶³NOU 2017: 16, kapittel 13

tuasjoner reiser spørsmål om lovgiver per i dag har truffet godt nok med situasjonsavgrensingen i randsonene. Betydningen av dette i vår sammenheng er at karakteren av akuttsituasjon påvirker så vel nødvendighets- som forholdsmessighetsvurderingen i retning av lettere å godta inngrep, sammenlignet med der vi er utenfor en nødssituasjon. Terskelen for inngrep senkes. Dette henger sammen med at det er vanskeligere å gjøre mer grundige undersøkelser og vurderinger i situasjonen – et synspunkt som naturligvis svekkes ved gjentakende episoder. En side ved dette er at den rettslige betydningen av skillet mellom tvang og ikke-tvang reduseres: situasjonens karakter presser fram mer grovkornede vurderinger.

Utenfor nødssituasjoner er det i tvangslovgivningen vanlig å legge inn en terskel i forholdsmessighetsvurderingen – for eksempel «klart» beste løsning – og utvalget anbefaler å videreføre denne linjen, se punkt 14.2. I lys av det som framgår ovenfor om tidsnødens betydning i retning av forenkling, har utvalget funnet det riktig å utelate denne kvalifiseringen her. Ved nødverge står rett mot urett og terskelen for å iverksette inngrep senkes allerede av denne grunn.

I forlengelsen ligger at heller ikke beslutningskompetanse og et vilkår om antatt samtykke – der personen mangler kompetanse –, som ellers er sentrale byggesteiner i lovutkastet, vil kunne komme til anvendelse. Begge disse vurderingstema forutsetter en tidsbruk som ikke er forenlig med de rammer en akuttsituasjon setter. Det gjelder selv om de ytre omstendigheter oftest vil kunne gi klare indikasjoner på fravær av kompetanse: for eksempel ved alvorlig selvskadende atferd utført i affekt.

23.7.3 Repeterende nødssituasjoner

23.7.3.1 *Problemstillingen*

Ofte kan nødssituasjoner være enkeltstående hendelser, men tidvis kan de for samme person oppstå repeterende, mer eller mindre hyppig. Dette reiser særlige spørsmål. Palliasjonsutvalget behandler en del av denne problemstillingen, som Tvangslovutvalget ikke går nærmere inn på.¹¹⁶⁴ Tvangslovutvalget får derimot opp problematikken i en annen form: nemlig ved behov for inngrep med et omsorgs- eller sikkerhetsformål ved repeterende selvskadende atferd eller angrep overfor andre. Etter gjeldende rett er det bare helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 som uttrykkelig adresserer problemstillingen. I § 9-5 tredje ledd bokstav b er planmessige inngrep i «gjentatte nødssituasjoner» formulert som en egen tiltakstype.

23.7.3.2 *Prosessuell håndtering*

I repetisjonstilfellene vil problemene med tidsnød fortsatt gjøre seg gjeldende, men det vil samtidig være mulig å iverksette tiltak mellom hendelsene som kan påvirke den framtidige forekomsten av nødssituasjoner. Både behovet for å minimere frekvensen og varigheten av tvangsbruken over tid, men også rent faglige forsvarlighetsvurderinger, tilsier at det blir arbeidet systematisk for å identifisere hva som utløser og opprettholder den skadevoldende atferden, og hvordan dette kan håndteres på en for personen best mulig måte. Etter helse- og omsorgstjenesteloven skal det ved planlagte tiltak som omfattes av regelsettet, fattes formelle vedtak som må forhåndsgodkjennes av fylkesmannen, jf. § 9-8, etter at blant annet spesialisthelsetjenesten (som regel habiliteringstjenesten) er trukket inn.

¹¹⁶⁴NOU 2017: 16

Inngrep i nødssituasjoner som gjentar seg over tid kan representere noen av de mest alvorlige tiltak overfor den som blir utsatt for dette. Den grunnidé helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 bygger på, er utvalget positiv til: Hvis situasjonen gjentar seg eller det er grunn til å forvente det, må det settes i gang utredning med tanke på andre måter å avverge skade på, og eventuelt fattes vedtak om bruk av tvang der det redegjøres for de situasjonene man ikke klarer å forebygge. Tidvis har det vært hevdet at inngrep på nødrettsgrunnlag utelukker en planlagt innsats fra personalet, men gjennom modellen etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 omgår man denne problemstillingen. Det å presse tjenestene til å tenke helhetlig rundt personens situasjon ved gjentatte nødssituasjoner, kan virke positivt med tanke på å styrke arbeidet for forebygging av nye akutte hendelser som aktualiserer tvangsbruk. Det er derfor mye som taler for at modellen etter kapittel 9 i et framtidig lovverk også bør gjelde innenfor de øvrige tjenestegrener.

Vedtak om tiltak i repeterende nødssituasjoner – i sine ulike variasjoner – bør administrativt håndteres som tiltak utenfor nødssituasjoner. Dette fordi elementet av tidsknapphet i behandlingen ikke er sammenlignbart med der det må fattes beslutning om enkeltstående håndtering av nødssituasjoner. Hva gjelder den lovmessige plassering, har utvalget derfor kommet til at denne må ligge i kapittel 6, se utkastet § 4-10.

23.7.3.3 *Konstant nødrett?*

En særvariant av repetisjonstilfellene oppstår der det er særlig krevende å skille mellom overgang inn og ut av nødssituasjoner, eller hvor slike vil skje særlig høyfrekvent. Karakteristisk for disse sakene er ofte en særlig uforutsigbarhet i atferden, samtidig som det også her vil være variasjoner i risikobildet: Det er dermed ikke korrekt å snakke om «konstant» nødrett. Eksempel kan være personer med selvskadende atferd knyttet til genetiske forhold, slik at forebygging og tiltak basert på frivillighet er utilstrekkelig for å forhindre skade. Etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 kjenner vi her problemstillingen i § 9-6 første ledd som bruk av mekaniske tvangsmidler «for å gi nødvendig støtte for fysiske funksjonshemninger, for å hindre fall og for å hindre at brukeren eller pasienten skader seg selv». Fordi det ikke kan snakkes om konstant nødrett, må også slike tilfeller håndteres etter den skisserte modellen som gir grunnlag for en mer betryggende prosess med tanke på å redusere bruken av tvang.

23.8 Særlig inngripende tiltak

23.8.1 Innledning

Enkelte former for inngrep i nødssituasjoner reiser særlige rettssikkerhetsmessige utfordringer. Dels skyldes dette at tiltaket i seg selv kan framstå som særlig inngripende, dels kan det ha et særlig misbrukspotensiale knyttet til seg i lys av den maktubalanse som regelmessig vil foreligge mellom person og personell i helse- og omsorgstjenesten. På denne bakgrunn har utvalget funnet det nødvendig med en særlig regulering av enkelte inngrepsformer brukt som akutt skadeavvergende tiltak. Dette gjelder:

- mekaniske innretninger som begrenser bevegelsesfriheten
- skjerming (i dag såkalt isolasjon)
- enkeltstående bruk av korttidsvirkende legemidler
- fysisk nedleggelse
- kortvarig tilbakehold ved akutt selvmordsfare

Utvalget har valgt å benevne denne gruppen av tiltak som «særlig inngripende tiltak». Psykisk helsevernloven § 4-8 bruker i dag «tvangsmidler», men utvalgets uttrykksmåte er tilpasset

ambisjonen om en uttømmende regulering av inngrep i nødssituasjoner i helse- og omsorgstjenesten. Andre typer av inngrep blir dermed fullt ut regulert av de alminnelige regler i §§ 4-1 og 4-2. Disse kommer også til anvendelse ved bruk av særlig inngripende tiltak, men her kommer i tillegg spesialbestemmelsene i utkastet §§ 4-3 til 4-8 til anvendelse.

Utvalget legger opp til omfattende endringer sammenlignet med det som gjelder i dag, særlig på psykisk helsevernfeltet. Bakgrunnen for dette skal omtales før fokus rettes mot de mer konkrete virkemidler.

23.8.2 Nyere praksis fra Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD) – kort oppsummering

Selv om det menneskerettslige vernet etter Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK) er omtalt i kapittel 7, skal enkelte hovedpoeng gjentas her. Et absolutt forbud mot «umenneskelig eller nedverdiggende behandling» er nedfelt i artikkel 3, jf. tilsvarende Grunnlova § 93. I nyere praksis fra EMD om tvangsmiddelbruk i psykisk helsevern har domstolen skjerpet kravene. Av særlig betydning er *Bures mot Tsjekkia* (2012) og *M.S. mot Kroatia* (2015). EMD fastslår at fysisk maktbruk overfor frihetsberøvede må være strengt nødvendig («strictly necessary») ut fra pasientens atferd.¹¹⁶⁵ Dette blir underbygget slik:

«The Court notes that both the European and national standards [...] are unanimous in declaring that physical restraints can be used only exceptionally, as a matter of last resort and when their application is the only means available to prevent immediate or imminent harm to the patient or others.»¹¹⁶⁶

Uro i seg selv («mere restlessness») kan ikke rettferdiggjøre bruk av tvangsmidler.¹¹⁶⁷ Det ble reagert på det som ble oppfattet som rutinemessig bruk av beltelegging.¹¹⁶⁸ Mangelen på dokumentasjon av at mindre inngripende tiltak var prøvd, ble kritisert.¹¹⁶⁹ Motstand mot bruk av tvangsmiddel kunne i seg selv ikke rettferdiggjøre slike midler.¹¹⁷⁰

23.8.3 Situasjonen i Norge

For norske forhold har Forebyggingsenheten hos Sivilombudsmannen gjort ulike funn i sin virksomhet. De fant blant annet til dels store forskjeller i praksis og i kvaliteten på dokumentasjonen ved bruk av tvangsmidler. Se omtale i kapittel 6.

¹¹⁶⁵Bures mot Tsjekkia, 2012, avsnitt 86; M.S. mot Kroatia, 2015, avsnitt 97

¹¹⁶⁶Bures mot Tsjekkia, 2012, avsnitt 95

¹¹⁶⁷Bures mot Tsjekkia, 2012, avsnitt 96

¹¹⁶⁸Bures mot Tsjekkia, 2012, avsnitt 98

¹¹⁶⁹M.S. mot Kroatia, 2015, avsnitt 108; Bures mot Tsjekkia, 2015, avsnitt 97

¹¹⁷⁰M.S. mot Kroatia, 2012, avsnitt 109; Bures mot Tsjekkia, 2015, avsnitt 99

VG hadde høsten 2016 flere oppslag om beltelegging i norske psykisk helsevern-institusjoner. Personer som hadde vært utsatt for langvarige inngrep fortalte om hvilken belastning dette hadde vært. Som en del av arbeidet ba avisen i april 2016 om innsyn i alle tvangsprotokoller for året 2015 som omhandlet bruken av såkalte mekaniske tvangsmidler, som belter og remmer, jf. psykisk helsevernloven § 4-8 bokstav a.

Ifølge VG forekom det totalt 4000 tilfeller av beltelegging i 2015 fordelt på 1200 personer. VG ba om innsyn i tvangsprotokollene fra 20 institusjoner. Seks av dem utleverte protokoller med så omfattende sladding at de ikke kunne brukes i undersøkelsen. VG gjennomgikk og digitaliserte innholdet i tvangsprotokollene fra de øvrige 14 institusjonene. Protokollene dokumenterte over 2500 beltelegginger. Materialet gir et unikt innblikk i hvordan mekaniske tvangsmidler brukes og begrunnes ved norske psykiatriske sykehus.

Sykehusene unnlot å melde inn hver fjerde beltelegging, slik de er pålagt. Over 220 protokoller manglet informasjon om når pasienten ble løst ut av beltene eller årsaken til at de ble bundet fast. Etter å ha forelagt materialet for forskere og jurister fant avisen at tvangsbruken var ulovlige eller sterkt problematisk i rundt 650 av sakene. Det ble funnet problematiske tilfeller av beltelegging ved samtlige sykehus. Belter har for eksempel blitt brukt ved uro, for å forebygge utagering, etter ønske fra pasientens selv og ofte i lange tidsrom etter at behovet har opphørt. Undersøkelsen viser at det har vært en betydelig underreportering av tvangsbruken. Antall registrerte klager var i det samme tidsrommet rundt 60. Av disse ble 15 vedtak omgjort av kontrollkommisjonene. Videre viste materialet at tvangsbruken øker på kvelder, netter og i ferier når de faste behandlerne ikke er på jobb.

23.8.4 Paulsrud-utvalgets forslag

Paulsrud-utvalgets flertall viste til at adgangen til å benytte tvangsmidler har en nødrettslig begrunnelse. Flertallet anførte at dersom det oppstår en situasjon med betydelig skadepotensiale, må helsepersonellet ha mulighet til å benytte virkemidler som kan gjenopprette en forsvarlig situasjon. På denne bakgrunn mente flertallet at bruk av tvangsmidler som skadeavvergende tiltak, fremdeles må være tillatt, men at dagens strenge regulering burde videreføres. I tillegg foreslo flertallet at adgangen til å benytte det som i dag gjerne blir omtalt som isolering (psykisk helsevernloven § 4-8 bokstav b) oppheves.¹¹⁷¹

Utvalgets flertall viste til at det i Norge ser ut til at psykisk helsevern i stor grad har valgt å la skjerming (psykisk helsevernloven § 4-3) erstatte isolering (psykisk helsevernloven § 4-8 bokstav b), og at isolering er lite brukte. Videre viste flertallet til at isolering er beslektet med skjerming, men at formålene med disse tiltakene er ulike. Flertallet la til grunn at det vil innebære små endringer for de fleste sykehusene å fjerne adgangen til å bruke isolering, og at bruk av isolering kan hevdes å medføre betydelig fare for selvskading. Som argumenter mot å fjerne adgangen til isolering viste flertallet til at den sjeldne bruken ikke tilsier et behov, og at isolering i enkelte tilfeller kan være et lempeligere tvangsmiddel enn bruk av belter. Etter en samlet vurdering la flertallet avgjørende vekt på at halvparten av norske helseforetak i psykisk helsevern ikke finner bruk av isolering nødvendig.

¹¹⁷¹NOU 2011: 9, punkt 1.5.3.1

23.8.5 Utvalgets vurderinger

23.8.5.1 *Er omfanget av tvangsbruk et nullsumspill?*

Det er i ulike sammenhenger påpekt at hvilke tvangsmidler som er formelt tillatt, eventuelt i praksis brukes, kan variere mellom ulike land. Island og England blir ofte trukket fram som eksempler på at mekanisk tvangsmiddelbruk ikke forekommer, eller i alle fall i liten grad. I Norge er det kjent at det kan forekomme variasjoner ikke bare i hvilke midler som «foretrekkes», men også i omfanget av bruken mellom ulike institusjoner.¹¹⁷²

Som det framgår ovenfor har en rekke prosjekter, også her til lands, rettet inn mot redusert tvangsbruk vist forbløffende resultater. En vanlig innvending mot slike initiativer er imidlertid at dette bare flytter tvangsbruken over i andre former. Forutsetningen er da at behovet for tvang i nødssituasjoner nærmest må oppfattes som en konstant størrelse.

Utvalget vil sterkt imøtegå en slik fatalisme. Forskning og erfaringer gir gode holdepunkter for at også den totale tvangsbruken kan gå ned, selv om ett bestemt tvangstiltak er i fokus. Dette gjelder ikke bare i psykisk helsevern. I tjenesteytingen til personer med utviklingshemning er det svært mange eksempler på at tvangsbruk kan reduseres betraktelig. Det er også, slik utvalget forstår det, fylkesmennenes oppfatning at frekvensen og varigheten på bruk av tvang og makt går ned i vedtak etter helse- og omsorgstjenesteloven § 9-5 bokstav b, men at dette ikke fanges opp av antall vedtak da det er sjelden at gjentatte nødsituasjoner forsvinner helt.

Utvalget har ovenfor etterlyst en forpliktende faglig satsing fra helsemyndighetene for redusert tvangsbruk. En bred tilnærming er her rimeligvis nødvendig, men det er ikke til hinder for at man parallelt – også gjennom lovgivningen – både kan og bør markere at reduksjon i enkelte typer av tiltak er særlig påkrevet. Mangel på konkrete ambisjoner og mål er ofte den minst effektive strategien om man ønsker å oppnå endringer.

23.8.5.2 *Mekaniske innretninger til hindring av bevegelsesfriheten, som akutt skadeavverging*

23.8.5.2.1 *Gjeldende rett*

Som virkemiddel i nødssituasjoner er det i dag bare i psykisk helsevern at bruk av mekaniske innretninger som hindrer bevegelsesfriheten («mekaniske tvangsmidler»), har særlig hjemmel. Begrepet er ikke gitt en uttømmende definisjon i psykisk helsevernloven § 4-8 første ledd bokstav a. Det framgår at kjennemerket er at pasientens bevegelsesfrihet blir hindret, og det er så gitt følgende eksempler («herunder»): «belter og remmer samt skadeforebyggende spesialklær». Etter helsepersonelloven § 7 er det ikke nedfelt spesielle begrensninger for hvilke tiltak som kan brukes. I forskrift om rettigheter og bruk av tvang i rusinstitusjon er det ikke regler om mekaniske tvangsmidler. Inngrep i nødssituasjoner må begrenses til «kortvarig fastholding», jf. § 10. I høringen uttalte legeforeningen at den ikke kjente til at det var behov for andre former for tvangsmidler (enn «kortvarig fastholding»).¹¹⁷³

Etter helse- og omsorgstjenesteloven § 9-6 første ledd kan mekaniske tvangsmidler i form av «belter, remmer, skadeforebyggende spesialklær og liknende» brukes i omsorgen for mennes-

¹¹⁷²Se NOU 2011: 9, punkt 8.13

¹¹⁷³Prop. 40 L (2015–2016) s. 20

ker med utviklingshemning. Formålet må være «å gi nødvendig støtte for fysiske funksjonshemninger, for å hindre fall og for å hindre at brukeren eller pasienten skader seg selv». Også lovens øvrige vilkår må være oppfylt. I Helsedirektoratets rundskriv understrekes at slike tiltak «vanligvis» hjemles etter § 9-5 tredje ledd bokstav c – altså som et tiltak for å ivareta personen utenfor nødssituasjon.¹¹⁷⁴ Tilsvarende er «bevegelseshindrende tiltak som belter og lignende» nevnt som eksempler på hva som kan hjemles i pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A, jf. § 4A-4 tredje ledd – også her utenfor nødssituasjon. Denne problematikken kommer utvalget tilbake til i kapittel 25.

23.8.5.2.2 Dagens praksis

I sin ytterste form – ved bruk av belteseng – representerer mekaniske innretninger en total fratagelse av personens grunnleggende rett til – og behov for – å få bevege seg fritt. Samtidig er misbrukspotensialet vesentlig: Når personen er immobilisert er det ikke unaturlig at dette i enkelte tilfeller kan oppleves som både trygt og lettvinnt for personalet.

Det kan neppe være tvil om at det i Norge i dag forekommer mekaniske tvangsinngrep i et ikke ubetydelig omfang som er i strid med EMK artikkel 3s forbud mot umenneskelig og nedverdiggende behandling, slik dette er forstått i nyere praksis av EMD. Utvalget baserer seg her på en samlet vurdering av VGs funn i sin gjennomgang av tvangsmiddelprotokoller og Forebyggingsenhetens funn gjennom sin mer dyptlodgende, punktvis tilsynsvirksomhet. Til dels er det tale om materielle krenkelser, til dels krenkelser av prosessuell art der begrunnelsen for inngrepet er uklar eller ufullstendig.

23.8.5.2.3 Utvalgets forslag

Denne konstateringen fra utvalgets side er alvorlig og bør følges av kraftfulle tiltak fra myndighetenes side. Av ikke-rettslige virkemidler har utvalget allerede tatt til orde for et faglig krafttak i arbeidet for å redusere tvangsbruk, se ovenfor.

Kvalitetshevende tiltak som kan redusere tvangsmiddelbruken generelt, og spesielt for mekaniske innretninger, vil ta tid å gjennomføre. Et forbud mot bruk av mekaniske innretninger kan derfor ikke innføres på kort sikt. Utvalget er imidlertid ikke overbevist om behovet for på sikt å videreføre en alminnelig hjemmel for bruk av mekaniske innretninger. For å understreke det potensialet utvalget oppfatter ligger i forebyggende arbeid, foreslås det å gjøre hjemmelen for bruk av mekanisk innretninger midlertidig i tre år etter lovens ikrafttredelse. Etter dette må behovet vurderes på nytt, herunder spørsmålet om en eventuell avgrensning av et framtidig hjemmelsgrunnlag til psykiatriske avdelinger med et særlig sikkerhetsbehov.

Som virkemiddel for håndtering av nødssituasjoner er utvalget av den oppfatning at bruk av mekaniske innretninger – som i dag – bare bør være tillatt i døgninstitusjon i psykisk helsevern som er særlig godkjent for dette. Her er behovet tradisjonelt oppfattet som sterkest. Risikoen ved å åpne opp også for bruk på andre arenaer er avskrekkende. I dag har psykisk helsevern til dels en siste-skanse-funksjon, særlig ved alvorlig utagerende atferd. Dersom situasjonen blir for vanskelig, kan for eksempel personer med opphold i rusinstitusjon eller botiltak for utviklingshemmede bli innlagt til kortvarig opphold i psykisk helsevern. Utvalget erkjenner at psykisk helsevern også framover vil måtte ivareta en siste skanse-funksjon.

Avgrensningen av nødsinngrep til akutte situasjoner vil representere en klargjøring og vesentlig innstramming sammenlignet med psykisk helsevernloven § 4-8. Dette er sannsynligvis et

¹¹⁷⁴IS-10/2015, s. 91

nødvendig grep for å bringe norsk rett – så vel regelverk som praksis – i samsvar med internasjonale menneskerettighetsstandarder. Utvalget vil understreke de grenser som ligger i utkastets begrensning til akuttsituasjoner. Dette skal forstås slik at de mekaniske innretningene straks må frakobles når situasjonen har roet seg. Utvalget er avvisende til å oppstille konkrete maksgrenser for hvor lenge en person for eksempel skal kunne være beltelagt. Slike vil lett kunne motvirke intensjonen i lovutkastet ved å bli oppfattet som et signal om hva som i de fleste tilfeller kan godtas.

I initiativene for å redusere bruk av mekaniske innretninger som begrenser bevegelsesfriheten, synes det å vanskeliggjøre tilgjengeligheten å være en viktig suksessfaktor. Utvalget finner det rimelig at dette blir adressert direkte i lovteksten ved å forby oppbevaring i umiddelbar nærhet av avdelingen når innretningene ikke er i aktiv bruk. Intensjonen er at innretningene ikke skal være lett tilgjengelig for personale. Utkastet er også innstrammende ved at det ikke tillates bruk av mekaniske midler alene ved fare for materiell skade.

23.8.5.2.4 Særlig om mekaniske innretninger som akutt skadeavverging overfor barn

Etter gjeldende rett, psykisk helsevernloven § 4-8 andre ledd, jf. tredje ledd, er aldersgrensen 16 år for bruk av mekaniske tvangsmidler. I helse- og omsorgstjenesteloven § 9-6 første ledd fremgår det at mekaniske tvangsmidler kan benyttes, men her er virkeområdet avgrenset til primært å være utenfor nødsituasjon. Det er ikke satt noen aldersgrenser i denne sammenheng.

Som allerede påpekt representerer mekaniske innretninger som begrenser bevegelsesfriheten, et betydelig inngrep: en frihet som også gjelder for barn. Barn har en særskilt rett til vern om sin integritet som kommer til uttrykk både i Grunnlova § 104 tredje ledd og i Barnekonvensjonen artikkel 19. Av den grunn påligger det et særlig statlig ansvar å sikre at tiltak som tillates brukt overfor barn, ikke er i strid med deres menneskerettigheter. Å bli lagt i belteseng eller oppleve andre former for mekaniske innretninger, kan være en meget skremmende opplevelse for barn. Vi vet at noen personer som har opplevd traumer, i en ny avmaktssituasjon, som for eksempel beltelegging, kan få en «frys»- respons, hvor de gir opp å gjøre motstand. Denne reaksjonen kan lett forveksles med at personen «roer seg», og at belteleggingen fungerer bra, mens det egentlig er et sterkt signal på retraumatisering og resignasjon.

Utvalget vil derfor understreke at mekaniske innretninger aldri kan være et førstevalg blant de tiltak som kan anvendes i en nødssituasjon. Med de erfaringer som er gjort med hensyn til bruk av mekaniske tvangsinngrep, har utvalget tatt det standpunkt at hjemmelen for å bruke mekaniske innretninger skal gjøres midlertidig i tre år etter lovens ikrafttredelse, se lovutkastet § 4-3 tredje ledd.

Utvalget har fått innspill om at mekaniske innretninger kan være et nødvendig tiltak også overfor barn under 16 år. En utviding av hjemmelen har ikke vært en aktuell problemstilling. Et alternativ til å la anvendelsesområdet være knyttet til en aldersgrense, er å la situasjonen i seg selv være avgjørende for om det er et faglig forsvarlig og forholdsmessig tiltak. Utvalget mener imidlertid at en bestemmelse som ikke knytter seg til en aldersgrense, vil by på store rettssikkerhetsmessige utfordringer på grunn av det underliggende misbrukspotensialet og utglidningsfaren.

Ettersom utvalget mener at det er et potensiale for helt å avvikle bruken av mekaniske innretninger som begrenser bevegelsesfriheten, i løpet av tre år etter lovens ikrafttredelse, har spørsmålet derimot vært om et første skritt bør være å ikke videreføre adgangen til å benytte denne type inngripende tiltak overfor barn i alderen fra 16 til 18 år.

Etter gjeldende barnevernlovgivning er det ikke adgangen til å benytte mekaniske innretninger i akutte faresituasjoner, se forskrift 15. november 2011 nr. 1103 om rettigheter og bruk av tvang under opphold i barneverninstitusjon § 14. For enkelte barn kan det fremstå som tilfeldig om deres utfordringer blir møtt med tiltak fra helsetjenesten eller fra barneverntjenesten, jf. punkt 17.4. Det taler for likhet mellom disse to regelverkene i hvilke tiltak som kan anvendes i akutte situasjoner. Imidlertid har det psykiske helsevernet en siste-skanse funksjon fordi barn i barnevernet kan bli overført til psykisk helsevern ved akutte kriser. Dette gjør at ulikhet i regelverkene på dette punkt i prinsippet kan forsvares.

En heving av aldersgrensen til 18 år, kan ha negative effekter for barn i enkelttilfeller der mekaniske innretninger er det lempeligste tiltaket. Det kan eksempelvis gjelde barn som i psykotiske faser står i fare for å påføre seg store skader og der psykosen bidrar til at fastholding oppleves mer skremmende enn å bli holdt i belter. Å gripe inn med fysiske midler er her ofte nødvendig og i den grad det minst inngripende tiltaket er et mekanisk tiltak, vil det ikke være i strid med integritetsvernet etter menneskerettighetene. For barn som har opplevd overgrep, kan det å bli holdt fast med den fysiske nærhet det innebærer til en eller flere voksne personer, være mer skremmende enn bruk av belter e.l. I noen situasjoner kan den øvrige helsetilstanden til barnet gjøre at mekaniske midler er mer skånsomt enn fastholding, f.eks. ved massiv selvskading der det kan være vanskelig å holde barnet uten å forårsake at sår brytes opp.

Selv om disse eksemplene må anses for å være sjeldne, kan det ikke utelukkes at mekaniske innretninger som begrenser barnets bevegelsesfrihet, kan være det minst inngripende virkemidlet i en akutt situasjon for barn som er nær voksenalder. Utvalget har vurdert om en spesialvariant av bestemmelsen om retten til å velge tvangstiltak og gjennomføringsmåte i utkastet § 4-9, kan gjøre et absolutt forbud for barn mellom 16 og 18 år mer akseptabelt. Utvalget vurderer imidlertid at for de få, men sårbare, barna det her er tale om, er det viktig å forberede grunnlaget for et absolutt forbud mot mekaniske innretninger etter tre år like godt som for voksne. I lovutkastet kapittel 4 ligger det en tydelig innstramming i hvor lenge tiltak kan opprettholdes gjennom akutt-begrepet – det gjelder også for barn. Bruk av mekaniske innretninger skal opphøre straks situasjonen kan håndteres på en annen måte, og arbeid med alternativ, inkludert relasjonsarbeid og traumesensitiv omsorg, må fortsette mens mekaniske hjelpemidler benyttes. Utvalget vil også understreke at bruk av mekaniske innretninger aldri kan benyttes i forebyggingsøyemed.

Alt i alt har utvalget derfor valgt å beholde den gjeldende aldersgrensen for bruk av mekaniske innretninger som hindrer barnets bevegelsesfrihet, men utvalget vil fremheve den plikt tjenestene har til å unngå bruk av mekaniske innretninger for barn.

Utvalget har hatt et generelt formål om å styrke rettssikkerheten for barn som kan bli utsatt for tvungne tiltak. Av den grunn vil utvalget understreke at til tross for at adgangen til bruk av mekaniske innretninger i nødssituasjoner videreføres for barn mellom 16 og 18 år, er ikke fysisk styrke alltid et effektivt virkemiddel for barn som har store utfordringer i sine liv. En sentral målsetting er at det skal ytes traumesensitiv omsorg og å forhindre at situasjoner som kan nødvendiggjøre inngripende tiltak, oppstår. Tilrettelegging av tjenestene og tilpasning av disse til barnets behov, er helt sentralt. Hvis en vanskelig situasjon inntreffer, må helsepersonellet ha kunnskap om og trening i konflikthåndtering, felles problemløsning, avledning og i å deeskalere situasjonen. Institusjonen må også ha ressurser til å tilby gode alternativ til mekaniske tvangsmidler, der det er aktuelt. Forsvarlighetskravet som gjelder i helseretten, medfører at når det skal tas stilling til virkemiddelbruk i en akutt situasjon, skal det blant annet tas hensyn til barnets alder, om dette er en førstegangssituasjon, forhold i barnets sykehistorie m.m.. Det medfører videre at hvilket gode som skal vernes i den akutte situasjonen, må ses i et noe annet lys for barn. Utvalget viser til at mekaniske innretninger i henhold til lovforslaget § 4-4

andre ledd kun kan benyttes ved akutt fare for liv eller vesentlig helseskade, og ikke for å beskytte materielle verdier.

Utvalget viser til erfaringene fra blant annet Lovisenberg sykehus der bruken av mekaniske tiltak er betydelig redusert. Dette er kunnskap som må forutsettes overført til alle institusjoner som har barn til behandling. Et grep utvalget har foreslått gjennomført for å hindre utglidningsfare i bruken av mekaniske innretninger, er at tilgangen til disse virkemidlene skal vanskeligjøres, se lovforslaget § 4-4 siste ledd. Det er særdeles viktig når det gjelder barn. Disse virkemidlene skal oppbevares utenfor avdelinger der barn oppholder seg og skal ikke være synbare for barn.

Etter utvalgets mening svekkes barns rettssikkerhet som følge av manglende kunnskap om hvilke inngripende tiltak som benyttes i nødsituasjoner, jf. lovutkastet § 10-2. Utvalgets lovutkast legger grunnlaget for en systematisk kunnskapsinnhenting om tvang i helse- og omsorgstjenesten gjennom kravet om innrapportering til fylkesmannen, det omfatter også tiltak i nødsituasjoner. Utvalget vurderer at det i tillegg må innhentes systematisk kunnskap om barns reaksjon på bruk av mekaniske innretninger særskilt, som et grunnlag for det faglige utviklingsarbeidet med tanke på et totalt forbud mot bruk av mekaniske innretninger som skadeavverging i nødssituasjoner. Utvalget legger derfor til grunn at det vil bli foretatt en grundig konsekvensutredning med en målsetting om å avvikle bruken av mekaniske innretninger overfor barn så raskt som mulig.

Utvalgets forslag om å begrense varigheten av hjemmelen for bruk av mekaniske innretninger i nødssituasjoner til tre år, er radikalt. Som nevnt er forutsetningen at det i perioden iverksettes tunge nasjonale faglige initiativ for å nå målsetningen. Utvalget forutsetter at avskaffing av slike tiltak overfor barn gis en særlig høy prioritet når arbeidet starter.

23.8.5.3 Skjerming som akutt skadeavverging (tidligere isolering)

23.8.5.3.1 Gjeldende rett

I psykisk helsevernloven § 4-8 andre ledd bokstav b er det gitt hjemmel for «kortvarig anbringelse bak låst eller stengt dør uten personale til stede». Dette blir omtalt som isolasjon. Etter psykisk helsevernloven § 25 første ledd kan ingen tvangsmidler brukes «i behandlingsøyemed». Skjerming som er regulert i psykisk helsevernloven § 4-3, kan derimot iverksettes av behandlingsmessige hensyn, eller av hensyn til andre pasienter. Nærmere bestemmelser om gjennomføringen av skjerming, er nedfelt i forskriften § 18. Her heter det i første ledd at det «ikke [er] adgang til å låse eller på annen måte stenge døren til rommet der pasienten befinner seg». Derimot kan personen «holdes tilbake» (andre ledd). Den viktigste ytre forskjellen mellom såkalt isolasjon og skjerming er dermed spørsmålet om låst eller stengt dør. Mer prinsipielt er formålet med tiltakene fundamentalt forskjellig.

Etter helse- og omsorgstjenesteloven § 9-6 andre ledd er det gitt hjemmel for «skjerming» i omsorgen for mennesker med utviklingshemning:

«Dersom en nødssituasjon etter § 9-5 tredje ledd bokstavene a og b gjør det nødvendig å skjerme brukeren eller pasienten fra andre personer, skal skjermingen foregå i et ordinært beboelsesrom med ulåst dør. Sikkerhetsmessige hensyn kan unntaksvis tilsi at døren låses. Vedkommende skal i alle tilfeller holdes under oppsyn, og skjermingen skal avbrytes straks situasjonen er brakt under kontroll.»

Her er altså klassisk akutt krisehåndtering omtalt som «skjerming». Dette står i skarpt kontrast til systemet i psykisk helsevernloven der begrepet er knyttet særlig til behandling etter § 4-3. I forskrift om rettigheter og tvang i rusinstitusjon har man ikke noen parallell. At man i husordensreglement kan «nekte adgang» for personen til felles oppholdsrom er kvalitativt noen

ganske annet. Etter helsepersonelloven § 7 er det ikke i lovteksten, og bare i mindre grad i forarbeidene, lagt føringer for hvilke tiltak som kan iverksettes. I den grad kortvarig skjerming som akutt skadeavverging er en aktuell problemstilling for eksempel i demensomsorgen, vil nok § 7 i dag kunne gi tilstrekkelig hjemmel. Pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A regulerer ikke nødssituasjoner.

23.8.5.3.2 Dagens praksis

Som det framgår ovenfor har ikke begrepet «skjerming» et helt klart innhold. I psykisk helsevern er det særlig påpekt at grensegangen mot såkalt isolering er vanskelig. Ikke sjelden blir de samme lokalene brukt til begge tiltakene, og det kan etableres kreative løsninger rundt utgangshindringen som i realiteten bryter ned det tydeligste ytre skillet mot skjerming.¹¹⁷⁵ I dette perspektivet er det kanskje ikke så overraskende at bruken av § 4-8 bokstav b er beskje- den i Norge og at Paulsrud-utvalget konstaterer en overgang mot skjerming. Den nedbryting av skillet mellom tvangsmiddelbruk og behandling som vi her er vitne til er imidlertid ikke bare juridisk problematisk etter gjeldende rett, men også faglig og etisk. Dette blant annet ved at tiltaket kan bli vanskeligere å forstå og akseptere og dermed lettere kan oppleves som straff for den som blir utsatt for inngrepet, se blant annet omtalen av Sivilombudsmannens temarapport om skjerming fra 2018 i kapittel 6. Også personellet vil ha fordeler av en bevisstgjøring om grensegangen her.

23.8.5.3.3 Utvalgets vurderinger

I lys av den begrepsmessige uklarhet som i dag rår, er det behov for en klargjøring i en framtidig lovgivning. Utvalget mener skjermingsbegrepet er tjenlig, men bør differensieres ut fra formålet. Det som tradisjonelt er blitt kalt isolering, mener utvalget bør hete «skjerming som akutt skadeavverging». Rammene for skjerming med andre formål kommer utvalget tilbake til i kapittel 25 og 26. Å skille mellom ulike former for skjerming ut fra formålet vil i seg selv gi meningsfulle signaler om de rettslige begrensninger som gjelder. Isolasjonsbegrepet bør utgå på helse- og omsorgsfeltet.

Utvalget har valgt å stille krav til skjermingslokaler innendørs som skal gjelde uansett formål, se utkastet § 8-2. Spørsmålet er omtalt i punkt 25.7.6.

Spesifikt for nødssituasjoner har utvalget lagt vekt på at personell må være tilstede i rommet eller i nær tilknytning til rommet, for at den som skjermes alltid skal ha mulighet til å tilkalle personell. Hvorvidt personell skal være i rommet eller utenfor, må avgjøres ut fra sikkerhets- hensyn, personens behov og ønsker og kravene til forsvarlig tilsyn. Når det gjennomføres skjermingstiltak for personer under 18 år, mener utvalget at kravene til tilsynet med personen må skjerpes. Utgangspunktet er derfor at personell alltid skal være til stede i rommet. Hvis personen ikke ønsker det og det finnes forsvarlig, kan personellet oppholde seg i et tilstøtende rom, med ulåst dør.

Paulsrud-utvalget ville oppheve hjemmelen for skjerming som akutt skadeavverging (isole- ring i dagens terminologi) i psykisk helsevernloven, blant annet fordi tiltaket i mindre grad var i bruk, og ujevnt brukt mellom institusjonene. Med de presiseringer og humaniserende re- formframlegg som er skissert i lovutkastet – både hva gjelder klargjøring og avgrensning av si- tuasjonen og krav til utforming av lokaler – vurderer utvalget spørsmålet annerledes. Skjerm- ing som akutt skadeavverging vil etter utkastet få en funksjon som er definert klart atskilt fra skjerming som behandling, skjerming som tilrettelegging for behandling og skjerming som

¹¹⁷⁵Se NOU 2011: 9, punkt 15.3.1.

ivaretagelse av fellesskapsinteresser i institusjonen. I dette bildet vurderes det alt i alt som et akseptabelt virkemiddel for å gjenopprette en forsvarlig situasjon ved akutt fare.

Utvalget har vurdert om skjerming som akutt skadeavverging bør avgrenses til psykisk helsevern ut fra et siste skanse-synspunkt, tilsvarende det som er gjort gjeldende for mekaniske innretninger. I omsorgen for enkelte personer med utviklingshemning er det tradisjon for dette virkemiddelet. Utvalget har fått innspill om at det også bør være en mulighet i framtiden ved at det etter en konkret vurdering kan utgjøre det minst inngripende alternativet: blant annet at skjerming i mange tilfeller vurderes som et lite inngripende tiltak sammenlignet med manuell inngripen som i en del tilfeller kan eskalere situasjonen framfor å «slokke» den.

I forskrift om rettigheter og tvang i rusinstitusjon § 10 er «kortvarig fastholding» omtalt som en yttergrense for tvangsbruk i nødssituasjoner. Som nevnt uttalte Legeforeningen at de ikke kjente til at andre tvangsmidler var nødvendig. Utvalget har imidlertid i sitt arbeid fått innspill om at føring av person til rom og tilbakehold der til situasjonen har roet seg også forekommer i rusinstitusjon, eventuelt i påvente av overføring til institusjon i psykisk helsevern.

Utvalget vil sterkt understreke de strenge situasjonskrav som gjelder for inngrep i nødssituasjoner – herunder ved skjerming – etter utvalgets opplegg. Dette gjennom avgrensning til akutsituasjonene. Tiltaket skal straks opphøre når situasjonen har roet seg. Ved en uttømmende regulering av inngrep i nødssituasjoner slik det blir lagt opp til i lovutkastet, vil det heller ikke være mulig å supplere med alminnelige nødrettssynspunkt om det skulle trenges. På denne bakgrunn har utvalget vurdert det som vanskelig helt å avskjære muligheten for skjerming som akutt skadeavverging i rusinstitusjon. Det gjelder også i tjenestene ellers, for eksempel i kommunale rus- og psykiatriboliger. Skjerming som akutt skadeavverging, vurderes som aktuelt i ulike grener av tjenestene og som et alt i alt akseptabelt virkemiddel for å gjenopprette en forsvarlig situasjon.

Utvalget ser at lovutkastet her tilsynelatende kan oppfattes som en utviding av dagens inngrepshjemler. I lys av den usikkerhet som gjelder om rekkevidden av nødretten er det imidlertid neppe korrekt. Utvalget har vurdert en uttømmende rettslig regulering av inngrep i nødssituasjoner som en forutsetning for effektiv innsats for redusert bruk av tvang, selv om dette for utvalgsmedlemmene også har vært en smertefull prosess ved at man er blitt nødt til å forholde seg til situasjoner der behovet for inngrep hittil har vært lite fokusert ved at det er blitt skjult gjennom anvendelsen av alminnelige nødrettslige prinsipper, og slik stort sett har vært unndratt enhver rettslig kontroll og debatt.

Ved skjerming av personer under 18 år er utgangspunktet at det skal være personell til stede i skjermingslokalet. Dette er en følge av barns sterkere rett til omsorg, hvilket påvirker rammene for forsvarlighetskravet. Det skal være lett å si ifra om ulike behov, enten det er fysiologiske behov, smerte eller angst. Barn har dessuten generelt mindre livserfaring og kan oppleve situasjonen som truende og kaotisk. Evnen til egenregulering er mindre utviklet, og av disse grunner trenger de trygge voksne sammen med seg som gir reguleringsstøttende hjelp. Barn trenger tilpasset informasjon om hva som skjer, hva som vil skje videre og hvordan en vanskelig situasjon kan løses. Barn som har opplevd traumer, kan ha et ekstra behov for støtte. Det vil være en konkret faglig vurdering om ett eller flere av personalet skal være sammen med barnet. Dersom barnet har et klart ønske om det og det finnes forsvarlig, kan personalet oppholde seg i naborommet. Det er ikke tillatt å låse døren mellom rommene.

23.8.5.4 *Tvangsmedisinering som akutt skadeavverging*

23.8.5.4.1 *Gjeldende rett*

I psykisk helsevernloven § 4-8 første ledd bokstav c er «enkelstående bruk av korttidsvirkende legemidler i beroligende eller bedøvende hensikt» nedfelt som et tiltak som kan ha hjemmel. Medikamentell behandling faller utenfor virkeområdet til helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9. I forskrift om rettigheter og tvang i rusinstitusjon er medisinerings som akutt skadeavverging ikke omtalt, og klart nok ikke hjemlet. Helsepersonelloven § 7 er generelt formet. Det er ingen holdepunkt i forarbeidene som utelukker tiltaket dersom situasjonen er tilstrekkelig dramatisk – også for eksempel i rusinstitusjon. Tilsvarende kan alminnelige nødrettssynspunkt tenkes som et rettslig grunnlag.

23.8.5.4.2 *Utvalgets vurderinger*

Tvangsmedisinering som akutt skadeavverging er særlig aktuelt i institusjon for psykisk helsevern. Paulsrud-utvalget omtalte ikke problematikken nærmere og kom ikke med forslag til endringer i psykisk helsevernloven. Til tross for den svake vitenskapelige dokumentasjonen, jf. kapittel 10, er det kliniske inntrykket at enkeltstående bruk av beroligende legemidler er nyttig – og av og til uerstattelig – i nødssituasjoner i psykisk helsevern. Utvalget vurderer imidlertid at legemiddelbruk som skadeavvergende tiltak bare bør kunne brukes ved akutt fare for liv eller vesentlig helseskade, og ikke der det alene er fare for materiell skade. Dette representerer en innstramming sammenlignet med gjeldende rett.

Spørsmålet for utvalget er om bruk av korttidsvirkende legemidler som skadeavvergende tiltak, bør avgrenses til psykisk helsevern ut fra et siste skanse-synspunkt. En slik streng linje kan imidlertid i sjeldne tilfeller føre til (re)institusjonalisering i psykisk helsevern av enkeltpersoner, for eksempel med utviklingshemning, av sikkerhetsgrunner. Det er ingen ønsket utvikling.

Utvalget ser at en synliggjøring av at tvangsmedisinering som akutt skadeavverging kan være et alternativ på flere arenaer enn psykisk helsevern, kan gi inntrykk av en utviding sammenlignet med dagens inngrepshjemler. Dette er imidlertid ikke korrekt. Tiltaket kan i dag i prinsippet gjennomføres på nødrettslig grunnlag uten at spesielle rettssikkerhetsgarantier kommer til anvendelse. Utvalget har gjennom sitt arbeid blitt kjent med at problemstillingen er aktuell så vel i omsorgen for personer med utviklingshemning som for personer med demens. Særlig i rusbehandlingen framstår likevel legemiddelbruk som akutt skadeavverging som en fremmed problemstilling.

Utvalget har lagt liten vekt på argumentet om at en lovfesting av hjemmelen for bruk av legemidler som akutt skadeavverging, i seg selv skal lede til økt bruk. Dette er bare en variant av et argument som blir brukt mot enhver rettslig regulering av tvang. Utvalget har likevel funnet det er ønskelig å nedfelle en særlig begrensning utenfor psykisk helsevern – at legemiddelbruk som akutt skadeavverging her må utgjøre det absolutt siste alternativ. Dette etablerer en lovbestemt prioriteringsordning for når ulike tiltak skal kunne iverksettes i akutsituasjoner. Utvalget ser likevel få ulemper med det i dette konkrete tilfellet og vurderer en slik kraftfull markering av behovet for å begrense bruken av legemidler som nødtiltak som en rimelig avveining av kryssende hensyn.

Psykisk helsevernloven § 4-8 bokstav c omtaler bruk av legemidler «i beroligende eller bedøvende hensikt». I klinisk praksis vil det dreie seg om å gi legemidler – oftest antipsykotika eller benzodiazepiner – som har raskt innsettende beroligende effekt. Ordet «bedøvende» brukes ikke lenger om effekten av slike midler, men bringer i dag tankene hen på narkose eller andre tiltak som gjør personen følelses- eller bevisstløs. Utvalget har tatt konsekvensen av dette i lovutkastet.

23.8.5.5 *Fysisk nedleggelse som akutt skadeavverging*

Fysisk nedleggelse kan etter omstendigheten sannsynligvis ha hjemmel etter alle aktuelle regelverk i dag. Det gjelder også etter psykisk helsevernloven § 4-8 første ledd bokstav d og forskrift om rettigheter og tvang i rusinstitusjon § 10 der «kortvarig fastholding» er uttrykksmåten. Nedleggelse framstår som en særlig kvalifisert variant i så måte.

Fysisk nedleggelse med påfølgende holding i liggende stilling, framstår i utgangspunktet som spesielt inngripende. Det er også et omstridt tiltak, jf. diskusjonen om bruk av mangleleie som er omtalt i kapittel 10. Utenfor nødssituasjoner vil tiltaket anses som uverdigg behandling av mennesker. På denne bakgrunn har utvalget valgt å definere nedleggelse som et særlig inngripende tiltak. Det foreslås å begrense bruken til situasjoner med fysisk angrep på andre eller selvskading. Bruken av tiltaket må skje kontrollert. Hva som er nødvendig av opplæring og trening må vurderes konkret for personellet.

23.8.5.6 *Kortvarig tilbakehold som akutt skadeavverging*

Frihetsberøvelse utgjør et alvorlig inngrep. I forarbeidene til helsepersonelloven § 7 er det klargjort at denne bestemmelsen ikke kan brukes som grunnlag for slike tiltak:

«Det er ikke aktuelt å benytte denne bestemmelsen som grunnlag for tvangsinnleggelser. Her må kriteriene i lov om etablering av og gjennomføring av psykisk helsevern legges til grunn.»¹¹⁷⁶

Heller ingen andre av de lovfestede bestemmelsene om nødinngrep hjemler slike tiltak. Utvalget vurderer at det ved akutt selvmordsfare vil være rettmessig å holde personen tilbake inntil prosedyre etter lovutkastet § 5-4 eventuelt kan iverksettes. I dag vil dette ofte kunne baseres på ulovfestede nødrettslige synspunkt. I utvalgets opplegg der nødinngrep skal reguleres uttømmende, er det nødvendig å definere slikt tilbakehold som et særlig inngripende tiltak for å presisere grensene.

23.9 Rett til å velge form for tiltak og gjennomføringsmåte

En problemstilling som tidvis har blitt reist er om personen kan samtykke til å bli underkastet særlig inngripende tiltak, som beltelegging i psykisk helsevern, uten at lovens vilkår er oppfylt. Utvalget vurderer at utglidingsfaren er stor og foreslår et tydelig forbud: samtykke kan ikke være et selvstendig rettslig grunnlag. Det gjelder både ved samtykke «i nuet» og ved spørsmål om forhåndssamtykke.

Den aktuelle problemstillingen er dermed retten til selv å bestemme, eventuelt medvirke ved valg av, form for tiltak og gjennomføringsmåte.

Et krav om medvirkning er uttrykt på ulike måter i lovgivningen, og gjelder også ved inngrep i en nødssituasjon. De generelle utgangspunktene om medvirkning er nedfelt i pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 3. Av særlig interesse er imidlertid bestemmelser som uttrykkelig adresserer medvirkning ved bruk av tvang. I omsorgen for utviklingshemmede er medvirkningsretten nedfelt i helse- og omsorgstjenesteloven § 9-3. Dette er videre et sentralt tema i psykisk helsevernloven § 4-2 hvor det i første ledd heter at «det skal så langt det er mulig tas hensyn til pasientens syn» på tiltak etter kapittel 4 – herunder ved bruk av tvangsmidler etter § 4-8.

¹¹⁷⁶Ot.prp. nr. 13 (1998 –99) kapittel 26

Fra og med 1. september 2017 er det iverksatt lovendringer for å styrke pasientens medvirkning etter psykisk helsevernloven. Etter andre ledd i psykisk helsevernloven § 4-2 er det nå eksplisitt nedfelt en uttalerett for pasienten, en plikt til å nedtegning i journal og til å legge «særlig vekt på» uttalelser om tidligere erfaringer med tvangsbruk:

«Før det treffes vedtak etter lovens kapittel 4, skal pasienten gis anledning til å uttale seg der dette er mulig. Opplysningene skal nedtegnes og ligge til grunn for vedtaket. Det skal legges særlig vekt på pasientens uttalelser om tidligere erfaring med bruk av tvang.»

For å underbygge kravet om medvirkning er det nå også innført krav om obligatorisk etter samtale i tredje ledd, blant annet ved tvangsmiddelbruk:

«Pasienten skal tilbys minst én samtale om hvordan vedkommende har opplevd tvangsbruken. Pasientens syn på iverksatte tiltak skal journalføres.»

Hvordan de nye bestemmelsene i § 4-2 vil virke i praksis, er for tidlig å si. Til tross for dette mener utvalget at det er på sin plass å styrke personens posisjon nettopp ved det som i lovutkastet er omtalt som særlig inngripende tiltak. Enkelte kan uttrykke sterke ønsker om at et bestemt tiltak eller en bestemt gjennomføringsmåte blir valgt. Det er eksempel på at noen foretrekker beltelegging framfor fysisk holding da sistnevnte kan gjenopplive vonde minner. I slike tilfeller skal personen bli hørt ut fra at det skal legges «særlig vekt» på tidligere erfaringer.

I en relasjon preget av sterk maktulikhet kan det imidlertid være en fare for at lovens intensjon ikke alltid blir forstått eller praktisert av helsepersonell. Selv om det neppe vil gjelde mange, mener utvalget derfor at det er gode grunner for å styrke personenes posisjon gjennom å bygge ut medvirkningsretten til en rett til å velge tiltak og gjennomføringsmåte. Ut fra problemstillingens karakter vil det som regel være snakk om valg som blir gjort i forkant med tanke på en tenkt situasjon. Men det samme må gjelde der personen i situasjonen gir uttrykk for bestemte ønsker, selv om det ikke er tid til å vurdere spørsmålet om beslutningskompetanse. For barn som er under den helserettslige myndighetsalder, kan det likevel ikke være tale om annet enn at det foreligger en medvirkningsrett, av formelle grunner.

For valgfriheten må det selvsagt gjelde begrensninger så vel av praktisk som av faglig art. Blant annet må personellet ha tilstrekkelig kompetanse. Dersom personen framprovoserer situasjoner med det målet å bli medisineret med benzodiazepiner, kan det heller ikke gjelde en valgrett: faglig forsvarlighet setter grenser. Med slike forbehold har utvalget vanskelig for å se grunner for ikke å innføre en styrket bestemmelsesrett i spørsmål av en slik viktighet for den enkelte.

24 Innleggelse og tilbakehold i helseinstitusjoner m.m.

Boks 24.1 Utvalgets forslag

- Ny rettssikkerhetsmodell for personer uten beslutningskompetanse som ikke motsetter seg opphold. Skal gi lettere tilgang til hjelp i psykisk helsevern og rusbehandling, økt rettssikkerhet i demensomsorgen.
- Forhåndssamtykke styrkes som grunnlag for tilbakehold. Utvidet adgang til samtykke kombineres med styrket prosessuell rettssikkerhet.
- Diagnoser og diagnosenære vilkår i tvangshjemlene fjernes. Erstattes med krav om fravær av beslutningskompetanse og «sterkt behov» for aktuelt tiltak.
- Antatt samtykke foreslås som gjennomgående vilkår.

- Nærliggende og alvorlig risiko for personens liv eller vesentlig helseskade gjøres til gjennomgående vilkår. Behandlingskriteriet i psykisk helsevern videreføres ikke.
- Hjemmel for utgangshindrende tiltak om natten utenfor helseinstitusjon, ved omfattende orienteringssvikt.
- Vilkår om avtale mellom oppholdskommunen og spesialisthelsetjenesten om samarbeid og planlegging av personens tjenestetilbud før, under og etter opphold i tverrfaglig spesialisert behandling for rusmiddelavhengighet.
- Konverteringsforbudet opprettholdes i psykisk helsevern og utvides til den spesialiserte rusbehandlingen i lys av foreslått ny inntaksmodell.
- Særbestemmelser om fare for andre på grunn av alvorlig sinnslidelse videreføres.

[Boks slutt]

24.1 Innledning

I dette kapitlet drøftes de rettslige rammene for innleggelse og tilbakehold. Sentrale spørsmål gjelder blant annet hvor et slikt tiltak skal kunne iverksettes (arena), hvordan personkretsen skal avgrenses og hvilke vilkår som for øvrig må være oppfylt. I punkt 24.3 gis et oversiktsbilde av gjeldende rett, i punkt 24.4 er spørsmålet om en felles regulering er mulig og ønskelig og i 24.6 er arenaspørsmålet i fokus. I punktene 24.7 og 24.8 drøftes tvangsinnleggelse og tvungent tilbakehold basert henholdsvis på samtykke og vedtak. I punkt 24.5 er forutsetningen fravær av motstand. Fare for andres liv og helse drøftes i punkt 24.9. I punkt 24.10 blir problemstillinger knyttet til gravide med et rusmisbruk behandlet. Aller først skal utvalget knytte kommentarer til frihetsberøvelsesbegrepet (punkt 24.2).

24.2 Forholdet til begrepet «frihetsberøvelse» – lovtekniske konsekvenser

Individet er gitt en særlig beskyttelse mot frihetsberøvelse i så vel Grunnlova § 94 som i sentrale menneskerettighetsdokumenter. Dette er uttrykk for at tiltak som kvalifiserer til denne karakteristikken, i normaltilfellene vil utgjøre spesielt alvorlige inngrep. Hva som utgjør en frihetsberøvelse etter Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK) artikkel 5, er blant annet omtalt i punkt 7.3.2.2. Et trekk er at begrepet i praksis fra Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD) er blitt utvidet over tid og i dag omfatter mer enn de tradisjonelle tilfeller av innleggelse og tilbakehold under motstand, se også omtale i punkt 18.6.5. Selv om de krav som kan utledes for eksempel av EMK artikkel 5, er relativt grovkornede og etter gjeldende norsk rett i stor grad er gitt anvendelse ved bruk av tvang mer generelt, er begrepets bredde en grunn til at «frihetsberøvelse» er mindre egnet som et operativt begrep i en framtidig lovgivning.

Utvalget vurderer at innleggelse og tilbakehold utgjør en så egenartet problemstilling at det bør markeres tydelig ikke bare i utredningsteksten, men også i lovutkastet. Det er ikke til å komme bort fra at frihetsberøvelse i tradisjonell forstand utgjør et alvorlig inngrep. Sammenlignet med andre tiltak reiser det seg også særlige spørsmål blant annet i relasjon til arena, inntaksmodell og forhåndssamtykke til tvang. Ordningen etter pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A, der dette i liten grad blir synliggjort, har derfor ikke utvalget funnet å kunne anbefale. Selv om vilkårene for tvangsinnleggelse og tvungent tilbakehold basert på vedtak i stor utstrekning vil være sammenfallende med det som gjelder for andre tiltak personen motsetter seg, er det ønskelig med et tydelig skille: ikke bare ut fra den rettslige tradisjonen, men også av hensyn til klarhet og presisjon i regelverket. Utvalget vurderer imidlertid at det er tilstrekkelig å plassere den materielle reguleringen i et eget kapittel. Særlige prosessuelle spørsmål kan fanges opp som særbestemmelser til mer allmenne regler.

Gjennom den lovtekniske løsning som er foreslått, får man på den ene siden framhevet at frihetsberøvelse i tradisjonell forstand – tvangsinnleggelse og tvungent tilbakehold – normalt har en særlig alvorlige karakter. Samtidig blir begrepets bredere betydning i en menneskerettslig kontekst ivaretatt ved at det ikke blir trukket skarpe skiller for omfanget av rettssikkerhetsvernet ut fra om fokus er rettet mot innleggelse eller tilbakehold eller andre typer av inngrep.

24.3 Gjeldende rett – et oversiktsbilde

24.3.1 Psykisk helsevernloven

24.3.1.1 *Tvangsinnleggelse og tvungent tilbakehold basert på vedtak*

Via konstruksjonen tvungent psykisk helsevern/tvungen observasjon hjemler psykisk helsevernloven tvangsinnleggelse og tvungent tilbakehold. I § 3-5 første ledd heter det:

«Tvungen observasjon eller tvungent psykisk helsevern kan gis ved døgnopphold i institusjon som er godkjent for disse formålene. Pasienten kan holdes tilbake mot sin vilje og hentes tilbake ved unnvikelse, om nødvendig med tvang.»

Som det framgår, må institusjonen være «godkjent for disse formålene». Nærmere regler er gitt i psykisk helsevernloven § 2 til 4.

Andre ledd i § 3-5 er særlig aktuell for personer med spiseforstyrrelser. Her åpnes det for at døgnoppholdet kan avvikes i annen institusjon – i praksis i somatisk sykehuspost:¹¹⁷⁷

«Dersom det er nødvendig av hensyn til forsvarlig helsehjelp, kan tvungent psykisk helsevern gis ved midlertidig døgnopphold i institusjon som ikke er godkjent etter første ledd. Den godkjente institusjonen skal i slike tilfeller være ansvarlig for det tvungne vernet.»

Loven oppstiller en omfattende katalog av vilkår, som i utgangspunktet er like for tvungent psykisk helsevern (§ 3-3) og tvungen observasjon (§ 3-2). Vilkårene er nærmere omtalt i punkt 5.5. Omfanget av denne typen vedtak er omtalt i kapittel 9.

24.3.1.2 *Tvangsinnleggelse og tvungent tilbakehold basert på samtykke*

Etter psykisk helsevernloven § 2-2 kan det samtykkes til å være undergitt reglene om tvungent vern «i inntil tre uker fra etableringen av vernet». Forutsetningen er at den faglig ansvarlige har krevd («begjært») dette. Det er presisert i lovteksten at et samtykke ikke omfatter bruk av bestemmelsene om behandling uten samtykke (§ 4-4) og innskrenkning i kontakt med omverdenen (§ 4-5 andre ledd).

Om fremgangsmåten er det i tredje ledd bestemt at

«[g]runnen til begjæringen om slikt samtykke og selve samtykket skal nedtegnes i et dokument som undertegnes av pasienten og den faglig ansvarlige.»

Kravet om begjæring kan klages («bringes») inn for kontrollkommisjonen. Vurderingstemaet er ikke klart. Det har vært få klagesaker. I 2017 behandlet kontrollkommisjonene 21 slike saker. Institusjonene fikk medhold i 19 av dem.¹¹⁷⁸ Det er ikke gitt særlige bestemmelser om hvordan en eventuell tvist om et samtykkes gyldighet skal håndteres.

¹¹⁷⁷Ot.prp. nr. 65 (2005–2006) viser at det var personer med spiseforstyrrelser man hadde i tankene, se s. 77 og 88.

¹¹⁷⁸Helsedirektoratet, IS-2803

For helserettslig myndige personer som mangler beslutningskompetanse («samtykkekompetanse»), er det forutsatt en adgang til representert samtykke, jf. § 2-2 andre ledd. Den som skal undertegne er «den faglig ansvarlige og den som eventuelt handler på pasientens vegne».

24.3.2 Helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 10

24.3.2.1 *Tvangsinnleggelse og tvungent tilbakehold basert på vedtak*

På rusfeltet har vi i dag bestemmelser i helse- og omsorgstjenesteloven §§ 10-2 og 10-3 som tydelig hjemler tvangsinnleggelse og tvungent tilbakehold. Uttryksmåten «tas inn» og «holdes tilbake» er brukt, begge steder i første ledd. Oppholdet må skje i «institusjon utpekt av regionalt helseforetak», jf. spesialisthelsetjenesteloven § 2-1 a fjerde ledd. Sammenlignet med psykisk helsevernloven §§ 3-2 og 3-3 er vilkårene for frihetsberøvelse i rusinstitusjon færre og mer kortfattet formulert. Det er gitt en nærmere omtale av vilkårene i punkt 5.6.

24.3.2.2 *Tvangsinnleggelse og tvungent tilbakehold basert på samtykke*

Etter helse- og omsorgstjenesteloven § 10-4 kan det samtykkes til å «holdes tilbake» i rusinstitusjon. Etter første ledd er tilbakeholdstiden inntil tre uker regnet fra «inntaket» i institusjonen. Etter andre ledd regnes tilbakeholdstiden – som også her er inntil tre uker – fra en uttrykkelig tilbaketrekking av samtykket. Andre ledd er forutsatt å skulle gjelde ved behov for mer lengrevarige opphold. Om framgangsmåten er det bestemt i tredje ledd at samtykket må avgis «skriftlig» til institusjonsledelsen. Dette må skje «senest når oppholdet begynner». Det er ikke gitt særlige regler om samtykke på vegne av person som mangler beslutningskompetanse. Helse- og omsorgstjenesteloven § 10-4 er nærmere omtalt i punkt 5.6.1.7.

24.3.3 Pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A

24.3.3.1 *Tvangsinnleggelse og tvungent tilbakehold basert på vedtak*

Pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A hjemler tvangsinnleggelse og tvungent tilbakehold som ledd i ytelse av somatisk helsehjelp, jf. § 4A-4 andre ledd:

«Pasienten kan blant annet legges inn ved helseinstitusjon og holdes tilbake der dersom det er nødvendig for å få gjennomført helsehjelpen.»

«Undersøkelse og behandling av psykisk lidelse» faller utenfor, jf. § 4A-2 andre ledd. Et særtrekk er at kapitlet i liten grad skiller mellom tvangsinnleggelse og tvungent tilbakehold og andre tiltak personen motsetter seg. Både vilkår og saksbehandlingsregler er med få unntak nær, de samme. Lovens vilkår er gjennomgått i punkt 5.8.

24.3.3.2 *Tvangsinnleggelse og tvungent tilbakehold basert på samtykke*

Kapittel 4 A inneholder ingen regler om samtykke til tvangsinnleggelse eller tvungent tilbakehold. Spørsmålet er heller ikke omtalt i forarbeidene. Lovgiver har generelt sett vist en særlige forsiktighet med å gi hjemmel for samtykke til tvang. På denne bakgrunn forstår utvalget det slik at det i dag ikke er hjemmel for samtykkebasert tvang ved somatisk helsehjelp.

24.3.4 Helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9

Kapittel 9 i helse- omsorgstjenesteloven hjemler som nevnt ikke tvangsplassering eller tvungent tilbakehold, men diskusjonen om forhåndssamtykke tas likevel med for oversiktens skyld.

På dette feltet er det klart at lovgiver ikke har ønsket å basere regelverket på forhåndssamtykke til tvang.¹¹⁷⁹ I sluttrapporten fra Rådet for kapittel 6 A ble det – under dissens – fremmet forslag om å åpne for at personer over 16 år skulle kunne forhåndssamtykke, jf. § 4A-6 i lovforslaget. Første ledd var formulert slik:

«Tjenestemottaker over 16 år kan samtykke til handlinger og framgangsmåter som ellers ville blitt omfattet av regelverket i dette kapitlet. Bestemmelsene i § 4A-1 til § 4A-5 og § 4A-7 gjelder tilsvarende. For at samtykket skal være gyldig, må det være gitt informasjon om konsekvensene av tiltaket, og tjenestemottakeren må ha forstått konsekvensene. Samtykket oppsettes som en skriftlig avtale med den som har det daglige ansvaret for tjenesten. Samtykket kan ikke omfatte handlinger og framgangsmåter som må vurderes som sterkt inngripende eller integritetskrenkende.»

Bestemmelsen var i utgangspunktet ikke ment å utvide rammene for inngrep materielt, jf. henvisningen til § 4A-7 der vilkårene for bruk av tvang var nedfelt. Bakgrunnen for forslaget var etter dette rent ideologisk; å styrke de aktuelle personenes følelse av å få bestemme selv:

«Rådets flertall vil understreke at de ser på denne bestemmelsen som en «normalisering» av tjenestemottakeres mulighet til å ta avgjørelser om eget liv, også avgjørelser som de i ettertid «i stunden» vil kunne motsette seg. Dette har ikke bare en symbolsk betydning, men utgjør en måte å tilskrive de aktuelle tjenestemottakere en økt selvbestemmelsesrett, og derved økt verdighet. Det er forskjell på å «måtte», og det å «ville», selv om en «i stunden» ikke liker konsekvensene og derved yter motstand. Lovverket «normaliseres», men ikke i større utstrekning enn flertallet anser det hensiktsmessig for å unngå misbruk og overgrep.»¹¹⁸⁰

Departementet fulgte ikke opp forslaget.¹¹⁸¹ Bakgrunnen var først og fremst rettssikkerhetsmessige vurderinger. En avtale skulle nemlig ikke underkastes en like grundig saksbehandling som et vedtak – herunder ikke forhåndsgodkjennes av fylkesmannen – men bare sendes fylkesmannen for registrering, jf. andre ledd i framlegget til § 4A-6. Til tross for relativt strenge krav til samtykket, dukket dermed frykten for misbruk av ordningen fram. For eksempel i form av press rettet mot personer for å samtykke, slik at tjenesteapparatet kunne slippe en resurskrevende vedtaksprosedyre.

24.4 Er en felles regulering mulig og ønskelig?

24.4.1 Er en felles regulering mulig?

Etter dagens ulike regelsett er det i utgangspunktet en god del likt mellom vilkårene for tvang-sinnleggelse/tvungent tilbakehold. Det er samtidig viktige forskjeller, særlig:

- Hva som utgjør tvang (tvangsbegrepet) varierer, jf. nærmere omtale i punkt 18.2–18.4 og 18.7.3 hva gjelder barn.

¹¹⁷⁹Ot.prp. nr. 55 (2002–2003) s. 46–47 og Ot.prp. nr. 58 (1994–1995) s. 12

¹¹⁸⁰Sluttrapporten fra Rådet for vurdering av praksis og rettssikkerhet etter sosialtjenesteloven kapittel 6A, 2002, s. 66

¹¹⁸¹Høringsnotat om sosialtjenesteloven kapittel 4A, 2002, s. 45–46

- I hvilken grad tvangsinnleggelse/tvungent tilbakehold er utskilt til særlig regulering – sammenlignet med hva som gjelder for andre typer av inngrep etter det aktuelle regelsettet – varierer. Et ytterpunkt utgjør her kapittel 4 A i pasient- og brukerrettighetsloven hvor det er svært få særregler for tvangsinnleggelse og tvungent tilbakehold.
- Omfanget og detaljeringsgraden av de materielle vilkår varierer. Psykisk helsevernloven §§ 3-2 og 3-3 utmerker seg som mest omfangsrike.
- Hva gjelder forhåndssamtykke til tvangsinnleggelse og tvungent tilbakehold, har vi hjemmel for dette på psykisk helsevernloven og rusloven, men ikke i pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A for somatisk helsehjelp. Mellom de lovhomeplene som eksisterer, er det også en del forskjeller.
- Hva gjelder vedtaksbasert tvangsinnleggelse og tvungent tilbakehold, har vi noen ulikheter i vilkårsformuleringene mellom de ulike regelsettene. Enkelte er mindre vesentlige innholdsmessige sett. Andre markerer en tydelig, prinsipiell forskjell, særlig:
 - Betydningen av at personen er beslutningskompetent er ulik. Her er det nå helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 10 som skiller seg ut ved at fravær av kompetanse ikke er gjort til et materielt vilkår.
 - Psykisk helsevernloven og helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 10 skiller seg fra kapittel 4 A i pasient- og brukerrettighetsloven ved at diagnosenære kriterier er brukt.
 - Tersklene for inngrep er ulike. Psykisk helsevernlovens behandlingskriterium, jf. § 3-3 nr. 3 bokstav a, utmerker seg ved ikke å knytte an til et skadekriterium.
 - Etter psykisk helsevernloven er enkelte prosessuelle krav gjort til absolutte vilkår. De har slik fått en materiell karakter ved at de er med på å begrense i hvilke situasjoner det kan fattes vedtak.
 - Det er ulikt i hvilken grad fare-for-andre-situasjoner kan begrunne frihetsberøvelse. Etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 10 og pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A er svaret negativt.

Ingen av disse ulikhetene, hver for seg eller samlet, gjør imidlertid en felles regulering umulig. En ulikhet av strukturell karakter er at tvangsinnleggelse/tvungent tilbakehold etter psykisk helsevernloven er hjemlet via konstruksjonen tvungent vern/tvungen observasjon, som også kan ha andre former, jf. psykisk helsevernloven § 3-5 tredje ledd. En felles regulering forutsetter en oppløsning av denne konstruksjonen og en overgang til fokus på det enkelte tiltak. Som mulig hinder for en samordnet lovgivning blir dette drøftet i punkt 28.4.1.3.

24.4.2 Er en felles regulering ønskelig?

I kapittel 15 framkommer ulike hensyn som – generelt sett – kan tale for en mer samordnet tvangslovgivning. Av særlig relevans i denne sammenheng er betydningen av å sikre et verdikonsistent regelverk. En samordning vil også gjøre det enklere å holde oversikt for alle aktører som er involvert i praktiseringen av flere enn ett regelverk: det gjelder så vel pasienter/brukere og pårørende, som personell og kontrollinstanser.

Selv om det prosessuelle systemet i så måte vil være vel så viktig, kan også en materiell samordning av vilkårene bidra til å fremme helhetstenkning rundt individet på tvers av forvaltningsnivå. Dette fordi ulike sider av oppfølgingen av personen både kan og bør bli forberedt parallelt gjennom en forløpstenkning. Etter det utvalget erfarer, er det i dag en utfordring at samarbeidet og samhandlingen ofte strander under henvisning til «mitt» og «ditt» lovverk. I dette bildet vil en samordning kunne gjøre det mer attraktivt for kommune og spesialisthelsetjeneste å kommunisere om videre oppfølging – herunder både om hvordan tvang kan unngås og hvilke vedtak som eventuelt kan være nødvendige – ved at lovgrunnlaget i hovedsak er felles.

En fare er imidlertid at nedbygging av skiller mellom regelverk kan skape for vide tvangshjemler. Spørsmålet er derfor om – og eventuelt på hvilken måte – dette kan unngås. Det ligger også til utvalget å sikre at særlige gruppers behov blir ivaretatt. Mye taler altså for at et felles regelverk er ønskelig, men utformingen må bli slik at spesielle behov og problemstillinger ivaretas.

24.5 Innleggelse og opphold som personen ikke motsetter seg

24.5.1 Gjeldende rett

Innleggelse og opphold i institusjon som personen ikke motsetter seg – altså uten bruk av tvang –, reguleres svært forskjellig i dag. Etter psykisk helsevernloven kapittel 3 gjelder de samme vilkår som der personen viser aktiv motstand, såfremt personen ikke er beslutningskompetent. Dette kommer til uttrykk gjennom pasient- og brukerrettighetsloven § 4-3 femte ledd. Slik virkeområdet til helse- og omsorgstjenesteloven §§ 10-2 og 10-3 er formulert – med fokus på fravær av samtykke – legger utvalget til grunn at tilsvarende gjelder på dette feltet. Etter pasient- og brukerrettighetsloven § 4-6 andre ledd – som for eksempel er aktuell ved innleggelse i sykehjem – er vilkårene derimot beskjedne. Det kreves ikke at det fattes formelle vedtak. Denne bestemmelsen kommer også til anvendelse for opphold i tiltak som ikke er å regne som institusjon.

24.5.2 Utvalgets vurderinger

24.5.2.1 Utgangspunkt

Som det framgår av kapittel 18, er utvalget av den oppfatning at man bør avgrense tvangsbegrepet til motstandstilfellene. Dette betyr at de mest omfattende rettssikkerhetsgarantiene i utgangspunktet blir konsentrert rundt disse situasjonene. Rettssikkerhetsordningene ved fravær av motstand tenkes i utgangspunktet å være enklere og mindre omfattende, selv om også slike tiltak kan utgjøre frihetsberøvelse etter EMK artikkel 5. Det er ikke noe menneskerettslig krav at reglene nødvendigvis skal være like i alle tilfeller hvor konvensjonsvernet er aktivert. Utvalget legger opp til en mer nyansert ordning enn det vi i dag har og i tråd med utviklingstrekk i menneskerettslig regulering og praksis.

Utvalget vurderer at terskelen bør være lav for å yte helse- og omsorgstjenester personen har et behov for, ikke motsetter seg, men heller ikke er i stand til å samtykke til. Det gjelder også tjenester i form av institusjonsopphold, eller opphold i bolig eller enhet som faller utenfor institusjonsbegrepet. I lovutkastet § 5-1 vises til utkastet § 6-2, som representerer en videreføring av pasient- og brukerrettighetsloven § 4-6 med enkelte endringer og justeringer. Avgjørende er om fordelene for personen overstiger ulempene, og at det foreligger et antatt samtykke. Utvalgets opplegg her innebærer at det vil bli lettere å gi hjelp i form av innleggelse i psykisk helsevern eller i tverrfaglig spesialisert behandling av rusavhengighet der personen ikke motsetter seg dette.

24.5.2.2 Menneskerettslige krav – betydningen av H.L. mot Storbritannia

Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD) har lagt til grunn at rettssikkerheten må ivaretas på en tilfredsstillende måte gjennom formelle vedtak når inngrepet utgjør en frihetsberøvelse. Det gjelder selv om personen mangler beslutningskompetanse og ikke motsetter seg innleggelse og opphold. Grunnleggende er *H.L. mot Storbritannia* fra 2004, som er omtalt i kapittel 7. I senere praksis fra EMD er blant annet følgende utsagn sitert:

«the Court considers the key factor in the present case to be that the health care professionals treating and managing the applicant exercised complete and effective control over his care and movements.»¹¹⁸²

Særlig på bakgrunn av dette sitatet har engelsk høyesterett (Supreme Court) tolket begrepet «frihetsberøvelse» i EMK artikkel 5 bredt. I den såkalte Cheshire West-saken blir personens reaksjon sett som uten betydning for vurderingen.¹¹⁸³ Konsekvensene er store ved at tjenesteyting overfor sterkt hjelpetrengende personer som mangler beslutningskompetanse, per definisjon må regnes som frihetsberøvelse, uavhengig av motstand, med de konsekvenser det vil ha for skaleringen av rettssikkerhetsgarantiene.

Dommen er omstridt og – selvsagt – ikke bindende i en norsk kontekst. Etter en mer moderat forståelse av *H.L. mot Storbritannia* er hovedpoenget at personen *reelt* var underlagt tvang fordi legen hadde bestemt seg for å overføre personen til tvungent opphold dersom vedkommende skulle komme til å uttrykke et ønske om å forlate institusjonen.¹¹⁸⁴

24.5.2.3 Utvalgets modell

De menneskerettslig krav kan imøtekommes ved at de samme regler gjelder uansett motstand – slik vi i dag har etter psykisk helsevernloven kapittel 3 og etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 10, men ikke etter pasient- og brukerrettighetsloven. I utredningens kapittel 18 har imidlertid utvalget funnet sterke argumenter mot dette, både prinsipielle og mer pragmatiske: herunder hensynet til effektiv ressursutnyttelse, at det bør være lav terskel for å yte nødvendig helsehjelp og de negative konsekvensene av brede tvangsbegreper.

Med dette som utgangspunkt er det – utenfor motstandstilfellene – nødvendig å velge en modell der rettssikkerhetsnivået avhenger av en konkret og individuell vurdering av risikoen for at personen i den nærmeste framtid vil komme til å motsette seg oppholdet uten at et ønske om utskrivning kan etterkommes. Vurderingen må være basert på tjenestenes kjennskap til vedkommende og hans eller hennes preferanser, helst supplert med informasjon fra pårørende, og hensyntatt hvilke tiltak som kan iverksettes for å opprettholde eller styrke trivselen i institusjonen.

En slik modell vil representere en ny konstruksjon i norsk sammenheng, og utvalget vurderer at den bør utformes så presist som mulig. Av utkastet framgår det således at det er risikoen for bruk av tvang i den kommende ti-dagers-perioden som skal vurderes. Utvalget vurderer at dette er en tidshorisont som er håndterlig å vurdere sett fra tjenestenes side, samtidig som dette ofte også vil utgjøre en kritisk periode med tanke på om personen vil komme til å slå seg til ro i etterkant av en innleggelse i institusjon. Utvalget har videre landet på at risikoen for at personen vil komme til å ønske å forlate institusjonen og i så fall vil bli nektet dette, bør avgjøres etter en sannsynlighetsvurdering. Selv om utvalget generelt sett anbefaler et bredere vurderingstema ved håndteringen av prognosevilkår som vi her står ovenfor, se punkt 24.8.4 nedenfor, er spørsmålet i denne sammenheng så avgrenset at en sannsynlighetsstandard synes både egnet og enklest.

¹¹⁸²H.L. mot Storbritannia, 2004, avsnitt 91

¹¹⁸³Cheshire West and Chester Council v P, 2014, se nærmere omtale i kapittel 8

¹¹⁸⁴Se nærmere Østenstad, 2011, s. 223–231

Dersom tjenestene kommer til at det ikke foreligger sannsynlighet for tvangsbruk i løpet av de neste ti dager, kan hovedregelen i lovutkastet § 5-1, jf. § 6-2, benyttes. Vurderingen må imidlertid gjentas når det framkommer opplysninger som peker i retning av at situasjonen kan ha endret seg. Det gjelder også den andre veien: Der et vedtak etter lovutkastet § 5-2 er fattet, og det etter en ny vurdering viser seg ikke lenger å være behov for dette, vil det være riktig å oppheve – eller å unnlate å fornye – det, og da heller basere seg på hovedregelen i § 5-1 som har en lavere terskel for å yte hjelp.

Der utfallet av vurderingen er at det foreligger en sannsynlighet for bruk av tvang i løpet av de neste ti dager, må det fattes vedtak. Spørsmålet er da hvilke vilkår som her skal gjelde. Utvalgets vurdering er at elementene bør være tilsvarende som ved vedtak om innleggelse og tilbakehold under motstand, men at enkelte vilkår bør være mindre strenge. Dette gjelder for det første graden av behov personen må ha for hjelp. Så lenge det ikke foreligger faktisk motstand, men bare risiko for at motstand skal inntre, mener utvalget det får være tilstrekkelig at vedkommende har et rettskrav på hjelp og ikke nødvendigvis et «sterkt behov» som foreslås for motstandstilfellene. Det bør heller ikke stilles krav om «vesentlig» helseskade – det må være tilstrekkelig med risiko for simpel skade. Det er videre rimelig med mindre omfattende krav til legeundersøkelse.

De øvrige vilkår i lovutkastet § 5-4 vil gjelde tilsvarende som ved tvangsinnleggelse og tvungent tilbakehold, men slik at innholdet i noen grad kan bli påvirket av situasjonen: fraværet av motstand. Kravet om oppfylling av retten til tilrettelegging av tjenestene uten bruk av tvang, er således aktuelt også utenfor motstandstilfellene – med da for å unngå at risikoen for framtidig tvangsbruk skal utløses. Og vurderingen av om fordelene med tiltaket «klart» vil overstige ulempene vil kunne påvirkes av at det foreløpig ikke foreligger et behov for bruk av tvang.

Der det fattes vedtak etter § 5-2 og det viser seg at risikoen knyttet til at personen skal komme til å ønske seg ut og blir nektet dette, slår til, må det eventuelt fattes vedtak om tvungent tilbakehold, jf. lovutkastet § 5-4.

24.5.2.4 Konsekvenser

Sammenlignet med dagens regulering i psykisk helsevernloven kapittel 3 og helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 10, innebærer utvalgets modell en senket terskel for å yte nødvendig helsehjelp til personer som mangler beslutningskompetanse, men ikke motsetter seg innleggelse og opphold i psykisk helsevern eller institusjon for tverrfaglig spesialisert behandling for rusmiddelavhengighet. Der det ikke er sannsynlig at det blir behov for tvang innenfor en ti-dagers-periode gjelder utkastet § 5-1, jf. § 6-2, som vesentlig er en videreføring av dagens § 4-6 andre ledd i pasient- og brukerrettighetsloven. Der det er sannsynlig at det kan bli behov for tvang, må det fattes vedtak, men vilkårene er mindre strenge enn i motstandstilfellene. Utvalgets modell kan sies å bygge videre på forslaget til ny § 2-3 i psykisk helsevernloven satt fram av Paulsrud-utvalget, men som ikke ble fulgt opp i lovrevisjonen av 2017.¹¹⁸⁵

Argumentene som taler for en endring i den retning som utvalget nå foreslår, er styrket etter innføringen av vilkåret om manglende beslutningskompetanse («samtykkekompetanse») i psykisk helsevernloven i 2017. Dette ved at konsekvensene av pasient- og brukerrettighetsloven § 4-3 femte ledd, som tidligere langt på vei var sovende i klinikken, er blitt tydeligere i

¹¹⁸⁵Se nærmere NOU 2011: 9, s. 156–157

kjølvannet.¹¹⁸⁶ Det er kommet mer fram i lyset hvilke uheldige sider det kan ha når personer som har stort behov for psykisk helsehjelp og ikke motsetter seg slik hjelp, men heller ikke er i stand til å avgi et gyldig samtykke, kan bli avskåret fra hjelp om ikke lovens strenge krav for tvungent vern er oppfylt. I utvalgets opplegg foreslås pasient- og brukerrettighetsloven § 4-3 femte ledd opphevet.

Sammenlignet med dagens regulering i pasient- og brukerrettighetsloven økes rettssikkerheten. Rammen for kapittel 4 A er i dag motstandstilfellene, og rettssikkerhetsmessig er det et stort gap ned til innleggelse og opphold basert på § 4-6 andre ledd ved ikke-motstand. Det er utvilsomt at denne bestemmelsen ikke oppfyller de krav som er skissert i *H.L. mot Storbritannia* ved tiltak som kvalifiserer til å være frihetsberøvelse etter EMK.¹¹⁸⁷ Konkret vil utvalgets opplegg styrke rettssikkerheten i demensomsorgen. Her er det ikke sjelden en problemstilling at personer blir innlagt i sykehjem uten motstand, men uten helt å forstå forutsetningene – for eksempel lengden på oppholdet – samtidig som forutsetningene kan endres underveis. I slike situasjoner må det etter lovutkastet vurderes om det er behov for vedtak etter § 5-2.

24.6 Hvor skal tvangsinnleggelse og tvungent tilbakehold kunne skje?

24.6.1 Gjeldende rett

24.6.1.1 Oversikt over dagens regulering

I dagens lovgivning er hjemlene for tvangsinnleggelse og tvungent tilbakehold avgrenset til ulike typer helseinstitusjoner. I pasient- og brukerrettighetsloven § 4A-4 framgår det at pasienten kan «legges inn ved helseinstitusjon og holdes tilbake der dersom det er nødvendig for å få gjennomført helsehjelpen». Det er ikke stilt nærmere krav til helseinstitusjonene der tvangsinnleggelse og tvungent tilbakehold kan finne sted.

I forarbeidene til pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A framgår det:

«Omgrepet helseinstitusjon omfatter «spesialiserte helseinstitusjonar (medrekna sjukehus) og sjukeheimar og buform med heildøgns omsorg og pleie. Aldersheimar, omsorgsbustader og andre bu- og tenestetilbod i kommunane som blir omfatta av sosialtenestelova, er ikkje omfatta av dette omgrepet.»¹¹⁸⁸

Sitatet viser at reglene om tvangsinnleggelse og tvungent tilbakehold i pasient- og brukerrettighetsloven ikke gjelder for aldershjem, som tidligere var regulert som institusjon etter den nå opphevede sosialtjenesteloven. Omsorgsboliger regnes ikke som institusjon, men som private hjem, og omfattes ikke av reglene om tvangsinnleggelse og tvungent tilbakehold i pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A. I rundskriv fra Helsedirektoratet er det presisert at «[m]ed helseinstitusjon menes helseinstitusjon som hører under spesialisthelsetjenesteloven

¹¹⁸⁶Senter for medisinsk etikk, 2019, punkt 5.1.3.4 skriver at problemstillingen knyttet til pasient- og brukerrettighetsloven § 4-3 femte ledd er mest aktuell i alderspsykiatrien.

¹¹⁸⁷Se *H.L. mot Storbritannia*, 2004, avsnitt 120, sitert i utredningens kapittel 7. Jf. også Østenstad, 2011, s. 570–595

¹¹⁸⁸Ot.prp. nr. 64 (2005–2006) punkt 4.6.5.3

og helse- og omsorgstjenesteloven, herunder spesialiserte helseinstitusjoner (medregnet sykehus) og sykehjem.»¹¹⁸⁹

Etter spesialisthelsetjenesteloven skal det regionale helseforetaket sørge for tverrfaglig spesialisert behandling for rusmiddelavhengighet, herunder institusjonsplasser som kan ta imot rusmiddelavhengige med hjemmel i helse- og omsorgstjenesteloven §§ 10-2 til 10-4. Dette framgår av § 2-1 a første ledd nr. 5. Spesialisthelsetjenesteloven § 2-1 a fjerde ledd pålegger de regionale helseforetakene å peke ut «institusjoner i det enkelte helseforetak» som kan ta imot rusmiddelavhengige etter reglene i helse- og omsorgstjenesteloven §§ 10-2 til 10-4. Dette innebærer at følgende tiltak kan gjennomføres i disse institusjonene: tvangsinnleggelse og tvungent tilbakehold av personer med omfattende og vedvarende rusmisbruk (§ 10-2), tvangsinnleggelse og tvungent tilbakehold av gravide rusmiddelavhengige (§ 10-3) og tilbakehold med grunnlag i eget samtykke (§ 10-4). De regionale helseforetakene er ansvarlige for å sørge for at tvangsvedtakene blir gjennomført i de institusjonene som er pekt ut. Det er ikke gitt nærmere bestemmelser om hvilke institusjoner som skal pekes ut. Institusjonene vil være helseinstitusjoner etter spesialisthelsetjenesteloven, jf. punkt 19.4.3.2.

Spesialisthelsetjenesteloven § 3-14 første ledd gir hjemmel for å begrense adgangen til å forlate institusjonen i den grad det er nødvendig etter vedtakets formål. Denne bestemmelsen gir med andre ord adgang til å holde personen tilbake i institusjonen mot vedkommendes vilje i de tilfellene det er nødvendig for å nå målet med den tvungne plasseringen. Målgruppen er avgrenset til å gjelde personer som er plassert i en institusjon med hjemmel i helse- og omsorgstjenesteloven §§ 10-2, 10-3 og 10-4. Dette innebærer at denne bestemmelsen bare gjelder helseinstitusjoner.

Forskrift om rettigheter og tvang i rusinstitusjon § 11 regulerer adgang til tilbakehold og tilbakeføring ved rømming. Etter denne bestemmelsen kan en person som er inntatt i institusjon med hjemmel i helse- og omsorgstjenesteloven §§ 10-2, 10-3 eller 10-4, holdes tilbake mot sin vilje og hentes tilbake ved rømming, om nødvendig med tvang. Denne forskriftsbestemmelsen gjelder i likhet med spesialisthelsetjenesteloven § 3-14 bare helseinstitusjoner.

Etter psykisk helsevernloven er utgangspunktet at tvungen observasjon eller tvungent psykisk helsevern bare kan gis ved døgnopphold i institusjon som er godkjent for disse formålene, jf. § 3-5 første ledd. Psykisk helsevernloven § 3-3 nr. 5 stiller krav om at institusjonen må være faglig og materielt i stand til å tilby pasienten tilfredsstillende behandling og omsorg. Paragraf 3-10 andre ledd gir Kongen i statsråd hjemmel til å gi forskrifter om godkjenning av institusjoner som kan anvende eller være ansvarlig for tvungen observasjon eller tvungent psykisk helsevern, og om de nærmere vilkårene for slik godkjenning.

Psykisk helsevernforskriften bestemmer at Helsedirektoratet skal godkjenne institusjoner som skal være ansvarlig for eller kunne anvende tvungen observasjon eller tvungent psykisk helsevern med og uten døgnopphold. Denne forskriften stiller formelle og materielle krav til institusjonene, i tillegg til krav om bemanning, jf. §§ 2, 3 og 4. I forarbeidene til psykisk helsevernloven framgår det:

«Selv om departementet (...) har foreslått å nedfelle grunnleggende krav om tilfredsstillende faglig og materiell standard i den ansvarlige institusjon, er det nødvendig med en godkjenningsordning slik at overordnet statlig myndighet kan ha sikkerhet for at det tvungne

¹¹⁸⁹Helsedirektoratet, IS-8/2015, s. 114

vernet etableres ved institusjoner som faglig og materielt er i stand til å takle så krevende og rettssikkerhetsmessig viktige oppgaver.»¹¹⁹⁰

Sitatet viser at intensjonen med godkjenningsordningen var å sikre at pasienter under tvungent psykisk helsevern tilbys forsvarlig behandling og omsorg.

Helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 har ikke regler som gir hjemmel for tvangsinnleggelse eller tvungent tilbakehold.

24.6.1.2 Nærmere om grensen mellom tvangsinnleggelse og tvungent tilbakehold

Helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 10 (§§ 10-2 og 10-3) og pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A (§§ 4A-4 og 4A-5) har bestemmelser som gir tydelig hjemmel både for tvangsinnleggelse og tvungent tilbakehold. Dette er nærmere omtalt i punkt 24.3.2 og punkt 24.3.3.

Psykisk helsevernloven regulerer tvangsinnleggelse og tvungent tilbakehold via konstruksjonen tvungent psykisk helsevern/tvungen observasjon, jf. punkt 24.3.1. I § 3-5 første ledd er det presisert at pasienten kan holdes tilbake mot sin vilje og hentes tilbake ved unnvikelse, om nødvendig med tvang.

Spesialisthelsetjenesteloven § 3-14 første ledd regulerer bare tvungent tilbakehold.

Grensen mellom tvangsinnleggelse og tvungent tilbakehold synes ikke å være nærmere omtalt i forarbeidene til psykisk helsevernloven. I forarbeidene til helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 10 er det understreket at i den grad tvangsvedtak er nødvendig i et behandlingsopplegg, er det primært reglene om tilbakehold i institusjon på grunnlag av eget samtykke som vil dekke det praktiske behovet. I tillegg framgår det at målsettingen med å gi adgang til tvangsinnleggelse vil være å foreta eventuell avrusning og undersøke klientens behov, muligheter og ønsker om praktisk tilrettelegging av behandling i aktuelle behandlingstiltak.¹¹⁹¹ Grensen mellom tilbakehold og tvangsinnleggelse er ikke omtalt nærmere.

I forarbeidene til pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A er det anført at en adgang til å legge inn pasienter som motsetter seg dette, kan vise seg å være uten innhold hvis det ikke samtidig blir gitt adgang til å holde pasienten tilbake. Videre framgår det at selv om tvangsinnleggelse og tvungent tilbakehold er nært knyttet til hverandre, unngår en at det blir truffet mer inngripende vedtak enn nødvendig ved å skille mellom disse tiltakene.¹¹⁹²

I den grad det har betydning å skille, bør utgangspunktet være det formelle. Tvangsinnleggelse er det tale om inntil innleggingsformalitene er på plass. Deretter vil det dreie seg om tilbakehold. Det kan oppstå behov for å treffe vedtak om tvungent tilbakehold selv om innleggelsen i institusjonen har vært frivillig. Stort sett har likevel ikke skillet så stor rettslig betydning ved at vilkår og prosedyrer er sammenfallende. Særlig etter pasient- og brukerrettighetsloven har likevel skillet hatt en rettslig realitet ved at vedtakskompetansen følger hvem som er «ansvarlig for helsehjelpen», jf. § 4A-5 første ledd. Det er antatt at dette vil være lege, typisk

¹¹⁹⁰Ot.prp. nr. 11 (1998–99) punkt 7.1.5.2

¹¹⁹¹Ot.prp. nr. 29 (1990–91) kapittel 1 og punkt 6.6

¹¹⁹²Ot.prp. nr. 64 (2005–2006) punkt 4.6.5.3

fastlegen, ved tvangsinnleggelse i sykehjemmet.¹¹⁹³ For det videre tilbakeholdet vil dette bildet kunnet være et annet. Etter utvalgets opplegg blir denne modellen brutt ned ved at vedtakskompetansen flyttes opp til den overordnet faglig ansvarlige i kommunen, jf. lovutkastet § 9-1.

24.6.2 Bør tvangsinnleggelse og tvungent tilbakehold også kunne skje utenfor helseinstitusjon?

24.6.2.1 *Problemstillinger i praksis*

Dagens hjemler for tvangsinnleggelse og tvungent tilbakehold er begrenset til helseinstitusjoner, i ulike varianter etter de ulike hjemmelslovene. Utvalget har fått flere innspill om at dette gir en for snever ramme, først og fremst på kommunalt nivå. Det blir også vist til kommunens ansvar for å «sørge for» at personer som oppholder seg i kommunen, tilbys nødvendige helse- og omsorgstjenester, jf. helse- og omsorgstjenesteloven § 3-1 første ledd.

I kjølvannet av utbyggingen av tjenester utenfor institusjon er det blitt anført at det å avgrense hjemmelen for tvangsinnleggelse og tvungent tilbakehold til helseinstitusjon ikke tilfredsstiller de praktiske behovene. Personer med demens må for eksempel ved behov for tvungent tilbakehold flyttes til sykehjemsavdeling, selv om tilbakehold også kunne blitt gjennomført i omsorgsbolig. I noen svært få og spesielle tilfeller kan det også være aktuelt å skrive ut pasienter fra døgnopphold i psykisk helsevern fordi det ikke foreligger et videre behandlingsbehov på dette omsorgsnivået, men der åpen omsorg setter pasientens liv eller helse i fare på grunn av svært svekket orienteringsevne, ukritisk atferd m.m. Det kan virke uheldig at avgrensningen til helseinstitusjon fører til et skille mellom tilnærmet like tilbud etter helse- og omsorgstjenesteloven, og at noen pasienter må bo på psykiatrisk institusjon framfor å få nødvendig omsorg i eget hjem i hjemkommunen sin. Som påpekt i forarbeidene til denne loven, er institusjons- og hjemmetjenestetradisjonen i ferd med å forenes, og det er etter hvert blitt vanskelig å skille mellom nye sykehjem med små avdelinger og «tun» med omsorgsboliger og lokaler for hjemmetjenestene.¹¹⁹⁴ Utvalget er kjent med at mange kommuner har «avhjemlet» sykehjem til omsorgsboliger med heldøgns helse- og omsorgstjenester, men med lik bemanning som på sykehjemmet. Bakgrunnen for dette er ofte finansieringsordningene, som innebærer at staten i større grad dekker utgiftene til medisiner, hjelpemidler mv. for personer i omsorgsboliger enn i sykehjem.

Utvalget har mottatt flere innspill som gjelder behov for tvungent tilbakehold i omsorgsboliger, blant annet i tilbakemeldinger til utvalgets invitasjon til å gi skriftlige innspill, oppsummert i kapittel 12. Asker kommune har uttalt at «Omsorgsbolig yter tjenester til brukere som er like syke som på sykehjem og det er økende antall brukere med demens. En særlig utfordring er mulighet til å utøve tilbakeholdelse i omsorgsboliger for eldre.» Fylkesmannen i Nord-Trøndelag har uttalt:

«Vi ser tendenser til at demente pasienter i større grad bor i omsorgsbolig i stedet for sykehjem. Omsorgsboligene er gjerne utformet som enkeltleiligheter, men med fellesrom og felles personalbase. Vi har gjennom vår tilsynsvirksomhet sett eksempler på at slike omsorgs-

¹¹⁹³Helsedirektoratet, 2014

¹¹⁹⁴Prop. 99 L (2015–2016) punkt 2.2.2

boliger for eldre utstyres med låser, adgangskontroll og lignende tiltak som begrenser beboernes bevegelsesfrihet, til tross for at det kun er hjemmel til å iverksette slike tiltak i institusjoner.»

I omsorgen for mennesker med utviklingshemning har avviklingen av institusjonsomsorgen – det gamle Helsevernet for psykisk utviklingshemmede (HVPU) – hatt en særlig ideologisk begrunnelse. Her er det blitt påpekt at flere botiltak i realiteten fortsatt fungerer som institusjoner ut fra omfanget av den personellmessige oppfølgingen som gis. Samtidig viser praksis at det har forekommet saker der frihetsberøvelse i form av tilbakehold er benyttet, og at dette er blitt godkjent av fylkesmannen, basert på et tvilsomt lovgrunnlag, jf. punkt 18.6.5. Begrunnelsen for vedtakene har særlig vært fare for andre, men i tillegg behov for å opprettholde normal døgnrytme ved å låse utgangsdør om natten. Tiltak som gjelder låsing av utgangsdør og andre utgangsbegrensende tiltak, er beskrevet nærmere nedenfor.

Det er også blitt spilt inn til utvalget at det er behov for tiltak overfor personer uten utviklingshemning, men med nedsatt kognitiv funksjon. Disse innspillene har dreid seg om farlige eller plagsomme personer, som verken spesialisthelsetjenesten eller justissektoren vil ta ansvar for. Kommunen blir da siste skanse ut fra sitt ansvar for å sørge for at personer som oppholder seg i kommunen, tilbys nødvendige helse- og omsorgstjenester, jf. helse- og omsorgstjenesteloven § 3-1 første ledd. I andre ledd i denne paragrafen er det presisert at kommunens ansvar omfatter alle pasient- og brukergrupper, herunder personer med somatisk eller psykisk sykdom, skade eller lidelse, rusmiddelproblem, sosiale problemer eller nedsatt funksjonsevne. Et behov for videre tvangsfullmakter, i form av hjemmel for frihetsberøvelse i kommunal regi, er blitt påpekt fra flere hold.

Når det gjelder rusfeltet, er det fra flere hold vist til behov for samarbeid mellom kommunene, som har ansvar for saksbehandlingen i tvangssakene, og helseforetakene, som har ansvar for gjennomføring av vedtakene. I veileder utgitt av Helsedirektoratet framgår det:

«God samhandling mellom kommuner og helseforetak forutsetter løpende kontakt både før, under og etter et tvangsopphold. Særlig viktig er det å sikre prosedyrer for god samhandling om innleggelse og utskrivelse, da dette har vist seg særlig utfordrende i praksis.»¹¹⁹⁵

Kommunale institusjoner med heldøgns helse- og omsorgstjenester for rusmiddelavhengige regnes i dag ikke som helseinstitusjoner, men som kommunal helse- og omsorgsinstitusjon, jf. forskrift om kommunal helse- og omsorgsinstitusjon § 1 bokstav b. Denne forskriften er nærmere omtalt i punkt 19.4.3.7. Et spørsmål er om og eventuelt i hvilken grad det bør være adgang til tvangsinnleggelse og tilbakehold i de kommunale rusinstitusjonene. Utvalget har ikke mottatt innspill i denne retning.

Institusjoner med heldøgns helse- og omsorgstjenester for barn og unge under 18 år som bor utenfor foreldrehjemmet som følge av behov for tjenester (barnebolig), herunder avlastningsbolig, regnes heller ikke som helseinstitusjoner. I likhet med kommunale rusinstitusjoner regnes disse institusjonene som kommunal helse- og omsorgsinstitusjon, jf. forskrift om kommunal helse- og omsorgsinstitusjon § 1 bokstav a. Ut fra det utvalget kjenner til, er det alminnelig praksis i mange barne-/avlastningsboliger at barna ikke har mulighet til å forlate boligen og/eller hageområdet rundt boligen hele eller deler av døgnet. Ettersom barna oppholder seg i boligen med grunnlag i samtykke fra de med foreldreansvaret, uansett om barnet motsetter

¹¹⁹⁵Helsedirektoratet, IS-2355, punkt 2.1.3

seg oppholdet eller ikke, ser det ut til å være lagt til grunn at låsing av ytterdør, port og lignende også dekkes av foreldrenes samtykke.

24.6.2.2 Nærmere om låsing av utgangsdør og andre utgangsbegrensende tiltak

Utvalget er kjent med at det ikke er uvanlig med låste ytterdører til bofellesskap, der leilighetene til beboerne er samlet inne i hovedbygget, for å forhindre at bestemte beboere kan bevege seg utenfor bygningen. For å unngå kollektiv innlåsing blir det for eksempel gitt nøkkelkort til de som tiltaket ikke gjelder for. Et annet tiltak kan være bruk av låseinnretninger som personen(e) det gjelder, ikke klarer å betjene og slik hindres i å gå ut. Utvalget legger til grunn at slike tiltak kan forekomme både i bofellesskap for personer med utviklingshemning og overfor personer med demens som bor i omsorgsboliger. Utvalget har få konkrete opplysninger om hvilken praksis som gjelder for barne- og avlastningsboliger, men inntrykket er at utgangsdører, som i private hjem, holdes låst om natten.

Andre tiltak som i praksis blir brukt for å forhindre at personer forlater boligen usett, kan gå ut på at vinduer i personens leilighet blir blokkert, slik at de ikke kan åpnes. Videre blir terrasdører låst for å lede personen ut via personalbasen, der personalet enten tilbyr følge eller hindrer personen i å gå ut. Utvalget er også kjent med at noen personer blir forhindret i å gå ut ved at de blir innelåst i sin egen leilighet.

Tilbakeholdelse om natten blir ofte gitt en pragmatisk begrunnelse. Det blir vist til at det ikke er mulig for kommunen å gi tjenester i et så stort omfang at enhver som trenger bistand til å ferdes trygt ute, kan få dette til alle tider på døgnet. En annen begrunnelse kan være at dette gjelder personer som ofte har vansker med å opprettholde vanlig døgnrytme. For at personen skal klare å skille dag fra natt, og for å sikre tilstrekkelig med søvn om natten, forhindres personene i å gå ut. Mangel på søvn kan gi seg utslag i atferd som kan bli møtt med tvang.

Utvalget er kjent med at tilbakehold i noen få tilfeller kan være rettet mot personer med utviklingshemning ut fra en vurdering av fare for skade på seg selv eller andre, dersom personen får gå ut alene. En annen problemstilling utvalget har fått referert, gjelder situasjoner der vesentlig skade ikke lar seg avverge på en kontrollert måte gjennom manuell inngripen. Personalet kan da ønske å holde personen igjen i boligen, også ved å låse ytterdøren, hvis fysisk inngripen vurderes vanskelig i nødssituasjoner utendørs. I vedtak etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 er det eksempler på at slike tiltak er hjemlet som skjermingstiltak i nødssituasjoner, jf. § 9-6 andre ledd.

24.6.2.3 Utvalgets vurderinger

Utvalget ser at enkeltsaker kan by på store utfordringer for enkelte kommuner. Inntrykket er likevel at dette dreier seg om relativt få tilfeller. Tvangsinnleggelse og tvungent vern representerer uansett svært alvorlige tiltak.

Å oppgi den skranken begrepet helseinstitusjon representerer, kan gjøre det for enkelt å gripe til tvangsinnleggelse eller tvungent tilbakehold. Ved bruk av slike tiltak er det en risiko for at ressursmessige hensyn skal bli en avgjørende motivasjon for inngrep. Å åpne for slike tiltak utenfor institusjon kan også føre til en uoversiktlig og utflytende praksis.

Med enkelte unntak synes erfaringene med å avgrense tvangsinnleggelse og tvungent tilbakehold til helseinstitusjon å ha vært positive. Avgrensningen har presset hjelpeapparatet, særlig kommunene, til å finne andre løsninger, som rett nok i en del tilfeller også er tvangsbaserte, men i mindre grad.

Gjennomgangen av institusjonsbegrepet i punkt 19.4 viser imidlertid at definisjonen av helseinstitusjon varierer i dagens helse- og omsorgslovgivning. I tillegg varierer det på hvilken

måte og i hvilken grad det i dag er stilt krav til helseinstitusjonene på de ulike feltene. Det reiser seg også spørsmål om og eventuelt i hvilken grad det bør gis adgang til tvangsinnleggelse og tvungent tilbakehold i de institusjonene som i dag er definert som kommunale helse- og omsorgsinstitusjoner, jf. punkt 24.6.2.1.

Utvalget har ikke mottatt innspill om behov for å åpne opp for tvangsinnleggelse eller tvungent tilbakehold i de kommunale rusinstitusjonene. Etter dagens regelverk er det bare adgang til å benytte tvangsinnleggelse og tvungent tilbakehold i institusjon for tverrfaglig spesialisert behandling for rusmiddelavhengighet. Utvalget finner ikke grunn til å foreslå endringer.

Når det gjelder de kommunale aldershjemmene, har utviklingen gått i retning av at disse institusjonene avvikles og erstattes med sykehjem og omsorgsboliger.¹¹⁹⁶ Utvalget har ikke mottatt innspill om behov for å benytte tvangsinnleggelse eller tvungent tilbakehold i aldershjem og finner heller ikke grunn til å foreslå dette.

Utvalget viser til punkt 24.6.2.2, der det framgår at det er grunn til å regne med en fast praksis for låsing av ytterdør og lignende i barne-/avlastningsbolig, og at det skjer med hjemmel i samtykke fra de som har foreldreansvaret. Tilbakehold av barn som innebærer bruk av fysisk tvang – med de særlige tilpasninger utvalget har gitt dette begrepet i relasjon til mindreårige – vil etter utkastet ikke kunne baseres på foreldresamtykke.

De fleste barna som oppholder seg i disse boligene er utviklingshemmede, har ofte fysiske funksjonsnedsettelse og et utstrakt behov for helsehjelp, i tillegg til omsorgstjenester.¹¹⁹⁷ Selv om de fleste barna er i aldersgruppen mellom 11 og 18 år, kan det også oppholde seg så vel yngre barn som voksne i disse boligene. Etter utvalgets vurdering vil det være hensiktsmessig å definere disse boligene som helseinstitusjoner. Dermed kan reglene som gir adgang til å benytte tvangsinnleggelse og tvungent tilbakehold, som i dag er avgrenset til å gjelde helseinstitusjoner, utvides til også å gjelde i barneboliger.

Når det gjelder behov for tiltak utenfor institusjon, viser utvalget til punkt 24.6.2.2 om problemstillinger i praksis. Etter utvalgets vurdering vil de problemstillingene som er beskrevet i dette punktet, bli fanget opp hvis det blir innført en adgang til utgangsbegrensende tiltak nattestid utenfor helseinstitusjon. Utvalget vil i punkt 24.11 vurdere innføring av et slikt tiltak nærmere.

Det kan hevdes at omsorgsboliger og andre boliger særskilt tilrettelagt for heldøgns helse- og omsorgstjenester, bør defineres som helseinstitusjoner på linje med sykehjem. Dermed kunne enkelte av reglene om adgang til å benytte tvangsinnleggelse og tvungent tilbakehold, som i dag er avgrenset til å gjelde for helseinstitusjoner, gis anvendelse også for disse boligene. Utvalget viser imidlertid til at dette vil bryte med ideologien bak reformen for mennesker med utviklingshemning (HVPU-reformen), der det var viktig at personene ikke lenger skulle bo på institusjon, men i eget hjem. Her foreslår imidlertid utvalget at det etableres et skille mellom barneboliger og boliger/bofelleskap med heldøgns tjenester for voksne, ved at barneboligene defineres som helseinstitusjoner.

Å definere omsorgsboliger og andre boliger med heldøgns tjenester som institusjon vil også bryte med gjeldende politiske målsetting om at flest mulig skal gis mulighet til å bo i egne hjem framfor i institusjon, selv om de har behov for helse- og omsorgstjenester. Utvalget vil

¹¹⁹⁶Meld. St. 26 (2014–2015), kapittel 7

¹¹⁹⁷Helsetilsynet, 2010b. Jf. også NOU 2016: 17, punkt 10.3.3.2

på denne bakgrunn ikke foreslå at omsorgsboliger, bofellesskap og andre boliger som er særskilt tilrettelagt for heldøgns tjenester, skal anses som institusjon. Utvalget viser også til punkt 19.4.4, der utvalget har foreslått en bestemmelse om at departementet i forskrift kan gi nærmere bestemmelser om hva som skal anses som institusjon, helseinstitusjon og bolig særskilt tilrettelagt for heldøgns helse- og omsorgstjeneste, jf. lovutkastet § 1-4 tredje ledd.

Etter en helhetsvurdering legger utvalget avgjørende vekt på utglidningsfaren ved å åpne opp for adgang til tvangsinnleggelse og tvungent tilbakehold utenfor helseinstitusjon. Utvalget viser til momentene som er nevnt innledningsvis i dette punktet, særlig risikoen for at ressursmessige hensyn skal bli en avgjørende motivasjon for slike inngrep. Utvalget legger også stor vekt på at avgrensningen til helseinstitusjoner kan presse kommunene til å finne andre løsninger som ikke er tvangsbaserte, eventuelt mindre tvangsbaserte. Etter dette blir utvalgets konklusjon at adgangen til tvangsinnleggelse og tvungent tilbakehold ikke bør utvides til å gjelde utenfor helseinstitusjoner.

Etter utvalgets syn bør det som utgangspunkt gjelde samme krav til de helseinstitusjonene der tvangsinnleggelse og tvungent tilbakehold kan finne sted, uavhengig av hvilken personkrets institusjonen kan ta imot. Det kan imidlertid bli nødvendig å stille noe ulike krav blant annet ut fra formålet med oppholdet. Et hovedkrav må være at institusjonen er faglig og materielt i stand til å gi personen tilfredsstillende behandling og omsorg, jf. krav som i dag gjelder etter psykisk helsevernloven. Utvalget foreslår at nærmere bestemmelser blant annet om godkjenning, gis i forskrift, jf. lovutkastet § 1-4 tredje ledd.

24.7 Tvungen innleggelse og tilbakehold basert på forhåndssamtykke

24.7.1 Innledning

Ved såkalt avtalt tvang er det samtykke fra personen som er det rettslige grunnlaget for inngrepet. Selv om det er ulike oppfatninger i juridisk litteratur om hvordan man skal beskrive denne konstruksjonen, har utvalget funnet det hensiktsmessig å gå rett på sak og snakke om «samtykke» eller «forhåndssamtykke» til tvang. Av disse to ordene er nok «forhåndssamtykke» mest egnet i denne sammenheng, ved at faren for sammenblanding med samtykke til tiltak som ikke omfatter gjennomføring med tvang, reduseres. Språklige hensyn kan likevel tilsi at en veksling i uttrykksmåte i den løpende teksten er ønskelig. Begrepet «avtale» kan gi assosiasjoner om en slags gjensidighet. Det vil det i liten grad være da institusjonens forpliktelser i utgangspunktet følger av lovgivningen. Avtalebegrepet kan være på sin plass der personens individuelle krav imøtekommes, men etter det utvalget forstår er dette sjelden forekommende i praksis. Oftest vil det være slik at tilbakeholdet er basert på en ensidig erklæring fra personens side. Selv om problemstillingen både kan omfatte tvangsinnleggelse og tvungent tilbakehold, tilsier språklig forenkling at bare tilbakeholdsbegrepet tidvis brukes, med mindre annet er nødvendig av hensyn til presisjon i teksten: Tilbakehold i sin rene form utgjør også den mest hyppig forekommende problemstillingen.

Samtykkebasert tilbakehold har tradisjonelt vært fokusert i rusbehandlingen der dette alternativet i forarbeidene er markert som den foretrukne løsning og hovedregelen:

«I den grad tvangsvedtak er nødvendig i et behandlingsopplegg er det viktig å understreke at det primært er reglene i § 6-3 om tilbakehold som vil dekke det praktiske behovet. Denne

bestemmelsen tar utgangspunkt i at klienten selv ønsker opphold i institusjon for å få behandling for sitt rusproblem.»¹¹⁹⁸

I psykisk helsevern har problemstillingen fått mindre oppmerksomhet, og aller minst i den somatiske helse- og omsorgstjenesten.

24.7.2 Helse- og omsorgstjenesteloven § 10-4 – problempunkter

Helse- og omsorgstjenesteloven § 10-4 har som vist vært tiltenkt rollen som hovedbestemmelse om tvang i rusbehandlingen. Selv om det i liten grad foreligger statistikk, er det en utbredt oppfatning at dette ikke har slått til. Nettopp på grunn av de høye forventninger som har vært knyttet til bestemmelsen, er det rimelig å knytte noen særlige kommentarer til dette.

Etter det utvalget erfarer, varierer bruken av § 10-4 mellom institusjoner og er til dels avhengig av behandlingsfaglig tilnærming. For eksempel vil noen oppfatte det å avkreve samtykke til tilbakehold som å undergrave behandlingsrelasjonen. Overfor utvalget har ytterligere forklaringer blitt trukket fram som årsaker til § 10-4 sin antatt tilbaketrukkne rolle i praksis, ut over det opplagte som at man har manglende erfaring med personens motivasjon fra tidligere. Fra et praktisk perspektiv i institusjonen understrekes gjerne at:

- § 10-4-innleggelser er mer ressurskrevende sammenlignet med frivillig innleggelse. Dette er også forutsatt i Helsedirektoratets Veileder IS-2355.
- Å hente inn igjen pasienter som har rømt og ruset seg, kan være tungvint der institusjonen ikke har egen avrusningspost. Ventetiden kan da være på dager eller uker, noe som undergraver mulighetene for å håndheve et § 10-4-tiltak.

Fra en mer administrativ synsvinkel understrekes gjerne at beleggsprosenten er enklest å holde oppe ved frivillige innleggelser. Da kan man hurtigst ta inn nye pasienter ved unnvikelse.

En forklaringsfaktor som går igjen er at § 10-4 er så komplisert utformet at mange «kvier seg» for benytte bestemmelsen. Ordlyden er ugjennomtrengelig, særlig andre ledd. I institusjonen er man redd for å gjøre feil i spørsmål som ikke er tydelig regulert. Det gjelder for eksempel om lengstetid for samtykkets varighet og spørsmål om beregning av tilbakeholdstid. Det mangler også en tydelig framgangsmåte for saksbehandlingen. Kombinasjonen samtykke – vedtak – avtale framstår som komplisert.

Overfor utvalget er det videre anført at bestemmelsen har et uklart formål ved at den både er tenkt som hovedregel for tvangsbruk og et frivillig alternativ ved vurdering av §§ 10-2 og 10-3. Målgruppen blir utydelig, og problemene forsterkes gjennom et fragmentert saksbehandlingssystem. Ikke bare der utgangspunktet er tvangssporet kan § 10-4 bli brakt på banen for sent, som frivillige tiltak for øvrig. Men også der utgangspunktet er frivillighetssporet, er det viktig at det i henvisningen raskt blir rettet oppmerksomhet mot § 10-4 for å hensynta dette ved valg av institusjon. Det kan altså «glippe» på mange punkter hva gjelder å få brakt § 10-4 på banen, og kommunens delaktighet og samarbeid i prosessen er svært viktig.

¹¹⁹⁸Ot.prp. nr. 29 (1990–91) s. 92. Den nevnte § 6-3 i sosialtjenesteloven 1991 tilsvarer § 10-4 i dagens helse- og omsorgstjenestelov.

24.7.3 Bør det være adgang til å forhåndssamtykke til tvangsinnleggelse og tvungent tilbakehold?

24.7.3.1 *To ulike perspektiver*

Hvordan man ser på spørsmålet om forhåndssamtykke til tvangsinnleggelse og tvungent tilbakehold, avhenger av perspektivet. Vi har her to hovedinnfallsvinkler. Den ene er å vektlegge elementet av valgfrihet og utøvingen av selvbestemmelsesrett. Forhåndssamtykke står da som et bedre alternativ enn formelle vedtak om tvang, som vil ha karakter av et ensidig diktat fra helse- og omsorgstjenesten.

Et alternativt perspektiv er å se på forhåndssamtykke som et særlig problematisk grunnlag for tvang. Dette fordi mulighetene for kontroll gjennom prosedyrer og materielle vilkår i større eller mindre grad vil bli svekket. Formelle vedtak om tvang er – ut fra en slik synsmåte – å foretrekke fordi dette gir de beste forutsetninger for å rulle ut tradisjonelle, forvaltningsrettslige rettssikkerhetsgarantier.

Hvordan disse to synsmåtene er blitt avveid har variert opp gjennom tiden. I NOU 1988: 8 blir det gitt et oversiktsbilde for psykisk helsevernlovgivningens del. Her blir det beskrevet hvordan samtykke til tilbakehold – etter opprinnelig å ha vært utelukket – har gått fra en regel med bred anvendelse til «en spesialbestemmelse med meget begrenset anvendelse».¹¹⁹⁹ I Ot.prp. nr. 11 (1998–99) understrekes at det må «utvises forsiktighet» med å kreve samtykke.¹²⁰⁰ Holdningen står altså i skarp kontrast til den vi møter i den spesialiserte rusbehandlingen.

24.7.3.2 *Faren for utglidning i praksis*

Tvangshjemler kan generelt påvirke behandlings- og omsorgsrelasjoner negativt ved at de blir lett å gripe til for personellet. I Ot.prp. nr. 11 (1998–99) uttrykkes dette slik i relasjon til samtykkebasert tvang:

«Muligheten må imidlertid ikke brukes i utide for å forhindre vedkommendes rett til å begjære seg utskrevet fra psykisk helsevern.»¹²⁰¹

Men saken har også en annen side: at pasienten kan bli nektet hjelp om han eller hun ikke samtykker. Dette ut fra et synspunkt om at hjelpetiltak ellers vil være nytteløse. At slike vurderinger kan være legitime, er ikke tvilsomt – noe som også er understreket i proposisjonen –, men krever i tilfelle bredere vurderinger. Poenget i denne sammenheng er faren for forenklinger og utglidning i praksis.

Paulsrud-utvalget uttrykte uro for at personen ikke skulle være beslutningskompetent:

«Utvalget er også blitt oppmerksom på en generell praksis i det psykiske helsevernet i retning av at man på behandlersiden er svært liberal når det gjelder å akseptere et samtykke som juridisk bindende uten å stille kritiske spørsmål ved gyldigheten av samtykket. I den

¹¹⁹⁹NOU 1988: 8, s. 129

¹²⁰⁰Ot.prp. nr. 11 (1998–99) s. 63

¹²⁰¹Ot.prp. nr. 11 (1998–99) s. 63

grad denne holdningen blir lagt til grunn også etter § 2-2, er dette særlig problematisk på grunn av inngrepets karakter.»¹²⁰²

24.7.3.3 *Utvalgets vurderinger*

Slik utvalget ser det, er det flere grunner til at forhåndssamtykke i framtiden bør spille en mer sentral rolle som grunnlag for tvungen tilbakehold. Til dels springer dette ut av utvalgets kritiske syn på bruken av brede tvangsbegrep i dagens lovgivning, se nærmere i kapittel 18. Et mer positivt syn på samtykke til tvang som rettslig grunnlag, ligger her i forlengelsen.

Men også introduksjonen av mangel på beslutningskompetanse som vilkår i helse- og omsorgslovgivningen, er av betydning. Denne utviklingen er allerede godt i gang, sist med endringene i psykisk helsevernloven i 2017. Utvalgets lovutkast går videre i retning av å gjøre mangel på beslutningskompetanse til et gjennomgående vilkår, blant annet ved å innføre det i rusbehandlingen. En konsekvens av den innstramningen av tvangshjemlene dette representerer, er imidlertid at spørsmålet om forhåndssamtykke som grunnlag for tvang blir mer aktuelt. Dette både for å imøtekomme samfunnets behov for å yte nødvendige helse- og omsorgstjenester, men også for å imøtekomme personens eget behov for å kunne håndtere en svingende motivasjon for hjelpetiltak (ambivalens).

Etter pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A er det ikke hjemmel for samtykke til tvungen innleggelse eller tilbakehold. Det praktiske behovet for en samtykkebasert løsning har vært lite fokusert, men utvalget ser det som lite betenkelig å utvide det saklige virkeområdet for samtykkebasert tilbakehold. Først og fremst vil dette virkemidlet trolig komme i stedet for regulære vedtak om tvang.

Etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 finnes det i dag ikke hjemmel for tvungen innleggelse og tilbakehold. Utvalget har som nevnt ovenfor, heller ikke til hensikt å åpne for slike tiltak utenfor helseinstitusjon, med unntak av en snever hjemmel for utgangsbegrensninger om natten, se punkt 24.11.

24.7.4 Bare tilbakehold, eller også innleggelse?

24.7.4.1 *Gjeldende rett*

Helse- og omsorgstjenesteloven § 10-4 fokuserer uttrykkelig på tilbakehold («holdes tilbake»). Dette i motsetning til §§ 10-2 og 10-3 som også uttrykkelig refererer til at innleggelse kan skje ufrivillig («tas inn»). Samtidig heter det i § 10-4 tredje ledd at samtykke må gis «senest» når oppholdet begynner. Dette reiser spørsmål om det også kan samtykkes til tvangsinnleggelse. Situasjonen vil da være at personen har gitt samtykke før vedkommende ankommer institusjonen, men angrer før innleggingsformalitene er gjennomført. I veileder IS-2355 uttrykker Helsedirektoratet seg ikke helt entydig om problemstillingen. På den ene side brukes uttrykksmåten «innleggelse[r] etter § 10-4»,¹²⁰³ på den andre siden «tilbakehold». En indikasjon på at samtykke til tvungen innleggelse ikke er påtenkt gir dette sitatet:

«Ved bruk av hol. § 10-4 er selve innleggelsen frivillig, og det gjøres en avtale med institusjonen om at det skal være adgang til tilbakehold i tidsperioden (avtalt tvang).»¹²⁰⁴

¹²⁰²NOU 2011: 9, s. 193

¹²⁰³Helsedirektoratet, IS-2355, s. 44

¹²⁰⁴Helsedirektoratet, IS-2355, s. 46

Samtidig blir bildet nyansert:

«Vedtaket som institusjonen fatter om å sette vilkår kan gjennomføres i ulike institusjoner utpekt av det regionale helseforetaket, typisk hvor pasienten først må gjennomgå avrusning før overføring til en annen institusjon for videre behandling og oppfølging. Samtykket må også dekke opphold på begge institusjonene, og den innsøkende pasienten må få informasjon om dette.»¹²⁰⁵

Utvalget legger til grunn at den manglende klarhet om innleggelsesspørsmålet har sin forklaring i at problemstillingen ikke er særlig praktisk: Det er som regel tilbakehold – i snever forstand, dvs. innleggelsen holdt utenfor – som er aktuelt.

Psykisk helsevernloven § 2-2 første ledd er formulert bredere enn helse- og omsorgstjenesteloven § 10-4 ved at det kan samtykkes til «å være undergitt reglene etter § 3-5». Her knytter man seg altså til konstruksjonen tvungent psykisk helsevern som etter første (og andre) ledd både kan omfatte tvangsinnleggelse og tvungent tilbakehold, i tillegg til tvungent vern uten døgnopphold. Rundskriv IS-1/2017 bruker både uttrykksmåtene «tvangsinnleggelse» og «tilbakeholdsrett».¹²⁰⁶ Forarbeidene utelukker heller ikke at begge deler blir dekket.¹²⁰⁷ Mye taler likevel for at det er tilbakehold som er den praktiske problemstillingen også i psykisk helsevern.

24.7.4.2 *Utvalgets vurderinger*

Utvalget legger til grunn at tilbakehold – i snever forstand, dvs. innleggelsen holdt utenfor – også i framtiden vil være den mest praktiske problemstillingen. Ved at samtykke avgis etter at personen er ankommet institusjonen og spørsmålet slik framstår som konkret og aktuelt, vil det i seg selv gi en ekstra trygghet for samtykkets kvalitet. En klargjøring av lovteksten i denne retning vil likevel, som vi har sett, framstå som en innstramming sammenlignet med gjeldende rett, i større eller mindre grad.

En slik innstramming vil heller ikke være ønskelig. Én årsak er at vi må ta høyde for situasjonen med overføring mellom institusjoner som for de aktuelle personene kan føles som – og rent faktisk formelt også vil være – nye innleggelser under tvang basert på et tidligere gitt samtykke. Men også ellers vil det kunne være et legitimt behov for personen å kunne binde seg før oppmøte ved institusjonen, og slik samtykke til å bli avhentet og innlagt med tvang om motivasjonen skulle svikte. De utfordringer dette reiser, må etter utvalgets mening møtes med særlige rettssikkerhetsgarantier, se nedenfor.

¹²⁰⁵Helsedirektoratet, IS-2355, s. 44

¹²⁰⁶Helsedirektoratet, IS-1/2017, s. 24

¹²⁰⁷Ot.prp. nr. 11 (1998–99) s. 63

24.7.5 Når skal et forhåndssamtykke senest kunne avgis?

24.7.5.1 Gjeldende rett

Om man også skal kunne samtykke til tvangsinnleggelse – og ikke bare tilbakehold – er som vi har sett, et stykke på vei et spørsmål om *hvor tidlig* et samtykke skal kunne gis. Nå er problemstillingen så å si den motsatte: Når skal et samtykke *senest* kunne avgis?

I helse- og omsorgstjenesteloven § 10-4 tredje ledd finner vi en klar bestemmelse om dette: «senest når oppholdet begynner». Etter psykisk helsevernloven har vi ikke en tilsvarende klar regulering av spørsmålet i lovteksten, men en parallell begrensning er lagt til grunn på rundskrivsnivå:

«Slik samtykkebasert tvangsinnleggelse kan bare etableres i forbindelse med innleggelsen, ikke underveis i innleggelsen eller behandlingsforløpet.»¹²⁰⁸

24.7.5.2 Utvalgets vurderinger

Bestemmelsen i helse- og omsorgstjenesteloven § 10-4 er motivert av et ønske om å verne personen mot å bli utsatt for press under oppholdet, om å samtykke til tvungent tilbakehold. Til tross for dette har bestemmelsen enkelte problematiske sider. Noen kan trenge et par døgn på å «klarne opp» i institusjon før spørsmålet om forhåndssamtykke blir avklart. Dette kan ha betydning for kvaliteten på den viljeserklæringen som eventuelt avgis, og i noen tilfeller være avgjørende for om personen er beslutningskompetent.

I rusbehandlingen er heller ikke personen i andre relasjoner vernet mot «konvertering» under oppholdet: således kan vedkommende overføres fra frivillig opphold til opphold etter § 10-2 eller § 10-3. Dette kan oppfattes som en illustrasjon på lovgivers tvisyn i tilnærmingen til samtykkebasert tvang på rusfeltet. På den ene siden ønsker man dette som hovedregelen om tvangsbruk, på den andre signaliserer man at dette er en særlig problematisk form for tvang ved at samtykket må avgis «senest når oppholdet begynner».

I psykisk helsevern er en ny problemstilling blitt synliggjort etter innføringen av mangel på beslutningskompetanse som vilkår, blant annet i alderspsykiatrien: Den som ble regnet som kompetent ved innleggelsen, kan vise seg å være ustabil i så måte. Nettopp her kan samtykke til tilbakehold *etter innleggelsen* framstå som en aktuell problemstilling når personen i gode perioder ønsker det. Ut fra den tolkning som i dag – på rundskrivsnivå – er lagt til grunn av § 2-2 første ledd, er det likevel utelukket.

En oppmykning av dagens regler om når et forhåndssamtykke senest kan avgis, er helt nødvendig om man skal legge grunnlaget for økt bruk av samtykke til tvungent tilbakehold i framtiden. Slik utvalget ser det, bør et samtykke kunne avgis på ethvert tidspunkt under oppholdet. Styrkede rettssikkerhetsgarantier rundt samtykkebasert tvang er likevel nødvendig.

24.7.6 Tilbakeholdsperioden: startpunkt og lengde

24.7.6.1 Gjeldende rett

I psykisk helsevernloven § 2-2 første ledd har man en relativt entydig og klar regulering av startpunkt og lengde av tilbakeholdet. Maksimal («inntil») tilbakeholdstid er «tre uker». Dette skal regnes «fra etableringen av vernet» – som altså utgjør startpunkt for beregning av tilbakeholdstiden.

¹²⁰⁸Helsedirektoratet, IS-1/2017, s. 24. Se nærmere Syse, 2016, s. 117 om striden rundt dette spørsmålet.

Denne modellen er også lagt til grunn i helse- og omsorgstjenesteloven § 10-4 første ledd:

«opptil tre uker regnet fra inntaket.»

Forskjellen i uttryksmåte – «etablering av vern» mot «inntaket» – er knyttet til bruken av tvungent vern som overbegrep i psykisk helsevern, og har mindre praktisk betydning: det er ved inntaket vernet også der blir etablert.

I helse- og omsorgstjenesteloven § 10-4 andre ledd har vi imidlertid en særregel beregnet på mer lengrevarige opphold i rusinstitusjon («med sikte på behandling eller opplæring i minst tre måneder»):

«kan holdes tilbake i opptil tre uker etter at samtykket uttrykkelig er trukket tilbake. Tilbakehold kan bare skje opptil tre ganger for hvert opphold.»

Særregelen berører for det første starttidspunktet for fristberegningen, som ikke er «inntaket», men tilbaketrekkingen av samtykket. Sammenlignet med første ledd er det således tale om en slags utsatt iverksettelse av tilbakeholdsperioden. Tiden begynner først å løpe når motivasjonen svikter, personen angrer på at samtykket er avgitt og trekker dette «uttrykkelig» tilbake.

Dersom det lykkes å motivere personen til å fortsette oppholdet innenfor perioden på maksimalt tre uker med tvungent tilbakehold, kan en slik påtvungent refleksjonsperiode gjentas ved senere motivasjonssvikt: «opptil tre ganger for hvert opphold». Ved maksimal utnyttelse av samtykket betyr dette at personen kan holdes tilbake i inntil ni uker basert på ett og samme samtykke.

24.7.6.2 *Utvalgets vurderinger*

Utvalget ser det som viktig at en framtidig bestemmelse om samtykke til tilbakehold gis et innhold og en utforming som også i praksis gjør den til et foretrukket alternativ til vedtak om tvang, så langt det er mulig. På rusfeltet har dette lenge vært et ønskemål. Men også ellers er en vridning i denne retning ønskelig som uttrykk for en generell understrekning av behandlingsrelasjonens betydning for behandlingsresultatet ved mange former for helsehjelp. Der pasienten selv samtykker til tilbakehold, er det uttrykk for en mobilisering av personens egne ressurser og motivasjon.

Utvalget vurderer at det både er mulig og ønskelig med en felles regulering av tematikken. Modellen med tre ukers tilbakeholdstid og startpunkt umiddelbart i forbindelse med avgivelse av samtykket, synes her mest tjenlig. En slik regel vil gi størst klarhet og forutberegnelighet for alle parter. I starten av et opphold vil også motivasjonen kunne være særlig svingende, men kriser vil kunne oppstå på ulike tidspunkt.

Dette er ikke minst understreket i forarbeidene til § 10-4 i helse- og omsorgstjenesteloven.¹²⁰⁹ Modellen i § 10-4 andre ledd ivaretar slik behovet for en refleksjonsperiode ved svingninger i motivasjonen under et lengre behandlingsløp. Bestemmelsen er likevel kritisert for å være vanskelig å forstå. Frykten for å gjøre feil skal være én grunn til at den sannsynligvis er lite brukt i praksis. En annen innvending mot andre ledd er at omfanget av hva man har samtykket til kan komme som en overraskelse på de personene det gjelder. I kombinasjon med at samtykket må avgis «senest når oppholdet begynner» reiser dette spørsmål ved kvaliteten på samtykket i konkrete saker.

Utvalget foreslår ikke å videreføre modellen i § 10-4 andre ledd. Dette tenkes imidlertid kompensert for på andre måter. Ett element her er adgang til å avgi samtykke under oppholdet, jf.

¹²⁰⁹Ot.prp. nr. 29 (1990–91) s. 92

omtale ovenfor. Et annet element er en mulighet for å samtykke til tilbakehold i inntil seks uker dersom pasienten aktivt ønsker dette. I «aktivt ønsker» ligger at det er personen det gjelder som må tilskynde en slik utvidelse, ikke behandlingsapparatet. Utvalget er kjent med at dette kan være ønsket fra enkeltpersoner som sliter med ambivalens – også relevant for personer med rene psykiatriske diagnoser. For personer med rusproblemer kan det også være et virkemiddel for enkelte til å skjerme seg fra kontakt med miljø på utsiden: man kan avslå henvendelser under henvisning til å være på tvang. Muligheten for å samtykke til en lengre periode kan også være av særlig betydning for en gravid kvinne med rusproblemer.

Utvalget vurderer videre at det bør være en adgang for personen til å forlenge samtykket i forbindelse med utløpet av samtykkeperioden. Som en særlig rettssikkerhetsgaranti mot et for pågående hjelpeapparat, foreslås det her likevel en angrerett i 24 timer etter at det nye samtykket er avgitt.

Sammenlignet med dagens andre ledd i helse- og omsorgstjenesteloven § 10-4, vurderer utvalget at den foreslåtte modellen vil være enklere. Dette er viktig fordi det kan senke terskelen for bruk av samtykkebasert tvang. Den foreslåtte løsning vil også fremme pasientmedvirkning og en aktiv behandlingstilnærming ved at motivasjonsarbeidet må settes inn tidligere enn det som ofte skjer i dag: i forkant av motivasjonssvikten, ikke etter at krisen er inntrådt. En svakhet kan være at personen gjerne vil ha større betenkeligheter med å oppheve en allerede inngått avtale enn med å avslå forlengelse. Likevel vil utvalget understreke at det å hjelpe folk til å bestemme selv, finne en indre motivasjon, er sentralt i rusbehandling – og bør også vektlegges enda sterkere i psykisk helsevern.

Intensjonen bak utvalgets forslag er å styrke samtykke som rettslig grunnlag for tvang. Utvalget ser dette som en bedre måte å ivareta selvbestemmelse og rettssikkerhet på enn gjennom dagens brede tvangsbegreper som er i bruk i sentrale deler av tvangslovgivningen. Samtidig er dette en nødvendig utvikling for å gi folk som sliter med omfattende ambivalens, en mulighet til sikre seg tilgang til nødvendige helsetjenester i kjølvannet av vilkåret om manglende beslutningskompetanse. Hovedretningen i forslaget er altså at rommet for samtykke til tvang økes.

24.7.7 Rettssikkerhetsgarantier

24.7.7.1 Gjeldende rett

De saksbehandlingsmessige rammene rundt samtykkebasert tilbakehold er gjennomgående sparsomme, til dels uklare og delvis ulikeartede mellom psykisk helsevernloven § 2-2 og helse- og omsorgstjenesteloven § 10-4. Etter psykisk helsevernloven § 2-2 første ledd er det klargjort at det er «den faglig ansvarlige» som kan framsette krav om («begjær[e]») samtykke. I helse- og omsorgstjenesteloven § 10-4 tredje ledd er det «institusjonsledelsen» som skal kunne motta samtykke. Hva som utgjør «institusjonsledelsen», har reist tvil.

Skriftlighet kreves etter begge regelsett. Etter helse- og omsorgstjenesteloven § 10-4 tredje ledd tredje punktum er det stilt krav om at personen skal gjøres kjent med de vilkårene som er stilt i forbindelse med at forhåndssamtykke gis. Det gir «institusjonsledelsen» en særskilt aktivitetsplikt til å sikre at all nødvendig informasjon blir gitt på en tilpasset måte

I psykisk helsevernloven § 2-2 tredje ledd første setning er det gitt en utdypning om innholdet i dokumentet:

«Grunnen til begjæringen om slikt samtykke og selve samtykket skal nedtegnes i et dokument som undertegnes av pasienten og den faglig ansvarlige.»

I litteratur og veileder til helse- og omsorgstjenesteloven § 10-4 er det lagt til grunn en klagerett til fylkesmannen, basert på alminnelige forvaltningsrettslige betraktninger, se straks nedenfor. I § 2-2 fjerde ledd første setning er i realiteten en klageordning til kontrollkommisjonen etablert:

«Den faglig ansvarliges beslutning om å kreve samtykke, kan bringes inn for kontrollkommisjonen av pasienten, den nærmeste pårørende eller den som handler på pasientens vegne.»

Vurderingstemaet for kontrollkommisjonen framgår ikke. Ut fra forarbeidene er det få spor å hente om hvilken rettssikkerhet som skal være bygd rundt beslutningen om å kreve samtykke, utover kravet til skriftlighet og adgang for pasienten til å bringe beslutningen inn for kontrollkommisjonen. Det er derfor slik Sosial- og helsedepartementet understreker, viktig at muligheten ikke brukes i «utide».¹²¹⁰ Det er heller ikke stilt særlige rettssikkerhetsmessige krav når en annen person samtykker på vegne av pasienten, noe som er tilfellet når foreldre samtykker til tilbakehold av barn under 16 år, jf. psykisk helsevernloven § 2-2 andre ledd, jf. tredje ledd siste setning. I disse tilfellene binder foreldrene seg til ikke å trekke sitt samtykke tilbake. Barn under 12 år er avskåret fra å bringe beslutningen inn for kontrollkommisjonen, jf. § 2-2 fjerde ledd andre punktum, slik at de er uten dette rettssikkerhetselementet. Departementet fant ingen grunn til å utvide rettssikkerhetsgarantiene.¹²¹¹

24.7.7.2 *Utvalgets vurderinger*

Etter helse- og omsorgstjenesteloven § 10-4 er det lagt til grunn at «[i]nstitusjonens avgjørelse om å sette vilkår [...] er et enkeltvedtak etter forvaltningsloven».¹²¹² Hvordan den faglige ansvarliges krav (begjæring) om det samme etter psykisk helsevernloven § 2-2 første ledd skal karakteriseres, har det vært mindre fokus på. Slik utvalget vurderer det, er samtykke til tvang uansett noe det bør gis klare saksbehandlingsregler om. Å basere seg på alminnelige forvaltningsrettslige regler blir utilfredsstillende i lys av problemstillingens spesielle karakter. Parallelt med at utvalget ønsker å legge til rette for at samtykke til tvang blir brukt i større grad enn i dag – også utenfor rusfeltet – er det viktig at rettssikkerhetsgarantiene klargjøres og styrkes.

Utvalget vil understreke at initiativet til samtykkebasert tilbakehold også kan komme fra personen selv, noe som bør reflekteres i en framtidig lovtekst. Uttryksmåten i psykisk helsevernloven § 2-2 første ledd framstår slik foreldet. Noe annet er at det også bør være tungtveiende faglige grunner for en slik løsning. Et spørsmål er da hvem som skal kunne motta et samtykke. Utvalget vurderer at dette er naturlig å knytte til funksjonen som vedtaksansvarlig, jf. utkastet § 9-1 som reflekterer en ny inntaksmodell i tverrfaglig spesialisert behandling for rusmiddelavhengighet.

Det er sentralt at det etableres et skriftlig dokument hvor begrunnelsen for kravet om forhåndssamtykke til inngrepet nedtegnes, og da med både personens og den vedtaksansvarliges begrunnelse. Informasjon til bedømmelse av gyldigheten, herunder beslutningskompetanse og frivillighet ved avgivelsen, må også framgå. Dette for å imøtekomme sentrale innvendinger

¹²¹⁰Ot.prp. nr. 11 (1998–99) s. 63

¹²¹¹Ot.prp. nr. 11 (1998–99) s. 64

¹²¹²Lundeberg mfl., 2014, s. 111

mot bruken av forhåndssamtykker. Oppfyllelse av de formelle krav foreslås å være en gyldighetsbetingelse.

Det er utvalgets inntrykk at det særlig på disse punkter i dag kan være svært varierende hva som nedtegnes i journal. Utvalget ser det som viktig at dokumenter om forhåndssamtykke sendes til fylkesmannen for en gjennomgang av de formelle krav. For rettssikkerheten er det også viktig at strid om gyldigheten kan bringes inn for tvangsbegrensningsnemnda.

Etter helse- og omsorgstjenesteloven § 10-4 blir institusjonens avgjørelse om å stille vilkår om tilbakehold regnet som et enkeltvedtak.¹²¹³ Utvalget har fått tilbakemeldinger om at dette i praksisfeltet oppfattes som en komplisert konstruksjon. Utvalget har ikke funnet det nødvendig å bygge videre på denne modellen eksplisitt, men har heller ivaretatt rettssikkerheten for personen gjennom mer spesifikke krav knyttet til samtykkedokumentets innhold og mulighet for overprøving i tvangsbegrensningsnemnda ved uenighet. Ut fra et ønske om å styrke samtykkebasert tvang som alternativ, blir det vurdert som viktig å understreke at også personen som eventuelt skal avgi et samtykke til tilbakehold, gis en mest mulig likeverdig posisjon med behandlingsapparatet.

Utvalgets forslag til lovbestemmelse er tatt inn i lovutkastet § 5-3.

24.7.8 Særlig om forhåndssamtykke fra gravide

Gravide kvinners rett til å ta valg som kan gi direkte virkninger for fosteret, innbefatter retten til gjøre valg for å beskytte det ufødte barnet. Erfaringer tilsier at kvinner i stor grad ber om hjelp til å holde seg rusfrie i svangerskapet.¹²¹⁴ Som ledd i ønsket om å holde seg rusfri, har kvinnen etter gjeldende rett anledning til å samtykke til innleggelse og tilbakehold i institusjon. Spørsmålet reguleres også for denne gruppen av helse- og omsorgstjenesteloven § 10-4.

Utvalgets generelle holdning er at forhåndssamtykke bør få en mer framskutt stilling i en framtidig lovgivning. Det gjelder også for gravide. Imidlertid vil utvalget påpeke at dette er en gruppe som kan oppleve et særlig sterkt påtrykk for å samtykke til innleggelse og tilbakehold, ikke bare fra helse- og omsorgstjenesten, men også fra familie og andre nærstående. Hvis de ikke frivillig går med på institusjonsopphold, vil det hvile en trussel om etablering av tvungen opphold for å forhindre skade på det ufødte barnet. Men denne problemstillingen fanges opp av utvalgets forslag til forsterkede prosessuelle ordninger.

Spørsmålet for hvilket tidsrom samtykke til tilbakehold skal gjelde, kan muligens stille seg annerledes for gravide kvinner enn ellers. Av hensyn til fosteret kan det argumenteres for at kvinnens samtykke bør kunne dekke en lengre tidsperiode. Men jo lengre tidsperiode det blir samtykket til, jo større grad av ufrihet vil kvinnen kunne erfare. I den perioden hun ikke har adgang til å trekke samtykket, vil hun om hun unndrar seg oppholdet, kunne bli hentet tilbake, om så med tvang. Det taler mot en videre tilbakeholdsperiode. Også det forhold at det er påregnelig at gravide kvinner i større grad enn andre opplever påtrykk for å ta imot et frivillig tilbud for på den måte å vise omsorgsevne for det kommende barnet, gir grunn til varsomhet med å trekke tilbakeholdsperioden lengre ut enn det som gjelder for andre grupper. Gravide kvinner skal som andre kunne foreta et fritt valg. Selv om motivasjonsfaktoren for å samtykke

¹²¹³Lundeberg mfl., 2014, s. 111

¹²¹⁴UniRokkansenteret, 2010, s. 93–94

kan være å unngå at det blir fattet tvangsvedtak,¹²¹⁵ vurderer utvalget at en treukers periode ikke medfører et for stort frihetsinngrep. Hovedregelen bør derfor også for gravide kvinner være en inntil tre ukers tilbakeholdsperiode med startpunkt når samtykket blir avgitt.

Utvalget går inn for at en person skal kunne samtykke til tilbakehold for inntil seks uker om personen «aktivt ønsker» det. Denne bestemmelsen vil kunne ha stor betydning for gravide kvinner som på den ene siden erkjenner sin svingende motivasjon for å være rusfri gjennom resterende del av svangerskapet, samtidig som hun har et ønske om å ivareta det ufødte barn på best mulig måte.

24.7.9 Samtykke på vegne av helserettslig myndige personer uten beslutningskompetanse

Etter helse- og omsorgstjenesteloven § 10-4 har man ikke en ordning med at det kan samtykkes til frihetsberøvelse på vegne av myndige personer. Psykisk helsevernloven har derimot i § 2-2 tredje ledd *en forutsetning* om hjemmel for å samtykke på vegne av en myndig person som selv mangler beslutningskompetanse. I litteraturen er det pekt på at bestemmelsen er uklar som hjemmelsbestemmelse.¹²¹⁶ Hvem som kan gi samtykke på vegne av den ikke-kompetente personen, er ikke helt klart. Lovens uttrykksmåte er «den som eventuelt handler på pasientens vegne, med de begrensninger som følger av pasient- og brukerrettighetsloven § 4-3». Henvisningen til § 4-3 gjelder særlig femte ledd og utelukker samtykke der pasienten motsetter seg tiltaket.

Psykisk helsevernlovens bestemmelse om samtykke på vegne av voksne er lite brukt. Det er utvalgets oppfatning at man her bør basere seg på utkastet § 5-2. Dette ut fra de retningslinjer som er trukket opp i H.L. mot Storbritannia og behovet for rettssikkerhet nettopp i slike tilfeller, se punkt 24.5 ovenfor. Det er særlig rettssikkerhetsmessig betenkelig at en annen person enn den som tilbakeholdet vil gjelde, kan binde seg til ikke å trekke samtykket tilbake. Kravet om skriftlighet og adgangen til å bringe saken inn for kontrollkommisjonen er utilstrekkelig til å verne om interessene til den personen som er sakens sentrum, og som ofte vil være i et avhengighetsforhold til den som har avgitt samtykket.

24.8 Tvangsinnleggelse og tvungent tilbakehold basert på vedtak

24.8.1 Innledning

Under dette punktet skal enkelte sentrale spørsmål knyttet til utformingen av vilkår for vedtak om tvangsinnleggelse og tvungent tilbakehold drøftes. Flere drøftelser av betydning er imidlertid plassert andre steder i utredningen.

Både avgrensning av personkretsen som skal omfattes av regelverket (punkt 24.8.2), og i hvilke situasjoner det skal kunne brukes tvang (punkt 24.8.3), er av særlig viktighet. Beviskrav og prognosevurderinger reiser allmenne spørsmål av gjennomgående betydning i utredningen, men er valgt plassert i dette kapitlet (punkt 24.8.4).

¹²¹⁵Lundeberg mfl., 2014, s. 190; UniRokkansentret, 2010, s. 58–59

¹²¹⁶Se Østenstad 2011, s. 500–505

24.8.2 Hvordan avgrense hvem som skal omfattes av reglene?

24.8.2.1 Gjeldende rett

Som omtalt flere steder allerede, er det bare pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A som bygger på en ren kompetansebasert modell, jf. § 4A-2 andre ledd. Vi må likevel ta den reservasjon at det er en viss kobling til diagnose i definisjonen av «samtykkekompetanse» i § 4-3 andre ledd. Fra og med 1. september 2017 har man også i psykisk helsevernloven oppstilt mangel på kompetanse som vilkår, jf. § 3-3 nr. 4, jf. § 3-2 nr. 3. Unntak gjelder «ved nærliggende og alvorlig fare for eget liv eller andres liv eller helse». Mangel på beslutningskompetanse kommer her *i tillegg* til «alvorlig sinnslidelse» som en avgrensning av personkretsen. Innholdet i vilkåret «alvorlig sinnslidelse» er nærmere omtalt i punkt 5.5.8.2 og kan karakteriseres – gjennom sin kobling til psykosebegrepet – som et diagnosenært kriterium.

Helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 10 bygger ikke på en kompetansebasert modell. Den sentrale avgrensende uttrykksmåten i § 10-2 er «omfattende og vedvarende [rus]misbruk», jf. første ledd. Etter spesialbestemmelsen for gravide i § 10-3 er bare «[rus]misbruk» brukt. For hva som ligger i disse uttrykksmåtene, herunder den inkonsistens i begrepsbruk som gjelder etter introduksjonen av «rusmiddelavhengig» i 2012, vises til punkt 5.6.1.5. Alt i alt er [rus]misbruk i betydelig grad et mindre diagnosenært kriterium enn «alvorlig sinnslidelse».

24.8.2.2 Kritikken fra brukerhold mot «alvorlig sinnslidelse»

Diagnosetilknytningen i psykisk helsevernloven har vært særlig omstridt blant brukerorganisasjoner fordi den oppleves som en urimelig stempeling av en gruppe. Dette har også kommet til uttrykk i utvalgets høringsrunde, se kapittel 12. Det er grunn til å tro at dette synspunktet vil øke i styrke dersom forslaget om å gjøre «alvorlig sinnslidelse» til inngangsport til dom på tvungent psykisk helsevern etter straffeloven § 62 blir vedtatt, jf. Prop. 154 L (2016–2017).

Kravet til styrke i begrunnelsen for å opprettholde diagnosebaserte eller diagnosenære kriterier, må sies å ha økt i kjølvannet av CRPD. Som utvalget allerede har kommentert, gjenspeiles dette også i det norske tolkingsforbeholdet gjennom understrekningen av at særlige inngrepshjemler må være «en siste utvei». Utvalget kan altså ikke ta for gitt at tidligere avveininger på dette punkt uttrykt i lovforarbeider, fortsatt bør stå ved lag. Spørsmålet er hva som er alternativet til de formuleringer som i dag er nedfelt i lovteksten for å avgrense rekkevidden av dagens tvangshjemler.

24.8.2.3 Hvilken funksjon ivaretar dagens diagnosenære kriterier?

24.8.2.3.1 «Alvorlig sinnslidelse»

Dagens diagnosenære kriterium kan beskrives som et praktisk grep for å grovsortere feltet av aktuelle kandidater for frihetsberøvelse og slik oppnå en presisjonsgevinst i regelverket. Blant annet i NOU 1988: 8 er denne funksjonen framhevet:

«For øvrig forutsetter innvendingene mot psykosebegrepet at det kan påvises andre kriterier som er vesentlig skarpere og enklere kontrollerbare. Utvalget kan ikke se at det rettssikkerhetsmessig er mulig å beskrive de pasientkategorier det er snakk om bedre enn med henvisning til de tilstander som gjennom varig psykiatrisk praksis er blitt utskilt som de mest alvorlige.»¹²¹⁷

På psykisk helsefeltet avløste «alvorlig sinnslidelse»-vilkåret sinnssykdomsbegrepet gjennom 1961-loven. Hensynet til tradisjon og klarhet har senere vært et framherskende argument for å

¹²¹⁷NOU 1988: 8, s. 125

holde seg til denne linjen. Det er et trekk i debatten at det i liten grad er spurt etter alternative måter å avgrense personkretsen på – og dermed heller ikke etter rasjonalet ved nettopp å benytte seg av diagnosenære kriterier.

I punkt 14.4 drøfter utvalget på et generelt plan når tvangsinngrep kan være rettmessig. Sentrale stikkord er vesentlig helseskaderisiko ved ikke å ville motta hjelp, fravær av beslutningskompetanse og antatt samtykke. Ut fra en slik tilnærming blir diagnosespørsmålet i utgangspunktet irrelevant. Det er imidlertid rimelig å se «alvorlig sinnslidelse» som et forsøk på til en viss grad å ivareta de to førstnevnte aspektene:

- Gjennom koblingen mellom «alvorlig sinnslidelse» og svikt i realitetsvurderingsevnen, via psykosebegrepet, har vilkåret hatt kontaktpunkt med vurdering av beslutningskompetanse, i større eller mindre grad. Paulsrud-utvalget formulerer dette slik at begrepet ut fra den forståelse som er lagt til grunn i forarbeidene, innebærer en implisitt vektlegging av beslutningskompetanse.¹²¹⁸
- En psykisk tilstands alvorlighet kan være en indikator for graden av behov for psykisk helsehjelp – og i forlengelsen skaderisiko om hjelp ikke blir gitt. I NOU 1988: 8 foretas en omfattende gjennomgang av historikken bak «alvorlig sinnslidelse»-kriteriet. Et sentralt poeng er en bevegelse i retning av tilstander som «meningsfullt skal kunne behandles i psykiatriske institusjoner».¹²¹⁹ I tillegg til psykoselidelsene, omtales behov for tvungen omsorg overfor «visse kliniske særgrupper av pasienter med alvorlig psykisk funksjonssvikt og i klart behov av hjelp» (uthevet her). Denne forståelsen er i stor grad videreført i forarbeidene til gjeldende psykisk helsevernlov.

24.8.2.3.2 *Rusmisbruk*

Misbrukskriteriet i helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 10 gir en mindre klar avgrensning av inngrepshjemplene enn «alvorlig sinnslidelse». Søvig anfører at misbruksbegrepets sterke fokus på negative konsekvenser går på bekostning av aspektet « redusert selvbestemmelses-evne ».¹²²⁰ Mangelen på kvalifisering av inngrepsterskelen etter § 10-2 er kritisert, se punkt 5.6.6.

24.8.2.4 *Er det hensiktsmessig med en mer direkte spørremåte i lys av rettsutviklingen?*

«[A]lvorlig sinnslidelse»-begrepet – ofte betegnet som hoved- eller grunnvilkåret etter psykisk helsevernloven – kan altså sies å ha hatt som funksjon å grovsortere hvem som (1) har et særlig behov for psykisk helsehjelp og (2) er særlige aktuelle for å kunne påtvinges hjelp på grunn av svikt i egen beslutningsevne. Ved innføring av et kompetansebasert system også i psykisk helsevern overtar imidlertid vurderingen av beslutningskompetanse sistnevnte funksjon gjennom en mer direkte spørremåte.

Dette betyr at «alvorlig sinnslidelse»-begrepet som portvokter for frihetsberøvelse i psykisk helsevern i dag har en snevrere funksjon: å grovsortere hvem som har et særlig behov for

¹²¹⁸NOU 2011: 9, s. 164

¹²¹⁹NOU 1988: 8, s. 121

¹²²⁰Søvig, 2007, s. 260–262

hjelp, uavhengig av spørsmålet om beslutningskompetanse. Her blir diagnose – eller diagnosenærhet – i utgangspunktet ikke helt treffende, og det er en nærliggende tanke at loven bør adressere mer direkte det man ønsker svar på: Hvilket behov har personen for spesialisert psykisk helsehjelp i form av døgnopphold i institusjon?

Utvalget er av den oppfatning at mangel på beslutningskompetanse også bør gjøres til et vilkår for tvang på rusfeltet – unntatt for gravide av hensyn til fosteret. Også på dette området bør det gi god mening å bevege seg bort fra det diagnosenære (et misbrukskriterium) og heller spørre etter hvilket konkret hjelpebehov personen har.

24.8.2.5 Pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A som mønster for en framtidig modell?

24.8.2.5.1 Innledning

En slik mer direkte spørremåte er vel det som i realiteten er valgt i pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A. I tillegg til mangel på beslutningskompetanse («samtykkekompetanse»), jf. § 4A-2 første ledd, er også behovet for hjelp – «helsehjelpen anses nødvendig», jf. § 4A-3 andre ledd bokstav b – gjort til vilkår. Spørsmålet er om dette er en modell som – i sine grunntrekk – også bør kunne danne mønster for psykisk helsevern- og rusfeltet ved spørsmål om tvangsinnleggelse og tvungent tilbakehold.

24.8.2.5.2 Nærmere om hva som utgjør nødvendig helsehjelp

Nødvendighetskravet i pasient- og brukerrettighetsloven § 4A-3 andre ledd bokstav b er en referanse til retten til henholdsvis «nødvendige helse- og omsorgstjenester» fra kommunen og «nødvendig helsehjelp» fra spesialisthelsetjenesten, jf. pasient- og brukerrettighetsloven §§ 2-1 a g 2-1 b, begge andre ledd. Hva gjelder retten til nødvendige helse- og omsorgstjenester fra kommunen, er fokuset sterkt rettet mot et forsvarlighetskrav. Fra Ot.prp. nr. 91 L (2010–2011) hitsettes:

«Det innebærer at ny rettighetsbestemmelse etter pasientrettighetsloven § 2-1 a gir rett til nødvendige helse- og omsorgstjenester fra kommunen. Dette skal tolkes slik at pasient og bruker har krav på nødvendig hjelp med en forsvarlig standard, basert på en individuell helsefaglig og/eller sosialfaglig vurdering av behov. Det er vanskelig å angi presist hva som er nødvendig hjelp på et overordnet nivå, og omfang og nivå på hjelpen må derfor foretas etter en konkret vurdering. Det avgjørende må være den hjelpetrengendes behov ut i fra en helse- og sosialfaglig vurdering. I vurderingen må behovet til den enkelte veies opp mot fellesskaps behov, og det kan legges vekt på kommunens økonomiske ressurser. Det er imidlertid en minstandard som kommunene ikke kan gå under med henvisning til dårlig økonomi. Det vises i den forbindelse til «Fusa-dommen» Rt.1990 s. 874.»¹²²¹

Som det framgår, kan fastleggingen av hva retten til nødvendig hjelp innebærer være vanskelig «på et overordnet nivå». Det vil utvilsomt også gjelde retten overfor spesialisthelsetjenesten. Her er situasjonen som kan utløse et rettskrav presisert i § 2 i prioriteringsforskriften. Vurderingen skal knyttes mot «forventet nytte» og kostnader sett i forhold til nytte. I andre ledd heter det:

¹²²¹Ot.prp. nr. 91 L (2010–2011) s. 345

«Med forventet nytte av helsehjelpen menes at kunnskapsbasert praksis tilsier at aktiv medisinsk eller tverrfaglig spesialisert helsehjelp kan bedre pasientens livslengde eller livskvalitet med en viss varighet, at tilstanden kan forverres uten helsehjelp eller at behandlingsmuligheter forspilles ved utsettelse av helsehjelpen.»

Det tidligere prognosevilkåret ble fjernet ved lovendring som ble iverksatt f.o.m. 01.11.2015. Formålet var at alle med behov for helsehjelp også skulle ha rett til det. Betydningen av denne endringen inn mot kapittel 4 A er ikke problematisert. I alle fall gjør denne de facto senkningen av innslagspunktet for retten til nødvendig hjelp – selv om forarbeidene kan gi grunnlag for tvil på dette punkt –, at referansen til rettskravreglene i § 4A-3 andre ledd bokstav b blir problematisk.

24.8.2.5.3 *Behov for hevet terskel og økt klarhet*

Pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A er i liten grad fokusert på frihetsberøvelse spesifikt. Slik utvalget ser det, kan det i alle fall for så alvorlige inngrep som tvangsinnleggelse/tvungent tilbakehold være grunn for å skjerpe kravene til hjelpebehovet. Både av hensyn til å bedre hjemmelens presisjonsnivå og for å heve terskelen for bruk av tvang, kan ikke formuleringen i pasient- og brukerrettighetsloven § 4A-3 andre ledd bokstav b bygges videre på. Utvalget har vurdert at uttrykksmåten «sterkt behov» for den aktuelle formen for hjelp, gir et bedre utgangspunkt.

Heller ikke denne formuleringen er entydig. Selv om det ligger en tydelig skjerping av kravet til den nytte man må ha av hjelpen, vil dette måtte konkretiseres i det individuelle tilfellet. Det er for så vidt også situasjonen med «alvorlig sinnslidelse», men der er utfordringen gjerne tolkningen av faktum (bevisproblemer) og ikke en vag rettslig norm. Dette er bakgrunnen for ordningen med observasjon. Vi kan uttrykke det slik at det i begge tilfeller er tale om klarhetsproblemer, men at de ligger på ulik kant: normklarhet ved fokus på behovet for hjelp vs. uklarhet om faktiske forhold (pasientens tilstand) ved «alvorlig sinnslidelse».

Utvalget har vurdert om «påtrengende nødvendig», jf. helsepersonelloven § 7 kunne være en alternativ formulering til «sterkt behov». Førstnevnte er likevel så sterkt knyttet til akutttilfellene at det ville være en uheldig løsning.

En svakhet – vurdert i lys av verdien av presise regler – er at kapittel 4 A i sin generelle, kortfattede form gir en vid ramme. Dette blir likevel kompensert for gjennom avgrensingen av regelsettets formelle virkeområde: særlig mot «undersøkelse og behandling av psykisk lidelse» i § 4A-2 andre ledd. Innenfor rammen av en felles lov, vil ikke sistnevnte type avgrensing være mulig. Det betyr at nye juridiske skranker må konstrueres for å ivareta rettssikkerheten i tilstrekkelig grad.

Det mest nærliggende vil da være å knytte bånd mellom formålet med hjelpen og type institusjon: konkret slik at tvangsinnleggelse eller tvungent tilbakehold for behandlingsformål i utgangspunktet forutsetter at institusjonen har spesialistkompetanse nettopp på dette feltet. Her vil det trenge nyanseringer – særlig med tanke på kommunale helseinstitusjoner –, men den begrensning som i utgangspunktet knesettes er viktig. I prinsippet kan dette utformes diagnosetralt. Til tross for de forslag utvalget kommer med, er det grunn til å tro at enkelte formål for tvangsinnleggelse og tvungent tilbakehold også framover i tid vil være overrepresentert, særlig psykisk helsevern. Av klarhetshensyn bør derfor de viktigste forekommende områdene for frihetsberøvelse nevnes eksplisitt i lovutkastet.

24.8.2.5.4 *Blir behandlingskriteriet gjort til obligatorisk inngangsvilkår?*

Fokus på behovet for hjelp er verken nytt etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 10 – hvor dette som nevnt vil inngå i skjønnsutøvelsen – eller etter psykisk helsevernloven. Forslaget om å bytte ut «alvorlig sinnslidelse» med et krav om sterkt hjelpebehov kan oppfattes som

delvis å løfte dagens behandlingskriterium i psykisk helsevernloven § 3-3 nr. 3 bokstav a opp som et obligatorisk inngangsvilkår etter lovutkastet. All den tid behandlingskriteriet har vært svært omstridt, kan det spørres om ikke dette er et paradoks.

Behandlingsvilkårets omstridte status er knyttet til at det kan senke terskelen for intervensjon, sammenlignet med det som følger av et skadekriterium. I utvalgets opplegg blir derimot et krav om «sterkt behov» et vilkår som kommer *i tillegg* til et ufravikelig skadekrav, se nærmere nedenfor. Med mindre man prinsipielt avviser behov for frihetsberøvelse utenfor de akutte nødstilfeller, er det få som vil mene at ikke behovet for hjelp bør være en viktig faktor i vurderingen. Historien viser likevel at hvordan dette implementeres – og kommuniseres – i lovgivningen er av den største betydning.

I fortsettelsen skal innvendinger mot å kutte ut «alvorlig sinnslidelse» og misbrukskriteriet drøftes mer eksplisitt.

24.8.2.6 *Innvending 1: Forholdet til EMK og Oviedo-konvensjonen*

Artikkel 5 i Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK) etablerer et særlig vern mot frihetsberøvelse. Beskrivelsen av unntaksgrunner i bokstav e er basert på diagnoser eller diagnosenære kriterier når uttrykksmåter som «persons of unsound mind, alcoholics or drug addicts» er brukt. I praksis fra Den europeiske menneskerettighetsdomstol (EMD) er dette utdypet gjennom et krav om at det må foreligge «a true mental disorder».¹²²² Terskelen er ikke høy. Det er anført at alt som blir definert som en sinnslidelse etter de internasjonale klassifiseringssystemene for medisinske lidelser, omfattes:

«Certainly as a general guide, disorders contained in one or both of these taxonomies are likely to be considered by the Court to be true mental disorders [...]»¹²²³

På bakgrunn av praksis er det også hevdet at den formelle diagnosen ikke er avgjørende, men at det foreligger en unormal mental tilstand.¹²²⁴ Oviedo-konvensjonen skal også nevnes, blant annet på grunn av de tette båndene til EMK. Artikkel 7 omhandler vernet for mennesker med psykiske lidelser. Et vilkår her er at det foreligger «a mental disorder of a serious nature». I den norske oversettelsen er uttrykksmåten «alvorlig sinnslidende person» brukt.¹²²⁵ Men det er uten videre klart at den engelske originalteksten favner bredere enn «alvorlig sinnslidelse» i psykisk helsevernloven § 3-3 nr. 3. I de forklarende merknadene til bestemmelsen er således uttrykksmåten «impairment of the person's mental faculties» brukt.¹²²⁶ Hva som ligger i «serious nature» er ikke kommentert. I utkast til tilleggsprotokoll til Oviedo-konvensjonen for

¹²²²Winterwerp mot Nederland, 1979, avsnitt 39

¹²²³Bartlett m.fl., 2007, s. 43. Se også Gostin, 2000, s. 142 som legger til grunn at «relatively minor mental health problems» blir omfattet.

¹²²⁴Wachenfeld, 1991, s. 140–141

¹²²⁵St.prp. nr. 53 (2005–2006) s. 11

¹²²⁶Europarådet, 1997, s. 9

psykisk helsevernfeltet fra 2018 (se omtale i utredningen punkt 7.2.3) knyttes «mental disorder» opp mot «internationally accepted medical standards» (utkastet til artikkel 2),¹²²⁷ men uten noen ytterligere kvalifisering knyttet til selve tilstanden. Sannsynligvis er psykisk funksjonssvikt en mer dekkende norsk oversettelse enn sinnslidelse.

I dette bildet kan det spørres om utvalgets modell er problematisk. Uttryksmåten «psykiske helseproblemer» som utvalget foreslår, se punkt 14.4.2.7, vil klart nok omfatte diagnostiserbare tilstander, men er språklig mer langtrekkende og omfatter så vel lidelser som plager. Dette er dermed et vilkår som er konturløst og nærmest uten selvstendig betydning. På den annen side er forskjellen fra en personavgrensning som omfatter enhver diagnostiserbar tilstand ikke så stor – tersklene er ofte ikke så høye, og skjønnsrommet er betydelig. Etter de forslag som nå foreligger til en ny europeisk konvensjon (ikke vedtatt), synes også rettssikkerhetsmekanismene å bli konsentrert vesentlig om andre forhold enn via en streng avgrensning av persongruppen.

Utvalget skal påpeke at verken konvensjonsteksten i EMK eller Oviedo-konvensjonen eller praksis fra EMD egentlig trekker opp en bestemt måte tilknytningsforholdet mellom personen og helse- og omsorgstjenesten må beskrives på. At den tradisjonelle tilnærmingen har vært nært knyttet til diagnostikk, bør ikke være til hinder for at personens sterke behov for hjelp skal kunne brukes i framtiden når denne uttryksmåten fyller samme funksjon. Om en person er sinnslidende – som er den norske oversettelsen av «unsound mind» i EMK artikkel 5 – kan også beskrives gjennom det konkrete behovet for hjelp fra psykisk helsevern for personer med psykiske helseproblemer. Her skal påpekes EMKs dynamiske karakter – at innholdet i vernet er under stadig utvikling. Uttryksmåten «living instrument which must be interpreted in the light of present-day conditions» er ofte brukt av EMD.¹²²⁸

Blant annet i kjølvannet av CRPD – som EMD selv tidvis trekker inn – bør det være rom for en rettsutvikling her. Utvalget vurderer at staten vil ha stor skjønnsfrihet om hvordan tilknytningsforholdet mellom personen og helse- og omsorgstjenesten uttrykkes i nasjonal lovgivning. At utvalgets forslag skulle reise problemer på et prinsipielt plan, er – alt tatt i betraktning – svært lite sannsynlig.

Tilsvarende må gjelde på russiden der uttryksmåten «alcoholics or drug addicts» er brukt. EMDs praksis viser at bestemmelsen kan omfatte personer både med og uten et avhengighetsproblem.¹²²⁹ Dette betyr at utvalgets modell der uttryksmåten «rusproblemer» blir brukt og knyttet opp til å ha et sterkt behov for hjelp, vanskelig kan oppfattes som problematisk i relasjon til EMK artikkel 5.

Av interesse er at vi i utkastet til ny tilleggsprotokoll til Oviedo-konvensjon ser en kraftig nedtoning av diagnoseperspektivet, sammenlignet med det mer tradisjonelle fokuset i Oviedo-konvensjonen artikkel 7, der «mental disorder of a serious nature» er brukt. I stedet bygges det inn vilkår om at evnen til å treffe en beslutning er alvorlig redusert («severely impaired», se utkastet til artikkel 10 og 11). Slik skifter fokus fra diagnose til funksjon. Utkastet er ikke vedtatt og den videre skjebnen usikker. På et overordnet plan er det likevel grunnlag for å

¹²²⁷Europarådet, 2018a

¹²²⁸Se for eksempel Selmouni mot Frankrike, 1999, avsnitt 101

¹²²⁹Se Søvig, 2007, s. 132–134

hevde at utvalgets forslag er godt posisjonert med tanke på den internasjonale utviklingen på menneskerettighetsfeltet.

24.8.2.7 *Innvending 2: Videre tvangshjemler?*

24.8.2.7.1 *Innledning*

Funksjonen til uttrykksmåter som «alvorlig sinnslidelse» og «[rus]misbruker» er å avgrense tvangshjemlenes rekkevidde. Slik er denne regulerings teknikken en bærer av viktige rettsstatlige verdier – en tvangshjemmel bør ikke formuleres bredere enn det som er strengt nødvendig. Mange vil mene at det er bedre om hjemmelen formuleres litt for snevert enn litt for vidt ut fra en generell erfaring om at inngrepshjemler har en tendens til å «legge på seg» eller bli strukket når de først er etablert.

Denne måten å tenke på kommer til uttrykk i NOU 2011: 9:

«Utvalget mener det er vektige argumenter mot at helsehjelp til mennesker med psykoselidelser og psykotiske symptomer skal reguleres i et eget lovverk med omfattende inngrepshjemler. Flertallet (unntatt Orefellen) mener likevel at en videreføring av hovedvilkåret sikrer en nødvendig innsnevring av adgangen til tvang ved personlighetsforstyrrelser og atferdsavvik. En fjerning av hovedvilkåret innebærer en risiko for en utvikling med gradvis mer tvang ved alvorlige personlighetsforstyrrelser som ikke er ønskelig eller hensiktsmessig. Utvalget ser altså at det finnes betydelig prinsipielle argumenter for å fjerne hovedvilkåret, men flertallet vurderer likevel at dette ikke er et skritt som det er [...]»¹²³⁰

Paulsrud-utvalget vurderte ikke konkrete alternative modeller, men foreslo å bytte «alvorlig sinnslidelse» ut med det mer tidsmessige «alvorlig psykisk lidelse».

Utvalget skal bemerke at det ikke er noe nødvendig sammenheng mellom hvor sterkt personkretsen er avgrenset og faren for omfattende tvangsbruk. Rusfeltet er her et nærliggende eksempel. Til tross for en vid personell avgrensning gjennom misbrukskriteriet, er antallet tvangsvedtak beskjedent – i det minste sammenlignet med psykisk helsevern.

Søvig betegner dagens misbruksvilkår som «konturløst», samtidig som han understreker vanskene med å formulere en avgrensning av personkretsen:

«Slik sett er det viktig å understreke at «terskelen» for tvangsinnleggelse ikke kan måles ut fra grunnvilkåret alene, men ut fra samtlige materielle vilkår i de respektive bestemmelsene i sosialtjenesteloven.»¹²³¹

Utvalget er enig i dette som en mer allmenn observasjon. Særlig for tverrfaglig spesialisert behandling for rusmiddelavhengighet vil utvalgets forslag om å innføre mangel på beslutningskompetanse som vilkår, samt gjøre det lettere å samtykke til tvungent tilbakehold, være av langt større betydning enn å bytte ut misbrukskriteriet. Men også om vi sammenstiller kriteriene «omfattende og vedvarende misbruk» og «sterkt behov» isolert, synes utvalgets modell hovedsakelig å være snevrere: det vil være de færreste misbrukere som har et kvalifisert («sterkt») hjelpebehov. Imidlertid vil utvalgets modell også omfatte noen flere: mest nærliggende er unge personer med relativt nyoppstått, ukritisk og farefull rusbruk. Når dette er

¹²³⁰NOU 2011: 9, s. 165

¹²³¹Søvig, 2007, s. 261

barn, vil en utvidelse ha særlig legitimitet ut fra behovet for å beskytte mot valg som kan medføre alvorlige livsbegrensninger senere.

Utvalget skal i fortsettelsen mer konkret vurdere konsekvensene av å oppheve de diagnosenære kriteriene, særlig «alvorlig sinnslidelse».

24.8.2.7.2 Et dynamisk kriterium

Et generelt poeng er at overgang til et behovskriterium – om personen har et «sterkt behov» for hjelp – vil gi et dynamisk element: hvem som blir omfattet kan endre seg over tid – i begge retninger – etter hvert som kunnskap om behandlingsmuligheter utvikler seg. Dette er ikke nødvendigvis et motargument. Gjennomgangen av utviklingen fram mot dagens «alvorlig sinnslidelse»-kriterium i NOU 1988: 8, viser nettopp at det har vært elementer av dette også tidligere.¹²³²

Utvalgets opplegg er at «sterkt behov»-vurderingen skal ta utgangspunkt i hva som er allment akseptert i klinisk praksis. I den forbindelse skal det utarbeides nasjonale faglige retningslinjer. Utvalget vurderer at den største faren for utglidning nok ikke ligger på faglig hold, men heller i press fra helsemyndighetene mot fagmiljøene om «å gjøre noe» ved mediaoppmerksomhet rundt enkeltproblemstillinger. Helsemyndighetene vil her ha en sterk posisjon som ansvarlig for de faglige retningslinjene. Utvalget skal likevel minne om at det her bare er tale om å fastlegge rammene for inngrep i grensetilfeller. Utvalgets klare forutsetning er at det er dagens kliniske praksis som er utgangspunktet også i framtiden. Risikoen for utidig innblanding bør slik ikke overdrives.

24.8.2.7.3 Personer med akutt suicidalitetsproblematikk

Denne gruppen blir i dag tatt hånd om av psykisk helsevern: i noen tilfeller basert på nødrett, til dels via en problematisk tillempning av observasjonsparagrafen i psykisk helsevernloven § 3-2. Paulsrud-utvalget mente at hvis den etiske forpliktelsen til å forhindre selvmord skulle tas alvorlig, måtte lovverk og praksis innrettes slik at de støttet denne.¹²³³ Utvalgets flertall foreslo at personer som søkes innlagt på grunn av alvorlig selvmordsforsøk eller alvorlig og nærliggende selvmordsrisiko, og som motsetter seg frivillige tiltak, skulle kunne legges inn til tvungen observasjon. Observasjonen måtte foregå ved døgnopphold. Lovens krav om at institusjonen og det vern som tilbys, må være egnet og tilfredsstillende, og at det må gjøres en helsevurdering av inngrepet og den belastningen det medfører for personen, skulle gjelde på samme måte som ved tvungen observasjon for øvrig. Observasjonstiden skulle være kort, inntil tre kalenderdager.

Forslaget ble imidlertid ikke fulgt opp. Med utvalgets opplegg blir problemstillingen løst ved å frikoble spørsmålet om tvangsinnleggelse og tvungent tilbakehold fra det diagnosenære «alvorlig sinnslidelse»-vilkåret i dagens lov. Utvalget foreslår en hjemmel for kortvarig tilbakehold på nødrettslig grunnlag inntil prosedyre etter lovutkastet § 5-4 kan iverksettes, se lovutkastet § 4-8.

24.8.2.7.4 Personlighetsforstyrrelsene

Denne diagnosegruppen er eksplisitt holdt utenfor «alvorlig sinnslidelse» ut fra forarbeidene, særlig fordi disse tilstandene er lite tilgjengelig for behandling. Paulsrud-utvalget fryktet på

¹²³²NOU 1988: 8, s. 121

¹²³³NOU 2011: 9, punkt 14.3.4

dette punkt en gradvis utglidning dersom «alvorlig sinnslidelse» ble fjernet. Tvangslovutvalget er også bekymret for dette og skal påpeke at gruppen allerede er kjent i tvangspsykiatrien ved kombinerte tilstander. Her er utvalget gjort oppmerksom på at kontrollkommisjonene tidvis har opphevet vedtak om tvang etter klagesak basert på en uenighet med den faglig ansvarlige om hva som har utgjort hovedproblemet – personligheten eller den diagnostiserte psykoselidelsen –, og dermed om behandlingen kan antas virksom. Utvalget mener et økt og direkte fokus på behovet for den aktuelle typen helsehjelp – «sterkt behov» – her vil etablere et tilstrekkelig bolverk mot videre utglidning, i samspill med kravet om manglende beslutningskompetanse.

24.8.2.7.5 *Spiseforstyrrelser*

Med unntak for rent livreddende behandling er psykisk helsevernloven i dag inntakspunktet for tvangsbehandling ved spiseforstyrrelser, i praksis anorexia nervosa. Høyesterett klargjorde i Rt. 2015 s. 915 de rettslige rammene, særlig innholdet av «alvorlig sinnslidelse»-vilkåret. Senere er vilkår om fravær av beslutningskompetanse («samtykkekompetanse») innført. Både i lovforarbeidene og i Høyesteretts praksis er likheten med vurderingen av «alvorlig sinnslidelse» understreket.¹²³⁴

Utvalgets opplegg innebærer en oppløsning av tvungent psykisk helsevern-begrepet (unntatt ved dom etter straffeloven § 62), og at fokus rettes mot det enkelte tiltak. I relasjon til tvangsinnleggelse og tvungent tilbakehold, vurderer ikke utvalget at det å erstatte «alvorlig sinnslidelse» med «sterkt behov» i kombinasjon med manglende beslutningskompetanse, vil føre til en problematisk utglidningsfare for personer med spiseforstyrrelser. Selv om det i noen tilfeller kan være aktuelt med tilbakehold for å etablere trygge rammer som kan bidra til at personen igjen begynner å spise, vil det generelt sett være lite attraktivt å frihetsberøve personer i denne gruppen uten mulighet for bruk av det mest virksomme behandlingstiltaket: sondeernæring. Det anses derfor ikke nødvendig med særlige bestemmelser for spiseforstyrrelser i utkastet kapittel 5. Dette stiller seg annerledes for spørsmålet om selve tvangsernæringen, se punkt 25.6.4.

24.8.2.7.6 *Depresjoner uten psykotiske symptomer og angstlidelser – særlig om situasjonen i alderspsykiatrien*

Paulsrud-utvalget nevnte eksplisitt depresjoner uten psykotiske symptomer som et mulig område for ekspansjon av tvangshjemler uten «alvorlig sinnslidelse» som portvokter. Tilsvarende kan man tenke seg at angstlidelser hvor medikamentell intervensjon framstår som en mulighet, kan komme i risikozonen.

Utvalget mener likevel kravet om mangel på beslutningskompetanse – som allerede i dag er et høyt profilert vilkår – vil gi tilstrekkelige garantier mot utglidning. Særlig i alderspsykiatrien kan imidlertid dette stille seg annerledes ved at kombinasjonen mellom psykisk lidelse og kognitiv svikt er en særlig vanlig kombinasjon. Et synspunkt som da kan hevdes, er at fjerning av «alvorlig sinnslidelse» kan gi en slagside. Dette ved at rommet for tvang særlig vil øke overfor persongrupper med en mer stabil og universell svekket kognitiv fungering, til tross for kravet om individuelle vurderinger av beslutningskompetanse.

I psykisk helsevern er denne utfordringen allerede reell etter lovendringen i 2017, men kan altså *forsterkes* gjennom å fjerne «alvorlig sinnslidelse». Dette argumentet må imidlertid holdes sammen med de andre argumenter som gjør seg gjeldende, og utvalget vil også minne om de

¹²³⁴HR-2018-2204-A, avsnitt 52 og 53 og Prop. 147 L (2015–2016) s. 27

øvrige forslag som framsettes for å begrense bruken av tvang, som også vil komme disse gruppene til gode.

24.8.2.7.7 Spillavhengighet og andre tilstander

En rekke tilstander kan oppfattes som former for avhengighetslidelser, atferdsforstyrrelser eller impulskontrollproblemer. Et eksempel er patologisk gambling, et annet kan være *gaming disorder* (avhengighet av Internettspill), som er foreslått som diagnostisk kategori i ICD-11. Problemene med å begrense og regulere atferden kan føre til vansker med å fungere i vanlige roller og kan føre til konflikter og økonomiske problemer. Funksjonstapet kan være stort. Problemstillinger som dette faller ikke inn under begrepet «alvorlig sinnslidelse» i dag. En diagnosenøytral lov kunne i utgangspunktet åpne for tvang når konsekvensene ble særlig alvorlige, for eksempel i form av økonomisk ruin. Men et krav om manglende beslutningskompetanse vil etter utvalgets mening være et tilstrekkelig vern mot utglidning ettersom disse plagene ikke i seg selv er forbundet med fravær av kompetanse.

Hos personer uten beslutningskompetanse vil en diagnosenøytral lov gi hjemmel til å begrense atferd i utvalgte tilfeller der det er «sterkt behov» for innsats og lovens øvrige vilkår, blant annet om vesentlig helseskade, er oppfylt. Dette vil neppe gjelde mange saker.

24.8.2.8 Innvending 3: Større ulikhet i praktiseringen av loven?

Etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 10 er det erkjent at det i stor grad er andre faktorer som styrer utvelgelsen av kandidater for tvangsinnleggelse og tvungent tilbakehold enn rammene for misbrukskriteriet, se punkt 6.3. Dette har også å gjøre med inntaksmodellen der initiativretten ligger i kommunene, noe som kan gi betydelige ulikheter i hvilke saker som blir fremmet. Utvalget går inn for en vesentlig omlegging i inntaksmodell, se punkt 28.5.6, der vedtakskompetansen blir liggende i spesialisthelsetjenesten. Sammen med forslaget om manglende beslutningskompetanse som vilkår også på rusfeltet, vil det trolig bidra til større likhet i praktiseringen. «[S]terkt behov»-vilkåret vurderes ikke å føre til større rettsklarhet, men tvert imot å gi en fastere grunn for skjønnsutøvelsen ved at det er uttrykk for en type vurderingstema som har god klangbunn i spesialisert rusbehandling som i helse- og omsorgstjenesten for øvrig.

I psykisk helsevern har «alvorlig sinnslidelse»-begrepet lang tradisjon. Det er etter hvert oppnådd stor klarhet om innholdet på et regelnivå og fortolkningene er godt kjent i klinikken. Som nevnt ovenfor oppstår det ofte tvil, men da om faktum – personens tilstand – ikke på et regelnivå. Like fullt er det blitt reist som en problemstilling at praksis i form av antall tvangsvedtak, viser betydelige variasjoner mellom sykehus og mellom regioner. Se nærmere omtale i punkt 9.2.2. Det reiser spørsmål om hvor viktig «alvorlig sinnslidelse» er for en kalibrering av praksis etter dette regelverket. Like fullt må det legges til grunn at å erstatte «alvorlig sinnslidelse» med et sterkt-behov-for-hjelp-vilkår vil skape større uklarhet i en overgangsfase. Som allerede påpekt, er imidlertid dette vurderinger som allerede ligger i lovgivningen. Det nye ligger i at innpakningen og funksjonen blir ny og mer framskutt.

24.8.2.9 Innvending 4: Diagnosenære kriterier er et rimelig kompromiss for å sikre rettsenhet når kompetansemodellen ikke kan gjelde i alle situasjoner

Frihetsberøvelse i form av tvangsinnleggelse og tvungent tilbakehold ved fare for andre er i dag først og fremst en problemstilling etter psykisk helsevernloven, jf. lovens § 3-3 nr. 3 bokstav b. I rusbehandling er spørsmålet bare aktuelt ved inngrep mot gravide (helse- og omsorgstjenesteloven § 10-3). Hensynene ved fremmedfare er helt andre enn ved egenfare. Det er utvalgets syn at et mangel på beslutningskompetanse-vilkår derfor ikke er aktuelt i slike tilfeller.

Det er særlig i psykisk helsevern det diagnosenære kriteriet – «alvorlig sinnslidelse» – har en klart avgrensende funksjon i praksis. Fjernes «alvorlig sinnslidelse» her, uten at dette kompenseres av noe annet enn et nytt kriterium som fokuserer på behovet for hjelp, vil det bety en bekymringsfull utvidelse av tvangshjemlenes rekkevidde. Poenget er altså at vi her fortsatt trenger «alvorlig sinnslidelse».

Dette vilkåret kan da sies å representere et rimelig kompromiss gjennom sitt doble fokus på behov for hjelp og redusert beslutningsevne, for å sikre rettsenheten. Riktignok er en kompetansebasert modell allerede innført i psykisk helsevern ved fare for pasienten selv. Dette er det ikke aktuelt å reversere. Men å bevare «alvorlig sinnslidelse» som et fortsatt felles hoved- eller grunnvilkår, vil bidra til å redusere forskjellene mellom reguleringen av fare for seg selv og fare for andre.

Hensynene som gjør seg gjeldende er likevel så ulike – ved fare for seg selv kontra fare for andre – at dette neppe er et tungtveiende argument. Et skille langs denne aksen hva gjelder vilkårene for inngrep, er allerede i dag på ulikt vis uttrykt i lovgivningen. En ytterligere omdreining er ikke dramatisk og kan vel tvert imot oppfattes som en ønsket motvekt til den sammenvevingen mellom sivil psykiatri og strafferettspsykiatri man har sett over tid, nå sist gjennom Prop. 154 L (2016–2017).

Dagens unntak fra den kompetansebaserte modellen følger ikke konsekvent aksen fare-for-seg-selv/fare-for-andre. Unntak er gjort også ved «alvorlig og nærliggende fare for eget liv», jf. § 3-3 nr. 4. I slike tilfeller trenger vi definitivt skranker for inngrepsadgangen som refererer til beslutningsevne-problematikken, slik «alvorlig sinnslidelse» til en viss grad gjør. Samtidig vil det framstå som vanskelig kommuniserbart om «alvorlig sinnslidelse» fremdeles skal gjelde her, men ikke ellers der personen utgjør en fare for seg selv.

Utvalget har løst dette ved å strekke beslutningskompetanse-modellen ut til også å gjelde ved fare for eget liv, så lenge det er utenfor akutsituasjonene. Dette innebærer muligens en justering sammenlignet med gjeldende rett, men neppe i betydelig grad, se punkt 24.14.2.1. Som nevnt i punkt 23.5, ligger det i akutt-vilkåret en viss fleksibilitet i risikovurderingen innenfor snevre rammer: blant annet ut fra skadefølgen. Der det er usikkerhet om vurderingen av beslutningskompetanse, foreslår utvalget videre en senket terskel sammenlignet med gjeldende rett ved midlertidige vedtak, jf. punkt 24.8.3.

24.8.2.10 Å forlate diagnosetilknytningen vil også gi en delvis innskrenking av tvangshjemlene

Rusmisbruk er ikke ensbetydende med at man har behov for spesialisert rusbehandling og i alle fall ikke et «sterkt behov». Men også for alvorlige sinnslidelser er bildet nyansert. Det viser seg at mange med diagnoser som assosieres med denne betegnelsen, klarer å leve et tilnærmet normalt liv uten hjelp fra den spesialiserte psykiatritjenesten.

Diagnosenære kriterier har altså også en skyggeside i den forstand at de rekker for vidt. Selv sagt vil man her kunne innvende at lovens øvrige vilkår vil komme inn og virke begrensende – etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 10 vil dette særlig skje gjennom skjønnsutøvelsen. Likevel skal det ikke underslås som et prinsipielt problem at de nevnte kriterier treffer for bredt. Dette har også den side ved seg at det i praktiseringen av psykisk helsevernloven kan bli lagt for stor vekt nettopp på «alvorlig sinnslidelse», mens de øvrige vilkår blir mindre grundig utredet, selv om det her er store individuelle variasjoner. Utvalget er orientert om at man i enkelte kontrollkommisjoner opplever det slik. Også ut fra et slikt perspektiv bør personer som ikke har et «sterkt behov» for den aktuelle tjenestetypen, slippe å være en del av den

personkrets som faller innenfor virkeområdet. Utvalget vurderer at et direkte og eksplisitt fokus på behovet for hjelp som inngang til spørsmålet om frihetsberøvelse, vil representere en motvekt mot de tendenser som her er beskrevet.

24.8.2.11 Å forlate diagnosetilknytningen vil gjøre det enklere å inkludere barn i et felles regelverk

Det er større tilbakeholdenhet med å diagnostisere barn for psykiske lidelser. Dette henger sammen med utviklingsaspektet. Poenget i denne sammenheng er at barn lettere vil kunne inkluderes fullverdig i en framtidig felles tvangsbegrensningslov dersom diagnosefokuset nedtones. Det er barns behov for helsehjelp som er den avgjørende faktoren for hvilken tilnærming helsetjenesten skal ha. En modell som bygger på et «sterkt behov»-kriterium, vil også være anvendelig for barn.

24.8.2.12 Utvalgets endelige avveininger

24.8.2.12.1 Overordnede synspunkt

Rusmisbrukskriteriet i helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 10 og «alvorlig sinnslidelse» i psykisk helsevernloven er portvoktere for hver sine regelsett om tvangsinnleggelse og tvungent tilbakehold – i psykisk helsevern via konstruksjonen tvungent vern eller tvungen observasjon. Begge kriteriene har som funksjon å avgrense kretsen av aktuelle kandidater for frihetsberøvelse, og ivaretar således en viktig rettssikkerhetsfunksjon. Utvalget har ovenfor uttrykt at «sterkt behov» stort sett vil være et snevrere kriterium enn «omfattende og vedvarende misbruk». Særlig «alvorlig sinnslidelse» med sin lange og faste tolkingstradisjon, bidrar til klarhet på et regelnivå. Først og fremst er det derfor her utvalgets forslag kan være kontroversielt.

Utvalget observerer at til tross for «alvorlig sinnslidelse»-begrepets lange tradisjon, har det aldri blitt gjennomført noen nærmere drøfting om hvorfor det nettopp er *på denne måten* en avgrensing av kandidatgruppen for frihetsberøvelse bør skje. Sannsynligvis er tradisjonen i dag det sterkeste argumentet. Med nåtidens briller har utvalget vurdert at kriteriet kan sies å ha vært en praktisk måte å innsnevre feltet på ut fra to hovedkriterier:

- hvem som har sterkest behov for hjelp fra psykisk helsevern
- hvem som har minst selvbestemmelsesevne i denne relasjon.

En slik måte å se det på har – som vist ovenfor – klangbunn i tidligere lovutredninger. Med mindre man skulle være av en helt annen oppfatning, er det da en observasjon at «alvorlig sinnslidelse» har mistet en del av sin funksjon etter introduksjonen av en kompetansebasert modell i psykisk helsevern. I en slik situasjon vil fortsatt bruk av «alvorlig sinnslidelse» – så lenge vi har fokus på fare-for-seg-selv-tilfellene – primært måtte begrunnes i funksjonen vilkåret har for å definere hvem som har sterkest behov for hjelp fra psykisk helsevern.

På denne bakgrunn har utvalget vurdert om det i dag er gode nok grunner for å forlate den etablerte, diagnosenære begrepsbruken, og heller kombinere mangel på samtykke med krav om «sterkt behov». I sin grunnstruktur er det denne modellen som i dag er brukt i pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A.

Det kan hevdes at denne sammenstillingen halter ved at tvangsbruk i psykisk helsevern både er mer omfattende og gjennomgående mer kontroversiell enn i somatikken. Det sterkeste argumentet for å bevare dagens modell er nok derfor tradisjonen og den klarhet på regelplan dette gir. Et diagnosenært fokus er imidlertid grunnleggende upresist i forhold til den funksjon kriteriet har i dag, og tendensen i den psykiatrifaglige debatten går i retning av å legge mindre vekt på diagnose ved behandlingsbeslutninger. Den begrensende funksjon diagnosebaserte eller diagnosenære vilkår har, vil likevel være av verdi fra et tradisjonelt, rettsstatlig synspunkt.

Å basere lovgivningen på et funksjonskriterium – beslutningskompetanse –, slik det er gjort i pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A, må utvilsomt være innenfor de rammer EMK setter. Samtidig utfordrer rettsutviklingen internasjonalt – med CRPD i front, men som også influerer på tolkningen av andre dokumenter – styrken i begrunnelsen for å opprettholde diagnosenære kriterier som avgrensning av tvangshjemler. Forventningene til overbevisningskraft i argumentene om saklighet og nødvendighet skjerpes – dette er det neppe stor uenighet om.

Et direkte fokus på behovet for hjelp – gjennom et «sterkt behov»-kriterium – vil uvegerlig gi en mindre presis bestemmelse på et regelnivå fordi dette i så sterk grad vil være knyttet til individuelle vurderinger. Å bevege seg fra gruppetenking – som et diagnosenært fokus innebærer – til individtenking, som en behov for hjelp-tenking innebærer, gir nødvendigvis større skjønnsrom: og dermed også større usikkerhet på et normnivå. På et overordnet plan er likevel et sterkere individfokus en ønsket utvikling. Utvalget har i den forbindelse også sett det som viktig å markere at personer med alvorlige psykiske lidelser som klarer seg uten hjelp fra psykisk helsevern, prinsipielt ikke skal omfattes av tvangshjemlenes virkefelt. I denne forstand representerer et «sterkt behov»-kriterium delvis en innsnevring av dagens inngrepshjemler.

Utvalget er av den oppfatning at den modell som foreslås i utkastet representerer en tilfredsstillende balansering av konkurrerende menneskerettslige verdier: regelpresisjon som har et sterkt fokus etter EMK, og ikke-diskriminering som står i fokus etter CRPD. Utvalget har lagt stor vekt på at representanter fra de grupper som er særlig utsatt for inngrep etter dagens tvangslovgivning har anbefalt den modell som nå skisseres, selv om det også gjør seg gjeldende rettssikkerhetsmessige motforestillinger. Utvalget konstaterer videre at EMD-praksis er klar på at ikke bare lovtekstens ordlyd er relevant i vurderingen av om det foreligger tilstrekkelig hjemmel, men også presiseringer gjort i forarbeider, rettspraksis og på rundskrivsnivå. I tillegg er rettssikkerhetsordningene sentrale momenter i vurderingen.

Særlig skal utvalget framheve at det å forlate «alvorlig sinnslidelse» som inngangsport til tvang til fordel for «sterkt behov», vil skjerpe fokuset på hva som kan tilbys av tjenester og personens nytte av disse. Utvalget vurderer at dette kan være et viktig virkemiddel for å fremme en faglig og etisk bevisstgjøring i psykisk helsevern der tradisjonen for bruk av tvang står særlig sterkt. Forslaget må for øvrig ses i sammenheng med lovutkastets øvrige elementer – både materielle og prosessuelle. I sum innebærer disse en klar innstramning av inngreps-hjemlene og et sterkere kontrollsystem.

24.8.2.12.2 Enkelte utgangspunkt om tolkingen av «sterkt behov»

Selv om «sterkt behov»-vurderingen vil være uløselig knyttet til individuelle forhold ved personen og dennes situasjon, er det mulig å formulere noen tolkningsmessige utgangspunkter. Vilkåret etablerer en kobling mellom personens individuelle behov og det tjenestene har å tilby. For at tvangsinnleggelse eller tvungent tilbakehold kan komme på tale, kreves det at tjenestene i høy grad er i stand til imøtekomme personens individuelle hjelpebehov på en effektiv måte: ellers vil det ikke foreligge et sterkt behov.

At personen har et sterkt behov for hjelp ut fra en isolert vurdering, er ikke tilstrekkelig. Behovsvurderingen må ses i forhold til det som konkret tilbys. Særlig sammenlignet med situasjonen på psykisk helsefeltet i dag, ligger det her et fokusskifte fra diagnosen eller diagnosenære vurderinger – via vilkåret «alvorlig sinnslidelse» – til spesifikke vurderinger av hva helse- og omsorgstjenesten har å tilby den konkrete personen. I denne sammenheng vil naturligvis diagnostiske vurderinger spille en sentral rolle og danne et utgangspunkt, men det overordnede fokuset når det skal tas stilling til om personen omfattes av reglene, blir likevel et annet.

Vurderingen av om det foreligger «sterkt behov» er et rettslig vilkår, men vil nødvendigvis måtte ta utgangspunkt i faglige synsmåter. Tilsvarende gjelder for øvrig den konkrete vurderingen av hva som utgjør en «alvorlig sinnslidelse» etter gjeldende rett. Forskjellen er, som påpekt, at det er mulig å gi dette vilkåret et klarere innhold på regelnivå. For å demme opp mot ulikhet i praktiseringen av «sterkt behov», foreslås det derfor å lovfeste at vurderingene må «ta utgangspunkt i hva som er alminnelig akseptert i klinisk praksis». I realiteten betyr dette – ved iverksettelsen av lovutkastet – at det er de tilstander som faller inn under «alvorlig sinnslidelse» som kan gi grunnlag for å treffe vedtak om frihetsberøvelse. Dette fordi klinisk praksis rimeligvis vil være innrettet på dagens lovgivning.

På noen punkt vil likevel klinisk praksis kunne være sprikende. Kravet «alminnelig akseptert» innebærer her en konservativ og tvangsrestriktiv tilnærming. Utvalget legger likevel opp til, og finner det uproblematisk, at «sterkt behov»-kriteriet har et iboende dynamisk element som kan fange opp utviklingstrekk i diskusjonen om hvilke tilstander som det finnes slike utsikter til å behandle eller lindre at karakteristikken «sterkt behov» er dekkende. Utkastet forutsetter imidlertid at slike glidninger skal skje gradvis og ha en solid kunnskapsmessig forankring. Her skal nevnes at også «alvorlig sinnslidelse» har et dynamisk element ved det ikke bare har vært avgrenset til psykoselidelsene. Fokuset ved grensetrekningen etter «alvorlig sinnslidelse» er likevel ikke hva tjenestene kan tilby av hjelp, men heller de funksjonsmessige utslag: sistnevnte aspekt blir i utvalgets opplegg ivaretatt gjennom beslutningskompetanse-testen.

Det er ikke utvalgets intensjon at nye grupper av tilstander skal underkastes tvang i psykisk helsevern. I randsonene for hva som i dag er akseptert, kan det likevel skje en grenseflytting. Etter utvalgets vurdering er det også som hovedregel lite betenkelig at en finsikting her overlates til fagmiljøene innenfor de snevre rammer som loven setter, og under oppsyn av administrative kontrollinstanser og domstolene. Selv om «sterkt behov» knytter tydelig an til faglige synsmåter, er det til syvende og sist et juridisk vilkår som må håndheves av kontrollinstansene.

Ut fra det utvalget erfarer som aktuelt, kan vi tenke oss at det innenfor alderspsykiatrien blir liberalisert noe. Da i retning av at enkelte personer med kombinasjon av kognitiv svikt og atferdsmessige symptomer – men der sistnevnte ikke er det mest dominerende i bildet og dermed ikke utgjør en «alvorlig sinnslidelse» –, blir funnet kvalifisert til kortvarige opphold i alderspsykiatrisk spesialistavdeling for etablering av – hovedsakelig – miljømessige behandlingstiltak. Denne type mindre praksisforskyvninger utgjør etter utvalgets vurderinger ikke et rettssikkerhetsmessig problem så lenge de er bygget på faglig konsensus (alminnelig akseptert) og likhetsutfordringene i praksis blir tatt på alvor.

Å ha «sterkt behov» for opphold forutsetter at institusjonen kan tilby helsehjelp som er egnet til å avhjelpe de helseutfordringer personen har. Dette kan ses i sammenheng med det selvstendige «egnet»-vilkåret i § 5-4 nr. 6 i lovutkastet. Med bruken av ordet «sterkt» uttrykkes at hjelpebehovet må være uttalt eller åpenbart for at tvang skal kunne benyttes. Som markert ovenfor, er det ikke tilstrekkelig at personen har et rettskrav på tjenesten etter pasient- og brukerrettighetsloven §§ 2-1 a og 2-1 b, begge andre ledd. Utvalget vurderer at det er situasjoner der det – sett bort fra tvangselementet og de særlige spørsmål det reiser – vil utgjøre en klar forsømmelse ikke å yte hjelp som omfattes. Alvorligheten i situasjonen utgjør naturlig en side av dette og kan ses i sammenheng med kravet om «vesentlig» helseskade. «Sterkt behov»-vurderingen er likevel bredere enn så vel «egnet», «vesentlig helseskade» eller for den del andre vilkår i lovutkastet § 5-4. I dette ligger at det kan forekomme situasjoner der personen har et «sterkt behov» for innleggelse, men der dette tiltaket ikke oppfyller de andre vilkårene.

Utvalget har vurdert om det også bør gjelde et krav om at personen har et «umiddelbart» hjelpebehov, men har avstått fra dette da det vil gi for sterke assosiasjoner til nødssituasjoner. Utvalget mener det vil gi en for snever ramme. Samtidig er det klart at også situasjonens eventuelle preg av dramatikk er et moment i vurderingen.

At i alle fall enkelte av de andre vilkårene inneholder elementer som inngår i vurderingen av «sterkt behov», aktualiserer spørsmålet om et eget behovskriterium er overflødig. Dette blir likevel en feilslutning. Overordnet etablerer behovskriteriet et nødvendig bindeledd mellom personen og helse- og omsorgstjenesten. Dette ved at vilkåret definerer grunnlaget for hvorfor det nettopp er helse- og omsorgstjenestens oppgave å ta affære, slik at dette ikke kan overlates til familien, politiet eller andre. Vi kan godt tenke oss situasjoner der lovutkastets øvrige vilkår er oppfylt, men ikke «sterkt behov». Ut fra dette burde vilkåret verken være spesielt kontroversielt eller overraskende – isolert sett.

Utvalget vurderer at tvangsinnleggelse og tvungent tilbakehold i spesialisthelsetjenesten bare bør kunne skje som ledd i spesialisert behandling, herunder nødvendige undersøkelser. Dette representerer en innstramming sammenlignet med i dag. I alderspsykiatrien har vi for eksempel sett at pasienter er blitt holdt tilbake etter pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A når vedtak etter psykisk helsevernloven kapittel 3 er underkjent av kontrollkommisjonen. En slik praksis er rettssikkerhetsmessig problematisk etter gjeldende rett, fordi grensene mellom ulike regelsett og de formål disse skal ivareta, utviskes. Etter utvalgets lovutkast bygges rettslige skiller bevisst ned, men utvalget mener likevel at tvangsinnleggelse og tvungent tilbakehold i spesialisthelsetjenesten bare bør kunne skje ved «sterkt behov» for tjenester innenfor institusjonens spesialfelt. Dette bidrar til en ønskelig innstramming av inngrepshjemmelen som reduserer faren for utgliding, og faller samtidig sammen med hva en fornuftig bruk av samfunnets ressurser tilsier.

24.8.2.12.3 Likhetsutfordringer – behov for nasjonale, faglige retningslinjer

Utvalget er i mandatet blant annet utfordret til å se på likhetsproblematikken knyttet til praktiseringen av de ulike regelverkene. Et spørsmål som reiser seg er om forslaget om å bytte ut diagnosenære vilkår med et sterkt-behov-vilkår, kombinert med mangel på beslutningskompetanse, i den sammenheng kan øke forskjellene. Dette er ikke opplagt. Allerede etter gjeldende rett er det betydelige geografiske likhetsutfordringer. I hvilken grad dette er fokusert, varierer. På psykisk helsevernfeltet har man statistikk som klart antyder ulik praktisering mellom helseregionene hva gjelder terskelen for etablering av tvang etter psykisk helsevernloven kapittel 3, se punkt 9.2.2. Dette indikerer at «alvorlig sinnslidelse» i alle fall har hatt begrenset styringskraft i så måte. Selv om det her kan være ulike og sammensatte årsaksforhold, er det en klar mulighet for at ulikhetene *også* gjenspeiler faglige og kulturelle forhold. Etter de andre regelverkene er det liten grunn til å tro at situasjonen er bedre. Tvert imot er det fokusert på at der kompetansen til å treffe avgjørelser eller ta initiativ i saker ligger på kommunalt nivå, kan blant annet lokale ressurs- og personellmessige forhold spille inn.

Faglige vurderinger som en kilde til ulik praktisering, eksisterer altså allerede i dag. Utvalgets forslag innebærer bare at dette elementet synliggjøres i større grad ved at «sterkt behov» brukes til å avgrense hjemmelens formelle virkefelt. Hvorvidt personen har et «sterkt behov» for helsehjelp, må etter sin natur vurderes konkret og individuelt. Vilkåret er juridisk, men med tette bånd til faglige vurderingsmåter. For å sikre en mest mulig lik praktisering av vilkåret blant vedtaksansvarlige, forutsetter utvalget at Helsedirektoratet må utarbeide faglige retningslinjer. Å benytte faglige retningslinjer for å normere praksis er vanlig. Slike retningslinjer fratar ikke vilkåret dets juridiske karakter, men innebærer en erkjennelse av de tette bånd til faglige synsmåter. En nærliggende tanke kunne være at retningslinjer på rusfeltet vil være særlig viktig fordi spesialisthelsetjenesten der ikke har hatt vedtaksansvar tidligere. Bildet er

likevel nyansert. Ovenfor er det argumentert for at utvalgets *samlede opplegg* trolig vil redusere likhetsutfordringene på rusfeltet gjennom endret inntaksmodell og innføring av mangel på beslutningskompetanse som vilkår.

Retningslinjene vil ikke være rettslig bindende, men vil i realiteten etablere en presumsjon for hva som anses som faglig akseptabel praksis. En vedtaksansvarlig som velger å trosse slike oppfatninger, må regne med å bli underkastet en særlig grundig og kritisk kontroll fra tvangsbegrensningsnemnda og eventuelt domstolene. Gjennom en normering av det faglige skjønnet gjennom nasjonale retningslinjer, mener utvalget det vil være mulig å oppnå en større enhet i praksis i førsteinstansen enn det som gjelder etter de ulike regelverk i dag.

Også etter gjeldende rett vil det langt på vei være faglige vurderinger som er avgjørende for om det foreligger en «alvorlig sinnslidelse». Der utvalgets modell skiller seg særlig ut er at det blir umulig å etablere tilsvarende klarhet på regelnivå: «sterkt behov» vil alltid koke ned til individuelle vurderinger. Dette er den uunngåelige prisen å betale om man ønsker et regelverk som er mer fokusert på enkeltmenneskets individuelle behov og mindre preget av gruppetenkning. Utvalget har alt i alt valgt å anbefale dette under særlig henvisning til trekk i den internasjonale rettsutviklingen og på bakgrunn av lovutkastet som helhet, der hovedbildet er at vilkårene for til bruk av tvang skjerpes og kontrollordningene styrkes kraftfullt.

Fordi det foreslås et nytt vilkår på et sentralt punkt i lovutkastet, har utvalget funnet det hensiktsmessig å illustrere innholdet gjennom ulike eksempler. Faktaopplysningene i eksemplene er begrenset, så hovedpoenget er å tydeliggjøre retningen og prinsippene i de vurderingene som må gjøres. Vurderingene skal også gjøres uavhengig av spørsmålet om eventuell tvangsbruk, noe eksemplene speiler. Utvalget presiserer at eksemplene ikke tar hensyn til andre av lovutkastets vilkår, men bare fokuserer på «sterkt behov».

24.8.2.12.4 Eksempler på «sterkt behov»-vurderinger

Boks 24.2 Psykisk helsevern – under grensen/over grensen (ikke «sterkt behov»/«sterkt behov»)

Charlotte er i slutten av tyveårene. Hun bor i en kommunal leilighet, lever av sosialstønad og har aldri vært i arbeid. Hun har vært innlagt mange ganger på akuttavdelingen, men det har alltid bare vært korte innleggelser, noen få dager, før hun blir utskrevet fordi hun ønsker det selv. Utover de korte innleggelsene har hun hatt lite kontakt med psykisk helsevern. Alle forsøk på behandling og utredning har mislykkes, for Charlotte følger ikke opp, kommer ikke til avtaler, åpner ikke døra, eller er bare ikke hjemme. Saksbehandleren hennes på sosialkontoret mener hun burde hatt trygd, men når hun ikke er utredet og har noen diagnoser, og behandling ikke er prøvd, er det vanskelig. De fleste som møter Charlotte er bekymret for henne, og mener hun er svært syk, men det er vanskelig å vite hva som egentlig feiler henne, siden hun ikke lar seg utrede. Av og til kan hun virke psykotisk, andre ganger svarer hun greit for seg. Det har blitt stilt spørsmål angående kognitiv fungering, men det er ikke egentlig noe bevis på at dette stemmer.

Oppfølgingsteamet i kommunen er av og til innom Charlotte, når hun slipper dem inn. Da ser de at leiligheten hennes er kaotisk, fylt med rot og søppel. Hun har hatt mange forhold til ulike menn, flere av dem har mishandlet henne.

Aktuelt nå er at Charlottes nabo ringte politiet fordi det var mye bråk i leiligheten hennes, og naboene var redde for at hun var i fare. Når politiet kom, fant de Charlotte alene. Hun snakket høyt med noen politiet ikke kunne se, gikk fra rom til rom, virket forvirret og opprørt. Hun gjentok setninger som «det som skulle skje, har skjedd», «de kommer snart», «lyset bestemmer» og andre utsagn som politiet ikke fant noen sammenheng i. De tok henne derfor med til

legevakten. Psykisk helsevern kan tilby en kortvarig akuttinnleggelse «over natten». Det er ikke kapasitet til å iverksette noe grundigere utredning i denne runden.

Vurdering:

Selv om Charlotte åpenbart er syk og trenger hjelp, kan det reises spørsmål ved om en kortvarig akuttinnleggelse, som hun har hatt så mange av før, med påfølgende utskrivning, vil være til særlig til hjelp i hennes situasjon. Selv om hun er forvirret, er hun neppe i akutt fare, og tidligere innleggelser har ikke hjulpet henne. Mye tyder på at hun ikke har et «sterkt behov» for den hjelpen som tilbys.

Fastlegen får notatet fra legevaktlegen. Han har ikke sett Charlotte på flere år, og kjenner henne egentlig ikke. Men han kontakter kommunen, og i felleskap klarer de å spore opp Charlotte og ha en samtale. Fastlegen vurderer i løpet av denne samtalen Charlotte til å ha åpenbart behov for utredning, omsorg og behandling innen psykisk helsevern. Han kontakter akuttavdelingen og får en avtale om at de skal samarbeide om å påbegynne en mer systematisk utredning og behandling av Charlotte, og at hun ikke skal utskrives uten at han er orientert om dette. Etter avtale med fastlegen kan psykisk helsevern tilby Charlotte opphold på akuttavdelingen en hel uke med tettere oppfølging enn ved de tidligere oppholdene. Det er også mulighet for overføring til en annen avdeling for ytterligere utredning og behandling om det vurderes å være grunnlag for dette, samtidig som kommunale instanser da eventuelt skal trekkes inn.

Vurdering:

Charlotte befinner seg i en svært vanskelig livssituasjon. Det tilbys nå tjenester som kan gi grunnlag for et individuelt tilpasset tjenestetilbud som det er reelle muligheter for at hun kan få stor nytte av. Det synes klart at Charlotte har «sterkt behov» for den hjelpen som nå tilbys.

[Boks slutt]

Boks 24.3 Rusproblemer – over grensen («sterkt behov»)

Jostein har hatt en oppvekst preget av omsorgssvikt og vold. Han har brukt illegale rusmidler siden konfirmasjonen. De siste årene har det gått mest i opioider, cannabis og tabletter han får kjøpt på gata. Nå er han trettifem år, nedkjørt og plaget av hepatitt og infiserte sår på begge armer. Jostein greier ikke å møte til behandling for de infiserte sårene eller hepatitten. Han samarbeider ikke med det kommunale rusteamet, som han oppfatter som rigid og forutinntatt. Spesialisthelsetjenesten har han dårlig erfaring med. Han vil gjerne ha behandling, men da får det være på hans egne premisser. Disse premissene er blant annet store doser beroligende medisin. Jostein er nylig kastet ut av leiligheten sin fordi han ikke greide å opprettholde et minimum av orden og renslighet.

Vurdering:

På grunn av rusproblemene har Jostein sterkt redusert funksjonsnivå. Med god behandling vil det være mulig å bedre den somatiske helsa, sikre bolig og oppfølging og mest sannsynlig begrense eller kontrollere rusbruken til en viss grad. Uten behandling vil funksjonsfallet mest sannsynlig forverres på grunn av rusbruken, og det vil være nesten umulig å nå ham med sosiale tiltak. Han kan derfor sies å ha «sterkt behov» for helsehjelp i form av rusbehandling, men avhengig av hvordan denne legges opp for å møte hans individuelle behov.

[Boks slutt]

Boks 24.4 Rusproblemer – under grensen (ikke «sterkt behov»)

Kåre har en langvarig historie med bruk av alkohol og narkotika. De siste årene har bruk av amfetamin vært hovedproblemet. Han blir psykotisk etter noen dagers hard rusing på amfetamin, og det ender nokså ofte med tvangsinnleggelse i psykisk helsevern, som diagnostiserer rusutløst psykose. Kåre kommer seg vanligvis raskt når han slutter med amfetamin og får litt ro og hvile. Under ruspåvirkning kan han virke skremmende på andre, brå og høylytt som han er. Naboene ringer politiet når de blir for bekymret, men han har aldri gjort seg skyldig i andre lovbrudd enn de som er forbundet med anskaffelse og bruk av rusmidler. Kåre ønsker seg ofte behandling, men har det med å avslutte etter kort tid fordi han ikke trives med pasientrollen. Kort tid etter utskrivelser faller han tilbake til amfetaminbruk. Nå er han tynn og herjet og innser at han har et alvorlig problem. Han er likevel ikke motivert for et nytt behandlingsforsøk eller for å slutte med stoff.

Vurdering:

Tross pågående rusproblemer opprettholder han et rimelig funksjonsnivå, og han har ikke særlig alvorlige komplikasjoner til rusbruken. Det er et åpent spørsmål hvor stor nytte Kåre vil ha av nye behandlingsforsøk så lenge han selv ikke er motivert for å slutte med amfetamin. Selv om behandling er anbefalt og kan være til nytte, anses han ikke å ha et «sterkt behov» for helsehjelpen.

[Boks slutt]

Boks 24.5 Demens – over grensen («sterkt behov»)

Klara er 82 år og har diabetes type 1 som hun har fått i godt voksen alder, og hun har en moderat demens. Hun bor alene i en enebolig som har vedfyring. Klara har latt hjemmesykepleien komme og gi henne insulin, men all annen hjelp avviser hun bestemt.

Siste måned har Klara blitt dårligere, hun spiser gjerne søtsaker, men vil ikke ha sprøytene. Hun er forvirret og kan bli sint på de som vil hjelpe henne. Hun har fått sår på leggene og er delvis inkontinent. En dag fyrer hun opp under ovnen i stedet for i ovnen, det blir stor røykutvikling i stua og Klara rømmer ut. Hun blir raskt tatt hånd om av en nabo som avklarer situasjonen. Det blir ikke brannskade på huset. Klara får hasteplass på sykehjemmet, der får hun regelmessige måltider, diabetesen blir fulgt opp med riktig medisiner, og leggsårene blir stelt. Oppholdet på sykehjemmet gjør at hun blir mindre forvirret og fungerer bedre. Etter et par uker vil hun hjem til huset sitt. Det er tydelig at hun mistrives på sykehjemmet, hun isolerer seg på rommet og er lite sosial. I samtale med legen insisterer hun på å bli utskrevet.

Det blir laget et opplegg for å følge henne opp hjemme der hjemmesykepleien skal innom fire ganger i døgnet. Opplegget fungerer dårlig. Det er vanskelig for kommunen å få til kontinuitet med personer som kjenner Klara. Hun blir mer og mer forvirret, spiser uregelmessig og nekter av og til å få insulin. Situasjonen forverrer seg raskt. Etter en episode hvor Klara har gått ut og ikke funnet veien tilbake til huset sitt, blir det gjort en vurdering av hennes situasjon.

Vurdering:

Moderat demens gjør at hun ikke husker eller klarer å forholde seg til avtaler eller å ta imot hjelp, noe som gjør det vanskelig å følge henne opp hjemme. I tillegg til oppfølging av diabetes, er leggsårene plagsomme for henne, og det at hun i perioder er inkontinent for urin gjør faren for forverring av leggsårene stor. Samlet sett gjør disse forholdene at det blir vurdert at Klara har sterkt behov for tett oppfølging i sykehjem.

[Boks slutt]

Boks 24.6 Psykisk helsevern, barn – under grensen (ikke «sterkt behov»)

En tenåringsgutt har det siste året trukket seg fra mange situasjoner han tidligere virket å like. Han har falt ut av skolen, snudd døgnet og bruker mange timer daglig på dataspill. Han blir oppskaket og sint av motgang i spillet, og foreldrene hører han rope og banne på rommet sitt. Foreldrene sliter med å få han til å dusje og pusse tenner. De tør ikke lenger stille krav til han, for han har ofte reagert med å skrike til mor og kaste ting etter henne. Han har fått tilbud om samtaler på BUP poliklinikk og også ambulant oppfølging, men han har bryskt avvist tilbudene, da han ikke synes han har noen problemer. Den siste uken har han bare vært utendørs en gang, for å hente en postpakke med datautstyr, sammen med faren. På turen ut fremsto han stresset og amper.

Vurdering:

Her er det all grunn til bekymring for tenåringen, men det er ikke så tydelige tegn på psykiske vansker og situasjonen er ikke så tilspisset at det er rimelig å snakke om «sterkt behov» for hjelp. Han bør få videre oppmuntring til å snakke med hjelpere om situasjonen sin, foreldrene må tilbys veiledning i foreldrerollen, og det kan være aktuelt med bekymring til barneverntjenesten dersom han er i grunnskolealder.

[Boks slutt]

Boks 24.7 Psykisk helsevern, barn – over grensen («sterkt behov»)

En tenåringsgutt har det siste året trukket seg fra mange situasjoner han tidligere virket å like. Han har falt ut av skolen, snudd døgnet og bruker mange timer daglig på nettbasert dataspill. Han blir oppskaket og sint av motgang i spillet, og foreldrene hører han rope og banne på rommet sitt. Foreldrene sliter med å få han til å dusje og pusse tenner. De tør ikke lenger stille krav til han, for han har ofte reagert med å skrike til mor og kaste ting etter henne. Han har fått tilbud om samtaler på BUP poliklinikk og også ambulant oppfølging, men han har bryskt avvist tilbudene, da han ikke synes han har noen problemer. Den siste uken har han bare vært utendørs en gang, for å hente en postpakke med datautstyr sammen med faren. På postkontoret manglet han hentelapp, klarte ikke å gjøre rede for seg og endte med å true postbetjenten med politianmeldelse. Guttens venner sier det er vanskelig å samarbeide med han i spillet. Til foreldrene har han beklaget seg over at spillereglene blir forandret, og at de andre ikke forstår hva det handler om lenger, men at han er i ferd med å forstå noe viktig om spillet som han ikke kan snakke om.

Vurdering:

Det er klare holdepunkter for desorganisering og forvirring, og utsagn som gir grunn til bekymring for psykose. Det er ikke grunn til å forvente at foreldreveiledning vil være tilstrekkelig hjelp. Situasjonen framstår som så vanskelig at det er rimelig å snakke om at gutten har «sterkt behov» for hjelp, men avhengig av hvordan denne legges opp for å møte hans individuelle behov. Del av denne vurderingen er faren for alvorlig forverring av guttens psykiske tilstand om det ikke skjer en snarlig endring. Går det for lang tid før behandling kommer i gang, svekker det prognosen til nysyke med alvorlige psykiske vansker.

[Boks slutt]

24.8.3 Inngrepsterskel – krav om «vesentlig helseskade»

24.8.3.1 Gjeldende rett

Hvordan inngrepsterskelen for vedtak om tvangsinnleggelse og tvungent tilbakehold er formulert i gjeldende lovgivning, varierer. Pasient- og brukerrettighetsloven § 4A-3 andre ledd bokstav a bruker «vesentlig helseskade». Etter helse- og omsorgstjenesteloven § 10-2 første ledd er uttrykksmåten å utsette sin egen «fysiske eller psykiske helse for fare» brukt. I psykisk helsevernloven § 3-3 nr. 3 er det oppstilt to hovedalternativer, behandlingsvilkåret i bokstav a og farevilkåret i bokstav b, begge med to underalternativer: bedring og forverring i bokstav a, fare for seg selv og fare for andre i bokstav b. Til sammen er det altså tale om fire alternativer. Bokstav b baserer seg på en skadevilkårsmodell når «nærliggende og alvorlig fare for eget eller andres liv eller helse» er brukt, mens bokstav a er formulert slik:

«får sin utsikt til helbredelse eller vesentlig bedring i betydelig grad redusert, eller det er stor sannsynlighet for at vedkommende i meget nær framtid får sin tilstand vesentlig forverret».

24.8.3.2 Utvalgets vurderinger

Prinsipielle forhold er drøftet i punkt 14.4.1. I utgangspunktet vurderes «vesentlig helseskade» som en uttrykksmåte som naturlig kan danne grunnlag for et felles regelverk. Dette er formuleringen som i dag er brukt i pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A, og presiseringen i forarbeidene er at helseskaden «må ha eit betydeleg omfang og/eller alvorlege konsekvensar».¹²³⁵

På rusfeltet vil «vesentlig helseskade» representere en terskelheving sammenlignet med dagens formulering i helse- og omsorgstjenesteloven § 10-2 første ledd. Selv om vesentlighetskravet er nytt, oppfatter utvalget dette som lite kontroversielt ved at en justering i denne retning nettopp har vært etterlyst fra flere hold over tid.

Det sentrale spørsmål er om «vesentlig helseskade» også i psykisk helsevern bør være et absolutt vilkår for tvangsinnleggelse og tvungent tilbakehold. Paulsrud-utvalget (NOU 2011: 9) valgte å foreslå et forsiktig skritt i retning av en samordning med helselovgivningen forøvrig ved at man etablerte et nytt «vesentlig helseskade»-alternativ. I forslag til ny § 4-2 nr. 5 – som hittil ikke er fulgt opp – het det:

- «5. Etablering av tvungent psykisk helsevern er nødvendig og kan med overveiende sannsynlighet enten
- a) hindre vesentlig helseskade,
 - b) sikre vesentlig bedring av den psykiske helsetilstanden, eller
 - c) hindre at pasienten i meget nær framtid får sin tilstand vesentlig forverret.»

Alternativet «vesentlig helseskade» i bokstav a var ment å dekke inn egenskadealternativet i psykisk helsevernloven § 3-3 nr. 3 bokstav b. I tillegg mente man at behandlingskriteriet – både den positive og negative siden – stort sett ville bli fanget inn:

«Ved utformingen av forslaget til lovtekst, har utvalget ønsket å ta et skritt i retning av en harmonisering med pasientrettighetsloven kapittel 4A. Etter bokstav a) har utvalget derfor som ett av tre alternative vilkår brukt formuleringen «hindre vesentlig helseskade». Uttrykksmåten dekker for det første de situasjoner som etter gjeldende rett faller innunder vilkåret om fare for seg selv i bokstav b: «utgjør en nærliggende og alvorlig fare for eget [...]»

¹²³⁵Ot.prp. nr. 64 (2005–2006) s. 37

liv eller helse». Det foreslåtte skadekriteriet er formulert bredere, og vil fange opp mange tilfeller som i dag faller innenfor behandlingsvilkåret i bokstav a: «får sin utsikt til helbredelse eller vesentlig bedring i betydelig grad redusert». I mange tilfeller vil det nettopp være ønsket om å hindre at pasientens psykiske tilstand skal forverres eller kronifiseres, som er den sentrale begrunnelsen for etablering av tvungen vern.»¹²³⁶

Særlig av hensyn til presisjonsnivået i regelverket, fant utvalget likevel å måtte videreføre bedringsalternativet:

«Utvalget har ikke funnet å kunne basere seg på et skadekriterium alene, selv om behovet antas å være redusert sammenlignet med gjeldende lov gjennom formuleringen av et utvidet skadekriterium. Utvalget har i denne sammenheng vektlagt situasjonen for de pasientene med langvarige og omfattende symptomer og der det er lite dekkende å snakke om fare for ytterligere forverring som begrunnelse for inngrep, men for alle praktiske formål er tale om å intervenere for å bygge personens psykiske helse opp igjen. Utvalget har ikke funnet det etisk akseptabelt å generelt avskjære inngrep overfor denne gruppen.

Det vektlegges i denne sammenheng at somatikk og psykisk helsevern frembyr forskjeller som utvalget har funnet relevante med tanke på spørsmål om lovfesting av et behandlingskriterium som åpner for såkalt offensiv intervensjon i bokstav b). Dette gjelder særlig fordi alvorlige psykiske lidelser i motsetning til alvorlige fysiske lidelser, i stor grad debutterer i ung voksenalder og fordi de ubehandlet kan få store konsekvenser for et langt livsløp. Utvalget vil også bemerke at det ved psykisk sykdom i større grad enn ved somatisk sykdom, kan oppleves at tilstanden stabiliseres uten intervensjon slik at et skadekriterium også av den grunn kan være problematisk sett hen til kravet om klar lovhjemmel for slike former for integritetskrenkende inngrep.»¹²³⁷

Tvangslovutvalget har vurdert disse innvendingene mot alene å bygge på et skadekriterium. Utvalget ser noe mer optimistisk på at også tap av mulighet for positiv bedring kan omtales som (vesentlig) «helseskade». Det vil ikke minst ha betydning for barn. Utvalget ser ikke legalitetsprinsippet som et problem her når klare føringer gis i forarbeidene, selv om tilfeller av positiv bedring ikke vil ligge i skadebegrepets kjerne, se punkt 14.4.1.1. Det vises også til Helse- og omsorgsdepartementets vurderinger i Ot.prp. nr. 65 (2005–2006), der forholdet til Oviedo-konvensjonens alvorlig helseskade-krav ble vurdert:

«Etter departementets vurdering er det norske kriteriet i samsvar med de krav som stilles i konvensjonen på dette punkt. Enten vedkommende mister muligheten til helbredelse eller vesentlig bedring eller opplever at tilstanden blir vesentlig forverret, vil det kunne anses som en alvorlig skade på hans eller hennes helse.»¹²³⁸

Utvalget er enig i at tap av mulighet for vesentlig bedring kan utgjøre «serious harm». Spørsmålet er om ikke det skadefokuset som ligger nedfelt i konvensjonen – og som Norge er folkerettslig bundet av – tydeligere bør kommuniseres i lovteksten. Svaret vil avhenge av de svakheter som hefter ved dagens modell.

¹²³⁶NOU 2011: 9, s. 242

¹²³⁷NOU 2011: 9, s. 242–243

¹²³⁸Ot.prp. nr. 65 (2005–2006) s. 25

Som vist i punkt 14.4.1.2, må vi i dag forstå psykisk helsevernloven § 3-3 nr. 3 bokstav a slik at behandlingsapparatet står nokså fritt til å fokusere på symptomspørsmålet isolert. Det kreves en negativ påvirkning av helsesituasjonen, men ikke av en slik karakter at det skal kunne omtales som en (risiko for) skade. Rettskildebildet er imidlertid i bevegelse. I Helsedirektoratets rundskriv IS-1/2017 heter det:

«Kravet om at pasienten må få sin tilstand ‘vesentlig forverret’ innebærer at pasienten uten tvungent psykisk helsevern må bli merkbart verre, og at dette derfor vil få store konsekvenser for vedkommende.»¹²³⁹

Det kan spørres om ikke passasjen «og at dette derfor vil få store konsekvenser for vedkommende», langt på vei etablerer forverringsalternativet som et skadevilkår: det er ikke symptomforverringen i seg selv som er avgjørende, men de negative konsekvensene. I noen miljøer erfarer utvalget at en slik tilnærming allerede er implementert i klinisk praksis ut fra faglig-etiske vurderinger. I andre deler av psykisk helsevern henger et mer ensidig fokus på symptomer igjen. Med dette i bunn kan det spørres hva som så langt har opprettholdt engasjementet til fordel for et eget behandlingsalternativ.

Det er vel rimelig å tro at en usikkerhet om hva som omfattes av psykisk helseskade for personen selv, kan spille inn her. Som uttrykt i punkt 14.4.1.2, vil utvalget vektlegge funksjonstapet. Eksempel på «vesentlig» psykisk skade vil være der uttalt symptombelastning for eksempel i form av vrangforestillinger, langt på vei fratar personen muligheten til å utrette dagligdagse gjøremål, som å følge opp skole/arbeid m.m.. Også tap av mulighet til bedring kan i prinsippet omfattes – den usikkerhet som tidligere har vært reist, ryddes nå til side –, selv om terskelen heves ut fra at intervensjon med en slik begrunnelse ligger i skadebegrepets randsoner. Dette vil imidlertid sjelden bli satt på spissen ut fra de vansker det skaper å trekke et skarpt skille mellom offensiv og defensiv intervensjon i praksis, både fordi det er tale om glidende overganger og usikkerhet i vurderingen av den faktiske situasjon. Ikke minst vil dette gjelde på psykisk helsefeltet.

Problemstillingen kan likevel ha en aktualitet, som pekt på av Paulsrud-utvalget, særlig overfor personer med «langvarige og omfattende symptomer og der det er lite dekkende å snakke om fare for ytterligere forverring», jf. det siterte. Men i slike tilfeller er det vel ikke urimelig at terskelen heves for sikkerhet av behandlingseffekt. Dette er personer som i stor grad vil ha vært utsatt for langvarig tvang allerede.

Overgang til et skadekriterium vil skjerpe kravene til begrunnelse for å etablere og opprettholde tvang. En innstramning i lovteksten vil presse fram at vekten må legges på de negative konsekvensene av psykiske symptomer, ikke symptomene i seg selv. Utvalget finner dette rimelig. Prioriteringene til personer med psykiske helseproblemer og prioriteringene til behandlere er ikke nødvendigvis sammenfallende. Behandlere kan ha sitt hovedfokus på symptomlindring, uten at det nødvendigvis er ensbetydende med økt livskvalitet slik den som får behandlingen ser det. Behandling som gir reduksjon i symptomer og samtidig forringer den opplevde livskvaliteten, men ikke er nødvendig for å hindre helseskade, mener utvalget må unngås. En overgang fra begreper som «helbredelse» og «bedring» til «vesentlig helseskade» er et uttrykk for at utvalget ønsker å ta personer med psykiske helseproblemers opplevelse av livskvalitet på alvor.

Et slikt sterkere fokus på individuelle vurderinger av pasientens situasjon, vil være godt i samsvar med den måten vår helselovgivning ellers er bygget opp på. I dag kan det oppfattes

¹²³⁹Helsedirektoratet, IS-1/2017, s. 32

som en noe underlig konstruksjon at problemstillingen ved inngrep etter tilbakefallskriteriet kan bli redusert til et spørsmål om omfang av symptomer og tidspunkt for et eventuelt tilbakefall, og ikke også konsekvensene: for eksempel om det må antas at pasienten vil pådra seg et *varig* funksjonsfall. Det gjelder selv om sistnevnte selvsagt vil være et moment i den bredere «klart beste løsning»-vurderingen, jf. psykisk helsevernloven § 3-3 nr. 7.

Det har tidvis blitt argumentert med at behandlingsvilkåret bør opprettholdes så å si som et preventivt tiltak for å hindre drap og vold.¹²⁴⁰ En sammenheng mellom psykiske helseproblemer og slike handlinger er imidlertid langt på vei avvist av Olsen-utvalget (NOU 2010: 3), der det i kapittel 6 blant annet heter:

«Når man tar hensyn til kjente risikofaktorer utover psykisk helse, er personer med psykisk lidelse ikke lenger like overrepresentert, eller ikke overrepresentert i det hele tatt, blant gjerningspersoner. Når vi skal vurdere sammenhengen mellom psykisk lidelse og drap, må vi derfor også ta hensyn til faktorer utover psykiske helse.»¹²⁴¹

Å opprettholde behandlingskriteriet som grunnlag for tvang overfor enkeltindivider ut fra mer eller mindre løse betraktninger om en mulig forebyggende effekt, vurderer utvalget som åpenbart uakseptabelt. En slik nedtoning av enkeltindividets rettssikkerhet på et så svakt grunnlag, vil neppe være i tråd med Norges menneskerettslige forpliktelser. Saken stiller seg selvsagt annerledes der det er konkrete holdepunkter for at personen utgjør en nærliggende og alvorlig fare for andres liv eller helse på grunn av alvorlig sinnslidelse.

Alt i alt har utvalget vurdert at det i dag er gode grunner for å avskaffe behandlingskriteriet i psykisk helsevernloven som alternativt vilkår for tvangsinnleggelse og tvungent tilbakehold (tvungent vern og tvungen observasjon i gjeldende lovs terminologi). Ut fra de klargjøringer utvalget har gjort av vurderingstemaene, jf. også de overordnede synspunkt i punkt 14.4.1.2, framstår det som verdimeslig uakseptabelt å ikke skulle basere seg på et vesentlig helseskadevilkår som et absolutt krav. Handlingsrommet for bruk av tvang vil bli stort nok innenfor en slik ramme. Å opprettholde en hjemmel for tvang som tilsynelatende bygger på at det sentrale terskelvilkåret ikke stiller krav til en konkret vurdering av de negative konsekvenser av symptombildet, men bare tilstedeværelse av symptomer i seg selv, er ikke akseptabelt i 2019. I konkrete saker vil gjeldende rettstilstand også kunne være problematisk etter Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK). Terskelspørsmålet i ulike særbestemmelser i lovutkastet kommenteres nedenfor der dette naturlig hører hjemme.

24.8.4 Beviskrav og prognosevurderinger

24.8.4.1 Gjeldende rett

I dagens tvangslovgivning er det i begrenset grad gitt uttrykkelige bestemmelser om hvilket faktagrunnlag en avgjørelse skal bygge på. Med utgangspunkt i alminnelig forvaltningsrett ligger svaret i hva som utgjør et forsvarlig avgjørelsesgrunnlag, jf. forvaltningsloven § 17 første ledd: saken må være «så godt opplyst som mulig». Vurderingen vil variere med en rekke forhold, slik som sakens viktighet, hvor inngripende tiltaket er, den tid som står til rå-

¹²⁴⁰Helsedirektoratet, IS-1370, punkt 8.14

¹²⁴¹NOU 2010: 3 s. 42

dighet og konsekvenser av vedtak i den ene eller andre retning. Det er vanlig å ta utgangspunkt i at det mest sannsynlige faktum skal legges til grunn, men Høyesterett har markert at det ikke alltid kan gjelde.¹²⁴²

Verken i helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 eller pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A finner vi særlige bestemmelser om tematikken. Bildet er noe mer nyansert på rus- og psykisk helsefeltet. For frihetsberøvelse av gravide etter helse- og omsorgstjenesteloven § 10-3 første ledd er det stilt krav om «overveiende» sannsynlighet for skade på barnet. Etter § 10-2 har ikke lovgiver vært like klar. Etter psykisk helsevernloven § 3-2 nr. 4 må det være «overveiende sannsynlig» at vilkårene etter § 3-3 nr. 3 er oppfylt for at vedtak om tvungen observasjon kan treffes. Forverringskriteriet i psykisk helsevernloven § 3-3 nr. 3 bokstav a krever «stor sannsynlighet» for vesentlig tilbakefall. Tilsvarende uttryksmåte er brukt § 4-4 fjerde ledd om virkning av behandling. I bestemmelsen om varslingsplikt i § 3-6 første ledd er spørsmålet om det «må antas» at lovens vilkår er oppfylt. «Begrunnet mistanke» er brukt i § 4-6 første ledd og «mistanke» i § 4-7.

24.8.4.2 Utvalgets vurderinger

24.8.4.2.1 Utgangspunkt

I sivile saker blir krav til bevis vanligvis formulert som et spørsmål om sannsynlighetsovervekt, «dvs. at beviskravet er sannsynlighetsovervekt med mindre det er hjemmel for unntak».¹²⁴³ Begrepsbruken er ikke nødvendigvis konsistent i lovverket, og ofte er dette spørsmål som i liten eller ingen grad blir omtalt i lovforarbeider. I litteraturen understrekes at hvor listen skal legges er et verdispørsmål som må fastlegges ut fra de særlige hensyn som gjør seg gjeldende på det aktuelle rettsområdet.¹²⁴⁴

Utvalget vurderer at det kan framstå som noe tilfeldig i hvilken grad det er gitt særlige bestemmelser om krav til faktagrunnlaget – som kan stå som en fellesbetegnelse for beviskrav og prognosevurderinger, se nedenfor. Spørsmålet kan stille seg forskjellig alt ettersom problemstillingen gjelder midlertidige eller ordinære vedtak.

Formålet med et midlertidig vedtak etter lovutkastet er å avklare om lovens vilkår for et ordinært vedtak er oppfylt, jf. punkt 28.4.1.2.5. Utvalget har her vurdert at det skal gjelde et krav om alminnelig sannsynlighetsovervekt som vurderes separat for hvert enkelt vilkår. Dette i lys av tvangsfullmaktens begrensede omfang (7 dager, jf. lovutkastet § 9-14). Selv om det er tale om frihetsberøvelse, vil situasjonene der det fattes midlertidige vedtak normalt være krisepregede slik at hjelpebehovet er særlig uttalt. Av særlig viktighet for de mer akuttpregede situasjonene er at anvendelsen av sannsynlighetskravet nødvendigvis vil påvirkes av den tid som står til rådighet før en avgjørelse må tas.

Et spørsmål gjelder beviskravet ved midlertidige vedtak for å avklare om personen er beslutningskompetent etter pasient- og brukerrettighetsloven § 4-3 andre ledd, jf. blant annet psykisk helsevernloven 3-3 nr.4. Bakgrunnen er det særlig strenge beviskravet i favør av at kompetansen er intakt: Det må være «åpenbart» at noe annet er tilfelle. På psykisk helsevernfeltet

¹²⁴²Se Rt. 2011 s. 1481, avsnitt 45

¹²⁴³Strandberg, 2012, s. 461

¹²⁴⁴Strandberg, 2012, s. 514

har Helsedirektoratet tatt det standpunkt at dette også gjelder for vedtak om tvungen observasjon.¹²⁴⁵

Som det framgår i punkt 21.3, kan vurdering av beslutningskompetanse være krevende, og det vil tidvis være nødvendig å vurdere spørsmålet over noe tid. Ut fra en slik forståelse er det også rimelig at et senket beviskrav – det alminnelige sannsynlighetskravet – også gjelder i denne relasjon ved midlertidige vedtak. For å avklare tolkningstvil er dette direkte uttrykt i lovutkastet. For øvrig er bevismessige spørsmål knyttet til beslutningskompetanse omtalt i punkt 21.3.5.5.4.

Hva ordinære vedtak gjelder, har utvalget valgt å bruke uttrykksmåten «klar sannsynlighetsovervekt». Dette i lys av tvangsfullmaktens større omfang enn ved midlertidige vedtak. En tradisjonell oppfatning om at vanlig sannsynlighetsovervekt normalt vil gi flest riktige avgjørelser over tid, kan ikke nødvendigvis gis gjennomslag på dette feltet hvor den enkeltes selvbestemmelse over kroppen er i spill.

Ved klar sannsynlighetsovervekt må det samlede bevisbildet tydelig peke i retning av at det enkelte lovvilkår er oppfylt. Her vil sjelden tidsfaktoren kunne legge premisser for vurderingen like sterkt som for midlertidige vedtak. Beviskravet er lavere enn i strafferetten, noe som også er naturlig ut fra de ulike formål som ivaretas. Inngrep i regi av helse- og omsorgstjenesten er motivert ut fra et ønske om å hjelpe personen ved å hindre eller begrense vesentlig helseskade. Selv om det er kontroversielt hvor langt man her skal kunne gå, gir dette likevel inngrepene en helt annen karakter enn der formålet er å påføre et onde (straff).

Det som her er sagt om beviskrav, gjelder ikke for prognosevurderingene. Disse vilkårene står på egne bein og skal ikke blandes med beviskravene.

24.8.4.2.2 Prognosevurderingene – utgangspunkt

Beviskravsbegrepet passer best når spørsmålet gjelder å konstatere hva som har skjedd i fortid, eller hva som er den faktiske situasjonen her og nå. Et særtrekk ved regler om tvang i helse- og omsorgstjenesten er imidlertid at det er spørsmål om å lage prognoser for hvordan et hendelsesforløp vil bli i framtiden: typisk om det vil inntre «vesentlig helseskade». Tvangslovgivningen har i sin natur et fokus mot å hindre eller begrense skade framover i tid. I lovgivningen uttrykkes vurderingstemaene litt ulikt, ofte ved henvisninger til risiko: som «fare» i helse- og omsorgstjenesteloven § 10-2 første ledd, eller «hindre eller begrense» i helse- og omsorgstjenesteloven § 9-5 andre ledd og «kan føre til» i pasient- og brukerrettighetsloven § 4A-3 andre ledd bokstav a.

I nyere juridisk litteratur er det nettopp for slike tilfeller framhevet at et ensidig fokus på sannsynlighetsgrad – beviskrav i tradisjonell forstand – kan blir for snevert. Vurderingen bør være bredere der også momenter som hvilken type skade det er risiko for, hvem som rammes og hvor nært i tid skadeutslaget ligger, hører hjemme.¹²⁴⁶

Utvalget er enig i at slike synsmåter bør legges til grunn for en framtidig felles lov. Konsekvensen er at det må tolereres lavere risikograd hvor livet er i fare – for personen selv eller andre –, sammenlignet med der vi står overfor en risiko for skade i nedre grenseområde mot hva som kan anses vesentlig. Tilsvarende vil kravet lettere være oppfylt jo kortere tid det er

¹²⁴⁵Brev fra Helsedirektoratet 23.08.2017 med tittel: Presiseringer til rundskriv IS-1/2017 Psykisk helsevernloven og psykisk helsevernforordningen med kommentarer

¹²⁴⁶Søvig, 2007, s. 267 f., særlig s. 285–286

før en skade vil oppstå. Barns særlig behov for beskyttelse mot framtidig skade kan også være et moment.

På denne bakgrunnen har utvalget vurdert om «uakseptabel risiko» kan være en måte å formulere et framtidig, mulig prognosevilkår på. Utvalget ser at dette grepet er utradisjonelt og kan bli møtt med innvendinger om at det ikke er tilstrekkelig presist og klart. Dette henger likevel sammen med spørsmålets egenart der det er nødvendig å gjøre bredere vurderinger. Om risikoen er «uakseptabel» er ikke en subjektiv vurdering, men må baseres på objektive kriterier, særlig hvilken type skade det er risiko for, hvem som rammes og hvor nært i tid skadeutslaget ligger.

Faren er likevel at særlig fagmiljøene på psykisk helsefeltet kan oppfatte dette som en liberalisering. Her står ikke bare tradisjonen med bruk av tvang sterkest, men nevnte formulering vil også framstå som vagere enn det som gjelder i dag, jf. psykisk helsevernloven § 3-3 nr. 3 bokstav a og b. Unntak gjelder behandlingsalternativets positive side, jf. første alternativ i bokstav a, men dette alternativet har altså utvalget gått inn for å fjerne gjennom introduksjon av «vesentlig helseskade» som et allment vilkår.

I psykisk helsevernloven § 3-3 nr. 3 bokstav b er «nærliggende og alvorlig fare» for eget eller andres liv eller helse brukt som vurderingstema. Utvalget vurderer at denne uttrykksmåten synes å fange inn de sentrale elementene uttrykt ovenfor tentativt i en «uakseptabel risiko»-formulering. Av hensyn til klarhet har utvalget valgt å bruke denne formuleringen som prognosevilkår. Utvalget har vurdert om «risiko» burde bli satt i stedet for «fare» da førstnevnte oppfattes som mer moderne rent språklig. Hensynet til gjenkjennelse ved videreføring av et tradisjonelt rettslig kriterium har likevel vært avgjørende.

Men det som er videreføring av gjeldende rett innen psykisk helsevern vil representere en nyskaping på de andre feltene. Dette er likevel ikke først og fremst uttrykk for et brudd med gjeldende rett, men kan like gjerne oppfattes som en nødvendig presisering. I dag står problematikken langt på vei uregulert med liten veiledning fra praksis. Innholdet av vilkåret skal konkretiseres nedenfor.

24.8.4.2.3 «Nærliggende og alvorlig risiko»

Høyesterett har avvist at det i «nærliggende» ligger et bestemt tidsperspektiv. Spørsmålet er om faren er «reell og kvalifisert på avgjørelsestidspunktet». Tidsmomentet vil likevel trekkes inn i vurderingen av den «konkrete påregnelighet. Desto lengre frem i tid, desto mindre blir sikkerheten for at fare vil oppstå».¹²⁴⁷

Hva gjelder tvangsinnleggelse og tvungent tilbakehold i psykisk helsevern i fare for andre-tilfellene, er det utvalgets intensjon uavkortet å videreføre «nærliggende og alvorlig»-vilkåret slik det blir tolket i dag etter psykisk helsevernloven § 3-3 nr. 3 bokstav b. I fortsettelsen er det derfor situasjonene der personen utgjør en fare for seg selv som er i fokus.

I forarbeidene til de nye bestemmelsene om beslutningskompetanse («samtykkekompetanse») har imidlertid den samme formuleringen i psykisk helsevernloven § 3-3 nr. 4 fått et annet innhold ved at den er sterkere knyttet til tradisjonelle nødssituasjoner:

«Hvis det er stor risiko for selvmord, vil det imidlertid etter departementets vurdering være etisk uholdbart å respektere pasientens beslutning om å nekte å ta imot helseshjelp. Det

¹²⁴⁷Rt. 2001 s. 1481, s. 1487 – tilslutning til lagmannsrettens lovforståelse

samme gjelder tilfeller der pasienten utgjør en nærliggende og alvorlig fare for andres liv eller helse.

Departementet viser også til helsepersonelloven § 7, som pålegger helsepersonell en plikt til å gi helsehjelp «når det må antas at hjelpen er påtrengende nødvendig». Intensjonen med denne bestemmelsen støtter at det bør gjelde visse unntak når det gjelder å respektere pasientens beslutning om å nekte å ta imot helsehjelp. Bestemmelsen skal imidlertid ikke tolkes slik at den gir en videre hjemmel til å bruke tvang ved behandling av psykiske lidelser enn det som følger av psykisk helsevernloven.»¹²⁴⁸

Dette betyr at «nærliggende og alvorlig»-vilkåret i alle fall i relasjon til egenskade, har fått et annet innhold i bestemmelsene om beslutningskompetanse, sammenlignet med det historiske utgangspunktet i psykisk helsevernloven § 3-3 nr. 3 bokstav b. Dette gjør det særlig nødvendig for utvalget å klargjøre innholdet i «nærliggende og alvorlig fare», slik brukt i lovutkastet.

Utgangspunkt for utvalget er å videreføre gjeldende rett etter psykisk helsevernloven § 3-3 nr. 3 bokstav b med de tilføyelser og presiseringer som her framkommer. I «nærliggende» ligger således ikke et bestemt tidsperspektiv, men spørsmålet er om risikoen er reell og kvalifisert. «[A]lvorlig» (fare) viser primært til sannsynlighetsgrad (eller prognosegrad). I Ot.prp. nr. 11 (1998–99) beskrives overgangen fra «vesentlig fare» som et tiltak for ytterligere å markere «grad av fare».¹²⁴⁹ Dette er også i samsvar med en naturlig forståelse av ordlyden. Utvalget forutsetter at det vil være en viss gjensidig påvirkning mellom kriteriene, slik vi også kan forstå Rt. 2001 s. 1481 når det i tolkingsuttalelsen fra lagmannsretten, sitert med tilslutning, heter:

«Tidsmomentet vil likevel måtte trekkes inn ved rettens vurdering av den konkrete påregnelighet. Desto lengre frem i tid, desto mindre blir sikkerheten for at fare vil oppstå.»¹²⁵⁰

I lovutkastet er det langt på vei tatt høyde for den betydning type skade kan ha i prognosevurderingen gjennom vilkåret «vesentlig helseskade». En nærmere gradering innenfor denne ramme vil likevel også kunne påvirke prognosevurderingens to elementer uttrykt gjennom «nærliggende og alvorlig risiko».

I utvalgets opplegg vil «nærliggende og alvorlig risiko» tjene som prognosevilkår der spørsmålet gjelder fysisk eller psykisk helseskade både i og utenfor psykisk helsevern. (Psykisk helseskade som kan knyttes til opphør av legemiddelbehandling har fått sin egen bestemmelse i lovutkastet § 6-10 nr. 4, se punkt 25.6.2.2.9). Til dels er problemstillingene sammenfallende på tvers av skillet psykiatri–somatikk ved at det er samme type helseproblem man ønsker å hindre skal påføre personen vesentlig helseskade. Det gjelder der tvangsinnleggelse og tvungent tilbakehold blir begrunnet med at personen må settes i stand til å treffe informerte valg om sin somatiske behandling. Denne problematikken er ikke helt sjelden. I én lagmannsrettsdom fra 2018 ble tvungent vern opprettholdt for å sikre etterlevelse av hiv-behandling. Risikoen var utvikling av «en AIDS definerende livstruende infeksjons- eller kreftsykdom» i løpet av

¹²⁴⁸Prop. 147 L (2015–2016) s. 24

¹²⁴⁹Ot.prp. nr. 11 (1998–99) s. 81

¹²⁵⁰Rt. 2001 s. 1481, s. 1487

ett til to år.¹²⁵¹ I en annen sak var det risiko for at ubehandlet diabetes kunne gi «forverring av hans hjerte/karlidelse i tillegg til andre senkomplikasjoner», herunder faren for amputasjon av beina.¹²⁵²

Eksempelene viser at «nærliggende og alvorlig»-vilkåret ikke blir oppfattet å stille svært strenge krav til hvor langt fram i tid skaden vil inntre. Utvalget ønsker å videreføre dette og mener dette gir den nødvendige fleksibilitet til at det er uproblematisk å bruke denne modellen også på de andre feltene: i den somatiske helsetjenesten og på rusfeltet. Etter utvalgets vurdering representerer imidlertid en tidshorisont på ett til to år en yttergrense for hvor langt fram i tid skaden vil materialisere seg. Utvalget skal påpeke at utkastets øvrige vilkår i utgangspunktet vil kreve at man her avventer og prøver ut andre alternativer. På den andre siden må det være adgang til å gripe inn tidlig der man ut fra en medisinskfaglig vurdering er i ferd med å krysse et punkt der prognosene for å unngå vesentlig helseskade faller drastisk om behandling ikke blir iverksatt. Det gjelder selv om den konkrete, vesentlige helseskaden for personen fortsatt ligger et godt stykke fram i tid.

24.8.5 Rusbehandling: Særlig vilkår om samarbeids- og planleggingsavtale

24.8.5.1 Innledning

Tvangsinnleggelse er et alvorlig inngrep i et menneskes selvbestemmelsesrett. Når dette gjøres overfor personer med rusproblemer, handler det nesten alltid om personer med behov for tjenester fra både kommunen og spesialisthelsetjenesten. Mange har andre helseutfordringer og psykososiale problemer, som manglende bolig, dårlig nettverk og økonomiske vansker.

Kommunen skal sørge for helse- og omsorgstjenester til alle som oppholder seg i kommunen. Å sørge for et helhetlig og individuelt tilpasset hjelpetilbud til personer med rusproblemer er en integrert del av dette ansvaret, jf. helse- og omsorgstjenesteloven § 3-1, jf. § 3-3. Det regionale helseforetaket skal sørge for at personer med opphold i helseregionen tilbys tverrfaglig spesialisert rusbehandling, herunder institusjoner som tar imot personer på tvang.

Å sørge for et helhetlig og individuelt tilpasset hjelpetilbud krever samarbeid mellom personen det gjelder, kommunen og helseforetak.

Allerede når en planlegger innleggelse, må en da avklare målet med innleggelsen og starte planlegging av tilbud ved utskrivelse. Utvalget ser det som hensiktsmessig at evalueringsmøter og annen kommunikasjon mellom kommunene og spesialisthelsetjenesten følger oppsettet som skisseres for alle pasienter i pakkeforløp i tverrfaglig spesialisert behandling for rusmiddelavhengighet (TSB).

24.8.5.2 Samarbeids- og planleggingsavtale mellom kommune og helseforetak og bistandsteam

I Helse- og omsorgsdepartementets nasjonale veileder om lovpålagte samarbeids- og planleggingsavtaler mellom kommune og regionale helseforetak/helseforetak, anbefales det at avtalen også skal regulere bruk av reglene om tilbakehold uten samtykke overfor personer med

¹²⁵¹LB-2018-115151

¹²⁵²LH-2005-115071

rusproblemer.¹²⁵³ En generell avtale som inneholder en felles oppfatning av hvilke tiltak partene til enhver tid har ansvar for å utføre, vil forebygge unødvendige problemer i enkeltsaker.

Veileder om tvangstiltak overfor personer med rusproblemer etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 10 anbefaler at det i regionene opprettes såkalte bistandsteam.¹²⁵⁴ Dette teamet skal være et rådgivende samarbeidsorgan for begge tjenestenivåene ved vurdering, opprettholdelse, gjennomføring og utskrivelse i forbindelse med tvangssaker. Personen det gjelder bør så sant det er mulig møte i teamet, eller på annen måte gis anledning til å uttale seg. Flere regioner har god erfaring med bruk av bistandsteam.

Kommuner som har samarbeids- og planleggingsavtale som inkluderer tvangssaker og er tilknyttet et bistandsteam, har gode forutsetninger for å lage gode avtaler også for den enkelte.

24.8.5.3 Samarbeids- og planleggingsavtale for den enkelte som vilkår for frihetsberøvelse

Personer som innlegges på tvang på grunn av rusproblemer har i de aller fleste tilfellene hatt kontakt med kommunen over tid. Det kan være noe annerledes når det gjelder gravide. Utvalgets forslag forutsetter at alternativer til tvang er prøvd, herunder tillitsskapende tiltak. En innleggelse der personen gir forhåndssamtykke til tvangsinnleggelse og tvungent tilbakehold i helseinstitusjon, jf. lovutkastet § 5-3, er et av alternativene som skal vurderes. Vedtak om tvang er siste utvei. I denne prosessen vil en vanligvis ha rom for å sette opp en avtale der målet for tvangsinnleggelsen og hvordan samarbeidet skal være før, under og etter innleggelsen inngår.

Avtalen må inneholde opplysninger om hovedkontaktperson/forløpskoordinator både i kommunen og den aktuelle avdelingen i TSB. For perioden fram mot innleggelse er det viktig at det finnes en konkret plan for hvem som skal ha kontakt med personen det gjelder, eventuelt hvordan det skal letes etter personen, konkrete avtaler om møter, oppfølging i hjemmet og kontakt med pårørende.

For selve innleggelsen må det avtales tidspunkt, hvem som skal følge personen og eventuelt avtale om at andre, f.eks. politiet, skal involveres. Det er også viktig å få en plan for samarbeidsmøter og ansvarsfordeling i innleggesperioden inn i den første avtalen.

Avtalen må nødvendigvis nyanseres under oppholdet og i samarbeid med personen det gjelder.

Individuell plan og kriseplan er viktige verktøy i arbeidet. For mange er det å ha en bolig/et hjem å bli utskrevet til en veldig viktig del av planen.

Utvalget finner grunn til å understreke at samarbeids- og planleggingsavtalen er noe annet enn en individuell plan som skal utarbeides for pasienter med behov for langvarige og koordinerte tilbud. Utarbeidelse av en samarbeids- og planleggingsavtale er etter utvalgets forslag et vilkår for tvangsinnleggelse og tvungent tilbakehold. Personen har derfor i motsetning til det som gjelder for individuell plan, ikke adgang til å nekte utarbeiding av avtalen. Se nærmere omtale av individuell plan i punkt 5.5.8.5.1.

¹²⁵³Helse- og omsorgsdepartementet, 2011, punkt 5.2

¹²⁵⁴

Helsedirektoratet, 2016, IS-2355, punkt 2.2

24.8.5.3.1 Særlig om gravide

Når det gjelder gravide, kan en oftere komme opp i situasjoner der kvinnen ikke er kjent i kommunens hjelpeapparat fra tidligere. Også her gjelder at tillitsskapende tiltak og andre alternativer til tvang skal være prøvd. Ved graviditet er det imidlertid et annet tidsperspektiv. Vurderingen av om barnet tar skade i denne perioden må veie tungt. Det kan være situasjoner der en vurderer at frivillige tiltak er nytteløse. Det kan således være at en har veldig dårlig tid til å lage en avtale om samarbeid og planlegging.

Utvalget foreslår allikevel at det også for gravide skal være et vilkår at det er inngått en avtale mellom oppholdskommunen og spesialisthelsetjenesten om samarbeid og planlegging av den gravides tjenestetilbud før, under og etter innleggelsen. Dette blant annet for å sikre at en bestemt kommune påtar seg ansvar og så tidlig som mulig innleder samarbeid med avdeling der den gravide er innlagt. Avtalen bør minimum inneholde informasjon om hvilke personer som er hovedkontakter/forløpskoordinatorer, hvordan innleggelsen skal foregå og informasjon om et samarbeidsmøte innen kort tid etter innleggelsen.

Ved innleggelse av en gravid kvinne vil samarbeid og planlegging ikke bare omfatte kvinnen selv. Det handler også om barnet og ofte i tillegg om et vordende foreldrepar. I hvilken grad også far til barnet skal bli med i samarbeidet må den gravide bestemme. Barnevernet er en viktig samarbeidspartner. Kommunen har meldeplikt til barnevernet når en gravid kvinne innlegges, jf. helse- og omsorgstjenesteloven § 10-3, sjuende ledd. Utvalget foreslår at meldeplikten videreføres. Før innleggelse har en mulighet til å samarbeide med barnevernet hvis kvinnen samtykker. Om en ikke får et slikt samtykke, kan altså dette samarbeidet først komme i gang ved innleggelsen. Under innleggingsperioden må det utarbeides plan for fødselen og hva som skal skje umiddelbart etter fødselen. Det bør f.eks. avklares om moren skal ha ansvar for barnet, om hun får tilbud om plass i institusjon for foreldre og barn eller andre støttetiltak, og hvor familien skal bo. Dersom barnevernet skal overta omsorgen for barnet, må det planlegges hvilken kontakt det skal være mellom foreldrene og barnet umiddelbart etter fødselen og hvilken støtte foreldrene tilbys hvis de ikke får beholde omsorgen.

Også når det gjelder gravide er individuell plan og kriseplan nyttige verktøy.

24.9 Særlig om fare for andres liv eller helse

Som uttrykt i punkt 24.8.2.9 ovenfor, vurderer utvalget at vilkåret «alvorlig sinnslidelse» bør videreføres ved fare for andre. Dette for å hindre en uforsvarlig ekspansjon av tvangshjemlene i en situasjon der mangel på beslutningskompetanse ikke kan gjøres til et vilkår. En konsekvens er splittelsen i lovverket mellom de regler som er begrunnet i hensyn til personen selv og de som er begrunnet i hensynet til andre øker. Et slikt skille eksisterer imidlertid allerede, og utvalget mener det ikke er negativt at denne utviklingen videreføres og forsterkes gjennom lovutkastet. En tydeligere markering av at det er ulike hensyn som begrunner ulike bestemmelser, blant annet gjennom bruk av egne paragrafer, kan bidra til større klarhet, se punkt 14.4.4 om prinsipielle vurderinger knyttet til fare for andre-problematikken.

Vilkåret «alvorlig sinnslidelse» vil ikke ha anvendelse for personer under 16 år, slik det også er etter gjeldende rett. Bakgrunnen er de vansker det kan være med å sette klare diagnoser på så unge personer. Utvalget er derfor kommet til at for personer under 16 år vil det også i fare for andre-situasjoner være avgjørende hvorvidt personen har «sterkt behov» for behandling for psykiske helseproblemer.

Den nærmere implementeringen av fare-for-andre-problematikken innenfor rammen av en ny, felles lov omtales i spesialmotivene til lovutkastet § 5-5. Til dels er det tale om videreføring av

formuleringer i dagens psykisk helsevernlov, til dels bruk av nye formuleringer i tråd med utkastets alminnelige språkbruk, men der det stort sett ikke er intensjon om å endre praksis sammenlignet med gjeldende rett.

24.10 Særlig om gravide rusmiddelavhengige

24.10.1 Innledning

Norge er det eneste landet som utvalget kjenner til, med et regelverk som gir adgang til å anvende tvungen institusjonsplassering av en kvinne for å beskytte det ufødte barnet mot hennes bruk av rusmidler. Andre land baserer seg på å gi kvinnen informasjon om virkningene rusmiddelbruken kan ha for fosteret, i kombinasjon med tilbud om hjelp på et frivillig grunnlag, eventuelt samtykkebasert tilbakehold, se nærmere kapittel 8. Dette reiser spørsmål ved rettmessigheten av de norske reglene. Spørsmålets kjerne er blant annet hvilket rettslig vern ufødte barn har mot de valg kvinnen foretar i svangerskapet. Under forutsetning av at det foreligger et rettslig vern av det ufødte barn, er det spørsmål i hvilken grad de alminnelige vilkårene for innleggelse og tilbakehold også skal komme til anvendelse her ettersom innleggelse og tilbakehold ikke er begrunnet i kvinnens behov.

24.10.2 Gjeldende rett – hvilke problemstillinger som er reist

Helse- og omsorgstjenesteloven § 10-3 omhandler i sin helhet innleggelse og tilbakeholdelse av gravide rusmiddelavhengige. Forløperen til § 10-3, var § 6-2a i den nå opphevede sosialtjenesteloven av 1991.¹²⁵⁵ Denne bestemmelsen ble vedtatt etter de øvrige bestemmelsene i kapittel 6 i den tidligere sosialtjenesteloven, etter at det over lengre tid hadde pågått en debatt om et slikt regelverk skulle innføres. Bestemmelsen ble vedtatt i 1995 og trådte i kraft 1. januar 1996.

Paragraf 10-3 kan anvendes hvis «det er overveiende sannsynlig at barnet vil bli født med skade», jf. første ledd. Før tvangsinnleggelse kan anvendes, er det en forutsetning at hjelpetiltak har vist seg utilstrekkelige. Formålet med innleggelsen er å ivareta hensynet til det ufødte barnet – å unngå at barnet blir født med skade. Bestemmelsen gir ikke hjemmel for behandling av kvinnens rusproblem. Slik behandling må skje på frivillig grunnlag eller etter annen lovbestemmelse. Tvangsinnleggelsen kan om nødvendig vare fram til barnet er født. I utvalgets møter med interesseorganisasjoner og ulike fagmiljøer, er det sagt at det er behov for å videreføre bestemmelsen. Imidlertid har flere gitt uttrykk for at beviskravet – «overveiende sannsynlig» – medfører at terskelen for å benytte tvangsinnleggelse av hensyn til det ufødte barnet, er for høy.

I forarbeidene til den nå opphevede § 6-2a, er det ingen drøftelse av fosterets rettslige vern. Dette utvalget finner at spørsmålet om menneskerettslig vern av det ufødte barnet er av betydning for vurderingen av en videreføring av hjemmelen. Dersom fosteret har et menneskerettslig vern, er staten forpliktet til å gjennomføre nødvendige tiltak. Når det gjelder kvinnens generelle menneskerettigheter, og beskyttelse mot frihetsberøvelse, vises det til drøftelser tidligere i dette kapitlet, samt til kapittel 7. I tidligere forarbeider er dette i begrenset grad drøftet.

¹²⁵⁵Bestemmelsen ble videreført fra sosialtjenesteloven § 6-2a til helse- og omsorgstjenesteloven § 10-3 uten materielle endringer, se Prop. 91 L (2010–2011) s. 420 og s. 422–423.

24.10.3 Det ufødte barns menneskerettslig vern

24.10.3.1 Det ufødte barns vern etter EMK og FNs generelle menneskerettskonvensjoner

Søvig drøftet i sin avhandling *Tvang overfor rusmiddelavhengige*, 2007, om det følger en statlig plikt etter Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) til å beskytte fosteret mot kvinnens bruk av rusmidler under svangerskapet. Han konkluderte med at det gjør det ikke.¹²⁵⁶

Dette utvalget deler denne oppfatningen. Heller ikke FNs generelle menneskerettskonvensjoner gir grunnlag for å hevde at en slik statlig plikt foreligger.

24.10.3.2 Det ufødte barns vern etter FNs barnekonvensjon

Definisjonen av «barn» i FNs barnekonvensjon vil kunne være avgjørende for om det ufødte barn er vernet etter denne konvensjonen. I konvensjonens artikkel 1 er det sagt at «med barn [menes] ethvert menneske under 18 år». Ordlyden peker på en øvre aldersgrense, men er taus om det gjelder et nedre skjæringspunkt for når det er et «barn» i konvensjonens forstand. Konvensjonsbeskyttelsen inntreffer i alle fall fra det tidspunktet barnet er født. En annen forståelse vil støte mot grunnleggende verdier og prinsipper i sentrale menneskerettsinstrumenter, som også Barnekonvensjonen, bygger på.¹²⁵⁷ Det utfordrende spørsmålet er dermed hvorvidt også ufødte barn omfattes av konvensjonens definisjon.

Dette spørsmålet var blant de mest betente ved utarbeidelsen av konvensjonen. Det var så vidt ulike syn på problemstillingen at for å unngå en situasjon der arbeidet med konvensjonen havarerte, ble det valgt en formulering som ikke angir når konvensjonsbeskyttelsen inntreffer. Oppfatningen var at det skulle overlates til statene selv å definere hvilken avveining som skal foretas mellom rettighetene til det ufødte barn og til kvinnen.¹²⁵⁸ Barnekonvensjonen artikkel 1 definerer dermed kun tydelig sluttpunktet, ikke startpunktet for når en person er å regne som et barn. Likevel er det flere formuleringer i konvensjonen som kan peke i retning av et vern også før fødselstidspunktet.

I konvensjonens fortale, niende strekpunkt, er det vist til FN deklarasjonen fra 1959 – *Declaration of the rights of the child* – og derfra sitert «the child, by reason of his physical and mental immaturity, needs special safeguards and care, including appropriate legal protection, before as well as after birth». I det siterte er det vist til en rett til beskyttelse også før fødselen. Selv om fortalen i konvensjoner ikke tillegges stor rettslig betydning, bidrar det siterte sammen med andre av konvensjonens artikler, likevel til å underbygge en forståelse om at fosteret har et vern. Av særlig betydning er artikkel 6 nr. 1 som viser til barns iboende rett til livet. I tråd med tolkningen av artikkel 1, er denne bestemmelsen tolket slik at den holder åpent hva som er startpunktet for barns rettighet.¹²⁵⁹ Imidlertid følger det av artikkel 6 nr. 2 en statlig plikt til å sikre at barnet overlever og vokser opp («ensure to the maximum extent possible the survival and development of the child»). Denne ordlyden kan åpne for en tolkning som gir vern

¹²⁵⁶Søvig, 2007, s. 160–162

¹²⁵⁷Se ordlyden i fortalen til FNs barnekonvensjon, første og sjuende strekpunkt

¹²⁵⁸Unicef, 2007, s. 2

¹²⁵⁹Unicef, 2007, s. 85

også av det ufødte barn. Imot en slik forståelse står den oppfatning som kom til uttrykk ved konvensjonsutarbeidelsen, at statene selv og ikke Barnekonvensjonen skal avgjøre det ufødte barns vern.

Videre gir artikkel 24 nr. 2 bokstav d som viser til ansvaret for egnet helseomsorg for mødre også før fødselen, støtte for at barn har vern før fødselen. FNs barnekomite har i sin generelle kommentar til artikkel 24 (General Comment No 15 (2013) *on the right of the child to the enjoyment of the highest attainable standard of health* (art. 24)) pekt på ansvaret statene har for svangerskapsomsorg for derved å sikre barn god helse og utvikling. Selv om innholdet i artiklene 6 og 24 kan gi grunnlag for å hevde at det foreligger et statlig ansvar for barns liv også før fødselen, kan de også leses slik at det ufødte barnets vern vil avhenge av hva den kommende mor ønsker. At staten skal tilby god svangerskapsomsorg, betyr ikke at kvinnen er pliktig til å ta imot helsehjelpen for å legge til rette for en sunn og god utvikling for barnet. I beste fall kan Barnekonvensjonen forstås slik at den gir ufødte barn et begrenset vern.

Hvor langt denne forpliktelsen rekker er uklart. Det er blant annet en følge av den skjønnsmarginen statene innehar i sin tolkning av menneskerettskonvensjonene, og derved hvordan statene kan utforme egen lovgivning uten at det strider mot menneskerettighetsforpliktelsene. Blant elementene som inngår i skjønnsmarginen er hvilken rett kvinnen skal ha til å avgjøre om hun ønsker å gjennomføre et svangerskap eller ikke. Dette spørsmålet påvirker også hennes rett til å ta andre valg, som vil kunne påvirke barnet negativt.

Det ufødte barns rettslige vern må på denne bakgrunn sies å være overlatt til den enkelte nasjonalstat. Norge står fritt til å avgjøre at det ufødte barnet skal ha et vern mot å blir påført skade som følge av mors misbruk av rusmidler.

24.10.4 Nærmere om begrunnelsen for helse- og omsorgstjenesteloven § 10-3

24.10.4.1 Særlig om skadebegrepet

Selv om det ikke ble foretatt en vurdering av det menneskerettslige vern ved utarbeidelsen av forløperen til helse- og omsorgstjenesteloven § 10-3, var det å forhindre skade på det ufødte barnet lovgivers motivasjon.¹²⁶⁰ I proposisjonen til tidligere sosialtjenestelov § 6-2a, ble det imidlertid sagt lite om hvilken type skade bestemmelsen skulle omfatte. Når det blir vist til at det er et formål å forhindre skade på barnet, gjelder det utvilsomt både den fysiske og psykiske siden av barnets helse. Søvig har i tillegg pekt på at både for tidlig fødsel og abstinens inngår i skadebegrepet.¹²⁶¹

Abstinens er en midlertidig skade, men som kan ha omfattende virkninger for barnet. Av forarbeidene framgår det indirekte at intensjonen er at også former for midlertidige skader skal omfattes.¹²⁶² Kunnskapen om hvilken skade barn kan få som følge av mors bruk av rusgivende stoffer under svangerskapet, er betydelig mer omfattende nå enn den gang lovverket ble

¹²⁶⁰Ot.prp. nr. 48 (1994–95) s. 9

¹²⁶¹Søvig, 2007, s. 165–166

¹²⁶²Ot.prp. nr. 48 (1994–95) s. 12

vedtatt.¹²⁶³ Det er blant annet enighet i fagmiljøet om at alkohol har meget skadelige følger for det ufødte barnet. Karakteristiske fysiske misdannelser er kjent. Dette er barn som dertil viser overhyppighet av hyperaktiv atferd, som har hukommelses- og oppmerksomhetsvansker og som senere i livet står i fare for selv å utvikle rusproblemer.

I Helsedirektoratets «Rapport om konsekvenser for fosteret/barnet ved bruk av rusmidler/avhengighetsskapende legemidler i svangerskapet» (IS-2438) er det sagt at felles for alle typer av rusmidler, er at de potensielt gir skade på det ufødte barnet. I tillegg til utviklingen av hjernen og dens funksjoner, påvirkes også utviklingen av andre organer av kvinnens rusmiddelinntak. Hva som påvirkes og konsekvensene av påvirkningen varierer med type(r) rusmidler og tidspunkt i svangerskapet. Det kan imidlertid være vanskelig å skille mellom type skade forskjellige rusmidler gir, fordi kvinnen ofte bruker mer enn en type rusmiddel. Uansett er hele svangerskapet å anse som en kritisk fase for barnets utvikling. Skadene kan være av forskjellig karakter, noen er midlertidige, mens andre har langtids- eller livslang virkning for barnet. Ved en tvangsinnleggelse av den gravide kvinnen kan i tillegg til fraværet av rusmidler, også den generelle endringen i kvinnens livsmønster, ha en gunstig effekt for barnet.

Økt faglig kunnskap om skadevirkningene av rusmiddelbruk under svangerskapet, gjør at den etiske og faglige legitimiteten for reglene står enda sterkere nå enn da bestemmelsen ble gitt på 1990-tallet.

24.10.4.2 Hensynet til kvinnens rett til å ta valg under svangerskapet som kan påvirke det ufødte barnet

Etter nasjonal lovgivning har kvinner rett til å ta en rekke avgjørelser som påvirker det ufødte barnet, deriblant foreligger retten til svangerskapsavbrudd. En kvinne kan for å unngå tvungen institusjonsinnleggelse, velge å avslutte svangerskapet.¹²⁶⁴ Hvis en kvinne bestemmer seg for å gjennomføre svangerskapet, er det normalt fordi barnet er ønsket og det vil da være et interessefelleskap mellom kvinnen og fosteret. Det må da legges til grunn at kvinnen ikke ønsker at barnet skal bli påført skade under svangerskapet.

Det er imidlertid spørsmål om det kan rettferdiggjøre inngrep mot kvinnens livsførsel. Det er en kjent sak at ikke bare mors bruk av rusmidler, men også en lang rekke andre faktorer som følger av mors livsførsel, påvirker fosterets utvikling. Når det likevel er spørsmål om det finnes et etisk og rettslig grunnlag for å begrense mors selvbestemmelsesrett for å verne fosteret, er det fordi skadepotensialet rusmidler kan ha, atskiller seg fra andre faktorer som har negative virkninger.

Enkelte rusmidler er dessuten legale og det er stor sosial aksept for bruk av f.eks. alkohol. Det er imidlertid dokumentert at dette rusmidlet har stor skadelig effekt for det ufødte barn, men forskning har ikke klarlagt hvor stort alkoholkonsumet må være for at det kan gi negativ effekt for fosteret.¹²⁶⁵ Imidlertid er det sikker kunnskap at et alkoholinntak som er ansett for å være uproblematisk for en ikke-gravid kvinne, kan være egnet til å gi fosteret skade.¹²⁶⁶ Et

¹²⁶³Helsedirektoratet, IS-2438

¹²⁶⁴UniRokkansenteret, 2010, s. 68, der det fremgår at abort er en relativ sjelden følge av tvangsvedtak.

¹²⁶⁵UniRokkansenteret, 2010, s. 90–91; Helsedirektoratet, IS-2438 s. 19 flg.

¹²⁶⁶Helsedirektoratet, IS-2438, s. 35–37

alkoholkonsum som klart vil falle utenfor uttrykksmåten «rusmiddelavhengig», se §§ 10-3 og 10-4, kan føre til at barnet blir født med skade.

Legalt forskrevne legemidler, benzodiazepiner og liknende legemidler, kan også gi skadefølger for det ufødte barn. Det er ingen sikre holdepunkter for alvorlige misdannelser, men bruk kan gi redusert fødselsvekt og bruk i siste del av svangerskapet kan gi abstinenssymptomer hos barnet.¹²⁶⁷ Kvinnen har imidlertid frihet til å benytte legemidlene, men feil bruk eller et overforbruk kan indikere rusproblemer. Et særskilt problemkompleks er knyttet til gravide som mottar legemiddelassistert rehabilitering (LAR).¹²⁶⁸ Forskning viser at ca. halvparten av barna født av mødre under LAR-behandling hadde behov for behandling av neonatal abstinenssyndrom (NAS).¹²⁶⁹ Gjennomsnittlig behandlingstid var 46 dager for barn som var blitt eksponert for metadon. Når substitusjonsbehandling med metadon eller annet legemiddel likevel er anbefalt, henger det sammen med redusert fare for at kvinnen bruker heroin og dermed utsetter seg for overdose. Sammenlignet med barn født av mødre som har brukt heroin, har barn som har vært eksponert for substitusjonsbehandling et bedre utgangspunkt. Det kan imidlertid ha sammenheng med endringer i kvinnens livsførsel. Flere studier indikerer at atferdsendringer («strever i det daglige») og synsproblemer, er langtidseffekter av substitusjonsbehandling for barnet.¹²⁷⁰

En negativ effekt av å frata kvinnen retten til å velge sin livsførsel under svangerskapet, er at kvinnen unnlater å kontakte helsetjenesten av frykt for tvangstiltak. Intensjonen om å beskytte fosteret vil da ikke bli nådd. Tvert imot kan risikoen for skade øke og andre sykdomstilstander som er kjente risikofaktorer under et svangerskap, forblir uoppdaget. Et tvangsregelverk må derfor ikke fjerne oppmerksomheten fra den primære målsettingen om å hjelpe kvinnen til frivillig å oppgi bruk av rusmidler som kan skade barnet.

24.10.5 Utvalgets vurderinger

Med utgangspunkt i at staten har frihet til å gi regler om vern av fosteret, mener utvalget at den begrunnelsen dagens regler bygger på fortsatt står seg. Bestemmelsen foreslås derfor videreført om enn i en noe endret utforming. Tvang er imidlertid ikke førstevalget, heller ikke for denne persongruppen.

Foruten vektleggingen av formålet om å verne fosteret mot skade, hviler dagens regler på forutsetningen om at målsettingen ikke kan nås ved frivillige tiltak. Dette ble sterkt vektlagt i forarbeidene til forløperen til § 10-3.¹²⁷¹ Av den grunn er bestemmelsen utformet som en

¹²⁶⁷Helsedirektoratet, IS-2438, s. 21–23

¹²⁶⁸Helsedirektoratet, IS-1876

¹²⁶⁹Helsedirektoratet, IS-1876, s. 19

¹²⁷⁰Helsedirektoratet, IS-2438, s. 54–60

¹²⁷¹Ot.prp. nr. 48 (1994–95) s. 10–11

«kan»-regel, se § 10-3 første ledd første punktum. Departementet pekte på at det er når kvinnen ikke vil benytte seg av tilbudet om frivillige tiltak at hensynet til fosteret tilsier at det blir iverksatt tvangsinnleggelse for å unngå skade på det ufødte barnet.¹²⁷² Før tvang kan være et aktuelt tiltak, skal det derfor arbeides for å oppnå samtykke fra kvinnen til behandling, eventuelt til tvangsinnleggelse basert på kvinnens forhåndssamtykke. Det fordrer informasjons- og motivasjonsarbeid fra tjenestene. Hvor lang tid som skal benyttes til motivasjonsarbeid, må vurderes i lys av den eksponering av rusmidler barnet blir utsatt for. Forsøkene på å få til frivillighet skal ikke nedtone intensjonen om å verne det ufødte barn mot skader. Når tvang er et nødvendig, må samfunnet stille opp med faglig og materielt tilfredsstillende tilbud for at inngrepet skal være forholdsmessig. Selv om kvinnen ikke frivillig har tatt imot et tilbud om hjelp til å være rusfri i svangerskapet, eventuelt å være under et behandlingsregime, vil hun normalt ha et ønske om å kunne få omsorgen for barnet etter fødselen. Et sideformål med innleggelsen som bør videreføres, er å tilby kvinnen den bistand hun trenger til å forberede seg på ansvaret for et nyfødt barn og at det kan være et barn som har utfordringer ikke andre nyfødte har. Dette kan gjøre at kvinnens negative opplevelse av inngrepet dempes.

Utvalget mener at adgangen til tilbakehold i institusjon av gravide rusmiddelmisbrukere bør videreføres. Hensynet til det ufødte barnet, dets helsetilstand etter fødselen, samt utviklingsmuligheter senere i livet begrunner at tvangstiltak kan tas i bruk når det har vist seg ikke mulig å motivere kvinnen til å ta imot et frivillig tilbud, heller ikke til å forhåndssamtykke til tilbakehold, se punkt 24.7.8. Utvalget vektlegger at det må gis nødvendig og relevant informasjon til kvinnen som ledd i å styrke hennes medvirkning for å hindre unødig bruk av tvang.

Utvalgets innsnevring av tvangsbegrepet får også betydning for denne problemstillingen. Det er altså bare ved motstand det er behov for å treffe vedtak. I den grad personen mangler beslutningskompetanse kan opphold basert på § 5-1, jf. § 6-2, eventuelt § 5-2 være aktuelt. Der kvinnen er beslutningskompetent vil alternativene være samtykke eller tvang.

Misbrukskriteriet foreslås videreført. Uklarhetene i terminologi etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 10 – dels misbruk, dels avhengighet – er omtalt i punkt 5.6.6.

Utvalget framhever betydningen av at det foretas en forholdsmessighetsvurdering, der det blir tatt hensyn til hvor egnet et tvungent tilbakehold vil være for å hindre eller begrense at det ufødte barnet blir påført skade. Dette kommer ikke klart til uttrykk i dagens § 10-3 i helse- og omsorgstjenesteloven. Uttrykksmåten i utkastet er at inngrepet ikke må være urimelig, jf. punkt 14.2.2.3 om begrepsbruken. Videre må tiltaket være nødvendig som følge av at det ikke foreligger andre tiltak som vil kunne hindre skade. Selv om disse kravene ikke framkommer med tydelighet av eksisterende bestemmelse, er det sikker rett at det gjelder et krav om forholdsmessighet ved bruk av tvang i velferdsøyemed, se punkt 14.2.2.3.

For at tvangsinnleggelse og tilbakehold skal være et rettmessig tiltak, har lovgiver oppstilt krav i någjeldende helse- og omsorgstjenestelov § 10-3 om at det må være «overveiende sannsynlig» at barnet vil bli født med skade. Ordlyden indikerer at det er krav om en sannsynlighetsgrad over 50 prosent, og at den befinner seg et sted mellom «simpel sannsynlighetsover-

¹²⁷²Ot.prp. nr. 48 (1994–95) s. 9

vekt» og «rimelig og forstandig tvil skal komme tiltalte til gode» som følger av strafferetten.¹²⁷³ Uttalelser i forarbeidene støtter en slik forståelse.¹²⁷⁴ Sosial- og helsedepartementets begrunnelse for valg av sannsynlighetsgrad, er den inngripende karakter tvangen har overfor kvinnen og usikkerheten med hensyn til hvilke rusmidler og hvilke mengder som påfører det ufødte barnet skader. Departementet legger etter alt å dømme stor vekt på å forhindre urettmessige tvangsinnleggelsler. Men det er et spørsmål om terskelen for å gripe inn med tvungne tiltak er for høy til å nå formålet med bestemmelsen.¹²⁷⁵

Vilkåret «overveiende sannsynlig» kan følgelig oppfattes som at det reduserer effekten av en bestemmelse som gir adgang til å sette det ufødte barns interesser foran kvinnens. I utredning foretatt av UniRokkansentret blir det argumentert for at sannsynlighetsgraden må senkes.¹²⁷⁶ Tilsvarende synspunkter er framkommet i møter utvalget har hatt med representanter for tjenestene og i skriftlige innspill sendt til utvalget, se kapittel 12.

Vilkåret «overveiende sannsynlig» er et krav som omhandler en framtidsvurdering. Av det følger en vesentlig grad av usikkerhet. En vesentlig faktor er den begrensede kunnskapen om *hvilken* virkning kvinnens bruk av rusmidler har for det individuelle barnet. Til tross for at det er betydelig kunnskap om at rusmidler kan påføre det ufødte barnet skader, er formålet med en tvungen innleggelse av kvinnen å hindre skade – altså unngå at skade inntreffer, eventuelt å begrense skade som allerede er inntruffet – for det enkelte barnet. Det er på dette punktet at kunnskapen er mer mangelfull.¹²⁷⁷

Formuleringen av en inngrepsterskel må ta hensyn til dette. Utvalget er kommet til at også avveiningen mellom kvinnen og det ufødte barnets interesser må bygge på prognosevurderingen «nærliggende og alvorlig risiko» for at barnet skal bli påført skade. Det vises derfor til drøftelsene i punkt 24.8.4. Betydningen for problemstillingen her er at kravene til faktagrunnlaget for vurdering av det framtidige utviklingsløpet ikke knyttes til en fast sannsynlighetsgrad. Dette betyr at vurderingen vil kunne bli påvirket blant annet av type helserisiko og rusmiddel og tidspunkt i svangerskapet. Utvalget vurderer at dersom man først skal ha en hjemmel for å beskytte fosteret mot skader av mors rusmisbruk, så må prognosevilkåret gis en utforming som er meningsfull med tanke på å ivareta denne målsetningen.

¹²⁷³Se Lundeberg mfl., 2014, s. 97

¹²⁷⁴Ot.prp. nr. 48 (1994–1995) s. 11

¹²⁷⁵Søvig, 2007, har drøftet spørsmålet inngående, s. 280–283.

¹²⁷⁶UniRokkansenteret, 2010, s. 273–274

¹²⁷⁷Lundeberg mfl., 2014, s. 97

24.11 Særlig om utgangsbegrensende tiltak utenfor helseinstitusjon for å opprettholde vanlig døgnrytme

24.11.1 Gjeldende rett

Gjeldende lovgivning har ikke særskilte regler om låsing av utgangsdør eller andre utgangsbegrensende tiltak. (De særlige reglene i sikkerhetspsykiatrien, jf. psykisk helsevernloven kapittel 4 A holdes her utenfor.) Dagens bestemmelser om tvungent tilbakehold i ulike helseinstitusjoner må imidlertid tolkes slik at de gir hjemmel for utgangsbegrensende tiltak, forutsatt at nærmere angitte vilkår er oppfylt, jf. oversikt over gjeldende rett og omtale av grensen mellom tvangsinnleggelse og tvungent tilbakehold i punkt 24.3.1.1 og 24.3.1.2.

I forarbeidene til pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A er det presisert:

«Det sentrale i omgrepet «tilbakeholding» er om nokon blir hindra i å forlate institusjonen, ikkje først og fremst korleis det blir gjort. Om ein til dømes låser døra på «tradisjonell» måte, installerer skjulte eller kompliserte kodelåsar, eller elektronisk utstyr som automatisk låser dørene for visse bebuarar, eller om personalet sjølv stoppar bebuaren i døra, er ikkje avgjerande her. Reglane i lovforslaget skal følgjast uavhengig av verkemiddel. Men ein må bruke det verkemidlet som er minst inngripande for pasienten.

[...] Det er berre utgangsdører og dører mellom avdelingar som kan haldast låste. Pasienter kan ikkje med grunnlag i dette forslaget haldast tilbake (isolerast) på eigne rom.»¹²⁷⁸

Sitatet viser at adgangen til å benytte tvungent tilbakehold også omfatter låsing av utgangsdør og andre utgangsbegrensende tiltak, forutsatt at dette etter en konkret vurdering vil være det minst inngripende virkemidlet for pasienten og vilkårene for tvungent tilbakehold er oppfylt.

Dagens regler gir imidlertid ikke hjemmel for utgangsbegrensende tiltak i institusjoner eller boliger som ikke anses som helseinstitusjoner.

24.11.2 Utvalgets vurdering

Gjeldende regler om tvungent tilbakehold i helseinstitusjoner blir tolket slik at de gir hjemmel for utgangsbegrensende tiltak selv om den personen tiltaket gjelder motsetter seg dette, jf. punkt 24.3. Dagens regler gir imidlertid ikke hjemmel for å bruke slike tiltak i institusjoner eller boliger som ikke anses som helseinstitusjon.

Utvalgets vurdering er at behovene for tiltak utenfor helseinstitusjon beskrevet i punkt 24.6.2, vil bli fanget opp ved innføring av adgang til å bruke utgangshindrende tiltak for personer som mottar heldøgns helse- og omsorgstjenester utenfor institusjon. I forarbeidene til pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A er det redegjort for ulike situasjoner der det kan være behov for å benytte tvungent tilbakehold. Her framgår det:

«Ein typisk situasjon er at pasienten på grunn av desorientering og minnesvikt forvillar seg ut med fare for å komme til skade i trafikken. Eit anna døme er at pasienten kan komme alvorleg til skade, eller i verste fall forkommast, fordi han eller ho ikkje er i stand til å finne vegen tilbake til institusjonen eller oppsøkje hjelp.»¹²⁷⁹

¹²⁷⁸Ot.prp. nr. 64 (2005–2006) punkt 4.6.5.3

¹²⁷⁹Ot.prp. nr. 64 (2005–2006) punkt 4.6.5.3

Som utvalget har påpekt i punkt 24.6.2, oppstår det slike situasjoner også utenfor helseinstitusjoner.

Et viktig argument for å lovregulere adgang til å bruke utgangshindrende tiltak utenfor helseinstitusjon, er at dette vil etablere rettssikkerhetsgarantier for tiltak som det er grunn til å tro blir benyttet i praksis i stort omfang. Utvalget har mottatt flere innspill som viser at det er behov for å klargjøre hva slags vilkår som skal gjelde for tiltak som blir benyttet, tiltak som av mange oppfattes å ligge i grenseland mellom hva som er lovlig og hva som er ulovlig. Etter det utvalget kjenner til, blir utgangsdører i mange tilfeller låst om natten ut fra nødrettslige vurderinger. Som påpekt i forarbeidene til pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A, er det uheldig og i strid med formålet med nødreglene at langvarig eller gjentatt tilbakehold skjer med hjemmel i nødretten.¹²⁸⁰

En klargjøring av regelverket vil gi både personellet og de personene tiltakene gjelder, en mer forutsigbar ramme for gjennomføringen av helse- og omsorgstjenestene. En adgang til å låse utgangsdør om natten vil for eksempel medføre at personellet vil slippe å ha en portvaktfunksjon på denne tiden av døgnet. Som påpekt i forarbeidene til pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A, er det heller ikke nødvendigvis mindre integritetskrenkende for en beboer gjentatte ganger å bli stoppet ved utgangsdøren av personalet enn å møte en låst dør.

En adgang til å ta i bruk utgangshindrende tiltak bør etter utvalgets vurdering avgrenses til å gjelde overfor personer som på grunn av omfattende orienteringssvikt ikke er i stand til å opprettholde en normal døgnrytme og klare seg selv utendørs om natten. Dette vil omfatte en snevrere personkrets enn de som mangler beslutningskompetanse, og bestemmelsen vil være diagnosenøytral. Hjemmelen foreslås ikke begrenset til en bestemt boform, men til om det blir gitt heldøgns helse- og omsorgstjenester. Forslaget er avgrenset til å gjelde bruk av utgangshindrende tiltak mellom kl. 23.00 og kl. 06.00, jf. lovutkastet § 5-7.

Elementet av krenkelse av bevegelsesfriheten er av flere grunner moderat:

- Personen kan fritt bevege seg innendørs.
- Formålet er å opprettholde rutiner som er vanlig utbredt i samfunnet, og som det oftest vil være en fordel å følge, for eksempel slik at man er tilstrekkelig uthvilt til å delta i aktiviteter på dagtid.
- Det er ikke tale om å hindre utgang for personer som har et begrunnet ønske om å forlate boligen om natten, jf. kravet om omfattende orienteringssvikt.

Utvalget legger til grunn at behovet for utgangsbegrensende tiltak særlig kan være aktuelt overfor enkelte personer med demens eller psykisk utviklingshemning. Uansett må det foretas en konkret vurdering i hvert enkelte tilfelle om det er behov for tiltaket.

Det kan spørres om en konsekvens av utvalgets forslaget kan bli at personellet vil jobbe mindre hardt for å finne andre løsninger. Tatt i betraktning de snevre grenser som gjelder for hjemmelen, legger imidlertid utvalget til grunn at utglidingsrisikoen er liten. Utvalget vil understreke at forslaget forutsetter at manglende personellressurser ikke kan godtas som begrunnelse for tiltaket.

Utvalget foreslår at de alminnelige vilkårene i § 5-4 for å treffe vedtak og gjennomføre tiltaket skal gjelde. Det må således foretas individuelle vurderinger av om vilkårene er oppfylt.

¹²⁸⁰Ot.prp. nr. 64 (2005–2006) punkt 4.6.5.3

Men det er en forutsetning for bestemmelsen at tjenestene ikke uten videre har en plikt til å følge personer med et hjelpebehov ut om natten, jf. kravet om alternativer til tvang i § 5-4 nr. 1.

Det kan hevdes at lovutkastet § 5-7 forutsetter at enkelte av de alminnelige vilkår i § 5-4 er oppfylt, men uttrykt gjennom andre vurderingstemaer ut fra problemstillingens karakter, jf. kravet om «omfattende orienteringssvikt». Således vil vilkårene «sterkt behov» (for hjelp), «vesentlig helseskade» og fravær av beslutningskompetanse ofte være oppfylt når det er spørsmål om en person med omfattende orienteringssvikt skal vandre alene ute om natten. Det må likevel foretas en konkret vurdering. Vurderingen kan arte seg forskjellig alt etter omgivelsene og også etter årstid.

En viktig rettssikkerhetsgaranti ligger i kravet om at personen skal ha forsvarlig tilsyn under gjennomføring av utgangsbegrensningen og ha mulighet til å kontakte personell.

I noen tilfeller kan bruk av varslingssystem som er knyttet til utgangsdøren, være et mindre inngripende og effektivt tiltak for å hindre at beboeren forviller seg ut om natten. Dette må vurderes konkret i hvert enkelt tilfelle. Bruk av varslings- og lokaliseringssystemer blir vurdert nærmere i punkt 25.5.4.4.

24.12 Avlastningstiltak

Avlastningstiltak er ifølge § 3-6 i helse- og omsorgstjenesteloven en tiltaksform som ytes til personer med et «særlig tyngende omsorgsarbeid». Tiltaket er rettet mot omsorgsgiveren og ikke den som har behov for helse- og omsorgstjenester. Det har dermed en annen karakter enn øvrige tiltaksformer. I forarbeidene til helse- og omsorgstjenesteloven er det sagt at:

«Avlastningstiltak er en forutsetning for at pårørende og andre skal ha mulighet til å utføre en så stor andel av omsorgstjenestene som de utfører i dag. Avlastning skal gis ut fra ulike behov og organiseres på ulike måter. Tjenestene kan tilbys i eller utenfor hjemmet, i eller utenfor institusjon og skal omfatte et forsvarlig tjenestetilbud for personen som har omsorgsbehovet. Avlastningstiltak skal hindre overbelastning, gi omsorgsyter nødvendig fritid og ferie og mulighet til å delta i vanlige samfunnsaktiviteter.»¹²⁸¹

Formålet med avlastning er følgelig å bevare en god og forsvarlig omsorgssituasjon. Uten avlastningstiltak vil det være fare for at omsorgen som pårørende yter, bryter sammen, og det vil normalt ikke den som har omsorgsbehovet være tjent med. Å ha et stort omsorgsbehov kan gjelde både barn og voksne. Avlastningstiltak ytes derfor både til foreldre som har ansvar for mindreårige barn, men også til foreldre som har voksne barn boende hos seg. I andre tilfeller er det barn eller ektefelle eller andre nærstående som yter omfattende omsorg til en voksen person, f.eks. fordi personen har en demenssykdom. Behovet for å få avlastning fra omsorgsarbeidet er knyttet til omfanget av omsorgsoppgavene og ikke alder eller andre kjennetegn ved den omsorgstrengende.

At den som har omsorgsbehovet kan motsette seg avlastningsopphold, er en problemstilling som hittil har vært lite adressert. Det er imidlertid en praktisk problemstilling som for eksempel kan gjelde det psykisk utviklingshemmede barnet som motsetter seg å være på en avlastningsinstitusjon, og som prøver å «flykte» derfra, eller en person med demens som forsøker å finne veien hjem under avlastningsopphold på sykehjem. For å gjennomføre avlastningsoppholdet kan den omsorgstrengende derfor bli møtt med låste dører eller andre innretninger som

¹²⁸¹Prop. 91 L (2010–2011) s. 187

begrenser muligheten for å forlate institusjonen. Slik det blir vist til i forarbeidene til helse- og omsorgstjenesteloven § 3-6, sitert foran, er det en målsetting at avlastningstjenester skal ytes på ulike måter. Imidlertid vil det ofte være slik at for personer med store omsorgsbehov er institusjonsomsorg den mest realistiske omsorgsformen som erstatning for den tjenesten som pårørende yter.

Utvalget mener det er grunn til å regulere i lov i hvilken grad det skal være adgang til å benytte tvang for å gjennomføre avlastningstiltak. Dette fordi persongruppen som mottar tiltakene, må antas i mindre grad å kunne ivareta egne rettigheter. Det er derfor behov for å styrke deres rettssikkerhet. Etter utvalgets oppfatning kan ikke hensynet til pårørende alene begrunne at tvang benyttes for å gjennomføre avlastningstiltak. Den personen som har et stort omsorgsbehov, har også en grunnleggende rett til vern om sitt privat- og familieliv, slik det følger av EMK art. 8, og et vern mot frihetsberøvelse, jf. EMK art. 5. Det kreves derfor klare materielle vilkår og et prosessuelt regelverk for å sikre rettighetene til personer med stort omsorgsbehov når frihetsberøvelse gjennomføres fordi andre personer har behov for avlastning.

Utvalget er på denne bakgrunn kommet til at vilkårene i lovutkastet § 5-4 også må gjelde i disse tilfellene. Utgangspunktet for vurderingen av vilkårene vil imidlertid være et noe annet enn ved en ordinær vurdering etter § 5-4. Dette skyldes det forhold at personen på tidspunktet for vurderingen får oppfylt sitt omsorgsbehov – av pårørende. Ved å tenke bort den omsorgsinnsatsen som pårørende yter, vises likevel personens behov for kommunale helse- og/eller omsorgstjenester.

Ved å løfte fram at avlastningen gjennomføres til tross for motstand, vil det måtte rettes oppmerksomhet mot blant annet behovet for tillitsskapende tiltak og om alternative avlastningsformer kan etableres, jf. § 5-4 nr. 1. Når det gjelder vilkårene i § 5-4 nr. 2 og 3 – «sterkt behov for» og «nærliggende og alvorlig risiko» for «vesentlig helseskade» – vil spørsmålet være om en person med et stort omsorgsbehov fyller disse når pårørendes omsorg ikke er der.

Videre må det foretas en forholdsmessighetsvurdering der godet personen er ment å oppnå – en fortsatt stabil og forsvarlig omsorgssituasjon hos pårørende – må veies mot de belastninger det er å være frihetsberøvet i institusjon i en begrenset tidsperiode, selv om oppholdet gjerne gjentas med visse mellomrom. Vanskene med å slå seg til ro i institusjonen vil ofte være å anse som uttrykk for et ønske om å være i de hjemlige, vante omgivelser. Derfor vil det ofte være et gode for personen at avlastningsopphold gjennomføres, slik at en god og forsvarlig omsorg ytt av pårørende kan vare lengre enn hva som ellers ville vært mulig.

Adgangen til å bruke tvang for å gjennomføre avlastningsopphold er etter forslaget avgrenset til å gjelde for institusjoner (i praksis barne- og avlastningsboliger og sykehjem).

24.13 Kan «tvangssporet» velges der personen ikke viser motstand?

Spørsmålet om det kan fattes tvangsvedtak der personen ikke viser motstand, har vist seg å være en praktisk problemstilling så vel i psykisk helsevern som på rusfeltet. At dette i stor grad aksepteres, er det liten tvil om, selv om det i alle fall etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 10 har vært en viss diskusjon om den rettslige adgangen.

Utvalget oppfatter problemstillingen som et spørsmål om rekkevidden av kravet om utprøving av alternativer til tvang. Svaret kan dermed ikke være et rent ja eller nei, men må vurderes konkret i lys av omstendighetene. At bestemmelsene på dette punkt er formulert ulikt i lovutkastet sammenlignet med dagens lovgivning, er en annen sak.

På rusfeltet gir den kompliserte prosessen med fylkesnemndsbehandling en særskilt utfordring. Ofte er oppholdet etablert under motstand via et midlertidig vedtak, mens personen har snudd og i utgangspunktet er positiv til videre opphold når saken står for nemnda. Dette kan ofte tilsi overgang til frivillighetssporet. Samtidig kan den store ressursbruken som nedlegges i saksbehandlingen for å etablere tvangsvedtak etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 10, presse i en annen retning. Prosessen må eventuelt gjentas om personen etter en beslutning om å avslå tvang i fylkesnemnda igjen viser motivasjonssvikt og forlanger seg utskrevet. Hvordan den rettslige bedømmelsen her vil være i dag, trenger ikke utvalget ta endelig stilling til. Etter utvalgets opplegg der fylkesnemnda fritas for oppgaver i russakene, vil ressursargumentet uansett miste sin kraft.

Dette til side er ytterpunktene klare nok. Der personen aktivt oppsøker helse- og omsorgstjenesten for hjelp, er det vanskelig å se for seg at det ikke først må prøves med frivillig helsehjelp. Praktiske hensyn – som at det vil være lettvinnt å ha et tvangsvedtak i bunn for eventuelt å slippe mer papirarbeid på et senere tidspunkt – vil være klart usaklig. I disse tilfellene kommer også hensynet til tilliten til helse- og omsorgstjenesten inn, selv om vi er utenfor konverteringsforbudet.

På den andre kanten har vi situasjoner der personen slik saken er opplyst, vurderes ikke å snakke sant om sin intensjon om å motta frivillig helsehjelp. Problemstillingen kan være at vedkommende gir en taktisk motivert skildring som overdriver egen motivasjon, for slik å unngå tvang og dermed ha en lettere vei til å avbryte oppholdet på et senere tidspunkt. I slike tilfeller vurderer utvalget at det må være rom for å fatte vedtak om tvang, men først etter at tiltak for å endre vedkommendes holdning er vurdert. En annen konklusjon ville i for sterk grad undergrave effektiviteten av tvangshjemlene.

I en mellomposisjon finner vi situasjoner der det ikke er personens intensjon som er problemet, men heller gjennomføringsevnen. Vedkommende gir uttrykk for å ønske frivillig hjelp, men erfaring viser at han eller hun ikke vil make dette når det kommer til stykket. Særlig på dette punkt vil utvalgets lovutkast representere en innstramming sammenlignet med det som etter alt å dømme er klinisk praksis i dag. Utkastets økte fokus på tilrettelegging tilsier her at utfordringene løses gjennom tettere oppfølging og motivasjonsarbeid overfor personen. Selv om slikt også har vært forsøkt tidligere, vil det som regel være mulig med forbedringer. Først der dette arbeidet svikter og pasienten viser motstand mot oppholdet, vil det normalt være rom for å fatte tvangsvedtak.

24.14 Overgang fra frivillighet til tvang – spørsmålet om konverteringsforbud

24.14.1 Psykisk helsevern

Forbudet i psykisk helsevernloven § 3-4 mot overføring fra frivillig til tvungent psykisk helsevern er omtalt i punkt 5.5.8. Rekkevidden av dette regelsettet er det knyttet mange praktiske detaljspørsmål til.

Paulsrud-utvalget (NOU 2011: 9) oppsummerte argumentene for konverteringsforbudet i psykisk helsevern i fem punkter:

- «1. Fremme tillit hos befolkningen om at pasienter som oppsøker frivillig psykisk helsevern skal kunne ha visshet om at «bordet ikke fanger». Dette representerer den tradisjonelle begrunnelsen for konverteringsforbudet, slik dette er kommet til uttrykk i lovforarbeidene. I tillegg mener utvalget at bestemmelsen også ivaretar andre viktige verdier:

2. Sikre at personer som mottar formelt frivillig psykisk helsevern ikke reelt sett er tvungent tilbakeholdt under en reell trussel om konvertering til tvungent psykisk helsevern.
3. Sikre at institusjonen ikke kan skjule omfanget av reelt tvungent vern ved å ha stort omfang av frivillig vern med trussel om konvertering.
4. Stimulere institusjonen til å forsøke å etablere et virksomt og forsvarlig reelt frivillig vern når en person med en alvorlig psykisk lidelse har oppsøkt institusjonen av eget ønske.
5. Sikre at det ikke finnes en enklere vei til tvungent psykisk helsevern enn den tungvinte prosedyren der tvungent psykisk helsevern ikke kommer i stand uten en uavhengig legeundersøkelse.»¹²⁸²

Paulsrud-utvalget var også inne på motargumenter, særlig i lys av at en stadig større del av oppfølging og behandling fra psykisk helsevern blir gitt poliklinisk. Tvangslovutvalget kan stemme i om disse utfordringene. Inntrykket er at forbudet fra et praktisk synspunkt blir oppfattet som en komplisert og langt på vei teknisk øvelse der mye energi blir brukt på å finne løsninger som uthuler det rettslige utgangspunktet. Eksempler på slike problemstillinger er hvor omfattende den polikliniske kontakten må ha vært før konverteringsbeskyttelsen utløses, om forbudet også gjelder der henvisning kommer fra uavhengig lege som ikke kjenner til at personen er i et frivillig behandlingsløp, i hvilken grad psykisk helsevern kan initiere etablering av tvungent vern etter en utskrivelse og om lege ved poliklinikken kan ivareta funksjonen som uavhengig lege etter psykisk helsevernloven § 3-1.

Dette illustrerer at effektiviteten av konverteringsforbudet – gitt at det alltid vil være behov for unntak – kontinuerlig vil være under press. Til tross for dette vil utvalget framheve at argumentene for en videreføring i dag er særlig sterke i kjølvannet av innføringen av en kompetansebasert modell i psykisk helsevern. Nettopp i denne situasjonen er det spesielt viktig å understøtte tillitsforholdet mellom hjelpeapparatet og personer som har behov for psykisk helsehjelp, hvor konverteringsforbudet inngår som ett av flere elementer.

24.14.2 Spørsmålet om utviding av konverteringsforbudets virkeområde

Spørsmålet er om konverteringsforbudet – innenfor rammene av en felles lov, der prinsippet om beslutningskompetanse som utelukkingsgrunn for tvang videreføres og styrkes – bør utvides til også å dekke andre felt. Ut fra sin begrunnelse har en slik regel ingen logisk avgrensing til psykisk helsevern. Praktisk sett kan man kanskje si at behovet her likevel har vært sterkest ut fra det særlige konfliktnivået og den utstrakte bruken av tvang.

På rusfeltet bør vi se fraværet av konverteringsforbud blant annet i lys av inntaksmodellen. Fordi initiativretten ligger hos kommunen og vedtak blir fattet av fylkesnemnda, har spesialisthelsetjenesten ofte en tilbaketrukket rolle ved etableringen av tvang. Dermed blir heller ikke konverteringsspørsmålet satt så skarpt på spissen: det er ikke primært behandlingsapparatet som rår over frihetsberøvelse som virkemiddel.

Utvalgets forslag både til endringer av inntaksmodell i den spesialiserte rusbehandlingen og innføring av prinsippet om beslutningskompetanse også der, endrer bildet. Selv om tvangsinnleggelse og tvungent tilbakehold i rusinstitusjon også i framtiden vil være en langt sjeldnere forekommende problemstilling enn i psykisk helsevern, er det innenfor lovutkastet likevel vanskelig å se gode grunner for en formell ulikebehandling. Tvert imot vil vel et konverteringsforbud kunne være særlig naturlig, både ut fra ønsket om en samordning med psykisk

¹²⁸²NOU 2011: 9 s. 196

helsefeltet og ikke minst ut fra viktigheten av å mobilisere personens egne ressurser som ledd i rusbehandlingen.

Hva gjelder helse- og omsorgstjenestene ellers, er utvalget kjent med tilfeller der for eksempel personer med demens er blitt «lokket» med til sykehjem for innleggelse på falske premisser. Slike tilfeller vil lett kunne omfattes av tvangsbegrepet i lovutkastet, jf. § 1-3. En konverteringsbestemmelse vil uansett kunne gi en kraftfull stimulans for å sikre etterlevelsen av lovens formål om å begrense bruk av tvang.

Alle de ovenfor anførte begrunnelsene for et konverteringsforbud gjør seg også gjeldende utenfor psykisk helsevern- og rusfeltet. Likevel kan man vel si at denne konstruksjonen er særlig godt begrunnet på disse områdene fordi betydningen av å bygge tillit for utfallet av behandlingen kommer inn som en særlig dimensjon, til forskjell fra somatisk behandling og tiltak med rene pleie- og omsorgsformål. På denne bakgrunn og under henvisning til utvalgets øvrige forslag for å begrense bruken av tvang innenfor alle tjenestegreiner, har utvalget valgt å begrense konverteringsforbudets virkefelt til psykisk helsevern og spesialisert rusbehandling. Utvalget vil særlig understreke betydningen av lovutkastet § 5-2 i denne sammenheng. Bestemmelsen vil nettopp etablere rettssikkerhet for personer med en uklar forståelse av hva et institusjonsopphold innebærer, men som har gitt etter for press om å prøve noe nytt og ukjent. Problemstillingen er ikke minst aktuell i demensomsorgen og kompenserer for begrensninger i konverteringsforbudets virkefelt.

En særlig problemstilling som oppstår med en felles lov, gjelder situasjonen der det er spørsmål om å treffe vedtak om tvangsinnleggelse og tvungent tilbakehold ved en annen type institusjon enn den personen har hatt opphold ved uten bruk av tvang. Bakgrunnen vil her være at behovet for hjelp er knyttet til andre forhold enn det vedkommende opprinnelig ble innlagt for. Tillitshensynet gjør seg da ikke gjeldende med samme styrke, og utvalget har funnet å kunne avgrense mot slike tilfeller gjennom uttrykksmåten «samme eller tilsvarende institusjon», jf. lovutkastet § 5-9.

Konverteringsforbudet gjelder bare der personen er innlagt basert på et eget samtykke. Dette er i samsvar med gjeldende rett, og det er her hensynene bak ordningen gjør seg sterkest gjeldende. Et særlig spørsmål gjelder situasjonen der personen under oppholdet mister beslutningskompetansen. Skal dette innebære at også konverteringsforbudet oppheves? Paulsrud-utvalget drøftet spørsmålet, men vegret seg for trekke denne konklusjonen, blant annet ut fra hensynet til faren for utgliding.¹²⁸³ Tvangslovutvalget er delvis enig i disse avveiningene, men bare for så vidt gjelder overgang til tvang i lovutkastets forstand, jf. lovutkastet § 1-3. Der personen ikke motsetter seg videre opphold, slik at fortsatt opphold kan baseres på lovutkastet § 5-1, eventuelt på vedtak etter § 5-2 ved særlig risiko for framtidig tvangsbruk, bør ikke konverteringsforbudet komme til anvendelse. Dette gir en mer nyansert løsning enn etter gjeldende rett som et resultat av utvalgets innstramming av tvangsbegrepet.

Det oppstår også andre spørsmål om rekkevidden av konverteringsforbudet. Her vurderer utvalget at det bør bygges videre på gjeldende rett.

24.14.2.1 Unntak fra konverteringsforbudet

Utvalget vurderer at konverteringsforbudet ikke kan være absolutt. Ved fare for andre i psykisk helsevern videreføres gjeldende rett. Forbudet vil heller ikke gjelde der rusmiddelmissbruk hos gravide setter fosterets helse i fare, jf. lovutkastet § 5-6.

¹²⁸³NOU 2011: 9 s. 196–197

Hva gjelder situasjonen ved fare for eget liv eller helse, har utvalget vurdert om dagens formulering – «nærliggende og alvorlig fare for eget [...] liv eller helse» – bør videreføres. Alternativet er å knytte an mot akuttbegrepet ved nødssituasjoner i lovutkastets kapittel 4, men avgrenset til fare for eget liv eller vesentlig helseskade.

I utgangspunktet vil «nærliggende og alvorlig» gi en romsligere ramme enn akutt-begrepet. Høyesterett har for eksempel avvist at det i denne uttrykksmåten ligger et bestemt tidsspektiv. Rettkildematerialet er her likevel i bevegelse ved at man i Prop. 147 L (2015–2016) knytter den tilsvarende uttrykksmåten i ny bestemmelse om beslutningskompetanse («samtykkekompetanse») ganske tett opp mot de tradisjonelle nødssituasjonene, se punkt 24.8.4 i utredningen.

Spørsmålet er følgelig om disse uttalelsene også vil influere på fortolkningen av psykisk helsevernloven § 3-3 nr. 3 bokstav b, samt § 3-4 andre ledd. Problemstillingen er ikke reist i Prop. 147 L, noe som vel må forstås slik at man der ikke har oppfattet den spenning som her ligger. Formelt er proposisjonen bare for et etterarbeid å regne i relasjon til § 3-3 nr. 3 bokstav b og § 3-4, men samtidig vil det framstå som underlig om samme uttrykksmåte – «nærliggende og alvorlig» – skal forstås ulikt i de nevnte bestemmelser, selv om bare livet og ikke helsen er vernet etter § 3-3 nr. 4.

Utvalget trenger ikke ta endelig stilling til dette tolkingsspørsmålet som har oppstått i kjølvannet av den nevnte lovendringen i 2017, men kan konstatere at forskjellen i forståelse mellom «nærliggende og alvorlig» og utvalgets akuttbegrep i utkastet kapittel 4 ser ut til å minke. Som nevnt i punkt 23.5, inneholder også sistnevnte en viss elastisitet.

Utvalget har vektlagt at det å koble unntaket fra konverteringsforbudet til akuttbegrepet/nødssituasjonsbegrepet i kapittel 4, vil virke forenkende rent lovteknisk. Dette vil samtidig styrke effektiviteten i konverteringsforbudet, og summen av disse argumentene har til slutt blitt avgjørende for utvalget.

Psykisk helsevernloven § 3-4 er bygget rundt de begrepene tvungen observasjon og tvungent psykisk helsevern, jf. psykisk helsevernloven § 3-5. Som omtalt i punkt 28.4.1.3, er dette overbegreper som utgjør en inngangsportal til andre typer av inngrep i psykisk helsevern. Utvalgets oppløsning av denne konstruksjonen (med unntak for dom på overføring til tvungent vern) og fokus på de enkelte tiltak, gjør det nødvendig å gjenta konverteringsforbudet for tiltak som ikke forutsetter at personen er innlagt i institusjon, se lovutkastet § 6-18 og § 6-10, begge fjerde ledd.

24.15 Overføring mellom institusjoner

For pasienter og brukere er det ikke bare spørsmålet om tvangsinnleggelse og tvungent tilbakehold som er av stor betydning, men også ved hvilken institusjon oppholdet skal skje. Retten til fritt behandlingsvalg i spesialisthelsetjenesten gjelder også i psykisk helsevern og tverrfaglig spesialisert behandling for rusmiddelavhengighet. I pasient- og brukerrettighetsloven § 2-4 fjerde ledd er det likevel gjort unntak for personer under tvang dersom dette valget vil være «uforsvarlig eller i betydelig grad er egnet til å svekke formålet» med tvangen.

Plasseringssted vil være et moment i vurderingen i forbindelse med vedtaket om etablering av tvang. På et senere tidspunkt kan det imidlertid bli spørsmål om overflytting til en annen institusjon innenfor rammene av samme vedtak. Psykisk helsevernloven § 4-10 etablerer her rettsikkerhetsgarantier i en situasjon der personen forutsetningsvis ikke kan utøve sin rett til fritt behandlingsvalg.

Utvalget vurderer at det er viktig å videreføre rettssikkerhetsgarantier i disse tilfellene. At ordningen også må gjelde i den spesialiserte rusbehandlingen er klart ut fra forslaget om omlegging av inntaksmodellen.

Men også i kommunene kan spørsmålet oppstå, for eksempel i forbindelse med skifte av sykehjem for en person med demens. Etter dagens system med vedtaksansvar på helsepersonellnivå etter pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A, vil ikke problemstillingen så lett bli satt på spissen fordi det normalt vil måtte fattes nytt vedtak om innleggelse og tilbakehold dersom personen motsetter seg flyttingen. Unntak kan tenkes der samme person har vedtaksansvaret for flere sykehjem. Etter utvalgets opplegg der vedtakskompetansen flyttes opp til den som har det overordnede ansvaret for tjenestene i kommunen, jf. lovutkastet § 9-1, kan problemstillingen blir mer praktisk relevant, alt etter hvor spesifikt vedtaket er utformet. Utvalget vurderer derfor at det bør være rettssikkerhetsgarantier ved flytting også mellom kommunale helseinstitusjoner.

Vedtak om flytting er gjennomføringsavgjørelser. I det ligger at vilkårene må være enklere enn for vedtak om å etablere tvang. Vurderingstemaet bør – som etter psykisk helsevernloven § 4-10 – være om flytting er urimelig ut fra hensynet til personen, plasseringsalternativer og forholdene ellers. Personen vil kunne oppnå en bredere prøving om han eller hun angriper det underliggende tvangsvedtaket.

Et spørsmål er om det bare er motstand som skal utløse krav om vedtak, eller også fravær av samtykke. Praktiske hensyn tilsier at fravær av samtykke er avgjørende. Dette fordi motstandsspørsmålet i en del tilfeller ikke vil bli avklart før personen faktisk er overført. Hensynet til klarhet og saksavviklingen ved den overførende institusjonen tilsier da en slik løsning.

Avklaring av hva som i grensetilfeller skal regnes som overføring mellom ulike helseinstitusjoner, må finne sin avklaring på rundskrivsnivå. Det same gjelder hvordan uenighet mellom de to involverte institusjonene skal løses, et ikke ukjent problem etter psykisk helsevernloven § 4-10 i dag.

25 Individuelle behandlings- og omsorgstiltak

Boks 25.1 Utvalgets forslag

- Lav terskel for å gi hjelp til personer som mangler beslutningskompetanse og ikke motsetter seg hjelp. (Tvangsbegrepet snevres inn.)
- Diagnoser og diagnosenære vilkår i tvangshjemele fjernes. Erstattes med krav om fravær av beslutningskompetanse og «sterkt behov» for aktuelt tiltak. Dette gjelder ikke ved fare for andre.
- «Omfattende orienteringssvikt» blir brukt som avgrensende vilkår i enkelte bestemmelser.
- Antatt samtykke foreslås som gjennomgående vilkår.
- Nærliggende og alvorlig risiko for personens liv eller vesentlig helseskade gjøres til gjennomgående vilkår. Behandlingskriteriet i psykisk helsevern videreføres ikke.
- De rettslige skillene mellom tjenesteområdene bygges ned. Oppmykning av arenabegrensningene i psykisk helsevern.
- Enkelte særlige regler for psykisk helsevern og den spesialiserte rusbehandlingen.
- Forbud mot
 - tvang i opplærings- og treningstiltak.
 - mekaniske innretninger som hindrer bevegelsesfrihet, i behandling i psykisk helsevern.
- Den rettslige reguleringen av skjerming inndeles etter formål:

- skjerming som akutt skadeavverging
- skjerming som behandlingstiltak i psykisk helsevern
- skjerming som kortvarig gjennomføringstiltak ved behandling i psykisk helsevern
- skjerming for å verne medpasienters rett til helsehjelp i psykisk helsevern
- Strengte vilkår for skjerming som behandling, stramme grenser for skjerming som gjennomførings-tiltak.
- Flertallet vil opprettholde hjemmel for tvangsmedisinering på strenge vilkår:
 - fokus på ikke-medikamentelle tiltak som alternativ
 - modell for prognosevurderingen der første gangs bruk for personen skilles ut
 - ordning med uavhengig psykiatrifaglig overprøving i klagesak der særlig kvalifiserte psykiatere skal gjøre en selvstendig gjennomgang av det faglige grunnlaget for tvangsmedisinering
- Flertallet foreslår en snever hjemmel for bruk av elektrokonvulsiv behandling (ECT) uten tvang (ikke motstand) som et livreddende tiltak.
- Reservasjonsordning for antipsykotika og ECT.
- Det skal kunne avgis forhåndssamtykke til tvangsbehandling av psykiske lidelser med legemidler som personen allerede bruker.
- Særbestemmelser om fare for andre.

[Boks slutt]

25.1 Innledning

Dette kapitlet omhandler andre typer helse- og omsorgstiltak enn innleggelse og tilbakehold i helseinstitusjon. Det kan være tale om inngrep som iverksettes under et tvungent opphold, men rammen kan like gjerne være et frivillig opphold eller at tjenester blir ytt uten noen form for institusjonstilknytning. Spennvidden i problemstillinger er stor. «Helsehjelp» er definert i pasient- og brukerrettighetsloven § 1-3 bokstav c og omfatter

«handling som har forebyggende, diagnostisk, behandlende, helsebevarende, rehabiliterende eller pleie- og omsorgsformål, og som er utført av helsepersonell».

Begrepet er vidtrekkende. Om det nærmere innholdet vises til kapittel 19. Et hovedtrekk er at det kan være et visst overlapp mellom de ulike uttrykksmåtene i bokstav c. Behovet for særregler kan gjøre det nødvendig å skille i lovutkastet for eksempel mellom behandling og omsorg.

Først gis en samstilling av gjeldende rett, noe som leder fram til en påpekning av viktige bruddflate- og gråsoneproblemer (i punkt 25.3). Utvalgets vurderinger er delt i en generell del (punkt 25.5) og en spesiell del knyttet til behandling av psykiske helseproblemer, rusproblemer m.m. (punkt 25.6). Enkelte problemstillinger er aktuelle i ulike deler av utredningen. Drøftinger gjentas i minst mulig grad og det vises til drøftingen av parallelle spørsmål andre steder i utredningen.

25.2 Gjeldende rett – et oversiktsbilde på tvers

25.2.1 Personkretsen

Hvilken personkrets som omfattes av de ulike regelsettene er omtalt og drøftet flere steder i utredningen. Her skal kort gjentas at pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A er det eneste av dagens regelsett som er basert på et rent funksjonskriterium ved at vilkåret om

mangel på beslutningskompetanse («samtykkekompetanse»), jf. § 4A-2 første ledd, er gjort til inngangsvilkår. Virkeområdet til kapittel 9 i helse- og omsorgstjenesteloven er avgrenset til personer diagnostisert med psykisk utviklingshemning, mens det er brukt diagnosenære kriterier etter psykisk helsevernloven og helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 10.

25.2.2 Arenaspørsmålet

Helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 er arenanøytralt, men vil i praksis i hovedsak gjelde utenfor institusjon. Dette er et resultat av ansvarsreformen – nedbyggingen av institusjonsomsorgen for personer med utviklingshemning. Arenaspørsmål kan likevel oppstå, men da indirekte i forbindelse med avgrensning av regelsettets virkeområde: hva som utgjør «tjenester etter § 3-2 nr. 6 bokstavene a til c og § 3-6 første ledd nr. 2», dvs. helsetjenester i hjemmet, personlig assistanse (herunder praktisk bistand og opplæring og støttekontakt), plass i institusjon (under dette sykehjem) og avlastningstiltak. Det er særlig forholdet til opplæringslovens virkeområde som her er blitt fokusert.

En problemstilling er i hvilken grad personell fra helse- og omsorgstjenesten kan følge med personen under opphold på ulike arenaer og der utøve tvang i medhold av kapittel 9. Spørsmålet er aktuelt ikke minst under opphold på skole. Her har oppfatningen over tid gått i en mer liberal retning. Ifølge Helsedirektoratets rundskriv er det avgjørende i første rekke det formelle: om tjenestene som blir ytt er fattet vedtak om etter kapittel 9 og etter sin art blir omfattet av kapitlet:

«Når det gjelder barn og unge som har vedtak etter kapittel 9, har Kunnskapsdepartementet lagt til grunn at opplæringsloven ikke i seg selv er til hinder for at tiltakene også kan gjennomføres når eleven befinner seg på skolen i skoletiden. For at skolen blant annet skal kunne ivareta sitt ansvar for forsvarlig undervisning og for elevenes fysiske- og psykososiale arbeidsmiljø, er det imidlertid en forutsetning at skolens ledelse samtykker til at tiltakene kan gjennomføres når eleven er på skolen. Det er videre en forutsetning at tiltakene gjennomføres som ledd i tjenester etter helse- og omsorgstjenesteloven, og at tiltakene gjennomføres av personell fra helse- og omsorgstjenesten.»¹²⁸⁴

Mye talar vel for at den samme synsmåten bør legges til grunn på arenaer som dagsenter, SFO og arbeidsplass.

Også kapittel 4 A i pasient- og brukerrettighetsloven er arenanøytral, med unntak for tvangsinnleggelse og tvungent tilbakehold som bare kan skje i «helseinstitusjon». Et problem her utgjør kontrollen med tvangsbruk utenfor institusjon. I forarbeidene er departementet selv inne på en side av saken:

«Faren for at reglane skal bli brukte feil, kan vere større utanfor institusjon der helsepersonell i større grad opptrer åleine.»¹²⁸⁵

¹²⁸⁴Helsedirektoratet, IS-10/2015, s. 48

¹²⁸⁵Ot.prp. nr. 64 (2005–2006) s. 35

Departementet fester her lit til saksbehandlings- og dokumentasjonskravene.¹²⁸⁶ At bevegeshindrende tiltak slik som rullestolbelte, ikke skal kunne brukes uten at personell er «like ved», er lagt til grunn.¹²⁸⁷

Bruk av tvang i psykisk helsevern er i utgangspunktet arenabegrenset til godkjent institusjon. Det gjelder også de fleste reglene i psykisk helsevernloven kapittel 4. Etter § 3-5 tredje ledd kan tvungent psykisk helsevern også gis uten døgnopphold i institusjon «hvor dette er et bedre alternativ for pasienten». Vern uten døgnopphold kan

«bare omfatte pålegg overfor pasienten om frammøte til undersøkelse (tvungen observasjon) eller behandling (tvungent psykisk helsevern). Pasienten kan om nødvendig avhentes. Dersom det er nødvendig kan avhenting gjennomføres med tvang.»

I praksis blir tvungent vern uten døgnopphold (såkalt TUD) ofte kombinert med vedtak om behandling uten eget samtykke, jf. §§ 4-4 og 4-4 a. Det er presisert i psykisk helsevernforordningen § 11 tredje ledd at TUD «ikke kan omfatte tvangstiltak på pasientens bopel». Av samme forskrifts § 22 andre ledd, siste setning framgår likevel at gjennomføringen av vedtaket kan skje utenfor institusjon – for eksempel i pasientens hjem – «hvis pasienten ønsker det». Formelt gjelder denne bestemmelsen bare ved delegasjon av gjennomføringen til helsepersonell utenfor psykisk helsevern, typisk den kommunale helsetjenesten, men det samme må rimeligvis gjelde ved ambulant oppfølging fra psykisk helsevern. At pasienten «ønsker det» må ut fra sammenhengen i regelverket tilsi at vedkommende er beslutningskompetent om arenaspørsmålet. Det innebærer i så fall at en person som ikke er funnet beslutningskompetent i relasjon til vedtaket om behandling uten samtykke, blir vurdert kompetent i relasjon til hvor behandlingen skal skje. Det er ut fra utvalgets erfaring grunn til å regne med at det er lite bevissthet rundt disse grensedragningene.

I høringsnotatet som kom forut for lovproposisjonen var det foreslått en videre bestemmelse for inngrep utenfor institusjon.¹²⁸⁸ I forslaget § 3-1 andre ledd ble det åpnet for at personen «kan gis tilsyn, behandling og omsorg på eller i nærheten av sin bopel». Dette skulle kunne omfatte

«b) Nærvær av behandlingspersonell på pasientens bopel i behandlings- eller tilsynsøyemed.

Under dette nærværet kan det ikke brukes fysisk makt mot pasienten.»

Forslaget ble – som det forutsetningsvis framgår ovenfor – ikke fulgt opp. Årsaken var stor motstand i høringsrunden. Dels var denne ideologisk betinget, dels uttrykk for en frykt for en nedbygging av kvaliteten i tjenestetilbudet til personer med psykiske helseproblemer.¹²⁸⁹

På russiden er arenaspørsmålet i dag mindre aktuelt ved at alle inngrepshjemler er knyttet til institusjon, jf. forskrift om rettigheter og tvang i rusinstitusjon. Helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 10 regulerer bare spørsmålet om frihetsberøvelse.

¹²⁸⁶Se Ot.prp. nr. 64 (2005–2006) s. 35

¹²⁸⁷Se Ot.prp. nr. 64 (2005–2006) s. 48

¹²⁸⁸Høringsnotat om rettssikkerhet og særlige tiltak for mennesker under psykisk helsevern (psykiatriloven)

¹²⁸⁹Se nærmere Ot.prp. nr. 11 (1998–1999) s. 68–70 og 72–73

25.2.3 Typer av tjenester som kan gis selv om personen motsetter seg dette

25.2.3.1 *Undersøkelse og behandling*

Psykisk helsevernloven omfatter i første rekke «undersøkelse og behandling» av mennesker på grunn av psykisk lidelse, jf. psykisk helsevernloven § 1-2 første ledd. Særlig hjemmel for slike tiltak uten eget samtykke – ofte omtalt som tvangsbehandling – er gitt i § 4-4. Skjermingsbestemmelsen i § 4-3 bør som utgangspunkt ses under samme synsvinkel, i den grad tiltaket iverksettes «av behandlingsmessige grunner», jf. § 4-3 første ledd.

En annen problemstilling er om blodprøvetaking uten samtykke fra personen – eventuelt under motstand – for å følge opp igangsatt behandling har hjemmel. Her kommer hensynet til faglig forsvarlighet inn som et tolkningsmoment, men spørsmålet reiser tvil i praksis.

Endelig skal nevnes spørsmålet om blodprøvetaking for å avkrefte somatiske årsaker til en psykisk tilstand som et ledd i utredningen av om tvungent vern skal etableres. Dette har i dag neppe hjemmel uten personens samtykke, og anvendeligheten av pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A er krevende når rammen er «undersøkelse [...] av psykisk lidelse».

Pasient- og brukerrettighetsloven dekker alle typer «helsehjelp», også undersøkelse og behandling. Regelsettet er likevel avgrenset mot «[u]ndersøkelse og behandling av psykisk lidelse», jf. § 4A-2 andre ledd. Helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 10 hjemler ikke særlige behandlingstiltak. Dette reiser enkelte avgrensningsspørsmål all den tid formålet med oppholdet blant annet er «tilrettelegging av behandling», jf. § 10-2 første ledd. Helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 kan hjemle «opplærings- og treningstiltak», jf. § 9-5 tredje ledd bokstav c, og rimeligvis nødvendige undersøkelser i den forbindelse. Slike tiltak vil vanligvis omtales som «habilitering», men grensen mot behandlingsbegrepet er flytende. Medisinsk undersøkelse og behandling, samt behandling av psykiske helseproblemer i sin alminnelighet, faller utenfor dette regelverkets virkeområde.

25.2.3.2 *Andre former for helse- og omsorgstjenester*

Pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A dekker som nevnt alle typer helsehjelp. Helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 omfatter pleie- og omsorgstjenester i bred forstand: dette ved at også forebyggende tiltak og habilitering omfattes.

I tillegg til undersøkelse og behandling, omfatter psykisk helsevern «den pleie og omsorg dette krever», jf. psykisk helsevernloven § 1-2 første ledd. Dette blir også reflektert i andre og tredje ledd som definerer tvungen observasjon og tvungent psykisk helsevern. Et spørsmål er om inkluderingen av pleie og omsorg skal tolkes som en forutsetningshjemmel for tvang. I Helsedirektoratets rundskriv synes det å være lagt til grunn, selv om gjennomføring under protest ikke kommenteres særskilt:

«Ved at pleie og omsorg inngår i definisjonene av tvungen observasjon og tvungent psykisk helsevern, er det forutsatt at pasienten også uten eget samtykke får slik hjelp til stell og daglig hygiene at vedkommende ikke utsettes for helsefare. Tiltakene må være forholdsmessige og ikke mer omfattende enn nødvendig.»¹²⁹⁰

Mangelen på en særlig hjemmel reduserer den formelle rettssikkerheten rundt slike tiltak, og skaper blant annet usikkerhet ved om fysisk makt kan brukes. Etter det utvalget kjenner til, blir det ved enkelte institusjoner fattet vedtak om pleie- og omsorgstvang der gjennomføringen føres i tvangsmiddelprotokollen som framlegges for kontrollkommisjonen. Mangelen

¹²⁹⁰Helsedirektoratet, IS-1/2017, s. 8

på uttrykkelig hjemmel skaper likevel uklarhet rundt hva som er riktig prosedyre. Ved ytterligere behov for somatisk helsehjelp vises det i rundskrivet til de alminnelige regler i pasient- og brukerrettighetsloven.

Helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 10 regulerer bare spørsmålet om tvangsinnleggelse og tvungent tilbakehold. Bestemmelser om inngrep under oppholdet er gitt i forskrift om rettigheter og tvang i rusinstitusjon. Tvang i individuelle omsorgstiltak utenfor eventuelle nødsituasjoner, har ikke hjemmel her.

25.2.4 Typer av gjennomføringstiltak som kan ha hjemmel

Noe annet enn hvilke typer av tjenester som kan gis – og dermed formål som kan ivaretas –, er spørsmålet om hvilke virkemidler som kan brukes i gjennomføringen. Også på dette punkt er det store forskjeller i dagens lovgivning.

Etter pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A har man ikke angitt positivt hvilke former for inngripende tiltak som kan ha hjemmel. Det ble vurdert tilstrekkelig å avgrense hjemlene gjennom generelle krav for bruk av tvang. I pasient- og brukerrettighetsloven § 4A-4 andre og tredje ledd er det gitt eksempler på hvilke tiltak som *kan ha* hjemmel.

«Pasienten kan blant annet legges inn ved helseinstitusjon og holdes tilbake der dersom det er nødvendig for å få gjennomført helsehjelpen.

Dersom lovens vilkår er oppfylt, kan videre varslings- og lokaliseringssystemer med tekniske innretninger og bevegelseshindrende tiltak som belter og lignende anvendes.»

Samtidig er denne opplistingen ment å ha en avgrensende funksjon. Av forarbeidene framgår at departementet har vurdert disse tiltakene som så inngripende at «dei må heimlast særskilt».¹²⁹¹

Bildet er vesentlig det samme etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9. Som en sidevirkning av tvangsdefinisjonen i § 9-2 andre ledd, er det her klargjort at «inngripende varslingsystemer med tekniske innretninger» alltid skal regnes som «tvang eller makt». Gjennom rundskriv IS-10/2015 er det blitt klart at slike tiltak også kan brukes i observasjonshensikt. Etter kapittel 9 er det i tillegg gitt særlige regler om enkelte tiltak som oppfattes som rettssikkerhetsmessig særlig problematiske (§ 9-6). Dette gjelder:

- bruk av mekaniske tvangsmidler (første ledd)
- skjerming med skadeavvergende formål (andre ledd)
- opplærings- og treningstiltak (tredje ledd)

I kontrast til denne reguleringsmodellen står psykisk helsevernloven kapittel 4, som langt på vei også er adoptert i forskrift om rettigheter og tvang i rusinstitusjon. Her er hovedbildet at det positivt er angitt hvilke tiltak som kan ha hjemmel. Flere av disse gjelder – eller kan gjelde – gjennomføringstiltak. Innskrenking i kontakt med omverdenen (§ 4-5) og rusmiddeltesting (§ 4-7 a) bør ses under denne synsvinkelen, se punkt 25.5.5. Det samme kan bestemmelsen om tvangsmiddelbruk (§ 4-8) som ikke er skarpt avgrenset til tradisjonelle nødssituasjoner.

¹²⁹¹Ot.prp. nr. 64 (2005–2006) s. 44, jf. Helsedirektoratet, IS-8/2015, s. 123

Paragraf 4-2 om «vern om personlig integritet», er ingen inngrepshjemmel – med unntak for å gi husordensregler.¹²⁹²

Psykisk helsevernlovens reguleringsmodell gir på denne måten en tilsynelatende klarhet gjennom sin oppregning av tiltak. Det hefter likevel uklarhet ved gjennomføringsspørsmål i flere relasjoner, særlig om rammene for fysisk maktbruk, men også bruk av psykisk tvang. Et slikt problem punkt som ikke har fått sin avklaring, er om gjennomføring av behandling med legemidler eller ernæring etter psykisk helsevernloven § 4-4 der personen motsetter seg dette, først skal kunne skje med fysiske maktmidler der vilkårene i psykisk helsevernloven § 4-8 er oppfylt. I rundskriv IS-1/2017 finner vi motstridende utsagn.¹²⁹³ I kommentarene til § 4-4 første ledd første punktum gis det en klar henvisning til § 4-8:

«Dersom det ved gjennomføring av behandlingen er nødvendig å utøve tvang (holding eller mekaniske tvangsmidler) må det treffes særskilt vedtak om dette (§ 4-8).»

I kommentarene til § 4-8 uttales derimot:

«Det er ikke anledning til å benytte tvangsmidler i behandlingsøyemed. Behandling uten eget samtykke er i sin helhet regulert i § 4-4.»

Sivilombudsmannen adresserer en parallell problemstilling i temarapporten om skjerming.¹²⁹⁴ Det blir der konkludert med at fysisk maktbruk «åpenbart» ikke har hjemmel som gjennomføringstiltak ved skjerming med mindre vilkårene i § 4-8 er oppfylt. Etter utvalgets oppfatning er problemstillingen først og fremst en illustrasjon på hvordan uklarhet i regelverket springer ut av den regulerings teknikken som er brukt i psykisk helsevernloven.

Slike er det flere av. Blant annet er det et spørsmål om det etter kapittel 4 er hjemmel for såkalt «fotfølging» eller kontinuerlig observasjon. I rundskrivet forutsettes det ett sted at så er tilfelle.¹²⁹⁵ Men gjelder det også der personen motsetter seg tiltaket? I kjølvannet oppstår spørsmålet om observasjon med tekniske innretninger for varsling, lokalisering og observasjon kan ha hjemmel i psykisk helsevern. Etter det utvalget erfarer er ikke det en helt ukjent problemstilling.

Selv om hverken pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A eller helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 inneholder en positiv oppregning av hvilke gjennomføringstiltak som kan benyttes, betyr ikke det uten videre at de samme tiltak som er nevnt i psykisk helsevernloven kan ha hjemmel. Tvert imot vil avgrensningen av begge disse regelverkene mot undersøkelse og behandling av psykiske helseproblemer representere viktige innskrenkninger. Tiltak som nevnt ovenfor etter psykisk helsevernloven kapittel 4, vil derfor i alle fall måtte ha en annen begrunnelse og – til dels – en annen innretning om de skal være aktuelle å hjemle etter andre regelsett.

¹²⁹²Dette synes også forutsatt i Ot.prp. nr. 11 (1998–99) s. 99–100

¹²⁹³Helsedirektoratet, IS-1/2017

¹²⁹⁴Sivilombudsmannen, 2018 s. 44

¹²⁹⁵Helsedirektoratet, IS-1/2017, i kommentaren til psykisk helsevernloven § 4-4 fjerde ledd. I kommentaren til psykisk helsevernloven § 18 i samme dokument legges det til grunn at fotfølging faller utenfor skjermingsbegrepet.

25.2.5 Inngrepsterskel

Etter pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A er risiko for «vesentlig helseskade» for pasienten gjort til et vilkår for tvang, jf. § 4-3 andre ledd bokstav a. I forarbeidene er «vesentlig»-kravet presisert til at helseskaden «må ha eit betydeleg omfang og/eller alvorlege konsekvensar».¹²⁹⁶

I helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 opererer man også med et vesentlighetskrav, men her knyttet til et bredere skadebegrep: «hindre eller begrense vesentlig skade», jf. § 9-5 andre ledd siste setning. I rundskriv IS-10/2015 er dette presisert gjennom følgende kategorier (s. 74–77): (1) Fysisk skade på egen person, (2) psykisk skade på egen person / hemning av egen utvikling, (3) sosial fornedring, (4) skader på andre personer, (5) materielle skader på egne eiendeler, og (6) materielle skader på andre sine egendeler.¹²⁹⁷

Fordi skadebegrepet i liten grad setter grenser for hvilke interesser som kan ha vern gjennom et inngrep, får vesentlighetskravet en særleg viktig avgrensende funksjon. I forarbeidene er kravet presisert gjennom generelle formuleringer om at det må være fare for skade av «betydelig omfang» eller «alvorlige konsekvenser»,¹²⁹⁸ tilsvarende det som er brukt i forarbeidene til pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A.

Liv og helse har det sterkeste vernet. I Rt. 2004 s. 1588 la Høyesterett til grunn – prejudisielt i en arbeidsrettssak – at riving av egen T-skjorte ikke kvalifiserte til «vesentlig skade».¹²⁹⁹ Dette gjaldt et enkeltstående nødsinngrep. Ved planlagte intervensjoner utenfor nødtilfellene kan det derimot være åpning for å se skadeutviklingen og -omfanget over tid. På den andre side kommer de særlige formålsskrankene nedfelt i helse- og omsorgstjenesteloven § 9-5 tredje ledd bokstav c inn: Tiltaket må «dekke pasientenes eller brukernes grunnleggende behov for mat og drikke, påkledning, hvile, søvn, hygiene og personlig trygghet». Om det å verne personen mot å ødelegge egne ting faller inn under «personlig trygghet», er ut fra ordlyden tvilsomt. Spørsmålet kan være aktuelt ved tiltak for å forebygge materiell skade, for eksempel i form av innlåsing av stereoanlegg når dette ikke er i bruk.

Psykisk helsevernloven inneholder i kapittel 4 enkelte bestemmelser som åpner for individuelle, behandlingsrettede tvangsinngrep. Helt sentralt står naturligvis § 4-4. Karakteristisk her er at man ikke har formulert en spesifikk inngrepsterskel i form av et skadekrav. Tilsvarende gjelder etter § 4-3 om skjerming, § 4-5 om innskrenking i kontakt med omverdenen og § 4-7 a om rusmiddeltesting – alle bestemmelser der vedtaket kan eller skal knyttes til et behandlingsformål. Mangelen på skadekriterier i de nevnte bestemmelser kan delvis ses som en refleks av behandlingskriteriet for etablering av tvungent vern – som er gjentatt i § 4-4 fjerde ledd, se punkt 14.4.1.2 og 24.8.3 der relasjonen til et skadekriterium er omtalt av utvalget.

¹²⁹⁶Ot.prp. nr. 64 (2005–2006) s. 37

¹²⁹⁷Helsedirektoratet, IS-10/2015, s. 74–77

¹²⁹⁸Se Ot.prp. nr. 57 (1995–1996) s. 13 og 16

¹²⁹⁹Rt. 2004 s. 1588, s. 1592

I femte ledd er det derimot fastsatt at fare for «vesentlig helseskade» kan grunngi at man fraviker kravet om fem døgnns observasjonstid. Men her har uttrykksmåten en annen – og nærmest motsatt – funksjon ved at den innsnevrer en prosessuell rettssikkerhetsgaranti.

Et skadekriterium har karakter av en mer håndfast begrensning av situasjonen hvor det skal kunne gripes inn. Det som etter de nevnte bestemmelser i psykisk helsevernloven kapittel 4 er satt i stedet, er formuleringer om nødvendighet, i ulike variasjoner. Paragraf 4-4 er mest ordrik i denne relasjon, og inneholder på ulike måter formuleringer om frivillighet først, forholdsmessighet og faglighet (forsvarlighet og anerkjente metoder). Den generelle bestemmelsen om vern av personlig integritet i § 4-2 uttrykker mye av det samme i sitt første ledd:

«Restriksjoner og tvang skal innskrenkes til det strengt nødvendige, og det skal så langt det er mulig tas hensyn til pasientens syn på slike tiltak. Det kan bare benyttes tiltak som gir en så gunstig virkning at den klart oppveier ulempene med tiltaket. Er mindre inngripende tiltak tilstrekkelig, skal disse benyttes.»

25.2.6 Forhåndssamtykke til tvang

Som nevnt i punkt 24.7 er grunnholdningen restriktiv til å akseptere samtykke til tvang etter gjeldende rett. Dette gjelder også der det er tale om andre inngrep enn frihetsberøvelse. Et uttrykk for dette finner vi i psykisk helsevernloven § 2-2 første ledd siste punktum. Her understrekes det at et samtykke til tvungent vern «ikke [innebærer] samtykke til anvendelse av § 4-4 eller § 4-5 annet ledd». (Paragraf 4-4 gjelder behandling uten samtykke, § 4-5 innskrenkninger i kontakt med omverdenen.)

I forlengelsen ligger her spørsmålet om et samtykke kan omfatte tvungent vern *uten* døgnopphold, jf. § 3-5 tredje ledd. Denne formen for tvungent vern innebærer at personen kan pålegges å møte opp til behandling, eventuelt avhentes med tvang.

Lovtekstens ordlyd i § 2-2 første ledd legger ingen begrensninger i denne retning: Personen kan samtykke «i å være undergitt reglene etter § 3-5». Rent språklig omfatter dette også tvungent vern uten døgnopphold. Spørsmålet er ikke drøftet særskilt i forarbeider eller på rundskrivsnivå, hvor tilbakeholdsproblematikken er i fokus. I dette bildet reiser likevel den eksplisitte avgrensningen mot anvendelse av § 4-4 – og den tette koblingen som her ligger til innholdet i konstruksjonen tvungent oppmøte til behandling etter § 3-5 tredje ledd – tvil.

Utvalget har ikke noe sikker oppfatning om hvordan § 2-2 første ledd på dette punkt brukes i praksis. Paragrafen anvendes i utgangspunktet i begrenset grad, og det som her reises er en ytterligere underproblemstilling. Utvalget er imidlertid kjent med at enkeltpersoner kan ha et behov for å kunne samtykke til tvungent vern uten døgnopphold for slik å kontrollere sin egen ambivalens – dette med økende styrke etter introduksjonen av § 3-3 nr. 4 om mangel på samtykkekompetanse som vilkår for tvungent vern.

Etter de andre regelsettene er det ingen bestemmelser som omhandler forhåndssamtykke til annet enn tilbakehold. Utgangspunktet er da at det ikke er hjemmel for å binde seg på denne måten.

25.2.7 Fare for andre

Spørsmålet om inngrep for å ivareta andres interesser kan oppstå i ulike varianter. Et hovedspørsmål gjelder behandlingstiltak. I psykisk helsevern er problemstillingen aktuell. Fare-for-andre-formålet er riktig nok ikke spesifikt nevnt i lovteksten som begrunnelse for behandlingstiltak, heller ikke i psykisk helsevernloven § 4-4. Dette henger sammen med at forutset-

ningen er at personen er underlagt tvungent psykisk helsevern, der fare for andre er et av alternativene, jf. § 3-3 nr. 3 bokstav b. At fare for andre kan være den bakenforliggende begrunnelsen for at behandling iverksettes er således utvilsomt, selv om vilkår som er nært beslektet med behandlingsvilkårene i § 3-3 nr. 3 bokstav a også må være oppfylt, jf. § 4-4 fjerde ledd andre punktum. Behandlingstiltak av hensyn til samfunnssikkerheten er ikke en aktuell problemstilling etter dagens øvrige regelsett.

For omsorgstiltak vil det i praksis være tale om tiltak med et blandet formål: andre blir vernet mot fare, samtidig som personen selv blir vernet mot konsekvensene av å utøve krenkelser. Problemstillingen er særlig fokusert i omsorgen for personer med utviklingshemning. Helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 hjemler inngrep i nødssituasjoner for å verne andres interesser, jf. § 9-5 tredje ledd bokstav a og b. Utenfor nødssituasjon må rammene for tiltaket begrunnes i personens egne interesser, jf. bokstav c som omfatter:

«tiltak for å dekke brukerens eller pasientens grunnleggende behov for mat og drikke, påkledning, hvile, søvn, hygiene og personlig trygghet».

I noen tilfeller har det vært tale om svært alvorlig voldsatferd. En lagmannsrettsdom gjengir

«angrep på ansatte med skrujern, forsøk på ildspåsettelse, angrep på en eldre dame under rømning, kasting av gjenstander og sten på ansatte, gjentatte ødeleggelser av inventar/TV i leiligheten hans, rømning vinterstid der han har hoppet i sjøen, farlige trafikksituasjoner når han har vært ute, utskjelling og trusler m.v. Angrepene hans kom gjerne uten forvarsel.»¹³⁰⁰

Vedkommende var underlagt et svært strengt regime som blant annet omfattet tvungen fotfølging av to personale, låsing av utgangsdør og vinduer som hadde sammenheng «med behovet for ledsagere når han er ute». Vedtaket etter kapittel 9 inneholdt også andre elementer. Det ble godtatt av retten uten at rekkevidden av bokstav c ble problematisert.

Etter pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A er det bare (vesentlig) helseskade for personen selv som kan begrunne inngrep, jf. § 4A-3 andre ledd bokstav a. Syse mener at også uakseptable luktplager kan omfattes, men konklusjonen er omstridt i lys av lovtekstens ordlyd.¹³⁰¹ Psykisk helsevernloven omfatter også «pleie og omsorg» i tilknytning til undersøkelse og behandling av psykisk lidelse, jf. § 1-2. Spørsmålet om dette også kan danne grunnlag for tiltak av hensyn til andre er ikke reist. På rusfeltet framstår omsorgsrettede tiltak for å verne andre som en uaktuell problemstilling, med reservasjon for nødssituasjoner.

25.3 Særlig om bruddflate- og gråsoneproblemer

25.3.1 Begrepsbruk

Utvalget bruker begrepene «bruddflate» og «gråsone» i sine problembeskrivelser. Gråsoneproblem står vi overfor der det er uklart hvilke regler som gjelder. Et bruddflateproblem er betegnelse på den situasjon at avgrensingene mellom regelverkene – selv om de er klare nok – skaper vansker for samhandling og helhetstenkning. Det er likevel ikke skarpe grenser mellom begrepene.

¹³⁰⁰LA-2016-80832

¹³⁰¹Syse, 2015 s. 480

25.3.2 Grensen mellom pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A og psykisk helsevernloven

25.3.2.1 *Innledning*

Fra et praktisk ståsted har særlig skjæringspunktet mellom pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A og psykisk helsevernloven kommet i fokus. I pasient- og brukerrettighetsloven § 4A-2 andre ledd heter det:

«Undersøkelse og behandling av psykisk lidelse uten eget samtykke kan likevel bare skje med hjemmel i lov 2. juli 1999 nr. 62 om psykisk helsevern.»

Her er det dels snakk om gråsoneproblemer: at det er uklart hvilket regelsett som gjelder. Dels er det tale om bruddflateproblemer: at avgrensingene mellom regelverkene skaper vansker for samhandling og helhetstenkning.

25.3.2.2 *Grensen mellom behandling og andre typer helsehjelp, særlig pleie- og omsorgstiltak*

Ett aspekt gjelder behandlingsbegrepets rekkevidde. Dette er særlig blitt satt på spissen i kjølvannet av grunnleggende endringer i psykisk helsevern med reduksjon av antall sengeplasser og overføring av ansvaret for enkeltpersoner som tidligere ble regnet som for syke til et liv utenfor institusjon, til kommunene. Det er ingen grunn til å forvente at denne tendensen vil snu i overskuelig framtid. Særlig for eldre personer med kroniske lidelser har sykehjem vist seg som et alternativ. For yngre personer kan andre former for kommunale bo- og tjenestetilbud utenfor institusjon være aktuelt. Utvalget er gjort kjent med eksempler på at enkelte fylkesmenn har gått langt i å definere tvangsbaserte tiltak overfor denne gruppen som psykiatrisk behandling – og ikke pleie-/omsorgstiltak. Resultatet er at kapittel 4 A i praksis har fått et snevert anvendelsesområde overfor personer med tradisjonelle psykiatriske tilstander: motsatt blir behandlingsbegrepet strukket langt. I Helsedirektoratets «Kartlegging av tvangsbruk overfor personer som ikke har diagnosen utviklingshemning» er ikke rekkevidden av kapittel 4A fokusert.¹³⁰² Men Helsedirektoratet har i én sak blant annet lagt til grunn at tiltak i form av «fotfølging og [å] begrense skadelig inntak av vann, i all hovedsak er fattet for å hindre at pasientens psykiske lidelse utvikler seg til det verre».¹³⁰³

Dette er en viktig del av bakgrunnen for at initiativ er tatt for å utvide rekkevidden av helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9. Pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A er i alle fall i praksis i begrenset grad blitt sett som et regelverk som kan dekke inn pleie- og omsorgsmessige problemstillinger for andre grupper enn personer med uttalte kognitive funksjonsnedsettelser, som demens.

25.3.2.3 *Hva som utgjør «behandling av psykisk lidelse»*

En annen problemstilling har vært hvordan man skal karakterisere behandling av atferdsmessige symptomer, særlig ved demens. Synspunktene har vært noe delte, men det er etter hvert lagt til grunn en streng fortolkning i administrativ praksis:

«I noen tilfeller vil tjenesten komme i den situasjonen, slik det beskrives i Fylkesmannens brev, at den eneste mulige forsvarlige behandling er antipsykotiske medikamenter. Der

¹³⁰²Brev fra Helsedirektoratet til Helse- og omsorgsdepartementet 1. oktober 2015 (15/6325-65)

¹³⁰³Brev fra Helsedirektoratet til Helse Stavanger HF 15. desember 2016 (16/32992-3)

disse medikamentene brukes som ledd i behandling av pasientens psykiske lidelser – herunder atferdsforstyrrelser og psykiske symptomer ved demens (APSD), og pasienten motsetter seg behandlingen, vil tvangsbehandlingen etter dagens regelverk måtte hjemles i psykisk helsevernloven.»¹³⁰⁴

Vanskelige grensespørsmål kan likevel oppstå. Utvalget er kjent med at det i fylkesmanns-praksis er blitt godtatt at bruk av antipsykotika for person med frontotemporal demens der stor motorisk uro «fører til fare for skjelettskade ved gjentatte slag mot gjenstander og belastningsskader på muskulaturen på grunn av langvarig gange» og redusert nærings- og væskeinntak, faller inn under kapittel 4 A. Dette ble fortolket som motoriske symptom ved en nevrogenetativ lidelse – en følge av hjerneskade –, og ikke som utslag av en psykisk lidelse.

25.3.2.4 Arenaproblematikken

Nedbyggingen av døgnplasser i psykisk helsevern reiser spørsmål om behandling av psykiske helseproblemer med tvang i framtiden også bør kunne skje utenfor godkjent spesialistinstitusjon. En side ved dette er ønsket om å unngå de belastninger eldre, skrøpelige personer kan bli utsatt for i forbindelse med transport til psykisk helsevern-institusjon for medikamentell behandling. Men også ellers kan problemstillingen være aktuell. Overfor eldre personer i sykehjem med kronifiserte psykoselidelser, kan det for eksempel være behov for skjerming i en manisk fase for å unngå reinnleggelse i lukket psykoosepost, som ofte vil utgjøre et klart større inngrep.

I det allerede siterte svarbrevet fra Helsedirektoratet til Fylkesmannen i Møre og Romsdal, gjengis fylkesmannens problemstillinger slik:

- «1) Er det i tråd med kravet til forsvarlighet at en pasient med demenslidelse som bor på kommunal institusjon må innlegges i 'ukjente' omgivelser i spesialisthelsetjenesten for å motta nødvendig behandling for 'psykiske / psykiatriske symptomer' som medisinsk faglig vurderes å være ledd i demenslidelsen? Erfaringsmessig vil en slik flytting kunne forverre pasientens tilstand, og eventuelt utløse delir.
- 2) Er det fra Statens helsetilsyn en forventning om at spesialisthelsetjenesten eventuelt har plikt til, og følgelig har kapasitet til, å motta og behandle denne pasientgruppen med hjemmel i lov om psykisk helsevern?
- 3) Hvordan skal Fylkesmannen håndtere informasjon i enkeltsaker om bruk av tvungen helsehjelp uten hjemmel i lov, når dette oppfattes som det eneste reelle behandlingsalternativet[?]

Helsedirektoratet gir ikke klare og enkle svar på disse spørsmålene, men gjør presiseringer rundt gjeldende rett så langt det er mulig, og viser for øvrig blant annet til Tvangslovutvalget.

Tilsvarende problemstillinger kan være aktuelle for andre grupper. Hva gjelder personer med utviklingshemning, har likevel spørsmålet vært lite fokusert fordi «behandling» av atferdsproblemer tradisjonelt har blitt sett på som en oppgave for habiliteringstjenesten, hovedsakelig utenfor institusjon.

¹³⁰⁴Helsedirektoratet, 2016b

25.3.3 Grensen mellom helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 og pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A

Pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A gjelder all somatisk helsehjelp til pasienter uten beslutningskompetanse («samtykkekompetanse») som motsetter seg helsehjelpen. Helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 gjelder bruk av tvang og makt som ledd i tjenester etter helse- og omsorgstjenesteloven § 3-2 nr. 6 bokstavene a til c og § 3-6 nr. 2 til personer med psykisk utviklingshemning. De aktuelle tjenestene er helsetjenester i hjemmet, personlig assistanse, plass i institusjon, herunder sykehjem og avlastningstiltak. Når det gjelder avgrensningen av virkeområdet for kapittel 9 til «helsehjelp i hjemmet», går det fram av forarbeidene til helse- og omsorgstjenesteloven at virkeområdet skal tolkes innskrenkende til bare å omfatte pleie og omsorg i hjemmesykepleie, slik rettstilstanden var før helse- og omsorgstjenesteloven.¹³⁰⁵

For helsehjelp til personer med utviklingshemning som faller utenfor virkeområdet til kapittel 9, dvs. helsehjelp som har andre formål enn pleie- og omsorgsformål, gjelder reglene i pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A. I tilfeller der tjenestene som ytes omfattes av begge regelsettene går reglene i kapittel 9 foran kapittel 4 A i kraft av å være spesialregler. Det samme synspunktet gjelder ved doble diagnoser, for eksempel demenstilstand og psykisk utviklingshemning. I slike tilfeller vil helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 gjelde så langt det rekker i kraft av å være spesialregler. Dette gir den rettssikkerhetsmessig beste løsningen. Kapittel 9 er når det kommer til prosessuelle rettssikkerhetsgarantier, særlig sterkt utbygd.

Det kan i noen tilfeller være vanskelig å avgjøre om et tiltak skal hjemles i pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A eller i helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9. Hva som er riktig lovgrunnlag må vurderes konkret i hvert enkelt tilfelle. Det er gitt veiledning for denne vurderingen i Helsedirektoratets rundskriv der det framgår at det blant annet kan sees hen til hva som skaper behovet for tiltaket, herunder om tiltaket har som direkte formål å avhjelpe en somatisk sykdomstilstand. Videre vil det kunne ses hen til om det er helsepersonell som har vurdert at det er behov for tiltaket, og om tiltaket må utføres av helsepersonell eller av personer med noe helsefaglig kompetanse. Det vil også kunne ha betydning hva slags hjelp som ville vært alternativet dersom tiltaket ikke hadde kunnet benyttes.

I rundskrivet er det også pekt på at et hjelpebehov kan bestå av flere faser. Dersom en tjenestemottaker for eksempel har fått gjennomført en stomioperasjon, vil stell av operasjonssåret frem til det er grodd anses som medisinsk behandling. Riktig lovgrunnlag vil da være pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A. Vask, stell og skifte av stomiposer etter at operasjonssåret er grodd må derimot anses for å ha pleie- og omsorgsformål, og et eventuelt behov for tvang i forbindelse med dette må vurderes etter reglene i helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9.¹³⁰⁶

Til tross for veiledningen i rundskrivet kan grensen mellom de to regelverkene være uklar. Det gjelder for eksempel i samarbeidssituasjoner mellom lege og annet helse- og omsorgspersonell der det ikke er et klart skille mellom den medisinske behandlingen og de mer pleie- og omsorgsrettede tiltak som skal settes i verk som en oppfølging parallelt eller i etterkant.

¹³⁰⁵Jf. Prop. 91 L (2010–2011) s. 418

¹³⁰⁶Helsedirektoratet, IS-10/2015, punkt 4.2.4.4

25.3.4 Grensen mellom helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 og psykisk helsevernloven

Helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 gjelder ikke diagnostikk og behandling av psykiske helseproblemer. Her er det likevel i praksis en uklar grense mot tiltak som har et forebyggende formål. Utvalget har sett eksempler på godkjenningsvedtak der det kan reises spørsmål ved om denne grensen er overtrådt.

25.3.5 Grensen mellom helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 10 og helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9

Grensen mellom kapittel 9 og kapittel 10 i helse- og omsorgstjenesteloven kan utfordres når en person med diagnosen psykisk utviklingshemning utsetter helsen for fare ved omfattende og vedvarende misbruk av rusmidler. Utgangspunktet er at reglene i kapittel 9 går foran kapittel 10 når en person kan omfattes av begge lovverkene, som følge av at kapittel 9 har status som spesialregler. Helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 gjelder imidlertid ikke diagnostiske- og behandlingsmessige tiltak, slik at det vil være reglene i kapittel 10 som gjelder dersom personen ikke selv ønsker hjelp for sitt rusproblem og ellers oppfyller vilkårene for tilbakehold i institusjon. Inngrep i nødssituasjon kan imidlertid kapittel 9 hjemle, også ved farefull rusing.

I Helsedirektoratets rundskriv IS-10/2015 er det ingen omtale av grensen mellom disse to kapitlene i helse- og omsorgstjenesteloven, sannsynligvis fordi grensen disse imellom i praksis byr på få utfordringer.¹³⁰⁷

25.3.6 Grensen mellom psykisk helsevernloven og helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 10

Begrepet «alvorlig sinnslidelse» i psykisk helsevernloven § 3-3 nr. 3 har nær tilknytning til psykosene, men også enkelte andre tilstander kan kvalifisere til tvungent psykisk helsevern. I Nasjonal faglig retningslinje for utredning, behandling og oppfølging av personer med samtidige ruslidelse og psykisk lidelse – ROP-lidelser – framgår det:

«Misbruk av rusmidler kan medføre bevissthetsmessig endring. For noen vil denne endringen være så vesentlig at tilstanden vil kunne falle inn under betegnelsen «alvorlig sinnslidelse». Når rusmiddelmisbruket utløser psykotiske symptomer, vil dette kunne medføre at lovens krav om «alvorlig sinnslidelse» er oppfylt.»¹³⁰⁸

Det framgår også av den faglige retningslinjen at det kan være vanskelig å vurdere om det kan sies å foreligge psykotiske symptomer hos en ruspåvirket person, og at det vil være art og grad av psykotiske symptomer som avgjør om hovedvilkåret er oppfylt. I tillegg er det presisert at det i denne vurderingen ikke er relevant om symptomene er utløst av rusmiddelmisbruk eller andre årsaker.

Helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 10 gir ikke hjemmel for særlige tvangsbehandlingstiltak, for eksempel tvangsmedisinering. Dette innebærer at det i enkelte tilfeller kan få avgjø-

¹³⁰⁷Helsedirektoratet, IS-10/2015

¹³⁰⁸Helsedirektoratet, IS-1948, punkt 4.2.1

rende betydning om en person som misbruker rusmidler, kan sies å ha en «alvorlig sinnslidelse» etter reglene i psykisk helsevernloven. Slik disse to regelverkene er utformet i dag, kan grensen mellom dem i en del tilfeller være uklar og gi utfordringer i praksis.

Det største kliniske problemet i skjæringspunktet mellom psykisk helsevernloven og helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 10 er at personer som burde hatt et tilbud i form av spesialisert rusbehandling blir tvangsinnlagt i psykisk helsevern fordi tjenestene i psykiatrien er mer tilgjengelige og henvisnings- og inntaksprosedyrene er enklere. Dette fører ofte til at personen blir utskrevet etter kort tid fordi vilkårene i psykisk helsevernloven ikke lenger er oppfylt (typisk når en rusutløst psykose klinger av). Dette reiser spørsmål om samordning av inntaksmønstre, se drøfting i punkt 28.5.6.

Et annet problem gjelder personer som trenger tjenester fra både tverrfaglig spesialisert behandling for rusmiddelavhengighet og psykisk helsevern, enten på samme tid eller i sekvens. Så lenge regelverkene er så ulike, og ansvaret for vedtak så forskjellig, blir det vanskelig – for ikke å si umulig – å koordinere dette godt for personer som trenger tjenester de motsetter seg. Også dette reiser spørsmål om en samordning av reglene på psykisk helsevern- og rusfeltet.

Reglene i psykisk helsevernloven kapittel 4 gjenfinnes ikke helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 10. Forskrift om rettigheter og bruk av tvang i rusinstitusjon hjemler noen av de samme tiltakene, men ikke alle. Denne asymmetrien kan skape vansker i behandlingen av personer med sammensatte problem fordi lovlige tiltak vil avgjøres ikke av personens behov, men av hvilken avdeling han eller hun er på. Bestemmelsen i psykisk helsevernloven § 1-1 andre ledd forutsetter at en person med vedtak etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 10 kan ha opphold i en institusjon for psykisk helsevern, og fasetter hvilke gjennomføringsbestemmelser som da gjelder. Dette bidrar i noen grad til å løse utfordringer.

25.4 Er en felles regulering mulig og ønskelig?

Tematikken som blir drøftet i dette kapitlet er særlig omfattende og kompleks. En felles regulering forutsetter harmonisering av et stort antall bestemmelser på et verdimessig plan. I tillegg er ulikhetene i reguleringsteknikk som er brukt stor, se punkt 25.2.4. Hele spennet fra avgrensning av hjemlene gjennom generelt formulerte vilkår til en nærmest kasuistisk tilnærming til hvilke tiltak og inngrep som skal kunne iverksettes, er representert. Felles – eller i vesentlig grad samordnete – regler, vil bety at mangfoldet av reguleringsmodeller må reduseres. At dette er mulig kan det ikke herske tvil om. Spørsmålet gjelder ønskeligheten.

I kapittel 15 er det angitt generelle hensyn som kan tale for en felles regulering. Flere gjør seg gjeldende også for tematikken i dette kapitlet som ligger i kjernen for utredningen. Særlig skal nevnes behovet for forenkling og økt tilgjengelighet og ønskeligheten av verdimessig konsistens. Sentralt som bakgrunn for oppnevningen av utvalget var erkjennelsen av at dagens regelverk er fragmentarisk. Spesielt for dette kapitlet skal framheves de uheldige gråsone- og bruddflateproblemer dette har medført, som beskrevet ovenfor. Slike utgjør i seg selv hindringer for helhetstenkning rundt individet, effektiv ressursutnyttelse og samhandling mellom ulike deler av tjenestene.

En fare ligger likevel i at felles regler kan tvinge fram for generelle – og dermed bekymringsfullt vide – tvangshjemler. En annen fare er at enkeltgruppers særlige behov ikke i tilstrekkelig grad skal bli ivarettatt innenfor en felles ramme. Hvordan man kan unngå slike uønskede sidevirkninger av et felles regelverk har vært en hovedutfordring for utvalget og har presset fram et særlig omfattende sett av særregler i lovutkastet kapittel 6. Dette speiler at kompleksiteten av de spørsmål som omhandles i dette kapitlet i utredningen, er særlig stor. Følgelig er

det også særlig vanskelig å svare et entydig ja eller nei på spørsmål om felles regler er ønskelig nettopp her. Svaret er nyansert.

25.5 Generelle vurderinger

25.5.1 Betydningen av skillet mellom tvang og ikke-tvang

Utvalget skiller gjennomgående mellom inngrep som innebærer tvang etter definisjonen i lovutkastet og inngrep som ikke innebærer bruk av tvang: enten fordi personen ikke motsetter seg tiltaket, eller fordi motstanden overvinnes med virkemidler som ikke utgjør tvang. Utenfor tvangstilfellene foreslår utvalget å videreføre hovedelementene i dagens § 4-6 i pasient- og brukerrettighetsloven, men med enkelte språklige klargjøringer og oppdateringer. Dette innebærer en betydelig lavere terskel for å yte helse- og omsorgstjenester til personer uten beslutningskompetanse som ikke motsetter seg hjelpen enn for dem som motsetter seg hjelp. En annen løsning ville innebære en uakseptabel innskrenking i sårbare personers rett til nødvendige tjenester.

Etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 er særlige rettssikkerhetsutfordringer for personer med utviklingshemning løst gjennom et bredt formulert tvangsbegrep. Samtidig kan tilsvarende sårbarhet være aktuelt overfor personer med andre diagnoser, herunder personer med demenssykdom. Utvalget har valgt å løse dette gjennom å la bestemmelsene om tvang – både vilkår og prosessuelle rettssikkerhetsgarantier – komme tilsvarende til anvendelse for «objektivt betydelig inngripende» tiltak overfor personer med «store formidlingsvansker», jf. utkastet § 1-3 fjerde ledd, se nærmere omtale i punkt 18.6.4. Særlig for behandling av psykiske helseproblemer er det viktig å understreke at enkelte tiltak har en så inngripende karakter at de også bør underkastes særlige rettssikkerhetsgarantier selv om reglene om tvang ikke kommer til anvendelse direkte eller indirekte via utkastet § 1-3 fjerde ledd. Dette omtales nærmere nedenfor.

25.5.2 Arenaspørsmålet

25.5.2.1 *Utgangspunkt*

En gjennomgående problemstilling er spørsmålet om arena: Hvor skal tvang kunne utøves, og for hvilke tiltak? Her har vi sett at dagens løsninger er svært ulike. I rusbehandlingen er problemstillingen i dag uaktuell. Psykisk helsevernloven som primært er en lov om (tilrettelegging for) undersøkelse og behandling av psykiske lidelser, er streng og åpner bare for ambulante inngrep gjennom tvungen avhenting til institusjon (såkalt tvungent vern uten døgnopphold). Pasient- og brukerrettighetsloven er nøytral med hensyn til arena, mens helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 så å si per definisjon er et regelsett om inngrep utenfor institusjon: dette som en følge av ansvarsreformen i omsorgen for utviklingshemmede.

At inngrep i institusjon kan være mindre problematisk enn inngrep utenfor institusjon, er ofte framhevet. Satsen «my home is my castle» er uttrykk for et verdisyn som kommer til uttrykk så vel i Grunnlova som i sentrale menneskerettighetsdokumenter. Særlig i omsorgen for mennesker med utviklingshemning står skillet mellom hjem og institusjon som et viktig symbol. Ut fra et menneskerettslig perspektiv er det likevel ikke et skarpt skille. En person som er innlagt i institusjon over lengre tid, vil således utmerket godt kunne påberope seg det særlige vernet for hjemmet.

I kapittel 19 har utvalget vist at det i dag ikke alltid er noe skarpt skille mellom hva som regnes som institusjon og hva som ikke blir gitt denne betegnelsen. Særlig i de kommunale omsorgstjenestene er begrepet i hurtig oppløsning og omsorgsboliger kan ha like hjelpetrengende

beboere som i sykehjem. Det er ofte andre drivkrefter som bestemmer «hjemlingen», som til syvende og sist er opp til kommunen selv, herunder de til enhver tid gjeldende finansieringsordningene.

I enda sterkere grad enn for tvangsinnleggelse og tvungent tilbakehold, framstår det for andre tiltak som klart at institusjonsbegrepet ikke kan utgjøre en ramme for hvor tvang skal kunne utøves. Et annet standpunkt ville presse fram en omfattende utbygging av institusjonsomsorgen på ulike felter, noe ingen ønsker. Tvangsreglene bør ikke ha slike mulige «vridningseffekter». I utgangspunktet synes det derfor klart at et felles regelverk bør være arenanøytralt.

Noe annet er at bruk av tvang utenfor en tradisjonell institusjonsramme av andre grunner (enn de ideologiske) kan framstå som særlig problematisk. Dette har dels sammenheng med at miljøet der tiltaket da blir utøvd, er mindre gjennomslukt. Det kan slik bli vanskeligere å føre kontroll og å få klarhet i hva som er skjedd og hvordan. Den uformelle sosiale og faglige kontroll helsepersonell utøver seg imellom, er i seg selv en viktig rettssikkerhetsmekanisme ved utøving av tvang. Dette er et spørsmål om hvilke krav som skal gjelde i gjennomføringsfasen og er vurdert nærmere i punkt 27.4.

25.5.2.2 Er det ønskelig med en oppmykning av dagens arenabegrensninger i behandlingstiltak?

25.5.2.2.1 Psykisk helsevern

Psykisk helsevernloven er i dag eneste mulige hjemmelsgrunnlag for behandling av psykiske helseproblemer. Her er det i dag ikke gitt hjemmel for bruk av tvang utenfor institusjon: ved tvungent vern uten døgnopphold kan personen kun avhentes. Ut fra sin ulike arenaavgrensning blir det dermed sentralt hvordan grensen mellom virkeområdene til henholdsvis psykisk helsevernloven og pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A må trekkes. Som det framgår under punkt 25.3.2.3, er det sentrale i den sammenheng hva som utgjør «[u]ndersøkelse og behandling av psykisk lidelse».

Et særlig kritikkpunkt har vært situasjonen for eldre, fysisk skrøpelige personer som må transporteres til institusjon i psykisk helsevern for å få sin antipsykotiske medisin. Dette kan i seg selv utgjøre en betydelig helsemessig belastning. Samtidig kan det å avslutte behandlingen framstå som et uakseptabelt alternativ. Sett fra et menneskerettslig synspunkt har snevre tvangshjemler en verdi i seg selv. Samtidig kan det i spesielle tilfeller tenkes at det foreligger en plikt til å gripe inn mot personens vilje ut fra de konsekvenser som ellers kan inntre.

Etter det utvalget erfarer har enkelte alderspsykiatriske institusjoner så å si aldri pasienter under tvungent vern uten døgnopphold: tvangen blir systematisk opphevet i forbindelse med utreise, ofte til et sykehjem. Ut fra det vi i dag vet om omfanget av bruken av antipsykotika i sykehjem, er det all grunn til å tro at den modell psykisk helsevernloven foreskriver i begrenset grad følges i praksis.

Overfor mennesker med utviklingshemning reiser diagnostisering av psykiske lidelser særlige utfordringer, blant annet knytte til formidlingsvansker. Av den grunn har psykisk helsevern ofte blitt kritisert for å yte for lite hjelp til denne gruppen som stort sett forutsettes fulgt opp av habiliteringstjenesten – hvis organisatoriske plassering kan variere mellom helseforetakene. Avgrensningen av helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 mot undersøkelse og behandling av psykiske helseproblemer bidrar heller ikke til å etablere tverrfaglig innsats i møte med utviklingshemmede som har psykiske problemer, eventuelt – som ofte vil være tilfelle – i et samspill med samhandlingsmessige utfordringer. Utvalget er imidlertid kjent med – blant annet gjennom anonymiserte vedtak som er framlagt – at tiltak er blitt godkjent av så vel fylkesmenn som fylkesnemnd som er nærliggende å karakterisere som behandling av psykiske helseproblemer.

Utvalget er kjent med at det i dag er i ferd med å etableres flere regionale enheter for personer med kombinert utviklingshemning og psykiske lidelser. Utvalget vil understreke de særlige problemstillinger dette reiser, blant annet knyttet til faren for langvarig institusjonalisering. I lys av denne persongruppens særlige vansker med å overføre erfaringer fra et læringsmiljø til et annet, vil det oftest være ønskelig med hjelp for sammensatte problemstillinger i hjemlige omgivelser. Utvalget ser det derfor som viktig å legge til rette for en tverrfaglig innsats, noe et felles regelverk kan bidra til ved å bryte ned dagens grenser knyttet til type tjenester og – ikke minst – årsak til utfordringene.

Det er gode grunner for å vise tilbakeholdenhet med å akseptere tvang utenfor institusjon, slik det framgår ovenfor. Særlig kan det sies å gjelde i spesialisert behandling hvor det ut fra tiltaks art og tradisjoner er nærliggende med en institusjonsramme. Slik utvalget ser det er det likevel nødvendig med en oppmykning. Dette springer ut fra grunnleggende endringer i tjenestene som har pågått over lang tid med nedbygging av sengeplasser og økt fokus på ambulant oppfølging.

Utvalgets lovutkast adresserer disse utfordringene. Et overordnet poeng gjelder her det strukturelle. Kapittel 6 i lovutkastet er som utgangspunkt arenanøytralt. Det er altså unntak fra dette utgangspunktet som trenger begrunnelse. Det gjelder også for psykisk helsevern.

For utvalget har det vært viktig at det skal være lett å yte helse- og omsorgstjenester til personer som ikke motsetter seg dette, men mangler beslutningskompetanse. Innstramningen av tvangsbegrepet til bare å omfatte motstandstilfellene er sentralt i den sammenhengen. Et annet grep som foreslås, er å oppheve pasient- og brukerrettighetsloven § 4-3 femte ledd som i dag presser fram bruk av tvunget vern også ved fravær av protest – dersom personen også mangler beslutningskompetanse og det foreligger mistanke om alvorlig sinnslidelse. Ikke minst i relasjon til personer med utviklingshemning og demens er dette vesentlig. Utenfor motstandstilfellene vil det etter utvalgets opplegg ikke gjelde noen arenamessige begrensninger for hvor hjelpen kan gis, selv om personen ikke er i stand til å gi et samtykke. Dette utgjør en forskjell sammenlignet med gjeldende rett.

For motstandstilfellene er bildet mer komplisert. Her foreslår utvalget at tvang som hovedregel bare kan benyttes i psykisk helsevern-institusjon, jf. lovutkastet § 6-17. Regelverket må likevel være tilstrekkelig fleksibelt til å unngå uverdige situasjoner, en problemstilling som særlig er fokusert i alderspsykiatrien. Også i motstandstilfellene er det således behov for en oppmykning. Å flytte tvang ut av institusjon vil uansett bare være aktuelt helt unntaksvis.

Utvalget ser for seg at undersøkelser av personen i sak om tvangsinnleggelse og tvungent tilbakehold, eller i sak om tvangsmedisinering for psykisk lidelse, bør kunne skje i helseinstitusjon utenfor psykisk helsevern eller i bolig særskilt tilrettelagt for heldøgns helse- og omsorgstjenester. Tilsvarende gjelder gjennomføring av tvangsmedisineringsvedtak. Forutsetningen må likevel være at dette er klart fordelaktig for personen ut fra de belastninger transport til og opphold ved institusjon for psykisk helsevern vil utgjøre. Sterke faglige grunner må også tilsi en slik løsning i det konkrete tilfellet.

Rettsikkerhetshensyn tilsier at gjennomføringen bare bør kunne skje i helseinstitusjon eller bolig særskilt tilrettelagt for heldøgns helse- og omsorgstjenester. Personens privatliv må videre sikres ved at gjennomføringen ikke kan skje på vedkommendes rom eller i lokaler han eller hun bruker i det daglige. Dette ivaretar langt på vei intensjonen i de skranker som ligger nedfelt i dagens ordning om tvungent psykisk helsevern uten døgnopphold, jf. psykisk helsevernloven § 3-5 tredje ledd. Samtidig dekkes også intensjonen i Paulsrud-utvalgets forslag til en ny form for tvungent vern for personer med aldersdemens på sykehjem, se utkastet til § 4-7 fjerde ledd i NOU 2011: 9.

Ved tvangsmedisinering har utvalget vurdert at vedtaksansvaret – og dermed også ansvaret for gjennomføringen – må ligge i psykisk helsevern. Dette ut fra de særlige rettssikkerhetsutfordringer som her reiser seg – både hva gjelder potensielle skadevirkninger av behandlingen og tvangselementet. Der personen ikke motsetter seg tiltaket, bør derimot en lege utenfor psykisk helsevern kunne fatte vedtak såfremt vedkommende står under veiledning av spesialist i psykiatri (i psykisk helsevern) i den konkrete saken. I dette ligger en forutsetning om at psykiateren normalt selv bør ha undersøkt pasienten, eventuelt sammen med den vedtaksansvarlige. Utvalget vurderer at denne modellen vil ha et større potensiale til å ivareta rettssikkerheten enn dagens lovgivning der de formelle reglene er strenge, men har vansker med å vinne nødvendig gjennomslag i praksis.

Overfor utvalget har det også kommet innspill om behov for at skjermingstiltak bør kunne gjennomføres utenfor psykisk helsevern, i praksis i sykehjem eller særlig tilrettelagt bolig. Dette kan være aktuelt stilt overfor personer med omfattende og kronifiserte psykiske helseproblemer. Som det framgår i punkt 25.6.3 er imidlertid bruk av skjerming omstridt. Utvalget foreslår vesentlige klargjøringer og innstramminger i bruken av dette tiltaket i psykisk helsevern. Slik situasjonen er i dag vurderes det derfor ikke som forsvarlig å desentralisere bruken til kommunene. Gitt dette vil imidlertid utvalget understreke viktigheten av at spesialisthelsetjenesten i større grad tar ansvar for enkeltpersoner med omfattende psykiske helseproblemer og tilknyttede store atferdsmessige utfordringer. Her er utvalget kjent med eksempler som kommunene vanskelig kan håndtere ut fra de inngrepshjemler som i dag gjelder eller bør gjelde i framtiden.

25.5.2.2.2 Rusbehandling

Helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 10 hjemler bare tvangsinnleggelse og tvungent tilbakehold i spesialistinstusjon. Under oppholdet er det ikke hjemmel for tvang i behandling. Utvalgets tvangsbegrep innebærer her en oppmykning for personer uten beslutningskompetanse, noe som mer sjelden vil være forekommende i denne gruppen, i alle fall over noe tid. Hva som ligger i denne oppmykningen omtales i punkt 25.6.6. I punkt 25.6.7.2 vurderer utvalget spørsmål om hjemmel for oppmøteplikt ved behandlingsinstusjon for personer med rusproblemer som mangler beslutningskompetanse og som motsetter seg tiltaket.

25.5.3 Personkretsen

Som nevnt er det reist spørsmål om å utvide området for helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 til å gjelde personer med et sammenlignbart behov for hjelp som mennesker med utviklingshemning kan ha. Denne tanken synes å basere seg på et synspunkt om kapittel 9 som et stort sett tjenlig og velfungerende regelverk, dernest på at pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A ikke utgjør et tilstrekkelig grunnlag for å yte særlig pleie- og omsorgstjenester i kommunen overfor alle personer som har behov for dette. En felles regulering kan slik gi en ønsket *avklaring*, blant annet i lys av en mulig tilbakeholdenhet i fylkesmennenes praksis med å åpne for bruk av kapittel 4 A utenfor sitt kjerneområde (demens), se punkt 25.3.2.2. I Helsedirektoratets «Kartlegging av tvangsbruk overfor personer som ikke har diagnosen utviklingshemning» blir det vurdert at «dagens avgrensninger i regelverket ikke er hensiktsmessige når det gjelder virkeområder knyttet til tjenestenivåer og diagnosekriterier». ¹³⁰⁹ Felles regler vil også kunne avhjelpe uttalte hjemmelsproblemer for pleie- og omsorgstiltak i psykisk helsevern.

¹³⁰⁹Brev fra Helsedirektoratet til Helse Stavanger HF 15. desember 2016 (16/32992-3)

Hvordan felles regler kan gjøres diagnosenøytrale er grundig drøftet tidligere i utredningen. Enkelte overordne vurderinger er nedfelt i punkt 14.4.2.7, og dette er så igjen utdypet i relasjon til tvangsinnleggelse og tvungent tilbakehold i punkt 24.8.2. Spørsmålet står i samme stilling her. Utvalgets vurdering er altså at det er personens sterke behov for den hjelp tjenestene kan tilby i kombinasjon med mangel på beslutningskompetanse, som skal utgjøre inngangsportalen til tvang. Unntak gjelder selvsagt også her ved fare for andre.

Fordi det foreslås et nytt vilkår – «sterkt behov» – på et sentralt punkt i lovutkastet, har utvalget funnet det hensiktsmessig å illustrere innholdet gjennom ulike eksempler. I relasjon til frihetsberøvelse ble dette gjort i punkt 24.8.2.12.4. Her skal nye eksempler gis i lys av problemstillingene i dette kapitlet. Faktaopplysningene i eksemplene er begrenset, så hovedpoenget er å tydeliggjøre retningen og prinsippene i de vurderingene som må gjøres. Vurderingene skal også gjøres uavhengig av spørsmålet om eventuell tvangsbruk, noe eksemplene speiler. Utvalget presiserer at eksemplene ikke tar hensyn til andre av lovutkastets vilkår, men bare fokuserer på «sterkt behov».

Boks 25.2 Omsorgstjenester til personer med utviklingshemning – begge sider av grensen («sterkt behov» / «ikke sterkt behov»)

Jakob er 17 år. Da han var fem år fikk han diagnosen moderat utviklingshemning. Etter ungdomskolen har han isolert seg mer og mer i hjemmet. Han har «droppet ut» av videregående skole. Hjemme kan han oppføre seg truende og voldelig. Nylig slo han søsteren og kastet buret med undulaten i rett i gulvet. Dette som en følge av at lillesøsteren ba han om å ikke slippe undulaten ut. Det har vært flere episoder der politiet er blitt tilkalt for å «roe situasjonen ned». Han er i perioder hjemme alene, og da har det skjedd flere nestenulykker. For eksempel har han glemt å slå av plater på komfyren, og en gang støvsuget han glør i peisen.

Dette tilbys av tjenester i første omgang:

Kommunen:

- plass på aktivitetssenteret
- døgnbasert avlastningstiltak
- settes opp på venteliste for plass i heldøgns omsorgsbolig

Spesialisthelsetjenesten:

- fornyet evneutredning for å sørge for at tjenestetilbudene er mest mulig tilrettelagte for hans vansker
- utredning av tillegg utfordringer som kan ha blitt oversett da han var fem år, f.eks. gjennomgående utviklingsforstyrrelse og ADHD

Vurdering:

Det er helt nødvendig å bryte opp en isolert og ensformig tilværelse for Jakob, samt avgrense belastningene for resten av familien, særlig mor som er alenemor, sykemeldet og hjemme på dagtid. Det er stor fare for at situasjonen eskalerer til å bli enda mer u håndterlig og vanskelig å snu. I verste fall kan det for Jakob ende med tapte utviklingsmuligheter, aktivitetsbegrensninger og omsorgssvikt. De tiltak som tilbys har man på et faglig grunnlag stor tro på vil avhjelpe situasjonen, eventuelt med nødvendige tilpasninger underveis. I denne saken er det å gi hjelp ikke bare et spørsmål om å oppfylle Jakobs rett til nødvendige helse- og omsorgstjenester – jf. pasient- og brukerrettighetsloven § 2-1 a andre ledd –, men situasjonen er så tilspisset og alvorlig at han må sies å ha et «sterkt behov» for den hjelp som nå tilbys.

Plass i barnebolig anses det ikke å være «sterkt behov» for nå. Selv om Jakob har et omfattende oppfølgingsbehov, kan situasjonen avhjelpes med mindre omfattende tiltak. Jakobs problemer blir i første omgang forstått som et uttrykk for manglende tilrettelagte tjenester og at han mangler et meningsfullt innhold i hverdagen. Innleggelse i psykisk helsevern er det allerede av denne grunn helt klart ikke «sterkt behov» for.

[Boks slutt]

Boks 25.3 Helsehjelp til barn med utviklingshemning – begge sider av grensen («sterkt behov» / «ikke sterkt behov»)

Sofie har cerebral parese og en dyp utviklingshemning. Klinisk ernæringsfysiolog (KEF) ved sykehuset har anbefalt at hun må få i seg tre næringsdrikker daglig, næringsberike maten og konsistenstilpasse all mat, samt være bevisst på å spise mest mulig moset kjøtt og fisk med saus til. Hun bor hjemme hos begge foreldrene. Mor forteller at hun spiser, men at det stiller krav til teknikk og motiveringsarbeid. Noen ganger blir det ikke mer enn 2-3 spiseskjeer med middag, og litt væske. Foreldrene har ønsket å opprettholde spisefunksjon. Assistentene på videregående skole opplever det som svært krevende, og får knapt i henne noe som helst mat og drikke. Sofie veier 35 kilo og er 162 cm høy, som gir en svært lav ISO-KMI. Klinisk ser hun svært avmagret ut og virker trett.

Dette tilbys i første omgang:

Kommunen:

- regelmessige fastlegebesøk for å følge med på vektutvikling og ta relevante blodprøver
- opplæring i bruk av PEG og behov for ernæring

Spesialisthelsetjenesten:

- gastrokirurgisk legger inn PEG for å tilføre ernæring direkte til magesekken
- henviser til stomisykepleier og ernæringsfysiologi

Vurdering:

På grunn av faretruende lav ISO-KMI og store spisefunksjonsvansker, har hun sterkt behov for PEG og at det blir tatt blodprøver relatert til underernæring. På tross av sterk motivasjon hos nærpersioner til å opprettholde spisefunksjon, har man ikke lyktes å få i henne tilstrekkelig med næringsstoffer. Utviklingen det siste halvåret viser at vektutviklingen går i feil retning. Hun vil ikke tåle en tilsvarende prosent i vekttap det neste halve året, og er derfor i «sterkt behov» av den hjelpen som nå tilbys.

Sofie ville ikke hatt sterkt behov for PEG dersom vektutviklingen det siste halvåret hadde vært i positiv retning, og at man maktet å følge opp råd fra spesialisthelsetjenesten. Da ville det ha vært tilstrekkelig at fastlegen fulgte med på vektutviklingen, eventuelt at man henviste til habiliteringstjenesten i spesialisthelsetjenesten for råd og veiledning til pårørende og kommunalt personell.

[Boks slutt]

Boks 25.4 Psykisk helsevern, medikamentell behandling – over grensen («sterkt behov»)

Terje har slitt med psykiske plager gjennom det meste av voksenlivet, og diagnosen paranoid schizofreni ble stilt da han var i tyveårene. Nå er han femtifire, og han er fremdeles sterkt preget av avvikende tanker og hørselshallusinasjoner. Han gjør seg underlige tanker om spionering og trakassering, og han mener at hjemmesykepleien og fastlegen er trukket inn i dette. Derfor nekter han å gå til lege og slipper ikke inn sykepleierne som vil se til ham. For fire uker siden slutten han også å ta medisiner fordi han mener de inneholder noe helt annet enn det som står på pakken. Bekymrede naboer har kontaktet politiet fordi de ikke har sett han på lenge og tviler på at han får skaffet seg mat. Politiet tar seg inn i huset hans med makt. Det er uryddig og skittent. De finner pasienten avmagret og forvirret, og Mattilsynet må tilkalles for å ta hånd om de forkomne kjæledyrene hans.

Vurdering:

Uten medikamentell behandling viser erfaring at Terje ikke er i stand til å bo alene, motta helse- og omsorgstjenester fra kommunen og opprettholde et minimum av hygiene. Under stabil behandling har han tidligere maktet å opprettholde sosial omgang, stelle huset og engasjere seg i fritidsaktiviteter. Uten behandling trekker han seg fra all kontakt og aktivitet, og etter en tid slutter han å ta medisiner. Det ender som regel med kraftig forverring og behov for innleggelse. Ut fra tidligere erfaringer har han – ut fra objektive kriterier – både stor virkning og stor nytte av aktuell behandling. De belastningene han påføres uten medikamentell behandling tilsier at han har «sterkt behov» for den behandling som tilbys av psykisk helsevern.

[Boks slutt]

Boks 25.5 Psykisk helsevern, medikamentell behandling – under grensen (ikke «sterkt behov»)

Bente har fått stilt diagnosen paranoid schizofreni. Problemene begynte sent i livet og etter at hun hadde fullført utdannelsen som historiker. De psykiske plagene førte etter hvert til skilsmisse og lite kontakt med barna, men hun har fortsatt som lærer i videregående skole frem til hun nå er blitt seksti år. Med flere års mellomrom ble hun sykmeldt i noen måneder i forbindelse med perioder der hun var irritabel, mistenksom og overaktiv. Etter noen uker på sykehus, og med antipsykotiske medisiner, kom hun seg i arbeid på ny og fungerte godt i noen år før en ny episode med mistenksomhet kom over henne. For å forhindre nye episoder har hun i mange år vært medisinerert med injeksjoner hver fjerde uke. Hun er svært misfornøyd med dette fordi medisinen reduserer den psykiske energien, svekker hukommelsen og gjør henne mindre interessert i hennes historiske spesialfelt.

Vurdering:

De faglige retningslinjene tilsier langvarig, fast bruk av antipsykotisk medisin. Samtidig har det vist seg at Bente i stor grad klarer å leve et selvstendig og ordnet liv uten hjelp fra eller kontakt med psykisk helsevern. Det er langt mellom hvert tilbakefall og hun opprettholder et normalt funksjonsnivå i lang tid etter at hun har sluttet med medisinen. Dette tilsier at hun ikke har et «sterkt behov» for behandlingen, selv om den kan være til nytte.

[Boks slutt]

25.5.4 Typer av tjenester og gjennomføringstiltak som skal kunne ha hjemmel

25.5.4.1 Innledning: generelle vurderinger av reguleringsmodell

Som allerede pekt på er det brukt svært uensartede reguleringsmodeller i dagens ulike regelsett på tvangsfeltet:

- Etter pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A avgrenses tvangsfullmaktene negativt gjennom generelt formulerte vilkår.
- Etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 er bildet i hovedtrekk det samme (som etter kapittel 4 A), men det er i tillegg klarere stilt opp særlige grenser for bruk av enkelte tiltak, jf. § 9-6.
- Etter psykisk helsevernloven kapittel 4 er det valgt en nærmest kasuistisk reguleringsmodell der man positivt har gitt bestemmelser om spesifikke behandlings- og gjennomføringstiltak. Denne reguleringsmodellen er adoptert i forskrift om rettigheter og tvang i rusinstitusjon (for gjennomføringsdelen).

Ulikhetene reflekterer, slik utvalget ser det, først og fremst forskjellige tradisjoner og tidsepoker da regelsettene ble utformet: og i mindre grad at det gjør seg gjeldende ulike hensyn på feltene i dag. Således er det rimelig å se den nærmest kasuistiske tilnærmingen i psykisk helsevernloven kapittel 4 som uttrykk for at man tradisjonelt har hatt hovedfokus på spørsmålet om tvangsinnleggelse og tvungent tilbakehold, mens hva som skjer under oppholdet har fått større oppmerksomhet etter hvert. I den forbindelse har enkeltbestemmelser blitt føyd til for å løse konkrete problemsituasjoner det er blitt en særlig oppmerksomhet rundt.

Når man har valgt en annen modell etter pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A og helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9, er det særlig ut fra følgende synspunkt:

- variasjonsbredden i problemsituasjoner som kan opptre i det virkelige liv er svært stor
- behovet for å tilpasse tiltaket til hva som er minst inngripende i det individuelle tilfellet

Dette uttrykkes slik i forarbeidene til pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A:

«Det er ikkje uttømmmande spesifisert i lovutkastet kva tiltak det er høve til å bruke. «Bakgrunnen for det er at det er vanskeleg å få oversikt over kva typar tiltak det kan vere aktuelt å bruke, samtidig som ein snever spesifikasjon kan utelukke tiltak som etter ei konkret vurdering kan vere det minst inngripende i det enkelte tilfellet.»¹³¹⁰

En svakhet ved den reguleringsteknikken som er valgt i psykisk helsevernloven, er at problemstillinger til stadighet står «uløst», eller i alle fall utilfredsstillende løst. Det gjelder både om type tjenester og gjennomføringstiltak, se punkt 25.2.3 og 25.2.4. Etter det utvalget erfarer er det eksempler på at dagens hjemmelssituasjon i klinikken legger grunnlaget for økt bruk av ulovfestet nødrett, sammenlignet med det som ville blitt akseptert ved et mer heldekkende regelregime. Tilsvarende er påpekt hva gjelder reguleringen av nødinngrep, se punkt 23.2.2. Ulovfestet nødrett ivaretar rettssikkerheten dårlig. Særlig i psykisk helsevern er det behov for en mer heldekkende regulering der uhensiktsmessige hull i hjemmelsbildet – bruddflater – tettes og det skapes klarhet om de rettslige rammene (gråsoner fjernes). Å innlemme psykisk helsevern i et felles regelverk vil fremme en slik målsetning.

Innenfor en samordnet og felles tvangslovgivning vil det være umulig å basere seg på den reguleringsteknikken som i dag er valgt i psykisk helsevernloven kapittel 4. Utvalget har også

¹³¹⁰Ot.prp. nr. 64 (2005–2006) s. 43.

forkastet en kasuistisk reguleringsteknikk i relasjon til nødsinngrep. De samme hensyn gjør seg grunnleggende sett gjeldende. Slik utvalget vurderer det er det modellen som er valgt i helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 som alt i alt framstår som den beste ved at man kombinerer generelt formede begrensninger i tvangshjemlene med særlige bestemmelser for enkelte typer av tiltak som framstår som rettssikkerhetsmessig særlig problematisk. Ut fra den større villighet til tvangsbruk det er tradisjon for i psykisk helsevern enn på andre felt, er det likevel behov for flere avgrensende grep der. Slike skal drøftes i resten av kapittel 25.

25.5.4.2 *Behov for særlig hjemmel for enkelte tiltak?*

Som det framgår ovenfor, markerer forarbeidene til pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A at de eksempler på gjennomføringstiltak som er gitt i § 4A-4 også er ment å etablere en yttergrense for hvor inngripende tiltak som kan ha hjemmel etter regelsettet. Dette har i tolkingspraksis fra Helsedirektoratet blitt forstått slik at regelsettet ikke omfatter «tiltak som går ut på å bane seg adgang til en pasients hjem for å rydde og renovere».¹³¹¹ Dette er vurdert som «et så integritetsinngripende tiltak at det må hjemles eksplisitt». Og videre heter det:

«Det ble vist til den Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) artikkel 8 om retten til privatliv og hjem. Etter EMK artikkel 8 (2) kreves det en uttrykkelig lovhjemmel for at det skal kunne gjøres inngrep i denne retten.»

Utvalget viser til omtalen av EMKs lovskrav i punkt 7.2.2. Det framgår der at kravet er nyanisert og at også presiseringer av en bestemmelses innhold nedfelt i forarbeider, rettspraksis og til og med i rundskrivs form, må tas i betraktning. Videre er rettssikkerhetsvernet i bred forstand relevant ved fastlegging av lovkravets konkrete innhold og styrke. På denne bakgrunnen kan den siterte uttalelsen om krav om «uttrykkelig lovhjemmel» sies å framstå som noe unyansert. Utvalget skal for øvrig bemerke at det kan være delte meninger om hva som er minst og mest inngripende. I proposisjonen er bruk av narkose som gjennomføringstiltak uttrykkelig omtalte som en mulighet,¹³¹² uten at dette er nevnt i selve lovteksten. Utvalget stiller seg spørrende til om et slikt inngrep uten videre kan karakteriseres som mindre alvorlig enn enkelte av de som i dag faktisk er omtalt i lovteksten.

Utvalget vurderer at særlig lovhjemmel for enkelte inngripende tiltak kan være ønskelig der det er behov for å markere grenser, eventuelt gjennom særlige vilkår eller andre rettssikkerhetsgarantier. Dette er i tråd med den reguleringsteknikk som er valgt i lovutkastet.

Hva gjelder spørsmålet om vask av leilighet etter utkastet ved mer ekstreme tilfeller av uhygieniske forhold, mener utvalget dette er en problemstilling som må løses innenfor de rammer lovteksten setter. Selv om et slikt tiltak ikke uttrykkelig er nevnt i lovteksten, kan det ikke uten videre utelukkes. Spørsmålet om når assistanse fra politiet er nødvendig for å bane vei til leilighet er omtalt i punkt 27.5.2. I dette siste ligger også en adressering av forholdet til straffeloven som reises i rundskrivet (i forlengelsen av det siterte).

25.5.4.3 *Særlig om tvang i behandling av psykiske helseproblemer, rusproblemer og ved andre psykososiale funksjonsnedsettelse, herunder opplæring og trening*

Alle typer tvangsbruk er ikke like omstridt, selv utenfor nødssituasjoner. Det å yte grunnleggende omsorg her og nå for en person som er sterkt lidende, står som noe av et ytterpunkt.

¹³¹¹Helsedirektoratet, IS-8/2015, s. 123

¹³¹²Ot.prp. nr. 64 (2004–2005) s. 44

Dette ved at det knytter an til oppfatningen vår av hva som er en verdig ivaretagelse av et menneske: med andre ord respekten for menneskeverdet når dette oppfattes – slik utvalget gjør – som noe mer og dypere enn et krav om alltid å respektere personens uttrykte vilje her og nå. Når man i pasient- og brukerrettighetsloven § 4-9 andre ledd kan nekte «livsforlengende behandling» i nødssituasjoner, men ikke annen hjelp, kan det oppfattes som uttrykk for en slik tankegang.

Tvang i behandling kan i dette bildet tidvis ha en svakere etisk begrunnelse. Særlig gjelder det ved tiltak som retter seg direkte inn mot personens psykiske fungering med mål om å endre personens «indre liv»: det være seg følelsesliv eller atferdsmønster. Fra et prinsipielt ståsted kan dette oppfattes som særlig inngripende. Konfliktnivået vil i slike saker også gjerne være særlig høyt på grunn av vansker med å finne en felles virkelighetsforståelse – dels verdimesig, dels om faktisk forhold – mellom behandlingsapparatet og den personen som er uvillig til å motta hjelpen. Når vi så legger til at det i behandling, inkludert opplæring/trening, av personer særlig med psykisk utviklingshemning og psykiske helseproblemer, har forekommet omfattende tvangsbruk med høyst diskutabel effekt, men med alvorlige bivirkninger som resultat, tilsier dette at det er behov for særlige rettssikkerhetsgarantier. Utvalget har derfor valgt å gå inn for en reguleringsteknikk der tiltak som personen motsetter seg bare er tillatt der dette er positivt beskrevet i loven, se underkapittel III i lovutkastet kapittel 6. Dette er for så vidt en videreføring – på et overordnet nivå – av modellen i psykisk helsevernloven kapittel 4. Både strukturelt og innholdsmessig er her likevel mange endringer, i hovedsak i innstrammende retning. Å supplere med nødrett, jf. lovutkastet kapittel 4, anses bare som aktuelt i et fåtall tilfeller ut fra de strenge krav til situasjonen som der er nedfelt.

25.5.4.4 Særlig om mekaniske innretninger som hindrer bevegelsesfriheten

Mekaniske innretninger i form av «bevegelseshindrende tiltak som belter og lignende», kan ha hjemmel etter pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A, jf. § 4A-4 tredje ledd. Etter helse- og omsorgstjenesteloven § 9-6 første ledd, er slike tiltak underkastet særlige begrensninger:

«Mekaniske tvangsmidler som hindrer brukerens eller pasientens bevegelsesfrihet, herunder belter, remmer, skadeforebyggende spesialklær og liknende kan bare brukes for å gi nødvendig støtte for fysiske funksjonshemninger, for å hindre fall og for å hindre at brukeren eller pasienten skader seg selv.»

Utvalget har markert en særlig kritisk holdning til bruk av mekaniske innretninger i nødssituasjoner, jf. punkt 23.8.5.2, og fortsatt hjemmel er foreslått tidsavgrenset til tre år etter iverksettelsen av lovutkastet, se § 4-3 tredje ledd. Utvalget har vurdert om det er grunnlag for en like restriktiv holdning ved bruk av mekaniske innretninger *utenfor* nødssituasjoner.

Fra ett perspektiv framstår dette som en naturlig slutning ved at tidsknappheten i nødssituasjoner vil gjøre det særlig vanskelig å finne alternativer. En slik slutning fra det mer til mindre er det likevel ikke grunnlag for. Utvalget vurderer tvert imot at selve situasjonen – preget av en krise i rask utvikling – er med på å gjøre bruk av mekaniske innretninger som hindrer bevegelsesfriheten, til et særlig inngripende tiltak nettopp i nødstilfellene. Dette ved at det ofte ikke vil være mulig å samtale med personen og forklare hvorfor tiltaket blir iverksatt. I nødssituasjoner vil formålet også kunne være hensynet til å verne andres liv og helse, noe som kan bidra til å øke graden av opplevd krenkelse og framkalle en følelse av å bli straffet.

Ved behandling av psykiske helseproblemer har utvalget foreslått et uttrykkelig forbud mot bruk av mekaniske innretninger, uansett om personen motsetter seg dette eller ikke. Det vil altså ikke kunne brukes fastreiming eller lignende for å gjennomføre tvangsmedisinering. Avgjørende her er utglidingsfaren.

Utvalget foreslår imidlertid et unntak for gjennomføring av behandling med ernæring ved spiseforstyrrelser. Her er prosedyren særlig krevende med et klart skadepotensiale dersom fiksering av personen helt utelukkes. Av samme grunn kan ikke mekaniske innretninger som hindrer bevegelsesfriheten og som personen motsetter seg, helt utelukkes i somatisk behandling.

Utvalget har videre vurdert spørsmålet om bruk av mekaniske innretninger som ledd i omsorgstiltak. Dette er særlig aktuelt i omsorgen for personer med demens, for eksempel i form av belte, sengegrind eller lignende. I omsorgen for utviklingshemmede har i tillegg alvorlig selvskading hos enkeltpersoner vært særlig fokusert.

Utvalget har vurdert at det også i et framtidig lovverk bør være hjemmel for bruk av mekaniske innretninger som hindrer bevegelsesfriheten, som omsorgstiltak utenfor nødssituasjoner. Adgangen må imidlertid være snever, både på grunn av tiltakets inngripende karakter og på grunn av skadelige sidevirkninger ved inaktivitet, blant annet for personer ved demens. Utvalget har derfor valgt å avgrense adgangen til personer med omfattende orienteringssvikt, samt personer som har en alvorlig selvskadende atferd som ikke kan kontrolleres på annen måte. Dette kommer i tillegg til de alminnelige vilkår for tvang.

25.5.4.5 Særlig om tekniske innretninger for varsling, lokalisering og observasjon

25.5.4.5.1 Utvalgets grunnholdning

Teknologiske virkemidler som kan bidra til økt trygghet, sikkerhet, sosial deltakelse og mobilitet for hjelpetrenende personer er gjerne omtalt som velferdsteknologi.¹³¹³ Utvalget er grunnleggende positiv til utvikling og bruk av velferdsteknologi og ser dette som et virkemiddel både for å forbedre tjenestene og for å fremme økt selvbestemmelse og privatliv for den enkelte. Det er sentralt at lovgivningen tar høyde for den særlige dynamikken på dette feltet.

Enkelte særlige utfordringer reiser seg likevel i relasjon til temaet for denne utredningen, ved siden av det mer allmenne som risiko for teknisk svikt. For personer med nedsatt kognitiv funksjonsevne kan bruk av tekniske innretninger være spesielt vanskelig så vel å forstå som å oppfatte at blir benyttet. Blant annet på grunn av at virkningsmekanismene kan være noe abstrakte, kan det dermed være særlig vanskelig å oppnå et gyldig samtykke til bruken, samtidig som det også kan være særlig vanskelig å klarlegge om personen motsetter seg tiltaket. For en annen gruppe – personer med psykiske helseproblemer i form av paranoide vrangforestillinger – kan tekniske innretninger i verste fall bidra til å bekrefte og forsterke tanker om overvåkning og forfølgelse.

Et annet risikoaspekt gjelder faren for at teknologiske løsninger skal bli brukt som et virkemiddel for å spare penger på bekostning av personenes behov for menneskelig kontakt. Dette er særlig aktuelt der formålet er omsorgsrettet og ikke et ledd i medisinsk behandling. Endelig kommer selvsagt mer alminnelige personvern betraktninger inn. Utvalget legger imidlertid til grunn at disse må håndteres innenfor rammene av personopplysningsloven, og går ikke nærmere inn på denne siden av saken.

I fortsettelsen drøfter utvalget mer konkrete problemstillinger ved bruk av tekniske innretninger. Betydningen av skillet mellom motstand og ikke-mostand vurderes løpende. Først skal likevel noen bemerkninger knyttes til den teknologiske utviklingen.

¹³¹³Prop. 90 L (2012–2013) s. 6

25.5.4.5.2 *Trekk ved den teknologiske utviklingen*

Det er mange former for velferdsteknologi. Kjente eksempler er komfyrvoktere (skruer av komfyren hvis det blir for varmt), automatiske medisindispensere (gir lyd og «slipper ut» en pille på riktig tidspunkt), dørvoktere (som sier fra at det er natt hvis personen vil gå ut på «feil» tid av døgnet), GPS (som kan lokalisere en person) osv. Den teknologiske utviklingen skjer imidlertid raskt og kreativiteten til utviklerne er stor. Det er vanskelig å forutse hva som kommer av teknologiske nyvinninger i framtiden. Noen utviklingstrekk kan likevel ses.

I oktober 2016 hadde VG en artikkel om at «Kameraer og sensorer skal overvåke demente».¹³¹⁴ Der beskrives et prosjekt i Oslo overfor ni personer med demens. For å øke tryggheten til personene som bor der, uten at de må ha personale til stede, er det installert kamera i leilighetene som blant annet kan se om beboerne har falt. Dette er ikke kamera i tradisjonell forstand, men kamera med infrarød grafikk hvor menneskene kun ses som blå, skyggeaktige konturer. Hvis en faller, vil kameraer fange det opp og en alarm gå til vaktentralen som kan sende hjelp og snakke med personen via mobil eller en høyttaler. Kameraet kan stilles over på nattmodus og se mer detaljer.

Det vi kan forvente framover er blant annet introduksjon av kunstig intelligens. I Canada¹³¹⁵ ser en forskergruppe på muligheten til å overvåke personer for å se på endret atferdsmønster og på den måten kunne forutsi for eksempel forvirring og uro hos personer med demens. Teknologien kan godt tenkes brukt også for å se tidlige symptomer på psykose hos personer med psykiske lidelser. I leiligheten eller avdelingen er det installert videokameraer, trykkløse matter, bevegelsessensorer (tilsvarende det som er i tyverialarmer) og dørsensorer. I tillegg har personene som følges på seg følere som registrerer bevegelse og biologiske mål som temperatur og hjerterytme. Alle data sendes til en datamaskin som «lærer» en persons «vanlige» atferd. Avvik blir registrert. Etter hvert vil datamaskinen kjenne igjen avvik og muligens også kunne forutsi eventuelt kommende avvik i atferd: det vil si uro ved demens eller psykotiske episoder hos andre. I andre tilfeller har man sett på hvordan telefonintervju av personer kan brukes til å fange opp kommende psykoser. Det er utviklet dataprogram som ser på om endring i talemåte eller talemønster kan predikere psykose.¹³¹⁶

25.5.4.5.3 *Medisinsk teknisk utstyr for varsling og observasjon*

Bruk av medisinsk teknisk utstyr – for eksempel til hjerteovervåkning – i samsvar med sitt formål framstår i utgangspunktet som uproblematisk også der personen mangler beslutningskompetanse. Her vil det ofte være naturlig å se bruken som en integrert del av behandlingen. Så lenge personen ikke motsetter seg tiltaket, må terskelen for bruk være lav og integreres i vurderingen av selve behandlingstiltaket. Dette må også gjelde der det registreres lyd, bilder eller lignende. Spørsmålet om kontinuerlig observasjon av viljestyrt atferd står likevel i en særstilling, se nedenfor. Utvalget vurderer at denne tilnærmingen også må gjelde ved bruk utenfor helseinstitusjon, for eksempel der det er spørsmål om å observere om det oppstår epileptisk anfall hos en person med utviklingshemning i egen bolig. Avgjørende er om utstyret brukes etter sitt formål – altså at en epilepsialarm brukes nettopp til å varsle om anfall.

¹³¹⁴<https://www.vg.no/nyheter/innenriks/i/02yL2/kameraer-og-sensorer-skal-overvaake-demente>

¹³¹⁵Khan mfl., 2017

¹³¹⁶Cheryl mfl., 2018

Utvalget foreslår at medisinsk teknisk utstyr som brukes etter sitt formål, i utgangspunktet skal følge den alminnelige bestemmelsen om tiltak der det ikke foreligger motstand, jf. lovutkastet § 6-2. Dette er i samsvar med gjeldende rett etter pasient- og brukerrettighetsloven. Situasjonen er noe mer uoversiktlig etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 – hvoretter dette er et spørsmål om grenstrekkningen mellom de to regelsett. Etter det utvalget forstår kan praksis variere noe fylkesmennene imellom. Utkastet innebærer her en klargjøring ved at felles regler gjelder.

25.5.4.5.4 Inngripende varslings- og lokaliseringsinnretninger

Medisinsk teknisk utstyr kan også bli brukt til andre formål enn det er konstruert for, og noen innretninger vil ikke ha et spesifikt, begrenset bruksfelt. Utvalget vurderer at der slikt utstyr blir brukt på en inngripende måte, det vil si for å kontrollere viljestyrt atferd, er det behov for en styrket rettssikkerhet, selv om personen ikke viser motstand. Begrepet viljestyrt atferd er riktig nok ikke helt klart, særlig stilt overfor personer som for eksempel er forvirret. Som gjort gjeldende i utredningen punkt 18.2 – i relasjon til tvangsbegrepet – er det her likevel en ytre betraktning som er avgjørende. I det ligger at en person som for eksempel «vandrer» tilsynelatende uten mål og mening, utøver viljestyrt atferd. Avgrensning må gjøres mot kroppslige funksjoner og reaksjoner som i utgangspunktet ikke er kontrollerbare, herunder gråt eller oppvåkning fra søvn.

Utvalget legger på dette punkt i det vesentlige opp til å videreføre gjeldene rett slik uttrykt i pasient- og brukerrettighetsloven § 4-6 a, med nødvendige språklige og systematiske tilpasninger til lovutkastets struktur. I utkastet § 6-3 nedfelles således krav om vedtak og vilkår i form av risiko for liv eller helseskade og at tiltaket er egnet og nødvendig for å oppnå formålet, i tillegg til de vilkår som følger av utkastet § 6-2. Innretninger som personen kontrollerer selv (som trykkgghetsalarm) og som heller ikke utløses av ytre påvirkning (som ved brannalarm), er ikke inngripende og faller utenfor (og vil følge den alminnelige bestemmelsen i utkastet § 6-2). Med andre ord er det tiltak som døralarmer og sporingssystemer utvalget mener er inngripende og trenger et økt nivå av rettssikkerhet.

Forslaget i utkastet er diagnosenøytralt. Det blir således ingen særregel for personer med utviklingshemning. Sammenlignet med helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 er vilkårene i utkastet § 6-3 mindre strenge og saksbehandlingskravene mindre omfattende.

Ved motstand reguleres inngripende varslings- og lokaliseringsinnretninger av lovutkastet § 6-7. Her vurderer likevel utvalget at det er behov for en særlig innsnevring av personkretsen sammenlignet med dagens kapittel 4 A i pasient- og brukerrettighetsloven. Som det framgår av forarbeidene er det særlig ved kognitiv svikt spørsmålet om bruk av slike tiltak er aktuelt – først og fremst i den kommunale helse- og omsorgstjenesten, men tidvis også i spesialisthelsetjenesten. Imidlertid er det ikke foretatt noen formell avgrensning i denne retning.¹³¹⁷ For å hindre utgliding særlig i omsorg og behandling av personer med psykiske helseproblemer, foreslår derfor utvalget å innskrenke hjemmelen til der det foreligger omfattende orienteringssvikt hos personer. Dette vil trolig klarere avgrense den gruppen som også dagens regler er ment å omfatte, men på en diagnosenøytral måte.

Desorientering eller orienteringssvikt er svekket funksjon på et eller flere av disse områdene.¹³¹⁸

¹³¹⁷Prop. 90 L (2012–2013)

¹³¹⁸Engedal og Haugen, 2018, s. 36

- å holde rede på tid på dagen, ukedag, måned og år
- å vite hvor en befinner seg geografisk
- å være orientert for egen situasjon som alder, boform og familierelasjon
- å kjenne familiens situasjon som hvor barn og barnebarn bor

Ved for eksempel demens er det vanlig at en person ikke vet hvilket år det er, hvor han eller hun befinner seg og ikke husker at ektefellen er død. Vi sier derfor at personen er desorientert for tid, sted og person. Samme personen kan fungere godt i samtale om «gamle dager», forstå at det er vinter ved å se ut av vinduet og forholde seg relevant til her og nå-situasjoner, som f.eks. måltider.

Orienteringssvikt har en relasjon til forvirring. «Forvirring» er ikke noe medisinsk diagnose eller begrep. I den grad det blir brukt medisinsk, assosieres det gjerne med delirium. Forvirring ved delirium er preget av skiftene bevissthetsnivå, fra sterk uro, preget av angst og desorientering til somnolent delirium hvor personen er nesten bevisstløs og vanskelig å vekke/få kontakt med. I tillegg er det ikke uvanlig med hallusinasjoner og vrangforestillinger. Begrepet forvirringstilstand brukes også ved psykoser hvor personen opplever ting som ikke er virkelige (hallusinasjoner), eller har sterke vrangforestillinger, noe som fører til en endring i virkelighetsoppfatningen.

En person kan godt være desorientert for tid og sted på grunn av svekket hukommelse (demens), men ikke være forvirret på andre måter. Ved en forvirringstilstand på grunn av delirium, er det vanskelig å tenke seg dette uten at det i større eller mindre grad også er en desorientering.

25.5.4.5.5 *Kontinuerlig observasjon av viljestyrt atferd*

Etter pasient- og brukerrettighetsloven er det ikke åpnet for kontinuierlig observasjon eller overvåking av viljestyrt atferd med bruk av lyd, bilde eller lignende:

«Departementet vil imidlertid understreke at den nye hjemmelen ikke omfatter kontinuierlig observasjon eller overvåking med bilde eller lyd.»¹³¹⁹

Dette gjelder uavhengig av om personen viser motstand eller ikke. Helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 er mindre kategorisk. Her forutsettes at bruk «av utstyr som registrerer bilde og/eller lyd, for eksempel kamera eller monitoreringsutstyr som babycall eller annet» kan ha hjemmel.¹³²⁰ Det framgår likevel ikke om dette også omfatter viljestyrt atferd, og heller ikke omfanget. Det er tiltak som brukes kontinuierlig, altså over en lengre sammenhengende tidsrom, som er særlig problematisk.

Problemstillingen synes i begrenset grad å være aktuell i dag, men det er utvalgets omtale av forsøkene med kunstig intelligens som aktualiserer spørsmålet. Dette er innretninger som kan tenkes å bli definert som medisinsk teknisk utstyr, men av en helt annen kategori enn det som i dag er kjent.

Utvalget vurderer at vi ikke bør ha en lovgivning som stenger for slike tiltak så lenge personen ikke motsetter seg det. Vi kan her se for oss teknologiske løsninger som gjør det mulig for eksempel for personer med demens å bo hjemme i trygge omgivelser lenger enn de ellers vil

¹³¹⁹Prop. 90 L (2012–2013) s. 26

¹³²⁰Helsedirektoratet, IS-10/2015, s. 57

kunne, eller at personer med psykiske helseproblemer raskere vil bli fanget opp ved tegn til forverring slik at hjelpetiltak kan iverksettes raskt. På denne måten kan både selvbestemmel- sesrett styrkes og bruk av tvang forebygges. Ut fra de personvernmessige problemstillinger som her reiser seg, er det imidlertid ikke aktuelt for utvalget å foreslå at kontinuerlige over- våkningstiltak av denne typen under noen omstendighet skal kunne påtvinges. Løsningen på de rettssikkerhetsmessige utfordringer bør derfor være at der personen ikke motsetter seg tilta- ket, skal de alminnelig vilkårene for tvang gjelde tilsvarende, så lenge det er tale om lengreva- rige tiltak. Ved motstand vil denne typen tiltak ikke være tillatt.

25.5.5 Betydningen av og utfordringer med å skille mellom type hjelp (tjeneste) og gjennomføringstiltak

25.5.5.1 *Utgangspunkt*

Psykisk helsevernloven kapittel 4 har tittelen «Gjennomføring av psykisk helsevern». Utval- get foreslår en oppløsning av konstruksjonen «tvungent psykisk helsevern» (med unntak av ved dom på overføring til tvungent psykisk helsevern), se punkt 28.4.1.3. Etter utvalgets opp- legg blir det i stedet et direkte fokus på de enkelte tiltak, tilsvarende opplegget etter pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A og helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 i dag. Dette betyr at det parallelle skillet mot gjennomføringen vil komme til syne på et mer detaljert plan: behandling blir ikke lenger sett på som et gjennomføringstiltak for tvungent psykisk helse- vern, men spørsmålet vil være hva som er et gjennomføringstiltak for tvangsbehandlingen. Det er utvalgets intensjon at et slik grep skal bidra til økt rettssikkerhet blant annet ved å presse fram et økt fokus på de individuelle begrunnelsene for tvangsinngrep.

Å skille skarpt mellom behandlings- eller omsorgstiltak og gjennomføringstiltak er ikke alltid ønskelig. Dette følger av utvalgets hovedsynspunkt om økt fokus på gjennomføringen, noe som tilsier at dette aspektet også må trekkes inn i vedtaksfasen. Spørsmålet om behandling med legemidler eller tilførsel av ernæring bør således ikke separeres fra virkemiddelbruken i gjennomføringsfasen: spørsmålet om tvang. Dersom man først skal ha hjemmel for denne ty- pen behandlingstiltak, til tross for motstand fra personen, er utvalget av den oppfatning at det nødvendigvis også må være hjemmel for bruk av tvang i gjennomføringsfasen. Dette ligger så å si i problemstillingens natur, men spørsmålet om virkemiddelbruk må tas stilling til og be- skrives i forbindelse med det individuelle vedtaket, herunder type tvang som skal kunne bru- kes og med hvilken styrke. At gjeldende rett, som beskrevet i punkt 25.2.4 ovenfor, i noen grad er uklar på dette punkt i psykisk helsevern er en annen sak.

Etter to av de andre regelsettene stiller dette seg annerledes. Etter helse- og omsorgstjeneste- loven kapittel 9 er gjennomføringsaspektet særlig godt integrert, og kommer til uttrykk gjen- nom uttrykksmåten «bruk av» tvang, eller variasjoner av denne uttrykksmåten. Etter pasient- og brukerrettighetsloven er det tilsynelatende etablert et skille mellom vedtak og gjennomfø- ring ved at gjennomføringsspørsmålet er regulert i § 4A-4, men i forarbeidene er det gjort klart at spørsmålene må ses i nær sammenheng:

«Tiltak for å gjennomføre helsehjelpa skal gå fram av vedtaket [...]»¹³²¹

¹³²¹Ot.prp. nr. 64 (2005–2006) s. 43

25.5.5.2 *Tidvis behov for å skille*

Det å se selve behandlingstiltaket og gjennomføringsfasen i sammenheng sikrer en helhetstenkning rundt det aktuelle inngrepet. I noen tilfeller kan likevel en oppsplitting eller fragmentering presse seg fram. Det gjelder for det første fordi det kan være vanskelig å trekke et skarpt skille mellom hva som er et selvstendig behandlingstiltak og hva som er et gjennomføringstiltak. Begrensninger i kontakt med omverdenen av «sterke behandlingsmessige» grunner etter psykisk helsevernloven § 4-5 er et eksempel her. Et slikt inngrep er bare aktuelt i forbindelse med tvungent tilbakehold i døgninstitusjon, som allerede i utgangspunktet vil ha et behandlingsformål. Her kan det være tvil om § 4-5-tiltaket i seg selv må ses som et behandlingstiltak, et gjennomføringstiltak til pågående behandling, eventuelt en mellomting.

Paragraf 4-7 a om rusmiddeltesting «for å avdekke rusmiddelmisbruk i forbindelse med et behandlingsforløp», plasserer seg mer entydig som en gjennomføringsbestemmelse. Det er likevel et tiltak som har en viss selvstendig karakter ved at det både i tid og rom kan skille seg fra gjennomføringen av det eller de egentlige behandlingstiltakene. Dette er også et forhold som kan tilsi at rusmiddeltesting bør være gjenstand for særlig regulering.

Til tross for utvalgets ønske om et helhetssyn på inngrep der både behandlingstiltaket og gjennomføringen ses i sammenheng, er det altså flere grunner til at en oppsplitting eller fragmentering presser seg fram. Ut fra det som allerede er nevnt vil spørsmålet blant annet måtte vurderes ut fra disse momentene:

- Hvor lett er det å plassere tiltaket langs aksene behandlings- eller gjennomføringstiltak?
- Ved gjennomføringstiltak: hvor nært knyttet i tid og rom til selve behandlingen er dette?

I tillegg vil utvalget framheve følgende momenter:

- Tilsier rettssikkerhetsmessige hensyn en særlig rettslig regulering?
- Tilsier den rettslige tradisjonen en selvstendig regulering?

Den rettslige betydning av det som her trekkes opp, er at en fragmentering og oppsplitting av de ulike elementene i et samlet behandlingsopplegg, kan reise problemstillinger ved formuleringen av hvilke vilkår som kan gjelde for de enkelte elementer. Et tiltak som framstår som et rent gjennomføringstiltak, vil i seg selv neppe kunne oppfylle de vilkår som utvalget i utgangspunktet foreslår ved tvang i individuelle behandlings- og omsorgstiltak, jf. utkastet § 6-5. Det gjelder skadekravet og antatt-samtykke-kravet, men også spørsmålet om beslutningskompetanse må normalt vurderes opp mot behandlingstiltaket som sådan, ikke gjennomføringsaspektene isolert. Problemstillingen er parallell der iverksettelsen skjer uten motstand fra personen, jf. vilkårene i utkastet § 6-2. Samtidig blir den sorteringsjobben som må gjøres vanskeligere jo mer uklar karakteristikken av tiltaket er langs aksene behandlingstiltak–gjennomføringstiltak.

Utvalget har vurdert det slik at så vel rusmiddeltesting som innskrenking i kontakt med omverdenen, begge deler som ledd i behandlingsforløp, bør vurderes som gjennomføringstiltak. Det foreslås egne bestemmelser, se utkastet §§ 6-20 og 6-21, i samsvar med tradisjonen. Alternativt må disse tiltakene tas stilling til som en side av vedtak om tvangsbehandling, tilsvarende som spørsmålet om fysisk tvang i gjennomføringsfasen. Dette anses utilfredsstillende ut fra de vurderingsmomentene som er gitt, og behovet for samordning og helhetstenkning kan ivaretas gjennom plikten til å ta hensyn til den samlede belastning av flere tvangsvedtak som er tungt nedfelt i lovutkastet.

Brukt helt kortvarig kan skjerming ha karakter av et gjennomføringstiltak for annen behandling – å legge til rette for denne –, men skjerming kan også i seg selv være et behandlingstiltak. Utvalget trekker her et skille der kortvarig skjerming kan vedtas og gjennomføres etter mindre strenge vilkår enn brukt som et selvstendig behandlingstiltak.

Utvalget har vurdert at det også i framtiden bør gis hjemmel for pålegg om tvungent oppmøte til behandling – tilsvarende det som i dag er kjernen ved tvungent vern uten døgnopphold. Det gjelder selv om tiltaket ikke kobles til tvungen legemiddelbehandling, se nærmere i punkt 25.6.7.2. Formelt må tvungent oppmøte ses på som et gjennomføringstiltak, og ikke et behandlingstiltak i seg selv. Oppmøteplikt legger likevel grunnlaget for *etableringen* av en tvungen behandlingsrelasjon og bør gjerdes inn av like strenge vilkår som framgår av lovutkastet § 6-5.

25.5.6 Inngrepsterskel

25.5.6.1 Innledning

Som vist i punkt 25.2.5 opereres det i dag ikke med noe skadekrav for behandlingstvang etter psykisk helsevernloven. Derimot er det nødvendighetskravet som er hovedregulator. Dette står i kontrast til modellen både i pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A og helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9, og underbygger med det utvalgets synspunkt (se punkt 28.4.1.3) om at rammevedtaket «tvungent psykisk helsevern» fungerer som en døråpner for ytterligere tvangsinngrep: ikke bare formelt, men også materielt ved at tersklene senkes innenfor denne rammen.

Utvalget har i punkt 14.4.1 klargjort hvorfor det mener skadekriterier er å foretrekke, også på psykisk helsevern-feltet, noe som er utdypet i 24.8.3 i relasjon til tvangsinnleggelse og tvungent tilbakehold. Utvalget vurderer spørsmålet grunnleggende sett på samme måten når det kommer til andre typer inngrep. Det er likevel behov for å framheve enkelte nyanser. En hovedproblemstilling er om en omlegging til et gjennomgående «vesentlig helseskade»-krav vil føre til at enkeltgruppers særlige behov blir oversett – ved at hjemlene blir for snevre. På den motsatte kanten gjelder spørsmålet fare for utgliding ved at inngrepshjemlene blir formulert for bredt.

På et overordnet plan er det imidlertid ønskelig med felles inngrepsterskler på tvers av de ulike områder som i dag har hver sine regelsett. Dette også på grunn av det nære samspillet mellom reglene. For eksempel kan en somatisk tilstand stå sentralt i årsaksbildet ved et psykisk helseproblem. Den mest effektive behandling av sistnevnte kan da være av somatisk art. Motsatt kan en psykisk tilstand være en utfordring i forbindelse med somatisk helsehjelp: for eksempel slik at denne utgjør en hindring for frivillig basert helsehjelp som de fleste ville takket ja til. I dag blir tvungent psykisk helsevern tidvis begrunnet i slike betraktninger: at det kan sette personen i stand til å treffe informerte valg om livsnødvendig somatisk helsehjelp. Poenget i denne sammenheng er at de tette koblingene som kan være mellom fysisk og psykisk helse også som begrunnelse for tvangsinngrep, tilsier et samordnet regelverk – så langt det er mulig. Dette vil også legge grunnlaget for en mer samordnet innsats hva gjelder utredning og behandling, om nødvendig mot personens vilje.

25.5.6.2 Hvilke interesser eller goder skal kunne vernes ved tvangsinngrep?

I tråd med det som i dag er tilfelle etter de fleste regelverk, mener utvalget at det først og fremst er hensynet til personens liv eller helse som kan gjøre bruk av tvang rettmessig. Helsebegrepet omfatter både den fysiske og psykiske sunnhetstilstand. Utvalget ser det som klart at det må foreligge risiko for helseskade. Formålet med inngrepshjemler må derfor være å hindre at skade inntreffer, eller å avgrense omfanget og/eller konsekvensene av denne.

Helseskade må avgrenses mot helseplager og -belastninger av en mer dagligdags og ordinær karakter. Samtidig må sammenhengen mellom psykisk og fysisk helse framheves. En isolert vurdert ubetydelig fysisk helseplage (som kløe eller svie), kan i noen tilfeller ha stor betydning for personen psykiske helse. Dette aspektet er i mindre grad framhevet i forarbeidene til kapittel 4 A i pasient- og brukerrettighetsloven, og er vel et resultat av dagens fragmentering innen lovgivningen. En tilsiktet konsekvens av lovutkastet er å bygge ned slike kunstige barrierer. De særlige grenser som er nedfelt i lovutkastet kapittel 6 III, vil således ikke komme inn der det foretas somatisk undersøkelse eller behandlingstiltak av (isolert sett) mindre alvorlige tilstander med det hovedformål å hindre vesentlig psykisk helseskade.

Særlig i omsorgen for mennesker med utviklingshemning er det fokusert at enkelte kan ha behov for kortvarig tvang for å overvinne motstand mot å delta i aktiviteter de erfaringsmessig har stor glede av og der frivillige tilnærminger ikke har ført fram. Utvalget avviser imidlertid bruk av tvang for å sikre personens livskvalitet i seg selv. Riktignok vil alvorlig tap av livskvalitet kunne utløse psykisk helseskade, eventuelt også fysisk skade i den grad selvskadende atferd er en konsekvens. Bruk av tvang – i utvalgets snevre definisjon – for å fremme livskvalitet ut fra en prognose om følgeskader, må imidlertid praktiseres med ekstraordinær forsiktighet ut fra problemstillingens iboende paradoks. Oppfyllelse av vilkåret «vesentlig helseskade» vil være avgjørende. Også etter gjeldende kapittel 9 i helse- og omsorgstjenesteloven er livskvalitet vurdert som et for løst inngrepsgrunnlag.¹³²²

Andre problemstillinger gjelder tiltak for å verne mot skade på egne ting eller sosial fornedring. Også her har fokus tradisjonelt vært rettet mot personer med utviklingshemning, og inngrep vil i prinsippet kunne ha hjemmel etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9, jf. punkt 25.2.5. Utvalget er kjent med at parallelle problemstillinger blant annet kan forekomme i omsorgen for personer med demens, men uten at pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A gir hjemmel.

Utvalget vurderer at det ligger en stor utglidingsfare i å gi generelle hjemler for bruk av tvang i tilfeller som nevnt, utenfor snevre nødssituasjoner. Som hovedsynspunkt bør derfor ikke den grense «vesentlig helseskade»-formuleringen representerer fravikes. Noe annet er at det foreslås en hjemmel for å treffe vedtak om planmessig håndtering av repeterende nødssituasjoner etter lovutkastet § 6-5 med det formål å redusere den samlede bruken av tvang overfor personen, se lovutkastet § 4-10. Denne bestemmelsen representerer altså ikke en utvidet inngrepsadgang utenfor nødssituasjoner, men er kun et instrument for å sikre helhetstenkning og slik kunne redusere bruken av tvang overfor personen.

Utvalgets opplegg innebærer etter dette en innskrenkning i muligheten for å gripe inn preventivt for å hindre at personen ødelegger egne ting utenfor nødssituasjon, sammenlignet med det som i dag følger av helse- og omsorgstjenesteloven § 9-5 tredje ledd bokstav c. Slike tiltak må i tilfelle kanaliseres via vesentlig helseskadebegrepet der merknadene knyttet til livskvalitet ovenfor vil være relevante. Utvalget vurderer dette som tilstrekkelig til å ivareta de særlige behov i omsorgen for mennesker med utviklingshemning. Her skal også nevnes at utvalgets innsnevring av tvangsbegrepet gir et utvidet rom – også på dette feltet – til å komme til løsninger basert på frivillig samhandling. En innsnevring av inngrepshjemmelen er et viktig skritt i retning av normalisering gjennom å øke individfokus også for mennesker med utviklingshemning.

¹³²²Se Østenstad, 2011, s. 385–386

25.5.7 Fare for andre

Fare-for-andre-problematikken reiser spørsmål i ulike relasjoner. Forutsetningen i dette kapitlet er at vi er utenfor nødssituasjon, jf. lovutkastet kapittel 4, at tiltaket ikke gjelder tvangsinngrep eller tvungent tilbakehold, jf. utkastet kapittel 5, og heller ikke inngrep for å ivareta fellesskapsinteresser i institusjon mv., se utkastet kapittel 7.

Innenfor psykisk helsevern foreslår utvalget å opprettholde hjemler for enkelte behandlings- og gjennomføringstiltak som personen motsetter seg. Dette gjelder også ved fare for andre. Fordi konstruksjonen tvungent psykisk helsevern foreslås opphevet (unntatt ved dom på overføring til tvungent vern), blir hjemmelsutformingen noe annerledes enn i dag ved at fare-for-andre-problematikken direkte må adresseres for hvert enkelt tiltak. Utvalget ser dette som en fordel ved at det skaper større klarhet om formålet. Vilkår om manglende beslutningskompetanse og antatt samtykke kan ikke komme inn her, men også personer som utgjør en fare for andre tar del i den generelle styrking av rettssikkerheten utvalget legger opp til. Utenfor psykisk helsevern er ikke tvangsbehandling aktuelt av hensyn til andre.

Spørsmålet om omsorgstvang for å ivareta hensynet til andre kan oppstå i ulike varianter, som vist i punkt 14.4.4. Utvalget vurderer at det her er grunn til å vise særlig forsiktighet i den rettslige reguleringen for å sikre hjelpetrendendes tillit til tjenestene: det er bare helt unntaksvis at inngrep ut fra hensynet til andre kan være rettmessig. Sårstelldommen (Rt. 2010 s. 612) aktualiserer spørsmålet om en særlig hjemmel for tvangsinngrep ved atferd som i særlig grad er til ulempe for medpasienter og personell. Saken var likevel unik og det er ikke ønskelig å bygge generelle bestemmelser ut fra den. Faren for utgliding i omsorgspraksis er klart til stede. I ekstreme tilfeller vil imidlertid nødvergeretten kunne benyttes ut fra de klargjøringer som foreslås i lovutkastet § 4-2: helt konkret der luktproblemer på grunn av manglende hygiene blir så sterke at det krenker andres fysiske integritet. Dette kan være tilfelle der andre pasienter eller brukere opplever sterkt ubehag, for eksempel i form av kvalme, og det ikke er et alternativ å trekke seg unna. Også personell kan ha et vern etter nødvergeregelen, men terskelen vil være høyere blant annet ut fra rolleforventninger og muligheter til å beskytte seg. Utenfor nødvergetilfellene bør det kun være hensynet til personen selv som kan begrunne tvangsinngrep.

Utvalget har mottatt innspill om etablering av nye institusjonsformer – «sikkerhetshjem» eller lignende – for å ivareta samfunnsvernet i sterkere grad enn i dag. Både ut fra mandat og sammenheng har utvalget ikke gått detaljert inn på dette, men skal bemerke at slike tiltak framstår som lite aktuelle å etablere i regi av helse- og omsorgstjenesten. Dette blant annet ut fra det nevnte tillitshensynet. Utvalget vurderer likevel at samfunnets behov for vern mot særlig farefull atferd i noen tilfeller bør kunne ivaretas av helse- og omsorgstjenesten også utenfor nødssituasjoner. En fullstendig ansvarsfraskrivelse her vil blant annet kunne tvinge fram en reetablering av institusjonsomsorgen for enkelte personer med utviklingshemning, jf. omtalen av dommen LA-2016-80832 ovenfor til illustrasjon av hvor alvorlig atferd som kan forekomme. Det aktuelle er da å gi hjemmel for kontinuerlig observasjon – ofte omtalt som «fotfølging» – med det formål at personell fra helse- og omsorgstjenesten skal kunne gripe inn for å unngå at nødvergesituasjoner oppstår, eventuelt treffe tiltak om dette ikke lykkes å forebygge. I de aller fleste tilfeller vil det lykkes å etablere et samarbeid om nødvendig følge, men i noen få tilfeller kan det være aktuelt å iverksette dette tiltaket mot personens vilje.

Vi står her overfor tiltak som per definisjon vil ha et blandet formål. Ytre sett er det tale om å verne andre mennesker mot overgrep fra personen, samtidig må det kreves – ut fra tillitshensynet – at det er en klar fordel for vedkommende at det nettopp er helse- og omsorgstjenesten som intervensjonerer, og ikke for eksempel politiet. Utvalget har falt ned på formuleringen at det må utgjøre en «åpenbar forsømmelse av samfunnets plikt til å yte nødvendig omsorg ikke å

gripe inn ut fra de konsekvenser dette kan ha for personen og vedkommendes forståelse av situasjonen», jf. lovforslaget § 6-9.

Dette markerer en avgrensning av *personkretsen*. Det er særlig ved uttalt kognitiv svikt tiltaket er aktuelt. Det er også i disse tilfellene hjelpebehovet – ut fra en tradisjonell tenkning – vil framstå klart og der det lettest vil utgjøre en «åpenbar forsømmelse» ikke å gripe inn. Uansett må det foretas en konkret og individuell vurdering av om det er i personens interesse at det fattes vedtak om kontinuerlig observasjon etter lovutkastet. Om det ikke representerer en «åpenbar forsømmelse» å la være å gripe inn, må tiltaket forankres i straffelovgivningen, jf. straffeloven §§ 62 og 63. Utvalget vurderer at «åpenbar forsømmelse»-vilkåret vil legge grunnlaget for viktig refleksjon i fagmiljøene om det faglige og etiske grunnlaget for at helse- og omsorgstjenesten skal gripe inn for å ivareta andres interesser.

Selv om det er særlig ved kognitiv svikt utvalgets forslag til lovbestemmelse vil være aktuelt, er det ikke grunnlag for en spesifikk diagnosebegrensning. Kognitiv svikt trenger ikke være knyttet til utviklingshemning. Utvalgets opplegg svarer her for det første på uttrykte ønsker fra et praktisk ståsted om inngrepshjemler som er diagnosenøytrale og som slik behandler like hjelpebehov likt. Utglidingsrisikoen vurderes som liten fordi kontinuerlig observasjon vil være ressurskrevende. Samtidig fjernes et element i vår lovgivning som har klare diskriminerende trekk overfor personer med utviklingshemning. Det er ikke grunnlag for at lovgivningen skal signalisere at fare for andre er særlig aktuelt i relasjon til denne gruppen medmenneskene.

Utvalget har vurdert at *terskelen* for inngrep som et utgangspunkt bør være den samme som ved tvangsinnleggelse og tvungen vern i psykisk helsevern – «nærliggende og alvorlig fare for andres liv eller helse». Et spørsmål har vært om blotting og annen seksuelt krenkende atferd overfor barn under 16 år særskilt bør nevnes i tillegg. En henvisning til straffeloven § 305 som en ramme kunne her være aktuelt. Problemstillingen er aktuell og barn har et særlig behov for vern. Stilt overfor denne typen av handlinger, vurderer utvalget likevel at det alminnelige kravet om (psykisk) helseskade normalt vil gi et tilstrekkelig vern også for barn.

25.5.8 Bruken av faglige normer som element i den rettslige reguleringen

Kravet om faglig forsvarlighet er fundamentalt og framgår av helsepersonelloven § 4. Utvalget har ikke funnet det nødvendig å gjenta uttrykkelig i tvangsbegrensningsloven forutsetningen om at dette alltid er et vilkår, slik det er gjort i helse- og omsorgstjenesteloven § 9-5 andre ledd. Utvalget har derimot vurdert om det er behov for å forsterke eller konkretisere innholdet i denne rettslige standarden i lovutkastet i enkelte relasjoner. I psykisk helsevernloven § 4-4 kommer en slik tenkning til uttrykk gjennom formuleringen i første ledd om at undersøkelse og behandling «klart [må være] i overensstemmelse med faglig anerkjent psykiatrisk metode og forsvarlig klinisk praksis». Ordet «klart» må her oppfattes som å representerer en terskelheving – eller i alle fall klargjøring – sammenlignet med helsepersonelloven § 4.

Utvalget har foreslått å videreføre formuleringen fra psykisk helsevernloven § 4-4 i lovutkastet § 6-5 nr. 9, med nødvendige tilpasninger for å gjøre kravet gjeldende også utenfor psykisk helsevern. Faglig forsvarlighet gjelder selvsagt også for tiltak etter kapittel 4 og 5 i lovutkastet, men en hevet terskel gjennom et klarhetskrav framstår som mest rimelig utenfor nødssituasjon. I nødssituasjoner, slik utvalget definerer disse, spiller tidsfaktoren inn på en avgjørende måte.

Ved tvangsinnleggelse og tilbakehold etter kapittel 5 vil et klarhetskrav være mindre viktig. Dette utgjør et nokså avgrenset problemkompleks der utglidningsfaren er mindre. Ved be-

handlings- og omsorgstiltak etter lovutkastet kapittel 6, er variasjonsbredden i problemstillinger derimot større – forsterket av ulike behandlingsmetoder og -filosofier –, samtidig som den rettslige reguleringen tradisjonelt har vært mindre tydelig. Behovet for å markere at inngrepet «klart» må ligge innenfor det faglig forsvarlige er derfor størst her, sett fra en rettssikkerhetsmessig synsvinkel.

25.5.9 Forhåndssamtykke til tvang

Utvalget har vurdert det som ønskelig å åpne for forhåndssamtykke til tvang ut over tilbakeholdstiltfellene, se drøfting i punkt 24.7. Argumentene er et stykke på vei sammenfallende, blant annet at innføringen av en kompetansebasert modell gjør det nødvendig å sikre personer som er kompetente, men sliter med svær ambivalens, en mulighet for å «binde seg til masten».

Imidlertid kommer også særlige motargumenter inn. Forhåndssamtykke til tvang er – i det store bildet – en lite brukt ordning, og har uansett hittil vært avgrenset til tilbakehold i institusjoner for psykisk helsevern og – først og fremst – i tverrfaglig spesialisert behandling av rusmiddelavhengighet. Her har man således en viss tradisjon og erfaring å bygge på. Å åpne opp for forhåndssamtykke til tvang på bred front ser utvalget som betenkelig. Det foreligger en utglidingsfare, til tross for de forsterkede rettssikkerhetsgarantier utvalget foreslår. Særlig gjør betenkelighetene seg gjeldende i sektorer der dagens lovgivning hittil har hatt vansker med å vinne fotfeste. Det gjelder blant annet for deler av den somatiske helsetjenesten. At problemstillingen også der kan være aktuell, er likevel ikke tvilsomt.¹³²³

Utvalget har valgt å gå forsiktig fram og bare åpne for forhåndssamtykke i to spørsmål. Det ene gjelder samtykke til tvangsmedisinering i behandling av psykiske lidelser. Problemstillingen har fått en særlig aktualitet etter endringene i psykisk helsevernloven i 2017. For en del personer som tidligere fant trygghet i å være under tvungent vern for slik å kontrollere sin egen ambivalens med tanke på behandling, er denne muligheten nå bortfalt fordi de må regnes som beslutningskompetente (og tvang dermed utelukket). Her finner utvalget det helt nødvendig å etablere en mulighet til å forhåndssamtykke slik at personen kan oppnå en ønsket trygghet i hverdagen.

Det andre gjelder omsorgstiltak overfor enkelte personer med sjeldne atferdsfenotyper karakterisert ved at genetiske forhold gjør det umulig å kontrollere egen atferd, se nærmere omtale i punkt 21.3.5.3.3. Problemstillingen er blant annet aktuell ved Lesch Nyhanssyndrom og Prader Willies syndrom. Ved å åpne for en mulighet til å forhåndssamtykke til tvang, for eksempel bruk av armskinner for å hindre alvorlig selvskading, eller begrensninger i tilgangen til mat for å forebygge alvorlig helseskade ved overspising, kan man etter utvalgets vurdering unngå å måtte etablere særlige hjemler for tvangsvedtak overfor enkelte diagnosegrupper der hovedformålet vil være å gjøre unntak fra det allmenne vilkåret om manglende beslutningskompetanse. Samtykkeperioden vil ut fra sitt formål om å etablere forutsigbare rammer, måtte kunne gjøres lang: i lovutkastet er foreslått inntil seks måneder. Utvalget vurderer at det reiser seg ekstraordinære rettssikkerhetsutfordringer og foreslår derfor at spesialisthelsetjenesten skal involveres. Der personen mangler beslutningskompetanse vil spørsmålet om tvang følge de alminnelige regler, jf. utkastet § 6-5.

¹³²³Se problemstilling beskrevet i Aasebø mfl., 2018

25.5.10 Vilårsstilling ved tildeling av institusjonsplass eller bolig

25.5.10.1 Problemstillingen

Utvalget er fra flere hold gjort oppmerksom på problemstillingen der tilgang til bolig eller institusjonsplass blir knyttet til krav om mottak av andre tjenester. Tidvis omtales dette som bo- og tjenesteavtaler. Problemstillingen er blant annet reist i NAPHA-rapporten, omtalt i punkt 6.7. Tilgang til rom for «inspeksjon» er ett eksempel, at man følger anbefalt medisineret et annet, at personen ikke må avhende egen bolig under institusjonsopphold er et tredje. Utvalget oppfatter konstruksjonen primært som et virkemiddel for å komme i posisjon til å ivareta individuelle behandlings- og omsorgsbehov, men den kan også være aktuell som virkemiddel for å ivareta fellesskapsinteresser. Tidvis kan det være vanskelig å skille mellom formålene.

25.5.10.2 Gjeldende rett

I mangel av særlige lovbestemmelser må spørsmålet løses med utgangspunkt i den alminnelige forvaltningsrettslige vilårs læren. Det gjelder selv om kravene ikke er nedfelt skriftlig, som element i et vedtak, eller om en formell avtalekonstruksjon er brukt.

Ved å stille vilkår knyttes tyngende betingelser til et vedtak som i utgangspunktet er begunstigende for den private part: typisk tildeling av bolig eller tjenester. Dagens lovgivning på helse- og omsorgsfeltet inneholder ingen særlige bestemmelser om denne virkemiddelbruken.

Etter alminnelig forvaltningsrett opereres det med tre krav:

- Vilåret må fremme (den aktuelle) lovens formål.
- Vilåret må ha saklig sammenheng med (det begunstigende) tildelingsvedtaket.
- Vilåret må ikke være uforholdsmessig tyngende.

Der personen eier sin egen bolig eller leier av private, er problemstillingen uaktuell. Ved tildeling av institusjonsplass synes derimot Høyesterett i Sårstelldommen å ha akseptert et element av å stille vilkår – men innenfor snevre rammer –, delvis for å ivareta fellesskapsinteresser:

«Men også annet rettsgrunnlag kan gi hjemmel; herunder må man også på denne sektoren kunne stille vilkår ved ellers begunstigende vedtak, så langt disse har en saklig sammenheng med vedtaket og ikke er uforholdsmessig tyngende. Det er ganske riktig, som den ankende part har pekt på, at A har rett til å få et heldøgns omsorgstilbud, jf. Rt-1990-874 og Høyesteretts dom 19. februar 2010, HR-2010-313-A, (sak nr. 2009/1434) avsnitt 32-34. Men ettersom det nærmere innholdet i tjenestetilbudet i stor grad beror på et såkalt fritt skjønn, stenger denne retten ikke for at det stilles vilkår, herunder vilkår med tvangssementer.»¹³²⁴

Der kommunen står som utleier av bolig, er spørsmålet om husleieloven kommer til anvendelse. I husleieloven § 1-1 andre ledd andre punktum er virkeområdet avgrenset mot «hvor annet enn bruksrett til husrom er det vesentlige i avtaleforholdet». Ut fra forarbeidene og lovens system synes det klart at det er institusjoner som faller utenfor.¹³²⁵ Omsorgsboliger av

¹³²⁴Rt. 2010 s. 612, avsnitt 31

¹³²⁵Fra spesialmotivene i Ot.prp. nr. 82 (1997–98) gjengis: «Som eksempler på boliger der det primære vil være annet enn å skaffe brukeren husrom, kan nevnes boliger omfattet av lov 19. juni 1969 nr. 57 om sykehus, lov 19. november 1982 nr. 66 om helsetjeneste i kommunene § 1-3 annet ledd nr. 5 og lov 13. desember 1991 nr. 81 om sosiale tjenester § 4-2 bokstav d.» Også forholdet til husleieloven § 11-1 underbygger en slik konklusjon.

ulike typer og organisering vil i utgangspunktet derimot omfattes av husleieloven. Etter gjeldende rett er det ikke hjemmel for å koble tilgang til bolig med aksept av tjenesteytingen hvis husleieloven kommer til anvendelse på leieforholdet.

25.5.10.3 Utvalgets vurderinger

Etter gjeldende rett er det altså en begrenset adgang til å koble tilgang til institusjonsplass til at man underkaster seg behandlings- eller omsorgstiltak. Slike begrensninger vil først og fremst følge av en tolkning av hjemmelsgrunnlaget. En rimelig grad av medvirkning og samarbeid er en forutsetning for retten til hjelp. Mer individuelle og eksplisitte krav kan det også være tale om – men rammene er snevre, jf. Sårstelldommen:

«Ved tilbud om sykehjemsplass vil søkerens reelle valgfrihet ofte være høyst begrenset, og adgangen til å stille vilkår vil være forholdsvis snever. Ut fra omstendighetene må det også stilles strenge krav blant annet til bevis for at søkeren var kjent med vilkårene da han takket ja til plassen, med mindre det er tale om naturlige konsekvenser av institusjonsoppholdet.»¹³²⁶

Utenfor institusjonsomsorgen er det ikke adgang til å gjøre noen slik kobling, også ved leie av kommunal bolig er det husleieloven som setter grensene.

Å koble tilgang til én type tjenester til aksept av en annen man egentlig ikke ønsker, er et inn- gripende virkemiddel. Utvalget ser likevel behov for å kunne gjøre dette i enkelte situasjoner, for eksempel for å hindre at knappe døgnplasser i spesialisthelsetjenesten blir okkupert av personer som ikke er motivert for frivillig behandling. Den rettslige konsekvensen av brudd på vilkår om mottak av slike tjenester – enten dette innfortolkes i rettighetsregelen eller formuleres som individuelle vilkår – kan være tap av plass. Et vilkår kan imidlertid ikke være hjemmel god nok for gjennomføring av forpliktelsen med tvang, jf. definisjonen i lovutkastet § 1-3. Slike virkemidler vil i tilfelle kreve individuelle vedtak etter lovutkastet.

Utvalget har vurdert om man for framtiden bør foreta en klargjørende rettslig regulering. Problemstillingen er, som understreket flere steder, ikke aktuell utenfor institusjon, og utvalget ser ingen grunn til å endre på det. Men praksis er vaklende – som påpekt i NAPHA-rapp- orten –, noe som tilsier en særlig regulering. Utvalget har derfor foreslått en regulering av tematikken i lovutkastet § 6-25.

25.6 Særlige grenser for behandling og gjennomføring av behandling i psykisk helsevern m.m

25.6.1 Innledning

Som det framgår i punkt 25.5.4.3 vurderer utvalget at tvang i behandling som retter seg inn mot personens psykiske fungering er særlig omstridt. Utvalget har derfor av rettssikkerhets- hensyn sett behov for en annen reguleringsteknikk enn det som ellers er gjennomgående i lov- utkastet. Mer konkret legges det opp til en positiv regulering av hvilke behandlingstiltak som kan ha hjemmel der personen motsetter seg tiltaket: tiltak som ikke er positivt nevnt er det forbudt å treffe vedtak om ved motstand og å iverksette under tvang. Dette følger av lovutkas- tet § 6-6. Hva gjelder undersøkelser, herunder diagnostikk, er det ikke foreslått særlige be- stemmelser. Her er det altså hovedbestemmelsen i lovutkastet § 6-5 som vil gjelde, noe som

¹³²⁶Rt. 2010 s. 612, avsnitt 32

sikrer en ønsket fleksibilitet blant annet med tanke på å klarlegge også eventuelle somatiske årsaksfaktorer. Arenabegrensninger kommer likevel inn, se lovutkastet § 6-17.

Det er også behov for å nedfelle særlige grenser for hvilke virkemidler som skal kunne benyttes i gjennomføringsfasen. På dette punkt legges det imidlertid ikke opp til en positiv regulering av hvilke typer av tiltak som kan ha hjemmel, men heller formulering av negative skranke. Som det framgår er det bare i behandling av psykiske helseproblemer det åpnes for tvangsbehandling i utvalgets terminologi. Enkelte gjennomføringstiltak for å tilrettelegge for behandling og som personen motsetter seg, er imidlertid også aktuelle i institusjon for tverrfaglig spesialisert behandling av rusmiddelavhengighet.

Innledningsvis skal det påpekes at mens utvalget i sin alminnelighet har valgt å forkaste lidelsesbegrepet og heller bruke «psykisk helseproblem» og «rusproblem», se punkt 14.4.2.7, er det bevisst gjort et unntak for legemiddelbehandling. Her opprettholder utvalget lidelsesbegrepet i lovutkastet som en markering og understrekning av kravet om at legemiddelet må være godkjent for behandling av personens kliniske diagnose.

25.6.2 Legemiddelbehandling av psykiske lidelser

25.6.2.1 Gjeldende rett

For en generell omtale av psykisk helsevernloven § 4-4 vises til kapittel 5 om gjeldende tvangslovgivning. Bestemmelsen omfatter både situasjonen der personen motsetter seg behandling og situasjonen der vedkommende ikke er i stand til å gi et gyldig samtykke. I gjeldende terminologi omtales begge deler gjerne som «tvangsbehandling», men bare motstandstilfellene forsvarer denne karakteristikken i utvalgets begrepsbruk.

Legemiddelbehandling – i praksis med antipsykotiske legemidler – mot personens vilje, er i dag det mest omstridte tema i debatten om tvang i psykisk helsevern, ved siden av bruk av elektrokonvulsiv terapi (ECT). Fra et prinsipielt juridisk synspunkt er det særlig spørsmålet om styrken i prognosen for framtidig effekt av behandlingen som har stått i sentrum for diskusjonene de senere år. I § 4-4 andre ledd bokstav a heter det mer overordnet:

«Slik legemiddelbehandling kan bare gjennomføres med preparater som er registrert her i landet og med vanlig brukte doser. Legemiddelbehandling kan bare gjennomføres med legemidler som har en gunstig virkning som klart oppveier ulempene ved eventuelle bivirkninger.»

I fjerde ledd andre punktum spisses dette:

«Behandlingstiltak kan bare igangsettes og gjennomføres når de med stor sannsynlighet kan føre til helbredelse eller vesentlig bedring av pasientens tilstand, eller at pasienten unngår en vesentlig forverring av sykdommen.»

Her har det blitt reist spørsmål om hva som nærmere ligger i «stor sannsynlighet». Problemtillingen er om vurderingen må være individuell eller kan basere seg på mer generell kunnskap om og erfaring med et preparats virkninger. I kjølvannet av Paulsrud-utvalgets innstilling har flere framhevet at vurderingen må være individuell.¹³²⁷ Dette er også Sivilombudsmannens linje fra desember 2018:

«Ombudsmannen tar ikke endelig stilling til om det foreliggende kunnskapsgrunnlaget – på generelt grunnlag – er egnet til å tilfredsstille gjeldende krav om stor sannsynlighet ved

¹³²⁷Se for en oversikt over debatten Bernt, 2018

førstegangsmedisinering. Dette må behandlingsansvarlige og Fylkesmennene i hver enkelt sak ta stilling til og begrunne konkret, i tråd med psykisk helsevernloven og forvaltningsloven. Det som imidlertid er klart, er at kravet til stor sannsynlighet er et reelt krav, og at det kreves mer enn alminnelig sannsynlighetsovervekt. Videre er det klart at kravet knytter seg til den enkelte pasient, og ikke til en gruppe pasienter.»¹³²⁸

Kravet om individuelle vurderinger, jf. siste setning i det siterte, blir stadig gjentatt i uttalelsen, blant annet slik:

«Siden det for klager var tale om en førstegangs medisinerings, forelå det heller ikke noe erfaringsgrunnlag som kunne støtte opp under Fylkesmannens konklusjon om at kravet er oppfylt. Fylkesmannen er derfor gjentatte ganger bedt om å fremlegge det faktiske grunnlaget som viser at kravet til «stor sannsynlighet» for at medisinerings – for *denne* pasienten og i *dette* tilfellet – ville føre til helbredelse eller vesentlig bedring.» (Kursivert av Sivilombudsmannen.)

I ettertid har Helsedirektoratet gitt uttrykt for å ha «samme forståelse» som Sivilombudsmannen.¹³²⁹ Det blir understreket at der personen ikke tidligere har vært behandlet med antipsykotika vil et «generelt kunnskapsbasert materiale» danne grunnlag for vurderingen, og det er forutsettes at dette er i samsvar med Ombudsmannens uttalelse. Men en slik forutsetning er det usikkert om er holdbar ut fra Ombudsmannens sterke og gjentatte understrekning av at vurderingen må være individuell.

Utvalget skal bemerke at enkelte rettskilder tilsynelatende har fått lite oppmerksomhet i den pågående debatten. Av særlig interesse er Høyesteretts praksis i enkelte saker om utskriving av tvungent vern der innholdet av behandlingvilkårets prognosekrav blir satt på spissen, jf. psykisk helsevernloven § 3-3 nr. 3 bokstav a. Her er vurderingstemaet langt på vei sammenfallende med nevnte formulering i psykisk helsevernloven § 4-4 fjerde ledd.¹³³⁰ I Rt. 2001 s. 752 var således spørsmålet om det forelå «stor sannsynlighet» for vesentlig forverring (ved opphør av tvungent vern). Det er mye som tyder på at Høyesterett her går langt i retning av å akseptere generell kunnskap om og erfaring med effekten av antipsykotisk legemiddelbehandling i mangel av mer individuelle holdepunkter:

«Når det gjelder kravet til sannsynlighet understreker forarbeidene, i samsvar med lovteksten, at det må kreves mer enn vanlig sannsynlighetsovervekt for forverring, se Ot.prp. nr. 11 (1998–99) side 79–80. Rent faktisk må det, som jeg tidligere har vært inne på, legges til grunn at A vil slutte med medikamenter etter en eventuell utskriving. Det finnes bare begrenset erfaring om hvordan han tidligere har reagert på dette. Erfaringene fra rundt 1979 er uklart dokumentert og ligger uansett langt tilbake i tid. Dosereduksjonen i 1991–1992 hefter det seg i beste fall usikkerhet til effekten av, og det var dessuten bare en reduksjon, ikke totalt opphør – seponering – som det er snakk om nå. I et bevisopptak for Høyesterett har overlege Bjørn Harald Lervåg, som har vært As behandlende lege siden 1996, gitt uttrykk for at det er overveiende sannsynlig at A vil få et tilbakefall. Han uttaler ellers blant annet at

¹³²⁸Se blant annet Sivilombudsmannen, sak 2017/543

¹³²⁹Helsedirektoratet, 2019

¹³³⁰Tilsvarende Syse, 2016, s. 200

forskning knyttet til schizofreni generelt viser at 70 % får tilbakefall innen ett år ved fullstendig stopp av medisiner.

De sakkyndige har i sin rapport gitt uttrykk for at etter deres oppfatning er det på det rene at forverring vil inntreffe ved seponering. Professor Dalgard har i retten uttalt at han finner dette i meget høy grad sannsynlig, og at A med sin tilstand klart ikke hører til de 30 % som ikke vil bli utsatt for forverring. Jeg finner å måtte legge dette til grunn [...].»¹³³¹

Utvalget vurderer etter dette dagens rettskildebilde som sprikende.

25.6.2.2 *Utvalgets vurderinger*

25.6.2.2.1 *Utgangspunkt*

I det følgende konsentrerer utvalget seg om bruken av antipsykotiske legemidler. Det kan i prinsippet også fattes vedtak om bruk av andre medikamenter, men det er svært sjelden aktuelt – ikke minst fordi antipsykotiske midler er de eneste som kan gis som injeksjon der personen nekter å svelge tabletter eller mikstur.

Utvalget viser til kapittel 10 om kunnskapsgrunnlaget. De siste, store metaanalysene tyder på at det er en klar effekt av antipsykotiske midler, men det er et åpent spørsmål om denne effekten er så stor og vesentlig at den veier opp for bivirkningene og krenkelsen forbundet med tvangsinngrepet. Ut fra Leuchts metaanalyse fra 2017, er det bare 23 prosent sjanse for at personen vil ha «god effekt», sammenlignet med 14 prosent ved placebo. På den andre siden er det rapportert at over 80 prosent av personer med førstegangs psykose vil respondere på antipsykotika, men her er terskelen for «respons» satt meget lavt (minst 20 prosent bedring på Positive and Negative Symptom Scale), så lavt at effekten neppe vil være vesentlig og egnet til å oppveie de negative sidene ved inngrepet.¹³³² Utvalget mener derfor at det er vanskelig å argumentere for en videre hjemmel for tvangsbehandling enn vi har i dag. Det faglige grunnlaget for behandling med antipsykotiske midler skulle snarere tilsi snevrere inngrepshjemler og forsterkede kontrollmekanismer.

Utvalget vil presisere at tvungen behandling med legemidler i enkelte tilfeller også kan være aktuelt overfor barn. De betenkeligheter som utvalget gir uttrykk for når det gjelder et så inngripende tiltak som tvangsmedisinering er, vil i enda større grad gjelde for denne gruppen. Derfor er det nødvendig å sikre at barns rettssikkerhet ivaretas.

Sivilombudsmannen har i flere uttalelser gitt fylkesmenn kritikk for at de i sin klagesaksbehandling ikke klart nok gjør rede for hvordan sannsynligheten for at pasienten vil ha effekt av vedtatt tvangsmedisinering vurderes. I kjølvannet av Sivilombudsmannens uttalelse av 21. januar 2019, etterspurte Fylkesmannen i Oslo og Viken Helsedirektoratets syn på undersøkelser av effekten av antipsykotisk legemidler (brev datert 7. februar 2019). Videre spurte Fylkesmannen hvilken bedring som må forventes hos pasienten for at kravet til «vesentlig bedring» skal være oppfylt, jf. psykisk helsevernloven § 4-4. Helsedirektoratet svarte 22. mars 2019.

I sin redegjørelse for kunnskapsgrunnlaget viser direktoratet i sitt brev til *Nasjonal klinisk retningslinje for utredning, behandling og oppfølging av personer med psykoselidelser* fra 2013. Helsedirektoratet innhentet en oppdatering av kunnskapsgrunnlaget for medikamentell behandling av

¹³³¹Rt. 2001 s. 752 på s. 757

¹³³²Zhu, 2017

akutt psykose fra psykiaterne Ingrid Melle, Jan Olav Johannessen og Erik Johnsen. Brevet fra Helsedirektoratet tar inn dette sitatet fra de tre psykiaternes uttalelse:

«I en stor europeisk studie av antipsykotika ved første episode schizofreni eller schizofreniform lidelse fant man over 60 % gjennomsnittlig symptomreduksjon over 12 måneder (Kahn et al, Lancet 2008). To nylige metaanalyser har undersøkt behandlingsrespons hos pasienter med førstegangspsykoser i større bredde. Den ene viser at omtrent 50 % har en 50 % bedring i sine symptomer mens 80 % har en 20 % bedring av i sine symptomer i studieperioden (Zhu et al, ny metastudie European Neuropsychopharm 2017). En annen viser at omtrent 10 % har dårlig respons, omtrent 75 % har moderat respons og 15 % har rask og svært god respons (Bozatello et al, Frontiers in Psychiatry 2019). [...] I sin konklusjon oppsummerer forfatterne av denne omfattende metaanalysen det slik: «Disse studiene viser at behandlingsutfallet for pasienter med schizofreni-spekter lidelser kan bli signifikant forbedret gjennom tidlig behandling og ved forkortelse av tidsperioden fra symptomstart til adekvat, spesifikk intervensjon (her medikamentell behandling).»

Utvalget er bekymret for hvordan denne passasjen vil tolkes av landets fylkesmenn og helseforetak. Den kan forstås som at 90 prosent av pasientene vil respondere godt eller svært godt på behandlingen, et tall som er langt høyere enn det andre studier har kommet fram til. Utvalget er i tvil om direktoratet har dekning for disse påstandene og viser til to forhold: Metaanalysen av Zhu mfl. dreier seg om 17 studier, og ingen av disse hadde kontrollgrupper som fikk placebo. Det er dermed umulig å vite hvor stor bedring pasientene hadde opplevd uten medisiner. Artikkelen til Bozzatello mfl. er ikke en «omfattende metaanalyse» og har ikke funnet de prosentsatsene som er oppgitt i skrevet fra de tre psykiaterne. Direktoratet er orientert om at medlemmer av utvalget oppfatter den siterte passasjen som sterkt misvisende.

Sivilombudsmannen har i flere uttalelser gitt fylkesmenn kritikk for at de i sin klagesaksbehandling ikke klart nok gjør rede for hvordan sannsynligheten for at pasienten vil ha effekt av vedtatt tvangsmedisinering vurderes. I kjølvannet av Sivilombudsmannens uttalelse av 21. januar 2019, etterspurte Fylkesmannen i Oslo og Viken Helsedirektoratets syn på undersøkelser av effekten av antipsykotisk legemidler (brev datert 7. februar 2019). Videre spurte Fylkesmannen hvilken bedring som må forventes hos pasienten for at kravet til «vesentlig bedring» skal være oppfylt, jf. psykisk helsevernloven § 4-4. Helsedirektoratet svarte 22. mars 2019.

I sin redegjørelse for kunnskapsgrunnlaget viser direktoratet i sitt brev til Nasjonal klinisk retningslinje for utredning, behandling og oppfølging av personer med psykoselidelser fra 2013. Helsedirektoratet innhentet en oppdatering av kunnskapsgrunnlaget for medikamentell behandling av akutt psykose fra psykiaterne Ingrid Melle, Jan Olav Johannessen og Erik Johnsen. Brevet fra Helsedirektoratet tar inn dette sitatet fra de tre psykiaternes uttalelse:

«I en stor europeisk studie av antipsykotika ved første episode schizofreni eller schizofreniform lidelse fant man over 60 % gjennomsnittlig symptomreduksjon over 12 måneder (Kahn et al, Lancet 2008). To nylige metaanalyser har undersøkt behandlingsrespons hos pasienter med førstegangspsykoser i større bredde. Den ene viser at omtrent 50 % har en 50 % bedring i sine symptomer mens 80 % har en 20 % bedring av i sine symptomer i studieperioden (Zhu et al, European Neuropsychopharm 2017). En annen ny metastudie viser at omtrent 10 % har dårlig respons, omtrent 75 % har moderat respons og 15 % har rask og svært god respons (Bozatello et al, Frontiers in Psychiatry 2019). (...) I sin konklusjon oppsummerer forfatterne av denne omfattende metaanalysen det slik: «Disse studiene viser at behandlingsutfallet for pasienter med schizofreni-spekter lidelser kan bli signifikant forbedret gjennom tidlig behandling og ved forkortelse av tidsperioden fra symptomstart til adekvat, spesifikk intervensjon (her medikamentell behandling).»

Utvalget er bekymret for hvordan denne passasjen vil tolkes av landets fylkesmenn og helseforetak. Den kan forstås som at 90 prosent av pasientene vil respondere godt eller svært godt på behandlingen, et tall som er langt høyere enn det andre studier har kommet fram til. Utvalget er i tvil om direktoratet har dekning for disse påstandene og viser til to forhold: Metaanalysen av Zhu mfl. dreier seg om 17 studier, og ingen av disse hadde kontrollgrupper som fikk placebo. Det er dermed umulig å vite hvor stor bedring pasientene hadde opplevd uten medisiner. Artikkelen til Bozzatello mfl. er ikke en «omfattende metaanalyse» og har ikke funnet de prosentsatsene som er oppgitt i skrevet fra de tre psykiaterne. Direktoratet er orientert om at medlemmer av utvalget oppfatter den siterte passasjen som sterkt misvisende.

25.6.2.2.2 Betydningen av skillet mellom motstand og ikke-motstand

Etter psykisk helsevernloven regnes fravær av samtykke i mange tilfeller som tvang, slik også etter § 4-4. Det betyr at en person som ikke motsetter seg medikamentell behandling, men heller ikke regnes som beslutningskompetent, i dag må underlegges tvungent psykisk helsevern etter kapittel 3 og i tillegg vedtak etter § 4-4 a, for å få tilgang til nødvendig helsehjelp, jf. pasient- og brukerrettighetsloven § 4-3 femte ledd.

I tråd med de føringer som er lagt i kapittel 18 om tvangsbegrepet, foreslår utvalget forenklinger her. For den som ikke motsetter seg hjelp, skal terskelen være lav for å få hjelp. Det må også gjelde i form av medikamentell behandling ved psykiske lidelser. De særlige risikoaspektene ved bruk av antipsykotiske legemidler tilsier likevel en større forsiktighet enn det som generelt gjelder utenfor motstandstilfellene. Særlig er det rettssikkerhetsbehovet for personer med kognitive svekkelser som utviklingshemning og demens, og som av den grunn kan være lette å lede, som her melder seg.

Utvalget vurderer at antipsykotisk behandling overfor personer med store formidlingsvansker bør likestilles med tvang etter utkastet § 1-3 siste ledd. For andre personer som mangler beslutningskompetanse, men som ikke har store vansker med å formidle motstand, stilles krav om vedtak og at den vedtaksansvarlige er psykiater eller står under veiledning av psykiater, se lovutkastet § 6-4. Det bør videre stilles krav om at behandlingen er nødvendig for å hindre eller begrense helseskade, men uten at denne trenger å være vesentlig. Ved alvorlige uønskede bivirkninger er det et særlig behov for å skjerpe kontrollen, uavhengig av motstand. I slike tilfeller bør saken føres over i tvangsmedisineringssporet med de forsterkede rettssikkerhetsgarantier som der er nedfelt.

I fortsettelsen vil fokus rettes mot situasjonen der personen motsetter seg behandlingen: altså tvangsbehandling i utvalgets terminologi.

25.6.2.2.3 Bør all tvangsbehandling med legemidler forbys?

Brukerorganisasjoner (fellesaksjonen.no) og enkeltmennesker med brukererfaring krever forbud mot tvangsbehandling eller reservasjonsrett for den enkelte pasienten.¹³³³

Utvalgets flertall (alle medlemmene, unntatt Erichsen og Gitlesen) har stor forståelse for et ønske om forbud ut fra det kunnskapsgrunnlaget som i dag foreligger om virkninger og bivirkninger. Et så radikalt grep vil imidlertid forutsette en gjennomgripende omlegging av tjenestene for å unngå alvorlige konsekvenser for så vel pasienter som pårørende. Dette er ikke mulig å få til på kort sikt.

Tvangslovutvalget er et lovutvalg og forutsettes – slik mandatet er formulert – å svare på hvordan regelverket kan forbedres ut fra den virkelighet vi står overfor i dag og i overskuelig

¹³³³Neset, 2017

framtid. Innenfor en slik ramme foreslår utvalget kraftfulle grep for å stramme inn bruken av legemiddelbehandling i psykisk helsevern mot personens vilje – noe som er godt i samsvar med den generelt tvangsrestriktive holdning utredningen bygger på. Om det etter at disse skritt er tatt vil være mulig og forsvarlig å gå enda lenger, får framtiden vise.

Et totalforbud anses som for ytterliggående ved at enkelte personer som kunne unngått vesentlig helseskade med hjelp av medikamenter, må leve med alvorlige symptomer som leder til stort funksjonstap. Dette er en alvorlig omkostning når det også tas hensyn til at alvorlige psykiske helseproblemer ofte debuterer i tidlig voksenalder. Utvalgets flertall ønsker derfor fortsatt en åpning for tvangsbehandling med medikamenter og ser dette som nødvendig ut fra et gjennomgående synspunkt om at det – under sterke rettssikkerhetsgarantier – skal kunne gripes inn for å hindre vesentlig helseskade. Sentrale menneskerettighetsdokumenter ikke bare åpner for en slik tilnærming, men det kan til dels foreligge en plikt til å beskytte liv og helse for personer som ikke er beslutningskompetente, om nødvendig med bruk av tvang. Å totalforby tvangsbehandling med medikamenter ville i et slikt bilde blant annet kunne tvinge fram en kraftig oppbygging av kapasiteten ved lukkede sengeposter i psykisk helsevern fordi flere måtte holdes lenger tvangsinnlagt for å hindre vesentlig helseskade. Utvalgets flertall har derfor valgt en tilnærming der en tar hensyn både til behovet for å verne enkeltpersoner mot urettmessig og integritetskretnende tvangsbruk og behovet for å kunne yte godt begrunnet og nødvendig helsehjelp til personer som ikke er beslutningskompetente.

25.6.2.2.4 Lovutkastets oppbygning

De alminnelige vilkår i lovutkastet § 6-5 gjelder i utgangspunktet også ved tvangsmedisinering. Formuleringen av et «vesentlig helseskade»-krav og et antatt samtykke-krav innebærer en tilstramming sammenlignet med psykisk helsevernloven § 4-4. Antatt samtykke-vilkåret må for øvrig ses i sammenheng med spørsmålet om reservasjonsrett som drøftes nedenfor. I lovutkastet § 6-10 er det gitt enkelte særbestemmelser. Disse har karakter dels av presiseringer, dels av tillegg til de alminnelige vilkår.

Utvalget har vurdert spørsmålet om en avgrensning av inngrepshjemmelen ut fra preparat, dose og indikasjon. Det er mulig å lage detaljerte oppsett for hvilke medikamenter, i hvilke doser som kan brukes ved bestemte tilstander. Dette kan verne mot tilfeldig og uhensiktsmessig bruk av medikamenter. Juridisk detaljregulering av klinisk virksomhet vil imidlertid ofte føre til problemer på grunn av den faglige utviklingen, at det kommer til nye medisiner eller andre behandlingsformer, eller at pasienter og klinikere kommer i situasjoner som lovgiver ikke forutså. Utvalget er derfor i sin alminnelighet skeptisk til en slik modell, men forslaget til formulering av nytt prognosevilkår nedenfor bærer i seg elementer av en slik tenkning.

25.6.2.2.5 Økt fokus på frivillighet

En forutsetning for at fortsatt hjemmel for tvangsmedisinering skal kunne forsvares, er at det etableres gode, reelle alternativer som først blir prøvd. Det mest innlysende alternativet, som det burde være unødvendig å nevne, er motivering for frivillig medikamentell behandling. Det må settes av tilstrekkelig tid til å informere om de ulike sidene ved legemiddelbehandling og til diskusjon med den det gjelder om fordeler og ulemper med behandlingen som blir foreslått. Personen må få tilbud om flere samtaler og god tid til å reflektere over saken, og mulighet til å stille spørsmål og til å bli hørt når det gjelder valg av preparat og dosering.

For at en virksomhet i psykisk helsevern skal kunne godkjennes for å ha ansvar for tvangsmedisinering, må det være et vilkår at det foreligger tilstrekkelig kompetanse i ikke-medikamentelle behandlingsformer, se utkastet § 6-10 nr. 2. Hvilke krav som her skal gjelde må fastsettes i forskrift. Utvalget vil spesielt framheve som sentrale komponenter, meningsfulle aktivitets-

tilbud, mulighet for fysisk trening og naturopplevelser, samtaleterapi, traumeinformerte tilnærminger, musikkterapi og anledning for personen til å skjerme seg fra for mange sanseinntrykk og sosiale forpliktelser.

Tilsvarende må virksomheten ha en materiell og faglig standard som reduserer behovet for tvang. Med materiell standard mener utvalget at virksomheten må tilby trivelige enerom med eget bad, tilstrekkelig areal å utfolde seg på, lett tilgang til natur og frisk luft, og tilstrekkelig skjerming fra støy og urolige medpasienter.

Den faglige standarden er det vanskeligere å konkretisere. Her vil utvalget peke på at det ikke bare dreier seg om formelle kvalifikasjoner. De store lokale forskjellene i tvangsbruk reflekterer neppe forskjeller i for eksempel spesialistdekning. Vel så viktig kan det være hvilke holdninger til psykiske helseproblemer og bruken av tvang som er gjengs på institusjonen og hvilken kompetanse den har i brukervedvirkning og samhandling med kommunale tjenester.

I den enkelte sak må personen før vedtak om tvangsmedisinering treffes, ha vært forsøkt behandlet på frivillig grunnlag – det vil si med tiltak vedkommende ikke motsetter seg – i minst en uke. Dette representerer en utvidelse med to døgn sammenlignet med dagens § 4-4 femte ledd i psykisk helsevernloven («minst fem døgn»). I denne perioden skal også omfattende og egnet ikke-medikamentelle tiltak ha blitt tilbudt. At det her kan være behov for unntak er ikke til å komme bort fra. I psykisk helsevernloven § 4-4 femte ledd andre punktum heter det i dag:

«Dette gjelder ikke hvis pasienten ved utsettelse vil lide vesentlig helseskade, eller hvis pasienten gjennom tidligere behandlingsopphold er godt kjent av institusjonen som vedtar handlingen.»

Utvalget har her funnet grunnlag for en innstramming. Alternativet «godt kjent» kan i dag – etter det utvalget erfarer – i noen tilfeller bli brukt som en sovepute for ikke å gå videre i arbeidet med frivillige alternativer. Dermed blir det – i utvalgets opplegg – bare alternativet «vesentlig helseskade» ved utsettelsen som står tilbake. Utvalget skal bemerke at alternativet ikke bare omfatter fysisk skade, men også psykisk skade, særlig aktuelt ved svært stort lidelsestrykk.

Utvalget har vurdert om det bør konkretiseres mer i detalj i lov eller forskrift, hvilke typer av frivillige tiltak som først må prøves før det kan fattes vedtak om legemiddelbehandling som personen motsetter seg. Dette kan hindre at tvangsmedisinering er noe en raskt tyr til. På den andre siden gir en slik modell risiko for at en rekke formålsløse tiltak må gjennomføres for syns skyld, mens nødvendig behandling må utstå. I Danmark er det på forskriftsnivå gitt slike detaljerte, formelle regler om motivering for frivillig behandling, som ikke sjelden resulterer i oppheving av vedtak. I dansk juridisk litteratur beskrives dette blant annet slik:

«I betænkningstiden skal patienten dagligt tilbydes medicin til frivillig indtagelse (motive-res), og den forsøgte motivation skal journalføres, jf. § 3, stk. 5. Hvis der ikke er sket motivation, kan der som udgangspunkt ikke træffes beslutning om tvangsbehandling [...]. Betænkningstiden beregnes fra det tidspunkt, hvor patienten har modtaget et konkret behandlingstilbud med oplysning om præparat, behandlingsform og dosis [...]. Motivationen skal foretages løbende. Hvis patienten ikke motiveres dagligt op til beslutningen, kan betænkningstiden blive afbrudt, og motivationen skal starte forfra.»¹³³⁴

Avgjørende ser altså ut til å være om personen med tilstrekkelig frekvens og presisjon er oppfordret til å gå med på frivillig behandling. Utvalget vil ikke anbefale noe tilsvarende for

¹³³⁴Madsen, 2017, s. 125

norske forhold da en slik modell lett kan ta fokus bort fra et mer individuelt rettet arbeid for å finne alternativer til tvang, herunder alternative behandlingstilnærminger. Utvalget finner det vanskelig å definere hvilke tiltak som alltid må være forsøkt og tror at dette vil variere for mye fra person til person til at det lar seg bestemme i lov.

25.6.2.2.6 *Krav om at legemiddelet er godkjent for personens kliniske diagnose*

Psykisk helsevernloven § 4-4 åpner for tvangsbehandling med legemidler på visse vilkår. Bestemmelsen trekker grenser for hvordan behandlingen kan gjennomføres. I denne sammenhengen er de viktigste vilkårene at tiltaket må være «klart i overensstemmelse med faglig anerkjent psykiatrisk metode og forsvarlig klinisk praksis» og skje med «preparater som er registrert her i landet og med vanlig brukte doser».

I utvalgets lovutkast blir ordlyden «klart i overensstemmelse med faglig anerkjent metode og faglig forsvarlig praksis» gjenfunnet i § 6-5 nr. 9. Utkastet § 6-10 angir særlige vilkår for behandling av psykiske lidelser med legemidler når personen motsetter seg det. Her er det stilt som vilkår at «det aktuelle legemiddelet og dosen må være godkjent for behandling av personens kliniske diagnose», jf. § 6-10 nr. 1 og § 6-4 andre ledd nr. 2. Utvalgets ordlyd innebærer en innskjerping som det her blir gjort nærmere rede for.

Lovutkastet stiller altså som vilkår for tvangsmedisinering at det aktuelle virkestoffet – og doseringen – er godkjent for behandling av pasientens psykiske lidelse, og ikke bare er i overensstemmelse med det løsere definerte «faglig anerkjent metode». Det er gode grunner til at utvalget ønsker at legemidler som blir brukt i tvangsbehandling har offentlig godkjenning og ikke bare er i tråd med en mer eller mindre eksplisitt faglig norm.

Godkjenning av legemidler skjer etter søknad fra produsenten og innebærer en grundig evaluering som skal sikre pasientsikkerheten. I denne prosessen blir den vitenskapelige litteraturen nøye gransket, og det blir tatt stilling til bruksområde (indikasjon) og hvilke doser som skal godkjennes ut fra avveining av effekter og bivirkninger. De godkjente indikasjonene og dosene har dermed et offentlig stempel som egnede tiltak for den aktuelle problemstillingen.

Når det gjelder doseringen, er utvalget opptatt av å sikre personene en behandling med akseptabel balanse mellom bivirkninger og effekter. Når en bruker doser som ligger over de som er godkjent av Legemiddelverket, vet en lite om virkningene og faren for bivirkninger og komplikasjoner. Den som skriver ut doser som ligger over det godkjente intervallet, tar derfor på seg et betydelig ansvar. Etter utvalgets mening er det ikke riktig å utsette pasienter for behandling med så usikre konsekvenser med mindre de gir et fritt og informert samtykke.

Også med formuleringen «personens kliniske diagnose» har utvalget ønsket å verne personer mot behandling som er velment, men har for usikre effekter til at den kan gjennomføres uten samtykke. Det må etter utvalgets mening være et minstemål at behandling som blir gitt med tvang, er utprøvd på den aktuelle indikasjonen i vitenskapelige undersøkelser som har påvist en effekt som har ført til godkjenning for det aktuelle bruksområdet.

Når medikamenter ikke er godkjent for en kliniske diagnose, kan det skyldes ulike forhold at det ikke er undersøkt i den aktuelle pasientgruppen, at det ikke har fått påvist effekt i vitenskapelige studier, at det har for store bivirkninger eller kan gi for alvorlige komplikasjoner, eller at produsenten av forskjellige grunner ikke ønsker medikamentet godkjent for bruksområdet. Manglende godkjennelse er altså ikke ensbetydende med at legemiddelet ikke har den ønskede effekten. Ved å avskjære tvangsbehandling med legemidler som ikke er godkjent for det aktuelle bruksområdet, er det dermed en risiko for at pasienter ikke får tilgang til legemidler som de kunne hatt nytte av. Men usikkerhet om effekten bør etter utvalgets mening veie tyngre.

I den kliniske hverdagen er det pasienter som blir behandlet for psykoser der det er få godkjente legemidler, som paranoide psykoser og akutte polymorfe psykoser. Noen antipsykotiske midler har romslige indikasjoner (for eksempel er Fluanxol godkjent for «andre psykoser», Trilafon for «psykoser og paranoia»). Men de fleste nyere midlene er bare godkjent for schizofreni, noen for bipolar lidelse og noen for depressive lidelser. Utvalgets forslag om at legemiddelet må være godkjent for den kliniske diagnosen, vil dermed innskrenke valgmulighetene noe, men det finnes altså godkjente midler for alle psykoser. Når klinikere ikke står så fritt i valg av legemiddel som de skulle ønske, må dette holdes opp mot faren for at pasienten får behandling med uviss effekt, men med kjente bivirkninger. Etter utvalgets mening må det siste veie tyngst når det gjelder behandling uten eget samtykke.

25.6.2.2.7 Bør «alvorlig sinnslidelse»-vilkåret videreføres for å hindre utgliding?

Spørsmålet om videreføring av «alvorlig sinnslidelse» som vilkår ble drøftet i punkt 24.8.2. Utvalget konkluderte med at det bør avløses av krav om (1) manglende beslutningskompetanse og (2) sterkt behov for hjelp fra psykisk helsevern.

Rammene for drøftelsen der var imidlertid tvangsinnleggelse og tvungent tilbakehold. Problemstillingen nå gjelder tvangsbehandling. De argumentene som er drøftet under punkt 24.8.2 gjør seg også her gjeldende, men med en viktig tilføyelse: Risikoen for en utgliding – at nye grupper skal bli utsatt for tvang – er større. Dette fordi knappheten på institusjonsplasser ikke i samme grad vil utgjøre en flaskehals. Til tross for dette mener utvalget at det både er forsvarlig og ønskelig også her å forlate et diagnosenært kriterium. De øvrige tiltak utvalget foreslår for å begrense bruken av tvang, vurderes å kompensere for utglidingsrisikoen.

25.6.2.2.8 Prognosevurderinger 1: spørsmålet om behandlingseffekt – balansepunktet mellom generelle og konkrete vurderinger

Som nevnt står diskusjonen om dokumentasjon for effekt av antipsykotisk legemiddelbehandling sentralt etter gjeldende rett. I tvangstilfellene reflekterer dette på et overordnet nivå en kollisjon mellom to verdensbilder. På den ene side har vi legeetikkenes grunnleggende krav om å «hjelp syke til å gjenvinne sin helse»,¹³³⁵ på den andre jussens strikte rettssikkerhetstenkning. I diskusjonen om tvang kommer denne konflikten til uttrykk gjennom spørsmålet om generell eller individuell vurdering når behandlingens effekt skal prognostiseres.

Tradisjonelt har denne problemstillingen blitt oversett. Vendepunktet kom med Paulsrud-utvalget som konstaterte at det strenge kravet om «stor sannsynlighet» i psykisk helsevernloven § 4-4 fjerde ledd andre punktum, ikke var mulig å oppfylle i praksis og dermed burde avdempes:

«Beviskravet for effekt av behandlingen er senket fra «stor sannsynlighet» til «overveiende sannsynlig». Bakgrunnen for dette er at kravet om «stor sannsynlighet» framstår som urealistisk, særlig der man står overfor nye pasienter. Utvalget har videre inntrykk av at dagens beviskrav i liten grad har fungert som en effektiv skranke for praksis, noe som blant annet kan skyldes at det har blitt oppfattet urealistisk strengt. Et noe svakere, men mer realistisk beviskrav kombinert med utvalgets ulike tiltak for økt rettssikkerhet, blir da vurdert å danne

¹³³⁵Den norske legeforenings Ethiske regler for leger, 2015, § 1 første avsnitt lyder: «En lege skal verne menneskets helse. Legen skal helbrede, lindre og trøste. Legen skal hjelpe syke til å gjenvinne sin helse og friske til å bevare den.»

et bedre grunnlag for en praksis som er i samsvar med lovens ordlyd og intensjon. Etter utvalgets oppfatning er hovedproblemet etter gjeldende rett at lovens strenge materielle krav ikke har blitt fulgt i praksis.»¹³³⁶

Som i utredningen ellers har utvalget vurdert begrepet «prognosevilkår», eventuelt «prognosekrav», som mer treffende enn «beviskrav» når spørsmålet gjelder krav til dokumentasjon for en framtidig utvikling. Situasjonen i dag er at det er umulig å vurdere antipsykotiske legemidlers virkninger og bivirkninger på et individnivå før man har forsøkt. Dette er for øvrig som regel også tilfelle for somatiske legemidler. Et strikt krav om «stor sannsynlighet» i det individuelle tilfelle, betyr derfor at personer som ikke tidligere har prøvd antipsykotiske legemidler heller aldri vil kunne oppfylle vilkårene etter psykisk helsevernloven § 4-4 fjerde ledd andre punktum. Et slikt tolkingsstandpunkt – som det kan spørres om Sivilombudsmannen i realiteten inntar – innebærer ikke bare en vesentlig beskjæring av bestemmelsens virkefelt, men på sikt i realiteten en avvikling ved at den etter hvert vil miste sin praktiske betydning. Utvalget skal her bemerke at spørsmålet om man skal eller ikke skal ha hjemmel for tvangsmedisinering må avgjøres av Stortinget som lovgiver, ikke gjennom juridiske tolkingsøvelser.

Paulsrud-utvalget ønsket å begrense bruken av tvang ved å etablere et regelverk som kunne virke som et effektivt styringsredskap gjennom å vinne legitimitet i fagmiljøene. En slik strategi er ikke oppsiktsvekkende, men har vært en sentral tilnærmingstype for eksempel ved vedtakelsen av helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 og pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A.

Tvangslovutvalgets flertall har imidlertid valgt en mer nyansert innfallsvinkel i sitt lovutkast enn en generell senkning av prognosekravet («stor sannsynlighet»). Første gangs bruk står i en særstilling. Her må den «vitenskapelige kunnskapen» om effekten av virkestoffet for tilstanden være avgjørende. Utvalget vurderer at det i dag ikke vil være mulig å operere med et krav om «stor sannsynlighet». Det gjelder allerede ut fra dagens vilkår i psykisk helsevernloven §§ 4-4 fjerde ledd om «stor sannsynlighet» for «vesentlig bedring» eller «vesentlig forverring», men i enda sterkere grad etter utvalgets skjerping til et krav om «vesentlig helseskade».

I studien til Zhu og medarbeidere (2017) som er omtalt ovenfor, fant forfatterne at 81 prosent av pasientene oppnådde 20 prosent reduksjon på en vanlig brukt symptomskala, noe som etter utvalgets mening ikke kan kalles en «vesentlig bedring». Det var 52 prosent av pasientene som oppnådde minst 50 prosent reduksjon, en bedring som de fleste fagfolk vil vurdere som vesentlig. Hvor mye av denne bedringen som skyldes virkestoffet er uklart ettersom det ikke var kontrollgrupper som ble behandlet med placebo. Dermed er den rapporterte effekten summen av medikamenteffekten i snever forstand og de generelle effektene av å få behandling – og som en i prinsippet kan oppnå uten bruk av legemidler. På bakgrunn av denne metaanalysen, som har mer optimistiske konklusjoner enn de som ellers er omtalt i kapittel 10, kan et krav om *mer enn* alminnelig sannsynlighetsovervekt for effekt være ensbetydende med et forbud mot tvangsmedisinering – i alle fall for personer som ikke har prøvd slike midler før. Etter utvalgets lovutkast blir problemstillingen satt særlig på spissen ved at symptomreduksjonen må være avgjørende for å hindre eller begrense «vesentlig helseskade». Dette innebærer en terskelheving sammenlignet med dagens behandlingskriterium ved at ikke all symptomlette nødvendigvis vil telle like mye.

¹³³⁶NOU 2011: 9, s. 249

Interessant nok viser en sammenligning av metaanalyser at sannsynligheten for effekt av antipsykotiske midler er større ved førstegangpsykose enn ved senere psykotiske episoder.¹³³⁷ Etter utvalgets mening tilsier dette større varsomhet ved senere episoder. Personer som har vært gjennom psykotiske episoder tidligere, har som oftest personlige erfaringer med antipsykotiske legemidler som går fram av pasientjournalen, og kan være utgangspunkt for grundigere og mer treffsikre vurderinger av sannsynligheten for at et antipsykotisk middel vil være til hjelp.

Utvalgets flertall (alle medlemmene unntatt Erichsen og Gitlesen) vurderer altså at et kompromiss mellom de kryssende hensyn kan være å akseptere at prognoser for virkning og bivirkning kan baseres på generelle vurderinger ved første gangs bruk av det aktuelle preparatet og at prognosekravet her reduseres til vanlig sannsynlighetsovervekt. Motposten er da at det deretter utelukkende må gjøres individuelle vurderinger med utgangspunkt i de erfaringer som er høstet.

En slik modell er riktignok ikke problemfri. En hovedutfordring er naturligvis kvaliteten på de observasjoner som blir gjort og fortolkningen av disse. Riktigheten av de konklusjoner som blir trukket kan slik variere. En situasjon kan være at et medikament man i første runde vurderte hadde god effekt for personen, senere blir vurdert annerledes. Her vil likevel lovens øvrige vilkår slå inn og stoppe fortsatt bruk under tvang. Den motsatte situasjon er mer kinkig: et medikament som ikke blir vurdert til å ha tilstrekkelig effekt ved første gangs bruk, kan likevel – teoretisk sett – tenkes å bli vurdert annerledes på et senere tidspunkt. Denne muligheten vil man nå (effektivt) avskjære når personen motsetter seg behandlingen. Eventuell mangelfull registrering av virkninger og bivirkninger ved første gangs bruk, vil slå ut i favør av personens selvbestemmelse i neste runde der vurderingene må være individuelle ut fra et strengt krav («stor sannsynlighet»).

Sistnevnte utfordring ved en «ett forsøk»-modell (per virkestoff), vil utvilsomt presse fram en kvalitetsheving i arbeidet med legemiddelbehandling som vil komme både individ og samfunn til gode. Modellen representerer en sjelden form for detaljregulering av faglig virksomhet, men som utvalget mener representerer en riktig balansering av motstridende hensyn for denne helt spesielle problemstillingen. Den vil også bidra til stor grad av klarhet – om et i dag omstridt og uavklart spørsmål – og derigjennom legge grunnlaget for en mer intensiv kontroll med tvangsmedisineringsvedtak.

I et notat til Helsedirektoratet datert 13. mars 2019 («Bruk av antipsykotisk medikasjon i akutte faser av schizofreni og andre alvorlige psykotisk lidelser»), uttaler psykiaterne Ingrid Melle, Jan Olav Johannessen og Erik Johnsen blant annet:

«Den beste indikatoren på behandlingsrespons er derfor respons på første gangs behandling med et antipsykotisk preparat. Dersom det ikke er respons på to behandlingsforsøk med forskjellige antipsykotika er dette en indikasjon på manglende effekt. [...]

Pasienter som ikke responderer på to godt gjennomførte behandlingsforsøk med ordinær antipsykotisk medikasjon har sannsynligvis ikke nytte av denne typen behandling.»

Utvalgets flertall vurderer at disse utsagnene i alle fall ikke er et argument mot en reguleringsmodell som skissert der det i tvangsmedisineringsstilfellene gis kun ett forsøk per virkestoff.

¹³³⁷Haddad og Correll, 2018

25.6.2.2.9 Prognosevurderinger 2: Strengere krav for psykisk helseskade

Utvalget har i punkt 24.8.4 om tvangsinnleggelse og tvungent tilbakehold, gjort rede for hvorfor «alvorlig og nærliggende» anses som en tjenlig formulering av kravet til sikker dokumentasjon for framtidig vesentlig helseskade. Vurderingene er i utgangspunktet de samme for problemstillingene i dette kapitlet, men med en viktig reservasjon. For tvangsmedisinering er det nødvendig å videreføre dagens forverringskriterium i psykisk helsevernloven § 3-3 nr. 3 bokstav b, med den endring at «vesentlig forverring» er endret til «vesentlig psykisk helseskade». Kravet om at skaden «med stor sannsynlighet» må inntre innen «meget nær framtid», framstår som en presisering av prognosevilkåret. Dette anses som en særlig rettssikkerhetsgaranti mot overforbruk av tvungent psykisk helsevern og videreføres i utgangspunktet uendret.

Når utvalget her fokuserer direkte på vilkårene for tvungent psykisk helsevern, er det på grunn av dagens system der tvungent vern er inngangsportalen til vedtak etter psykisk helsevernloven § 4-4, jf. første ledd. Begrunnelsen for det såkalte forverrings- eller tilbakefallsvilkåret i § 3-3 er imidlertid sterkt knyttet til opphør av virkningen av medikamentell behandling, noe som speiles så vel i rettspraksis, forarbeider og litteratur. Når tvungent vern-konstruksjonen løses opp i lovutkastet og fokus rettes mot det enkelte tiltak, har det derfor vært naturlig for utvalget å videreføre særbestemmelsen i hjemmelen for tvangsmedisinering.

Innholdet av begrepet «meget nær framtid» videreføres som utgangspunkt, slik dette er utviklet i rettspraksis. Utvalget ser imidlertid at det kan være behov for en noe større fleksibilitet enn det dagens lovgivning åpner for, med hensyn til tidsperspektivet for tilbakefall. Det gjelder særlig der det foreligger konkret erfaring for at personen ved et senere tilbakefall vil bli påført en psykisk funksjonssvikt som det er svært vanskelig, i verste fall umulig, å reversere. Utvalget er således kjent med eksempler på at opphør av tvungent vern og seponering av behandling har utløst en omfattende økning av vrangforestillinger med betydelig funksjonssvikt som resultat, men ikke innenfor det tidsspennet som etter rettspraksis er akseptert som «meget nær framtid». I et slikt tilfelle setter lovutkastet § 6-5 første ledd nr. 3 grenser for hvor langt fram i tid skaden kan ligge.

Hvorvidt farekriteriet i psykisk helsevernloven § 3-3 nr. 3 bokstav b er anvendbart ved risiko for psykisk helseskade på personen selv, er noe uklart. I rundskrivet heter det at her «vil man benytte behandlingsvilkåret som tilleggsvilkår».¹³³⁸ Spørsmålet blir uansett avklart gjennom lovutkastet ved at det foreslås unntak fra «meget nær framtid»-kravet der «det er konkret fare for særlig alvorlig og langvarig funksjonstap ved et tilbakefall». Erfaringene må være basert på personens konkrete sykehistorie.

25.6.2.2.10 Varighet av vedtak

Etter gjeldende rett er yttergrensen for varigheten av tvangsbehandlingsvedtak tre uker, jf. psykisk helsevernloven § 21 andre ledd, men tre måneder for medikamentell behandling. Vedtakene kan fornyes, med den konsekvens at det ikke gjelder noen absolutt grense for hvor lenge personen kan være underlagt tvang i behandling. Utvalget har vurdert om det bør gjelde en slik absolutt grense, for eksempel at tvungen behandling med legemidler ikke under noen omstendighet kan vare lengre enn ett år. En slik modell vil gi forutberegnelighet for personen, men ulempen er at det ikke er mulig å si på forhånd hvor lenge det er gunstig eller nødvendig å opprettholde behandlingen ut fra faglige vurderinger. Utvalget har vurdert sistnevnte som avgjørende og mener økt rettssikkerhet bedre kan fremmes gjennom andre tiltak. Vedtaksvarighet på inntil tre måneder foreslås videreført.

¹³³⁸Helsedirektoratet, IS-1/2017, s. 33

25.6.2.2.11 Modell for overprøving

I psykisk helsevern i dag ligger vedtakskompetansen i saker om tvangsmedisinering hos den faglig ansvarlige psykiater, jf. psykisk helsevernforskriften § 5 andre ledd. Denne modellen – tjenestemodellen – anbefales videreført ut fra de mer overordnede vurderinger utvalget har gjort, se punkt 28.6. Utforming av overprøvingsordningene er imidlertid sentralt for rettssikkerheten.

Tvangsmedisinering er et tiltak som er så inngripende, og kan ha så store skadevirkninger, at det er behov for særlige rettssikkerhetsgarantier. I dag er fylkesmannen klageinstans, jf. psykisk helsevernloven § 4-4 a tredje ledd. Ut fra innspill til utvalget er det bildet som tegner seg at fylkesmannens overprøving ofte ikke har preg av å være en reell faglig overprøving. Dette innebærer at kontrollen i realiteten blir lite annet enn en dokumentkontroll. I det siste har også Sivilombudsmannen rettet kritikk mot kvaliteten på fylkesmennenes vedtak i enkeltsaker, også andre sider enn det ovenfor omtalte lovtolkningsspørsmålet.¹³³⁹

I forarbeidene til psykisk helsevernloven ble spørsmålet om klageinstans vurdert, særlig om disse sakene også burde legges til kontrollkommisjonene. Når departementet konkluderte negativt på dette, var det dels ut fra behovet for hurtighet i saksbehandlingen, dels ut fra et synspunkt om at kontrollkommisjonene *ikke hadde bedre* forutsetninger enn fylkeslegene for å behandle disse klagesakene.¹³⁴⁰

For utvalget har det vært naturlig å vurdere spørsmålet om overprøving på nytt, allerede ut fra de store strukturendringene som nå foreslås i lovutkastet med en ny fordeling av funksjoner og oppgaver mellom fylkesmannen og tvangsbegrensningsnemndene. I tillegg kommer tvangsmedisineringens svært inngripende og omstridte karakter.

Utvalget skal bemerke at det heller ikke i dag er alle fylkesmenn som har psykiatrisk fagkompetanse i staben.¹³⁴¹ Hos de embetene som har dette, må man likevel av kapasitetshensyn i stor utstrekning benyttet seg av leger uten slik spesialisering i klagesaksbehandlingen. Når utvalget anbefaler at de nye tvangsbegrensningsnemndene i hovedsak blir organisert etter en generalistmodell (men med mulighet for forsterkning i spesielle saker), er det derfor ikke et avgjørende argument for fortsatt å la tvangsmedisineringssakene blir værende hos fylkesmannen.

Tvert imot vil utvalget nettopp i disse sakene framheve betydningen av de vurderingselementene som ikke er spesifikt medisinsk-faglige, herunder spørsmålet om forholdsmessighet. Selv om de medisinske vurderingene vil inngå som nødvendige premisser, er dette primært rettslige vurderinger der nemndsmodellen gir en særlig garanti for at saken skal bli opplyst tilstrekkelig bredt.

Utvalget vil videre påpeke at det å legge kompetansen til tvangsbegrensningsnemnda vil bidra til helhetstenking rundt individet. Allerede i dag er det overlapping i vurderingene som blir gjort henholdsvis av fylkesmannen i klagesak over tvangsmedisineringens vedtak og kontrollkommisjonen i vurdering av om tvungen psykisk helsevern skal opprettholdes. Blant annet er

¹³³⁹Sivilombudsmannen, se sakene 2017/3156 og 2017/543

¹³⁴⁰Ot.prp. nr. 11 (1998–99) s. 110–111

¹³⁴¹Se også NOU 2011: 9, s. 212

det – som påpekt ovenfor – et ikke uvesentlig sammenfall i vurderingstema mellom psykisk helsevernloven § 4-4 fjerde ledd andre punktum og § 3-3 nr. 3 bokstav a. Videre vil balansepunktet mellom virkning og bivirkninger av medikamentell behandling kunne stå sentralt også etter § 3-3 nr. 7. Dette betyr at det å legge tvangsmedisineringssakene til en nemnd ikke vil innebære noe fundamentalt brudd med dagens ordning: det er mer tale om å rydde i gråsoner mellom ulike organer. Her skal legges til at dagens oppsplitting av spørsmål som naturlig henger sammen, kan skape vansker. For eksempel ved at klager blir sendt feil – som oftest ved at kontrollkommisjonen mottar klage på tvangsmedisineringsvedtak. Ikke sjelden er det også vanskelig for de personer vedtakene gjelder å forstå at klage på vedtak om tvungen psykisk helsevern kan være en alternativ og supplerende måte å angripe et tvangsmedisineringsvedtak på. En samling av funksjonene gir forutsetninger for større klarhet og brukervennlighet for alle involverte.

Å legge overprøvingskompetansen til tvangsbegrensningsnemdene er likevel ikke et tilstrekkelig tiltak for å bedre rettssikkerheten. Utvalget ser også behov for et mer forpliktende system for en reell faglig overprøving av vedtaket.

Utvalget har her funnet inspirasjon i den engelske SOAD-modellen («Second Opinion Appointed Doctors») som ble innhentet informasjon om under studietur til London for deler av utvalget, se også omtale i punkt 8.5.3.5. The Mental Health Act fra 1983 innførte SOAD Service for å styrke rettssikkerheten til pasienter i England og Wales som er tvangsinnlagt og enten nekter å ta imot behandlingen som blir foreskrevet av den ansvarlige kliniker eller anses å mangle beslutningskompetanse. Ordningen blir administrert av Care Quality Commission. SOAD har omkring 16 000 saker i året, og Care Quality Commission får færre enn ti klager på SOAD i løpet av et vanlig år. Driftsutgiftene for ordningen er om lag £ 3 500 000 i året. En lignende ordning ble innført i New Zealand i 1992.

SOAD-ordningen har lite med en konvensjonell *second opinion* å gjøre. Rollen til SOAD er dels å avgjøre om den behandlingen som blir anbefalt av den ansvarlige kliniker kan forsvares klinisk, og dels om en har tatt tilstrekkelig hensyn til pasientens eget syn og rettigheter. En SOAD er en uavhengig overlege som er spesialist i psykiatri («consultant psychiatrist») som er utpekt av helsemyndighetene. Vedkommende opptre bare som SOAD når han eller hun er oppnevnt i en enkelt sak. Arbeidsoppgavene er å snakke med personen det gjelder, lese journalen, gå gjennom behandlingsplanen som er utarbeidet av den ansvarlige kliniker, snakke med den ansvarlige kliniker og andre ansatte og konferere med en annen fagperson. Etter dette skal SOAD, på bakgrunn av sitt uavhengige skjønn og med hensyn til det kliniske rasjonale, pasientens synspunkter og rettigheter, lover og Code of Practice, avgjøre saken. Avgjørelsen skal være skriftlig og begrunnet.

Avgjørelsen til SOAD har form av et sertifikat som trekker opp grensene for behandlingen av personen det gjelder, og behandlingen må holde seg innenfor dette. I 25 prosent av sakene fører SOAD til endringer i behandlingen. En sjelden gang blir det utskrivelse, oftere er det snakk om færre medikamenter eller lavere doser. Ordningen blir verdsatt, også av klinikere.

SOAD-modellen gir gode forutsetninger for en reell faglig overprøving, noe som anses som en sentral rettssikkerhetsgaranti. En norsk modell må likevel tilpasses norske forhold der det både tas hensyn til geografi og økonomi. Selv i England viser studier at man har vansker med å gjennomføre SOAD-kontrollen så raskt regelverket krever. Norske psykiateres interesse for å delta i en slik ordning har det ikke vært mulig for utvalget å klarlegge.

Utvalget foreslår på denne bakgrunn at Helse- og omsorgsdepartementet gis ansvar for at det etableres en ordning der særlig kvalifiserte psykiatere kan utkalles til å gjøre en selvstendig faglig gjennomgang av grunnlaget for tvangsmedisinering i klagesaker, se lovutkastet § 12-10. Utvalget finner *uavhengig psykiatrifaglig overprøving* som en passende benevnelse. Opplegget

må være at psykiateren skal sette seg tilstrekkelig grundig inn i saken til å kunne danne seg en selvstendig oppfatning av det faglige grunnlaget for fortsatt tvangsmedisinering. Dette vil normalt inkludere både en gjennomgang av dokumenter, møte med den person vedtaket gjelder og den behandlingsansvarlige legen. Vurderingene skal framkomme i et eget dokument som oversendes tvangsbegrensningsnemnda. Utvalget er på det rene med at en slik modell nødvendigvis vil måtte føre til at saksbehandlingstiden kan bli lenger enn det som er vanlig i dag i tvangsmedisineringssakene. Rettssikkerhetsgevinsten ved en reell faglig kontroll oppveier likevel denne ulempen med god margin. Nærmere regler om gjennomføringen av kontrollen må fastsettes i forskrift.

Det årlige antallet klager på tvangsmedisineringensvedtak i Norge har de siste årene vært i overkant av 1000. Lengste varighet av hvert vedtak er tre måneder, og noen personer vil av den grunn sannsynligvis ha satt fram klage flere ganger i løpet av et år. Av kapasitets- og ressursmessige hensyn må det gjelde en grense for hvor ofte en og samme person kan nyte godt av den nye faglige kontrollordningen utvalget foreslår. Utvalget vurderer at én gang i året må settes som en grense.

I England er stykkprisen per sak om lag 2500 kroner. Både geografi og kostnadsnivå tilsier betydelig høyere kostnader i Norge. Utvalget anslår at det vil kunne bli fremmet om lag 1000 klagesaker per år, og at den totale kostnaden ved ordningen vil kunne bli på om lag 15 mill. kroner årlig.

25.6.2.2.12 Spørsmålet om reservasjonsrett

Generelle vurderinger

Prinsipielle vurderinger om forhåndserklæringer er gjort i punkt 21.4.3. Selv om utvalget i sin alminnelighet er skeptisk til å innføre bindende forhåndserklæringer, gjør det seg særlige hensyn gjeldende for tvangsmedisinering i behandling av psykiske lidelser. Utvalget har her merket seg ønsket fra brukerorganisasjoner og enkeltmennesker om å få en lovfestet reservasjonsrett. En slik ordning vil sannsynligvis benyttes av personer som har særlig sterke og negative erfaringer med medikamentell behandling, og som har et personlig behov for å gardere seg mot lignende opplevelser for fremtiden.

Den klareste betenkeligheten ved å åpne for at pasienter kan reservere seg mot behandling, er faren for at mange vil takke nei til et tilbud de ville hatt stor nytte av og dermed blir gående lenge med plager som de ellers raskt ville ha kommet seg fra. En annen mulighet er at personer vil utsette seg for større tilbakefallsfare. Utvalget er likevel lite bekymret for at en adgang til å reservere seg vil få slike konsekvenser.

For det første må beslutningskompetanse være et vilkår. En person med beslutningskompetanse kan alt i dag nekte å ta imot videre behandling. Denne bestemmelsen gjelder ikke når personen på grunn av den psykiske lidelsen er til fare for eget liv eller andres liv eller helse. Unntaket foreslås videreført i utvalgets lovutkast. For det andre vurderer utvalget det som lite trolig at personer som faktisk har god effekt av antipsykotiske midler, og som har gjenvunnet beslutningskompetansen, vil nekte å bruke slike midler i framtiden. Muligheten til å reservere seg mot antipsykotiske midler vil sannsynligvis bare bli brukt av personer som har så dårlige erfaringer at de heller vil ta sjansen på medikamentfri behandling. Dette vil neppe gjelde særlig mange, men det vil være en viktig sikkerhet for de det gjelder. Utvalget legger til grunn av folk stort sett fatter fornuftige beslutninger i spørsmål som gjelder dem selv. Personer som har god effekt av legemidler, vil derfor neppe reservere seg mot dem. Det vil likevel være saker der helsepersonell og aktuelle personer vurderer nytten av behandlingen ulikt. I slike tilfeller

vil en reservasjonsrett gi pasienten definisjonsmakten. Utvalget ser ikke på dette som betenkelig fordi psykosebehandling i stor grad dreier seg om behandling av subjektive plager. Effekten av behandlingen og forholdet mellom virkninger og bivirkninger kan følgelig best vurderes av personen selv.

Utvalget tror dermed ikke at en reservasjonsrett vil føre til at mange personer, som ville hatt god effekt av antipsykotiske midler, hoper seg opp i sykehusavdelingene fordi de nå nekter å ta imot slik behandling. Det er likevel på det rene at enkelte pasienter vil trenge noe lenger tid før de kommer seg, eller i verste fall må skrives ut med mer omfattende plager enn ellers. Den merbelastningen på tjenestene dette vil utgjøre, er etter utvalgets mening ubetydelig sett i forhold til integritetskrenkelsen det innebærer å påtvinge en medborger en behandling som hun eller han har prøvd før og med beslutningskompetansen intakt, har erklært ikke ønsker å få igjen.

Det er ikke grunnlag for å tro at innføring av en reservasjonsrett vil føre til flere livstruende episoder eller mer vold. For det første skal ikke en reservasjon kunne gjøres gjeldende når behandlingen blir gjennomført på grunn av fare for andres liv eller helse. Dernest gjelder den heller ikke i nødssituasjoner. Faren for at flere personer med psykose skal bli gående ubehandlet og dermed utgjøre en voldsrisiko, anser utvalget som mer teoretisk enn praktisk. Utvalget viser i så måte til Olsen-utvalgets utredning, som slår fast at psykiske lidelser i seg selv ikke er en risikofaktor for alvorlig vold.¹³⁴²

Vilkår for å reservere seg

Utvalget ser det som lite ønskelig at personer uten erfaring med medikamentell behandling skal kunne reservere seg mot et slikt inngrep. Det er vanskelig å forestille seg hvordan en psykose oppleves og hvordan behandlingen vil slå ut. Derfor åpner ikke utvalget for en adgang til å reservere seg på prinsipielt eller teoretisk grunnlag, men ønsker å begrense retten til personer med egenerfaring. Bestemmelsen får slik karakter av en sikkerhetsventil for personer som har særlig sterke grunner for å reservere seg.

Videre mener utvalget at en forutsetning for å reservere seg gjennom en forhåndserklæring er at personen, som altså må ha hatt psykose, har gjenvunnet beslutningskompetansen sin og dermed forstår rekkevidden av å avskjære fremtidig behandling med de legemidlene erklæringen gjelder. Det er i samsvar med utvalgets alminnelige vurderinger om at viktigheten og omfanget av en slik beslutning vil skjerpe kravene til kompetanse. Det bør være opp til tvangsbegrensningsnemnda å ta stilling til reservasjonens gyldighet, herunder også vurdere om personen er beslutningskompetent.

Dersom en person reserverer seg mot bruk av antipsykotika, må dette også kunne gjelde nye antipsykotiske midler som måtte bli godkjent i tiden etter at forhåndserklæringen ble avgitt. For tiden er det lite sannsynlig at det i overskuelig framtid vil bli registrert nye midler med vesentlig annen virkemåte enn de som er tilgjengelig i dag. For å hindre at pasienter går glipp av medisinske framskritt som måtte komme, ønsker utvalget likevel bare å åpne for tidsbegrensede reservasjoner. Utvalget går inn for at en forhåndserklæring skal være gyldig i inntil ti år. Den kan fornyes så ofte personen selv måtte ønske.

¹³⁴² NOU 2010: 3

Begrensninger i når en gyldig reservasjon kan gjøres gjeldende

Enkelte forhold kan endre seg underveis. Utvalget har derfor i noen grad vurdert det som nødvendig å formulere begrensninger i når en reservasjon skal kunne gjøres gjeldende.

En reservasjonsrett bør avgrenses til å gjelde personer som mener at behandling med legemidler ikke er gunstig for dem selv. Det stiller seg annerledes der behandling er nødvendig fordi pasienten utgjøre en nærliggende og alvorlig fare for andres liv eller helse. Utvalget vil av åpenbare grunner ikke åpne for reservasjonsrett i slike tilfeller.

Reservasjonsretten kan heller ikke gjelde i nødssituasjoner. Bruk av korttidsvirkende antipsykotisk medisin ved akutt skadeavverging må fremdeles være mulig. Utvalget viser til at begrepet akutt skadeavverging er snevert definert. Videre går utvalget inn for å begrense bruken av – og om mulig forby – mekaniske innretninger som hindrer bevegelsesfriheten, se punkt 23.8.5.2 (hjemmelen foreslås i første omgang tidsbegrenset til tre år). Det må da være åpning for andre, kortvarige tiltak i nødssituasjoner, som bruk av beroligende medisiner som benzodiazepiner eller antipsykotika. Selv om bivirkningene kan være ubehagelige, vil de være kortvarige og begrenset til tiden umiddelbart etter at nødssituasjonene inntraff.

Noen personer vil ha nedsatt omsorgsevne på grunn av psykisk lidelse. Dersom omsorgsevnen kan bedres ved bruk av antipsykotiske medikamenter, vil det være et viktig argument mot at personen kan reservere seg mot behandling. Problemstillingen forekommer ikke ofte i praksis, men aktualiserer prinsipielt viktige avveininger mellom hensynet til personen selv og de som kan bli skadelidende av personens valg. Utvalget mener at det nok vil være tilfeller der antipsykotiske midler kan tenkes å redusere omsorgsevnen ved at personen som tar medisinene blir sløv, uopplagt og emosjonelt lite tilgjengelig. Men det vil trolig være flere tilfeller der psykosesyntomer er uforenlige med utøvelsen av foreldrerollen og der behandling med legemidler bedrer foreldrefungeringen vesentlig. Hensynet til mindreårige barn må her ha forrang. I tilfeller der den medikamentelle behandlingen gir svekket omsorgsevne, vil dette være et vesentlig moment i den samlede vurderingen av hvor hensiktsmessig og rimelig et vedtak om behandling med legemidler vil være.

En forhåndserklæring skal binde helsetjenesten, ikke personen. Den det gjelder må derfor når som helst kunne gå tilbake på reservasjonen, slik at ingen blir nektet en behandling de selv ønsker. Utvalget vurderer at også personer uten beslutningskompetanse må kunne be om behandling i strid med sin egen forhåndserklæring. Tilsvarende bør ikke en reservasjon være til hinder for å gi medikamentell behandling til personer uten beslutningskompetanse som ikke motsetter seg behandlingstilbudet når spørsmålet blir reist. Dette vil ikke være tvangsbehandling i utvalgets optikk. Utvalget vil sterkt understreke viktigheten av å unngå at personer skal bli fanget av en forhåndserklæring fordi de ikke har beslutningskompetanse til å oppheve den. I så fall vil de heller ikke ha mulighet til å gjenvinne beslutningskompetansen gjennom en behandling de på forhånd har reservert seg mot. Oppsummert er det bare der personens motstand uttrykt i reservasjonen, korresponderer med en faktisk motstand når spørsmålet om behandling blir reist, forhåndserklæringen bør være virksam.

25.6.2.3 Dissens fra medlemmene Vibeke Erichsen og Jens Petter Gitlesen: Forbud mot tvangsmedisinering

I vår kultur griper vi fort til medikamenter. Vi tar det nærmest for gitt at de virker etter hensikten og at de gjør ubetydelig skade. Dette gjelder vanlige folk, men også medisin som disiplin og profesjon er langt på vei bygget opp rundt troen, og noen ganger erfaringen av at medikamenter har magiske virkninger. I den senere tid er det imidlertid rettet økende oppmerksomhet mot pillebrukens skyggesider, og da særlig mot overbehandling og feilbehandling. Psykisk helsevern er intet unntak. Utredningens beskrivelse av medikamenters virkninger be-

krefter det metaanalyser har vist i mange år. Med utgangspunkt i de mest brukte tvangsmedisinene, antipsykotika, konkluderes det med at situasjonen ikke er oppløftende. Medikamenter virker, men ikke særlig mye bedre enn placebo, dvs. «narremedisin». Til tross for denne kunnskapen er de som oftest førstevalg ved psykoser. Tilbud om alternative behandlingsmetoder og hjelp og støtte til nedtrapping er stort sett fraværende.

At medikamenter ikke virker etter hensikten er et relativt begrenset problem, så lenge behandlingen skjer på grunnlag av et fritt og informert samtykke. Men hva med å gi dem på tvang? Er det riktig å tvinge mennesker til å ta medisiner som bare noen få har nytte av og som skader mange? I flertallsforslaget heter det at utvalget har «stor forståelse for et ønske om forbud ut fra det kunnskapsgrunnlaget som i dag foreligger om virkninger og bivirkninger» Likevel foreslås fortsatt adgang til tvangsmedisinering. Vi mener at tvangsmedisinering må forbys og at det i flertallets argumentasjon er et misforhold mellom premisser og konklusjon. Flertallet peker på to begrunnelser for fortsatt tvangsmedisinering. Begge er tuftet på argumenter som etter vår oppfatning ikke er holdbare.

Den ene begrunnelsen er at forbud vil «forutsette en gjennomgripende omlegging av tjenestene for å unngå alvorlige konsekvenser – både helse- og velferdsmessig – for så vel pasienter som pårørende. Dette er ikke mulig å få til på kort sikt», jf. punkt 25.6.2.2.3 Kanskje er det slik, men det kan like gjerne være at et forbud er det som skal til for å gi støtet til endringer i en behandlingskultur som synes å leve underlig vel med at store deler av den behandlingen som påtvinges lidende mennesker, ikke virker etter hensikten. Det samme kan nok et godt stykke på vei sies om våre politiske myndigheter. I denne sammenhengen er det viktig å legge merke til at verdens helseorganisasjon har snudd i spørsmålet om tvang. Fram til rundt 2015 støttet organisasjonen en såkalt substitusjonsmodell, som utelukker personen selv fra beslutninger. Nå går den inn for en modell forankret i det den kaller kapasitetsbygging, hvor selvbestemmelse og beslutningsstøtte er de sentrale elementene i alle situasjoner.¹³⁴³ Reell involvering av den en beslutning gjelder handler ikke om behandlers ansvarsfraskrivelse. Tvert i mot er det slik at beslutninger knyttet til behandling har så mange vanskelige avveininger rundt seg, at den det gjelder sin deltakelse er helt nødvendig for et godt resultat. Involvering og ansvarliggjøring blir dermed to sider av samme sak, og begge er viktige for utfallet av behandlingen. Ikke minst gjelder dette i spørsmål knyttet til medisinering, også ved førstegangs psykose.

Den andre begrunnelsen for fortsatt tvangsmedisinering gjelder problemet med å identifisere de få som kan ha nytte av medisinerne. På et generelt grunnlag, det vil si på gruppenivå, er det umulig å identifisere disse. Selv om det gjelder få, er det klart at «enkelte personer», som det står i utredningen, jf. punkt 25.6.2.2.3 har veldig god nytte av behandlingen. Hvordan skal en nå fram til denne lille gruppen som kunne nyttiggjort seg medisineringen, men som er uten tidligere psykoseerfaring og derfor heller ikke har erfaring med antipsykotika? Dette er et dilemma. For at disse enkelte ikke skal gå glipp av behandling som kunne hjulpet dem i en situasjon med psykose, foreslår altså utvalget at tvangsmedisinering fortsatt skal være lovlig.

Flertallets forslag for å håndtere dilemmaet er å etablere et skille mellom generell og individuell vurdering av hvor nyttig antipsykotisk tvangsmedisinering vil kunne være ved førstegangs psykose. På et generelt grunnlag, med kunnskap etablert på gruppenivå, kan det da slås fast at en del personer vil ha nytte av tvangsbehandlingen og at den derfor kan anbefales. Flertallet inngir seg i en polemikk med Sivilombudsmannen omkring «stor sannsynlighet» for effekt,

¹³⁴³ Samtale med Michelle Funk fra verdens helseorganisasjon, som understreket at WHO da trakk offisielt tilbake de substitusjonsbaserte retningslinjene fra 2005. Konferanse arrangert av Likestillings- og diskrimineringsombudet 18. desember 2017.

og ender opp med å følge Paulsrud-utvalgets forslag om å anbefale «alminnelig sannsynlighetsovervekt» ved førstegangs bruk. En begrunnelse for dette er at «et krav om *mer enn* alminnelig sannsynlighetsovervekt for effekt [kan] være ensbetydende med et forbud mot tvangsmedisinering.» jf. punkt 25.7.2.2.8.

Dette er veldig problematisk, også fordi det kolliderer med et eldre og mer grunnleggende legeetisk prinsipp enn det flertallet viser til om «å hjelpe den syke til å gjenvinne sin helse». Det gjelder kravet om «*primum non nocere*», på norsk «først av alt, å intet skade», eller som det heter på engelsk, «to do the sick no harm». Det er dette som brytes når flertallet foreslår at tvangsmedisinering skal være lovlig selv om det ikke er stor sannsynlighet for at behandlingen har god virkning, og det brytes ytterligere ved at det såkalt prognosekravet senkes.

Konsekvensen er at en stor gruppe blir påført tvangsmedisinering de ikke har nytte av. Og som ofte tvert imot skader dem. Som påpekt i Paulsrud-utvalgets utredning,¹³⁴⁴ og som gjentas i denne, jf. punkt 25.6.2.2.1 er det snakk om omfattende skadevirkninger fra metabolske til betydelige nevrologiske og psykologiske skader. Om eventuelle positive virkninger veier tyngre enn skadevirkninger kan være vanskelig å vurdere, særlig fordi den viktige samvurderingen mellom behandler og den behandlede svært ofte fungerer dårlig ved tvang, fordi tvang rett og slett svekker tillit. Forholdet mellom behandler og behandlet blir lett konfliktfylt og dermed svekkes den nødvendige tilliten i behandlingsrelasjonen. Vi er redde for at en videreføring av adgangen til å gi medikamenter på tvang vil fortsette å gi næring til en verkebyll som er ødeleggende for individuelle behandlingsrelasjoner, og som med stadig tilbakevende skandaler om tvangsovergrep vil lede oppmerksomheten bort fra mye av det konstruktive arbeidet som skjer. Vi tror at for mange, kanskje de fleste, er nektning og motstand nærmest en reflekshandling dersom noen foreslår en behandling som er utstyrt med en tvangsmulighet. Dette kan komme til å utelukke en åpen og «kanskje-er-dette-noe-for-meg-holdning». Det er noe med at tvang som system skaper sin egen motstand.

Denne situasjonen blir ikke bedre av at førstegangs psykose ofte rammer unge mennesker. De tilhører en generasjon som tar personlig frihet og selvbestemmelse som bortimot en selvfølge. Derfor vil tvang ekstra lett kunne underminere den tillitsrelasjonen med behandler som er så viktig ved psykiske lidelser. Vi frykter at fortsatt adgang til å tvangsmedisinere kan føre til at de helt avgjørende tillitsskapende tiltakene, som vi vet at deler av behandlingssystemet arbeider seriøst med, blir skubbet i bakgrunnen. Det samme kan nok gjelde for arbeidet med medikamentfrie behandlingstilbud som alternativer til tvangsmedisinering.

Tvangsmedisinering kan dessuten sette pårørende i en svært vanskelig situasjon. «En del pårørende opplever å bli stående i skvis mellom en nærstående som ikke ønsker å bruke medikamenter og behandlingsapparat som krever dette, noe som kan føre til tillitsbrudd. Fordi det ikke finnes annen tilgjengelig behandling hvis kriser oppstår, vil også pårørende kunne føle seg presset til å godta eller presse på for medikamentbruk til tross for at de selv har store betenkeligheter i forhold til medikamentene, og ønsker å støtte pasienten i hans eller hennes ønsker.»¹³⁴⁵

Et skille som gis betydning i utredningen er det som kan trekkes mellom motstand og ikke-motstand mot behandling. I dissensen om ECT har vi problematisert dette skillet. For medikamentell behandling er skillet heller ikke uproblematisk. Rundt 40 prosent av mennesker med

¹³⁴⁴NOU 2011: 9, s. 113–115

¹³⁴⁵Njaa, 2018

utviklingshemning gis antipsykotika og antidepressiva ifølge oppslag på NRKs nettside den 12. november 2011. Denne utbredte praksisen regnes ikke som tvangstiltak fordi personen som medisineres ikke protesterer, men tar medisinen, uten å kjenne konsekvensene. «Eg trur dette er eit av dei verkeleg alvorlege forholda i norsk helseteneste som me må gjera noko med», sa den gang assisterande helsedirektør Bjørn Guldvog til NRK og fulgte opp: «Årsaka er at me manglar kompetanse til å vurdere helsesituasjonen til psykisk utviklingshemma. Me kan sjå at mistrivsel blir feiltolka som psykiatrisk sjukdom». En omfattende medisinerings mot mistrivsel, kan ikke forsvares. Tvangslovsutvalgets forslag gir heller ingen løsninger på problemet. Medisinerings av mennesker med utviklingshemning med antipsykotika og antidepressiva, må regnes som tvangsmedisinerings så lenge det ikke foreligger et gyldig og informert samtykke.

Reservasjonsrett – begynnelsen på slutten av dagens tvangsregime

Dette er den tredje utredningen på 2000-tallet som opprettholder adgang til tvangsmedisinerings, til tross for at de alle, sterkere og sterkere, konstaterer at kunnskapsgrunnlaget er svakt.¹³⁴⁶ Denne gangen tar flertallet to grep for å kompensere. Det første er å etablere et skille mellom generelt og individuelt vurderingsgrunnlag, og dessuten senke det såkalte beviskravet fra «stor sannsynlighet» for ønsket virkning til «vanlig sannsynlighetsovervekt». Dermed kan forslaget om fortsatt tvangsmedisinerings ved første gangs psykose gis en begrunnelse, medisinsk og juridisk. Vi er sterkt uenig og har begrunnet dette ovenfor. Det andre grepet er å foreslå innføring av reservasjonsrett.

Forslaget går ut på at de som har «sterke og negative erfaringer» med tvangsmedisinerings skal få en mulighet til å gardere seg mot tilsvarende opplevelser i fremtiden, jf. punkt 25.7.2.2.12. Mindretallet oppfatter det som svært positivt at en ordning med reservasjonsrett er foreslått. Vi mener den bærer i seg kimen til en grunnleggende og nødvendig forandring av et område hvor velferdsstaten fortsatt er forankret i en paternalistisk struktur, bygget opp rundt en forståelse av at det er staten gjennom profesjonene som vet best hva som er bra for den enkelte. Derfor er vi helt enige i det flertallet skriver om at «folk stort sett fatter fornuftige beslutninger i spørsmål som gjelder dem selv», og at personer som har gode virkninger av antipsykotiske midler neppe vil slutte å ta dem, jf. punkt 25.7.2.2.12.

Reservasjonsretten skal altså ikke gjelde ved førstegangs psykose. Den skal heller ikke gjelde ved fare for andres liv og helse, ikke i nødsituasjoner og dessuten gjelder begrensninger for personer som har omsorg for mindreårige barn. Flertallet skriver videre at reservasjonsretten «neppe vil gjelde særlig mange», jf. punkt 25.7.2.2.12. Dette er en underlig formulering. Skal den oppfattes som beskrivende, altså som en konstatering av hvor godt antipsykotika virker utfra kunnskapsgrunnlaget, så viser jo utvalget selv til at dette er svakt. Hvis det derimot er ispedd normative betraktninger, så kan det leses enten som å skulle berolige behandlere eller som advarsel til potensielle nekttere. Ingen av delene peker i retning av en fornuftig forvaltning av reservasjonsretten, med selvbestemmelse og fritt og informert samtykke som ledesnorer.

Likevel, utfra en samlet vurdering mener vi altså at reservasjonsretten peker i en prinsipielt ny og riktig retning. Ikke minst er det på grunn av en viktig endring, beskrevet som en klargjøring, som kom inn etter siste utvalgsmøte. Før det hadde vi oppfattet det slik at reservasjonsretten skulle begrenses sterkt ved å være knyttet til spesifikke legemidler. Dette er endret. I

¹³⁴⁶I tillegg til Tvangslovsutvalget gjelder det det såkalte Bernt-utvalget (2009) og Paulsrud-utvalget (2011)

det siste lovutkastet heter det nå at reservasjonen kan omfatte «bestemte typer eller samtlige legemidler», som det nå står i § 6-14. Vi fryktet at den opprinnelige formuleringen kunne komme til å forsterke et velkjent problem knyttet til at det ofte skjer en prøving og feiling med stadig nye medikamenter i håp om å finne ett som virker. Det å prøve seg fram til et medikament som virker tilfredsstillende kan være en god ting når det skjer i tett dialog mellom behandler og behandlet, i en relasjon preget av fritt og informert samtykke. Hvis reservasjonsretten bare gjelder spesifikke midler, kan en slik utprøving aktualisere midler utenfor en definert liste. Da ville ikke reservasjonsretten vært gyldig og det kunne blitt åpnet for nye vedtak om tvangsmedisinering. Dette vil nå ikke kunne skje og det er bra.

De endringene som har kommet mot slutten av utvalgsarbeidet, også etter at siste utvalgsmøte var avholdt, har ført til at vi har forandret deler av kritikken som opprinnelig ble formulert i dissensene. Vi har også sammenliknet tidlige og senere utrednings-utkast. Det har vært interessant å se hvordan formuleringer og argumenter gradvis har beveget seg i retning av større respekt for retten til selvbestemmelse. Forandringen kommer til uttrykk i mange små skritt, og særlig ved innføring av reservasjonsrett både for ECT og medikamenter, de to mest kontroversielle områdene av dagens tvangsregime. De innskrenkningene i retten til selvbestemmelse som etter flertallets forslag gjenstår på disse områdene er ikke ubetydelige, men etter vår oppfatning er de så dårlig fundert at de umulig kan forsvares i lengden. Utredningen er svært omfattende og vi vil tro at den ikke er lett tilgjengelig utenfor juridiske kretser. Derfor er det heller ikke lett å få oversikt over hvilke endringer den representerer når det gjelder styrking av selvbestemmelsesretten. Det blir også vanskelig å se at den faktisk, slik mindretallet ser det, signaliserer en prinsipiell nyorientering i retning av en mindre medisinsk og mer selvbestemt forståelse av behandling innenfor områder som har vært omfattet av tvangslovgivning. Den markerer også en styrking av den juridiske tenkemåten, uten at vi har grunnlag for å si noe om hva konsekvensen kan bli for dem som vil bli utsatt for lovforslaget.

Da Norge i 2013 ratifiserte FN-konvensjonen av 2006 om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne var det med to såkalte tolkningserklæringer. Den ene går rett inn i spørsmålet om tvangsbehandling, og rommer både tvangsmedisinering og ECT. Norge er blitt kritisert for tolkningserklæringene fordi de oppfattes som reservasjoner. Imidlertid er flertallets åpning for tvangsmedisinering heller ikke i samsvar med Norges tolkningserklæring, hvor det sies «... at konvensjonen tillater tvungen omsorg og behandling av mennesker, herunder tiltak iverksatt for å behandle psykiske lidelser, når omstendighetene gjør slik behandling nødvendig som en siste utvei, og behandlingen er gitt under rettssikkerhetsgarantier».¹³⁴⁷ Med den betydelige styrkingen av selvbestemmelsen som Tvangslovutvalgets lovforslag innebærer, særlig gjennom reservasjonsretten, mener mindretallet at tiden nå må være inne til å hente tolkningserklæringene opp av skuffen. Det er en åpenbar kollisjon mellom lovforslaget og Norges tolkningserklæringer.

25.6.3 Skjerming som behandlingstiltak ved psykiske helseproblemer

25.6.3.1 Gjeldende rett

I psykisk helsevernloven er skjerming som behandling samregulert med skjerming «av hensyn til andre pasienter» i § 4-3. Det er ikke hjemmel for skjerming i tverrfaglig spesialisert rusbehandling ut over at «pasient og bruker med ruspåvirket atferd kan bes om å oppholde seg på eget rom og kan nektes adgang til felles oppholdsrom» (§ 4 i forskrift om rettigheter og

¹³⁴⁷Prop. 106 S (2011–2012) s. 63

tvang i rusinstitusjon). Som behandlingstiltak er skjerming et virkemiddel som bevisst er valgt bort. Heller ikke etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 eller pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A har vi noen parallell. Bestemmelsen i helse- og omsorgstjenesteloven § 9-6 andre ledd knytter seg til skjerming som akutt skadeavverging.

I psykisk helsevernloven ble skjerming første gang regulert fra 1999. Bestemmelsen er senere revidert i flere runder (2006 og 2017).¹³⁴⁸ Rettssikkerheten er her styrket ved at kravene til når det må treffes vedtak stadig er blitt skjerpet. Endringen i 2017 innebærer at det må fattes vedtak før iverksettelse dersom personen «motsetter seg» skjerming. Uten motstand gjelder krav om vedtak «hvis skjerming opprettholdes ut over 24 timer», men 12 timer «[d]ersom pasienten overføres til skjermet enhet eller liknende som innebærer en betydelig endring av vedkommendes omgivelser eller bevegelsesfrihet», jf. psykisk helsevernloven § 4-3 andre ledd. På vilkårs siden har det derimot ikke vært gjort vesentlige endringer. Som pekt på i punkt 25.2.5 opereres det ikke med noe skadekriterium.

25.6.3.2 *Kritikk mot skjermingspraksis*

Bruken av skjerming i psykisk helsevern er omfattende, se omtale i kapittel 6. Kritikken har vært økende de senere år og er forsterket gjennom Sivilombudsmannens temarapport fra desember 2018. Rapporten er basert på funn som er gjort under forebyggingsenhetens besøk. Det uttrykkes blant annet uro for at skjerming kan inngå som en integrert del av behandlingen,¹³⁴⁹ at formålet med tiltaket tidvis kan være uklart,¹³⁵⁰ ha lang varighet og at kvaliteten på skjermingsvedtakene er svak.¹³⁵¹ Det blir også reist spørsmål ved kunnskapsgrunnlaget for bruk av skjerming.¹³⁵²

25.6.3.3 *Paulsrud-utvalget*

Flertallet i Paulsrud-utvalget viste til at skjerming må skilles fra tvangsmiddelet isolering, og at behandlingsutbyttet ved skjerming varierer.¹³⁵³ Det er gitt forskjellige beskrivelser av negative opplevelser pasientene har av skjerming, og vist til at skjerming kan innebære høy risiko for negative psykiske virkninger og svekket behandlingsallianse. Flertallet mente derfor at skjerming bør være gjenstand for kvalitetssikring. På denne bakgrunn ble det foreslått at kravet til vedtak ved skjerming skulle skjerpes, slik at det alltid skal treffes vedtak hvis pasienten motsetter seg skjerming. Departementet sluttet seg til dette.¹³⁵⁴

¹³⁴⁸Ot.prp. nr. 65 (2005–2006) punkt 10.1 og Prop. 147 L (2015–2016) punkt 9

¹³⁴⁹Sivilombudsmannen, 2018a, s. 39

¹³⁵⁰Sivilombudsmannen, 2018a, s. 47 og 51

¹³⁵¹Sivilombudsmannen, 2018a, s. 50–51

¹³⁵²Sivilombudsmannen, 2018a, s. 22–24. Også Storvik, 2017, er kritisk til skjermingspraksis.

¹³⁵³NOU 2011: 9, punkt 15.4

¹³⁵⁴Prop. 147 L (2015–2016) punkt 9.1

25.6.3.4 *Utvalgets vurderinger*

25.6.3.4.1 *Utgangspunkt*

Utvalget vurderer at dagens rettslige regulering av skjerming er utilfredsstillende av flere grunner. For det første bør det skilles klart ut fra formålet med tiltaket.

Utvalgets begrunnelse for en slik inndeling er at skjermingstiltakets formål har avgjørende betydning for den nærmere rettslige reguleringen. Det gjelder både vilkårene for å fatte vedtak om og å gjennomføre skjerming, men også varigheten. Uavhengig av formål bør det derimot gjelde felles krav til utformingen av lokalene der tiltaket må gjennomføres innendørs. Uttrykksmåten som foreslås er at rommet må være «innredet som et vanlig beboelsesrom, så langt dette er mulig ut fra hensynet til personens sikkerhet», jf. lovutkastet § 8-2. Reservasjonen om sikkerhet antas først og fremst aktuell der skjerming blir brukt som akutt skadeavverging. Kravene til lokaler må for øvrig ses i sammenheng med utvalgets forslag om at «[p]ersonens behov for frisk luft, mat, drikke, toalettbesøk, meningsfulle aktiviteter med mer» alltid skal ivaretas, jf. lovutkastet § 8-1. Dette gjelder som et generelt krav etter lovutkastet, men har en spesiell relevans ved skjerming ut fra det som er framkommet om praksis, blant annet i Sivilombudsmannens temarapport fra 2018.

[:figur:figX-X.jpg]

Figur 25.1 Hjemmelen for skjerming inndeles etter formål

25.6.3.4.2 *Grenser for skjerming som behandling*

I den faglige tradisjonen ligger det at skjerming er å anse som behandling, ikke bare et tiltak som skal legge forholdene til rette for behandling. Tanken er at reduksjon av stimuli og mer struktur, orden og kontroll i seg selv har en terapeutisk effekt. Skjerming kan beskrives som en spesialtilpasset form for miljøterapi. Utvalget har ikke registrert noe ønske om å ta i bruk skjerming som behandlingstiltak utenfor psykisk helsevern og ser det som en uaktuell problemstilling.

Selv om kunnskapsgrunnlaget om effekt er svakt, ser ikke utvalget det som aktuelt å forby skjerming som sådan. Tiltaket kan utformes på ulike måter og derfor også i varierende grad være inngripende. Dermed bør fokuset heller være på grenser for bruk av skjerming som behandling. I verste fall vil et forbud kunne presse fram økt bruk av korttidsvirkende beroligende medisin eller tvangsmedisinering som alternativer.

Utvalget har vurdert om det bør gjøres unntak fra de ovenfor nevnte krav til lokaler og ivaretagelse av grunnleggende behov, ved skjerming som behandlingstiltak. Bakgrunnen er det terapeutiske ønskemålet om reduksjon av stimuli. Utvalget har imidlertid ikke sett dokumentasjon for at for eksempel farger på vegger eller alminnelig møblering av lokalene kan hindre personens tilfriskning, så lenge sikkerhetshensyn blir ivaretatt. Ut fra dette blir de krav som foreslås lovfestet uttrykk for ivaretagelse av grunnleggende menneskerettigheter som også må overtrumfe behandlingsmessige synsmåter. Samtidig gir den ramme som trekkes opp i utkastet et tilstrekkelig skjønnsrom med tanke på individuell tilrettelegging for eksempel av et aktivitetstilbud under skjermingen.

Utvalget foreslår at de alminnelige vilkår som gjelder for tvang i individuelle behandlings- og omsorgstiltak, jf. utkastet § 6-5, skal komme til anvendelse også ved skjerming som behandlingstiltak. Sammenlignet med måten psykisk helsevernloven § 4-3 i dag er formulert på, vil dette innebære en betydelig terskelheving. Blant annet blir kravet om mangel på beslutningskompetanse og kravet om antatt samtykke gjort gjeldende, og det må kunne begrunnes troverdig at nettopp dette tiltaket kan hindre vesentlig helseskade. Utvalgets opplegg her innebærer

en ansvarliggjøring av fagmiljøene, og vil tvinge fram et økt faglig fokus på grunnlaget for skjerming som behandlingstiltak.

25.6.3.4.3 *Betydningen av skillet mellom motstand og ikke-motstand*

Utvalget har allerede i punkt 18.1.2.3 påpekt at det hefter en viss uklarhet ved rekkevidden av tvangsbegrepet etter psykisk helsevernloven § 4-3: om bestemmelsen etter 24, respektive 12, timer kommer til anvendelse uavhengig av samtykke. Avhengig av tolkningen her, er situasjonen i dag at det må fattes vedtak om skjermingstiltak utenfor motstandstilfellene innen nevnte tidsgrenser passerer.

Utvalget vurderer at det bør være en viss terskel for å definere noe som et skjermingstiltak i behandling og slik utløse krav til vedtak. Dette må ses i sammenheng med den kraftige skjerpelsen av vilkårene for skjerming som ligger i utkastet ved at § 6-5 gjøres gjeldende.

Utvalget tar som utgangspunkt at krav om vedtak ved skjerming som behandling bør avgrenses til motstandstilfellene. Dette vil omfatte situasjoner der det er nødvendig å holde personen fysisk tilbake fra fellesmiljøet, men også der vedkommende verbalt eller på annen måte markerer motstand mot tiltaket. At vedkommende faktisk prøver å «bane seg vei» er ikke noe krav. Et klart pålegg om å holde seg på rommet vil normalt måtte oppfattes som underbygget med trusler om maktbruk. Dermed foreligger tvang – som også omfatter psykisk press – etter lovutkastet.

At personen blir oppfordret om å trekke seg tilbake til rommet, eller å bli værende på rommet, og etterkommer dette, trenger imidlertid ikke å være tvang. Forutsetningen er da at oppfordringen blir satt fram på en vennlig måte som ikke er egnet til å kunne bli tolket som en tilsørt trussel om maktbruk. Beskjeden må altså ha karakter av en vennlig, men gjerne bestemt, anbefaling.

Utvalget erkjenner at det her reiser seg rettssikkerhetsproblemer. Alternativet er imidlertid heller ikke forlokkende da det å ta fra personer innlagt i psykisk helsevern muligheten til å samhandle frivillig i situasjoner som nevnt, i realiteten vil innebære en umyndiggjøring. Der personen tilsynelatende oppgir motstanden mot tiltaket underveis, vil spørsmål om oppheving av vedtaket avhenge av at også restriksjonen reelt bortfaller og at vedkommende blir gjort uttrykkelig oppmerksom på dette. Vedkommende må altså igjen fritt kunne bevege seg i miljøet.

Utvalget har valgt å definere skjerming som det «å holde en person helt eller delvis atskilt» fra medpasienter og personell, jf. lovutkastet § 1-4 nr. 5. Dette er i samsvar med uttrykksmåten i psykisk helsevernloven § 4-3 første ledd. Utvalget vil påpeke at det allerede i ordvalget «holde» ligger et element av ufrivillighet i situasjonen som i alle fall ikke gjør det unaturlig å avgrense anvendelsen av bestemmelsen om skjerming som behandling til motstandssituasjonene. Ved et slikt grep gjøres også den rettslige reguleringsmodellen mer entydig og oversiktlig sammenlignet med psykisk helsevernloven § 4-3 andre ledd der kravet om vedtak utenfor motstandstilfellene er knyttet til varigheten av tiltaket. For personer som har store formidlingsproblemer anser utvalget at skjerming uavhengig av motstand må likestilles med tvang, jf. utkastet § 1-3 siste ledd. Dette ut fra de særlige rettssikkerhetsproblemer som reiser seg.

25.6.4 Behandling av spiseforstyrrelser med ernæring

25.6.4.1 *Gjeldende rett*

Ved revisjonen av psykisk helsevernloven i 2006 ble det innført en særlig hjemmel for tvungen ernæring i behandling av alvorlig spiseforstyrrelse, jf. psykisk helsevernloven § 4-4 andre ledd bokstav b:

«Som ledd i behandling av pasient med alvorlig spiseforstyrrelse, kan det gis ernæring såfremt dette fremstår som et strengt nødvendig behandlingsalternativ.»

Bestemmelsen kom som et svar på en langvarig diskusjon om det rettslige grunnlaget for slike tiltak, i realiteten overfor enkelte personer med diagnosen anorexia nervosa. Gjeldende rett er i stor grad avklart gjennom denne lovbestemmelsen og Rt. 2015 s. 913.¹³⁵⁵

25.6.4.2 *Utvalgets vurderinger*

Det sentrale spørsmålet i behandling av spiseforstyrrelser er hjemmel for sondeernæring. Livreddende behandling med ernæring kan ha hjemmel etter utkastet § 6-5 og vil være lite omstridt. Spørsmålet her gjelder behandling av den underliggende tilstanden som forårsaker næringsvegringen. Tvungen ernæring skjer i all hovedsak i avdeling under psykisk helsevern. Det er mulig å gjennomføre tiltaket i medisinsk avdeling eller annen avdeling dersom det er hensiktsmessig, jf. psykisk helsevernloven § 3-5 andre ledd, men på grunn av ressursinnsatsen er det mer sjelden forekommende.

Der personen ikke motsetter seg behandling med ernæring, men heller ikke er beslutningskompetent, vurderer utvalget at det ikke er nødvendig å etablere særlige rettssikkerhetsgarantier, i samsvar med den generelle tilnærmingen i utkastet. Tiltaket blir altså – der tvang ikke er nødvendig – å vurdere etter utkastet § 6-2. Det vektlegges at det er tale om å tilføre personens kropp helt vanlige næringsstoffer. Dersom personen har store formidlingsvansker, blir likevel sondeernæring uten motstand å likestille med tvang etter utkastet § 1-3 siste ledd. Fokus i fortsettelsen rettes mot motstandstilfellene.

Utvalget er enig i departementets vurderinger i forbindelse med lovrevisjonen i 2006, om

«at spørsmålet om bruk av tvang i behandlingen av alvorlige spiseforstyrrelser er så særegent at det er vanskelig å løse det uten en særskilt regulering rettet inn mot denne pasientgruppen».¹³⁵⁶

Personer som er aktuelle for tvungen ernæring har ofte omfattende personlighetsproblematikk der underernæringen best forstås som symptom på relasjonelle vansker. Utvalget vurderer det som riktig å videreføre forankringen til psykisk helsevern, med en særlig hjemmel for at gjennomføringen kan skje i somatisk avdeling der dette er ønskelig, jf. dagens § 3-5 andre ledd.

Mens utvalget har vurdert at det for tvangsinnleggelse og tvungent tilbakehold ikke er behov for noen særregulering ved spiseforstyrrelser, se punkt 24.8.2.7.5, stiller dette seg annerledes for selve tvangsbehandlingen. Utvalgets inntrykk er at fagmiljøet her er fragmentert og at det er en reell risiko for at det å erstatte «alvorlig sinnslidelse» med «sterkt behov» i kombinasjon med manglende beslutningskompetanse, kan føre til en ikke ubetydelig utglidningsrisiko. Dette fordi lokale fagmiljøer ved ulike klinikker gjør ulike vurderinger, med fare for at personer som «bare» setter helsen sin i fare ved spisevegring og ikke forstår de helsemessige konsekvensene, enkelte steder kan bli underlagt tvang.

En slik utvikling har utvalget funnet det særlig viktig å gardere seg imot. En mulighet har vært å opprettholde «alvorlig sinnslidelse»-kriteriet i denne relasjonen, men utvalget har vurdert at en spesialbestemmelse om tematikken både er mulig og ønskelig, med tanke på presisjon. Gjennom den foreslåtte uttrykksmåten «særlig omfattende vrangforestillinger om egen

¹³⁵⁵Tilsvarende Syse, 2016, s. 362

¹³⁵⁶Ot.prp. nr. 65 (2005–2006) s. 77

kropp» knyttes det i utkastet an til styrken av den «anorektiske driven» som synes å være det sentrale i Høyesteretts vurderinger i Rt. 2015 s. 913 i relasjon til «alvorlig sinnslidelse»-vilkåret:

«Ved denne vurderingen er det etter mitt skjønn grunn til å feste særlig oppmerksomhet ved pasientens evne til å foreta en realistisk vurdering av slike forhold som eget utseende, kroppens vekt og fungering og de helsemessige konsekvensene av å innta mindre næring enn det som er nødvendig. Har pasienten tilsynelatende en form for innsikt i sin anoreksi og dens konsekvenser, vil evnen til å innrette seg etter dette stå sentralt. De sakkyndige har redegjort for at den «anorektiske drive» kan være så sterk at pasienten «handler på anoreksien» istedenfor de objektive kjensgjerninger, selv om dette kan få dramatiske konsekvenser. Slike pasienter kan oppleve at det i dem utkjemper en form for indre «krig», er det opplyst, og at det i dårlige perioder er sykdommen som «vinner». Vrangforestillingene om egen kropp og dens behov får da forrang, og tilstanden kan likestilles med psykose.»¹³⁵⁷

I psykisk helsevernloven § 4-4 bokstav b er det uttrykkelig framhevet at ernæringen må inngå «som ledd i behandling». Med andre ord må det foreligge et helhetlig behandlingsopplegg der tvungen ernæring inngår som ett element. Etter utvalgets lovutkast er dette en selvsagt ting – ved all bruk av tvang – og kan blant annet forankres i «sterkt behov»-vilkåret og «egnet»-vilkåret i lovutkastet § 6-5 nr. 2 og nr. 6. Å framheve et krav om helhetlig behandlingsopplegg spesifikt ved spiseforstyrrelser, gir etter utvalgets vurdering risiko for uheldige feilslutninger om at noe annet gjelder for eksempel ved legemiddelbehandling eller skjerming.

Utvalget har heller ikke funnet det nødvendig å videreføre dagens formulering om at behandling med ernæring må være «strengt nødvendig». En generell innstramming av adgangen til bruk av tvang ligger nedfelt i lovutkastet og kommer også personer med spiseforstyrrelser til gode. Dette gjelder blant annet utvalgets grep med økt vekt på retten til frivillige tiltak og søken etter alternativer ved gjentatte episoder med tvangsbruk.

I lovutkastet § 6-16 andre punktum har utvalget åpnet for bruk av mekaniske innretninger under gjennomføringen av prosedyren «der dette er strengt nødvendig av hensyn til faglig forsvarlighet». Dette utgjør et unntak fra det alminnelig forbudet mot bruk av mekaniske innretninger som hindrer bevegelsesfriheten i behandling i psykisk helsevern og er begrunnet i de særlige risikomomenter som gjør seg gjeldende. Bruken av mekaniske innretninger må beskrives og begrunnes i vedtaket.

Det kan også være aktuelt å benytte mekaniske innretninger overfor barn med spiseforstyrrelse, også for barn under 16 år. Med utvalgets restriktive syn på bruk av mekaniske innretninger, i særdeleshet brukt overfor barn, tilsier det en skjerpet vurdering. Utvalget har imidlertid fått opplysninger om at i noen, svært sjeldne tilfeller kan mekaniske innretninger være siste utvei for å få gitt barn nødvendig ernæring for å unngå risiko for barnets liv eller for at barnet skal bli påført vesentlig helseskade.

25.6.5 Behandling med elektrokonvulsiv terapi (ECT) ved psykiske helseproblemer

25.6.5.1 Gjeldende rett

Bruk av ECT er ikke regulert i helselovgivningen. Spørsmålet ble vurdert i Ot.prp. nr. 11 (1998–1999) hvor det ble framhevet at metoden representerte «en viktig behandlingsform ved

¹³⁵⁷Rt. 2015 s. 913, avsnitt 42

behandling av alvorlige depresjoner». Tiltakets inngripende karakter gjorde imidlertid at tanke om en lovregulering ble forkastet da

«hele behandlingssituasjonen rundt ECT [innebærer] at det vil dreie seg om et radikalt inngrep overfor pasienten dersom behandlingen skulle skje uten samtykke.»¹³⁵⁸

Å iverksette tiltaket på bakgrunn av samtykke ble også problematisert ut fra de aktuelle persons sinnstilstand. På denne bakgrunn ble strafferettslig nødrett pekt ut nærmest som en nødventil:

«Det må imidlertid presiseres at nødretten 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. 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 avhjelpes med andre midler, f.eks. bruk av psykofarmaka, og den kan bare fortsette til den konkrete faren er avverget. En slik akuttsituasjon vil det typisk være hvor det foreligger en overhengende fare for selvmord på grunn av alvorlig depresjon.»¹³⁵⁹

Henvisningen her er til straffeloven av 1902. Denne er nå erstattet med straffeloven av 2005. I 2005-loven er nødrett regulert i § 17:

«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 [...].»

Paragraf 17 representerer en videreføring og presisering av den tidligere § 47. Rekkevidden av nødretten utvides imidlertid til en viss grad «fordi kravet til interesseovervekt senkes noe».¹³⁶⁰ En alminnelig observasjon er at rekkevidden av strafferettslig nødrett ved ytelse av helsehjelp har fått et mindre fokus enn tidligere – det gjelder både i forarbeider (til 2005-loven) og i litteraturen. Dette må ses som et resultat av den utbyggingen av helselovgivningen om tvang som har pågått de siste tiår: spørsmålet er i stadig større grad blitt sett på som et særlig helserettslig problem. I forarbeidene til straffeloven av 2005 speiles dette i henvisninger til pasient- og brukerrettighetsloven § 4-9.¹³⁶¹

Uansett har det over tid vært en betydelig strid i litteraturen om rekkevidden av strafferettslig nødrett i helseretten. Når det i det siterte fra forarbeidene til psykisk helsevernloven under henvisning til tidligere § 47, utledes at ECT «således bare [kan] utføres i en akuttsituasjon», er ikke det et opplagt standpunkt. Tvert imot har den tradisjonelle holdning i litteraturen vært – og er – at den strafferettslige nødrett er mer tøyelig:

¹³⁵⁸Ot.prp. nr. 11 (1998–99) s. 109

¹³⁵⁹Ot.prp. nr. 11 (1998–99) s. 109–110

¹³⁶⁰Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 417

¹³⁶¹Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 418–419, samt NOU 2002: 4, s. 217

«Det kreves ikke at faren vil realisere seg umiddelbart. Også en fare som har vart lenge og en fare som vil kunne være til stede i lang tid fremover før den eventuelt resulterer i skade, kan utgjøre en nødrettssituasjon.»¹³⁶²

Fra et helserettslig ståsted har man formulert seg strengere om nødrett og gjerne knyttet opp mot tradisjonelle akuttssituasjoner – slik som i forarbeidsuttalelsen om ECT, men også i deler av litteraturen. Dette er uttrykk for en mer forvaltningsrettslig tilnærming til hjemmelsspørsmålet: og slik et brudd med en strafferettslige tilnærming hvor legalitetsprinsippet kommer inn på en annen, nærmest motsatt, måte.¹³⁶³ Konklusjonen må uansett være at henvisningen til nødrett som grunnlag for ECT i forarbeidene er grunnleggende flertydig og uklar.¹³⁶⁴ I de nasjonale faglige retningslinjene fra 2017 er innholdet av nødrettsregelen forsøkt presisert gjennom bruk av akuttbegrepet, samt at «det må være nærliggende og alvorlig fare for pasientens liv eller alvorlig helseskade».¹³⁶⁵

25.6.5.2 *Kritikk mot dagens rettstilstand*

Paulsrud-utvalget skisserte enkelte problemer tilknyttet dagens hjemmelssituasjon, men fikk ikke tid til å gå inn i ECT-problematikken med tilstrekkelig bredde. Ingen konkrete lovendringer ble foreslått.¹³⁶⁶ I brev til Helse- og omsorgsdepartementet av 4. juli 2016 uttrykte Helsedirektoratet bekymring rundt dagens rettstilstand:

«Det er likevel et spørsmål om nødrett er et tilstrekkelig rettsgrunnlag. ECT gis ved narkose, og krever en behandlingsserie over flere ganger for å gi god effekt. Etter dagens praksis finnes ingen rettsikkerhetsgarantier, utover det ordinære forsvarlighetskravet.»

Problemstillingen er nevnt i utvalgets mandat. I brev fra Helsedirektoratet til landets kontrollkommisjoner, datert 17. april 2018, er det iverksatt enkelte tiltak for å avhjelpe situasjonen. Kommisjonene blir bedt om å føre kontroll med ECT iverksatt på nødrettsgrunnlag med hjemmel i psykisk helsevernloven § 63 første ledd. Tidligere har det vært varierende i hvilken grad kommisjonene har sett dette som en oppgave for seg.

Sivilombudsmannens forebyggingsenhet oppsummerer sine erfaringer i oversendelse til FNs torturkomité.¹³⁶⁷ Her påpekes det at å basere seg på nødrett som hjemmel er problematisk i lys av Grunnlova sitt lovskrav (§ 113).¹³⁶⁸ Praksis slik den har utviklet seg, kan framstå som en omgåelse av forutsetningene i forarbeidene om samtykke som den klare hovedregel. På

¹³⁶²Grønning mfl., Bergen 2016, s. 425

¹³⁶³Dette paradigmeskiftet er nærmere beskrevet hos Østenstad, 2011, s. 289–292

¹³⁶⁴Ot.prp. nr. 11 (1998 – 99)

¹³⁶⁵Helsedirektoratet, IS-2629, s. 27

¹³⁶⁶NOU 2011: 9, s. 204

¹³⁶⁷Sivilombudsmannen, 2018c

¹³⁶⁸Sivilombudsmannen, 2018c, s. 32

bakgrunn av Forebyggingsenhetens arbeid omtales eksempler der nødrettsbetraktninger er trukket problematisk langt og/eller ikke er tilstrekkelig dokumentert, blant annet slik:¹³⁶⁹

«In most cases, ECT administered on grounds of necessity was repeated over several days or weeks. One patient underwent 12 ECT treatments over a period of a month. The apparent grounds for this was that there an ongoing acute risk throughout the period the treatment was administered. The information in the patient record indicated, however, that the patient's condition was not acute during the whole period. In another case, a decision was made to administer a full course of ECT therapy on grounds of necessity because the patient had recently interrupted ECT therapy on grounds of necessity after four treatments, which resulted in a deterioration in the patient's health.»¹³⁷⁰

Så vel mangel på prosessuelle regler og manglende nasjonal oversikt over bruken av tiltaket blir kritisert som et rettssikkerhetsproblem.

I FNs torturkomité sine avsluttende merknader uttrykkes særlig bekymring rundt bruken av ECT, herunder mangelen på rettssikkerhetsgarantier og oversikt over bruken, og manglende lovhjemlingen:

«[T]he Committee is concerned:

- (b) About the weak procedural safeguards for patients and lack of recourse to less intrusive measures as a first resort in order to protect patients undergoing treatment without consent, in particular ECT; as well as insufficient information and possibilities for patients to lodge complaints against their treatment as well as fear of retribution if they do so;
- (c) About the lack of clarity on the frequency and circumstances surrounding the use of coercive electroconvulsive treatment in different mental health care institutions and the existence of geographical differences in the use of involuntary measures as well as the absence of formal registration of involuntary forms of treatment and the notification of patients about it in writing;
- (d) That involuntary administration of electroconvulsive treatment is governed by guidelines and not formally adopted law;
- (e) About the lack of a requirement that an independent health care professional gives a second opinion;»¹³⁷¹

I samme retning har Europarådets menneskerettskommisær uttalt (CommDH(2015)9) seg:

«Although the Mental Health Care Act would not appear to foresee the compulsory use of ECT for involuntarily placed patients, the Commissioner points out with concern that ECT has been applied against the patient's express will with reference to the «principle of ne-

¹³⁶⁹Sivilombudsmannen, 2018c, s. 32–33

¹³⁷⁰Sivilombudsmannen, 2018c

¹³⁷¹Torturkomiteen, 2018, avsnitt 21

cessity» (*nødrett*) laid out in Article 47 of the Penal Code (*Straffeloven*). This provision is generally used to exempt people from criminal responsibility when they have had no alternative courses of action in emergency situations.»¹³⁷²

[...]

«It is essential that the use of highly intrusive treatments such as ECT is subject to robust safeguards. The Commissioner is not convinced that the documented involuntary use of ECT in Norway with reference to the «principle of necessity» in the Penal Code (Article 47) is in line with human rights standards, including the provisions of the CRPD. The Commissioner points out that particular care should be taken to ensure that information given by health professionals about ECT is correct and complete, including information on secondary effects and related risks, so that patients are able to express their free and fully informed consent to the procedure. It is also necessary to collect precise data on the use of ECT and make this available to the public. During the visit, the Norwegian authorities informed the Commissioner of their intention to issue national guidelines on the use of ECT and the Commissioner welcomes this development.»¹³⁷³

25.6.5.3 *Utvalgets vurderinger*

I klinisk praksis reiser dagens rettstilstand særlige utfordringer. ECT-behandling er mest aktuelt ved de aller mest alvorlige depresjonene, og her kan det ofte oppstå spørsmål om et samtykke er gyldig. Personen kan ha vansker med å bestemme seg eller være ute av stand til å uttrykke et valg. I andre tilfeller kan valget være så preget av (selve) den psykiske tilstanden at det kan skape alvorlig tvil om hva vedkommende egentlig mener om saken: som når personen mener at tilstanden uansett er uheldelig, at hun eller han ikke fortjener å bli bra, eller er overbevist om at ECT er en straff. Dersom samtykke skal være det eneste grunnlaget, blir dermed alvoret i de psykisk helseproblemene i seg selv et argument for at behandlingen ikke kan gjennomføres. Det kan virke urimelig, særlig dersom det ikke finnes gode alternativer. Sivilombudsmannen har, som vist, dokumentert at man i praksis har svart på dette gjennom en svært liberal og problematisk forståelse av grensene for nødretten.

Et viktig spørsmål er om ECT bør reguleres annerledes enn behandling med legemidler. Det som taler for likebehandling er at begge deler dreier seg om bruk av velprøvde metoder der en har forholdsvis god oversikt over effekter og bivirkninger. Mye av skepsisen mot ECT bygger på utsagn uten god støtte i vitenskap, for eksempel påstander om at behandlingen gir hjerne-skade. I utgangspunktet er det derfor ikke medisinske forhold som tilsier at ECT må vurderes juridisk eller etisk på annen måte enn behandling med legemidler.

Flere forhold taler likevel for at ECT bør vurderes strengere enn legemiddelbehandling. For det første er det en realitet at det er en mengde mer eller mindre velbegrunnede motforestillinger til metoden. ECT er og blir en kontroversiell behandling det knytter seg sterke følelser til, både blant lek- og fagfolk. For det andre innebærer ECT at pasienten blir lagt i narkose. Medikamentelt framkalt bevisstløshet setter personen i en uvanlig grad av avmakt, noe som kan øke frykten for hva som kan komme til å skje. Særlig på grunn av narkosen oppfatter utvalget ECT som et enda mer inngripende tiltak enn medisinerings. Hensynet til publikums tillit

¹³⁷²Europarådets menneskerettighetskommissær, 2015, avsnitt 25

¹³⁷³Europarådets menneskerettighetskommissær, 2015, avsnitt 43

til helsetjenesten tilsier at bruken av denne behandlingsformen begrenses i enda sterkere grad enn legemiddelbehandling.

ECT gitt på nødrettsindikasjon er også omstridt. Det er uklart hvor stort omfanget er, og det er usikkert hvordan indikasjonen blir vurdert. Det er grunn til å tro at praksis varierer mye. Den nasjonale retningslinjen siterer en undersøkelse som tyder på at bare 30 prosent av behandlingsstedene hadde gitt ECT på nødrett.¹³⁷⁴

Utvalgets flertall (alle medlemmene unntatt Erichsen og Gitlesen) ser store vansker med et tolt forbud mot bruk av ECT uten eget samtykke. Som nevnt er samtykkekonstruksjonen særlig sårbar eller problematisk i mange av de situasjonene der denne behandlingsformen er spesielt aktuell. Fordi ECT-behandling må regnes som et særlig inngripende tiltak, får det betydning for kravene til et gyldig samtykke. Basert på etablerte juridiske prinsipper skjerpes disse jo mer inngripende tiltaket er. Parallelt blir de da vanskeligere å oppfylle for personer som er i en slik situasjon at denne behandlingen er særlig aktuell: som en siste utvei. En strikt avgrensing av bruk av ECT til der det foreligger et gyldig samtykke, vil trolig føre til at mennesker som kunne vært reddet, i realiteten vil dø som følge av sin psykiske tilstand.

Utvalgets flertall vurderer at dagens rettstilstand der ECT-behandling uten samtykke begrunnes i strafferettslig nødrett, er uholdbar. Innholdet av den strafferettslige nødrettsnormen er grunnleggende uklart som vist ovenfor, og det er vanskelig å styre klinisk praksis med et slikt vagt rettslig utgangspunkt. Flertallet vil derfor anbefale at det lovhjemles en snever adgang til bruk av ECT som et livreddende tiltak. Dette må forstås som en uttømmende regulering av adgangen til bruk av denne inngrepsformen, og strafferettslig nødrett vil etter utvalgets opplegg aldri mer kunne påberopes *som rettslig grunnlag*.

Flertallet vurderer at det ikke er en heldig løsning å lovhjemle ECT-behandling i lovutkastet kapittel 4 om nødssituasjoner. En viktig intensjon med dette kapitlet er nettopp en innstramming av nødssituasjonsbegrepet. ECT-behandling vil ikke kunne oppfylle de krav til situasjonen som her settes. Med de strenge rammer som foreslås rundt ECT av utvalgsflertallet, er det mer tale om å regulere en gruppe subakutte situasjoner.

Flertallets opplegg innebærer for det første en tydelig styrking av de formelle rettssikkerhetsgarantiene ved ECT-behandling. Det må etter utkastet fattes vedtak som er gjenstand for rettslig kontroll, herunder vil det gjelde en klageadgang. Dette er nytt sammenlignet med gjeldende rett. Det foreslås videre at personen skal undersøkes av en uavhengig lege med erfaring med bruk av ECT-behandling, og som må tilrå tiltaket.

Hva vilkårene gjelder, vurderer flertallet at ECT ikke bør kunne treffes vedtak om eller gjennomføres der personen motsetter seg tiltaket. Dette vil sannsynligvis ikke være særlig problematisk ut fra de innspill utvalget har mottatt om klinisk praksis på det enkeltfeltet der ECT-behandling i dag framstår som særlig aktuelt: alderspsykiatrien. Et forbud mot tvang samspiller også godt med flertallets forslag om å avgrense hjemmelen til der unnlattelse av å gjennomføre behandlingen i løpet av få uker vil medføre alvorlig fare for personens liv. Behandlingsformen er altså bare aktuell overfor personer som er i ferd med å dø som (en indirekte) følge av sin psykiske tilstand. Typisk vil dette gjelde personer som har sluttet å ta til seg næring og væske, og i slike tilfeller vil man også kunne oppleve at motstanden mot ECT til slutt oppgis.

¹³⁷⁴Helsedirektoratet, IS-2629, s. 26

Bruk av tvang – slik definert av utvalget i utkastet § 1-3 – foreslås det altså ikke hjemmel for. Av rettssikkerhetshensyn bør likevel vilkårene for vedtak og gjennomføring i tvangstilfellene komme tilsvarende til anvendelse, med de allerede nevnte tillegg.

Vanligvis vil effekt av ECT-behandling oppnås i løpet av to uker. I flertallets opplegg er dette satt som en lengste tidsgrense for vedtaket, uten mulighet for fornyelse. Ytterligere bruk av ECT i denne behandlingsserien må i tilfelle baseres på et gyldig samtykke fra personen selv.

Endelig har utvalget foreslått en adgang til å reservere seg mot ECT-behandling gjennom forhåndserklæring. Kravene foreslås noe lempeligere enn ved reservasjon mot legemiddelbehandling ved psykiske lidelser, se punkt 25.6.2.2.12 ovenfor. Viktigst er at det ikke kreves at personen tidligere må ha prøvd behandlingsformen. ECTs særlig inngripende karakter og den særlig frykt og uro enkelte føler overfor nettopp et slikt tiltak, bør her være avgjørende. For øvrig er det også enkelte andre forskjeller i utformingen av utkastene til reservasjonsbestemmelser. Disse springer ut av ulikheter i problemstillingene. Også for ECT foreslås det å ligge til tvangsbegrensningsnemnda å vurdere gyldigheten av en erklæring.

25.6.5.4 Dissens fra medlemmene Vibeke Erichsen og Jens Petter Gitlesen: Forbud mot elektrosjokk uten eksplisitt samtykke

Vi oppfatter flertallsforslaget om å tillate bruk av elektrosjokk uten fritt og eksplisitt samtykke som uakseptabelt. Forslaget innebærer en legalisering som kan komme til å befeste og kanskje utvide en uheldig praksis. Elektrosjokk er en radikal behandlingsform som bør forbys når det ikke foreligger et klart samtykke, både fordi kunnskapsgrunnlaget er dårlig og av menneskerettslige grunner. Heller enn flertallets forslag om reservasjonsrett, foreslår vi en ordning med forhåndserklæring, med eksplisitt ønske om ECT dersom situasjonen skulle tilsi det.

Elektrokonvulsiv behandling (ECT), elektrosjokk i dagligtale, beskrives av utvalget som å ha «et særlig inngripende preg», jf. punkt 25.6.6.5.1. Grunnen til denne karakteristikken er at behandlingen består i å feste elektroder til hodet og tilføre hjernen strøm som skal utløse kramper, at den må utføres under narkose og at det i tillegg er vanlig å gi beroligende og avslappende medikamenter i forbindelse med behandlingen.

Kunnskapsgrunnlaget

Elektrosjokk benyttes ikke så ofte, men er ikke helt uvanlig mot gjenstridige depresjoner. Når det gjelder spørsmålet om hvor godt behandlingen virker, skriver utvalget, med referanse til nasjonale retningslinjer, at dokumentasjonen gjennomgående er av lav kvalitet og at anbefalingene for å gi behandlingen er svake, jf. punkt 10.1.4.2. Om bivirkninger står det blant annet at noen får «varige kognitive problemer», og at det «er uklart hvor mange det gjelder og hvor lenge slike bivirkninger kan vare», jf. punkt 10.1.4.3. Formuleringen kognitive problemer omfatter flere ting, som nedsatt evne til å lære nye ting, samt dårlig hukommelse både om hendelser i livet – tap av minne – og tap av tidligere ervervete faktakunnskaper.¹³⁷⁵ I Norsk Elektronisk Legehåndbok, som baserer seg på nasjonale retningslinjer, står det at kunnskapen om «langtidsvirkninger på tap av hukommelse er imidlertid fortsatt mangelfull»,¹³⁷⁶ og generelt påpekes den høye risikoen for bivirkninger som et problem.¹³⁷⁷ I tillegg til å virke dårlig, er

¹³⁷⁵Helsedirektoratet, IS-2629, referert i punkt 10.1.4.3

¹³⁷⁶Norsk Elektronisk Legehåndbok, informasjon til pasienter, s. 2

¹³⁷⁷Norsk Elektronisk Legehåndbok, informasjon til helsepersonell, s. 2

det et problem at en betydelig andel får tilbakefall etter relativt kort tid. Kunnskapen er begrenset og usikker også på dette punktet, men utvalget refererer en norsk undersøkelse som viste at halvparten hadde tilbakefall innen 6 måneder og at det totalt var mer enn 70 prosent tilbakefall etter 13 måneder. Det konkluderes med at det ikke ser «ut til at bedringen etter ECT er så langvarig som ønsket», jf. punkt 10.1.4.

Den vitenskapelige kunnskapen om virkninger av ECT er altså sparsom og usikker. Det er klinisk erfaring, det vil si den enkelte behandlers skjønnsmessige vurdering av positiv virkning, som er grunnen til at elektroshokk på tvang likevel benyttes. Dette er muligens grunnen til at det ikke gjøres noen form for systematisk registrering av bruken, og heller ikke av opplevd skade hos pasienter. Se punkt 25.6.5.2. Så lenge fokus for vurderinger er den individuelle behandlingssituasjonen, reiser det seg neppe et behov fra behandlerhold om å vite noe om egen praksis i en større sammenheng. Hva som er mer påfallende er at fravær av nasjonal oversikt tyder på at helsemyndighetene heller ikke ser ut til å ha ment det er viktig med slik kunnskap om en kontroversiell behandlingspraksis.¹³⁷⁸

Oppsummert om kunnskapsgrunnlaget kan det sies at det ikke er uproblematisk at mennesker tilbys, men forhåpentligvis ikke overtales så sterkt at det nærmer seg press, å gi samtykke til en behandlingsform som vitenskapelig sett har svært usikre resultater. Det svake vitenskapelige kunnskapsgrunnlaget gjør det derimot helt uakseptabelt å gi behandlingen uten at fritt og informert samtykke foreligger. Mindretallet ser seg dessuten nødt til å understreke at våre beskrivelser ovenfor av virkninger og bivirkninger er hentet fra utredningens egen utlegning, som igjen i hovedsak baserer seg på Helsedirektoratets anbefalinger når det gjelder ECT. Mot denne bakgrunnen er det oppsiktsvekkende når det i utredningen står at mye av «skepsisen mot ECT bygger på skremsler uten god støtte i vitenskap, for eksempel påstander om at ECT gir hjerneskade», jf. punkt 25.6.5.3. Hvis det med ordet hjerneskade menes organisk skade, så har vi ikke møtt den i litteraturen om bivirkninger ved ECT. Særlig utbredt kan påstanden derfor ikke være. Satt litt på spissen minner sitatet om hva vi vil kalle en «psykiatri-myte», at det er «ryktet» som er problemet, og at dette først og fremst er et pedagogisk problem. Hvis formuleringen viser til funksjonelle skader, som f.eks problemer forbundet med tap av hukommelse og dermed det å miste sin egen historie, er den for det første ikke vitenskapelig holdbar. For det andre, og minst like viktig er den lite respektfull overfor mennesker som har erfart alvorlige bivirkninger. Betydningen av bivirkninger nedtones i utredningen på en måte som det er vanskelig å se at det finnes gyldig kunnskap for. Dessuten er det jo slik at betydningen av f.eks. minnetap bare kan vurderes av den som opplever det. For noen personer vil det å miste hukommelsen, i kort eller lengre tid, være en omkostning som gjerne tas dersom behandlingen avhjelper store plager. For andre er risikoen for å miste minnet i kort eller lang tid det samme som å miste seg selv og derfor svært skremmende. Denne avveiningen om betydningen av tap av minne kan bare gjøres av den personen det gjelder, noe som forutsetter et fritt og informert samtykke. Elektroshokk uten samtykke gjør en slik fri avveining umulig.

Mindretallets vurdering av flertallets lovforslag

I dag kan en si at ECT ved tvang er forbudt uten å være forbudt, gjennom nødventilen nødrett. Etter flertallets forslag skal ECT fortsette å være forbudt dersom en person nekter, men fortsatt tillates som en nødventil. Dette er en mer normalregulert nødventil, ved at ECT inkluderes i den ordinære tvangslovgivningen, men med noen vilkår. Foruten at vilkåret «fravær av

¹³⁷⁸Helsedirektoratet har bedt kontrollkommisjonene om å (brev datert 17/4/2018), uten at vi vet hva det har ført til

motstand» er introdusert, skal behandlingen anbefales av en lege med erfaring på området og avbrytes etter to uker hvis ikke gyldig samtykke da foreligger. Flertallet mener dette er en innskjerping og forbedring av dagens ordning, som vil bedre rettssikkerheten og føre til redusert bruk. Denne vurderingen er mindretallet uenig i, noe vi vil begrunne i det følgende.

Til tross for de beskrevne svakhetene, gir de nasjonale retningslinjene en såkalt sterk anbefaling for bruk av ECT i situasjoner «hvor det er nært forestående alvorlig fare for pasientens liv eller alvorlig helseskade som kun kan avhjelpes ved ECT».¹³⁷⁹ Som dokumentasjon for anbefalingen nevnes «klinisk erfaring og brukernes ønske», ikke vitenskapelig dokumentasjon.¹³⁸⁰ Ettersom brukernes ønske er uaktuelt ved ECT uten samtykke, står vi igjen med det kliniske skjønnet. Uten å nedvurdere betydningen av individuelle vurderinger i konkrete situasjoner, vil vi likevel påpeke at grunnlaget for skjønnsutøvelsen svekkes når vurderingene til den det gjelder er ekskludert. Dessuten bør skjønnsutøvelsen komme på toppen av et vitenskapelig fundament, ikke i stedet for det. Flertallets forslag bygger altså på de nasjonale retningslinjene. Derfor er det relevant å påpeke noen karakteristiske trekk ved denne typen faglige retningslinjer. De er resultatet av en arbeidsgruppes anbefalinger, en gruppe bestående av både interesserepresentanter og faglige eksperter. På et kontroversielt fagområde hvor det også er uenighet blant fagfolk, er det nærliggende å tenke at personlige holdninger og spesifikke kliniske erfaringer vil kunne farge anbefalinger, med mindre personer med et kritisk fagperspektiv deltar. Vi kan ikke se at det er tilfelle her.¹³⁸¹

Indikasjonen for å gi mennesker ECT uten samtykke er altså at det er overhengende fare for liv og helse. Hvorvidt og hvor mange liv behandlingen redder kan vi ikke vite. Dette skyldes sikkert delvis fraværet av systematisk oversikt over bruken av ECT, men kanskje også at behandlerne føler en handlingstvang i slike situasjoner. Noen vil hevde at det er uetisk å la være å gripe inn med elektroshokk i en situasjon med f.eks. en gjenstridig depresjon. Flertallet er redd for at «mennesker som kunne vært reddet, i realiteten vil dø som følge av sin psykiske lidelse» ved totalforbud mot tvangs-elektroshokk, jf. punkt 25.6.5.3. Men vi kan ikke vite hvorvidt personen hadde dødd uten slik behandling. Derfor kan vi heller ikke vite om f.eks. intravenøs ernæring kunne vært et alternativ. Det er også en reell mulighet at mennesker som kunne vært hjulpet på annen måte vil bli påført skade av helsevesenet ved tvang.

Flertallet foreslår altså at ECT skal kunne gis til mennesker som ikke nekter, men som heller ikke samtykker. Det kan dreie seg om personer som er svært ambivalente og forvirret i en valgsituasjon, og som kan være sterkt preget av selve grunnlidelsen, jf. punkt 25.6.5.3. I en slik situasjon mener flertallet at det er urimelig at personen ikke skal få behandlingen, «særlig dersom det ikke finnes gode alternativer», jf. punkt 25.6.5.3. Vi vil snu dette resonnementet på hodet og si at en sterkt inngripende behandling med dårlig dokumentert effekt nettopp ikke skal påføres en sårbar person som ikke kan, eller vil uttrykke et samtykke.

Det skrives, uten at vi har sett det dokumentert, at de fleste som gis elektroshokk uten samtykke er ganske gamle mennesker, og at en del av disse lider av demens. Særlige dilemmaer knytter seg til å gi ECT til eldre personer som ikke motsetter seg behandlingen. Dette vil

¹³⁷⁹ECT har ikke dokumentert effekt i forhold til selvmord, selv om dette var begrunnelsen for å beholde en åpning om tvangs-ECT ved nødrett i forarbeidene (punkt 10.1.4.2)

¹³⁸⁰Helsedirektoratet, IS-2624, s. 25

¹³⁸¹Dette trekkes forøvrig fram i Helsedirektoratet, IS-2629

iblant, kanskje ofte, kunne gjelde mennesker som nærmer seg livets slutt. Noen av tegnene her har visse likhetstrekk med depresjon, som økt søvnbehov, avtagende interesse for omgivelsene, svekket orienteringsevne og redusert interesse for å ta til seg mat og drikke. Lovforslaget vil dermed kunne skape vanskelige dilemmaer og uklare grenser overfor eldre pasienter. Det er svært problematisk at man risikerer å gi ECT uten samtykke til eldre personer på grunn av naturlige endringer som følger av at døden nærmer seg. Det må være respekt for at enkelte tilstander har dødelig utfall også innenfor psykiatri.

Flertallet mener at forslaget vil styrke rettssikkerheten og føre til begrensninger i bruken av ECT. At rettssikkerheten øker ved å tillate et tvangstiltak som i dag er forbudt (men brukes etter nødrett) er å snu det hele på hodet. Å skrive ECT inn i en ordinær tvangslov gir tilgang til klagerett. Dette er positivt, men så lenge prosenten som får medhold i klagesaker er forsvinnende liten, er det i praksis snakk om en svært begrenset styrking av rettssikkerheten.

Dessuten kan det følge andre problemer av å skrive et inngripende tiltak uten vitenskapelig etablerte virkninger inn i ordinær lovgivning. Vi er bekymret for at det kan komme til å normalisere bruken av ECT. Det foreligger naturlig nok ingen kunnskap om hvor mange personer bestemmelsen vil ramme. Når det gjelder f.eks. personer med utviklingshemning, frykter vi at flere vil bli utsatt for ECT med tvang når inngangen skal være fravær på motstand. Et føre var prinsipp tilsier en restriktiv tolkning, der mangel på samtykke er et uttrykk for at behandlingen ikke er ønsket. Det er også høyst usikkert hvordan lovtolkningen vil være i de kliniske miljøene, og lovbestemmelsen representerer således ikke nødvendigvis en innskjerping fra dagens praksis. Den kan tvert imot føre til en styrket handlingstvang.

Forbud mot ECT uten samtykke: forhåndserklæringer

Ved slutten av lovarbeidet kom det til et forslag om reservasjonsrett. Reservasjonsrett er et begrenset virkemiddel, som kun vil ha effekt for en liten gruppe personer som har et avklart forhold til ECT *før* de kommer i en situasjon der det er aktuelt. Siden reservasjonen må godkjennes av tvangsbegrensningsnemda i forkant, vil det i realiteten kun gjelde de som allerede er i psykiatrien. Til forskjell fra psykiatrimedisiner er kunnskap om ECT lite utbredt. Vi vil tro at de fleste ikke har hørt om det og mange vi har støtt på tror behandlingsformen ble avviklet på 70-tallet sammen med lobotomi. Med mindre det organiseres en bred informasjonskampanje til befolkningen om behandlingseffekt og risiko for skade, noe som er urealistisk, og at der er mulig å reservere seg, så vil det nok bare gjelde dem som allerede har opplevd skade.

Tankegangen om reservasjonsrett har umiddelbart noe for seg, men det er vanskelig å se at folk i praksis vil ha fått den kunnskapen de trenger for å ville reservere seg. Derfor vil vi heller snu det hele på hodet og mener at en person skal kunne eksplisitt ønske slik behandling i løpet av prosessen fram mot den tilstanden som utløser ECT. Følgelig foreslår vi at et ønske om ECT kan uttrykkes i en forhåndserklæring, hvor utgangspunktet er fritt og informert samtykke.

Retten til selvbestemmelse er en grunnleggende menneskerett. FN-konvensjonen om funksjonshemmedes rettigheter har tydeliggjort at denne retten også fullt ut skal gjelde dem. Å utsette et menneske for en sterkt inngripende behandling, forankret i et usikkert kunnskapsgrunnlag, med stor sannsynlighet for tilbakefall og med potensielt alvorlige bivirkninger, uten at personen det gjelder har uttrykt et ønske om slik behandling, anser vi som helt uforenlig med menneskerettighetene.

Avslutningsvis vil vi gjerne plassere spørsmålet i et større historisk perspektiv.

Elektrosjokk ble tatt i bruk i samme historiske periode som insulinsjokk og lobotomi. I tillegg til at personer som ble utsatt for disse behandlingene hadde lite å si i vurderingene i forkant av inngrepet, har behandlingsformene det til felles at virkningsmekanismene er ukjente og at det er nokså tvilsomt om positive virkninger oppveier de negative. Insulinsjokk og lobotomi er tilbakelagte behandlingsformer, og mindretallet er av den oppfatning at heller ikke elektro-sjokk vil tåle tidens tann.

25.6.5.5 *Dissens fra medlemmet Bjørn Roar Vagle: ECT uten samtykke. Lovbestemmelsen iverksettes midlertidig med en grundig evaluering etter 3 år*

Mye tyder på at ECT kan ha livreddende effekt, men det finnes også negative pasienterfaringer og sannsynligvis også «nødrettstilfeller» uten virkning. Det finnes ingen systematisert kunnskap om disse forholdene.

Lovbestemmelsen vil kunne oppleves som kontroversiell, og det er uvisst hvordan bestemmelsen vil bli tolket og praktisert i tjenestene. Dette tilsier varsomhet, og at bestemmelsen gis en midlertidig prøvetid på 3 år. Etter denne perioden må bestemmelsen evalueres.

En evaluering må innebære kontakt med pasienter som har fått helsehjelp med ECT uten samtykke.

Sykehus som i prøveperioden ikke har benyttet seg av slike vedtak må vies særlig oppmerksomhet som en del av evalueringsgrunnlaget.

Det må oppnevnes en arbeidsgruppe til evalueringen som også inneholder personer med forskerkompetanse og distanse til feltet.

Hvordan og hvilke variabler som skal inngå i evalueringen må overlates til denne arbeidsgruppen.

25.6.6 Andre typer behandlingstiltak, herunder opplæring og trening som ledd i habilitering

25.6.6.1 *Gjeldende rett*

Det tidligere kapittel 6 A i sosialtjenesteloven 1991 gav en klar hjemmel for tvang i såkalt atferdsendrende tiltak, jf. § 6A-4 andre ledd bokstav b). I sluttrapporten fra Rådet for kapittel 6 A ble det tatt til orde for å fjerne atferdsendrende tiltak som en egen kategori.¹³⁸² Fra 2004 er det presisert at «opplærings- og treningstiltak» bare kan brukes i forbindelse med bokstav c-tiltak: altså for å «dekke tjenestemottakerens grunnleggende behov for mat og drikke, påkledning, hvile, søvn, hygiene og personlig trygghet», jf. helse- og omsorgstjenesteloven § 9-5 tredje ledd. Opplæring og trening kan dermed i dag ikke kobles til tiltak etter bokstav b som gjelder planlagte inngrep i nødssituasjoner. Der et tvangsbasert opplærings- eller treningstiltak blir iverksatt i en rolig atmosfære, men personen reagerer svært negativt og utagerer slik at det oppstår en nødssituasjon, må tiltaket således straks avbrytes. Og personellet vil neppe *umiddelbart* i etterkant kunne gjenoppta opplæringen eller treningen. Koblingen til den forutgående nødssituasjonen vil her være for sterk.

¹³⁸²Se Rådet, 2002 sin sluttrapport på s. 73

Det er nettopp der man like i etterkant av nødssituasjoner har gått videre med «terping» på opplæring og trening vi i omsorgspraksis har sett den mest kontroversielle tvangsbruken i atferdsendrende tiltak, fordi dette kan utløse ny utagering, og dermed ende opp i en vond sirkel. For å hindre dette kommer § 9-6 tredje ledd inn, og forbyr tiltak som

«påfører brukeren eller pasienten smerte eller psykisk eller fysisk skade, herunder all form for fysisk refselse, eller som innebærer betydelig fysiske og psykiske anstrengelser for brukeren eller pasienten eller medfører fysisk isolering.»

Et viktig poeng er at det lovmessige grepet som nå er tatt i kapittel 9 ved å utelukke bruk av tvang som opplærings- og treningstiltak i nødssituasjoner (ved bokstav b-tiltak), på en effektiv måte vil fremme formålet med denne bestemmelsen. Ved utforming av tiltak etter bokstav b, må man likevel kunne ta hensyn til den atferdsendrende effekten i den grad det er et valg mellom tiltak som er like inngripende. Poenget er at loven ikke tillater økt tvangsbruk for å nå en atferdsendrende effekt i nødssituasjoner.

Etter psykisk helsevernloven § 4-4 er det i dag skilt mellom tiltak som utgjør «et alvorlig inngrep» og andre tiltak. Det er bare alvorlige inngrep i form av legemiddelbehandling eller næringstilførsel som kan ha hjemmel, jf. andre ledd. Terskelen for hva som skal regnes for «et alvorlig inngrep» er satt lavt, og i lovproposisjonen er det gitt eksempel på hva som faller utenfor:

«Det tenkes her på tiltak som sett hver for seg ikke ville krenke straffelovens integritetsvern og som ikke ville innebære noe nevneverdig inngrep overfor vedkommende, slik som mild tilrettevisning, å lede pasienter med mildt påtrykk med hånden, kortvarig bortvisning fra samtalegrupper m. m.»

Direktoratets rundskriv er enda mindre utfyllende om hva som utgjør et «alvorlig inngrep» enn forarbeidene.¹³⁸³

25.6.6.2 Utvalgets vurderinger

25.6.6.2.1 Omsorgen for personer med utviklingshemning

Generelt

Bruk av tvang i opplæring og trening – såkalte atferdsendrende tiltak – har stått sentralt i debatten om rettssikkerhet for mennesker med utviklingshemning. «Gro-saken» fra 1974 gjaldt et atferdsterapeutisk behandlingsopplegg overfor en ung psykisk utviklingshemmet jente, med sterke innslag av tvang og vold, inkludert slag, spark og dusjing i kaldt vann for å få henne til å lystre.¹³⁸⁴ «Sol-saken»¹³⁸⁵, fra tidlig på 1990-talet, hadde en del av de samme elementer i seg. Nevnes bør også «Haugesund-saken»¹³⁸⁶ der et middagsmåltid ved en anledning hadde vart i over fire timer på grunn av stadige avbrudd av fysiske prosedyrer (sit-ups, samlet flere

¹³⁸³Helsedirektoratet, IS-1/2017, s. 58–59

¹³⁸⁴Se dom av Midt-Trøndelag herredsrett, sak nr. 5/1975. Jf. også Benneche, 1977 som omhandler «Gro-saken»

¹³⁸⁵Dom av Asker og Bærum herredsrett, sak nr. 92-4

¹³⁸⁶Dom av Gulating lagmannsrett, ankesak nr. 98-00844

hundre, og «styrt gange») som følge av at personen ikke oppførte seg som hun skulle.¹³⁸⁷ Vedkommende var på dette tidspunkt «våt av svette og pleierne på det nærmeste utslitt», som det heter i dommen.¹³⁸⁸

I Psykolog-dommen fant lagmannsretten følgende hendelse som i tid hadde strukket seg over om lag en time, bevist som ledd i atferdsterapeutiske behandlingsopplegg:

«... at B [pasienten], som var reimet med hendene inn til magen, blir satt ned i en stol. Han blir deretter løst fra reimene samtidig som A [psykologen] tar tak i armene over håndledene til B og holder disse bakover mens B sitter i stolen. Mens A holder ham slik blir B oppfordret til å reise seg. Dette lar seg ikke gjøre på grunn av grepet som A har rundt håndleddene til B. Mens dette pågår, kommer B utenfor stolkanten, og han blir deretter lagt forsiktig i gulvet mens A fortsetter å holde tak i Bs hender. B blir deretter liggende på magen med ansiktet mot gulvet samtidig som A holder hendene hans bak på ryggen. B oppfordres flere ganger til å reise seg, noe B registrerer at han ikke klarer på grunn av taket som A holder. B blir flere ganger bedt om å reise seg samtidig som det tidvis fristes med en kaffekopp som blir holdt foran ham. Mens dette pågår sitter flere av pleiepersonalet over ham, noen står over ham og andre foran ham.»¹³⁸⁹

Den omfattende og ukontrollerte tvangsbruken i omsorgen for personer med utviklingshemning, var en viktig bakgrunn for vedtakelsen av sosialtjenesteloven 1991 kapittel 6 A, som i dag gjenfinnes – med enkelte justeringer – i helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9. Som allerede beskrevet ovenfor ble det i 2004 gjort innstramminger i hvordan de atferdsendrende elementer kan komme inn. Dette reflekterer en utvikling i det faglige og etiske verdifundamentet for omsorgen: det har vokst fram en større aksept for annerledeshet og større respekt for personens selvbestemmelsesrett.

For utvalget har spørsmålet vært om det i dag er tilstrekkelige grunner for å opprettholde en særlig hjemmel for tvang i opplærings- og treningstiltak. Tvang som virkemiddel for å få i gang språktrening hos barn, har tradisjonelt vært framhevet som et mulig behovsområde. Tvang i opplæring og trening av tannpussferdigheter har vært et annet eksempel. Det synes likevel å være stor enighet om at hjemmelen for tvang i opplærings- og treningstiltak i svært liten grad blir brukt i praksis.

Utvalget er skeptisk til bruk av tvang for å oppnå opplærings- eller treningseffekt, så vel i som utenfor nødssituasjoner. At noen tiltak fører til «læring» i betydning endret atferd kan ikke utelukkes, men dokumentasjonen er svak. En slik praksis gir derimot risiko for fall i motivasjon hos personen, og vil kunne ha negative følger for relasjonen til personellet som utøver tvangsbruken. Det kan også føre til en aversjon mot å delta i aktiviteter, for eksempel mot å bruke avlastnings- eller dagsentertilbud, som i seg selv er en svært betenkelig bieffekt.

Det finnes også lite konkret informasjon tilgjengelig om hvordan slike tiltak ser ut i praksis, da det både i rundskriv og forarbeider nesten utelukkende fokuseres på opplæringens og tre-

¹³⁸⁷Se byretten sin dom i «Haugesund-saka» (Stavanger byrett, sak nr. 97-00080A) s. 11, jf. dom av Gulating lagmannsrett, ankesak nr. 98-00844 s. 10 og s. 27

¹³⁸⁸Se dom av Gulating lagmannsrett, ankesak nr. 98-00844, s. 10

¹³⁸⁹RG 2004 s. 694 på s. 699

ningens *intensjoner*. Hos fylkesmennene er det også knapt med vedtak om tvang som opplærings- og treningstiltak. Dette kan indikere at opplæringstiltak med tvang enten hjemles som «noe annet», eller at problemstillingen er lite aktuell ut fra ny kunnskap om effekt og bivirkninger. Utvalget vurderer at sistnevnte trolig er en hovedforklaring fordi det i fagmiljøene er bred enighet om at opplæring og trening må gjøres i korte økter og med virkemidler som oppleves positive. Bruk av tvang har potensielt så mange skadelige sider ved seg at slike rammer for opplæring og trening normalt er uegnet.

Særlig om barn med utviklingshemning

Å eksponere barn hyppigere for enkelte valgsituasjoner, og slik indirekte senke terskelen for å gripe inn med tvang, kan være nødvendig i noen situasjoner for å forhindre at barnet pådrar seg vesentlig skade i form av hemning av egen utvikling. Dette kan være aktuelt i forbindelse med personlig hygiene, for eksempel slik at aversjon mot dusjing i noen tilfeller må overvinnes med tvang. Krav til nødvendighet i en slik situasjon må også kunne fokusere hva slags vesentlig skade tvangsbruken avverger framover i tid, altså at dusjing ikke bare handler om hva som er nødvendig «her og nå» for et barn, men også viktigheten av regelmessighet for å komme inn i gode rutiner og vaner. Dette framtidige formålet kan ivaretas uten å fokusere på at det er et spesifikt trenings- eller opplæringstiltak: Situasjonene må være noenlunde naturlige – satt på spissen kan det ikke øves på å dusje flere ganger for dagen.

Ved å utelate uttrykksmåten «opplæring og treningstiltak» i lovverket, unngås skjønnsmessige vurderinger rundt grenser for perfektjonering av ferdigheten, og det blir gjort ettertrykkelig at tiltakene ikke kan arrangeres i «kunstig» høy frekvens for opplæringen og treningens skyld. En annen side ved «trening og opplæringstiltak» som en egen kategori, er at begrepene etter alt å dømme er dårlig forstått i dagens fagmiljøer i relasjon til bruk av tvang, ikke minst hvordan slike tiltak skiller seg fra andre omsorgstiltak. Dette skaper usikkerhet i forståelsen av dagens lovverk.

25.6.6.2.2 Psykisk helsevern

Etter psykisk helsevernloven § 4-4 skilles det altså mellom alvorlige og ikke-alvorlige inngrep. Lovens klare forutsetning er at det skal treffes vedtak også om behandlingstiltak pasienten ikke gir gyldig samtykke til, men som ikke er alvorlig inngripende, jf. også psykisk helsevernforskriften § 21 første ledd. Det er imidlertid utvalgets inntrykk at dette ofte ikke skjer i praksis: fokus er først og fremst rettet mot de mest inngripende tiltakene (legemiddelbehandling og ernæring).

Ut fra eksemplene som er brukt i forarbeidene, synes det klart at ikke bare behandlingstiltaket i seg selv, men også virkemiddelbruken i forbindelse med gjennomføringen må tas med i vurderingen av hvor grensen mellom det som er alvorlig inngripende og det som bare er lite inngripende skal trekkes. Fordi aktuelle tiltak som trening, opplæring og samtaler sjelden vil være alvorlig inngripende i seg selv, kommer gjennomføringselementet i fokus. Eksempelbruken i forarbeidene, jf. ovenfor, underbygger dermed at dagens skille hovedsakelig vil følge grensene for utvalgets tvangsbegrep.¹³⁹⁰ Utvalget ser det ikke som tjenlig å bygge videre på en sontring mellom alvorlig og lite inngripende tiltak, og mener reguleringen kan gjøres enklere uten. I utvalgets opplegg kan dette oppsummeres slik:

¹³⁹⁰Noe diskusjon har det vært om dette, særlig i relasjon til behandling av spiseforstyrrelser med ernæring, se Syse, 2016 s. 384 som ikke synes å ville vektlegge gjennomføringselementet.

- For tiltak personen motsetter seg (tvang), er det uttømmende regulert i §§ 6-10 til 6-12 hvilke typer av tiltak som kan ha hjemmel.
- Der en beslutningskompetent person er nølende til å ta del i et behandlingstiltak, men til slutt sier ja, vil det være de alminnelige regler for hva som utgjør et gyldig samtykke som er avgjørende for bedømmelsen av lovligheten. Definisjonen av tvang etter lovutkastet § 1-3 vil i den sammenheng være avgjørende for om samtykket kan sies å være basert på frivillighet, et ulovfestet vilkår for samtykkets gyldighet. Særlige regler om samtykke til enkelte gjennomføringstiltak er gitt i utkastet kapittel 6.
- Der personen etter en konkret vurdering mangler beslutningskompetanse, men ikke motsetter seg behandlingstiltaket, vil det i utgangspunktet kunne iverksettes uten vedtak med hjemmel i § 6-2, enkelte særregler er dog foreslått.

Enkelte begrensninger i livsutfoldelsen under et institusjonsopphold kan virke tilretteleggende for behandlingen, eventuelt i seg selv ha en positiv behandlingseffekt. Utvalget ser det som klart at ikke ethvert slikt tiltak utløser krav om vedtak med hjemmel i lov. Mildere begrensninger for eksempel for å sikre tilstrekkelig hvile der dette blir vurdert som nødvendig for å gjøre personen tilgjengelig for behandling for sine psykiske helseproblemer, må således kunne forankres i formålet med institusjonsoppholdet. En slik måte å se det på er godt i samsvar med Høyesteretts tilnærming i Sårstelldommen (Rt. 2010 s. 612).

Slik utvalget ser det blir de begrensninger som kan pålegges ut fra slike formålsbetraktninger i utgangspunktet de samme for en frivillig innlagt person og en tvangsinnlagt person. Noe annet er at den som er frihetsberøvet står i en faktisk svakere posisjon til å nekte. Den som er frivillig innlagt kan skrive seg ut. Utvalget vil understreke at formålsbetraktninger ikke kan hjemle tiltak som går ut over milde begrensninger i livsutfoldelsen. Utenfor faller således omfattende begrensninger som å låse pasientens rom på dagtid for å hjelpe fram en normal døgnrytme. Slike tiltak vil kreve hjemmel i lov, noe utvalget ikke anbefaler skal gis.

25.6.7 Særlige grenser for enkelte gjennomføringstiltak i behandling av psykiske helseproblemer og rusproblemer

25.6.7.1 Innledning

I punkt 25.5.5 ovenfor er behovet for å skille mellom behandling og gjennomføringstiltak omtalt. Selv om sontringen ikke alltid fremtrer like klar, kan den ha betydning blant annet for hvordan vilkårene formuleres. Enkelte av vilkårene som gjelder for et behandlingstiltak som sådan, vil ikke kunne oppfylles om fokus er rettet mot gjennomføringstiltaket isolert.

Enkelte grenser for gjennomføringstiltak i behandling av psykiske helseproblemer og rusproblemer er allerede omtalt under utvalgets generelle vurderinger i punkt 25.5. Dette gjelder forbudet mot mekaniske innretninger som gjennomføringstiltak, se punkt 25.5.4.4 og lovutkastet § 6-16, og

hjemmel for undersøkelse og gjennomføring av tvangsmedisineringsvedtak utenfor psykisk helsevern, se punkt 25.5.2.2 og lovutkastet § 6-17.

25.6.7.2 Oppmøteplikt til undersøkelse eller behandling

25.6.7.2.1 Gjeldende rett

Innholdet av konstruksjonen tvungent psykisk helsevern uten døgnopphold er i dag en plikt til oppmøte for undersøkelse eller behandling, jf. psykisk helsevernloven § 3-5 tredje ledd. Det framgår av lovteksten at det bare er oppmøtet som eventuelt kan gjennomtvinges og ikke selve undersøkelsen eller behandlingen. En tilsvarende hjemmel finnes i dag ikke på rusfeltet. Etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 som inneholder særlige hjemler for tvang i

«opplærings- og treningstiltak», jf. § 9-5 tredje ledd bokstav c, er problemstillingen uaktuell allerede på grunn av regelverkets arenanøytralitet.

25.6.7.2.2 Utvalgets vurderinger

Når utvalget har gått inn for å avskaffe tvungent vern som overordnet konstruksjon – unntatt ved dom etter straffeloven § 62 –, skyldes det både praktiske og prinsipielle vurderinger, se nærmere punkt 28.4.1.3. Noe annet er at det kan være både nødvendig og rimelig å åpne for å pålegge en person å møte fram ved institusjon til undersøkelse eller behandling under trussel om bruk av tvang, der de alminnelige vilkår i utkastet § 6-5 er oppfylt.

Der et slikt tiltak er knyttet til gjennomføring av vedtak om tvangsmedisinering, er et samlevedtak etter utkastet § 9-12 naturlig. Utvalget vurderer likevel at en plikt til oppmøte bør kunne vedtas uavhengig av dette. Innenfor psykisk helsevern kan pålegg om oppmøte være nødvendig for å opprettholde et minstemål av kontakt med personer som har en sterk tendens til tilbaketrekning, og slik være avgjørende for å kunne komme på tilbudssiden med tanke på å tilrettelegge for frivillig hjelp. Dette kan blant annet forebygge (ny) akuttinnleggelse i sykehus. Utvalgets inntrykk er også at pålegg om oppmøte stort sett vil oppleves som mindre belastende for personene dette er aktuelt for, enn for eksempel tvangsmedisinering. For å unngå misforståelser, presiseres det i utkastet § 6-18 at hjemmelen for oppmøte ikke omfatter tvang i behandling.

Hjemmel for å kreve oppmøte til behandling gjelder i dag ikke på rusfeltet. Men også ved rusproblemer kan det å kunne påtvinge kontakt med hjelpeapparatet i en innledende fase, være et nødvendig virkemiddel for å komme i posisjon til å etablere frivillige tiltak. I en situasjon der utvalget strammer inn på hjemlene for å treffe vedtak om tvungent tilbakehold i rusbehandlingen – særlig gjennom vilkåret om manglende beslutningskompetanse –, anses en hjemmel for å vedta oppmøteplikt på strenge vilkår som både rimelig og forsvarlig for å ivareta denne gruppens særlige behov. Et slikt grep vil også bidra til bedre samhandling med psykisk helsevern ved at det blir enklere å følge opp personer med sammensatte tilstander.

Krav om oppmøte til behandling, for eksempel livsviktig dialyse, kan det naturligvis også være tale om å stille ved somatiske tilstander. Men her har utvalget ikke funnet det nødvendig med særlige gjennomføringsbestemmelser. Oppmøteplikten i slike tilfeller vil derfor måtte inngå som en del av et vedtak om dialyse som personen motsetter seg etter utkastet § 6-5.

25.6.7.3 Kortvarig skjerming

Skjerming som behandling er drøftet i punkt 25.6.3. Men selv om den faglige tradisjonen er å se på skjerming som et behandlingstiltak i seg selv, vil det også være noen som vil framheve skjerming først og fremst som et tiltak som skal legge til rette for annen behandling. Med en slik begrunnelse bør skjerming kunne benyttes kortvarig som en spesialisert miljøterapi på mindre strenge vilkår, tilsvarende enkelte andre særlige gjennomføringstiltak. Dersom dette grepet skulle lede til at man i praksis beveger seg i retning av å se på skjerming mer som et kortvarig tiltretteleggingstiltak og mindre som et behandlingstiltak, vil det være ubetenkelig sett fra et menneskerettslig perspektiv.

Ut fra sitt gjennomføringsformål vil ikke alle vilkårene i § 6-5 kunne være oppfylt, og vi står grunnleggende sett igjen med et nødvendighets- og forholdsmessighetskrav. Uttrykksmåten «strengt nødvendig» og «for å opprette eller gjenopprette en forsvarlig behandlingssituasjon» er valgt i lovutkastet § 6-19. For å hindre utgliding, har utvalget sett det som viktig å fastsette en maksimalgrense for hva som skal regnes som «kortvarig». Denne er satt til 72 timer, altså tre døgn. Personen skal etter tre døgn ha en «friperiode» på minst ett døgn før nytt vedtak om

kortvarig skjerming eventuelt kan fattes. Om andre hjemmelsgrunnlag for skjerming er oppfylt – skjerming som behandlingstiltak, eventuelt skjerming for å verne medpasienter – må vurderes særskilt.

De vurderinger som er gjort om betydningen av motstand og ikke-motstand i relasjon til bruk av skjerming som behandling, må også være avgjørende for bruk av skjerming som gjennomføringstiltak.

25.6.7.4 Rusmiddeltesting av biologisk materiale

25.6.7.4.1 Gjeldende rett

Etter gjeldende rett er det hjemmel for rusmiddeltesting i psykisk helsevernloven § 4-7 a andre ledd. Bestemmelsen gjelder for personer som er underlagt tvungent vern, eventuelt tvungen observasjon, også uten døgnopphold. Ifølge vilkårene må det foreligge «mistanke» om at personen «misbruker rusmidler» og at rusmiddeltesting er «strengt nødvendig av hensyn til helsehjelpen».

Forskrift om rettigheter og bruk av tvang i rusinstitusjon har hjemmel for rusmiddeltesting i § 6. Bestemmelsen ble i 2016 trukket ut av lovteksten i helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 10, men er fortsatt avgrenset til å gjelde ved vedtak etter helse- og omsorgstjenesteloven §§ 10-2 og 10-3. Vilkårene er mindre strenge enn etter psykisk helsevernloven § 4-7 a, og et krav om mistanke om rusmisbruk er ikke klart formulert, noe som må ses på bakgrunn av at dette så å si er en forutsetning ut fra problemstillingens art. Mens vedtak om testing etter psykisk helsevernloven § 4-7 a må knyttes til «et behandlingsforløp», fokuserer forskrift om rettigheter og bruk av tvang i rusinstitusjon på hva som er «nødvendig» for å oppnå «formålet med oppholdet». Dette fanger opp at §§ 10-2 og 10-3 har ulike formål.

25.6.7.4.2 Utvalgets vurderinger

Utvalget ser det som klart at det må kunne fattes vedtak om rusmiddeltesting av behandlingsmessige grunner. Det gjelder i rusbehandling, men også i behandling av psykiske helseproblemer ut fra den tette koblingen som er mellom rusproblemer og psykisk helse, begge veier.

Slik psykisk helsevernloven § 4-7 a og forskrift om rettigheter og tvang i rusinstitusjon § 6 er bygd opp, er det en rimelig tolkning at det skilles mellom samtykke og ikke-samtykke. Det er altså ikke et motstandskriterium som definerer når det skal fattes vedtak. Rusmiddeltesting er et gjennomføringstiltak som har en uvanlig og potensielt krenkende karakter. Utvalget tilrår derfor å videreføre denne modellen. Riktig nok bryter det med hovedlinjen i utvalgets opplegg der rettssikkerhetsgarantiene skal konsentreres rundt tvangstilfellene, men det kan ikke være avgjørende her.

I rusbehandlingen er utvalget av den oppfatning at dagens institusjonelle tilknytning til døgnopphold i tverrfaglig spesialisert behandling for rusmiddelavhengighet bør opprettholdes. Dette omfatter vedtak om tvangsinnleggelse og tvungent tilbakehold etter utkastet §§ 5-4 og 5-6 (gravide).

Også i psykisk helsevern bør hjemmelens rekkevidde som utgangspunkt begrenses til døgnopphold. Dette innebærer en innstramming sammenlignet med i dag hvor også tvungent vern uten døgnopphold er inkludert. Utvalget har imidlertid vurdert at det bør gjelde unntak fra utgangspunktet der rusmiddeltesting er nødvendig for å ivareta faglig forsvarlighet i gjennomføringen av tvangsmedisineringsvedtak. Kravet om at faglig forsvarlighet må kreve rusmiddeltesting innebærer en innstramming sammenlignet med gjeldende rett, men utvalget vurderer dette som en rimelig balansering av de kryssende hensyn: selvbestemmelsesrett mot samfunnets behov for kontroll. Unntaket dekker også – og er ikke minst aktuelt – ved fare-for-andre på grunn av alvorlig sinnslidelse. Hva vilkårene gjelder, har utvalget vurdert det som så vel

mulig som ønskelig med felles bestemmelser for tverrfaglig spesialisert behandling for rusmiddelavhengighet og psykisk helsevern. Et krav om at tiltaket må inngå i et behandlingsforløp vil være nytt sammenlignet med forskrift om rettigheter og tvang i rusinstitusjon § 6, men anses uproblematisk når det gjøres unntak for innleggelse av gravide av hensyn til fosteret.

Utvalget foreslår at det oppstilles et krav om «mistanke om aktivt rusmiddelbruk». Sammenlignet med psykisk helsevernloven § 4-7 a unngår man her det mer belastende misbruksbegrepet. Ordet «aktivt» stiller krav til en aktualitet av rusmiddelbruken som ivaretar samme funksjon som misbruk, men på en mer målrettet måte. På russiden har man som påpekt, i dag ikke et tilsvarende vilkår, men noen stor realitetsbetydning vil det neppe ha. Vilkårene i dagens § 4-7 a om «strengt nødvendig» videreføres og innføres også i rusbehandlingen. En tydeliggjøring av de rettslige skranker også i denne delen av helsetjenesten, istedenfor å måtte vise til grensene for forvaltningsskjønnet, er ønskelig. Ut fra problemstillingens art i rusbehandlingen, anses ikke «strengt nødvendig»-vilkåret å utgjøre en betydelig skranke. Bestemmelsen om rusmiddeltesting må for øvrig ses i sammenheng med utkastets bestemmelser om tiltak for å hindre innførsel av blant annet rusmidler ut fra fellesskapsinteresser, jf. lovutkastet §§ 7-2 og 7-3.

Etter forskrift om rettigheter og tvang i rusinstitusjon § 6 tredje ledd kan et vedtak ha varighet for «hele oppholdet». Dette vil maksimalt være tre måneder etter helse- og omsorgstjenesteloven § 10-2, men kan være lenger etter § 10-3. Psykisk helsevernloven § 4-7 a er på sin side taus om spørsmålet. I rundskrivet forutsettes at det både kan være aktuelt med vedtak som gjelder én rusprøve og vedtak som gjelder flere.¹³⁹¹ Utvalget har vurdert at en lengstetid på tre måneder framstår som en rimelig balansering av de ulike hensyn.

25.6.7.5 Begrensninger i kontakt med omverdenen

25.6.7.5.1 Gjeldende rett

I psykisk helsevernloven § 4-5 er det gitt hjemmel for innskrenkning i kontakt med omverdenen «i den utstrekning sterke behandlingsmessige eller sterke velferdsmessige hensyn eller sterke hensyn til nærstående person gjør dette nødvendig», jf. andre ledd. I forskrift om rettigheter og tvang i rusinstitusjon § 7 er formuleringen dels rundere – ved å fokusere på om begrensninger «er nødvendig for å oppnå formålet med oppholdet», dels mer spisset ved å avgrense seg til å nekte personen å «få ha besøk av en bestemt person eller at det skal være personale til stede ved besøk». Som eksempel er gitt at det foreligger «begrunnet mistanke om at personen vil medbringe legemidler, rusmidler, skadelige stoffer eller farlig gjenstand». Ulikheten i utforming speiler at fokuspunktet – problemsituasjonene – er noe ulike. Dette underbygges av at § 4-5 tredje ledd om kontakt med kontrollmyndigheter, advokat mv. ikke har et motstykke på russiden. En annen forskjell er at psykisk helsevernloven § 4-5 bare gjelder ved tvungent vern med døgnopphold, mens § 7 gjelder hele bredden av døgninstitusjoner som omfattes av forskrift om rettigheter og tvang i rusinstitusjon, jf. § 2.

25.6.7.5.2 Utvalgets vurderinger

Retten til kontakt med omverdenen er grunnleggende. Utvalget vurderer at den prinsippmarkeringen som i dag ligger nedfelt både i psykisk helsevernloven § 4-5 og § 7 i forskrift om rettigheter og tvang i rusinstitusjon, begge første ledd, bør videreføres. Å avgrense til institusjonsinnlagte er likevel ikke nødvendig, og utvalget har foreslått at utgangspunktet markeres å gjelde for «alle».

¹³⁹¹ Jf. også Helsedirektoratet, IS-1/2017, s. 72

Slik psykisk helsevernloven § 4-5 og forskrift om rettigheter og tvang i rusinstitusjon § 7 er bygget opp, er tvangsbegrepet uklart: altså om det er et motstandskriterium som definerer når det skal fattes vedtak. Av samme grunn som anført i relasjon til rusmiddeltesting, er utvalget av den oppfatning at fravær av samtykke bør være avgjørende. Ved begrensninger i kontakt med omverdenen er de rettssikkerhetsmessige argumentene i denne retning særlig sterke i lys av den sårbare posisjon personen blir satt i.

Som nevnt er fokuspunktet ulikt etter de to hjemlene. I rusinstitusjon er man opptatt av kontakt «inn», mens bildet er mer nyansert i psykisk helsevern: her vil man også ha behov for å kunne begrense for eksempel en person som i manisk fase ikke selv makter å kontrollere kontakten utad. Utvalget vurderer at psykisk helsevernlovens mer romslige formulering i framtiden også bør gjelde i spesialisert rusinstitusjon. Dette på grunn av behovet for effektivt å verne personen fra kontakt med miljøet «der ute» for en begrenset periode. Få personer med rusproblemer vil være uten beslutningskompetanse mer enn helt kortvarig, men problemstillingen kan være aktuell blant annet ved kombinasjon med psykiske helseproblemer.

Utvalget foreslår at hjemmelen knyttes til et behandlingsforløp. Sammenlignet med psykisk helsevernloven § 4-5 andre ledd vil dette representere en innstramming ved at «sterke hensyn til nærstående person» bortfaller som et selvstendig alternativ. Innenfor et (vesentlig) helse-skade-begrep vil fokuset rettes mot konsekvensene, herunder funksjonsfallet. Det betyr at personen som i manisk fase under innleggelsen ønsker å fortsette sine utadrettede aktiviteter som er utslag av sykdommen, må kunne stoppes i dette som ledd i behandlingen av grunnproblemene: en henvisning til velferdsmessige hensyn blir slik overflødig. Tilsvarende gjelder den som – i en aktiv sykdomsfase, og på grunn av denne – står i fare for å rasere forholdet til nærstående.

Også sammenlignet med § 7 i forskrift om rettigheter og tvang i rusinstitusjon representerer utvalgets forslag en innstramming: i dag er det bare nedfelt en alminnelig formålsskranke. Dette må likevel ses i sammenheng med at kretsen bestemmelsen gjelder for strammes inn til bare å omfatte TSB-institusjoner. Ved innleggelse av gravide av hensyn til fosteret videreføres gjeldende rett.

Lovutkastet § 6-21 må ses i sammenheng med forslaget til bestemmelser om tiltak for å hindre innførsel av blant annet rusmidler ut fra fellesskapsinteresser, som favner videre. Kontroll av post og pakker ses under en slik synsvinkel. Selv om også slike tiltak kan ha en parallell behandlingsmessig begrunnelse, anses fellesskapsinteressene her å være dominerende.

Vilkåret i psykisk helsevernloven § 4-5 andre ledd om at tiltaket må være «strengt nødvendig av hensyn til helsehjelpen» videreføres. Dette er en nyskapning på russiden, og da et resultat av at utvalget anbefaler større grad av oppsplitting av hjemlene etter tiltakets formål. En tydeliggjøring av de rettslige skranker også i denne delen av helsetjenesten, istedenfor å måtte vise til ulovfestede skranker for forvaltningsskjønnet, er ønskelig.

De absolutte grenser for hvor langt restriksjoner kan gå som er nedfelt i psykisk helsevernloven § 4-5 andre ledd siste punktum og tredje ledd, foreslås videreført med nødvendige tilpasninger. Lengste varighet av vedtak foreslås til to uker, som i dag.

Forskrift om rettigheter og tvang i rusinstitusjon har i § 7 fjerde ledd en hjemmel for

«beslag av pasient og brukers egne elektroniske kommunikasjonsmidler, herunder mobiltelefon og PC, dersom kamera/lydopptaksfunksjon gjør dette nødvendig av hensyn til andre pasienters eller brukeres eller ansattes personvern.»

Bestemmelsen er ny i forskriften fra 2016 og har ingen parallell i psykisk helsevernloven. Utvalget har ikke hatt grunnlag for å vurdere praktiseringen og om en slik bestemmelse også bør

gjelde på psykisk helsevern-feltet. Utvalget antar at departementet vil se nærmere på disse problemstillingene.

25.6.7.6 Samtykke til enkelte gjennomføringstiltak som kan oppleves særlig inngripende

25.6.7.6.1 Gjeldende rett

Særlig i behandling av psykiske helseproblemer og rusproblemer kan det være spørsmål om å be om samtykke fra personen til typer av tiltak som kan oppleves inngripende. Det gjelder særlig rusmiddeltesting. I dag er psykisk helsevernloven § 4-7 a første ledd formulert slik:

«Ved mistanke om at en pasient misbruker rusmidler, kan pasienten etter begjæring fra den faglig ansvarlige gi samtykke til at det kan tas prøver av pasientens biologiske materiale for å avdekke rusmiddelmisbruk i forbindelse med et behandlingsforløp. Slik begjæring kan bare fremsettes dersom dette fremstår som strengt nødvendig av hensyn til helsehjelpen. Begrunnelsen for begjæringen om slikt samtykke og selve samtykket skal nedtegnes i et dokument som undertegnes av pasienten og den faglig ansvarlige.»

Vilkårene er formulert like strengt som for å fatte vedtak direkte i strid med personens vilje etter andre ledd andre punktum. Bestemmelsen ble tatt inn ved lovrevisjonen i 2006, og ble ved lovendring i 2016 utvidet fra bare å gjelde urinprøvetaking til bredere å gjelde rusmiddeltesting av biologisk materiale.¹³⁹² Etter forskrift om rettigheter og tvang i rusinstitusjon § 6 er det også nedfelt de samme vilkår for samtykke og vedtak, men terskelen er her senket betraktelig og fokuserer på «formålet med oppholdet». Første ledd lyder:

«Pasient og bruker kan samtykke til at det kan tas prøver av biologisk materiale for å påvise bruk av rusmidler når det er nødvendig for å oppnå formålet med oppholdet.»

Både i psykisk helsevernloven § 4-5 og i forskrift om rettigheter og tvang i rusinstitusjon § 6 er det gitt hjemmel for vedtak om å begrense kontakten med omverdenen. Spørsmålet om samtykke til slike tiltak som ledd i behandlingen er imidlertid ikke regulert. Som pekt på i punkt 18.1.2.3 er svaret her noe usikkert.

25.6.7.6.2 Utvalgets vurderinger

Det å basere behandlingen på samtykke er i sin alminnelighet viktig for tilliten mellom person og behandlingsapparat, og kan slik også ha stor betydning for behandlingsresultatet. Særlig i behandling av psykiske helseproblemer og rusproblemer kan det likevel bli spørsmål om å be om samtykke til restriksjoner som strekker seg over tid og som kan oppleves som inngripende. Frivilligheten i situasjonen kan også være usikker i lys av et ujevnt maktforhold.

En svakhet ved psykisk helsevernloven § 4-7 a første ledd slik denne bestemmelsen i dag er formulert, er at kravet om mistanke om rusmiddelmisbruk og en utdypning rundt dette i samtykkedokumentet, kan presse fram en unødvendig konfrontasjon mellom personen og behandlingsapparatet. Dette ved at det blir lite rom for et synspunkt om at en mer rutinemessig kartlegging av situasjonen – også med tanke på rus – kan være både en god idé og helt nødvendig, typisk tidlig i et behandlingsforløp. Erkjennelsen av sammenhengen mellom rus og psykisk helse har vokst seg sterkere de siste tiårene. Utvalget er kjent med at gjeldende rett på dette punkt blir oppfattet som problematisk.

¹³⁹²Se Ot.prp. nr. 65 (2005–2006) punkt 10.3.

Utvalget vurderer at de særlige vilkårene for å avgi samtykke i psykisk helsevernloven § 4-7 a første ledd ikke bør videreføres. Formålet må imidlertid være behandling, ellers kommer bestemmelsen i utkastet til § 6-22 ikke til anvendelse. Spørsmålet om anvendelse også utenfor den spesialiserte rusbehandlingen foreslås regulert i forskrift.

Nedbyggingen av de materielle vilkår for å kunne samtykke, sammenlignet med psykisk helsevernloven § 4-7 a første ledd, kompenseres rettssikkerhetsmessig gjennom at kravene til samtykkedokumentet skjerpes, særlig med tanke på å sikre reell frivillighet i situasjonen – både ved avgivelse og praktisering av samtykket. Understrekningen av at samtykket ikke kan gjennomføres med tvang, innebærer at det i realiteten bare skaper en moralsk forpliktelse for personen til etterlevelse framover i tid. Nettopp en slik ansvarliggjøring vil normalt være ønskelig fra et behandlingsmessig synspunkt og er dermed *i seg selv* en grunn til å gjøre det enklere å basere seg på samtykke, i stedet for å presse fram vedtak.

Som nevnt står spørsmålet om samtykke til begrensninger i kontakt med omverdenen som et ledd i et behandlingsforløp, i dag uregulert. Utvalget antar dette er en mindre aktuell problemstilling i omfang enn rusmiddeltesting, men har vansker med å se avgjørende argumenter mot å tillate samtykkebaserte begrensninger også her. Selv om et samtykke kan trekkes tilbake på ethvert tidspunkt, bør det ikke kunne samtykkes til restriksjoner i retten til å kommunisere med ulike kontrollorganer eller ens juridiske rådgiver. De rettssikkerhetsmessige hensyn er her ganske åpenbare.

Det blir ikke vurdert nødvendig med særlige bestemmelser om samtykkets varighet. Dette henger sammen med samtykkets lite bindende karakter i disse tilfellene: det kan trekkes tilbake på ethvert tidspunkt, men naturligvis ikke med tilbakevirkende kraft. Å innta begrensende formuleringer kan dermed virke mot sin hensikt ved å gi inntrykk av at samtykket har en reelt bindende virkning framover i tid – noe som åpenbart ikke er tilfelle. Intensjonen med de særlige formkrav er å styrke den reelle frivilligheten i et samtykke både ved avgivelse og praktisering. Det foreslås derfor at den behandlingsansvarlige løpende skal forsikre seg om at personen er klar over at samtykket kan trekkes tilbake. For personer med en psykisk funksjonsevne som kan være så vel nedsatt som svingende, vil en slik påminning kunne være særlig viktig.

Utvalgets forutsetning er at det ikke skal kunne samtykkes til rusmiddeltesting og begrensninger i kontakt med omverdenen ut over de tilfeller som positivt er regulert i lovutkastet. I dette ligger blant annet at slike tiltak ikke er aktuelle i omsorgen for personer med utviklingshemning. I begrensninger i kontakt med omverdenen ligger imidlertid en forutsetning om at det blir tatt håndgripelige skritt for å hindre kontakten, typisk at personen leverer fra seg sin mobiltelefon. Der person og personell i fellesskap derimot kommer frem til at vedkommende ikke bør bruke telefonen i situasjonen – men uten av det er tale om å gi den fysisk fra seg eller lignende – er vi utenfor bestemmelsens virkeområde. For denne typen av samhandling legger ikke loven begrensninger så lenge virkemiddelbruken går klar av tvangsdefinisjonen.

Utvalget finner avslutningsvis grunn til å minne om at problemstillingen som her er drøftet *ikke* gjelder forhåndssamtykke til tvang. Lovutkastet bygger slik på det som er den helserettslige hovedregelen etter pasient- og brukerrettighetsloven § 4-1: at et samtykke kun er bindende inntil det eventuelt trekkes. Den overordnede motivasjonen for utvalgets endringsforslag er en tro på at prosessuelle rettssikkerhetsgarantier vil være et mer egnet virkemiddel til å sikre rettssikkerhet i form av reell frivillighet enn strenge materielle vilkår, som i dag ligger nedfelt i psykisk helsevernloven § 4-7 a første ledd. Samtykke til tiltak av en annen karakter enn det som her er omtalt – for eksempel blodprøvetaking ved en innleggelse for å avklare somatisk helsestatus – reguleres av de alminnelige, helserettslige regler. Det gjelder også for

andre «behandlingsavtaler» og lignende, blant annet i behandling av rusproblemer og psykiske helseproblemer. Utvalget har vurdert om de foreslåtte krav til samtykket bør komme til anvendelse i større bredde, men vil ikke anbefale dette for å unngå en urimelig byråkratisering av behandlingssituasjonen.

26 Rettighetsbegrensende tiltak og tvang av hensyn til fellesskapsinteresser

Boks 26.1 Utvalgets forslag

- Utenfor institusjon skal det bare være adgang til å gi husordensregler for fellesarealer
- Husordensregler kan ikke gjennomføres med tvang
- Rutinekontroll for å hindre innførsel av farlige gjenstander m.m. må, for å fremme ikke-diskriminering, praktiseres likt for alle

[Boks slutt]

26.1 Innledning

I dette kapitlet rettes fokus mot inngrep begrunnet i fellesskapsinteresser i institusjon eller bolig. Problemstillingen har kontaktpunkt med tematikken drøftet i kapittel 23 (nødssituasjoner) og kapittel 25 (individuelle behandlings- og omsorgstiltak) som også kan være begrunnet i hensynet til andre. En egen framstilling er likevel nødvendig for å dekke bredden av spørsmål som kan oppstå.

Gjennom arbeidet har utvalget blitt kjent med ulike eksempler på rettighetsbegrensninger. Det vises til omtalen av rapporten til Nasjonalt kompetansesenter for psykisk helsearbeid (NAPHA) i punkt 6.7. Rapporten omhandler rettighetsinngrep i kommunale boliger, blant annet begrunnet i fellesskapsinteresser. Det uttrykkes behov for en rettslig klargjøring, blant annet under henvisning til Tvangslovutvalget.¹³⁹³

26.2 Gjeldende rett

26.2.1 Husordensregler og lignende påbud og forbud

26.2.1.1 Særlige lov- og forskriftsbestemmelser

Psykisk helsevernloven inneholder i § 4-2 siste ledd en forutsetningshjemmel for husordensreglement i institusjon: slike kan det gis nærmere forskriftsbestemmelser om. I psykisk helsevernloven § 63 andre ledd heter det:

«Kontrollkommisjonen skal undersøke om det er husordensreglement ved institusjonen og påse at dette er i overensstemmelse med gjeldende lovgivning.»

Hjemmel for husordensregler i institusjon finner vi videre i helse- og omsorgstjenesteloven § 12-4 tredje ledd og for – rusbehandlingsinstitusjoner alene – i spesialisthelsetjenesteloven § 3-14 andre ledd. I forskrift om rettigheter og tvang i rusinstitusjon § 4 første ledd foreligger

¹³⁹³NAPHA, 2017, s. 17

det en plikt («skal») til å utarbeide husordensbestemmelser som skal oversendes fylkesmannen for lovlighetskontroll.

De nevnte hjemmelsbestemmelsene er vagere om hva husordensreglene kan inneholde. Spesialisthelsetjenesteloven § 3-14 gir ingen veiledning. Etter helse- og omsorgstjenesteloven § 12-4 understrekes det at det bare kan fastsettes begrensninger i selvbestemmelsesretten i den grad formålet med oppholdet eller driftsmessige forhold tilsier det. Første ledd uttrykker at en institusjon skal

«drives slik at beboerne selv kan bestemme i personlige spørsmål og ha det samkvem med andre som de selv ønsker, så langt det er forenlig med formålet ved oppholdet og med institusjonens ansvar for driften».

Andre ledd følger opp i samme gate:

«Beboerne skal gis adgang til å bevege seg både i og utenfor institusjonen med de begrensninger som institusjonen fastsetter av hensyn til behovet for trygghet og trivsel.»

Ut fra måten § 4-2 i psykisk helsevernloven er bygget opp på – de ulike elementer sett i sammenheng –, synes første til tredje ledd særlig å være fokusert på individuelle inngrep, og utfyller her de øvrige bestemmelsene i kapittel 4, mens fokus fra og med fjerde ledd særlig er mer generelle driftsmessige forhold under institusjonsoppholdet. For øvrig utgjør bestemmelsen ingen hjemmel for inngrep, men er ment å skulle ha en avgrensende funksjon. De mer generelle retningslinjer for driften trekkes opp i § 4-2 fjerde, femte og sjette ledd i psykisk helsevernloven:

«Ved psykisk helsevern i institusjon skal oppholdet så langt det er forenlig med formålet og den enkeltes tilstand gjennomføres slik at pasientens mulighet til å bestemme over seg selv blir ivaretatt.

Med de begrensninger som er nevnt, skal forholdene legges til rette for at pasientene får:

- a. delta i utformingen av institusjonens daglige liv og andre forhold som berører den enkelte pasient,
- b. anledning til å dyrke sine private interesser og hobbyer
- c. tilgang til aktivitetstilbud innen rammen av husordensreglene
- d. anledning til daglige uteaktiviteter

Det skal også tas hensyn til den enkeltes livssyn og kulturelle bakgrunn»

Bestemmelsen har i stor grad en innholdsmessig parallell i forskrift om rettigheter og tvang i rusinstitusjon § 3 andre og tredje ledd. Her er i tillegg vist til «institusjonens ansvar for å ivareta forsvarlig drift og hensynet til andre pasienter og brukere», og at det skal tas hensyn til «seksuell legning» ved siden av livssyn og kulturell bakgrunn.

For psykisk helsevern er rammene forsøkt presisert nærmere i rundskriv hvor det heter:

«I kraft av institusjonens eierråderett er det adgang til å fastsette interne regler for at institusjonen skal fungere best mulig som sosialt fellesskap og for å legge til rette for et godt behandlingsmiljø. Det kan for eksempel være nødvendig å regulere bruk av radio, TV, PC, telefon, faste tidspunkt for felles måltider, nattero, steder for røyking med videre. Her er det snakk om regler som man vanligvis må forholde seg til når mange mennesker befinner seg under samme tak. Det er adgang til å regulere nevnte forhold i den grad det vurderes som nødvendig av driftsmessige hensyn eller av hensyn til medpasienter. Det innebærer at det

skal mer til for å regulere aktiviteter og atferd på pasientrommene som ikke forstyrrer eller påvirker andre, enn aktiviteter og atferd i fellesarealene.»¹³⁹⁴

I forskrift om rettigheter og tvang i rusinstitusjon er det i § 4 gitt nærmere bestemmelser om innholdet av husordensregler:

«Husordensreglene kan kun gjelde fastsetting av interne regler for at institusjonen skal fungere best mulig som et sosialt fellesskap, herunder regler for telefonbruk på fellesområder, nattero, tid for måltider, hvor og når besøk kan finne sted, samt forbud mot alkohol og andre berusende midler.

Innholdet i husordensreglene må tilpasses formålet med oppholdet, og det skal tilrettelegges for brukermedvirkning i utarbeidelsen av reglene.

Det kan bestemmes i husordensreglene at pasient og bruker med ruspåvirket atferd kan bes om å oppholde seg på eget rom og kan nektes adgang til felles oppholdsrom. Dette skal ikke gjøres i større utstrekning enn strengt nødvendig.

Husordensregler, rutiner eller lignende kan ikke innskrenke pasient og brukers rettigheter etter lov og forskrift, og må ikke anvendes på en måte som vil være urimelig i det enkelte tilfellet.»

I ulike rettskilder er det altså gitt eksempler på hva husordensregler kan omfatte. En yttergrense er fastsatt i helse- og omsorgstjenesteloven § 12-4 tredje ledd når det der heter:

«Det er ikke tillatt å bruke innelåsning i enerom, andre tvangstiltak eller å føre kontroll med beboernes korrespondanse, med mindre det er tillatt ved lov eller forskrifter som nevnt i fjerde ledd.»

Om yttergrensene kommer også det forvaltningsrettslige legalitetsprinsippet inn. Helsedirektoratet har i tolkningsuttalelser markert enkelte grenser, f.eks. at det ikke kan fastsettes generelle regler i psykisk helsevern-institusjon som forbyr at pasienter besøker hverandre på deres rom.¹³⁹⁵

Hvis en institusjon definert som helseinstitusjon, også mottar barn eller er en institusjon som kun tar imot barn, vil de særlige rettigheter barn har etter pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 6 gjelde. Her er barn gitt rett samvær med foreldrene under oppholdet (§ 6-2) og de har en særskilt rett til aktivitet (§ 6-3). Rettighetene er utdypet i forskrift 1. desember 2000 nr. 1217 om barns opphold i helseinstitusjon. Barnets rettigheter gjelder i «helseinstitusjon». I forarbeidene synes det å være lagt til grunn at bestemmelsene i pasient- og brukerrettighetsloven §§ 6-2–6-4, kun gjelder institusjon under spesialisthelsetjenesten.¹³⁹⁶ At en slik avgrensning gjelder, støttes av at den nevnte forskrift om barns opphold i helseinstitusjon kun er gitt med hjemmel i spesialisthelsetjenesteloven (§ 3-6).

26.2.1.2 Ulovfestet rett: Eiendomsrett og driftssynspunkt som grunnlag

Dagens særlige hjemler for rettighetsinngripende tiltak for å ivareta fellesskapsinteresser er altså begrenset til psykisk helseverninstitusjoner og rusinstitusjoner omfattet av forskrift for

¹³⁹⁴Helsedirektoratet, IS-1/2017, s. 55

¹³⁹⁵Helsedirektoratet, 2013

¹³⁹⁶Ot.prp. nr. 12 (1998–99) s. 97–99

rettigheter og tvang i rusinstitusjon. Imidlertid finner vi i praksis denne type regler også ved andre institusjoner, samt utenfor institusjon, som i bosenter (slike defineres som institusjon av enkelte kommuner), bofellesskap og omsorgsboliger. Hjemmelsgrunnlaget vil her følge av alminnelige forvaltningsrettslige betraktninger, gjerne ved en kombinasjon av følgende synsmåter:

- virksomhetens eiendomsrett til lokaler
- hensynet til en forsvarlig og hensiktsmessig tjenesteytingen, herunder i lys av formålet med oppholdet

Et eiendomsrettssynspunkt vil – utenfor institusjon – særlig være aktuelt for såkalte fellesarealer. For bolig som personen eventuelt leier av kommunen vil det normalt være husleielovens alminnelige regler som gjelder, se nærmere nedenfor. Her vil ikke bestemmelser som går ut over hva som der er bestemt kunne gjøres gjeldende. Dette stiller seg annerledes i institusjon hvor husleieloven ikke gjelder.

Formålet med tjenesteytingen kan naturligvis variere mye, selv om vi holder utenfor psykisk helsevern- og rusinstitusjoner hvor vi i dag har særlige lovhjemler. Spennet kan være fra aktivt behandlingsrettede tiltak, til tradisjonelle omsorgsrettede tiltak i vid forstand.

Etter gjeldende rett vil man for fellesstuer og andre fellesareal som eies eller leies av virksomheten for eksempel kunne ha regler om ivaretagelse av et minimum av hygiene, at man ikke opptrer på en skremmende måte overfor andre, eller at man ikke medbringer farlige gjenstander, alt for å ivareta medpasienter eller -beboeres rettigheter.

Barne- og avlastningsboliger omfattes ikke direkte av pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 6, siden dette er kommunale institusjoner. Imidlertid må utgangspunktet om rett til samvær med foreldre og rett til aktivitet ha betydning også for disse institusjonsformene. For barn som bor permanent utenfor foreldrehjemmet på grunn av stort behov for helsehjelp og/eller omsorg, må det tilrettelegges for kontakt med foreldre og resten av familien så fremt foreldrene ikke er fratatt retten til samvær eller er ilagt begrensninger ved gjennomføring av samværet, etter barnelovens regler (henholdsvis § 4-19 og § 43, jf § 43 a). Det påvirker hvilke regler som kan settes for besøkstider eller andre regler som kan ha negativ effekt for kontakten mellom barn og foreldre.

26.2.1.3 *Spørsmålet om gjennomføring med tvang*

Spørsmålet om bruk av tvang – slik utvalget definerer dette begrepet – for å gjennomføre restriksjoner som nevnt ovenfor, er ikke eksplisitt omtalt i lovtekstene. Svaret er likevel ikke usikkert. Her kommer legalitetsprinsippet inn, og bruk av tvang utenfor nødtilfelle vil måtte baseres på individuelle vedtak. Denne løsningen støttes også ut fra eksempelbruken i § 3-14 i spesialisthelsetjenesteloven og § 12-4 i helse- og omsorgstjenesteloven om hva som kan gis særlige regler om. Konklusjonen gjelder også de omtalte rutineundersøkelser for å avdekke farlige gjenstander m.m. etter psykisk helsevernloven § 4-6 og forskrift om rettigheter og tvang i rusinstitusjon § 8, begge andre ledd.

26.2.2 Tiltak for å hindre innførsel av farlige gjenstander og lignende i institusjon

26.2.2.1 *Rutinekontroll*

Både etter psykisk helsevernloven § 4-6 andre ledd og i forskrift om rettigheter og tvang i rusinstitusjon § 8 andre ledd er det nedfelt særlige hjemler for rutinekontroll for å avdekke og hindre innførsel av rusmidler, legemidler, skadelige stoffer og farlige gjenstander i døgninstitusjon. Om karakteren av rutinekontroll heter det i forarbeidene:

«I rutinekontroll ligg det at alle pasientane blir kontrollerte i nærare oppgjevne situasjonar. Generelle kriterium skal avgjere om pasienten skal kontrollerast. Vurderinga av om kontroll er nødvendig og dei nærare vilkåra for gjennomføringa skal vurderast før tiltaket blir sett i verk. Det skal dermed ikkje gjerast vedtak for kvar enkelt pasient. Det er dette som skil tiltaket frå kontroll basert på mistanke i det enkelte tilfellet. Når institusjonen eller eininga t.d. har bestemt at det skal innførast bagasjekontroll, skal alle pasientane få kontrollert bagasjen, uavhengig av om det er sannsynleg at pasienten faktisk vil prøve å innføre uønskte gjenstandar.»¹³⁹⁷

Bestemmelsene er stort sett likt utformet, på et par unntak nær. Bare etter psykisk helsevernloven er «rømningshjelpemidler nevnt», men på den annen side er det på rusfeltet gitt hjemmel for at kroppsvisitasjon kan omfatte «munnhulen», jf. tredje ledd. Et spørsmål er om forskriften må oppfattes slik at inspeksjon av munnhulen skal kunne skje som ledd i rutinekontroll. At omtalen av munnhulekontroll i forarbeidene er plassert under et punkt som omhandler rutinekontroll, taler for,¹³⁹⁸ mens det forhold at visitasjonsbegrepet tradisjonelt ikke omfatter slike tiltak taler imot. Rettskildebildet er altså noe uklart: en mulig tolkning er at munnhuleinspeksjon bare er tillatt ved begrunnet mistanke.

Videre skal nevnes at formålsangivelsen er noe ulikt angitt etter de to regelsettene. «[I]vareta sikkerheten eller hensynet til helsehjelpen» er brukt i psykisk helsevern, «å oppnå formålet med oppholdet» på rusfeltet.

26.2.2.2 *Konkret mistanke*

Etter § 4-6 i psykisk helsevernloven kan det fattes individuelle vedtak om kontrolltiltak ved «begrunnet mistanke» om at gjenstander eller stoffer som nevnt ovenfor er eller vil bli forsøkt innført. Første ledd første punktum lyder:

«Ved begrunnet mistanke om at rusmidler, legemidler, skadelige stoffer, rømningshjelpemidler eller farlige gjenstander vil bli forsøkt innført eller er innført i en institusjon i psykisk helsevern, kan den faglig ansvarlige vedta at pasientens rom eller eiendeler skal undersøkes og at det skal foretas kroppsvisitasjon av pasienten.»

Her vil undersøkelsen også kunne skje ved visitasjon etter avkledning, jf. tredje ledd. Forskrift om rettigheter og tvang § 8 inneholder en parallell bestemmelse, hvorefter også undersøkelse av munnhulen er omfattet, jf. tredje ledd.

26.2.2.3 *Spørsmålet om gjennomføring med tvang*

Psykisk helsevernloven er ikke eksplisitt om virkemiddelbruken der personen motsetter seg gjennomføringen av pålegget. Dette er utslag av den alminnelige uklarhet som eksisterer ved gjennomføring av tiltak etter lovens kapittel 4: Skal en hjemmel for tvangsgjennomføring innfortolkes forutsetningsvis, eller setter lovens § 4-8 grenser? Spørsmålet om bruk av tvang i gjennomføringsfasen er i liten grad omtalt i de relativt nye forarbeidene til rutinekontrollbestemmelsen. Fokus der er hovedsakelig rettet mot typer av tiltak, ikke virkemiddelbruk ved overvinnelse av eventuell motstand.¹³⁹⁹

¹³⁹⁷Prop. 78 L (2015–2016) s. 26

¹³⁹⁸Prop. 40 L (2015–2016) s. 21

¹³⁹⁹Prop. 78 L (2015–2016) s. 25–27

Etter rusforskriften § 3 første ledd tredje og fjerde punktum synes det å være forutsatt at tvangsgjennomføring kan komme på tale:

«Tvangsbruk kan bare skje når det er strengt nødvendig av hensyn til pasient og bruker selv, av hensyn til andre medpasienter og brukere, eller av hensyn til ansatte på institusjonen. Unntak gjelder for kortvarig fastholding, jf. § 10.»

Forutsetningen i forarbeidene er at fysisk makt ikke skal kunne brukes ut over i nødstilfeller.¹⁴⁰⁰ Et uklart punkt er om tvang – som ikke omfatter fysisk maktbruk – skal kunne brukes også ved rutinekontroll. Uklarheten skyldes at rutinekontroll og kontroll etter begrunnet mistanke er plassert i samme paragraf, og så har man i motivene ikke skilt klart – bevisst eller ubevisst.

26.2.2.4 *Beslag*

Hjemmel for beslag og eventuelt destruksjon er gitt i psykisk helsevernloven § 4-7. Det er gitt mer detaljerte og nyanserte bestemmelser om beslag av legemidler i forskrift om rettigheter og tvang i rusinstitusjon § 9 andre ledd (enn i psykisk helsevernloven § 4-7):

«Legemidler som er forskrevet av lege utenfor institusjon kan beslaglegges av institusjonens leder eller den lederen gir fullmakt, etter samråd med institusjonens lege. Institusjonens leder eller den lederen gir fullmakt kan treffe vedtak om at beslaglagte legemidler som etter en medisinsk vurdering anses som utilrådelig å levere tilbake ved utskriving, skal tilintetgjøres.»

Disse står som en sterkere innramming av «kan»-skjønnets enn den parallelle bestemmelsen i psykisk helsevernloven § 4-7.

26.2.3 Skjerming

Etter psykisk helsevernloven § 4-3 kan skjermingstiltak ha ulike formål, også å ivareta «hensyn til andre pasienter», jf. første ledd. I slike tilfeller er det fellesskapsinteresser som står i fokus. Bruk av skjerming er omtalt i større bredde i kapittel 25. Heller ikke skjermingsbestemmelsen er eksplisitt om gjennomføringsspørsmålet. Sivilombudsmannen har konkludert med at fysisk maktbruk «åpenbart» ikke har hjemmel som gjennomføringstiltak ved skjerming med mindre vilkårene i § 4-8 er oppfylt,¹⁴⁰¹ se for øvrig punkt 25.2.4.

26.2.4 Andre situasjoner: Rt. 2010 s. 612 (Sårstelldommen)

Dommen omhandler bruk av tvang – som vel best kan karakteriseres som psykisk tvang i form av trussel om fysisk overvinnelse av motstand – overfor en person innlagt i sykehjem. Vedkommende nektet å motta sårstell og hygienetiltak i et slikt omfang og til de tider helsepersonellet anbefalte. På grunn av væskende sår og inkontinens for avføring, oppstod etter hvert omfattende luktproblemer til sjenanse for så vel personalet som medpasienter. Inngrep for å ivareta fellesskapsinteresser stod sentralt i dommen, selv om også hensynet til vedkommende selv var en del av bildet. Det ble altså igangsatt omsorgs- og behandlingstiltak med tvang ut fra hensynet til fellesskapsinteresser som en sentral del av begrunnelsen.

¹⁴⁰⁰Prop. 40 L (2015–2016) s. 21–22

¹⁴⁰¹Sivilombudsmannen, 2018a, s. 44

Personen var beslutningskompetent og bruk av pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A var derfor utelukket. Det forelå dermed ingen lovhjemmel for inngrepet, men et flertall i Høyesterett (3 av 5 dommere) konkluderte med at summen av ulike rettslige grunnlag var tilstrekkelig. Sentrale elementer var den forvaltningsrettslige vilkårlæren, omsorgsansvar, hensynet til arbeidsmiljøet og nødrettslige synsmåter, se særlig avsnitt 31 til 36. Det ble i dommen ikke skilt mellom pålegg til personen om å innrette seg etter institusjonens krav og spørsmålet om gjennomføring med tvang.

26.3 Er en felles regulering mulig og ønskelig?

At en felles regulering er mulig i en framtidig tvangslovgivning er ikke tvilsomt. En felles regulering av husordensregler synes også ønskelig om man avstår fra detaljregulering og avgrenser seg til å trekke opp visse rammer. Behovet for tilpasning ut fra type tjenestetilbud og lokale forhold framstår som særlig stort nettopp her. For andre spørsmål som tiltak for å hindre innførsel av farlige gjenstander m.m., er spørsmålet særlig om vi står overfor problemstillinger som bare er aktuelle i bestemte tjenestesektorer.

26.4 Utvalgets vurderinger

26.4.1 Husordensregler og lignende påbud og forbud

Utvalget ser behov for også i framtiden å ha hjemmel for å regulere samhandlingen mellom personer som har tilhold i institusjon: dels direkte av hensyn til medpasienter eller -beboere, dels av hensyn til muligheten for å kunne yte tjenester på en hensiktsmessig og ressurseffektiv måte. Denne typen normer er for øvrig utbredt overalt i samfunnet.

Behovet for å fastsette regler og innholdet av slike, må vurderes lokalt i lys av de utfordringer man står overfor. Av denne grunn bør det i loven bare etableres en ytre ramme. Dette kan oppfattes som en svakhet ved en felles lov, men utvalget har vurdert det som tilstrekkelig at nærmere retningslinjer kan nedfelles av departementet.

Tidvis gis bestemmelser om husorden andre navn, som «miljøavtale», «avtale om innleggelse» eller lignende. Et dokumentets tittel kan ikke være avgjørende for om lovens bestemmelser om husordensregler kommer til anvendelse, men dets reelle innhold. Der det praktiseres husordensregler må det også være en plikt til å nedfelle slike skriftlig; man skal ikke kunne omgå de rettslige skrankene ved å unnlate skriftliggjøring.

Ut over dette bør det ikke gjelde en plikt til å utarbeide husordensreglement slik som etter forskrift om rettigheter og tvang i rusinstitusjon § 4 første ledd. En adgang til å fastsette regler er tilstrekkelig. Etter det utvalget erfarer vurderes behovet ulikt, også innenfor samme institusjonstype.

Det er ikke naturlig å begrense hjemmelen til enkelte institusjonstyper, selv om problemstillingen tradisjonelt har vært mest fokusert innenfor psykisk helse- og rusfeltet. Dette er ikke uventet ut fra de atferdsmessige utslag som kan framvises ved slike tilstander. I den grad det er utformet eller blir praktisert husordensregler i institusjon der barn oppholder seg, må barns særlige rettigheter hensyntas.

Dagens hjemler – eller forutsetningshjemler – for husordensregler er avgrenset til ulike typer institusjoner. Som det framgår er imidlertid slike regler i bruk i stort omfang også i ulike boformer, med ankerfeste i ulovfestet rett. Særlig her er kontrollen mangelfull og det er reist spørsmål om hva som er gjeldende rett. En løsning der man på prinsipielt grunnlag vil avvise

hjemler for husordensregler utenfor institusjon, er en lite klok strategi: hjemlene finnes allerede på ulovfestet grunnlag. Et totalforbud er heller ingen farbar vei. Det vil lett kunne forringe tjenestetilbudet for andre mottakere av helse- og omsorgstjenester. Imidlertid bør hjemmelen for husordensregler utenfor institusjon bare kunne gjelde fellesarealer. Ved leie – også av kommunal bolig – er det husleielovens alminnelige vilkår som gjelder, og utvalget ser ingen grunn til å endre på dette. Et annet standpunkt her ville kunne utfordre offisiell norsk politikk overfor funksjonshemmede, blant annet personer med utviklingshemning.

Et særlig spørsmål gjelder konsekvensene av regelbrudd. For utvalget er det her viktig å understreke at husordensregler ikke kan håndheves med tvang slik utvalget definerer dette begrepet. Bruk av tvang fordrer individuelle vedtak (utenfor nødssituasjoner) etter lovutkastets ordinære regler.

Husordensregler må rent juridisk i utgangspunktet oppfattes som lokale forskrifter etter forvaltningsloven. Forvaltningsloven kapittel VII gir likevel en lite tjenlig ramme for saksbehandlingen og det bør gis særlige bestemmelser om vedtakelsen, særlig med tanke på å sikre medvirkning fra de personer som blir omfattet, i forskrift.

26.4.2 Tiltak for å hindre innførsel av farlige gjenstander, rusmidler m.m. i institusjon

26.4.2.1 Rutinekontroll

Hjemler for rutinekontroll kan ses i et «husordensperspektiv», men der særlig lovhjemmel – eller hjemmel i forskrift som er hjemlet i lov – er nødvendig ut fra tiltakets inngripende karakter. Utvalget vurderer at det også i framtiden er behov for rutinekontroll som virkemiddel, men foreslår endringer sammenlignet med gjeldende rett. Endringene har dels som formål å legge grunnlaget for felles regler, dels gi større klarhet om virkemiddelbruk i gjennomføringsfasen, dels redusere stigmaet ved rutinekontroller og slik fremme ikke-diskriminering.

Rutinekontroll bør kunne ha som formål å hindre innførsel av farlige gjenstander, rusmidler, legemidler og skadelige stoffer. I forskrift om rettigheter og tvang i rusinstitusjon er ikke rømningshjelpemidler nevnt, men problemstillingen kan ha en aktualitet ved vedtak etter helse- og omsorgstjenesteloven §§ 10-2 og 10-3, samt samtykkebasert tvang etter § 10-4. Utvalget ser en utvidelse i denne retning som uproblematisk. I lovteksten bør det imidlertid markeres at det å hindre innførsel av rømningshjelpemidler ikke alltid vil være aktuelt, verken i psykisk helsevern- eller rusinstitusjon. Det er tilfelle hvor institusjonen ikke har frihetsberøvede personer.

I dag er hjemler for rutinekontroll begrenset til institusjoner i psykisk helsevern og på rusfeltet. Spørsmålet om bredere og mer nøytrale regler er tidligere reist, men avvist ut fra et ønske om å begrense rekkevidden av tvangshjemlene.¹⁴⁰² Utvalget ser noe annerledes på dette. Det foreslås en generell hjemmel for rutinekontroll i helseinstitusjon, ikke bare i psykisk helsevern- og rusinstitusjoner. Behovet for å benytte hjemmelen må vurderes lokalt og konkret. Utvalget ser lite risiko for utglidning, noe som skal utdypes i fortsettelsen.

Som vist under gjeldende rett er formuleringen av formålsskranken noe forskjellig: nødvendig for å «ivareta sikkerheten eller hensynet til helsehjelpen» i psykisk helsevern, nødvendig for «å oppnå formålet med oppholdet» på rusfeltet. Utvalget foreslår «nødvendig for forsvarlig

¹⁴⁰²Prop. 78 L (2015–2016)

drift». Denne uttrykksmåten vil for det første ta høyde for ulike institusjoners formål, samtidig som det tydeligere vil knyttes an til de konkrete erfaringer man har av om det er et praktisk behov. Innenfor rammene av en hjemmel som ikke bare gjelder rus og psykiske helsevern, vil altså nevnte vilkår virke tydelig begrensende.

Et viktig spørsmål gjelder hvilke kontrolltiltak som skal kunne gjennomføres og hvordan. De rammene som i dag ligger i undersøkelse av eiendeler og kroppsvisitasjon uten avkledning foreslås videreført. I dag er rutinekontrollene i så vel psykisk helsevernloven § 4-6 som i forskrift om rettigheter og tvang i rusinstitusjon § 8, regulert i samme bestemmelse som der det foreligger begrunnet mistanke. Dette er uheldig av flere grunner, blant annet fordi det kan skape uklarheter om hva som er likt og hva som er ulikt: Etter forskriften for eksempel om undersøkelse av munnhule også kan gjennomføres som rutine.

Utvalget vurderer at en bestemmelse om rutinekontroll som utgangspunkt må praktiseres overfor alle, også helsepersonell, kontrollmyndigheter og andre besøkende. Dette er en annen vurderingen enn den som ble gjort i forarbeidene til dagens bestemmelse.¹⁴⁰³ Vekten ble her lagt på å begrense omfanget av hjemmelen gjennom en innskrenking av kretsen den gjaldt for.

Utvalget har på sin side – under den økende vekten av ikke-diskrimineringssynspunkt – sett likebehandling som et viktig grep for å redusere stigmaet rundt denne typen ordninger. Rutinekontroller som omfatter alle er ikke uvanlig på andre arenaer, og en slik alminneliggjøring vil etter utvalgets vurdering kunne ha en viktig humaniserende effekt i utformingen av tiltakene. Hva folk flest opplever som rimelig og rettferdig kontroll når det ikke er rettet konkret mistanke mot dem, er hensyn som med større tyngde vil kunne bli trukket inn. Det viktigste motargumentet er nok av ressursmessig og administrativ art. Med mindre man skal bruke profesjonelt sikkerhetspersonell, må det etableres ordninger for hvilket helsepersonell som skal utøve funksjonen. Først og fremst vil slike spørsmål presse fram en kritisk vurdering av behovet, noe utvalget altså vurderer som en positiv sideeffekt.

Utvalget vil understreke at regler om rutinemessig kontroll ikke skal kunne håndheves med tvang. De vil til tross for dette ofte ha en viktig atferdsregulerende effekt. Bruk av tvang fordrer individuelle vedtak, noe som betyr en klart hevet terskel. Der personell nekter å underkaste seg regler om rutinekontroll, må det håndteres etter arbeidsrettslige regler. Utenforstående – som besøkende – må påregne å bli avvist.

26.4.2.2 *Konkret mistanke*

Ut fra det som er sagt ovenfor bør rammene for inngrep ved konkret mistanke om innførsel av farlige gjenstander, rusmidler, legemidler m.m. være videre enn ved rutinekontroll. Utvalget legger stort sett opp til å videreføre gjeldende rett slik uttrykt i psykisk helsevernloven § 4-6 og forskrift om rettigheter og tvang i rusinstitusjon § 8, men med nødvendige tilpasninger for å legge grunnlaget for et felles regelverk. Det vil bli bygd videre på uttrykksmåten «begrunnet mistanke».

Det er ikke grunn til å legge skjul på at spørsmålet om inngrep hyppigst vil reise seg i enkelte poster i rusbehandling og psykisk helsevern ut fra den opphopning av risikofaktorer for så vel rusmiddelmisbruk som voldsutøvelse som her kan opptre. Utvalget vil likevel anbefale at hjemmelen ikke gis en slik avgrensing da problemstillingen også kan oppstå ellers. Vilkåret om at tiltaket må være nødvendig ut fra faglig forsvarlig drift vil legge en demper på bruken, slik som for rutinekontroll. Et motargument om at rekkevidden av særhjemlene bør begrenses ut fra usikkerhet knyttet til behovets omfang utenfor psykisk helsevern og rusbehandling, er

¹⁴⁰³Prop. 78 L (2015–2016) s. 25

ikke betryggende ut fra de snevre rammer nødretten setter. En slik tilnærming vil derfor i realiteten innebære en abdikasjon fra lovgiver ved at det alene vil være faglige forsvarlighetsvurderinger som gjelder, uten noen nevneverdig formell rettssikkerhet ved inngrep.

Utvalget foreslår at regelen om at kroppsvisitasjon kan skje ved avkledning videreføres. Undersøkelse av «munnhulen» kan i dag være tillatt etter forskrift om rettigheter og tvang i rusinstitusjon § 8, men ikke etter psykisk helsevernloven § 4-6 hvorefter undersøkelse av «kroppens hulrom» ikke er tillatt, jf. tredje ledd.¹⁴⁰⁴ Dette har ligget fast siden vedtakelsen av loven i 1999, og det ble vist til at regelen «harmonerer med regelverket i rusmiddelomsorgen».¹⁴⁰⁵ Det ble likevel åpnet for hulromsundersøkelse basert på nødrett «når det er fare for liv eller alvorlig helseskade». Standpunktet om ikke å åpne for hulromsundersøkelser er gjentatt i forarbeidene selv om drøftingen her direkte er knyttet til rutinekontrollene.

Som det framgår har forutsetningen man i sin tid baserte seg på, endret seg ved at det i dag åpnes for undersøkelse av munnhulen i rusbehandlingen. Dette er et tiltak som først og fremst er aktuelt med tanke på ruskontroll, men det er også en aktuell problematikk i psykisk helsevern ut fra gjengse vurderinger om rusbruks uheldige virkninger for behandlingen av psykiske helseproblemer. Utvalget ser ikke sterke grunner til at det bør gjelde ulike regler. I lys av inspeksjon av munnhulens inngripende karakter, har utvalget vurdert som et kompromiss at munnhuleinspeksjon skal kunne gjennomføres ved «sterk mistanke». Terskelen heves altså fra «begrunnet».

I motsetning til ved rutinekontroll, kan kontroll ved begrunnet mistanke gjennomføres med tvang. Spørsmålet om fysisk tvangsbruk ble vurdert – i forbindelse med lovendringene som la grunnlaget for forskrift om rettigheter og tvang i rusinstitusjon –, men ble forkastet ut fra manglende støtte i høringsrunden.¹⁴⁰⁶ Nødrett som ramme ble vurdert som tilstrekkelig. Utvalget tar dette til etterretning og bygger dette lovutkastet på det. Psykisk tvang som ikke får en slik stram avgrensing, vil for eksempel omfatte trusler om overføring til annen institusjon om det ikke samarbeides om gjennomføringen av kontrollen, eventuelt trusler om bruk av fysisk tvang om situasjonen er i ferd med å bli kritisk – noe som kan være saklig og akseptabelt i enkelte tilfeller.

Utvalget har vurdert at det fortsatt bør fattes vedtak ved fravær av samtykke ved denne typen kontrolltiltak, med tilsvarende begrunnelse som gitt for ruskontroll som ledd i behandling, se punkt 25.6.7.4. Også her fravikes altså utgangspunktet om overvinnelse av motstand som innslagspunkt for lovens regler.

Det å hindre innførsel av farlige gjenstander m.m. kan naturlig nok også ha en individuell behandlingsbegrunnelse. Utvalget vurderer fellesskapsinteressene som de dominerende i bildet. Parallelle regler alt etter formål – slik som foreslås for skjerming – anses derfor ikke nødvendig.

¹⁴⁰⁴Se senest i Prop. 78 L (2015–2016) s. 26 selv om drøftingen her direkte er knyttet til rutinekontrollene.

¹⁴⁰⁵Ot.prp. nr. 11 (1998–99) s. 162

¹⁴⁰⁶Prop. 40 L (2015–2016) s. 20–22

26.4.2.3 Beslag

I lovutkastet § 7-4 er det gitt hjemmel for beslag og eventuelt tilintetgjøring av forbudte gjenstander og stoffer som oppdages. Sammenlignet med psykisk helsevernloven § 4-7 er utformingen mer nyansert ved at det knyttes opp mot hva som er nødvendig for forsvarlig drift. Personens faste medisiner for somatiske problemer, vil det som hovedregel ikke være grunnlag for å inndra i psykisk helsevern, så fremt dette er legemidler forskrevet av behandlende lege. I dag vil nok dette kunne bli fanget opp gjennom skjønnsutøvelsen – «kan», men utvalget ønsker gjennom forslaget å øke fokuset nettopp på at det må gjøres konkrete vurderinger. Utvalgets oppmykning gjør det lettere å forsvare kontrollregler som ikke er sterkt avgrenset til rus- og psykisk helseverninstitusjoner.

26.4.3 Skjerming av hensyn til medpasienter i psykisk helsevern

I utkastet er reguleringen av bruk av skjerming inndelt etter formål: skjerming som skadeavverging i nødssituasjoner (§ 4-5), skjerming som behandling (§ 6-11), skjerming som gjennomføringstiltak i behandling (§ 6-19) og skjerming for å ivareta fellesskapsinteresser i psykisk helsevern-institusjon (§ 7-5). Både vilkårene og grensene for tiltakets utstrekning i tid m.m. varierer, men det er nedfelt felles regler om krav til lokaler, se § 8-2, jf. også § 8-1 om skånsomhet og ivaretagelse av grunnleggende behov. Se utredningen punkt 26.4.3, og mer generelt punkt 25.6.3.

Bestemmelsen regulerer adgangen til å gripe inn med skjerming utenfor nødssituasjon for å ivareta fellesskapsinteresser ved utagerende atferd, for eksempel i form av sterkt støyende og sjikanerende atferd. At vilkårene ikke kan være svært strenge følger av at det er tale om å ivareta medpasienters rett til nødvendig helsehjelp. Det er anerkjent både etter tradisjonell norsk rett og menneskerettighetene at avveiningen blir en annen der andres rettigheter er truet enn der personens atferd bare er et problem for vedkommende selv. Noe krav om fare for helse-skade på medpasienter kan det ikke være tale om å oppstille. Kravet om utprøving av alternativer til tvang er gjennomgående i lovutkastet og gjelder også her.

Etter utkastet §§ 6-11 og 6-19 er motstandskriteriet gjort til innslagspunkt for når bestemmelsene om skjerming kommer til anvendelse. Ved inngrep ut fra hensynet til medpasienter i det som kan fortone seg som nødvergelignende situasjoner, men uten at utkastet kapittel 4 kommer til anvendelse ut fra sine strenge krav til situasjonen, har utvalget vurdert om fravær av samtykke bør være avgjørende, ut fra tilsvarende vurderinger som etter lovutkastet §§ 7-3 og 7-4. Utvalget vurderer likevel at grensen også for innslagspunktet for denne skjermingsbestemmelsen bør trekkes ved motstand ut fra de vurderinger som er gjort i punkt 26.4.3. Verdien av muligheten for å medvirke frivillig er der vektlagt. Personer med store formidlingsvansker har i behold det særlige vernet etter lovutkastet § 1-3 fjerde ledd og § 7-5.

26.4.4 Øvrige situasjoner

Utvalget har vurdert spørsmålet om det bør gis en mer generell hjemmel for bruk av tvang med det formål å ivareta fellesskapsinteresser. Problemstillingen i Rt. 2010 s. 612 (Sårstølldommen) viser at spørsmålet kan oppstå. Saksforholdet var imidlertid helt spesielt, og utvalget vurderer at en inngrepshjemmel som skal fange opp alle tenkelige og utenkelige situasjoner, vil måtte formuleres bredt. Med den begrunnelse det her er tale om – å ivareta fellesskapsinteresser – blir dette særlig problematisk, og potensielt et menneskerettslig problem. Utvalget har derfor valgt ikke å foreslå en særlig lovbestemmelse som dekker denne problematikken i større bredde.

26.4.5 Sikkerhetstiltak i regionale sikkerhetsavdelinger og i enhet med særlig høyt sikkerhetsnivå

Utvalget vurderer at det er behov for enkelte særlige regler for sikkerhetspsykiatrien. Utvalget har ikke hatt sammensetning til å gå dypt inn i dette, men har foretatt en teknisk tilpassing av psykisk helsevernloven kapittel 4 A til utkastet til tvangsbegrensningslov. Det er ikke tilsiktet realitetsendringer sammenlignet med gjeldende rett.

27 Økt fokus på gjennomføring av tvang

Boks 27.1 Utvalgets forslag

- Et hovedtrekk i lovutkastet er økte fokus på gjennomføringen av tvangstiltak.
- Lovutkastets vilkår for å treffe et vedtak regulerer også gjennomføringen. I tillegg er det oppstilt særlige krav om skånsomhet og ivaretagelse av grunnleggende behov.
- Det oppstilles krav til skjermingslokaler som skal gjelde alle typer av skjerming.
- Det skal som hovedregel skal være to personell tilstede ved gjennomføring av tvangstiltak som innebærer kroppslige inngrep.
- Minst ett personell skal være autorisert helsepersonell.

[Boks slutt]

27.1 Innledning

For den enkelte er gjennomføringen av tvangstiltaket ofte vel så viktig for rettssikkerheten som at det treffes vedtak av god kvalitet. Økt fokus på gjennomføringsfasen er derfor et hovedtrekk i utvalgets innstilling.

Denne prioriteringen kommer til uttrykk på ulikt vis. Det definisjonsmessige skillet mellom «motstand» og «tvang», jf. utkastet § 1-3, er et viktig eksempel. Tilsvarende gjelder når gjennomføringsmåten skyves fram i krav til vedtak og begrunnelse.

Gjennomføringsbegrepet har et mer konkret og spesifikt innhold etter utkastet enn i dagens psykisk helsevernlov. Der er hele kapittel 4, inkludert § 4-4 om behandling uten samtykke, sett som gjennomføringsspørsmål, jf. kapiteltittelen: «Gjennomføring av psykisk helsevern». Dette har nok sin naturlige forklaring i bruken av tvungent psykisk helsevern (og tvungen observasjon) som overbegrep. Når fokus derimot rettes mot det enkelte tiltak – uten et slikt mellomledd –, blir gjennomføringsspørsmålene uunngåelig mer konkrete og detaljerte allerede i utgangspunktet, og vil for eksempel handle om og på hvilken måte en person fysisk kan holdes.

Når lovutkastet skiller ut enkelte tiltak som gjennomføringstiltak i forbindelse med behandling av psykiske helseproblemer og rusproblemer, jf. §§ 6-16 til 6-22, er det uttrykk for en mer finmasket begrepsbruk enn i psykisk helsevernloven i dag. Det gjelder også sammenlignet med forskrift om rettigheter og tvang i rusinstitusjon, der kortformen «gjennomføringsforskriften» i noen sammenhenger brukes. Når man så vel i denne forskriften som i psykisk helsevernloven kapittel 4 ser på husordensregler som et gjennomføringsspørsmål, blir det for grovkornet i utvalgets opplegg.

I dette kapitlet behandles gjennomføringsspørsmål som det ikke har vært mer naturlig å drøfte andre steder i utredningen.

27.2 Trenger vi egne krav til hvordan gjennomføringen skal skje?

27.2.1 Problemstillingen

Særlig ved vedtak oppstår det ofte et tidsvindu mellom avgjørelse og iverksettelse. Dette reiser spørsmål om det gjelder – eller bør gjelde – særlige krav til handlinger som gjennomfører vedtaket. Alternativet er å se det slik at lovens vilkår for å fatte vedtaket – eller treffe beslutningen – også er styrende for gjennomføringen.

27.2.2 Gjeldende rett

Etter pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A er det i utgangspunktet skilt skarpt mellom vedtak og gjennomføring, men av § 4A-4 første ledd går det klart fram at de samme vilkår gjelder:

«Dersom vilkårene i § 4A-3 er oppfylt, kan helsehjelp gjennomføres med tvang eller andre tiltak for å omgå motstand hos pasienten.»

For øvrig er det i dag få bestemmelser som eksplisitt omtaler gjennomføringssituasjonen – i utvalgets begrepsbruk. Et krav om løpende vurdering av tvangstiltak opp mot lovens vilkår med krav om opphør der disse ikke lenger oppfylt, legger seg likevel tett opp til gjennomføringen. Her har vi flere eksempler i norsk rett. I psykisk helsevernloven § 3-7 første ledd uttrykkes dette slik:

«Ingen kan beholdes under tvungen observasjon eller tvungent psykisk helsevern etter § 3-5 uten at vilkårene i § 3-2 første ledd eller § 3-3 første ledd fremdeles er oppfylt.»

I helse- og omsorgstjenesteloven § 9-9 fjerde ledd uttrykkes det samme («avbrytes straks, dersom vilkårene for vedtaket ikke lenger er til stede»). En lignende formulering er brukt i pasient- og brukerrettighetsloven § 4A-4 fjerde ledd. I helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 10 finner vi derimot ikke denne type bestemmelse, noe som må ses på bakgrunn av at bare fylkesnemnda selv kan omgjøre sin egen avgjørelse.

Psykisk helsevernloven § 4-2 har tittelen «Vern om personlig integritet» og inneholder bestemmelser av litt ulik karakter. På et overordnet plan er innfallsvinkelen dels å formulere (negative) grenser for inngrep, dels å fastsette hvilke (positive) rettigheter personen har, innenfor visse rammer. Ut fra måten bestemmelsen er bygget opp på – de ulike elementer sett i sammenheng – synes første til og med tredje ledd særlig å være fokusert på individuelle inngrep, og utfyller her de øvrige bestemmelsene i kapittel 4. Fokus fra og med fjerde ledd er særlig mer generelle driftsmessige forhold under institusjonsoppholdet. Selv om det ikke er skarpe grenser i anvendeligheten av de ulike elementene, er det likevel førstnevnte (grensene for individuelle tiltak) som er mest aktuelt her. Føringer om driftsmessige forhold er behandlet i kapittel 26.

Paragraf 4-2 har langt på vei sitt motstykke i § 2 i forskrift om rettigheter og tvang i rusinstitusjon.

Første ledd i § 4-2 lyder:

«Restriksjoner og tvang skal innskrenkes til det strengt nødvendige, og det skal så langt det er mulig tas hensyn til pasientens syn på slike tiltak. Det kan bare benyttes tiltak som gir en så gunstig virkning at den klart oppveier ulempene med tiltaket. Er mindre inngripende tiltak tilstrekkelig, skal disse benyttes.»

Dette er en gjennomføringsbestemmelse i psykisk helsevernlovens forstand, men karakteristikken er litt mer usikker etter utvalgets begrepsbruk, se ovenfor: eventuelt kan bestemmelsen

både forstås som vilkår for vedtak etter kapittel 4, men også som krav til selve gjennomføringen av disse. I § 3 i forskrift om rettigheter og tvang i rusinstitusjon er de to første setningene nærmest identiske med nevnte § 4-2. I forskriftens tredje og fjerde punktum heter det:

«Tvangsbruk kan bare skje når det er strengt nødvendig av hensyn til pasient og bruker selv, av hensyn til andre medpasienter og brukere, eller av hensyn til ansatte på institusjonen. Unntak gjelder for kortvarig fastholding, jf. § 10.»

Dette kan forstås som at forskriften tydeligere adresserer spørsmålet om fysisk tvangsbruk – og dermed gjennomføringsspørsmålet – enn psykisk helsevernloven § 4-2. En tydelig gjennomføringsbestemmelse finner vi derimot i psykisk helsevernloven § 4-6 tredje ledd om at undersøkelse av rom, eiendeler m.m. skal gjennomføres «så skånsomt som mulig», jf. forskrift om rettigheter og tvang i rusinstitusjon § 8 tredje ledd.

27.2.3 Utvalgets vurderinger

27.2.3.1 *Utgangspunkt: Samme vilkår må gjelde både for vedtak/beslutning og gjennomføring*

Det er mulig å skille mellom vilkårene for et vedtak – eller en beslutning – og selve gjennomføringshandlingen. Dette kan likevel sende et signal om at gjennomføringen er mindre viktig – noe subsidiært. At dette tradisjonelt har vært en problemstilling er utvilsomt. Uklarheter for eksempel i psykisk helsevernloven kapittel 4 om rammene for hvilke gjennomføringstiltak som kan iverksettes, er nettopp uttrykk for dette.

Som nevnt er det et av utvalgets hovedanliggender å skyve betydningen av gjennomføringen i framgrunnen. En naturlig konsekvens av dette er å se det slik at lovens vilkår for et vedtak også regulerer gjennomføringshandlingene, jf. modellen i pasient- og brukerrettighetsloven § 4A-4 første ledd. En slik synsmåte vil være godt i samsvar med kravet om at lovens vilkår må være oppfylt til ethvert tidspunkt – og dermed også i gjennomføringsfasen –, som også har en tung menneskerettslig forankring.

Dette trenger likevel enkelte presiseringer. Det er ikke slik at lovens vilkår for et vedtak alltid kan vurderes på nytt i forbindelse med gjennomføringen, som tidvis kan strekke seg over tid. Det er flere grunner til dette. For det første kan det være at enkelte vilkår er knyttet til etableringssituasjonen og at det slik blir irrelevant med nyvurdering på et senere tidspunkt. Dernest kan tidsknapphet og/eller det forhold at vurderingen må basere seg på et bredere faktagrunnlag gjøre seg gjeldende: å se på situasjonen her og nå blir altså for smalt. Utenfor akuttsituasjonene kan det være tilfelle blant annet for et vilkår om «nærliggende og alvorlig fare for helsekade». Endelig kan det være at andre enn den vedtaksansvarlige står for gjennomføringen og at vedkommende ikke er faglig kompetent til å vurdere alle sider ved saken. I den grad forutsetninger om gjennomføringssituasjonen spesifikt er vurdert i selve vedtaket, vil det ytterligere kunne begrense rommet for selvstendige vurderinger for andre enn den vedtaksansvarlige.

Utgangen på dette er at det i gjennomføringssituasjonen særlig vil være enkelte av lovens vilkår som kommer i fokus, og da slike som kan være meningsfulle å vurdere ut fra situasjonsbildet her og nå. Det gjelder særlig kravet om utprøving av alternativer til tvang, beslutningskompetanse, nødvendighet og forholdsmessighet. Der gjennomføringssituasjonen frambringer usikkerhet om enkelte av lovens vilkår er oppfylt, som det ikke er mulig å vurdere fullt ut der og da, vil forsvarlighetskravet tilsi at forutsetningen for vedtaket blir vurdert på nytt. Eventuelt må annet personell varsle den vedtaksansvarlige om behovet for en fornyet gjennomgang.

Til tross for de presiseringer av vurderingstemaet som er nødvendig, framstår ikke særlige vilkår for gjennomføringshandlinger som noe bedre alternativ i det store bildet. Faren er som sagt at gjennomføringsaspektet blir skjøvet i bakgrunnen som noe mindre viktig. Utvalgets skisserte modell bygger opp under en dynamikk der lovens vilkår stadig må vurderes på nytt, herunder spørsmålet om alternativer til tvang, forholdsmessighet og beslutningskompetanse. I noen få tilfeller har utvalget foreslått særlige regler om gjennomføringshandlinger i behandlingen av psykiske helseproblemer og rusproblemer. At det da er behov for særlige tilpasninger på vilkårssiden er begrunnet i punkt 25.6.7, men dette er altså ikke hovedbildet.

27.2.3.2 Enkelte pliktetiske krav til gjennomføringssituasjonen

Synspunktet om at krav til gjennomføringen kan utledes av lovens vilkår for vedtak eller beslutning, har likevel sine begrensninger. Det er grenser for hvor detaljert et vedtak kan være med tanke på gjennomføringen. Selv om lovutkastet gjennomgående skjerper kravene, er det ikke alltid mulig å forutsi et framtidig hendelsesforløp. Ved beslutning om inngrep i nødssituasjoner er dette særlig tydelig. Her gjelder selvsagt at personellet må vurdere hvordan gjennomføringen skal skje, spesielt ut fra nødvendighetsvilkårets krav om bruk av det minst inngripende tiltak og forholdsmessighetsprinsippet.

Gjennomføringssituasjonen er spesielt sårbar ved at det er tale om å iverksette tiltak direkte overfor personen, gjerne i form av kroppslige inngrep. Ut fra respekten for menneskeverdet vil det her gjelde enkelte grunnleggende krav av pliktetisk karakter som utvalget vurderer bør uttrykkes klart i en framtidig lovgivning. Dette er handleplikter for personellet som gjelder uavhengig av begrunnelsen for inngrepet for øvrig.

De grunnleggende krav til skjermingslokalene som foreslås, jf. utkastet § 8-2, må ses i et slikt lys. Mer allment vurderer utvalget at det bør lovfestes et prinsipp om skånsomhet i gjennomføringsfasen. I dette ligger et krav om at gjennomføringen av tiltak etter tvangsbegrensningsloven alltid skal skje så hensynsfullt som mulig overfor personen. I «som mulig» ligger en relativisering, blant annet ut fra hvilke interesser som er i spill. Men kravet framstår som en viktig konkretisering og synliggjøring av forholdsmessighetskravets innhold, særlig med tanke på gjennomføringsfasen. Dette er av særlig betydning der det ikke har vært mulig på forhånd å forutsi hendelsesforløpet.

Utvalget vurderer også at det bør synliggjøres et krav om at grunnleggende behov for mat, hvile, aktiviteter m.m. må ivaretas. Dette vil være særlig aktuelt for tiltak som strekker seg ut i tid, men foreslås nedfelt som en allmenn norm med forankring i grunnleggende forestillinger om menneskeverdet, se lovutkastet § 8-1.

27.3 Løpende vurdering av om gjennomføringen er i samsvar med vedtaket

At ikke bare lovens vilkår må kontrolleres underveis, men også de rammer som trekkes opp i vedtaket, er av nyere dato. Denne synsmåten som er helt naturlig i et hjemmelsperspektiv – der vedtaket inngår som et nødvendig element –, har vi i dag flere uttrykk for i lovtekst. I helse- og omsorgstjenesteloven § 9-9 fjerde ledd uttrykkes dette slik:

«Tiltaket skal vurderes kontinuerlig, og avbrytes straks, dersom [...] det viser seg ikke å ha de forutsatte konsekvenser eller å ha uforutsette, negative virkninger.»

Poenget i denne sammenheng er at hva som er forutsette eller uforutsette konsekvenser nødvendigvis må være beskrevet i vedtaket i forkant. En lignende bestemmelse finner vi pasient- og brukerrettighetsloven § 4A-4 fjerde ledd, selv om denne tilsynelatende – rent språklig –

kan synes vinklet inn mot oppfylling av lovens vilkår, jf. like ovenfor. Verken i helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 10 eller i psykisk helsevernloven har vi klare paralleller.

Fokuset på konsekvensene av inngrepet dekker en viktig bit av gjennomføringstematikken, men ikke hele bildet. Andre problemstillinger kan for eksempel være om forutsetninger knyttet til virkemiddelbruk – herunder fysisk maktbruk og hvordan slik eventuelt skal skje – er etterlevd.

At de rammer et vedtak setter skal respekteres og etterleves framstår som selvsagt. Et krav om at dette skal vurderes løpende – av den vedtaksansvarlige og annet personell som er involvert i gjennomføringen – kan på denne bakgrunn framstå som unødvendig. Dette må likevel ses i sammenheng med tendensen til mer uttrykkelige og presise krav til vedtaket og dets begrunnelse som bygges videre på i lovutkastet, se nærmere punkt 28.7.5. Jo mer presist et vedtak er formulert om gjennomføringsspørsmål – som virkemiddelbruk og virkninger og bivirkninger – dess større selvstendig betydning vil et krav om evaluering av gjennomføringen ha.

Utvalget har vurdert det som prinsipielt viktig å markere vedtakets bindende kraft og at det derfor må vurderes løpende om personellet holder seg innenfor vedtakets rammer. Innholdsmessig bør ikke dette være omstridt. En særlig bestemmelse vil kunne utgjøre en motkraft til tendensen i retning av bredt formulerte vedtak. Dette ved at viktigheten av at vedtak formuleres så presist som mulig tydelig framheves som en viktig del av rettssikkerheten.

27.4 Særlige krav til tjenestene ved gjennomføring av kroppslige inngrep med tvang

27.4.1 Gjeldende rett

Psykisk helsevernloven stiller særlige krav til kompetanse for den som skal være faglig ansvarlig for å treffe vedtak og beslutte bestemte tiltak etter denne loven, jf. § 1-4. I § 4-4 a er det stilt krav om at den faglig ansvarlige skal treffe vedtak om undersøkelse og behandling uten samtykke etter samråd med annet kvalifisert helsepersonell. Loven stiller ikke særlige krav til den som skal gjennomføre vedtaket eller antallet personell som må delta. *Helsepersonelloven* vil uansett gjelde for helsepersonell som yter helsehjelp, og stiller i § 4 første ledd følgende krav:

«Helsepersonell skal utføre sitt arbeid i samsvar med de krav til faglig forsvarlighet og omsorgsfull hjelp som kan forventes ut fra helsepersonellets kvalifikasjoner, arbeidets karakter og situasjonen for øvrig.»

Det går fram av helsepersonelloven § 5 at helsepersonell i sin virksomhet kan overlate bestemte oppgaver til annet personell hvis det er forsvarlig ut fra oppgavens art, personellets kvalifikasjoner og den oppfølging som gis. Det er også presisert i lovteksten at medhjelpere er underlagt helsepersonells kontroll og tilsyn.

Etter *helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 10* er det fylkesnemnda som skal treffe vedtak om tvangsinnleggelse og tvungent tilbakehold. Kommunen kan i visse tilfeller treffe midlertidig vedtak etter §§ 10-2 og 10-3, men det er ikke stilt krav til kompetanse for den som skal treffe slike midlertidige vedtak.

Tilsvarende psykisk helsevernloven, stiller heller ikke helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 10 krav til kompetanse for dem som skal gjennomføre vedtakene eller antall personell. Vedtak truffet i medhold av dette kapitlet skal imidlertid gjennomføres i spesialisthelsetjenesten, slik at kravene i spesialisthelsetjenesteloven og helsepersonelloven vil komme til anvendelse. I til-

legg til kravet om forsvarlighet i helsepersonelloven § 4 vil reglene om forsvarlighet i spesialisthelsetjenesteloven § 2-2 komme til anvendelse. Disse reglene pålegger virksomheten å tilrettelegge sine tjenester slik at personell som utfører tjenestene, blir i stand til å overholde sine lovpålagte plikter, og slik at den enkelte pasient eller bruker gis et helhetlig og koordinert tjenestetilbud. Forskrift om rettigheter og tvang i rusinstitusjon har et bredere virkefelt enn kapittel 10, og heller ikke her er de aktuelle spørsmålene regulert.

I *pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A* er det bestemt at vedtak om helsehjelp etter dette kapitlet skal treffes av det helsepersonellet som er ansvarlig for helsehjelpen, jf. § 4A-5 første ledd. Det framgår av forarbeidene til denne bestemmelsen at dette som oftest vil være en lege eller tannlege, men at også annet helsepersonell i visse situasjoner kan bli regnet som kvalifisert, for eksempel ved avgjørelser som gjelder «pleie og/eller omsorg». ¹⁴⁰⁷ Paragraf 4A-5 andre ledd har særregler for de tilfellene der helsehjelpen innebærer et alvorlig inngrep for pasienten. Også i slike tilfeller skal vedtak treffes av det helsepersonellet som er ansvarlig for helsehjelpen, men vedtaket skal først treffes etter samråd med annet kvalifisert helsepersonell.

I likhet med psykisk helsevernloven og helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 10 stiller heller ikke pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A særlige krav til kompetanse for dem som skal gjennomføre vedtakene, eller antallet personell. Kapitlet forutsetter imidlertid at helsehjelp etter dette kapitlet blir utført av helsepersonell. I forarbeidene til kapitlet framgår det:

«I mange tilfelle er det den som har treft vedtaket om helsehjelp (som oftest lege eller tannlege) som òg gjennomfører tiltaket. (...)

Der den som har teke avgjerda, ikkje kan gjennomføre tiltaket, må ein overlata gjennomføringa til andre. Helsepersonellova § 5 opnar for å bruke medhjelparar i samband med delegasjon. Helsepersonell kan overlata visse oppgåver til anna personell dersom det er forsvarleg ut frå oppgåvetypen, kvalifikasjonane til personellet og oppfølginga som blir gitt. Fordi helsehjelpa skal gjennomførast ved tvangstiltak, meiner departementet at det ikkje er forsvarleg å overlata ei slik oppgåve til andre enn helsepersonell. Den som treffer vedtaket om at helsehjelpa skal bli gitt, må i kvart tilfelle vurdere kven som har nødvendig kvalifikasjon til å utføre tiltaket på ein fagleg forsvarleg og adekvat måte. Normalt er det personell med autorisasjon som har dei beste faglege kvalifikasjonane i forhold til oppgåver som krev særleg kompetanse.» ¹⁴⁰⁸

Sitatet viser at departementet mente at tvangstiltak etter pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A i de fleste tilfellene bør gjennomføres av autorisert helsepersonell.

Helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 skiller seg fra de andre regelverkene ved at kapitlet både regulerer hvem som skal treffe vedtak og stiller krav til kompetanse for dem som gjennomfører bestemte tiltak med hjemmel i dette kapitlet. Det er redegjort nærmere for hvem som kan treffe beslutninger og vedtak etter dette kapitlet i punkt 4.7.5.7.

Helse- og omsorgstjenesteloven § 9-9 andre ledd har særlige regler som gjelder ved gjennomføring av «planlagte skadeavvergende tiltak i gjentatte nødsituasjoner» (§ 9-5 tredje ledd bokstav b) og «tiltak for å dekke brukerens eller pasientens grunnleggende behov for mat og drikke, påkledning, hvile, søvn, hygiene og personlig trygghet, herunder opplærings- og treningstiltak» (§ 9-5 tredje ledd bokstav c). Ved gjennomføring av disse tiltakene har brukeren

¹⁴⁰⁷Ot.prp. nr. 64 (2005–2006) kapittel 8

¹⁴⁰⁸Ot.prp. nr. 64 (2005–2006) punkt 4.6.6.7

eller pasienten en særskilt rett til kvalifisert personale. I tillegg er det stilt krav om at det ved gjennomføringen av slike tiltak skal være to tjenesteytere til stede hvis det ikke er til ugunst for brukeren eller pasienten.

I helse- og omsorgstjenesteloven § 9-9 tredje ledd er det stilt særskilte krav om hva slags utdanning tjenesteyterne skal ha. Her framgår det:

«Når tiltak etter § 9-5 tredje ledd bokstav b gjennomføres, skal den ene av de to tjenesteyterne minst ha bestått utdanning i helse-, sosial- eller pedagogiske fag på høghskolenivå. Når tiltak etter § 9-5 tredje ledd bokstav c gjennomføres, skal den ene av de to tjenesteyterne minst ha bestått avsluttende eksamen i studieretning for helse- og sosialfag i videregående opplæring. Fylkesmannen kan i særlige tilfeller gi dispensasjon fra utdanningskravet.»

Utdanningskrav til personalet var tidligere regulert i forskrift til de midlertidige reglene i den tidligere sosialtjenesteloven kapittel 6 A, men departementet foreslo i 2003 at disse forskriftsbestemmelsene skulle innarbeides i lovteksten.¹⁴⁰⁹ Stortinget sluttet seg til dette, men et flertall i sosialkomiteen viste til at fylkesmannen hadde gitt mange dispensasjoner fra utdanningskravene og var bekymret for at en slik dispensasjonspraksis kunne bidra til å svekke rettssikkerheten for tjenestemottakerne. Flertallet i komiteen forutsatte derfor at departementet ville følge nøye med i utviklingen av dispensasjonspraksisen.¹⁴¹⁰

Sitatet viser at det i dag gjelder meget detaljerte krav til utdanning for personell som skal gjennomføre tvangstiltak overfor personer med psykisk utviklingshemning som ikke har sitt motstykke i andre deler av helse- og omsorgslovgivningen. De særlige utdanningskravene gjelder ved gjennomføring av planlagte inngrep etter § 9-5 tredje ledd bokstav b og c. I enkeltstående nødssituasjoner er det ikke praktisk mulig å operere med et tilsvarende krav. Bestemmelsen må oppfattes som uttrykk for minimumskrav. I konkrete saker kan det alminnelige forsvarlighetskravet innebære strengere krav, og da er det dette som gjelder.

De strengeste utdanningskravene gjelder ved bokstav-b-tiltak (planmessig skadeavverging i nødssituasjoner). Disse situasjonene blir oppfattet som faglig mest kompliserte. Her må den ene av helse- og omsorgspersonellet minst ha bestått utdanning innen helsefag, sosialfag eller pedagogiske fag ved på høghskolenivå. Ved c-tiltak skal den ene minst ha bestått avsluttende eksamen i studieretning for helse- og sosialfag i videregående skole.

Fylkesmannen er altså gitt kompetanse til å dispensere fra utdanningskravene i «særlige tilfeller». Realkompetanse i form av erfaring fra praktisk arbeid med personer med psykisk utviklingshemning generelt og den aktuelle personen spesielt må naturlig nok stå helt sentralt i vurderingen av en dispensasjonssøknad.

27.4.2 Forslag fra Paulsrud-utvalget

Paulsrud-utvalget viste til at mange institusjoner i liten grad har hatt fokus på faren for fysiske skader ved bruk av tvangsmidler. Utvalget mente at det er behov for i større grad å sikre at det personellet som gjennomfører tvangsmiddelbruken, har tilstrekkelig kompetanse. På denne bakgrunn foreslo utvalget at følgende bestemmelse skulle tas inn i psykisk helsevernloven:

¹⁴⁰⁹Ot.prp. nr. 55 (2002–2003) punkt 7.6.4

¹⁴¹⁰Innst. O. nr. 14 (2003–2004) punkt 2.2

«Bruk av tvangsmidler skal gjennomføres av to helsepersonell dersom dette ikke er til ugunst for pasienten. Det ene helsepersonellet må ha autorisasjon etter helsepersonelloven § 48.»¹⁴¹¹

Paulsrud-utvalgets forslag var avgrenset til å gjelde bruk av tvangsmidler i institusjon for døgnopphold. I mandatet til Tvangslovutvalget framgår det at utvalget skal utrede forslaget fra Paulsrud-utvalget ytterligere, særlig med tanke på virkningen for andre deler av helse- og omsorgssektoren.

27.4.3 Utvalgets vurdering

27.4.3.1 *Antallet personell til stede*

Forsvarlighetskravet setter grenser for gjennomføringen av tjenestene. Utfordringen er likevel normens iboende vaghet, og utvalget har vurdert hvordan denne bør konkretiseres i en tvangs-kontekst.

Spørsmålet om minstekrav til antall tjenesteytere som er til stede har dels en side mot sikkerheten i gjennomføringen av tiltaket – for personen som blir utsatt for inngrepet og personellet selv. Et annet og like viktig aspekt gjelder behovet for å forebygge overgrep og ulovlig tvang. Det at flere er til stede vil i seg selv bidra til at personellet makter å holde et faglig fokus i krevende situasjoner, og det blir lettere å skape klarhet om hva som har skjedd i ettertid. For utvalget er det vanskelig å tenke seg at et fysisk tvangstiltak i form av kroppslige inngrep som holding, i dag skal kunne være faglig forsvarlig å gjennomføre for en tjenesteyter på egenhånd. Unntak gjelder akutte nødssituasjoner der tidsfaktoren gjør det umulig å tilkalle andre.

Summen av disse argumentene tilsier at det som hovedregel bør gjelde et krav om at to personell er tilstede ved gjennomføring av tvangstiltak som innebærer direkte kroppslige inngrep, uavhengig av arena eller type tjeneste. Utkastet legger opp til at kravet gjelder «under utførelsen» av prosedyren. Ved bruk av mekaniske innretninger som hindrer bevegelsesfriheten innebærer dette at det at kravet gjelder når de mekaniske innretningene tas i bruk.

Enkelte erfaringer fra omsorgen for utviklingshemmede har vist at det kan være behov for unntak fra en regel om to til stede av hensyn til personen selv, for eksempel der vedkommende uttrykker ubehag. Situasjonen der en person med hjerteproblemer blir stresset og tungpusten, har vært nevnt. For å hindre utgliding foreslår utvalget unntak der minst to personell «klart» er til ugunst for personen. Utvalget har vurdert om det også bør være mulig å gjøre unntak der andre særlige grunner gjør det ubetenkelig at det bare er ett personell tilstede. Her vil imidlertid utglidingsfaren være stor i retning av at det blir tatt ressursmessige hensyn. Utvalget har derfor ikke ville åpne for dette.

Utvalgets forslag om minst to til stede er fundert på en oppfatning av hva som i dag er en rimelig forståelse av det alminnelige forsvarlighetskravet. Det snevrer handlingsrommet inn for lovgiver. Sammenlignet med helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 innebærer utvalgets forslag en endring. Dette ved at bestemmelsen bare gjelder tvang i form av «kroppslige inngrep». Det gir en snevrere ramme enn det som følger av det videre tvangsbegrepet etter særreglene for personer med utviklingshemming i dag. Bestemmelsen om likestilling med tvang i utkastet § 1-3 fjerde ledd kommer ikke inn her.

¹⁴¹¹NOU 2011: 9, del II om utkastet til utvalgets lovendringsforslag, § 5-10 fjerde ledd

27.4.3.2 Faglige kvalifikasjoner

De særlige kravene til faglige kvalifikasjoner etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 må ses i en historisk kontekst og som et grep for å etablere en særlig rettssikkerhet i omsorgen for personer med utviklingshemning. En utfordring har imidlertid vært den høye dispensasjonsandelen i disse sakene. Dette er nærmere omtalt i kapittel 6 og 9.

På et mer prinsipielt grunnlag er det også kommet kritiske innvendinger om at kravet om fagkompetanse låses til gjennomføringshandlinger, mens en kanskje kunne ha oppnådd mer gjennom sterkere faginnnsats i forkant av at problemer oppstår. I notat til utvalget fra professor Karl Elling Ellingsen og seniorrådgiver Kim Berge, Nasjonalt kompetansemiljø om utviklingshemning (NAKU), uttales:

«Det er altså ikke selve utføringen av tvangstiltakene som alene krevet fagutdannelse, men det å yte tjenester i de situasjonene hvor det hele kan eskalere til situasjoner som en vet ender med tvangsbruk. Det vet en i alle de tilfellene en fatter vedtak om planlagte tiltak. Disse vedtakene fattes etter gjentatte ganger av skadeavverging i enkelttilfeller. Når det gjelder bruk av tvang i omsorgstiltak (c), er det enda større grunn til å være optimistisk når det gjelder å finne alternativer til tvang. Igjen handler det om fagkunnskap og profesjonskunnskap. Problemet er i stor grad at de som har behov for miljøterapeutiske tiltak, oftere får hjemmetjenester som har stort preg av servicetjenester.»¹⁴¹²

Utvalget vurderer at særreglene om fagkompetanse i omsorgen for personer med utviklingshemning har utgjort et viktig tiltak for å heve kvaliteten på tjenestene og slik redusere bruken av tvang. Selv om andelen dispensasjoner har vært høy, har eksistensen av kompetansekravene bidratt til et fokus på fagligheten i denne omsorgen som ikke bør undervurderes. Utvalget er enig i at den viktigste faglige innsatsen er i forkant av at tvangsbruk aktualiseres. Dette gjelder den direkte samhandlingen, men også indirekte gjennom et overordnet ansvar for det miljøterapeutiske arbeidet. Dersom all fagkompetanse bare blir satt til å gå vakter, blir det miljøterapeutiske arbeidet samlet sett svekket. Planlagt og forutsigbar tid til fagadministrasjon er helt nødvendig for å sikre et tilrettelagt tjenestetilbud, og må særlig prioriteres på steder hvor det er vansker med rekruttering.

Omsorgen for utviklingshemmede har gjennomgått endringer etter iverksettelsen av sosialtjenesteloven kapittel 6 A (forløperen til helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9). Respekten for personenes selvbestemmelse og integritet er drastisk økt, noe også denne utredningen er et uttrykk for: den siste rest av hjemmel for behandlingstvang foreslås fjernet av utvalget, se punkt 25.6.6. Utvalget finner det – i lys av historikken med en svært stor vilje til bruk av tvang i deler av fagmiljøene – dekkende å si at vi har sett en humanisering av omsorgen. Problemstillingene er i dag til dels andre enn på 1980- og 90-tallet. Det er mindre fokus på omfattende fysiske intervensjoner, noe som i sin tur får betydning for behovet for særregler i gjennomføringsfasen som en særlig rettssikkerhetsgaranti. Selv om utfordringene fortsatt er betydelige og sårbarheten for personer i gruppen er stor, tilsier dette at også spørsmålet om fagkompetanse ved bruk av tvang overfor personer med utviklingshemning bør kunne løses innenfor de alminnelige regler som foreslås.

Utvalget slutter seg til synspunktene uttrykt i forarbeidene til pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A, senere gjentatt av Paulsrud-utvalget, om at autorisert helsepersonells faglige kvalifikasjoner normalt gir en særlig garanti for kvaliteten ved gjennomføring av tvangstiltak. Dette både med tanke på å unngå tvang i gjennomføringssituasjonen og vurderingen av hva

¹⁴¹²Notat til Tvangslovutvalget datert 4. april 2017

som er den minst inngripende handlingen. Slik utvalget i dag forstår faglig forsvarlighetskravet vil det bare være unntaksvis at kravet kan være oppfylt uten at autorisert helsepersonell deltar i kroppslige inngrep under tvang overfor personen. Unntak kan blant annet tenkes der man står overfor ikke-utdannet personell med særlig sterk realkompetanse, og gjerne med særlig kjennskap til personen det er tale om å gjennomføre tiltak overfor. I en situasjon der det foreslås at hovedregelen skal være to personell til stede i forbindelse med gjennomføringen, vil dette imidlertid redusere behovet for unntak: en vil både kunne sikre den formelle fagkompetansen og god realkompetanse med tanke på den aktuelle personen, i samme «team». Særlig med tanke på omsorgstjenestene og måten kompetansekravene i dag er formulert på i helse- og omsorgstjenesteloven § 9-9, har utvalget likevel valgt å åpne for at unntaksbestemmelser kan fastsettes av departementet i forskrift.

Det foreslås en uttrykkelig hjemmel for at kontrollinstansene på ethvert tidspunkt skal kunne stille vilkår tilknyttet gjennomføringssituasjonen, se lovutkastet § 8-3. Det forutsettes at de særlige rettssikkerhetsbehov i omsorgen for utviklingshemmede i den forbindelse særlige hensyntas.

27.4.3.3 Gjennomføring utenfor helseinstitusjon

Utvalget er spesielt bekymret for gjennomføring av tvang utenfor helseinstitusjon. Kravet om to tjenesteytere, herunder minst ett autorisert helsepersonell, vil gi tilfredsstillende rettssikkerhet knyttet til selve gjennomføringssituasjonen. En problemstilling er likevel oppfølgingen av personen så vel i forkant som etterkant. I utgangspunktet vil det ikke være forsvarlig, slik utvalget ser det, å påtvinge en eldre person med demens nødvendig sårstell i egen leilighet og så overlate vedkommende til seg selv uten tilsyn. Samtidig er det ikke en farbar vei å oppstille et utgangspunkt om at all tvangsbruk skal skje i helseinstitusjon. Det ville innebære et markant brudd med overordnede føringer for hvordan man i Norge ønsker å organisere helse- og omsorgstjenestene.

Den løsning utvalget etter dette har blitt stående ved, er at det ved gjennomføring av tvang utenfor helseinstitusjon må utarbeides en plan for forsvarlig oppfølging av personen både før og etter inngrepet. I den grad planen ikke er innbakt som del av selve vedtaket, må den oversendes fylkesmannen når den foreligger.

27.5 Bistandsplikt for offentlig myndighet i gjennomføringen

27.5.1 Gjeldende rett

I psykisk helsevernloven § 3-6 andre ledd er det nedfelt en plikt for «offentlig myndighet» til å bistå i etablering og gjennomføring av tvang etter kapittelet:

«Offentlig myndighet skal gi nødvendig bistand for å få vedkommende til tvungen undersøkelse eller tvungen observasjon eller bringe vedkommende under tvungent psykisk helsevern. Offentlig myndighet skal også gi nødvendig bistand i forbindelse med avhenting eller tilbakehenting etter bestemmelsene i loven her. Offentlig myndighet kan om nødvendig anvende tvang.»

Forskriftshjemmelen til å gi utdypende bestemmelser er ikke benyttet. Noen tilsvarende bestemmelse finnes ikke i de øvrige av dagens regelsett på tvangsfeltet. I barnevernloven § 6-8 har vi derimot en parallell for så vidt gjelder bistand fra politiet.

Som tidligere nevnt er det i psykisk helsevernloven § 1-3 definert hvem som kan være offentlig myndighet etter loven:

«Med offentlig myndighet forstås i loven her kommunelegen eller dennes stedfortreder, den kommunale helse- og omsorgstjenesten, sosialtjenesten, politiet eller kriminalomsorgen.»

Politiets plikt til å yte hjelp til syke er regulert i politiloven § 12. Etter tredje ledd kan

«[p]olitiet [...] bane seg adgang til hus, rom eller annet lokale for å ettersøke bortkomne eller hjelpe syke, tilskadekomne eller andre som er – eller antas å være, ute av stand til å ta vare på seg selv, når omstendighetene gir grunn til å frykte at vedkommendes liv eller helse kan være truet.»

I politiinstruksen kapittel 13 er bistand til annen offentlig myndighet regulert. Av § 13-1 første punktum framgår:

«På anmodning skal politiet yte annen offentlig myndighet alminnelig bistand når dette følger av lov eller sedvane.»¹⁴¹³

I rundskriv omtales oppgavefordeling og samarbeid mellom politiet og helse- og omsorgstjenesten stilt overfor psykisk syke personer. Det er særlig problemstillinger i grenseområdet mot psykisk helsevernloven som er i fokus.¹⁴¹⁴ Her framgår at bistand fra politiet «først og fremst» vil være nødvendig i følgende tilfeller:

«Ved behov for fysisk maktutøvelse utenfor institusjon, eller

når en person antas å ville påføre seg selv eller andre skade og helsepersonell ikke er i stand til å avverge dette, eller

når det er nødvendig å bane seg adgang til hus, rom eller annet lokale, jf. politiloven § 12 tredje ledd.»

Mye av det samme framgår for rusfeltet i veileder.¹⁴¹⁵ Situasjonen der en person må antas å ville påføre seg selv eller andre skade og helsepersonell ikke er i stand til å avverge dette, er også nevnt, ved siden av de tre punktene gjengitt ovenfor. Enkelte særlig spørsmål for rusfeltet – som relasjonen institusjon–kommune ved rømming – er også omtalt. For saker etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 er det i rundskriv også forutsatt at bistand fra politiet kan være aktuelt.¹⁴¹⁶ Mest konkret er man på s. 50:

«I særlige tilfeller kan kommunen be om at politiet bistår kommunens helse- og omsorgstjeneste når et vedtak etter kapittel 9 skal settes i verk. Politiets bistand vil for eksempel kunne være hjelp til å ta seg inn i vedkommendes bolig, eller til å lokalisere eller transportere vedkommende.» I tilknytning til pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A er ikke problemstillingen omtalt uttrykkelig, men aspekter er berørt i rundskriv.

¹⁴¹³Forskrift 22. juni 1990 nr. 3963

¹⁴¹⁴Helsedirektoratet, IS-5/2012, s. 4–5

¹⁴¹⁵Helsedirektoratet, IS-2355, s. 30

¹⁴¹⁶Helsedirektoratet, IS-10/2015

27.5.2 Utvalgets vurderinger

Utvalget vurderer at psykisk helsevernloven § 3-6 andre ledd er uklart utformet ved at den generelle uttrykksmåten «offentlig myndighet» – som vi har sett rekker langt – benyttes også der bistand må ytes ved hjelp av tvang, jf. siste punktum. I forarbeidene presiseres imidlertid at bistandsplikten «relaterer seg til den enkelte myndighets oppgaver»:

«For eksempel vil politiets bistand være påkrevet dersom det er nødvendig å ty til bruk av fysisk maktutøvelse utenfor institusjon.»¹⁴¹⁷

I rundskriv gjentas dette og at helsepersonell bare kan bruke makt utenfor institusjon i «nødrettssituasjoner».¹⁴¹⁸

Spørsmålet om bistand fra offentlig myndighet er sammensatt. Ut fra generelle rettsstatlige synspunkter om politiets maktmonopol i det sivile samfunn, jf. politiloven § 1, vurderer utvalget at man ikke bør gi andre enn politiet tvangsfullmakter i forbindelse med saker etter lovutkastet. Dette foreslås uttrykt klarere enn i dag. Samtidig er det rimelig at også andre offentlige myndigheter som får befatning med saken, gis en plikt til å bistå, men da uten bruk av tvang. Typisk vil det kunne være snakk om å avsette nødvendig tid og ressurser der en situasjon oppstår, for eksempel på et NAV-kontor, til å ivareta personen inntil ansvaret forsvarlig kan overlates til rett nivå i helse- og omsorgstjenesten.

Grensen mellom politiets generelle maktmonopol og gjennomføring av tvang i regi av helse- og omsorgstjenesten er sammensatt. Det synes imidlertid klart at spørsmålet må nyanseres blant annet ut fra type tiltak og formål.

Der et tvangsvedtaket går ut på tvungent opphold i institusjon med et behandlingsformål, er det gode grunner for å vise tilbakeholdenhet med å akseptere tvangsutøvelse fra helsepersonell utenfor institusjonsområdet, for eksempel i forbindelse med innbringelse eller tilbakeheiting. Det gjelder også etter utvalgets lovutkast.

At bruk av politi også har negative sider og da ikke bare ressursmessig for politiet, er likevel åpenbart. Å koble inn ordensmakten kan generelt oppleves krenkende og uverdig for så vel den hjelpetrengende personen som pårørende, og i enkelte tilfeller også bidra til å eskalere situasjonen. I nevnte rundskriv om samarbeid og oppgavefordeling er slike spørsmål omtalt. Det kan også vises til ulike initiativ som egen psykiatriambulansetjeneste i denne sammenheng. Om det er behov for en tettere lovmessig regulering, har ikke utvalget hatt en tilstrekkelig bred sammensetning til å gå nærmere inn i.

Der et tvangsvedtak etter sitt innhold er arenauavhengig og har en omsorgsmessig begrunnelse, er bildet et annet. Her forutsetter lovutkastet – tilsvarende helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 og brukerrettighetsloven kapittel 4 A i dag – at personell fra helse- og omsorgstjenesten i stor grad må kunne gripe inn i det offentlige rom, også der vi er utenfor akutte nødssituasjoner. Forutsetningen er at vilkårene for dette som er nedfelt i loven, er oppfylt også i gjennomføringsfasen, og at tiltaket ligger innenfor vedtakets rammer. Det vil naturligvis være grenser for et slikt synspunkt. Disse må finnes gjennom en harmoniserende tolkning. For eksempel vil politiloven § 12 tredje ledd om inntrengning i hus utgjøre en slik yttergrense.

¹⁴¹⁷Ot.prp. nr. 65 (2005–2006)

¹⁴¹⁸Helsedirektoratet, IS-1/2017, s. 46

27.6 Individuell plan

Gjeldende regler om individuell plan er omtalt i 5.5.13.1. Her framgår det at individuell plan er regulert i pasient- og brukerrettighetsloven § 2-5, helse- og omsorgstjenesteloven § 7-1, spesialisthelsetjenesteloven § 2-5 og psykisk helsevernloven § 4-1. I tillegg er individuell plan regulert nærmere i forskrift.¹⁴¹⁹ Utvalget har i sitt lovutkastet tatt inn en bestemmelse om forholdet til andre lover, jf. § 1-7. Her er det blant annet foreslått at pasient- og brukerrettighetsloven, helse- og omsorgstjenesteloven og spesialisthelsetjenesteloven skal gjelde med de særlige bestemmelsene som følger av utvalgets lovutkast. Utvalget finner det på denne bakgrunn ikke nødvendig å foreslå egne regler om individuell plan i tvangsbegrensningsloven. Reglene om rett til og plikt til å utarbeide individuell plan etter disse andre lovene vil etter utvalgets forslag gjelde tilsvarende for langvarige og koordinerte helse- og omsorgstjenester etter utvalgets lovutkast. Som påpekt i punkt 5.5.13.1, skal imidlertid ikke individuell plan utarbeides uten samtykke fra personen eller den som kan samtykke på vedkommendes vegne.

28 Kontrollorganer, saksbehandling, overprøving og tilsyn

Boks 28.1 Utvalgets forslag

- En felles ordning for saksbehandling, overprøving og kontroll
 - Kontrollkommisjonsordningen i psykisk helsevern videreføres ikke.
 - Fylkesnemndene mister sine oppgaver i russakene.
- Det anbefales en modell der de administrative kontrollorganene har et klart oppdrag om å begrense bruk av tvang og sikre helhetstenkning rundt individet.
- Nærhet til tjenestene og institusjonene er viktig for å kunne utøve rollen som et reelt kritisk korrektiv.
- Fylkesmannen og tvangsbegrensningsnemndene foreslås som de sentrale organer.
- Tvangsbegrensningsnemndene
 - oppnevnes for 4 år om gangen
 - tre faste medlemmer, mulighet for oppnevning av ett ekstra medlem med spesiell kompetansen ved behov
 - faglig uavhengighet, men administrativt nært knyttet til fylkesmannen.
- Fylkesmannen skal hovedsakelig holde oversikt over tvang og tilrettelegge for tvangsbegrensningsnemndene, herunder etablere og drifte system for saksbehandling og arkiv, ivareta merkantile funksjoner for nemndene m.m.
- Tvangsbegrensningsnemndene
 - behandler klagesaker og gjennomfører obligatoriske kontroller i de alvorligste sakene.
 - gjennomfører stedlige tilsyn.
 - Møter blir satt der tvangen skjer, hva enten dette er i et sykehjem, en rusinstitusjon, et tiltak for person med utviklingshemning eller i en institusjon for psykisk helsevern.

¹⁴¹⁹Forskrift 16. desember 2011 nr. 1256 om habilitering og rehabilitering, individuell plan og koordinator

- Den enkelte nemnd bør behandle saker fra ulike tjenesteområder.
- Høringssak i tvangsbegrensningsnemnda etter 30 dager i de mest alvorlige sakene. Møtene skal bidra til samhandling på tvers av forvaltningsnivå.
- Inntaksmodellen til tverrfaglig spesialisert behandling for rusmiddelavhengighet (TSB) endres etter mønster av psykisk helsevern.
- Saksbehandlingsreglene foreslås bedre tilpasset de særlige hensyn og behov i saker om tvang.
- Konstruksjonen «tvungent psykisk helsevern» foreslås opphevet (unntatt ved dom etter straffeloven § 62). Fokus rettes mot de enkelte tiltak.
- Helse- og omsorgsdepartementet skal holde nasjonal oversikt over tvangsbruken.

[Boks slutt]

28.1 Utgangspunkt og opplegg

I punkt 14.2 har utvalget beskrevet ulike måter rettssikkerhet kan ivaretas på i lovgivningen. Ved spørsmål om bruk av tvang vil det som regel måtte foretas skjønnsmessige vurderinger i den enkelte sak. En viktig grunn til dette er at prinsippet om individuell tilpasning av tjenestene til personens behov naturligvis står sterkt. Dette henger sammen med at tiltakene gjelder svært private forhold, men også at variasjonsbredden i problemstillinger som kan oppstå i det virkelige liv, er svært stor. Resultatet er at det på dette rettsfeltet ofte vil være vanskelig å formulere så klare og presise inngrepsbjemler i lovgivningen som man skulle ønske. Den europeiske menneskerettighetsdomstol (EMD) har langt på vei akseptert dette. Men nettopp av denne grunn blir ordningene som etableres for saksbehandling og kontroll av særlig viktighet.

Tittelen til dette kapitlet i utredningen omfatter mye. Ord som «saksbehandling», «overprøving», «kontroll» og «tilsyn» er til dels overlappende og har ikke et helt presist avgrenset meningsinnhold. Kontrollbegrepet er språklig bredere enn «overprøving» som særlig refererer til gjennomgang av en tidligere fattet avgjørelse med tanke på mulig omgjøring fra et overordnet organ. Også «tilsyn» viser til mer spesifikt avgrensede kontrollaktiviteter, men har gjerne et bredere fokus enn tidligere fattede avgjørelser. «Saksbehandling» kan både være aktuelt i og utenfor kontrollvirksomhet. Ulike ord kan altså bli brukt om samme problemstilling eller fenomen avhengig av konteksten. Dette speiles også i utredningen.

For ordens skyld gjøres oppmerksom på at det i dette kapitlet brukes to begreper som har stor likhet rent språklig. Det ene er «tjenestemodell» som betegner at vedtakskompetansen i første instans ligger i helse- og omsorgstjenesten. Det andre er «tjenestemannsmodell» som uttrykker at saksbehandlingen i kontrollinstansen utøves av ansatte tjenestemenn, i motsetning til et kollegialt organ.

Dagens tvangslovgivning er generelt preget av fragmentering og ulikheter. Ikke minst gjelder dette for de spørsmål som er tema i dette kapitlet. Utvalget skal starte med å beskrive ulike organers oppgaver på tvers av lovverk (punkt 28.2 og 28.3), før overordnede problemstillinger ved konstruksjon av og rammer for en ny felles modell for saksbehandling og kontroll drøftes (punkt 28.4 og 28.5). Deretter følger drøfting av ulike mer konkrete og detaljerte problemstillinger ved en samordning av dagens lovgivning.

28.2 Oversikt over ulike administrative organers kontrollfunksjon på tvers av gjeldende tvangslovgivning

28.2.1 De sentrale helsemyndighetene

28.2.1.1 Helse- og omsorgsdepartementet

Helse- og omsorgsdepartementet har det overordnede ansvaret for at befolkningen får gode og likeverdige helse- og omsorgstjenester. Ansvarsområdet omfatter folkehelsearbeid, primærhelsetjenesten i kommunene, spesialisthelsetjenesten, tannhelsetjenesten, hjelp til personer med psykiske helseproblemer, helsetjenester til rusmiddelavhengige og legemidler. I tillegg omfatter departementets ansvarsområde kommunenes ansvar for tjenester til personer med behov for pleie- og omsorgstjenester. De viktigste brukergruppene for disse tjenestene er eldre, personer med nedsatt funksjonsevne og rusmiddelavhengige. Departementets ansvar omfatter også reglene om bruk av tvang på de feltene som utvalgets mandatet omfatter. Dette innebærer at departementet har et overordnet ansvar for å gripe fatt i mulige svakheter i dette regelverket. Utvalgets mandat er et uttrykk for dette.

28.2.1.2 Helsedirektoratet

Helsedirektoratet er som fagdirektorat og myndighetsorgan underlagt Helse- og omsorgsdepartementet. Direktoratet har tre ulike roller. Det skal både være et fagorgan, ha en forvaltningsrolle og gjennomføre vedtatt politikk på helse- og omsorgsområdet, i tråd med de føringene departementet gir.

Rollen som fagorgan innebærer at direktoratet skal være en «pådriver for kunnskapsbasert arbeid, og sammenstille kunnskap og erfaring i faglige spørsmål og opptre nasjonalt faglig normerende».¹⁴²⁰ Helsedirektoratets ansvar for nasjonale faglige retningslinjer, veiledere og kvalitetsindikatorer er nærmere regulert i helse- og omsorgstjenesteloven § 12-5 og i spesialisthelsetjenesteloven § 7-3.

Direktoratet har en rekke forvaltningsoppgaver. En av disse gjelder myndighet til å anvende og fortolke lover og forskrifter som regulerer helse- og omsorgssektoren, herunder de lovene som utvalgets mandat omfatter. Direktoratet har utgitt omfattende rundskriv med kommentarer til reglene om bruk av tvang på de forskjellige feltene som mandatet gjelder.

Psykisk helsevernforskriften pålegger direktoratet flere oppgaver. Av særlig interesse for utvalgets mandat er oppgaven med å godkjenne institusjoner som skal være ansvarlige for, eller som kan anvende tvungen observasjon eller tvungent psykisk helsevern, jf. forskriften § 2. Det samme gjelder oppgavene forskriften pålegger Helsedirektoratet når det gjelder kontrollkommisjonens virksomhet. Departementet har et overordnet ansvar for at kontrollkommisjonene fungerer tilfredsstillende, men i praksis er det Helsedirektoratet og fylkesmennene som utfører den faglige og praktiske oppfølgingen av kommisjonene. Direktoratet har blant annet utarbeidet et eget saksbehandlingsrundskriv for kontrollkommisjonene.¹⁴²¹

Helsedirektoratet har også en rolle i tilfeller der et vedtak fra en kontrollkommisjon bringes inn for domstolene. I slike saker tilrettelegger direktoratet saksbehandlingen forut for statens

¹⁴²⁰Prop. 1 S (2018–2019), Kapittel 740

¹⁴²¹IS-6/2016

utforming av tilsvar. Helsedirektoratet har dessuten siden 2013 prosedert en del av sakene selv.

28.2.1.3 Statens helsetilsyn

Statens helsetilsyn har det overordnede faglige ansvaret for tilsyn med helse- og omsorgstjenesten i landet. Dette framgår av lov 15. desember 2017 nr. 107 om statlig tilsyn med helse- og omsorgstjenesten m.m. (helsetilsynsloven) § 4 første ledd. Denne loven er nærmere omtalt i punkt 28.11.2.

Det overordnede tilsynsansvaret for Statens helsetilsyn innebærer

«å ha oversikt over sosiale og helsemessige forhold i befolkningen med særlig vekt på tjenestenes plikt til å oppfylle utsatte gruppers rettigheter. Som overordnet myndighet er det også Statens helsetilsyns ansvar å ha god faglig styring av tilsynet med tjenestene, sørge for koordinering og harmonisering av tilsynet, vedlikehold og styrking av kompetanse, utvikling av effektiv tilsynsmetodikk, oppfølging av tilsyn og formidling av tilsynserfaringer. Statens helsetilsyn skal involvere pasienter, brukere og pårørende i alt tilsyn.»¹⁴²²

Statens helsetilsyn er overordnet myndighet både for tilsyn og for klager som gjelder manglende oppfyllelse av rettigheter og plikter. Dette innebærer myndighet til å overprøve fylkesmannens avgjørelser av eget tiltak.

I likhet med Helsedirektoratet har Statens helsetilsyn utgitt ulike veiledere og retningslinjer, blant annet Veileder i behandling av klagesaker etter pasient- og brukerrettighetsloven¹⁴²³ og Retningslinjer for Fylkesmannens behandling av vedtak og klagesaker etter pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A.¹⁴²⁴ I tillegg utgir Statens helsetilsyn ulike tilsynsrapporter, årlige tilsynsmeldinger mv.

28.2.2 Fylkesmannen

Fylkesmannen har kontrolloppgaver etter alle dagens lovverk om tvang i helse- og omsorgssektoren. De mest omfattende oppgavene følger av pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A og helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9.

Etter kapittel 4 A er fylkesmannen klageinstans for vedtak om helsehjelp som pasienten motsetter seg (§ 4A- 7 første ledd). Fylkesmannen skal også motta kopi av vedtak (§ 4A-6 tredje ledd andre punktum) og har i den sammenheng kompetanse til å foreta en overprøving (§ 4A-8 første ledd), noe som også blir praktisert. Det foreligger plikt til overprøving etter tre måneder såfremt ikke klagesak er behandlet (§ 4A-8 andre ledd).

Fylkesmannens mest omfattende oppgave etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 er å være godkjenningsinstans for vedtak om planlagte tiltak, jf. § 9-8 første ledd. Dette gjelder inngrep i gjentatte nødssituasjoner eller for å dekke personens grunnleggende behov for mat og drikke, påkledning, hvile, søvn, hygiene og personlig trygghet, herunder opplærings- og treningstiltak, jf. § 9-5 tredje ledd bokstav b og c.

¹⁴²²Prop. 1 S (2018–2019), Kapittel 748

¹⁴²³Internserien 7/2012

¹⁴²⁴Internserien 9/2012

Fylkesmannen skal videre motta melding om beslutning om bruk av tvang og makt som skadeavvergende tiltak i enkeltstående nødssituasjoner (§ 9-7 første ledd fjerde punktum), og er klageinstans for slike beslutninger (§ 9-11 første ledd). Klage på godkjenningsvedtak om planlagte tiltak skal behandles av fylkesnemnda, men fylkesmannen er forberedende organ. Fylkesmannen skal videre fatte vedtak på søknad om dispensasjon fra utdanningskravet for personell som gjennomfører vedtak om tvang og makt (§ 9-9 tredje ledd tredje punktum).

Etter psykisk helsevernloven skal det særlig framheves at fylkesmannen har en praktisk viktig rolle som klageinstans for vedtak om undersøkelse og behandling uten eget samtykke (§ 4-4 a tredje ledd). Behandling av klage på kommunelegens vedtak om tvungen undersøkelse (§ 3-1 tredje ledd andre punktum), og vedtak om varsling til fornærmede og etterlatte (§ 5-6 c femte ledd) skal også nevnes.

På rusfeltet er fylkesmannen tillagt oppgaver etter forskrift om rettigheter og tvang i rusinstitusjon. Dette gjelder kontroll av at husordensregler er i overensstemmelse med lover og forskrifter (§ 4 sjette ledd) og å behandle klager på vedtak og avgjørelser om kortvarig fastholdning (§ 13 første ledd).

Endelig skal fylkesmannen føre tilsyn etter helsetilsynsloven som regionalt organ for Statens helsetilsyn.

28.2.3 Kontrollkommisjonene

På psykisk helsevern-feltet er kontrollkommisjonene det viktigste kontrollorganet. Dette er selvstendige og faglig uavhengige organer når det kommer til enkeltsaker. Oppgavene er to-delt mellom vedtakssaker og såkalt velferdskontroll. Hva gjelder vedtakssakene, heter det i psykisk helsevernloven § 6-1 første ledd at kommisjonen «treffer de avgjørelser som særlig er tillagt den». Klagesaker om etablering eller opprettholdelse av tvungen psykisk helsevern, eventuelt tvungen observasjon, utgjør en sentral del av saksporteføljen. I tillegg kommer kontroll av formalia i etterkant av etablering av tvungen vern/tvungen observasjon (§ 3-8 første ledd), samt obligatoriske kontroller: første gang etter tre måneder, dersom det ikke før dette er behandlet klagesak, og deretter ved søknad om forlengelse av vernet etter 12 måneder, altså for hvert år. Den vedtaksansvarliges («faglig ansvarlige») løpende tre-måneders-kontroller, jf. § 4-9, skal sendes i kopi til kommisjonene. Klagesaksbehandling etter psykisk helsevernloven kapittel 4 (skjerming, begrensning i kontakt med omverdenen, bruk av tvangsmiddel mv.) utgjør en mindre omfattende del av kommisjonenes totale sakstilfang. Klage over vedtak om behandling uten samtykke, jf. § 4-4 a, behandles av fylkesmannen.

Etter § 6-1 andre ledd skal kommisjonene videre «føre den kontroll den finner nødvendig for pasientenes velferd». Uttrykksmåten «[i] den utstrekning det er mulig» markerer at denne oppgaven er subsidiær til vedtakssakene. Det nærmere innhold av velferdskontrollen har det vært noe usikkerhet rundt. Saker som gjelder materielle forhold, fritidstilbud mv. faller klart innenfor, også gjennomgang av tvangsprotokoller. Grundigheten av disse gjennomgangene er skjerpet inn på rundskrivsnivå i etterkant av VGs avsløringer om beltebruk i psykiatrien høsten 2016.¹⁴²⁵ Det er blitt reist spørsmål om ikke alle saker som angår avdekking og inngripen mot uhjemlet tvangsbruk må anses som en kjerneoppgave, og at kommunikasjonen av innholdet i velferdskontrollen i dag gir et uklart signal til kommisjonene om samfunnsoppdraget.¹⁴²⁶

¹⁴²⁵Brev fra Helsedirektoratet til Helse Nord RHF 19.12.2016

¹⁴²⁶Østenstad, 2016, s. 550–555

28.2.4 Fylkesnemnda for barnevern og sosiale saker

Fylkesnemnda for barnevern og sosiale saker har oppgaver etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 og 10. Fylkesnemndenes saksbehandling er nærmere regulert i barnevernloven kapittel 7. I saker om innlegging og tilbakehold i institusjon for tverrfaglig spesialisert behandling for rusmiddelproblemer, treffer fylkesnemnda vedtak som førsteinstans, men etter initiativ fra kommunen (jf. §§ 10-2 og 10-3). Ved midlertidige vedtak har nemnda en overprøvingsfunksjon. Fylkesnemnda er videre klageinstans over fylkesmannens vedtak om planlagte inngrep overfor personer med utviklingshemning, jf. helse- og omsorgstjenesteloven § 9-11 andre ledd.

28.3 Nærmere om fylkesnemnda og kontrollkommisjonen

28.3.1 Innledning: Fire ulike regelsett, fire ulike kontrollmodeller

Dagens tvangslovgivning i helse- og omsorgssektoren kan sies å bygge på fire ulike hovedmodeller for saksbehandling, overprøving og kontroll. Selv om bildet har ulike nyanser i form av unntak og modifikasjoner innenfor det enkelte regelverk, kan hovedalternativene skjematisk oppstilles slik:

- Fylkesnemndsmodell med forhåndskontroll (helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 10). I dette ligger at det er fylkesnemnda som treffer vedtak i første instans.
- Fylkesmannsmodell med forhåndskontroll (helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9). Her treffer fylkesmannen vedtak i første instans.
- Tjenestemodell med kommisjonskontroll i etterkant (psykisk helsevernloven). I dette ligger at vedtakskompetansen er lagt til helsepersonell («den faglig ansvarlige») i første instans.
- Tjenestemodell med fylkesmannskontroll i etterkant (pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A). Helsepersonell har her vedtakskompetansen i første instans.

Et hovedskille gjelder på hvilket tidspunkt den eksterne kontrollen blir satt inn: om denne kommer før tiltaket kan iverksettes eller i etterkant. Dette aspektet drøftes nærmere i punkt 28.6 med tanke på en framtidig regulering. En annen dimensjon gjelder hvem som skal utføre kontrollen. Et hovedskille her går mellom en tjenstemannsmodell og kontroll utført av kollegiale organer. Dette vil bli drøftet nærmere i punkt 28.5. I fortsettelsen av dette punktet skal fylkesnemndsmodellen i russakene og kontrollkommisjonsmodellen i psykisk helsevern drøftes nærmere, som en bakgrunn for den videre framstillingen.

28.3.2 Fylkesnemndsmodellen i den spesialiserte rusbehandlingen

28.3.2.1 Innledning

Ved frihetsberøvelse i institusjon for tverrfaglig spesialisert behandling for rusmiddelavhengighet, er utgangspunktet at fylkesnemnda skal ha fattet vedtak om dette *i forkant*, jf. helse- og omsorgstjenesteloven §§ 10-2 og 10-3. Kommunene har en eksklusiv rett til å fremme sak, men kan selv fatte midlertidig vedtak i hastetilfeller, jf. § 10-2 fjerde ledd og § 10-3 femte ledd. I slike tilfeller gjelder regler om en hurtig etterprøving ved nemndsleder, og at kommunen må fremme sak om et ordinært vedtak innen to uker, se henholdsvis femte og sjette ledd.

Vi har 12 fylkesnemnder på landsbasis. Nemndene er formelt sett forvaltningsorganer, men i enkeltsaker er arbeidsmåten tilnærmedesvis som for en domstol, se helse- og omsorgstjenesteloven § 10-5 med videre henvisninger til barnevernloven. Lederne er ansatte jurister. I den enkelte sak settes nemnda normalt med to medlemmer, i tillegg til leder: én av disse hentes fra et utvalg av sakkyndige på det enkelte saksfelt.

Nemndenes oppgave er begrenset til å treffe vedtak – og hovedporteføljen utgjør saker etter barnevernloven.¹⁴²⁷ De fører ikke kontroll med oppfølgingen i etterkant.

28.3.2.2 *Grundig saksbehandling i nemnda*

Måten arbeidet i nemnda er lagt opp på gir garantier for en grundig gjennomgang og behandling av den enkelte sak. Det avholdes muntlige forhandlinger med parter og advokater til stede. Sammenlignet med de alminnelige domstoler er også saksbehandlingstiden kort. Det framgår av helse- og omsorgstjenesteloven § 10-5 andre ledd at møte til behandling av saken skal holdes «snarest og hvis mulig innen to uker etter at fylkesnemnda mottok saken». Det gjelder strengere krav til nemndsvedtak – som skal begrunnes «som dommer», jf. barnevernloven § 7-19 tredje ledd – enn det som følger av forvaltningsloven § 25. At nemndsvedtakene etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 og 10 gjennomgående holder bra standard, er bekreftet i evalueringen av kvaliteten på tvangsvedtak.¹⁴²⁸ Se omtale i 6.3.2 og 6.4.1.

Et kritikkpunkt er likevel at nemndene i liten grad går inn og vurderer de konkrete plasseringsalternativer i russakene. Ofte blir dette overlatt til spesialisthelsetjenesten å følge opp og avklare. Nemndas tilnærming står da i fare for å bli distansert, noe som for så vidt er ganske uunngåelig i lys av den beslutningsmodell som er valgt for opptakten til disse sakene. Søvig beskriver prosessen slik:

«I forbindelse med en konkret tvangssak må sosialtjenesten henvende seg til det regionale helseforetaket med en forespørsel om institusjonsplass, enten forut for behandlingen i fylkesnemnden (typisk ved et midlertidig vedtak) eller etter at fylkesnemnden har fattet vedtak om tvangsinneleggelse. Det regionale helseforetaket og sosialtjenesten må så i samarbeid finne frem til en institusjonsplass som passer for den konkrete personen.»¹⁴²⁹

28.3.2.3 *Kommunenes initiativrett – rettslige problemstillinger*

28.3.2.3.1 *Innledning*

Rusreformen som ble iverksatt fra 2004 innebar at staten ved de regionale helseforetakene, overtok fylkeskommunenes ansvar for behandling av rusproblemer. Behandlingen ble tatt inn som et eget tjenestoområde i spesialisthelsetjenesten, på linje med somatikk og psykisk helsevern, med betegnelsen «tverrfaglig spesialisert behandling for rusmiddelavhengighet» (TSB), jf. spesialisthelsetjenesteloven § 2-1 a nr. 5. Kommunenes alminnelige ansvar for personer med rusproblemer ble ikke endret. Etter sosialtjenesteloven 1991 (opphevet) var det en særlig bestemmelse om hjelpetiltak overfor persongruppen i § 6-1. Denne ble regnet som overflødig

¹⁴²⁷Av de sakene som fylkesnemndene behandler er ca. 93 % barnevernssaker ifølge Årsrapporten for Fylkesnemndene for barnevern og sosiale saker for 2018

¹⁴²⁸Oxford Research 2017

¹⁴²⁹Søvig, 2007, s. 185

i forbindelse med vedtakelsen av helse- og omsorgstjenesteloven.¹⁴³⁰ I dag framkommer ansvaret etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 3, se blant annet § 3-1 andre ledd. Kommunenes initiativrett i saker om tvang må ses på bakgrunn av den sterke sosialfaglige tradisjon på rusfeltet.

28.3.2.3.2 Likhetsproblemer i praktiseringen

I hvilken grad det blir fremmet sak etter §§ 10-2 og 10-3, varierer i stor grad mellom kommuner. Lovens vilkår er formulert i relativt vage termer. Den skjønnsutøvelse som må foretas er ikke uttrykkelig regulert og gir betydelig grad av handlingsrom til kommunene i utvelgelse av saker (og til nemnda som skal treffe avgjørelse). Forskning viser at det ofte er andre faktorer enn lovens vilkår som styrer tvangsbruken, som ressursituasjonen i tjenestene. Se omtale i punkt 6.3.1.

Kompetansen om lovverket er varierende mellom kommuner, noe som ikke er overraskende i lys av store variasjoner i kommunestørrelse. Dette vil fortsatt være situasjonen framover, til tross for den pågående kommunereformen. Kombinasjonen av bredt formulerte inngrepshjemler og en beslutningsmodell der kommunene har initiativretten, øker utvilsomt risikoen for ulikhet i praktiseringen av lovverket.

28.3.2.3.3 Faren for ansvarspulverisering og manglende samhandling mellom kommune og spesialisthelsetjenesten

Tvangsinnleggelse etter §§ 10-2 og 10-3 følger et annet spor enn frivillig innleggelse. I tvangssakene er det kommunene som har initiativretten og kan i prinsippet reise sak for fylkesnemnda uten at spesialisthelsetjenesten har vært del av prosessen. Innsøking til frivillig opphold, herunder samtykkebasert tvang etter § 10-4, går på sin side via spesialisthelsetjenesten.

Helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 10 er knapp i formen og regulerer i liten grad saksgangen *fram til* fylkesnemnda. Forvaltningslovens alminnelige regler gjelder, men dette er generelle og vage bestemmelser som åpner for store variasjoner i praksis. Problemet blir i russakene forsterket av store forskjeller i fagkompetanse kommuner imellom.

Spesialisthelsetjenesten vil ha ansvaret for personen ved en eventuell innleggelse etter vedtak i fylkesnemnda etter §§ 10-2 eller 10-3. Det er imidlertid ikke lovfestet – og blir heller ikke alltid gjennomført – en kommunikasjon med spesialisthelsetjenesten under kommunens saksforberedelse. Ved midlertidige vedtak kan i prinsippet en person bli innlagt under tvang i institusjon for tverrfaglig spesialisert behandling for rusmiddelavhengighet, alene basert på en kommunal ruskonsulents vurderinger.

Mangelen på kommunikasjon mellom kommune og spesialisthelsetjeneste underveis i prosessen kan utgjøre et alvorlig problem, for eksempel slik at tvangssak blir reist uten at frivillige løsninger – herunder § 10-4-opphold – kommer tilstrekkelig på banen, eventuelt ikke tidlig nok. Her spiller både tidsfaktoren og tilgangen på aktuelle institusjonsplasser inn for muligheten til å «skifte spor» underveis. Blant annet må § 10-4-institusjoner være utpekt av regionalt helseforetak. Resultatet kan i verste fall bli vedtak om tvang som det utførende leddet – spesialisthelsetjenesten – mener er unyttig eller unødvendig for personen, og kanskje også direkte skadelig.

¹⁴³⁰Prop. 91 L (2010–2011) s. 187–190

Et annet moment er at det ikke alltid er lett å vite om en person med rusproblemer og psykiske vansker bør legges inn i psykisk helsevern eller tverrfaglig spesialisert behandling for rusmiddelavhengighet. Typiske tvilstilfeller er rusutløst psykose og utvikling av omfattende psykiske plager hos personer med langvarig rusmiddelavhengighet. I slike saker er det vanskelig å vite hva som er rett behandling, og i vurderingen kan det være behov for større faglig kompetanse enn det kommunen kan stille med. Det skaper da en uheldig situasjon at tvungen plassering i psykisk helsevern er noe spesialisthelsetjenesten selv kan avgjøre, mens tvungen plassering i spesialisert rusbehandling forutsetter at kommunen fremmer sak for fylkesnemnda. Dette settes på spissen dersom personen på samme tid oppfyller kravene til tvangsinnleggelse etter både psykisk helsevernloven og helse- og omsorgstjenesteloven, og behandlingen best kan gjennomføres ved at personen det gjelder blir overført fra det ene fagfeltet til det andre, for eksempel for videre rusbehandling etter at den psykiske helsen er stabilisert.

Den kommunale saksbehandlingen er langvarig, i gjennomsnitt over 50 dager. Mange kommuner vegrer seg for å ta fatt på dette krevende arbeidet. Dette har tre uheldige konsekvenser. *Den ene* er at personer med omfattende rusproblemer og stort hjelpebehov blir gående for lenge i påvente av at saksbehandlingen blir avsluttet slik at behandlingen kan begynne etter et vedtak i fylkesnemnda. *Den andre* er at unntaksregelen om midlertidige vedtak i realiteten blir hovedregelen ved at de fleste tvangsinnleggelser i TSB starter med et midlertidig vedtak. Dette tyder på at en forenkling av saksbehandlingen kan være fornuftig. *Den tredje*, og mest betenkelige, konsekvensen er at personer som har et påtrengende behov for helsehjelp, blir lagt inn etter galt lovverk. Det vanligste er at personer med rusproblemer blir akuttinnlagt etter psykisk helsevernloven – fordi helsehjelpen her er lettere tilgjengelig, særlig når nøden er stor. Slike problemer ble også omtalt i utvalgets møte med Department of Health i Storbritannia, der det ikke finnes egen lovhjemmel for tvungen rusbehandling og pasienter følger isteden blir innlagt til tvungent psykisk helsevern.

Det viktige samarbeidet mellom institusjon og kommune som bør skje under oppholdet, kan også bli skadelidende innenfor den ramme beslutningsmodellen setter. Det kan oppstå direkte motpartsrelasjoner mellom kommune og institusjon, der institusjonens trumfkort kan være utskriving av personen uten å konferere med kommunen. Dette kan virke demotiverende for kommuner. Det er eksempler på at kommuner har iverksatt tvangstiltak nærmest som et desperat tiltak for å få spesialisthelsetjenesten i tale. I et slikt klima er det risiko for at det kan bli tatt usaklige hensyn ved at press utenfra blir tillagt for stor vekt målt opp mot hva som er personens beste. Dårlig samarbeid rammer til syvende og sist personen. Som en side ved problemstillingen kan nevnes at det er blitt fokusert på økt risiko for overdose etter utskriving der personen er motivert for et videre frivillig opphold, men dette ikke har latt seg ordne i tide.

Reglene om frihetsberøvelse på rusfeltet er preget av en sosialfaglig tradisjon. Lovens vilkår kan på sin side aktualisere medisinske vurderinger. Det varierer i stor grad om kommunene innhenter medisinske vurderinger i saksbehandlingsprosessen. Utviklingen av en ordning med bistandsteam der kommune og spesialisthelsetjeneste systematisk samarbeider om håndteringen av konkrete saker, også med involvering fra personen selv, er viktig med tanke på å bote på samhandlingsutfordringene. Oppretting av slike team er en anbefaling i Veileder IS-2355. Dette bygger på et synspunkt om at sosialfaglige vurderinger ikke er tilstrekkelig – og er et forsøk på å rette opp et skjevfokus i loven. Veilederen baserer seg på en form for forløps-tenkning som ikke gjenspeiles i lovverket. Behovet for tverrfaglighet i tilnærmingen er utvilsomt, og bistandsteamene skal dekke dette.

28.3.3 Kontrollkommisjonsmodellen i psykisk helsevern

28.3.3.1 Innledning

Etter psykisk helsevernloven er vedtaksmyndigheten i første instans i hovedsak lagt til den faglig ansvarlige, jf. psykisk helsevernloven § 1-4 om hvem dette kan være. Kontrollen av fagskjønnet er i overveiende grad organisert som en prøving i etterkant, typisk i form av klagesak. Bildet har enkelte nyanser, for eksempel slik at kontrollkommisjonens samtykke til forlengelse av tvungent vern ut over ett år, jf. § 3-8 tredje ledd, har elementer av forhåndskontroll i seg. Tilsvarende må samtykke til tvungen observasjon ut over ti dager gis av kontrollkommisjonens leder i forkant, jf. § 3-2 siste ledd.

Kontrollkommisjonene består av fire medlemmer – en jurist som er leder, en lege og to lekmedlemmer. Den ene av lekmedlemmene skal ha pasient- eller pårørendeerfaring eller tidligere ha «representert pasientinteresser». I § 6-2 første ledd heter det:

«Kontrollkommisjonen skal ledes av en jurist som er kvalifisert til å gjøre tjeneste som dommer, og ellers bestå av en lege og to andre medlemmer, alle med personlige varamedlemmer. Av de to sistnevnte faste medlemmer skal det oppnevnes en person som selv har vært under psykisk helsevern eller er eller har vært nærstående til pasient eller som har representert pasientinteresser i stilling eller verv.»

Medlemmene er ikke ansatt, men oppnevnt: uttrykksmåten «verv» er således den korrekte beskrivelse. Fylkesmannen står for oppnevningene etter delegasjon fra Helsedirektoratet.¹⁴³¹

For de fleste utøves kommisjonsvervet som et sidegjøremål. Storparten av kommisjonslederne har dommerembete eller advokatvirksomhet som sin hovedbeskjeftigelse. Det går fram av evalueringen av kvaliteten på tvangsvedtak at 86 prosent av dem som svarte på spørreundersøkelsen, oppga at de hadde bakgrunn som advokat, mens 13 prosent oppga at de hadde bakgrunn som dommer. Se omtale i utredningen punkt 6.2.2.2.

Oppnevningsperioden er fire år. Ingen kan gjenoppnevnes mer enn én gang «i samme kontrollkommisjon», jf. § 6-2 andre ledd. For oppnevning til tjeneste i andre kommisjoner gjelder ingen karenperiode. Tradisjonelt har rekrutteringen i regi av fylkesmennene vært lite åpen, men her er det gjort endringer de siste årene. Helsedirektoratet har pålagt fylkesmennene å sikre at rekruttering av nye medlemmer skjer på en åpen og tillitsvekkende måte, slik at aktuelle kandidater gis anledning til å søke verv i kontrollkommisjonen.¹⁴³²

28.3.3.2 Et forvaltningsorgan med løse rammer for driften

I dag er det 54 kontrollkommisjoner, hver med sitt geografiske virkeområde, i praksis knyttet til virksomheten ved bestemte institusjoner. Den enkelte kommisjon framstår utad som en selvstendig enhet for forberedelse og avgjørelse av vedtakssaker. Det er således både et «organ for stat» etter forvaltningsloven § 1 og et selvstendig forvaltningsorgan.

Å være medlem av en kontrollkommisjon er som nevnt ikke en offentlig stilling. Sinnssykelovkomiteen betegnet det som et «tillitsverv».¹⁴³³ Hvordan særlig kommisjonsledervervet bør

¹⁴³¹Dette er en såkalt videredelegasjon: Etter psykisk helsevernloven § 6-1 tredje ledd er det «departementet» som er tillagt oppnevningskompetansen.

¹⁴³²Helsedirektoratet, 2014

¹⁴³³Innstilling fra komiteen til revisjon av sinnssykelovgivningen, 31. mai 1955, s. 75

karakteriseres i relasjon til begreper som «frilanser» og «oppdragstaker», faller utenfor utvalgets mandat å vurdere. For utvalget er det tilstrekkelig å konstatere at lederen i dag har i oppgave å organisere og drive et selvstendig forvaltningsorgan – praktisk talt i alle ledd. Den videre framstillingen vil tydeliggjøre problematiske sider ved dette og at de formelle oppgavens omfang og karakter i dag legger press på de juridiske rammene for organiseringen.

Etter psykisk helsevernloven § 6-1 fjerde ledd har «[d]epartementet [...] det overordnede ansvar for at det i hvert område er en fungerende kommisjon». I praksis er oppfølgingen delegert til Helsedirektoratet, som igjen har delegert deler av ansvaret til fylkesmennene. *Praktisk sett* er fylkesmannens oppfølgingsansvar knyttet til oppnevning av nye medlemmer, setteoppnevninger og utbetaling av honorarer. Enkelte fylkesmannsembeter har de senere år tilrettelagt for møter mellom kommisjonene i sitt fylke og fylkesmannen for å drøfte spørsmål av felles interesse. Helsedirektoratet har tradisjonelt i liten grad hatt kapasitet til å ivareta en administrativ og faglig oppfølging av kommisjonene, men dette er blitt prioritert høyere de siste par årene. Det er nylig etablert en ressursgruppe for kontrollkommisjonene bestående av enkelte kontrollkommisjonsledere, der følgende arbeidsoppgaver inngår:

- bidra til god og lik praksis på landsbasis – utvikle standarder, rutiner mv.
- kvalitetsutvikling i hver kontrollkommisjon – besøk, veiledning til andre kontrollkommisjonsledere om drift, ledelse og organisering av kontrollkommisjonens arbeid
- være mellomledd og en «lyttepost» for Helsedirektoratet for kvalitet- og læringsformål, men skal ikke være et kontrollorgan.

De formelle krav som stilles i saksbehandlingsrundskrivet kapittel 5 og 6 er ellers begrensede.¹⁴³⁴

Rent formelt er det heller ikke helt opplagt hvilken mulighet den sentrale helseforvaltning har til å gripe inn overfor den enkelte kommisjon. I dette bildet er det ikke den faglige uavhengighet i enkeltsaker som er omtvistet, men kontrollen med driftsmessige forhold. Kommisjonenes lovfestede posisjon sammen med tradisjonen for hvordan denne ordningen praktiseres, forutsetter en ikke ubetydelig grad av frihet. Hva som er «en fungerende kommisjon» er et vagt kriterium. Når de rettslige grensene har vært lite fokusert, skyldes det sannsynligvis at det ikke er blitt oppfattet som et påtrengende behov for en avklaring: vanskelige saker der verv ikke er skjøttet på en god måte – som utvalget er kjent med har forekommet – er blitt løst i minnelighet.

28.3.3.3 *Institusjonstilknytningen – positive og negative sider*

Kontrollkommisjonenes institusjonstilknytning har vært et kritikkpunkt i tidligere utredninger.¹⁴³⁵ Frykten har blant annet vært at kommisjonsmedlemmene skal bli for husvarme i institusjonene, og at den kritiske sans i utøvingen av oppdraget slik kan bli svekket.

Problemstillingen er viktig. At det har vært eksempler på kommisjoner som ikke fungerer godt, er ikke tvilsomt. Noe annet er om årsaken til dette kan tilskrives «husvarmhet» eller snarere en manglende klarhet om samfunnsoppdrag og rolleforståing. På dette punkt har det nok skjedd forbedringer de senere år, noe også undersøkelsen av vedtaks kvalitet indikerer. En side ved dette er at de formelle krav og forventninger til kommisjonene har økt jevnt de siste tiår.

¹⁴³⁴Helsedirektoratet, IS-6/2016

¹⁴³⁵NOU 2011: 9 s. 211 og NOU 1988: 8 s. 162

Sammen med stadige utskiftninger på ledersiden og fornyet oppmerksomhet om virksomheten, gir dette mindre rom for å oppfatte dette som primært å være «et hyggelig sideverv».

Et annet aspekt er at det kan oppstå habilitetsproblem ved at dagens kommisjoner – med lik eller tilnærmet lik sammensetning – behandler saken til den samme personen gang etter gang uten at de faktiske forhold er forandret i nevneverdig grad. Mange kommisjonsledere vil nok prøve å unngå dette gjennom bruk av varamedlemmer, men vi står allikevel overfor et strukturelt habilitetsproblem selv om det skal mye til før grensene etter Grunnlova § 95, jf. EMK artikkel 5 og 6, utfordres.

En svakhet ved institusjonstilknytningen er at den gir lite fleksibilitet i ressursbruken. Enkelte kommisjoner er overarbeidet, andre har ledig kapasitet. Overføring av saker mellom kommisjoner av kapasitetshensyn er i dagens system ikke mulig av formelle grunner. Hver enhet er tillagt sitt «område», jf. psykisk helsevernloven § 6-1 tredje ledd.

En styrke ved dagens modell er at institusjonstilknytningen sikrer en regelmessig tilstedeværelse fra utenverdenen i et svært lukket system. Man skal ikke undervurdere effekten av at personer med høy faglig og personlig integritet og med kompetanse til å gripe inn i enkeltsaker, går rundt og stiller kritiske spørsmål om praksis. Også Paulsrud-utvalget påpekte dette aspektet, men var kritisk til rolleblandingens ved at kontrollkommisjonene både rådgir pasienter og behandler klagesaker:

«Utvalget mener likevel at det er problematisk at de personer som er lydhøre for klager og betroelser den ene dagen, den neste dagen kan utgjøre et formelt organ som kan ta avgjørelser som går imot det som pasientene ønsker og oppfatter som rettferdig. En slik kombinasjon av roller kan fort fremstå som uheldig og uklar for pasientene og for andre. Dette kan peke i retning av at funksjonene bør splittes opp, der ulike organer foretar henholdsvis velferdskontroll – hvor klager og kritikkverdige forhold fanges opp – og den formelle prøvingen i klagesaker.»¹⁴³⁶

Dette er imidlertid et spørsmål om hvilken type kontroll man ønsker seg. Dersom fokuset rettes mot den enkelte vedtakssak isolert, er det naturlig, slik Paulsrud-utvalget foreslo, å kutte båndene til institusjonene: så vel den regelmessige kontakten med fagfolkene som med pasientene. Ønsker man derimot et kontrollorgan som skal operere som et kontinuerlig, kritisk korrektiv – også i form av oppfølging av situasjonen til enkeltpersoner hvor det er fattet tvangsvedtak – er det uunngåelig at man må beholde en institusjonstilknytning. Dette aspektet er ikke klart nok kommunisert i tidligere utredninger.

Under utvalgets studiebesøk til andre land har kontrollkommisjonsordningen ofte vært et etterspurt tema fra vertskapetets side. Dette er et uttrykk for at man der nettopp har savnet en fysisk tilstedeværelse fra kontrollorganene.

28.3.3.4 *Ledere med høy faglig integritet*

Vervet som kontrollkommisjonsleder som sideverv vil for mange være attraktivt ut fra honorerings, og tiltrekker seg av den grunn dyktige jurister til disse posisjonene. Dette er i stor grad folk som er vant til å lede og organisere juridisk saksbehandling på en ryddig og god måte. En slik rekrutteringsbase gir en viss garanti for kommisjonenes faglige integritet og uavhengighet, selv om det kan glippe i enkelttilfeller. Det har vært uheldig at rekrutteringsprosessen tradisjonelt har vært lukket. For institusjonene er det en styrke ved kommisjonsordningen at de

¹⁴³⁶NOU 2011: 9 s. 211

kan få lett tilgang til juridisk veiledning av god faglig kvalitet som bidrar til å heve nivået på behandlingen av konkrete saker og mer generelt virker rettssikkerhetsfremmende.

28.3.3.5 *Kostnadseffektivt system*

Kontrollkommisjonsordningen er sannsynligvis ganske kostnadseffektiv. Driften er – med nødvendighet – lite byråkratisk og ledere i offentlig stilling vil normalt ha formelle begrensninger knyttet til hvor stor del av arbeidstiden som kan gå med til oppgavene. Privatpraktiserende advokater vil normalt også ha nok av andre arbeidsoppgaver å fylle dagene med. På den andre siden honoreres leder også for å utføre rent administrative oppgaver som ikke krever juristkompetanse.

28.3.3.6 *Forvaltningsvirksomhet i privat regi*

Kontrollkommisjonene er selvstendige forvaltningsorganer som drives i privat regi av lederne. Tilsvarende løse rammer rundt et forvaltningsorgans virksomhet hører nok til sjeldenhetene, i særdeleshet stilt overfor en sakstype av en slik viktighet for enkeltmennesket. Det eksisterer ikke noe felles saksbehandlingssystem.

Kommisjonenes offisielle postadresse kan ofte knyttes til et advokatkontor eller dommerkontor, og tidvis har denne koblingen også framgått på brevark, konvolutter og lignende. Det er kjent at dette kan skape forvirring, usikkerhet og engstelse hos enkelte. At et forvaltningsorgans virksomhet på denne måten privatiseres er uheldig. Det er eksempler på at pasienter har omtalt en kommisjon som «NN ting-/lagmannsrett-kommisjonen»: ikke unaturlig fordi domstolsadressen er brukt som postadresse.

All den tid funksjonen som leder normalt utøves ved siden av full stilling, kan kommisjonens tilgjengelighet være begrenset. Dette er en kritikk som er reist ved flere anledninger og som utgjør en strukturell svakhet.

28.3.3.7 *Uavhengighet*

Det er ikke uvanlig at kommisjonene benytter seg av institusjonens infrastruktur også i kommunikasjon med pasienten, f.eks. i forbindelse med forhåndsvarsling eller underretning om vedtak. Tidvis har dette form av at pasienthenvendelser til kommisjonen bes formidlet via institusjonen. Med tanke på organets uavhengighet er en slik praksis uheldig.

28.3.3.8 *Forsvarlig saksbehandling*

Slik kontrollkommisjonene i dag er organisert har disse organene i realiteten ingen mulighet til å oppfylle arkivlovgivningens alminnelige krav, som i utgangspunktet vil gjelde. Om det må innfortolkes et unntak ut fra kommisjonenes særegenhet, har ikke utvalget funnet det nødvendig å ta endelig stilling til. At det ikke har vært en åpenhet og bevissthet rundt disse spørsmål er imidlertid uheldig.

For den konkrete saksbehandling gjelder et generelt krav om forsvarlighet – som dels er lovfestet, dels ulovfestet. Kommisjonenes arbeidsbelastning varierer i stor grad. Samtidig har de formelle arbeidsoppgaver og forventningen til hvordan disse løses kvalitetsmessig vært økende, for eksempel slik at kommisjonen i dag må være fulltallig ved behandling av obligatoriske kontroller, jf. psykisk helsevernforskriften § 58 tredje ledd, jf. § 59. Utvalgets inntrykk er at oppfylling av grunnleggende forvaltningsrettslige krav til forhåndsvarsling og underretning om vedtak har vært varierende. Se omtale i punkt 6.2.2.2 om underretning.

28.3.3.9 *Oppsummering*

Som gjennomgangen viser har ordningen med kontrollkommisjoner både sterke og svake sider. Hvilke konsekvenser man trekker av dette er avhengig av hvilken kontrollmodell man ønsker seg i framtiden. Særlig er spørsmålet om den eksterne kontrollen primært skal være

rettet inn mot å treffe korrekte vedtak, eller om den også skal ha en aktivt virkende rolle med tanke på å redusere tvangsbruken. Dette kommer utvalget tilbake til i punkt 28.5.

28.4 Er en felles regulering mulig og ønskelig?

28.4.1 Er en felles regulering mulig?

28.4.1.1 Innledning

Enkelte forskjeller mellom dagens ordninger for saksbehandling og overprøving er så grunnleggende at de reiser spørsmål om en ensartet regulering i det hele tatt er mulig. Utvalget har identifisert to kritiske punkter.

Det ene gjelder håndteringen av «midlertidighetsproblematikken». Denne muligheten eksisterer i alle regelverkene, men terminologi og løsning er forskjellig, noe som reflekterer at vi står overfor ulike problemstillinger, fagtradisjoner og avgjørelsesmodeller.

Det andre punktet gjelder begrepene «tvungent psykisk helsevern» og «tvungen observasjon» etter psykisk helsevernloven. Konstruksjonen fungerer som et overbegrep som vedtak om andre inngripende tiltak springer ut av, uten sidestykke i lovgivningen ellers.

28.4.1.2 Behovet for midlertidige vedtak – ulike modeller for håndteringen

28.4.1.2.1 Psykisk helsevernloven

Etter psykisk helsevernloven er det den faglig ansvarlige som fatter vedtak om tvangstiltak. Dette begrepet er definert så bredt, jf. § 1-4, at det sjelden reiser egentlige problem å framskaffe en person som kan fylle denne funksjonen. Det er således sjelden tidsnød som foranlediger behov for å fatte midlertidige vedtak, men derimot behovet for å få avklart om lovens vilkår er oppfylt. Dette løses gjennom «tvungen observasjon»-ordningen.

Begrepet «observasjon» reflekterer en medisinsk tilnærming til psykiske helseutfordringer. Her er det tale om å studere personen og dennes atferd og bedømme sykdommens betydning i bildet. Dette kan være aktuelt i relasjon til alle vilkår for tvungent vern etter kapittel 3, men tradisjonelt er det spørsmålet om «alvorlig sinnslidelse» og – i nær tilknytning – spørsmålet om behandlingsbehov som står i sentrum. Etter iverksettelsen av de nye lovbestemmelsene om beslutningskompetanse i 2017, er også avklaring av dette en aktuell problemstilling. Prinsipielt må likevel også mulighetene for alternative løsninger, som poliklinisk oppfølging og innsats fra andre deler av hjelpeapparatet, kunne være tema. Men observasjonsbegrepet peker – rent språklig – i retning av at hovedfokus tradisjonelt har ligget på det medisinskfaglige i mer snever forstand.

28.4.1.2.2 Pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A

Etter pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A har man ingen særlige bestemmelser som adresserer midlertidighetsproblematikken. Dette må ses på bakgrunn av at regelsettet er svært generelt formulert. Helsehjelpsbegrepet omfatter også diagnostiske vurderinger, jf. § 1-3 bokstav c. Behovet for diagnostisk avklaring kan altså være en selvstendig grunn for vedtak, og slik i realiteten dekke inn en observasjonsfunksjon stilt overfor klassiske medisinske problemstillinger. Behov for avklaring av spørsmålet om beslutningskompetanse, kan likevel ikke løses på denne måten. Tilsvarende gjelder spørsmål om utprøving av alternative tiltak til tvang under løpende tjenesteyting: Dette vil særlig kunne være en praktisk problemstilling under yting av tjenester med pleie- og omsorgsformål – som i demensomsorgen – der bedre tilrettelegging av tjenestetilbudet både kan kreve tid og planlegging. Problemstillingen her er paral-

lell til behovene etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9, men utvalget har ikke inntrykk at man etter kapittel 4 A aksepterer en registrering av uhjemlede tiltak i en periode før man fatter endelig vedtak, tilsvarende hva man tradisjonelt har gjort på kapittel 9-feltet.

28.4.1.2.3 Helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9

Etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 er det et sterkt fokus på utprøving av alternative tiltak til tvang, før vedtak om planlagte tiltak kan forhåndsgodkjennes av fylkesmannen, jf. § 9-8. Bakteppet her er et faglig fokus på samhandlingsmessige forhold som sentrale for utvikling og opprettholdelse av utfordrende atferd. Kravet om utprøving av alternativ først har blitt oppfattet strengt, og det kan ta lang tid å oppfylle dette. Lenge var det et stridsspørsmål hvor strengt vilkåret skulle tolkes, og i noen grad er forståelsen etter hvert lempet gjennom en erkjennelse av at ikke absolutt alt kan være avklart før et vedtak fattes.¹⁴³⁷

Uansett er det en betydelig saksbehandlingstid knyttet til planlagte tiltak etter kapittel 9. Problemet med manglende vedtak under saksbehandlingstiden er tradisjonelt løst for b-tiltak (repeterende nødssituasjoner) gjennom rapportering av dette som a-tiltak (selv om b-tiltaket allerede er i bruk). For c-tiltak er det også blitt akseptert en meldeordning i venteperioden, men dette er nylig blitt endret. Kommunen skal nå registrere slike tiltak som avvik, som ikke uten videre skal meddeles fylkesmannen. I Helsetilsynets retningslinjer for fylkesmannens behandling av saker etter kapittel 9 (revidert i 2017) heter det i punkt 2.2.2:

«Finner fylkesmannen at tiltaket som benyttes er i strid med loven, skal fylkesmannen påpeke lovbruddet overfor virksomheten og be om at virksomheten sikrer at det ikke gjentar seg. Dersom det avdekkes at formålet med det meldte tiltaket er å dekke brukerens grunnleggende behov (§ 9-5 tredje ledd bokstav c), skal fylkesmannen veilede kommunen om at tiltaket ikke kan anses å være et skadeavvergende tiltak i nødssituasjon, og heller ikke skal meldes som det.»

Dette reflekterer muligens at helsemyndighetene i stigende grad opplever det ubehagelig å vite om uhjemlet tvang i lys av (lov)hjemmelskravet i EMK artikkel 8 (2). Det gjelder selv om den tilnærmingen man har valgt etter kapittel 9 har fungert godt som en katalysator for faglig innsats: pressmiddelet mot tjenestene er at de må jobbe hardt for å få på plass nødvendige vedtak og gjennomføre tvangstiltakene i rettssikre former. En lettere vei til vedtak kan svekke motivasjonen for å stå på i det faglige arbeidet.

28.4.1.2.4 Helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 10

I tverrfaglig spesialisert behandling for rusmiddelavhengighet er det tidsbruken ved en domstolslignende prosess i fylkesnemnda som tvinger fram behovet for en administrativ snarvei. Kravene til vedtaket viser at kapittel 10 ikke inneholder noen mekanisme for de egentlige akutttilfellene. Det går dessuten fram av evalueringen av kvaliteten på tvangsvedtak at de midlertidige vedtakene (såkalte akuttvedtak) hadde omtrent samme omfang som ordinære vedtak. Se omtale i punkt 6.3.2.

Ved midlertidige vedtak er det likevel viktig å få gitt hjelp rimelig raskt, og man kan ikke vente i mange uker på nemnda. Sammenlignet med de andre modellene er det likevel ikke avklaring av tilstand eller samspillsutfordringer som er begrunnelsen for at det oppstår behov for midlertidige vedtak, men derimot de byråkratiske hindringer en omstendelig, ordinær saksbehandling representerer.

¹⁴³⁷Helsedirektoratet, IS-10/2015, s. 72–73

28.4.1.2.5 *Utvalgets vurderinger*

I den gjeldende lovgivningen varierer begrepsbruk og problemfokus, noe som reflekterer ulike tradisjoner og faglige tilnærminger. Samtidig er det å etablere et felles rammeverk for håndtering av midlertidighetsproblematikken sentralt for om man skal kunne skape et felles prosessuelt rammeverk.

Etter utvalgets vurdering er ikke problemet uoverstigelig. Lovens fellesbegrep i framtiden bør være «midlertidig vedtak», og slike må kunne fattes i visse tilfeller for å avklare om lovens vilkår er oppfylt. Det gjelder uansett hva tvilen gjelder: avklaring av tilstanden med mulig betydning for om det foreligger et sterkt behov for hjelp, muligheten for å nå fram gjennom frivillige tiltak, eller annet. Utvalget vurderer at det først og fremst er i forbindelse med tvangsinnleggelse i helseinstitusjon behovet for midlertidige vedtak er til stede, slik gjeldende lovgivning også speiler. Etter lovutkastet kapittel 6 vil det ellers være hjemmel for vedtak om undersøkelse uten innleggelse, som i praksis kan ivareta samme funksjon som midlertidige vedtak, jf. ovenfor. Ved tradisjonelle omsorgstiltak vil behovet for tiltak oftest ha bygd seg opp over tid, og tjenestene bør her være i forkant. Behovet for midlertidige vedtak er dermed mindre.

Begrepsmessig vil utvalgets forslag oppleves sterkest på psykisk helsevern-feltet der «midlertidig vedtak» vil erstatte «observasjon». Dette vil imidlertid signalisere at det også her er nødvendig å legge an et bredt perspektiv. Mens observasjonsbegrepet gir sterke assosiasjoner i retning av et mer avgrenset fokus på pasientens atferd, vil «midlertidig vedtak» signalisere en større åpenhet for at også alternativer til tvang må vurderes, eventuelt i samhandling med andre tjenestenivåer.

Innholdsmessig vil likevel den største endringen komme på kapittel 9-feltet. Det pragmatisk orienterte systemet som her er etablert i påvente av godkjent vedtak, kan ikke fortsette som i dag: Lovhjemmelskravet i EMK artikkel 8 (2) er til hinder for det. Det er muligens en stigende utilpasshet hos helsemyndighetene på dette punkt som nylig har foranlediget en praksisomlegging der uhjemlete bokstav c-tiltak ikke lenger skal rapporteres til fylkesmannen, slik det har vært lang tradisjon for, men bare registreres som interne avvik. En tilsvarende lemfelig holdning til lovhjemmelskravet som man har sett i omsorgen for personer med utviklingshemning, ville neppe blitt akseptert på andre områder. Utvalget har ikke kunnet lukke øynene for dette.

For tiltak som i dag blir omfattet av helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9, blir det ikke foreslått hjemmel for midlertidige vedtak, jf. vurderingene like ovenfor: tjenestene bør her være i forkant. Dette betyr at utfordringer raskere må gripes fatt i, herunder utprøving av alternativer til tvang, om nødvendig under veiledning av spesialisthelsetjenesten. Utvalget ser risikoen for at et krav om raskere å fatte vedtak kan ha negative virkninger for det faglige arbeidet med å forebygge bruk av tvang i omsorgen for utviklingshemmede. Faren ligger i at dette skal bli en sovepute for kommunene. Denne utglidningsfaren mener utvalget å forebygge gjennom andre rettssikkerhetstiltak, herunder at de nye tvangsbegrensningsnemndene også skal dekke tjenestene for personer med utviklingshemning.

28.4.1.3 *Konstruksjonen «tvungent psykisk helsevern» kontra et direkte fokus på det enkelte tiltak*

28.4.1.3.1 *Innledning*

Ordningen etter pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A, helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 og helse- og omsorgstjenesteloven 10 er at det fattes vedtak om spesifikke til-

tak. Tilsvarende gjelder etter psykisk helsevernloven kapittel 4, men etter denne loven opereres det etter kapittel 3 i tillegg med begrepene «tvungen observasjon» og «tvungent psykisk helsevern». Om dette kan det fattes vedtak, jf. § 3-3 a, ut fra vilkårene i § 3-2 eller § 3-3.

Hva et vern kan omfatte er nærmere definert i psykisk helsevernloven § 3-5, og det er to hovedvarianter:

- Tvungent vern *med døgnopphold*, jf. første ledd. Dette omfatter klassisk frihetsberøvelse: «personen [kan] holdes tilbake mot sin vilje og hentes tilbake ved unnvikelse, om nødvendig med tvang».
- Tvungent vern *uten døgnopphold*, jf. tredje ledd, ofte forkortet TUD. Her er inngrepsfullmaktene avgrenset til «pålegg overfor pasienten om frammøte til undersøkelse (tvungen observasjon) eller behandling (tvungent psykisk helsevern)». Om nødvendig kan vedkommende avhentes med tvang.

28.4.1.3.2 Rettslig karakteristikk og funksjon

Det spesielle med konstruksjonen «tvungent vern» er at den ikke refererer direkte til et bestemt tiltak, som tvangsinnleggelse og tvungent tilbakehold eller tvungen behandling, men gir en åpnere ramme. Lovens system er videre at eksistensen av et slikt vedtak er en forutsetning for en rekke andre vedtak om inngrep, som behandling uten samtykke (§ 4-4), kontakt med omverdenen (§ 4-5 andre ledd) og rusmiddeltesting (§ 4-7 andre ledd).

Det at et vedtak bygger på et annet, er ikke unikt. Men ordningen i psykisk helsevern er spesiell ved at tvungent vern etableres som et rammevedtak som andre vedtak så å si kan springe ut av, på nærmere vilkår fastsatt i lov.

Begrepet har en sterkt organiserende funksjon etter dagens psykisk helsevernlov. Spørsmålet er hva som er den praktiske nyttefunksjonen mer konkret. Utvalget har her festet seg ved to aspekter:

- Et rammevedtak om tvungent vern legger grunnlaget for en enkel overføring av personer mellom ulike former for vern – tvang med og uten døgnopphold. Nærmere regler om dette er gitt i psykisk helsevernloven § 4-10.
- Et rammevedtak om tvungent vern gir et relativt enkelt utgangspunkt for fristberegning med tanke på gjennomføring av obligatoriske kontroller. For personer som stadig er inn og ut av institusjon, kan det ellers være vanskelig å holde oversikt, særlig der flere institusjoner er involvert. Allerede i dag kan det her tidvis glippe ved at det blir fattet nytt vedtak om tvungent vern for person som allerede er underlagt et slikt vedtak.

28.4.1.3.3 Er det nødvendig og ønskelig å opprettholde konstruksjonen tvungent vern?

Å organisere psykisk helsevernlovgivningen rundt begrepet «tvungent vern» er ikke naturgitt. I Skandinavia har Sverige denne modellen, men ikke Danmark: der er fokus rettet mot det enkelte inngrep, uten tvungent vern som et mellomliggende ledd. For danske forhold kan dette kanskje ha sammenheng med mindre bruk av tvang uten døgnopphold, men også mindre grad av obligatoriske kontroller utført av eksterne organer. Se nærmere omtale i kapittel 8. Også i sentrale menneskerettighetsdokumenter er fokus rettet direkte mot det enkelte tiltak.

Med utvalgets opplegg for en ny kontrollordning, der fylkesmannen skal holde oversikt over alle vedtak, vil de nevnte praktiske hensyn knyttet til fristberegning få mindre vekt. Kriterier for framtidig utvelgelse av saker til obligatorisk kontroll innenfor den ramme utvalget trekker opp med fokus på den totale tvangsbelastning for individet, må uansett gjennomtenkes på nytt.

Det som står tilbake er konstruksjonen tvungent vern som et virkemiddel for å sikre en sømløs overgang mellom tvang i og utenfor institusjon. Argumentet står nok sterkest for personer med en svært svingende psykisk fungering. En bekymring her kan være at dersom det blir gjort for vanskelig å reinnlegge etter utskrivning, kan det føre til at enkelte blir holdt for lenge på tvang i institusjon «for sikkerhets skyld». Dette har imidlertid utvalget tatt høyde for både ved unntak fra kravet om ny, uavhengig legeundersøkelse og gjennom hjemmel for overføring mellom institusjoner. Dermed ivaretas hensynet til praktisk gjennomførbarhet, som har vært verdsatt i en norsk kontekst, samtidig som oppløsning av tvungent vern-konstruksjonen tvinger fram et skarpere og mer kritisk fokus på de enkelte tiltak. Det skal for øvrig bemerkes at sømløshetsargumentet ikke har stått like sterkt i Sverige. Her må Förvaltningsrätten godkjenne overgang mellom ulike former for vern.

Utvalget vurderer som en svakhet ved konstruksjonen tvungent vern som rammevedtak, det signalet som på denne måten gis om at det nettopp overfor personer med psykiske helseproblemer er et særlig stort behov for tvangsbruk. I dag framstår en slik gruppetenkning som dypt problematisk. Det er en risiko for at begrepet skal ta makt over tanken, og at det slik kan bli tatt for lett på de mer konkrete tvangsinngrepene – som det må fattes særlig vedtak om – all den tid vedkommende i utgangspunktet er under tvang. En alminnelig erfaring er at personer kan oppleve at «alt er tapt» når kampen om det tvungne vernet er over. Dette kan føre til at enkelte i større grad underkaster seg andre inngripende tiltak innenfor en slik ramme enn man ellers ville ha gjort: noe som vel er bakgrunnen for at medikamentell behandling med antipsykotika ofte kan gjennomføres uten et særskilt vedtak etter § 4-4 a, personen har alt resignert.

Framfor alt står vel tvungent vern-konstruksjonen i dag som en foreldet ordning. Den ivaretar et behov for å gi behandlingsapparatet vide fullmakter under en lovgivning som først og fremst er fokusert på selve frihetsberøvelsen – og ikke på hva som skjer under oppholdet eller etter utskrivning. Langt på vei er dette fortsatt situasjonen i svensk rett, se utredningen kapittel 8. Som påpekt flere steder i utredningen, har vi imidlertid i den norske psykisk helsevernloven opplevd et gradvis økende fokus på andre aspekter enn selve tvangsinnleggelsen og tilbakeholdet, jf. utbyggingen av reguleringen i lovens kapittel 4 med tilhørende rettsikkerhetsgarantier. Parallelt reduserer dette behovet for å opprettholde tvungent psykisk helsevern som et overbegrep. Slik utvalget vurderer det, er vi nå kommet til et tidspunkt i den rettslige utviklingen der det er på tide å ta konsekvensene av dette og vrake konstruksjonen.

Et særlig poeng i kjølvannet av innføringen av vilkåret om mangel på beslutningskompetanse skal nevnes. Utvalget er kjent med at det i klinisk praksis forekommer at personer blir vurdert som kompetente i relasjon til det konkrete tiltaket – for eksempel medikamentell behandling – men ikke i relasjon til spørsmålet om tvungent vern. Dette er for så vidt ingen logisk umulighet. Tvungent vern er nettopp en mer abstrakt størrelse som det kan være vanskeligere å vinne forståelse for hva innebærer. Utvalget vurderer det likevel som betenkelig dersom dette forhold skal bli brukt som begrunnelse for å frata personer selvbestemmelsesretten. Det styrker argumentene for å velge en ny modell i en framtidig lovgivning der fokus mer entydig rettes mot de enkelte, konkrete tiltak

Alt i alt er det utvalgets syn at det verken er nødvendig eller ønskelig å bygge videre på konstruksjonen «tvungent vern». Denne særegne modellen utgjør altså ikke et uoverstigelig hinder på veien mot en felles lovregulering av tvangsfeltet.

28.4.1.3.4 Særlig om dom på tvungent psykisk helsevern, psykisk helsevernloven kapittel 5

Ut fra en forståelse av mandatet i lys av utvalgets sammensetning, har ikke utvalget hatt som intensjon å komme med forslag som i nevneverdig grad påvirker forholdet til straffelovgivningen. Konstruksjonen «tvungent psykisk helsevern» må derfor videreføres av hensyn til

psykisk helsevernloven kapittel 5, jf. straffeloven § 62. Dette tenkes løst ved at definisjonen i psykisk helsevernloven § 3-5, unntatt andre ledd, inntas som første paragraf i lovutkastet kapittel 16. Bestemmelsene i kapittel 5 i psykisk helsevernloven kan så videreføres innenfor rammene av lovutkastet, med nødvendige tekniske justeringer. Utvalget skal påpeke at det allerede i dag er innbakt en fleksibilitet i anvendelsen av psykisk helsevernlovens øvrige regler etter kapittel 5, jf. «så langt de passer»-reservasjonen i psykisk helsevernloven § 5-1 første ledd.

28.4.2 Er en ensartet modell for saksbehandling og overprøving ønskelig?

En ensartet modell er altså mulig, tross betydelige utfordringer. Men er det også ønskelig?

Fra et praktisk ståsted er det utvalgets inntrykk at de profesjonelle aktørene som er involvert, stort sett opplever gjeldende regelverk som tilfredsstillende: ting er innarbeidet og fungerer rimelig bra. Dette bekreftes av evalueringen av kvaliteten på tvangsvedtak der utvalgte saksbehandlere hos fylkesmannen, fylkesnemndslederne og kontrollkommisjonslederne ble bedt om å vurdere positive og negative sider ved dagens klageordning. Se nærmere omtale i punkt 6.2.2.1, 6.2.2.2 og 6.3.2. Her kan det imidlertid innvendes at dette ofte kan være uttrykk for vanetenkning – man kjenner ikke alternativene og reflekterer bare i mindre grad selvstendig rundt dette.

Mer generelt vil et argument mot omfattende endringer gjerne være at dagens ulikeartede modeller i en viss forstand er uttrykk for «skreddersøm». De springer ut fra en ulik faglig og historisk kontekst. I forlengelsen ligger faren for at behovet for å ta spesielle hensyn for enkeltgrupper skal bli skadelidende ved en samordning. Mer konkret er det en fare for at saksfelt hvor risikoen for urettmessig tvangsbruk er lav skal bli «overregulert», mens høyrisikoområder skal bli «underregulert». Dette som et resultat av at man møtes på midten.

Det er imidlertid også tungtveiende argumenter for en samordning og – i størst mulig grad – enhetlig løsning. Utvalget vil særlig framheve følgende:

- *Strukturelle svakheter.* Kontrollkommisjonsordningen er beheftet med klare strukturelle svakheter, slik beskrevet ovenfor. Dagens fragmenterte regelverk er dessuten til dels preget av en mangel på proporsjonalitet ved at det ikke uten videre er samsvar mellom hvor robuste prosessuelle ordninger som er etablert og hvor omfattende og kontroversielle inngrepshjemplene er.
- *Effektiv ressursbruk.* Alt annet likt, vil det være lite effektiv ressursbruk å drifte ulike særordninger på de enkelte felter, sammenlignet med én felles ordning. I den grad ulike organer er inne og behandler saker om tvang overfor samme person, men etter forskjellige regelverk, blir mangelen på ressurseffektivitet særlige tydelig.
- *Behov for helhetstenkning om individet.* Noen personer er aktuelle for tvangsinngrep etter ulike regelsett. Et felles rammeverk for behandlingen av slike saker er – langt på vei – en forutsetning for helhetstenkning om individet. I «helhetstenkning» ligger at den totale belastning ved summen av ulike inngrep skal hensyntas, samt at tiltak for å unngå tvang på ulike arenaer samordnes.
- *Klarhet og oversiktighet.* En ensartet ordning for saksbehandling og overprøving vil være enklere å forholde seg til for alle involverte parter, etter en overgangsfase.
- *Bedret samhandling mellom kontrollinstanser.* Særlig på psykisk helsevern-feltet i dag er det erkjent at det er svak samhandling mellom kontrollkommisjonene og fylkesmannen. Det er fylkesmannen som har virkemidlene til å gå inn i systemproblemer som identifiseres gjennom kommisjonenes fysiske tilstedeværelse. Det er ikke gjennomført

nasjonale systemrettede tilsyn med tvang i psykisk helsevern i regi av Statens helsetilsyn.

Mye taler således for en ensartet modell for saksbehandling og overprøving i et framtidig lovverk. I fortsettelsen skal det drøftes nærmere hvordan dette kan og bør gjøres.

28.5 Rammene for en ny modell for saksbehandling og kontroll

28.5.1 Styrende hensyn

28.5.1.1 Innledning

Utvalget konkluderer altså med at en ensartet prosessuell modell er mulig, og at det også er mange argumenter til støtte for at dette kan være ønskelig. I arbeidet med utforming av en nytt alternativ har utvalget identifisert enkelte hensyn som styrende.

28.5.1.2 Begrense bruken av tvang – en hovedoppgave også for kontrollorganene

Tvangslovgivningen – og kontrollorganenes praktisering av denne – har tradisjonelt vært rettet inn mot å ivareta personenes rettssikkerhet i en nokså snever forstand: at det foreligger gyldig vedtak for de tiltak som utøves. Tanken om at formålet også bør være å begrense bruken av tvang er forholdsvis ny. Et tidlig utslag kom i sosialtjenesteloven kapittel 6 A (opphøvet, nå helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9), men tilnærmingen har senere vunnet et bredere gjennomslag, om enn under motstand. I dag kan vi se en tilsvarende tilnærming som uttrykt i helse- og omsorgstjenesteloven § 9-1, i pasient- og brukerrettighetsloven § 4A-1 – og som et foreløpig siste skudd på stammen – i psykisk helsevernloven § 1-1 første ledd andre setning:

«Det er et formål med reglene å forebygge og begrense bruk av tvang.»

I forvaltningsretten spiller lovens formålsbestemmelser en særlig betydningsfull rolle i rettsanvendelsen. I dette ligger at et tvangsbegrensende formål også må få betydning for kontrollorganenes arbeid og selvforståelse. At kontrollkommisjonene ut fra sin funksjon burde se det som sitt ansvar å opptre som et kritisk korrektiv i møte med fagskjønnet, har inntil for få år siden likevel vært en fremmed tanke – og fortsatt kan slike synspunkt bli oppfattet som «aktivistiske». Her bærer likevel evalueringen av kvaliteten på tvangsvedtak bud om at det kan være en holdningsendring på gang også i kontrollkommisjonene. Se omtale i punkt 6.2.2.2.

Utvalget ser det som helt avgjørende at det i en framtidig lovgivning kommuniseres klart at de forvaltningsmessige kontrollorganene har som en hovedoppgave å arbeide for en begrensning i bruken av tvang. Blant annet har det vært tatt opp at psykisk helsevernloven § 6-1 ikke er klar nok på dette punkt i relasjon til kommisjonene.¹⁴³⁸ Slik utvalget ser det, er det ikke tilstrekkelig å konstatere at kontrollmyndighetene er i stand til å fatte godt formulerte vedtak – slik evalueringen av kvaliteten på tvangsvedtak i mange relasjoner gir grunnlag for. Riktig nok er dette i seg selv en indikasjon på at prosessene er forsvarlige, men skal tvangsbruk begrenses, må det sikres at kontrollmyndighetene går tilstrekkelig dypt inn i de sakene hvor risikoen for urettmessig tvangsbruk er størst. På dette punkt er det for en del sakstyper grunn til bekymring i dag, og utvalgets forslag tar mål av seg til styrke *den reelle* overprøvingen av vedtak om tvangsbruk.

¹⁴³⁸Se Østenstad, 2016, s. 549

28.5.1.3 Sikre helhetstenking rundt enkeltindividet

Utvalget ser det som avgjørende at saksbehandlings- og kontrollsystemene konstrueres slik at forholdene blir lagt godt til rette for helhetstenkning rundt individets situasjon. Dette har blant annet betydning i to retninger:

- Ulike tvangstiltak overfor samme person må alltid ses i sammenheng, særlig slik at den samlede belastning vurderes. Dette betyr blant annet at i klagesaker eller obligatorisk kontroll med utspring i ett bestemt vedtak, vil man også måtte trekke inn eksistensen av andre vedtak – i den grad dette er aktuelt. Dagens lovgivning og organisatoriske modeller legger dårlig til rette for dette.
- De modeller som nedfelles i lovgivningen, må legge til rette for – og om nødvendig framtvinge – bedre samhandling mellom ulike deler av tjenestene, også på tvers av forvaltningsnivåer. Dette for å fremme frivillig baserte løsninger, men også for å bedre kvaliteten på de tvangstiltak som iverksettes. Erfaring har vist at generelle instrumenter som individuell plan ofte ikke er et tilstrekkelig kraftfullt virkemiddel på dette punkt.

28.5.1.4 Rettssikkerhetsgarantiene bør stå i forhold til inngrepets alvorlighet og risikoen for urettmessig tvangsbruk

28.5.1.4.1 Innledning

I alle deler av forvaltningen må det husholdes med begrensede ressurser. Det gjelder også i forvaltningen av hjemler som åpner for bruk av tvang i helse- og omsorgstjenesten. Prinsippet om forholdsmessighet står sentralt både etter tradisjonell norsk rett og i sentrale menneskerettighetsdokumenter. Det gjelder også som et direktiv til lovgiver. Ved utformingen av saksbehandlings- og kontrollordninger tilsier dette at rettssikkerhetsgarantiene bør porsjoneres ut basert på en vurdering av særlig to forhold.

28.5.1.4.2 Inngrepets alvorlighet

Det første gjelder *inngrepets alvorlighet*. Hvor alvorlig et inngrep er kan vurderes ut fra ulike kriterier. I en lovgivningsmessig sammenheng må man av hensyn til regelverkets klarhet i utgangspunktet vurdere dette generelt: man kan i liten grad henvise til konkrete vurderinger av den enkelte sak. Utvalget har vurdert særlig tre kriterier som avgjørende:

- om inngrepet medfører bruk av tvang
- om inngrepet medfører frihetsberøvelse
- om inngrepet kan bli langvarig.

Jo høyere skår ut fra disse kriteriene – enkeltvis og samlet – dess sterkere bør rettssikkerhetsvernet være.

28.5.1.4.3 Risikoen for urettmessig tvangsbruk

Innledning

Å rette fokus mot karakteristikken av det enkelte inngrep, kan likevel lett bli for snevert. Den mer generelle risikoen for å bli utsatt for urettmessige inngrep av alvorlig art – tidvis referert til i utredningen og i andre sammenhenger som «overgrep» – må også hensyntas. Helt konkret betyr dette at det også må kunne opereres med ulike risikoprofiler som kan påvirke nivået av rettssikkerhetsgarantier. Dette er nødvendig for å imøtegå innvendingen om at et samordnet regelverk kan føre til at relevante forskjeller ikke blir tatt hensyn til: med fare for at enkelte områder blir «overregulert» og andre «underregulert». Ønskemålet om like regler for tvang i

helse- og omsorgstjenesten må her med særlig letthet kunne fravikes. Dette ut fra sin begrunnelse om «positiv diskriminering».

Enkelte persongrupperes særlige sårbarhet

Det er en slik tankegang som ligger bak de særlige rettssikkerhetsgarantiene som er etablert for personer med utviklingshemning i helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9. Man kan – i et større perspektiv – oppfatte regelsettet som del av et «frigjøringsprosjekt» for mennesker med denne diagnosen. Utvalget har vurdert om særlige rettssikkerhetsgarantier også i framtiden bør opprettholdes ut fra diagnosebaserte eller diagnosenede kriterier, men kommet til at så ikke er tilfelle.

Som påpekt i punkt 5.9.8, er problemstillingene i omsorgen for personer med utviklingshemning i dag til dels annerledes sammenlignet med situasjonen ved vedtakelsen av dette regelverket. Respekten for retten til å være annerledes har vokst seg sterkere i fagmiljøene, blant annet uttrykt ved at tvang som ledd i tiltak for å endre atferd langt på vei er utradert som en praktisk problemstilling. De klassiske eksemplene på hard selvskading er også blitt sjeldnere, sannsynligvis delvis som et resultat av at tjenesten er bedre rettet inn mot den enkeltes behov. Dette tilsier at de historiske betingelsene for å ha særlige regler om tvang for personer med utviklingshemning er svekket. I tillegg kommer det ideologiske: den uheldige signaleffekten slike regler kan ha.

Det ligger likevel fast at kognitiv funksjonssvikt reiser særlige problemer, blant annet i relasjon til å uttrykke motstand. Utvalget vurderer likevel at dette bør ivaretas gjennom diagnose- nøytrale ordninger i en framtidig lovgivning.

Det er utvalgets oppfatning at barns rettssikkerhetsgarantier må styrkes, særlig ved uttrykt motstand mot tilbud om hjelp. Spørsmålet er nærmere drøftet i punkt 18.7.5.3, der utvalget peker på særskilte trekk ved barns motstand og hva som er sentrale vurderingsfaktorer for å avgjøre når det foreligger motstand som fordrer skjerpet oppmerksomhet om barns rettssikkerhet.

Tvangsinnleggelse og kortvarig tilbakehold

Risikosituasjonen for urettmessig tvangsbruk trenger ikke å knytte seg til en persongruppe, men for eksempel til sted og situasjon. Tvangsinnleggelse – så vel i spesialisert behandlingsinstitusjon innenfor somatikk eller psykisk helsevern, som kommunal helseinstitusjon – representerer i utgangspunktet et alvorlig inngrep. Av ulike grunner – herunder kapasitetsmessige – vil likevel terskelen ofte være høy for å iverksette slike tiltak: helse- og omsorgstjenesten vil ofte ha flere beveggrunner for å utsette beslutningen. Motposten er da at situasjonen ofte langt på vei vil ha fått bygge seg opp mot det som kan karakteriseres som en akutt eller tilnærmet akutt (subakutt) situasjon før et slikt drastisk virkemiddel blir tatt i bruk. Dette betyr at det ofte ikke vil være særlig tvil om behovet for å gripe inn for å ivareta personen når dette først skjer, selv om det i utgangspunktet også finnes unntak. En del av bildet er videre at situasjonen i etterkant av en tvangsinnleggelse ofte vil roe seg raskt – enten ved at personen raskt kan utskrives, eventuelt fordi man kan avkrefte mistanken som lå til grunn for tvangsvedtaket, eller ved at man kommer til enighet med personen om videre frivillig opphold.

Det kan selvsagt være mye å kritisere hjelpeapparatet for i situasjoner som beskrevet her. For eksempel kan det tenkes at tvangsbruken helt kunne ha vært unngått om personen hadde blitt tilbudt tilstrekkelig hjelp og støtte i forkant. Poenget i denne sammenheng er likevel et annet: I forbindelse med en tvangsinnleggelse og et påfølgende kortvarig tilbakehold er ikke risikoen

generelt sett stor for at dette inngrepet isolert sett skal utgjøre et urettmessige inngrep av alvorlig art – et overgrep overfor personen. Risikoen for dette vil derimot øke jo lengre tilbakeholdet i institusjon blir opprettholdt, blant annet ut fra hvilke tiltak som i den forbindelse kan bli iverksatt. Slike betraktninger – at risikoen for overgrep øker jo lengre institusjonsoppholdet varer – har betydning for utvalgets tenkning omkring organiseringen av rettssikkerhetsvernet.

Behandling for somatiske kontra psykiske helseproblemer

Tradisjonelt er det ikke bare tvangshjemlene som har vært mer omfattende i psykisk helsevern enn i somatikken, men også rettssikkerhetsgarantiene. Sistnevnte er naturligvis en funksjon av det første. Utvalgets lovforslag innebærer viktige skritt i retning av en harmonisering av tvangshjemlenes utstrekning og innhold – der en innstramming på psykisk helsevern-siden er et hovedtrekk. Til tross for dette må det likevel vurderes om psykisk helsevern fortsatt vil utgjøre et særlig risikoområde for overgrep – i betydningen urettmessige inngrep av alvorlig art – med betydning for utforming og utstrekning av saksbehandlings- og kontrollordningene.

Utvalget har grunn til å tro at det er en betydelig underrapportering av tvangsbruk i deler av den somatiske helsetjenesten: særlig i spesialisthelsetjenesten skal det være lite bevissthet rundt pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A. Virksomheten er gjerne organisert slik at ansvaret for vurdering av spørsmål i relasjon til tvangsbruk blir pulverisert. Dette ved at helsepersonell tilknyttet ulike avdelinger er involvert, og overvinne av motstand gjerne blir overlatt til personell med en støttefunksjon, som anestesileger. I dette bildet blir nødrettslige synsmåter strukket. Problemstillinger knyttet til beinbrudd hos personer med demens som kommer til sykehuset med smerter, er forvirret og «motsetter seg alt», er framhevet overfor utvalget.

Selv om det som her er beskrevet utgjør klare rettssikkerhetsproblemer, vil utvalget påpeke som et trekk ved behandling av somatiske tilstander at det som regel vil være stor grad av klarhet rundt de diagnostiske vurderingene og hva som bør gjøres. Det kan argumenteres for at et lårhalsbrudd ofte ikke utgjør en nødssituasjon, men tilstandens alvorlighet med høy dødelighet hvis tilstanden ikke blir behandlet reiser sjelden tvil om utfallet av en vurdering etter pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A. Dette i kontrast til situasjonen innenfor psykisk helsevern hvor det gjennomgående vil være større grad av faglig skjønn involvert både om de diagnostiske vurderingene og om hva som kan være virksom og hensiktsmessig behandling. Sammen med at fokus der blir rettet mot atferd som uttrykk for sykdom og dermed også den aktuelle personens indre liv, gir det et større konfliktpotensiale ved at hele rammen for helsehjelpen blir opplevd mer invaderende.

Sagt på en annen måte: Alt annet likt vil det normalt være enklere å bli enige om at en finger er brukket og hva behandlingen må være, enn om den samme personen har diagnosen «paranoid schizofreni» og hvordan behandlingen av denne bør legges opp. Innenfor somatikken vil videre legens erfaring med behandling av tilsvarende eller lignende tilstander hos personer uten psykisk funksjonsnedsettelse, gi en viktig referanseramme for vurderingen av forholdsmessighet og antatt samtykke ved spørsmål om bruk av tvang. En parallell mekanisme for kvalitetssikring av utøvelsen av det faglige skjønn, vil i større grad mangle i psykisk helsevern. Summen av dette er at psykisk helsevern – til tross for de lovmessige reformer utvalget foreslår – også i framtiden vil utgjøre et særlig risikoområde for overgrep ut fra problemstillingens art og de strukturelle forhold.

Behandling kontra omsorgstiltak

Behandlingstiltak, både i somatikk og psykisk helsevern, vil ofte kunne ha en kortvarig og avgrenset karakter. Tilgang til nødvendig utstyr og lokaliteter vil gjerne kreve en institusjonsramme, selv om det også her kan være nyanser: operasjonsstuen kan vanskelig flyttes hjem til pasienten.

I kontrast vil tiltak med pleie- og omsorgsformål oftere kunne være både mer langvarige – gjerne livslange – og omfattende, og ha hjemmesituasjonen som utgangspunkt. Poenget i denne sammenheng er at skillet mellom behandling og omsorgstiltak kan ha betydning for problemstillinger relatert til utprøving av alternativ til tvang. For omsorgstiltak vil ressursspørsmålet lettere blir satt på spissen ved at individuell tilrettelegging av tjenester framstår som en mer aktuell problemstilling både ut fra tjenesteytingens omfang og utstrekning i tid. Dette utgjør en risikofaktor i relasjon til å bli utsatt for urettmessige inngrep av alvorlig karakter (overgrep).

28.5.1.4.4 Oppsummering

Som vi har sett, gjør ulike hensyn seg gjeldende ved utforming av en ny modell for saksbehandling og kontroll. I en lovgivningssammenheng må man av hensyn til regelverkets klarhet i stor grad gjøre valg på et overordnet nivå, selv om det kan anføres at disse ikke alltid passer helt godt i konkrete enkelttilfeller. Hvordan utvalget har avvendt nevnte hensyn, kommer til uttrykk i fortsettelsen.

28.5.2 Nyere lovutredninger og pågående administrative reformprosesser

28.5.2.1 NOU 2011: 9 Paulsrud-utvalget

Paulsrud-utvalget mente at det burde gjøres grunnleggende endringer i kontroll- og overprøvingssystemet for det psykiske helsevernet.¹⁴³⁹ Utvalget foreslo at det skulle etableres én felles kontroll- og overprøvingsinstans for alle vedtak som fattes med hjemmel i psykisk helsevernloven. Utvalget mente at flere forhold tilsa at overprøvingsansvar og klagebehandling som gjelder tvangsbruk etter psykisk helsevernloven, burde legges til fylkesnemndene for barnevern og sosiale saker. Fylkesnemndene er et statlig domstollignende forvaltningsorgan som i faglige spørsmål har en uavhengig stilling i forhold til departementene. Flere fylkesnemndsledere har i dag bistillinger som ledere eller nestledere i kontrollkommisjonene. De har dermed allerede samlet en betydelig kompetanse på forvaltning av tvangslovgivning og overprøving av tvangsvedtak hos fylkesnemndene. Fylkesnemndene har videre rutiner for behandling av akutsaker og vaktordninger med jourhavende jurist.

Paulsrud-utvalget foreslo videre at den pasientnære velferdskontrollen skulle ivaretas av egne tilsynsutvalg. Utvalget fant også grunn til å peke på at Helsetilsynet burde spille en mer aktiv rolle i det løpende tilsynet med tvungent psykisk helsevern enn det som gjøres i dag.

Utvalget foreslo ingen vesentlige endringer i systemet for domstolskontrollen. Utvalget foreslo derimot en viss utvidelse av adgangen til å bringe saker inn for domstolen etter særreglene i tvisteloven kapittel 36.

28.5.2.2 NOU 2017: 8 Særdomstolsutvalget

Etter gjeldende rett er vedtak om frihetsberøvelse etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 10 i praksis basert på en domstolsmodell. Til tross for at fylkesnemnda for barnevern og sosiale saker formelt er et forvaltningsorgan, er arbeidet i stor grad styrt av tvistelovens regler.

¹⁴³⁹Se NOU 2011: 9 kapittel 16

Derved får deres saksbehandling stor likhet med domstolsprosessen. Hovedsaksmengden til fylkesnemndene er tvangssaker etter barnevernloven. I 2015 ble det nedsatt et utvalg, ledet av professor Hans-Petter Graver, som blant annet ble bedt om å vurdere om barne- og familiesaker skal behandles av samme avgjørelsesorgan, og i så fall hvilket organ det bør være. De skisserte alternativene for fremtidig organisering signaliserte en mulig avvikling av fylkesnemndene. I Tvangslovutvalgets mandat er det sagt at utvalget skal være oppmerksom på arbeid som er i gang på tilgrensende områder.

Særdomstolsutvalget fremla sin utredning i NOU 2017: 8 *Særdomstoler på nye områder?* Konklusjonen deres var at saker etter barneloven (tvister mellom foreldrene) som nå kan bringes inn for tingrettene og tvangssaker etter barnevernloven som blir behandlet av fylkesnemndene, bør behandles av samme organ. Utvalget kom til at tingretten bør være førsteinstans ved behandlingen av disse to sakstypene. Deres begrunnelse var blant annet forankret i hensynet til befolkningens tillit til at avgjørelsen blir truffet av et uavhengig organ. Utvalget mente at dagens organisering der fylkesnemndene og barnevernet tilhører samme sektor, bidrar til utydelighet med hensyn til nemndenes uavhengighet.

Fra utredningen til Særdomstolsutvalget hitsettes:

«Med mindre det skal gjøres større endringer i systemet for behandlingen av tvangssaker etter helselovgivningen som følge av tvangslovutvalgets innstilling, mener utvalget at den mest nærliggende løsningen vil være å legge sakene om tvang etter helse- og omsorgstjenesteloven og smittevernloven til domstolene i første instans. Domstolene vil kunne behandle disse sakene på en tilfredsstillende måte. Det kan eventuelt vurderes nærmere om enkelte av sakstypene kan behandles på en tilfredsstillende måte av fylkesmannen.»

Særdomstolsutvalget spilte altså inn et forslag om at saker etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 10 tilsvarende barnevernlovssakene, kunne flyttes fra fylkesnemndene til tingrettene. Tvangssaker etter gjeldende barnevernlov har imidlertid en noe annen karakter enn spørsmålet om behandling av rusmiddelavhengighet som personen selv motsetter seg. Barnevernssakene karakteriseres av et «trepartsforhold» – barnevernet, foreldre og barnet, der barnets rett til forsvarlig omsorg er omdreiningspunktet. Samfunnets forpliktelse til å ivareta barns grunnleggende rettigheter, deriblant retten til forsvarlig omsorg og utvikling, medfører at hensynet til å begrense tvangsbruken som ledd i respekten for den personlige autonomi, ikke får samme gjennomslagskraft i barnevernssaker som ved tvungen rusbehandling av voksne.

Regjeringen har besluttet at det, for å styrke fagkompetansen, skal arbeides videre med å samle foreldretvistene og rettslig overprøving av barnevernssakene i noen tingretter. Oppfølgingen vil inngå som en del av Domstolkommisjonens arbeid og regjeringens oppfølging av dette. Regjeringen har valgt å ikke gå videre med utvalgets forslag om å avvikle fylkesnemndene. Bakgrunnen for dette er ønsket om å hegne om domstolenes rolle som kontrollør av forvaltningen i barnevernssakene.

28.5.2.3 *Ny fylkes- og fylkesmannsstruktur*

Ny fylkesmannsstruktur trådte i kraft 1. januar 2019. Med unntak av Oslo og Viken som gikk inn i samme embete, faller fylkesmannsstrukturen sammen med det som vil bli de nye fylkeskommunene fra 1. januar 2020. Det ble ikke gjort endringer i fylkesmennenes oppgaver og ansvarsområder. Det ble heller ikke gitt signaler om at det vil bli foreslått endringer i ansvarsområdene som følge av fylkesmannsreformen.

Omleggingen skulle underbygge regjeringens mål om en offentlig sektor som fremmer demokrati og rettssikkerhet og står for faglig integritet og effektivitet.¹⁴⁴⁰ Målet med fylkesmannsreformen var å styrke fylkesmannen som sentralt bindeledd mellom stat og kommune, tverrsektoriell samordner av regional stat overfor kommunene og rettssikkerhetsgarantist. Regjeringen mente at sammenslåtte embeter ville få større fagmiljøer og styrket fagkompetanse som vil være et viktig element i oppgaveløsningen og rolleutøvelsen.¹⁴⁴¹

Regjeringen la også vekt på at den modellen la strukturelle forutsetninger for styrket samordning og samvirke i regional stat, og den gir grunnlag for styrking og utvikling av fylkesmannens fagkompetanse, uten at avstandsulempene blir dominerende og uhåndterlige.¹⁴⁴²

Det er fortsatt stor variasjon i størrelse, geografi og befolkning i fylkesmannsembetene. Tre av de ti fylkesmannsembetene (Rogaland, Møre- og Romsdal og Nordland) er uendret mens det største, Oslo og Viken, nå omfatter en tredjedel av landets befolkning. Regjeringen la imidlertid vekt på at sammenslåing av de minste embetene betyr styrking av fagmiljøer, bedre samordning mot kommunene og mer effektiv drift.¹⁴⁴³

Fylkesmannens oppgaver etter gjeldende tvangslovgivning er omtalt i punkt 28.2.2. Utvalget legger opp til at fylkesmannen skal få en enda mer sentral rolle i forvaltningen i den nye tvangsbegrensningsloven. Utvalget foreslår blant annet at fylkesmannen skal samle inn og holde oversikt over et stort antall vedtak, få nye kontrolloppgaver og en administrativ tilretteleggerfunksjon for de nye tvangsbegrensningsnemndene, jf. lovutkastet § 10-2. Utvalget vurderer at den nye fylkesmannsstrukturen får liten betydning for innretningen av utvalgets lovforslag. Styrkede fylkesmannsembeter legger derimot bedre til rette for å implementere utvalgets forslag om å legge flere oppgaver til fylkesmannen.

Fra 1. januar 2020 vil antallet fylkeskommuner bli redusert til 11, inkludert Oslo. Målet for regionreformen er blant annet å legge til rette for samordnet oppgaveløsning, samordning av sektorer og prioriteringer og å få større enheter med større kapasitet og kompetanse i oppgaveløsningen, som gir stordriftsfordelinger og frigjøring av ressurser til tjenesteproduksjon. Ingen av føringene for regionreformen tilsier at det vil være naturlig å legge den typen kontrolloppgaver utvalget foreslår til de nye regionene.

28.5.2.4 Forvaltningslovutvalget

Forvaltningslovutvalget under ledelse av professor Inge Lorange Backer la fram sin innstilling 14. mars 2019 (NOU 2019: 5). Utvalget skulle blant annet foreta en samlet gjennomgang av den eksisterende forvaltningsloven og tilgrensende ulovfestet forvaltningsrett. I utkastet til ny forvaltningslov bygger Forvaltningslovutvalget i ikke liten grad på eksisterende forvaltningslovs begrepsbruk og struktur. Egne regler som særlig omhandler saksbehandlingen i statlige nemnder, er foreslått som kapittel 10. Som det også framgår av kapittel 30 i Forvaltningslovutvalgets utredning, kan det imidlertid være behov for særregler for særskilte saksområder.

¹⁴⁴⁰Prop. 1 S (2018–2019)

¹⁴⁴¹Meld. St. 1 (2018–2019)

¹⁴⁴²Kongelig resolusjon av 10. mars 2017

¹⁴⁴³Pressemelding fra Kommunal- og moderniseringsdepartementet 10. mars 2017

Tvangslovutvalget vurderer at Forvaltningslovutvalgets lovutkast vil kunne fungere som bakgrunnsrett også i relasjon til en ny, felles nemndsløsning på helse- og omsorgssektoren. Samtidig er det et åpenbart behov for bestemmelser som adresserer de særlige hensyn ved bruk av tvang: Det gjelder både for saksbehandlingen i og utenfor nemnd.

28.5.3 Menneskerettslige rammer

28.5.3.1 Innledning

Menneskerettslige krav av betydning for utvalgets arbeid er omtalt i utredningen kapittel 7. I den forbindelse er også kravet om rettferdig rettergang (EMK artikkel 6, Grunnlova § 95) nevnt. Dette ivaretas i norsk tradisjon av de alminnelig domstoler:

«det sentrale, allmenne menneskerettslige poenget i tvangssaker for så vidt gjelder det prosessuelle, er at den som rammes i praksis skal ha tilgang til en rask, betryggende og tilstrekkelig inngående domstolsprøving.»¹⁴⁴⁴

Nå er problemstillingen om vi i tillegg har krav som legger mer håndfaste føringer for organiseringen av de administrative kontrollordningene. Av interesse her er bestemmelsen om domstolsprøving «utan grunnlaus dryging» ved frihetsberøvelse, jf. Grunnlova § 94 andre ledd andre punktum. Bestemmelsen må ses på bakgrunn av blant annet EMK artikkel 5 nr. 4 sitt særlige vern i disse situasjonene:

«Everyone who is deprived of his liberty by arrest or detention shall be entitled to take proceedings by which the lawfulness of his detention shall be decided speedily by a court and his release ordered if the detention is not lawful.»

Hurtighetskravet («utan grunnlaus dryging» / «speedily») må vurderes konkret ut fra hva som er en praktisk mulig og forsvarlig gjennomføring av saken. Særlig er «sakens kompleksitet og partenes adferd av betydning».¹⁴⁴⁵ Ressursmessige forhold og ferieavvikling i domstolen vil ikke være relevant som unnskyldningsgrunn. I Rt. 2004 s. 583 kom Høyesterett inn på tidsbruksspørsmålet, selv om dette ikke hadde direkte betydning for utfallet av saken. Det ble kritisert at forholdene ved tingretten var slik organisert at man systematisk måtte oppnevne settedommere fordi tre av de faste dommerne var kontrollkommisjonsledere: i den aktuelle saken økte dette tidsbruken med tre uker. Videre ble en tidsbruk på syv uker til domsskriving etter hovedforhandling karakterisert som «klart uakseptabelt». Det ble vist til sak mot Norge om frihetsberøvende sikring der to måneder fra stevning til dom – inkludert tre uker til domsskriving – ble kjent konvensjonsstridig.¹⁴⁴⁶

Den sammensatte vurderingen av hurtighetskravet har gjort at man har avstått fra å lovfeste en fast tidsgrense.¹⁴⁴⁷ Det synes likevel klart at man i kurante saker i utgangspunktet heller vil snakke om uker enn måneder. Dermed synes de menneskerettslige kravene å være så pass

¹⁴⁴⁴NOU 2011: 32 s. 514–515

¹⁴⁴⁵Aall 2018 s. 415

¹⁴⁴⁶Rt. 2004 s. 583 (avsnitt 42)

¹⁴⁴⁷Se NOU 2011: 32 s. 522

strengt at også utformingen av de administrative kontrollordningene kan bli et tema; så å si som en slags dobbel sikring. I den grad den administrative prøving ikke holder menneskerettslig domstolstandard, vil det legge ytterligere press på tidsbruken i tingretten.¹⁴⁴⁸

28.5.3.2 *Domstolsbegrepet*

Avgjørende for hva som utgjør en domstol («court») er ikke den formelle karakteristikken etter nasjonal rett, men en kvalitativ vurdering særlig av om «det fundamentale krav til uavhengighet og upartiskhet» er oppfylt.¹⁴⁴⁹ Det er selvsagt ikke omstridt at de alminnelige domstoler i Norge oppfyller en slik domstolsstandard. Tradisjonelt har også fylkesnemndene blitt regnet for å gjøre det, men dette utgangspunktet har de senere år blitt problematisert med økende styrke uten at en klar konklusjon er trukket.¹⁴⁵⁰ I lys av den diskusjon som pågår om fylkesnemndene, er det god grunn til også å reise spørsmål om kontrollkomisjonenes menneskerettslige status. Praktisk talt i alle relasjoner kommer kommisjonsordningen dårligere ut enn fylkesnemndene når det gjelder kravet om uavhengighet. Oppnevning av medlemmene på åremål er ett moment her, men mer grunnleggende er den svake organisasjonen som utvalget har omtalt ovenfor – og som vel til nå i liten grad har vært offentlig kjent – en alvorlig innvending. Riktignok har Høyesterett i et par dommer lagt til grunn at kontrollkomisjonen oppfyller den EMK-rettslige domstolstandard. I Rt. 2001 s. 1123 ble spørsmålet vurdert i relasjon til EMK artikkel 6 nr. 1, og i Rt. 2004 s. 583 ble konklusjonen i 2001-dommen sett som avgjørende også i relasjon til artikkel 5 nr. 4 (avsnitt 34). Utvalget skal imidlertid bemerke at drøftelsen i 2001-dommen (s. 1130–1131) er «smal» og ikke fokuserer på spørsmålet om uavhengighet og upartiskhet. Det hefter derfor usikkerhet ved prejudikatsvirkningene av de nevnte avgjørelsene.

28.5.3.3 *Utvalgets vurderinger*

Utvalget har ikke vurdert det som nødvendig å ta endelig stilling til spørsmålet om kontrollkomisjonene utgjør en «domstol» i menneskerettslig forstand og – i forlengelsen – hva som skal til for at en framtidig overprøvingsinstans utenfor det alminnelige domstolshierarkiet skal oppfylle disse kravene. Et hovedpoeng i den sammenheng er at norsk lov i dag er basert på at det er gjennom saksanlegg for tingretten etter den særlige prosessformen i tvisteloven kapittel 36 de menneskerettslige krav skal ivaretas.¹⁴⁵¹ Det gjelder også i psykisk helsevern.¹⁴⁵²

Ut fra en slik tankegang må menneskerettslige utfordringer knyttet til tidsbruken løses på andre måter. Som nevnt kan det være en fordel om også den administrative overprøvingen – som vi dag har som en første linje etter alle regelsettene – oppfyller en domstolstandard slik at man lettere kan oppfylle hurtighetskravet. Om dette er en farbar vei, avhenger likevel av mer overordnede vurderinger av hvordan det er ønskelig å organisere kontrollsystemene. Som det

¹⁴⁴⁸Ifølge Regjeringsadvokatens årsmelding for 2018 gikk det i 2018 i gjennomsnitt 50 dager fra sakene kommer inn til Regjeringsadvokatembetet og fram til hovedforhandling i tingretten.

¹⁴⁴⁹Aall 2018 s. 413

¹⁴⁵⁰Se NOU 2017: 8 s. 130–31, jf. også NOU 2005: 9 s. 31.

¹⁴⁵¹Se blant annet omtalen av menneskerettslige aspekter i NOU 2001: 32 kapittel 19.

¹⁴⁵²Se Ot.prp. nr. 11 (1998–99) s. 34.

vil framgå, har utvalget funnet tungtveiende grunner for å utvikle de administrative kontrollmekanismer i en annen retning enn det et eventuelt ønske om større domstolslikhet skulle tilsi. Verdier som uavhengighet og upartiskhet vil riktignok også her stå sentralt i overprøvingsrunden. Men da ambisjonen ikke har vært å konstruere organer som tilfredsstiller en menneskerettslig domstolstandard isolert sett, har det likevel påvirket vekten og gjennomslagskraften av slike hensyn.

28.5.4 Bør innslaget av domstolskontroll eller domstollignende kontroll økes? Fordeler og ulemper

Særlig ved frihetsberøvelse innenfor psykisk helsevern har mange land i Europa ordninger om at beslutningen må godkjennes av domstoler, eventuelt kort tid i etterkant av etableringen.¹⁴⁵³ Domstolsbehandling er likevel ikke i seg selv noen garanti for en grundig og kritisk gjennomgang av grunnlaget for tvang. Allerede et blikk på praksis fra Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD) i psykisk helsevern-saker underbygger det. I Sverige har utvalget erfart at det nettopp på dette punkt er misnøye med Förvaltningsrättens rolle: møtene er ofte raskt unnagjort, og advokaten får ofte lite tid til å snakke med sine klienter i forkant.

Dagens norske modell er at overprøving av vedtak om tvangsbruk i helse- og omsorgstjenesten som utgangspunkt skjer forvaltningsmessig – enten etter en tjenestemannsmodell eller nemndsmodell (kontrollkommisjonene). Rusfeltet er som nevnt unntaket (fylkesnemndsbehandlingen er i praksis lagt opp som en domstolsbehandling). Domstolene kommer så inn i neste runde ved overprøving av klagevedtak. For domstolene utgjør det store gross av saker overprøving av avslag på klage over etablering eller krav om opphør av tvungent psykisk helsevern (psykisk helsevernloven kapittel 3).

Et alternativ ville være å la domstolene – eventuelt fylkesnemndene, slik Paulsrud-utvalget foreslo – få en mer framskutt posisjon. Dette er mest aktuelt ved frihetsberøvelse og da i den form at en dommer skal vurdere spørsmålet innen en kort frist etter etableringsvedtaket, samt spørsmål om forlengelse i den grad det er aktuelt. En styrke ved en slik modell er at den vil gjøre det mer komplisert å holde personer frihetsberøvet, noe som i seg selv kan virke tvangsdempende ved å øke insentivene for finne andre løsninger. En slik effekt vil likevel primært skyldes tidspunktet for og innretningen på kontrollen, ikke at den utøves av en domstol.

Når utvalget ikke vil anbefale en domstolsmodell har det flere grunner, selv om den bare skulle tenkes anvendt innen psykisk helsevern (i tillegg til i rusbehandlingen, jf. dagens fylkesnemndsmodell).

Ordningen vil være svært ressurskrevende og blant annet føre til at mange opplagte saker som gjelder personer med sterkt behov for ivaretagelse i en akutfase, vil legge beslag på knappe domstolsressurser. Modellen forutsetter videre i praksis en avvikling av dagens mer institusjonsnære kontroll. De frigjorte midler må tilføres domstolene, men at den ekstra ressurstilførselen skal kunne øremerkes denne sakstypen, er lite realistisk. Ut fra det vi i dag vet om ressurssituasjonen i domstolsapparatet, skaper det risiko for at tvangssaker i psykisk helsevern – som vil få karakter av masseforvaltning på domstolenes hånd – ikke nødvendigvis vil gi den økte rettssikkerhet som eventuelt vil være intensjonen bak en ny ordning.

¹⁴⁵³Se for en oversikt European Union Agency for Fundamental Rights 2012.

Det er videre utvalgets syn at saker om tvang i helse- og omsorgstjenesten reiser spesialiserte og vanskelige juridiske spørsmål. Det vil være tilfelle også i framtiden, selv om det nærværende lovforslaget tilsikter forenklinger. En administrativ behandling – herunder nemndsbehandling – av et organ som har mengdetrening på dette saksfeltet, vil slik sett være en fordel for de alminnelige domstoler involveres.

Selv om domstolene vil måtte forutsettes å avholde en del møter i institusjonene, vil en slik modell utvilsomt gi en svekket tilstedeværelse av kontrollorganer. Dette vil være bekymringsfullt. Ikke bare fordi det svekker muligheten for å følge opp enkeltpasienter det er fattet vedtak om tvang overfor og der det kan være lagt føringer om hva som bør skje videre, men også mer generelt: psykisk helsevern er et av samfunnets mest lukkede og risikofylte steder hva gjelder å bli utsatt for sterke inngrep i selvbestemmelsesretten over kroppen.

I sum betyr dette at domstolmodellen – stikk i strid med sin intensjon – trolig vil medføre en nedbygging av rettssikkerheten i psykisk helsevern om man vektlegger at systemet skal legge grunnlag for reell og kritisk prøving av enkeltsaker. En domstol – eller et domstolslignende organ som fylkesnemnda – vil aldri kunne ha som «arbeidsinstruks» å aktivt arbeide for redusert bruk av tvang. Utvalget på sin side ønsker å benytte det større handlingsrom og fleksibilitet en forvaltningsmodell gir til å etablere et kontrollsystem som er «hands-on» tvangsbruken og hvor denne forventningen er klart uttrykt i loven.

Paulsrud-utvalgets forslag for psykisk helsevern var, som nevnt, å skille mellom vedtaksmyndighet – som skulle legges til fylkesnemndene – og den såkalte velferdskontrollen som skulle ivaretas av egne tilsynsutvalg. Tvangslovutvalget vil ikke tilrå dette. For det første vil en mer inngående kjennskap til institusjonen være av betydning når vedtak i enkeltsaker skal fattes, ikke minst med tanke på å vurdere alternativer til tvang. Det andre er at et skille mellom vedtaksmyndighet og en stedlig tilsynsfunksjon lett vil svekke det tvangsbegrensende potensialet i tilsynsarbeid på grunn av organets svekkede autoritet.

28.5.5 Tjenestemannskontroll eller nemndskontroll? Fordeler og ulemper

Måten dagens kontrollordninger er organisert på, er også fragmentert når det gjelder *hvem* som utfører oppgavene. Etter pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A og helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 er dette lagt opp som en kontroll utført av ansatte tjenestemenn hos fylkesmennene. Etter psykisk helsevernloven og helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 10 er utgangspunktet en nemndsmodell: henholdsvis kontrollkommisjonene og fylkesnemnda, men likevel slik at fylkesmannen har oppgaver også etter disse regelsettene (herunder klager over vedtak etter psykisk helsevernloven § 4-4 a).

Styrken i en nemndsbehandling ligger på ulike plan. For det første vil sammensetningen i seg selv kunne gi en viss garanti for opplysningen av den enkelte sak, særlig med tanke på at også argumenter som er kritiske til faglige synsmåter framkommer. Der nemndsbehandling kombineres med fysiske møter med involverte parter, ivaretas denne funksjonen på en særlig god måte. Hvor godt dette i praksis fungerer, vil imidlertid kunne variere mye og avhenger i realiteten av den enkelte leder. Fra kontrollkommisjonene er det kjent at det er et stort spenn i hvilken grad lek- og legemedlemmer opplever at det blir åpnet for reelle diskusjoner.

I kontrast vil en tradisjonell saksbehandling etter en tjenestemannsmodell kunne gi større risiko for at perspektivet skal bli for «smalt». Det gjelder selv om samarbeid mellom saksbehandlere med ulik fagbakgrunn både er vanlig og ønskelig. Faglig styring fra overordnede vil her også – helt legitimt – kunne være en faktor. Nemndene vil på den andre siden være autonome i enkeltsaker og trenger i realiteten ikke være redde for innblanding.

Innenfor en tjenestemannsmodell er tradisjonen – i alle fall på de felt denne utredningen gjelder – at kontakten særlig med pasienter og pårørende er svært avgrenset. Dette skyldes ikke uvilje hos den enkelte saksbehandler, men de ressursmessige rammene. Nemndsmodellen har her en helt annen tradisjon. Selv om det også her er sakstyper som regelmessig blir behandlet ut fra dokumentene, er rammene bedre tilrettelagt for kontakt med de personer vedtakene gjelder.

En svakhet ved nemndsmodellen er mindre fleksibilitet ved at det kan ta tid å få på plass ekstraordinære møter i den grad det er behov for dette. Virksomheten vil også normalt være mer ressurskrevende ved at flere personer er involvert. Det er også her en fare for faglig nærsyntet i form «tvangsblindhet» – også omtalt som «normalitetsforskyvning» – om man ikke er påpasselig med regelmessig utskiftning av medlemmene.

28.5.6 Særlig om rusfeltet: Bør fylkesnemndsmodellen videreføres?

28.5.6.1 Oppsummering av utfordringene

Dagens beslutningsmodell i russakene har enkelte sterke sider. De kommunale helse- og sosialtjenestene har god oversikt over personer som har et hjelpebehov. Nettopp for avhengighetstilstander hvor behandlingseffekten i så sterk grad avhenger av mobilisering av personens egen motivasjon, blir oppfølgingen fra kommunen både før, under og etter oppholdet av særlig viktighet. Ut fra et slikt perspektiv kan det være naturlig at kommunen er den sentrale aktør med tanke på å fremme sak om bruk av tvang. På den andre siden reiser dette også store utfordringer innenfor en forståelsesramme av tverrfaglig spesialisert behandling av rusavhengighet som en helsetjeneste.

Et hovedankepunkt er faren for manglende samhandling mellom kommunen og spesialisthelsetjenesten under forberedelse av saken for nemnda. Helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 10 adresserer i dag ikke disse problemene og de alminnelige forvaltningsrettslige regler har vist seg for vage. Dette bidrar til ulikheter i praktiseringen av regelverket og til et høyt antall midlertidige vedtak ved at det blir jobbet for sakte og lite enhetlig i russakene. Videre kan det oppstå prosesser som er uheldig både for sakens opplysning, utprøving av alternativer til tvang, samarbeidsklima mellom kommune og spesialisthelsetjeneste: og til syvende og sist det behandlingsresultatet som frihetsberøvelsen skal legge til rette for. Veileder IS-2355 fra desember 2016 representerer et etterlengtet forsøk på å rette opp skjevheter og etablere hensiktsmessige forløp, der blant annet ordningen med bistandsteam blir anbefalt.

Utvalget ser det som klart at det må gjelde en forpliktelse til samarbeid både før, under og etter oppholdet. Dette for å sikre en nødvendig forløpstenkning: kjeden må henge sammen for å forsvare tvang. Dårlig samarbeid setter behandlingsformålet i fare. Dette gjelder for så vidt på flere ulike felt – også psykisk helsevern – i saker hvor motivasjon og mobilisering av personens egne krefter i sterk grad er styrende for det endelige behandlingsresultatet.

Spesialisthelsetjenesten har ansvaret for å framskaffe egnet institusjonsplass. Den aktuelle institusjonen kan velge å skrive ut personen når oppholdet ikke lenger vurderes som ønskelig. Bare nemnda selv kan omgjøre sitt eget vedtak, men det skjer i praksis aldri. At det foreligger vedtak som ikke blir effektivt i deler av perioden, er ikke uvanlig. Dette kan beskrives som prinsipielt uheldig ved at det uvegerlig reiser spørsmål ved nødvendigheten av vedtaket, og kan være en belastning for den aktuelle personen.

28.5.6.2 Er endringer innenfor rammene av dagens modell tilstrekkelig?

Et stykke på vei er det mulig å bøte på disse problemene innenfor rammene av dagens modell. Det er nærliggende å konkretisere kravene til en forsvarlig saksbehandling, herunder en plikt til involvering av spesialisthelsetjenesten direkte i loven. Hvor godt dette vil fungere i praksis

kan imidlertid variere, tilsvarende erfaringene med bistandsteam i dag: Når det drar seg til, er det kommunen som bestemmer om sak skal reises.

Lovendringer som skissert kan bedre situasjonen, med tanke på kvaliteten i kommunenes forberedelse av sakene, og slik også bidra til større likhet i praktiseringen. Etter utvalgets vurdering er dette likevel ikke et kraftfullt nok svar på utfordringen med pulverisering av ansvar for det institusjonstilbudet personen til slutt mottar. I dag er ingen i posisjon til å ta et helhetlig ansvar:

- Kommunen vil ofte ha begrensede kunnskaper om hvilket tilbud som er det beste.
- Spesialisthelsetjenesten har ingen formell rolle i prosessen fram mot et tvangsvedtak, men det fulle ansvaret for gjennomføringen etter at vedtak eventuelt er fattet.
- Fylkesnemnda borer sjelden i spørsmålet om kvaliteten på det tilbudet som skal gis. Tendensen synes å være at det ofte ikke foreligger føringer fra nemnda om i hvilken institusjon plasseringen skal skje.

Utvalget oppfatter denne fragmenteringen av ansvar som problematisk. En så svak involvering av den instans som skal ha ansvaret for det tvungne oppholdet –spesialisthelsetjenesten – er uvanlig i et helserettslig perspektiv. Det gjelder selv om det er lite igjen av prinsippet om asylsuverenitet i psykisk helsevern.¹⁴⁵⁴ I alle fall bør en slik modell være basert på gode grunner.

28.5.6.3 *Alternativ: tjenestemodellen*

En intensjon om rehabilitering som formål med frihetsberøvelsen etter helse- og omsorgstjenesteloven § 10-2 – slik dette kommer til uttrykk i forarbeidene –¹⁴⁵⁵ kan anføres til støtte for dagens modell med kommunal initiativrett. Dette ved at den sosialfaglige tilnærmingen her vil stå særlig sentralt, og tidsfaktoren vil ofte ikke være avgjørende. En sentral observasjon er imidlertid at bestemmelsen i praksis også blir brukt dels som livreddende tiltak, dels som stabiliserende tiltak overfor personer med alvorlige rusmiddelproblemer. Antallet midlertidige vedtak er trolig delvis et resultat også av dette. Inngrep etter kapittel 10 har slik fått en sterkere tilknytning til mer tradisjonelle former for helsehjelp, parallelt med endringene av de formelle ansvarsforholdene for tjenestene i forbindelse med rusreformen i 2004. Denne utviklingen vil trolig bli ytterligere styrket gjennom utvalgets forslag om å introdusere mangel på beslutningskompetanse som vilkår også i rusbehandlingen: Særlig ved de tradisjonelle rehabiliteringsoppholdene vil trolig mange ha beslutningskompetansen intakt.

Dette trekker i retning av at spørsmålet om frihetsberøvelse i institusjoner for tverrfaglig spesialisert behandling for rusmiddelavhengighet innlemmes i det samme system for saksbehandling og kontroll som gjelder i helsetjenesten for øvrig. Avhengig av hvordan dette organiseres rent praktisk i de enkelte helseforetak, kan man her se for seg mer treffsikre vurderinger av hvilke tilbud som passer best for personer med sammensatte rusproblemer og psykiske helseproblemer, og slik også en bedre utnyttelse av helsetjenestens samlede ressurser.

Det mest nærliggende alternativet til fylkesnemndsmodellen er å la en tjenestemodell – tilsvarende det vi i dag kjenner i psykisk helsevern med vedtakskompetanse knyttet til faglige kvalifikasjoner – også komme til anvendelse ved tvangsinnleggelse og tvungent tilbakehold i

¹⁴⁵⁴Jf. Syse, 2016, s. 31

¹⁴⁵⁵Se Søvig, 2007, s. 91–94 med videre henvisninger.

tverrfaglig spesialisert behandling for rusmiddelavhengighet (TSB). Ansvar for å fatte vedtak om inntak (og eventuelt opphør) vil da ligge hos spesialisthelsetjenesten. Kommunen skal som før henvise personer til TSB, også for tvungen plassering. Når det er aktuelt med tvangsinnleggelse/tvungent tilbakehold, må det foreligge en legeundersøkelse og en skriftlig plan for oppfølging og samarbeid før, under og etter innleggelsen, se nedenfor.

Alle helseforetak har pekt ut *vurderingsenheter* i TSB. Vurderingsenhetene mottar henvisninger og tar stilling til om henviste pasienter har rett til helsehjelp, hvilket nivå hjelpen skal gis på (døgnbehandling eller poliklinisk/ambulant behandling) og hva lengste forsvarlige frist for helsehjelpen i så fall skal være. Vanligvis avgjør vurderingsenheten saken på bakgrunn av en skriftlig henvisning, men enheten har ansvar for om nødvendig å innhente supplerende informasjon slik at saken er tilstrekkelig opplyst. Vurderingsenhetene arbeider tverrfaglig og egner seg for å vurdere også henvisninger til tvungen plassering.

Når vurderingsenheten har avgjort saken, er det opp til det aktuelle helseforetaket å sørge for at den nødvendige behandlingen blir gitt, enten i regi av egne enheter eller ved videre henvisning til andre tjenesteytere, som kan være offentlige eller private. Hvordan sakene fordeles til de aktuelle behandlingsinstansene, varierer helseforetakene imellom og berører som utgangspunkt ikke pasientenes rettigheter eller spørsmålet om tvang eller frivillighet. Dette systemet er vel innarbeidet og egner seg etter utvalgets mening også for vurdering av saker der tvang er aktuelt. Ved behov for øyeblikkelig hjelp skal det ikke gjøres vurdering av rett til helsehjelp. Personen det gjelder skal tas imot umiddelbart til klinisk vurdering. I slike tilfeller er det mottakende helsepersonell som har plikt til å vurdere hvilket fagområde, behandlingsnivå og eventuelt hvilken institusjon som er best egnet.

Når personen kommer til den aktuelle institusjonen, må enheten ta stilling til om vilkårene for tvangsinnleggelse er oppfylt. Denne vurderingen må bygge på en personlig undersøkelse av personen, gjennomført av lege eller psykolog som er utpekt som vedtaksansvarlig av virksomheten. Når utvalget innfører manglende beslutningskompetanse som et av flere vilkår for tvungen innleggelse og tilbakehold, forutsetter det at beslutningskompetansen blir vurdert konkret for den aktuelle helsehjelpen på tidspunktet for innleggelsen.

Utvalget vurderer at det bør lovfestes en plikt til å inngå en avtale om samarbeid og planlegging mellom kommuner og spesialisthelsetjenesten på alle trinn i saksgangen: før, under og etter institusjonsoppholdet. En slik plikt vil sikre at tvangsinnleggelser ikke blir en lettvinnet vei i akuttsaker, se punkt 24.8.5.

I akuttsaker vil dette bli mer komplisert. Det er liten tradisjon i rusfeltet for akutte tvangsinnleggelser. Selv om unntaksbestemmelsen om midlertidige vedtak blir brukt i en stor andel av sakene, særlig overfor gravide, dreier det seg ikke om mange saker i året. Det samlede antallet tvangsinnleggelser etter § 10-2 og § 10-3 i helse- og omsorgstjenesteloven er lavt, neppe over 200 i året, sammenlignet med over 8000 tvangsinnleggelser i året etter psykisk helsevernloven. Utvalgets lovforslag vil i noen grad åpne for akutte tvangsinnleggelser i TSB, selv om inngrepsterskelen er vesentlig hevet sammenlignet med dagens lovgivning. Det er i utgangspunktet ikke lett å se for seg at akutte tvangsinnleggelser av rusavhengige vil være hensiktsmessig. Oftest vil behovet for akutthjelp være knyttet til medisinsk avrusning eller rusutløste psykoser, som vanligvis finner sted i henholdsvis indremedisinske og psykiatriske avdelinger. Ved at samarbeids- og planleggingsplikten gjelder uavhengig av om innleggelsen er akutt eller planlagt, vil utvalget heve terskelen for akuttinnleggelser.

28.5.6.4 Avveining

Sammenlignet med dagens fylkesnemndsmodell, vil forslaget innebære en raskere og mindre ressurskrevende vedtaksprosedyre. En innvending kan være at dagens modell gjennom sine

kompliserte prosedyrer – ved ordinære vedtak – i seg selv kan virke tvangsdempende. Utvalget er likevel ikke redd for at endringen skal medføre økt tvangsbruk, særlig av følgende grunner:

- Bruken av midlertidige vedtak er allerede høy i dag. De nye reglene vil alt i alt gi bedre rettssikkerhet, også om det tas hensyn til nemndsleders etterfølgende kontroll.
- Utvalgets forslag om mangel på beslutningskompetanse som vilkår for tvangsinnleggelse og tvungent tilbakehold også i spesialisert rusbehandling – unntatt ved fare for fosteret –, vil innsnevre gruppen av personer det er aktuelt å bruke tvang mot. Utvalget ser en slik utslingsmekanisme som mer betryggende enn den vi har i dag hvor blant annet ressursituasjonen i de kommunale tjenestene kan være avgjørende. Kommunene skal være godt rustet for å håndtere dette krevende regelverket: saksutredning, oppfølging under oppholdet (brukermedvirkning mv.) og behandling etter utskrivelsen.
- Dagens ordning med fylkesnemndsbehandling er ressurskrevende. Ressurser blir frigjort gjennom utvalgets alternativ. Rettssikkerheten i gjennomføringsfasen kan være like viktig som selve vedtaket, og utvalgets forslag gir rom for en modell med økt kontrollinnsats i institusjonene gjennom tvangsbegrensningsnemndene, se nedenfor. Lovutkastet svarer på innspill fra helseforetakene i høringen, jf. utredningen kapittel 12.

[:figur:figX-X.jpg]

Figur 28.1 Arbeidsfordeling mellom fylkesmannen og tvangsbegrensningsnemnda – hovedtrekk

28.5.7 De nye organisatoriske byggesteinene

28.5.7.1 Innledning

Utvalget vurderer det slik at en framtidig, enhetlig ordning for saksbehandling og kontroll bør bygge på en kombinasjon av tjenestemannsmodell og nemndsmodell. Dette for å dra nytte av det beste i de begge representerer, men med en annen oppgavefordeling enn i dag. Kontrollkommisjonene har opp gjennom årene stadig blitt utsatt for kritikk. Utvalget ser det som viktig å understreke at det her ikke er nemndsmodellen *i seg selv* som er problemet. Det potensialet for et bredere og mer grundig blikk på sakene som denne modellen legger til rette for, er viktig å føre videre, ikke minst i lys av utvalgets ønske om å etablere kontrollordninger med en tydeligere arbeidsinstruks i retning av å begrense bruken av tvang.

28.5.7.2 Hvordan kan og bør nemndselementet i en framtidig modell organiseres?

Dagens kontrollkommisjonsordning er beheftet med betydelige strukturelle svakheter gjennom sin nærmest fullstendige privatisering av driften av et forvaltningsorgan. Særlig vil utvalget framheve:

- Det er uakseptabelt at en administrativ enhets fungering er avhengig av lederens interesse for og tid til oppgaven, som et sideverv. Utviklingen over tid har gått i retning av at krav og forventninger til kontrollkommisjonene har økt. Dette har samtidig gjort det tydeligere at organet har begrensede muligheter til å løse oppgavene.

- Ikke minst i forvaltningen av tvangsregelverk framstår profesjonalitet i den administrative håndteringen som påtrengende. Dette gjelder hvordan organet framstår utad, tilgjengelighet, evne til forsvarlig oppfølging av enkeltsaker og dokumenthåndtering i sin alminnelighet.

Utvalget vil presisere at vi her står overfor strukturelle problemer, og at det er ikke er tale om å rette bebreidelser mot den enkelte kontrollkommisjonsleder som – i de fleste tilfeller – gjør en samvittighetsfull og god jobb innenfor de rammer som er trukket opp. Men gapet mellom samfunnets forventninger og kontrollkommisjonenes mulighet til å imøtekomme disse – som organisasjon – er strukket langt over bristepunktet. Helsedirektoratet har de senere år iverksatt initiativer for å styrke kvaliteten på kontrollkommisjonenes arbeid, omtalt ovenfor. Ressursgruppe og lederforum for kommisjonsledere er to stikkord. Disse tiltakene er likevel ikke tilstrekkelige. Både prinsipielt og praktisk er det innenfor rammene av dagens lovgivning vanskelig å se at gjeldende organisering er bærekraftig.

På kort sikt kunne man kanskje bøte på enkelte av kritikkpunktene ved å skjerpe de formelle kravene til organisering av virksomheten, men da med den følge at det i realiteten bare er privatpraktiserende advokater som har muligheten for å oppfylle dem. Utvalget vil imidlertid fraråde en utvikling i retning av innsnevring av rekrutteringsbasen til disse viktige vervene der faglige og personlige kvalifikasjoner er helt avgjørende for rettssikkerheten.

På denne bakgrunn har utvalget sett i retning av mer omfattende endringer. En grunnforutsetning her er at den daglige forvaltningen av en framtidig tvangslovgivning nødvendigvis må skje lokalt. Ikke bare arbeidsmengden, men også viktigheten av nærhet til virksomhetene – med den mulighet det gir for aktiv oppfølging – tilsier dette.

Med dette i bunn synes fylkesmannen med sin administrative styrke og erfaring på feltet å være naturlig som det administrative sentrum. Etter utvalgets vurdering er det ikke ønskelig å bygge opp en helt ny organisasjon knyttet til den forvaltningsmessige kontrollen av den sivile tvangslovgivningen i helse- og omsorgssektoren. I tillegg til ressurs hensyn har utvalget lagt vekt på muligheten for helhetstenkning rundt enkeltindividet. Ved å knytte tvangsbegrensningsnemndene tettere til fylkesmannsembetet, som både er klageinstans for rettighetsklager og er tillagt tilsynsansvar på området, kan det legges bedre til rette for et helhetlig syn på tvangssakene med begrensning av bruk av tvang som en hovedoppgave.

28.5.7.3 Fylkesmannens oppgaver

Som nevnt vektlegger utvalget fylkesmannens administrative styrke, og foreslår dette organet som det sentrale organiserende elementet i forvaltningen av en framtidig lov. Oppgavene er nærmere beskrevet i utkastet § 10-2. Alt av tvangsvedtak, melding om inngrep i nødssituasjoner, dokument om forhåndssamtykke til tvang m.m. skal sendes fylkesmannen. Fylkesmannen er fra før vant med å håndtere store dokumentmengder, også etter tvangslovgivningen i helse- og omsorgssektoren, men dette innebærer en ytterligere betydelig økning fordi psykisk helsevern og den spesialiserte rusbehandlingen nå kommer inn med full tyngde. Muligheten for forbedringer av digitale løsninger må gjennomgås.

Boks 28.2 Fylkesmannens oppgaver

Fylkesmannen skal utføre de kontroll- og tilsynsoppgavene som ikke er lagt til tvangsbegrensningsnemnda, dvs.:

1. motta og holde oversikt over

- vedtak som treffes i medhold av tvangsbegrensningsloven
- beslutninger i nødssituasjoner

- forhåndssamtykker til tvang
 - samtykker til enkelte tiltak
 - godkjente reservasjoner mot
 - behandling av psykiske lidelser med legemidler
 - elektrokonvulsiv behandling (ECT)
 - husordensregler
 - avgjørelser om rutinekontroll
2. straks gjennomgå vedtak, beslutninger og forhåndssamtykker og vurdere om riktig framgangsmåte er fulgt og om lovens vilkår er vurdert. For husordensregler og avgjørelser om rutinekontroll skal det påses at lovens vilkår er oppfylt.
 3. tilrettelegge for tvangsbegrensningsnemndene, i samråd med nemndsleder
 - fordele saker
 - ivareta kontortekniske funksjoner
 - etablere og drifte system for saksbehandling og arkiv
 4. behandle klage over beslutning om og gjennomføring av tiltak i nødssituasjoner som ikke gjelder særlig inngripende tiltak, samt klage over gjennomføringen av vedtaksbaserte tiltak
 5. opprette og administrere fylkesvise lister over sakkyndige som kan oppnevnes som medlemmer i tvangsbegrensningsnemnda i enkeltsaker, skal dekke følgende kunnskapsfelt:
 - forebygging av tvang innenfor ulike områder
 - spiseforstyrrelser
 - fostermedisin
 - behandling med antipsykotiske legemidler og
 - barnefaglig kompetanse
 6. føre tilsyn og holde Statens helsetilsyn orientert i samsvar med kravene etter helsetilsynsloven.

[Boks slutt]

I forbindelse med mottak av tvangsvedtak og andre dokumenter skal det foretas en formalkontroll. I det ligger at fylkesmannen skal kontrollere om riktig framgangsmåte er fulgt og om lovens vilkår er vurdert. Dette utgjør en parallell til kontrollkommisjonenes oppgave i dag etter psykisk helsevernloven § 3-8 første ledd. Det er altså ingen egentlig materiell kontroll som skal utøves. Vedtak og andre dokumenter som er så mangelfulle at de må regnes som ugyldige omgjøres, noe fylkesmannen gis en uttrykkelig hjemmel for. Når utvalget ikke foreslår at fylkesmannen skal gjøre en mer omfattende kontroll ved mottak, har det en ressursmessig begrunnelse. Hvilke vedtak som skal underkastes en mer grundig kontroll må velges ut bedre. Utvalget antar likevel formalkontrollen vil være viktig som en første linje for å sikre kvaliteten på arbeidet i virksomhetene.

Fylkesmannen får videre en sentral administrativ støttefunksjon til de nye tvangsbegrensningsnemndene. For å avbøte svakhetene ved dagens kontrollkommisjoner, må fylkesmannen etablere og drifte system for saksbehandling og arkiv for nemndene. Dette løser et problem fokusert av dagens kontrollkommisjoner, se punkt 6.2.2. Fylkesmannen skal også ivareta kontortekniske funksjoner og slik blant annet sikre publikums tilgjengelighet til nemndene. Nemndenes postadresse vil være hos fylkesmannen. Utvalget ser blant annet for seg at fylkesmannen står for utsending av varsel i forkant av at saker skal behandles i nemnda, og underretning om vedtak i etterkant. Fylkesmennene stiller kontorplass og møteplass til rådighet for

nemndslederne i den utstrekning det finnes nødvendig og hensiktsmessig. Hvordan dette rent praktisk legges opp i detalj må skje i samarbeid med den enkelte nemndsleder.

Gjennom mottak av vedtak og andre henvendelser, for eksempel om klager, får fylkesmannen en koordinerende rolle for hvilke saker som skal behandles og for hvilken nemnd. En slik koordinering kan forebygge uheldige situasjoner som i dag fra tid til annen kan inntreffe, for eksempel slik at obligatorisk kontroll behandles ved én kontrollkommisjon, mens en annen behandler klagesak for den samme pasienten – begge uvitende om hverandre. Dette kan skje for eksempel fordi personen plutselig er blitt overført til annen institusjon. Modellen kan også bidra til bedre ressursutnyttelse ved at fordeling av saker på tvers av nemndenes geografiske virkefelt kan iverksettes i den grad det er ønskelig av hensyn til god saksavvikling. Dette kan typisk gjelde ved kapasitetsproblemer eller der behandling i en annen nemnd er ønskelig for å unngå «strukturell inhabilitet»: et behov for at friske øyner ser på saken.

28.5.7.4 Tvangsbegrensningsnemndene

28.5.7.4.1 Navn

Utvalget er av den oppfatning at en framtidig nemndsmodell må ha et annet navn enn «kontrollkommisjonen». Det er flere grunner til dette: både organisering, virkeområde, sammenheng og oppgaver vil bli forandret. Det er også viktig å understreke utvalgets intensjon om at nemnda – og fylkesmannen – skal ha et klart uttrykt formål om å begrense bruken av tvang: et spørsmål det hittil har vært delte meninger om. Navn er også en kulturbærer. Det er derfor viktig med en navneendring for å markere alt dette. Utvalget har blitt stående ved «tvangsbegrensningsnemnda» som et tjenlig navn. Selv om ordet er langt, markerer det tydelig hva som er organets primære oppgave.

Boks 28.3 Tvangsbegrensningsnemndenes oppgaver

1. Behandle klage over vedtak, særlig vedrørende:

- innleggelse og tilbakehold i helseinstitusjon som personen motsetter seg, herunder i institusjon for psykisk helsevern, spesialisert rusbehandling (TSB) og sykehjem
 - Midlertidige vedtak behandles av nemndsleder alene.
- tiltak med pleie- og omsorgsformål som personen motsetter seg, herunder
 - bruk av inngripende varslings- og lokaliseringsteknologi
 - mekaniske innretninger som hindrer personens bevegelsesfrihet, med omsorgsformål
 - kontinuerlig observasjon utenfor helseinstitusjon ved fare for andre
- undersøkelse og behandling i den somatiske helsetjenesten som personen motsetter seg
- undersøkelse og behandling i psykisk helsevern som personen motsetter seg, følgende behandlingstiltak er aktuelle:
 - behandling av psykiske lidelser med legemidler
 - behandling av psykiske helseproblemer med skjerming
 - behandling av spiseforstyrrelser med ernæring
- behandling med elektrokonvulsiv terapi (ECT) som personen ikke motsetter seg
- enkelte gjennomføringstiltak i psykisk helsevern og spesialisert rusbehandling
 - pålegg om oppmøte til behandling
 - kortvarig skjerming i psykisk helsevern som gjennomføringstiltak
 - rusmiddeltesting
 - innskrenking i kontakt med omverdenen
- tiltak for å sikre fellesskapsinteresser i institusjon

- kontroll for å hindre innførsel av farlige gjenstander mv.
 - beslag av farlige gjenstander mv.
 - bruk av skjerming av hensyn til medpasienter
2. Behandle klage over beslutning om bruk av særlig inngripende tiltak i nødssituasjoner
 3. Behandle krav om overprøving av gyldigheten av forhåndssamtykke til tvang, gjelder
 - tvungent tilbakehold
 - behandling av psykiske lidelser med legemidler som vedkommende allerede bruker
 - omsorgstiltak for personer med enkelte atferdsfenotyper
 4. Gjennomføre høring etter 30 dager for å vurdere om følgende vedtak som ikke allerede er overprøvd i klagesak, skal opprettholdes:
 - innleggelse og tilbakehold i helseinstitusjon som personen motsetter seg
 - tiltak som personen motsetter seg, og som inneholder minst ett av følgende elementer
 - planmessig tilnærming i repeterende nødssituasjoner,
 - kontinuerlig observasjon av viljestyrt atferd utenfor helseinstitusjon
 - begrensninger i tilgang til mat eller drikke
 - bruk av mekaniske innretninger som hindrer personens bevegelsesfrihet, med omsorgsformål
 - behandling av
 - psykiske helseproblemer med skjerming
 - spiseforstyrrelser med ernæring
 5. Forhåndsgodkjenne vedtak som søkes forlenget ut over ett år, deretter hver sjette måned. Dette gjelder:
 - vedtak om innleggelse og tilbakehold som personen motsetter seg
 - tiltak som personen motsetter seg, og som inneholder minst ett av følgende elementer
 - planmessig tilnærming i repeterende nødssituasjoner
 - kontinuerlig observasjon av viljestyrt atferd utenfor helseinstitusjon
 - begrensninger i tilgang til mat eller drikke
 - bruk av mekaniske innretninger som hindrer personens bevegelsesfrihet, med omsorgsformål
 - behandling av psykiske lidelser med legemidler
 6. Behandle sak om godkjenning av reservasjon mot behandling av
 - psykiske lidelser med antipsykotiske legemidler
 - psykiske helseproblemer med elektrokonvulsiv terapi
 7. Gjennomføre stedlig tilsyn

[Boks slutt]

28.5.7.4.2 Saklig og geografisk virkeområde

Et spørsmål for utvalget har vært om en nemndsmodell bør forbeholdes tvangsvedtak i psykisk helsevern, eventuelt også på rusfeltet hvor en særlig variant (fylkesnemndsmodellen) gjelder i dag. En utviding handler således særlig om også å la de mest alvorlige saker som i dag reguleres av helse- og omsorgstjenestelove kapittel 9 og pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A, omfattes. Førstnevnte regelsett gjelder formelt bare for personer med utviklingshemning, og etter sistnevnte er personer med demens en stor gruppe.

Noen vil kanskje mene at motstand fra personer med kognitive funksjonsnedsettelse særlig ofte vil være «uforstandig», og slik sett ikke trenger samme nivå av rettssikkerhet. Utvalget mener at det er umulig å bygge på en slik forutsetning. Dagens regulering i helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 bygger på at risikoen for urettmessige inngrep her kan være særlig stor. Selv om rettssikkerhetsgarantiene i dag er mange, blant annet gjennom obligatorisk innkobling av spesialisthelsetjenesten, er det likevel formidlet bekymring til utvalget om at de

mest inngripende vedtakene sjelden får en bredere prøving enn det tjenestemenn hos fylkesmannen kan tilby. Etter pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A reiser fylkesmennene bare unntaksvis ut til institusjonen i forbindelse med saksbehandlingen. Dette som – etter det utvalget erfarer – er en bekymring for saksbehandlerne selv, gjør det for eksempel vanskelig å overprøve om vilkåret om «tillitsskapende tiltak» er oppfylt.

Slik utvalget ser det, vil det derfor representere en betydelig styrking av rettssikkerheten å strekke ut nemndsmodellen til også å dekke saker innenfor felter som i dag reguleres av pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A og helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9.

Et spørsmål er om nemndene bør ha et geografisk virkeområde – og dermed en institusjonstilknytning slik som kontrollkommisjonene i dag – eller i prinsippet ha hele fylket som sitt arbeidsfelt, slik som fylkesnemndene. Institusjonstilknytningen har tidligere vært et kritikkpunkt, noe som er redegjort for ovenfor. Utvalget vektlegger viktigheten av kjennskap til institusjonen om man skal kunne være et aktivt virkende organ som er «hands-on» tvangsbruket. Utvalget antar for øvrig at utstrekningen av ordningen til å gjelde utenfor psykisk helsevern, samt adgangen til å disponere nemnder på tvers av «sektorgrenser», uansett naturlig vil bidra til å forebygge for tette koblinger, i den grad det skulle være et problem i enkelttilfeller.

28.5.7.4.3 Nemndenes sammensetning og antall

At den enkelte nemnd må ledes av en jurist framstår som selvsagt. Denne oppgaven kan imidlertid være så krevende at det må stilles høye krav både til faglig og personlig skikkethet.

Det er videre nødvendig at nemnda har et helsefaglig innslag. Dette reiser spørsmål om hvilken kompetanse som er ønsket og – i forlengelsen – om sammensetningen av nemnda bør variere ut fra et slikt kriterium. Problemstillingen kan formuleres som om nemnda skal være et generalist- eller spesialistorgan.

Fordelen med å sette nemnda med fagspesialist – for eksempel en psykiater, psykologspesialist eller vernepleier, avhengig av hva saken gjelder – er at dette kan bedre muligheten for å foreta en reell overprøving av fagskjønnet i den enkelte sak. Motposten er at stadige utskiftninger på helsefagsiden i nemnda kan gi en fragmentering som i seg selv kan være uheldig for organets fungering som et arbeidsfellesskap over tid, med betydning for evnen til å realisere lovens tvangsbegrensende formål på en effektiv måte.

På et mer overordnet plan gir spesialistmodellen risiko for at det – til tross for en felles lov – kan komme til å utvikle seg særlige kulturer på kontrollsidene innenfor de enkelte tjenestegrener. Det ideelle vil være om de ulike nemndene behandler saker av ulikt slag, nettopp for å unngå en slik segregering. I alle fall bør dette tilstrebes til en viss grad, selv om administrative hensyn nok vil kreve at enkelte nemnder har et hovedansvar for en større institusjon, for eksempel et psykiatrisk sykehus.

Alt i alt ser utvalget for seg at nemndene primært forutsettes å fungere som generalistorgan. Sentrale vilkår i lovutkastet omhandler nettopp krav til tjenestene som med fordel kan prøves uten å være fagspesialist: dette gjelder spørsmål som beslutningskompetanse, alternativer til tvang og forholdsmessighet. I dette perspektivet er det naturlig at en lege er det andre medlemmet i nemnda ved at legeutdanningen gir den bredeste helsefaglige kompetansen.

Samtidig ser utvalget behov for at nemndene bør kunne styrkes i enkeltsaker hvor hensynet til en forsvarlig opplysning av saken tilsier det. Dette kan blant annet være aktuelt på enkelte små fagfelt som reiser særlige problemstillinger: herunder tvungen ernæring og tvang overfor gravide kvinner av hensyn til fosteret. Men mer allment kan enkeltsaker reise særlig tvil, blant annet spørsmålet om fortsatt medikamentell behandling med antipsykotika. Det foreslås der-

for opprettet særlige utvalg av fageksperter som etter anmodning fra nemndsleder kan oppnevnes ved behandling av enkeltsaker. Det skal også oppnevnes et særlig utvalg av eksperter på forebygging av tvang. Nemnda kan bare forsterkes med ett medlem.

Utvalget ønsker å fremheve at kompetanse på forebygging av tvang er noe som kan opparbeides på ulike måter og vil derfor ikke knytte det opp mot en bestemt profesjonsutdanning. Kompetansen er primært noe man tilegner seg gjennom praktisk erfaring som kliniker, ved å ha erfart tvangsbruk selv, sammen med personlige egenskaper. Kurs og opplæringstiltak kan også styrke forebyggingskompetansen. Erfaringsmedarbeidere, representanter fra bruker- og pårørendeorganisasjoner kan også ha opparbeidet kompetanse på tvangsforebygging. Det er med andre ord den personlige kompetansen på området som tilsier at noen er ekspert på akkurat det. Utvalget ser det for øvrig som nødvendig at alle medlemmer av nemnda har grunnleggende kunnskap og forståelse for recovery-orienterte tilnærminger.

Ved oppnevning av ekspertmedlem øker antallet nemndsmedlemmer. Ingen av de ordinære medlemmene skiftes ut. Dette kan naturligvis oppfattes slik at nemndene dermed får en skjevhet i sammensetningen. Utvalget vurderer likevel den skisserte modellen som å representere en rimelig balansering av ulike hensyn, der også ressursmessige betraktninger er innbakt: at nemndene bare forsterkes der det vurderes nødvendig i den enkelte sak, borger for en stram prioritering.

Nemnda må videre ha et lekmannsinnslag. I dagens kommisjonsordning utgjør dette to av fire medlemmer. Etter opptak av Sinnssykelovkomiteen, ble lekmannsinnslaget styrket fra en til to i 1961-loven. Hensynet til «en mer allsidig sakkyndighet og erfaring» ble vektlagt.¹⁴⁵⁶ Utvalget ser det som forsvarlig i framtiden å redusere til kun ett lekmedlem. Dette må ses i sammenheng med at de nye nemndene får et klarere og mer spisset formål. Behovet for et tungt lekmannsinnslag som garanti for ikke å miste samfunnsoppdraget av syne, er slik redusert. En proporsjonering av lekmannsinnslaget i forholdet en av tre, er også funnet tilstrekkelig i mange andre sammenhenger, jf. f.eks. barnevernloven § 7-5 om fylkesnemnda. Utvalget har enkelte forslag som gir økte kostnader sammenlignet med i dag, og da er en reduksjon fra fire til tre medlemmer – sammenlignet med dagens kontrollkommisjoner – en naturlig prioritering.

Utvalget vurderer at lekmedlemmet bør ha erfaring som pasient/bruker eller pårørende. Ivaretagelsen av denne rollen i dagens kontrollkommisjoner har vært omdiskutert. Utvalget tilrår at opplæringsprogram utvikles i samarbeid med brukerorganisasjoner på feltet. Hele nemnda bør ha skolering i grunnleggende menneskerettslig tenkning.

For utvalget er det helt sentralt at nemndene ivaretar funksjonen som et kritiske korrektiv til fagskjønnet om bruk av tvang. Utvalget er derfor av den oppfatning av nemndsmedlemmene – heller ikke lederen – bør bli sittende for lenge i en slik posisjon. Virketiden bør være fire år, med mulighet for gjenoppnevning én gang. En karenstid på fire år inntreffer så før man kan gjenoppnevnes i samme eller andre nemnder. Dagens praksis med gjenbruk av kommisjonsledere i nye kommisjoner etter åtte år, anses uheldig.

Et spørsmål er om nemndsleder, eventuelt også de øvrige medlemmer, bør ansettes hos fylkesmannen på åremål innenfor en tidsperiode som nevnt. Juridisk vil forskjellen mellom oppnevning og ansettelse ha betydning i en rekke relasjoner. Av særlig betydning i denne sammenheng er selvstendigheten i utførelse av arbeidsoppgavene.

¹⁴⁵⁶Innstilling fra komiteen til revisjon av sinnssykelovgivningen, s. 73

Mangelen på styring og kontroll med dagens kommisjoner er helt sentralt for utvalgets forslag. Dette skal imidlertid sikres gjennom særlige lovbestemmelser som knytter nemndene administrativt til fylkesmannen. Det som etter dette vil være tilbake av frihet for nemndsleder (og medlemmer) etter den nye ordningen – gitt en oppnevningsmodell – vil være friheten til å velge hvor og når man skal jobbe utenfor møtene. En slik fleksibilitet vil sannsynligvis være en fordel med tanke på rekrutteringsgrunnlaget til disse viktige vervene. Utvalget ønsker sirkulasjon i større grad enn man har sett hittil. En oppnevningsordning vil også understreke den faglige frihet i enkeltsaker som nemndene vil ha – og som også er svært viktig.

Etter dette vil det uten unntak måtte være flere nemnder i hvert fylke – også under hensyn til at ordningen foreslås utvidet til å gjelde utenfor psykisk helsevern og i lys av de pågående endringer i fylkesstruktur. Den aktuelle leder og medlemmer må avklare med fylkesmannen hvor stor arbeidsbelastning vedkommende kan påta seg i forbindelse med oppnevningen. Slik sett er det ingenting i veien for at man ved en oppnevning kan ha nemndsledere som påtar seg en arbeidsbelastning som tilsvarer full stilling. Utvalget vurderer at mulighet for fleksibilitet og lokale tilpasninger er viktig. Systemet med personlige varamedlemmer som er kjent fra kontrollkommisjonene, videreføres.

28.5.7.4.4 De organisatoriske rammene

Som vist blir koblingen mellom nemndene og fylkesmannen tett. Nemndene vil likevel være egne forvaltningsorgan i forvaltningsrettslig forstand, noe som anses viktig for å underbygge den faglige uavhengigheten. Et svakt utviklet samarbeid mellom kommisjonene og fylkesmannen er i dag et kritikkpunkt. Utvalgets modell vil løse dette: kontakten mellom nemndene og fylkesmennene vil være så tett at det vil legge et godt grunnlag for informasjonsutveksling om forhold som for eksempel kan aktualisere bruk av fylkesmannens tilsynsmyndighet.

Modellen med nemnder så tett knyttet til fylkesmannen kan likevel tenkes å reise problemer i én relasjon. Det gjelder for etablering av klageordning i den grad fylkesmannen fatter vedtak i første instans – slik som etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 i dag og i tre-måneders-kontrollene etter pasient- og brukerrettighetsloven § 4A-8. Omfanget av denne problemsstillingen etter et framtidig regelverk vil avhenge av flere forhold: Dels hvilke funksjoner som legges til fylkesmannen i første instans, dels hvordan slike karakteriseres i forhold til vedtaksbegrepet. Etter forvaltningsloven § 28 første ledd er klageinstansen det «nærmest overordnet[e]» forvaltningsorgan. Det vil nemndene ikke være.

I utvalgets lovutkast blir det ikke lagt opp til at fylkesmannen skal fatte noen typer av vedtak i første instans. En markering av nemndenes uavhengighet er likevel viktig for evalueringen av nemndsordningens kvalitet som rettssikkerhetsgaranti. Utvalget har på denne bakgrunn kommet fram til at tvangsbegrensningsnemndenes faglige uavhengighet bør lovfestes. Uavhengigheten markeres videre ved at det lovfestes at departementet har ansvar for å oppnevne et tilstrekkelig antall nemnder i hvert fylke. Utvalget legger til grunn at dette ansvaret i i praksis vil bli pålagt Helsedirektoratet, etter delegasjon. Ansvaret innebærer oppnevning av enkelt-medlemmene, også lederen.

Praktisk sett må imidlertid fylkesmennene involveres i arbeidet med å framskaffe aktuelle kandidater. Dette bør gjøres slik at en annen enhet hos fylkesmannen enn den som har tvangsbegrensningsloven som sitt ansvarsområde, skal forestå dette arbeidet.

28.5.7.4.5 Oppgaver

Tvangsbegrensningsnemndene skal – som fylkesmannen – ha som formål å begrense bruken av tvang. Sammenlignet med dagens kontrollkommisjonsordning skal nemndsleder kunne konsentrere seg om det faglige nærmest ett hundre prosent, jf. ovenfor om fylkesmannens oppgaver. Nemndene skal benyttes til arbeidsoppgaver hvor de har sine naturlige fortrinn.

Det ene gjelder klagesaker og obligatoriske kontroller. I punkt 28.8 drøftes blant annet hvordan saksporteføljen bør avgrenses.

Det andre gjelder stedlig tilsyn. Dagens kontrollkommisjoner utøver stedlig tilsyn – gjerne omtalt som «velferdskontroll». Utvalget oppfatter det som viktig at nemnda fortsatt har denne funksjonen da den kan ha en viktig forebyggende og disiplinerende effekt overfor det enkelte personell og ledelsen. Utvalget merker seg at denne funksjonen ofte etterspørres der den ikke finnes, jf. blant annet erfaringer fra studiebesøk i utlandet. En avskaffing som enkelte har foreslått er derfor ingen god løsning. Imidlertid bør det skje en utvikling og raffinering, se nærmere i punkt 28.11

28.5.8 Oppsummering: Vil tvangsbegrensningsnemnda kvalifisere til å være en «domstol» etter EMK artikkel 5 (4) / Grunnlova § 94?

Som nevnt har Høyesterett i et par saker lagt til grunn at kontrollkommisjonene oppfyller kravene til «domstol» etter EMK artikkel 5 (4) og artikkel 6. Utvalget har samtidig karakterisert argumentasjonen i disse sakene som for smal, se ovenfor. Den modellen for administrativ kontroll som utvalget foreslår, er betydelig mer robust enn dagens kontrollkommisjonsordning. Spørsmålet om tvangsbegrensningsnemndene kvalifiserer til å være en «domstol» i menneskerettslig forstand er likevel usikkert. På den ene side lovfestes den faglige uavhengigheten. Nemndene vil også være selvstendige forvaltningsorganer. Det som likevel i særlig grad kan være problematisk, er den organisatoriske tilknytning til fylkesmennene, samt oppnevning av medlemmene på åremål, jf. den pågående diskusjonen om fylkesnemndenes status.

Utvalget finner det ikke nødvendig å konkludere endelig på spørsmålet. Som uttrykt ovenfor er det tvisteloven kapittel 36 som også i framtiden må forutsettes å ivareta våre folkerettslige plikter hva hurtig saksbehandling angår. Utvalget tilrår en modell for framtidig administrativ overprøving og kontroll som utnytter forvaltningsrettens fleksibilitet til å etablere systemer som kraftfullt skal kunne begrense tvangsbruken. Etter utvalgets vurdering vil man ikke greie dette gjennom en mer domstolsorientert tilnærming. Men også innenfor en tradisjonell forvaltningsrettslig ramme står verdien av uavhengighet sentralt, noe drøftingene ovenfor gjenspeiler.

Hvorvidt Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD) eventuelt vil være villig til å ta hensyn til intensjonen bak den organisering utvalget foreslår i vurderingen av tidsbruken i konkrete saker, er mer usikkert. Synspunktet kan likevel ikke utelukkes ut fra formålet i konvensjonen artikkel 5. Man kan altså se for seg at EMD vil være mer positiv til tidsbruken – i nemnda og tingretten samlet – der dette begrunnes med at den administrative komponenten må gå forut for behandling i de alminnelige domstoler for mest mulig effektivt å kunne fremme et tvangsbegrensende formål. Utvalget baserer seg likevel ikke på at en slik argumentasjon skal vinne gjennomslag, og understreker behovet også i framtiden for hurtighet i saksbehandlingen, særlig i klagesaker som omfattes av EMK artikkel 5/Grunnlova § 94, både hos tvangsbegrensningsnemndene og de alminnelige domstoler.

28.6 Modell for avgjørelser i første instans

28.6.1 Innledning

Under dette punktet drøftes hvordan en enhetlig, framtidig modell for vedtak og beslutning i første instans bør utformes. Tidsfaktoren – tidsvinduet mellom der en avgjørelse må treffes og iverksettelsen av tiltaket – setter rammer for hvilke krav som kan stilles til saksbehandlingen.

Det gjelder også ved valg av avgjørelsesmodell i første instans. Her er det snakk om et kontinuum fra klassiske nødssituasjoner til situasjoner der tidsfaktoren ikke spiller en nevneverdig rolle for prosessen. Først skal utvalgets valg av begrepsbruk om avgjørelser – «vedtak» og «beslutning» – avklares.

28.6.2 Avgjørelse, vedtak og beslutning

I helselovgivningen har man tradisjonelt vært tilbakeholden med å definere avgjørelser som (enkelt)vedtak og dermed aktivere alminnelige forvaltningsrettslige krav til saksbehandlingen. Særlige helserettslige regler er blitt ansett bedre egnet til å ivareta de spesielle hensyn som gjør seg gjeldende på dette feltet. Unntaket gjelder tvang hvor de alminnelige krav til rettssikkerhet i stadig sterkere grad har vunnet terreng.

Hvorvidt en avgjørelse om tvangsbruk i en nødssituasjon kan klassifiseres som et «enkeltvedtak» etter forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav b, jf. bokstav a, er det ulike oppfatninger om, og terminologien varierer mellom de ulike regelsett. Etter psykisk helsevernloven omtales dette som «vedtak», jf. psykisk helsevernloven § 4-8 femte ledd, se også i psykisk helsevernloven § 25 andre ledd, men her er også «avgjørelse» brukt i paragraftittelen. I § 10 siste ledd i forskrift om rettigheter og tvang i rusinstitusjon er avgjørelse («avgjøre») brukt om kortvarig fastholding. I helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 brukes «beslutning», se blant annet § 9-7 første ledd.

I lovutkastet trekkes det opp et skille mellom vedtak (enkeltvedtak) og andre beslutninger. Ut fra de presiseringer og avklaringer utvalget har gjort av hva som utgjør en nødssituasjon – situasjonen må være akutt – har det vært naturlig å bruke «beslutning» om den avgjørelsen som går forut for inngrep i slike tilfeller. Karakteristisk for situasjonene vil nemlig være:

1. Det er liten tidsmessig avstand mellom avgjørelsen om å gripe inn og tidspunktet for iverksettelse – dette gir lite rom for å etablere tradisjonelle, forvaltningsrettslige rettssikkerhetsgarantier i forkant.
2. Personene det er tale om å gripe inn mot, vil sjelden – i situasjonen – være mottakelige for egentlige pålegg om å innrette sin atferd på en annen måte. Formålet med inngrepet vil dermed mer være å påvirke en faktisk situasjon enn å påvirke vedkommendes rettslige stilling (som er et kjennemerke ved enkeltvedtaket), jf. forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav b, jf. bokstav a.

Utvalget har på denne bakgrunn valgt ikke å benevne avgjørelser i nødssituasjoner for «vedtak», men heller «beslutninger». I lovutkastet vil ofte uttrykksmåten «beslutning om og gjennomføring av» tiltak benyttes. Dette for å markere at det ved etterfølgende klage vil være vanskelig å skille mellom selve den forutgående beslutningen og den faktiske gjennomføringen. Konsekvensen er at det egentlig er det som faktisk er gjort som er sakens tema. På psykisk helsevern-feltet markerer endringen i terminologi den materielle innstramming som ligger i utkastet. Valget av begrep har ikke hatt betydning for vurderingen av behovet for rettssikkerhetsgarantier, men er vurdert å markere på en god måte at rettssikkerhetsgarantiene må organiseres på en annen måte i slike situasjoner enn ved tradisjonelle forvaltningsvedtak.

Uttrykksmåten «avgjørelse» blir i utredningen dels brukt for språklig variasjon, dels som en fellesbetegnelse for vedtak og beslutning. Meningsinnholdet vil framgå av konteksten. For ordens skyld gjøres oppmerksom på at ordet «beslutning» brukt i enkelte andre sammenhenger, blant annet i sammenstillingen «beslutningsstøtte», rimeligvis har et annet innhold enn beskrevet her. Dette ved at det er personens og ikke personellet eller organets avgjørelse det siktes til.

28.6.3 Tiltak i nødssituasjoner

28.6.3.1 Gjeldende rett

Spørsmålet om hvem som er tillagt myndighet til å treffe beslutning om bruk av tvang i nødssituasjoner, er regulert forskjellig etter de ulike regelsett vi i dag har. I sin enkleste form er kompetansen lagt til det aktuelle personellet. Dette er gjort etter helsepersonelloven § 7, noe som ikke er unaturlig i lys av at bestemmelsen er en pliktregel som nettopp retter seg mot det enkelte helsepersonell. Parallellen her er klar til strafferettslig nødrett og nødverge hvoretter det er den person som står i situasjonen som må ta standpunkt til hva som skal gjøres.

Etter forskrift om rettigheter og tvang i rusinstitusjon heter det i § 10 første ledd at i «akutte nødssituasjoner» kan «ansatte» i institusjonen benytte kortvarig fastholding. I tredje ledd er det presisert at «Institusjonens leder eller den lederen gir fullmakt» skal «avgjøre» spørsmålet. Av psykisk helsevernloven § 4-8 femte ledd framgår at det er «den faglig ansvarlige», jf. § 1-4, som skal treffe vedtak dersom ikke annet er fastsatt i forskrift.

I psykisk helsevernloven er det gitt en særlig bestemmelse om avgjørelse/vedtak (begge begrepene er brukt). Her heter det:

«Dersom en akutt nødssituasjon gjør at umiddelbar kontakt med den faglig ansvarlige ikke er mulig, kan ansvarshavende ved avdelingen fatte vedtak om bruk av mekaniske tvangsmidler, isolering eller kortvarig fastholding.»

I akutte tilfeller kan altså også «ansvarshavende ved avdelingen» treffe vedtak. I så fall «skal den faglig ansvarlige så snart som mulig underrettes». Videre framgår at «[d]ersom situasjonen gjør fortsatt bruk av tvangsmidler nødvendig, skal den faglig ansvarlige ta standpunkt til om bruken av tvangsmidler skal opprettholdes.»

Hvordan man skal håndtere situasjoner der heller ikke den ansvarshavende kan tilkalles, eventuelt dennes stedfortreder, er reist som en problemstilling i praksis. Utvalget er kjent med at i alle fall enkelte kontrollkommisjoner da praktiserer at inngrepet faller utenfor psykisk helsevernloven § 4-8 og blir regulert av ulovfestet nødrett. Etter utvalgets lovutkast blir det lagt opp til en uttømmende regulering av inngrep i nødssituasjoner.

Etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 har man tydeligere adressert problemet med at også den plassansvarlige kan være utilgjengelig. Her heter det i § 9-7 første ledd at «beslutning» skal «treffes av den som har det daglige ansvaret for tjenesten, eller – dersom det ikke er tid til dette – av tjenesteyteren».

28.6.3.2 Utvalgets vurderinger

Utvalget legger som nevnt opp til en uttømmende regulering av hjemmelsspørsmålet ved inngrep i nødssituasjoner, og reguleringen er i utgangspunktet arenauavhengig. Det er da løsningen i helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 som er mest naturlig å bruke som modell for en felles, framtidig ordning.

Særlig med tanke på de særlig inngripende tiltak, se lovutkastet § 4-3, er det likevel behov for ytterligere presiseringer. Det er for det første klart at forordning av legemidler bare kan gjøres av lege, jf. helsepersonelloven § 4 og psykisk helsevernloven § 5 fjerde ledd. Det er også ellers ønskelig å plassere beslutningsansvaret på et høyest mulig faglig kompetansenivå: i praksis hos den vedtaksansvarlige, jf. nedenfor. Dette får betydning der vedkommende ikke er tilgjengelig når situasjonen oppstår, men kommer til mens det fortsatt er behov for å opprettholde tiltaket. Til tross for utvalgets innstramming av rammene for inngrep i nødssituasjoner, vil dette også være en aktuell problemstilling i framtiden. I slike tilfeller må det da fattes en ny beslutning.

28.6.4 Tiltak utenfor nødssituasjoner

28.6.4.1 Spørsmålet om ekstern forhåndsgodkjenning

28.6.4.1.1 Vedtak om tvangsinnleggelse og tilbakehold

Tvangsinnleggelse og tvungent tilbakehold utgjør kjernen i begrepet «frihetsberøvelse», og individene har et særlig vern mot slike tiltak, uttrykt så vel i Grunnlova som i sentrale menneskerettighetsdokumenter. Spørsmålet om godkjenning av inngrepet ved en ekstern instans før det iverksettes, er dermed en naturlig problemstilling. Etter gjeldende rett er det i tverrfaglig spesialisert behandling for rusmiddelavhengighet etablert en slik ordning, jf. fylkesnemndenes rolle etter §§ 10-2 og 10-3 i helse- og omsorgstjenesteloven. I utgangspunktet gir dette en særlig trygghet for kvaliteten på de avgjørelser som fattes og legitimiteten av tiltakene. På de andre feltene er det tjenestemodellen som er lagt til grunn. Helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 hjemler ikke tvangsinnleggelse og tvungent tilbakehold.

Å generelt etablere en ordning med forhåndsgodkjenning er ikke mulig. Dette skyldes at situasjonen ofte vil ha et akutt eller akuttliggende preg, jf. punkt 28.5.1. Det vil altså ofte ikke være tilstrekkelig tid til å gjennomføre en slik kvalitetssikring på noen meningsfull måte ved en ekstern instans. I nær sammenheng ligger et ressursmessig aspekt: Innleggelse og tilbakehold vil gjerne være av kortvarig karakter. Personen kan bli utskrevet raskt, eller situasjonen roer seg slik at oppholdet kan fortsette uten bruk av tvang. Å prioritere brede og kostbare rettssikkerhetsordninger i denne fasen er slik sett lite ressurseffektivt.

Det som her er sagt, gjelder i sterkeste grad ved innleggelse i helseinstitusjon under spesialisthelsetjenesten, ikke minst psykisk helsevern. På rusfeltet er forhåndsgodkjenningsmodellen vesentlig uthulet gjennom mange midlertidige vedtak. Særlig ved innleggelse og tilbakehold for eksempel i sykehjem – typisk av mennesker med demens – kan bildet være et annet. Dette fordi tiltaket oftere er planlagt, men også fordi oppholdet oftere må påregnes å være av lengre varighet – ikke sjelden er perspektivet livslangt. Imidlertid vil det også her være slik at situasjonen gjerne kan roe seg raskt ved at personen finner seg til rette i institusjonen.

Generelt ved tiltak med pleie- og omsorgsformål er det en spesiell risiko for at ressursmessige hensyn skal bli tillagt større vekt enn det som er akseptabelt. Når dette så er koblet til tvangsplassering i institusjon der familiære interessekonflikter kan gjøre en flytting særlig vanskelig å reversere, gir det en fare for urettmessige inngrep av alvorlig karakter.

Blant annet ut fra de ressursmessige konsekvenser har utvalget likevel vektet tilbake for å etablere en ordning med forhåndsgodkjenning i saker om tvangsinnleggelse og tvungent tilbakehold i helseinstitusjon der hovedformålet er pleie- og omsorgsrettet, *selv om* dette vil være praktisk mulig i mange saker. For denne gruppen av personer – der personer med demens i antall vil utgjøre storparten – innebærer uansett lovforslaget vesentlige rettssikkerhetsmessige forbedringer. Det gjelder særlig gjennom introduksjonen av tvangsbegrensningsnemndene, herunder kravet om en høring i saker etter 30 dager dersom vedtaket da fortsatt er opprettholdt, jf. lovutkastet § 11-1. Videre har utvalget gjort presiseringer om senket terskel for når det skal anses å foreligge klage. Utenfor motstandstilfellene gjelder lovutkastet § 5-2.

Etter dette har utvalget blitt stående ved at det ikke bør gjelde noen ordning om forhåndskontroll, men at vedtakskompetansen bør ligge på tjenestenivå – hos den vedtaksansvarlige – i saker om innleggelse og tilbakehold.

28.6.4.1.2 Andre vedtak

I dagens lovgivning er kompetansen til å treffe vedtak eller beslutning stort sett lagt til tjenestenivået, riktig nok med enkelte unntak. At dette også må være hovedregelen i fortsettelsen framstår for utvalget som klart. Det vises til argumentene nevnt ovenfor. Mer generelt vil en

alminnelig ordning med ekstern forhåndskontroll forutsette oppbygging av et byråkrati av betydelige dimensjoner, men der saksmengden fortsatt vil være så overveldende at intensjonen om reell overprøving vanskelig kan opprettholdes. Et hovedtrekk i utvalgets innstilling er ønsket om i sterkere grad enn i dag å konsentrere begrensede kontrollressurser om de mest inngripende tiltakene. En generell ordning med forhåndskontroll av vedtak vil være å gå i stikk motsatt retning.

For utvalget har derfor spørsmålet vært om det i mer avgrenset grad bør gjelde ordninger med forhåndskontroll. Etter gjeldende rett utgjør planlagte tiltak etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 et slikt unntak fra tjenestemodellen ved at vedtak fra kommunen – som i realiteten er forslag til vedtak – må godkjennes av fylkesmannen før iverksettelse, jf. helse- og omsorgstjenesteloven § 9-8, jf. § 9-7 siste ledd. Denne modellen har sin særegne historiske bakgrunn. Dette er nærmere omtalt i punkt 5.7.1.7. Utvalget har vurdert om modellen i kapittel 9 bør opprettholdes i et framtidig lovverk i en diagnosenøytral form og eventuelt med en annen type avgrensning enn i dag, for tydeligere å treffe de inngrep der rettssikkerhetshensynene gjør seg sterkest gjeldende.

Det viktigste argumentet for å opprettholde kapittel 9-modellen er at den har vist seg vellykket og åpenbart bidratt til et kritisk blikk på og reduksjon av bruk av tvang i omsorgen for personer med utviklingshemning, sammenlignet med situasjonen før iverksettelsen av sosialtjenesteloven 1991 kapittel 6 A i 1999. Her har beslutningsmodellen vært viktig for å sette et kraftfullt fokus på alternativer til tvang. Forhåndskontroll har likevel ikke vært det eneste elementet i dette bildet. Sentralt har også vært krav om bistand fra spesialisthelsetjenesten, både i prosessen fram mot vedtak og i gjennomføringen. Dette er foreslått videreført i en mer allmenn form etter lovutkastet.

Men forhåndskontrollmodellen har også sine skyggesider. Et element er tidsbruken i saksbehandlingen og den utilfredsstillende håndteringen av inngrep i «vedtaksløse perioder» som her har tvungent seg fram. Dette reiser klare problemer i lys av menneskerettslige krav til lovhemmel for inngrep før vedtak er godkjent, noe utvalget ikke har kunnet lukke øynene for. Et problem med å videreføre kapittel 9-modellen vil være hvem som eventuelt skal være klageinstans over fylkesmannens godkjenningsvedtak. Tvangsbegrensningsnemndene vil være lite aktuelle på grunn av den administrative tilknytning til fylkesmennene som utvalget foreslår, til tross for sin foreslått lovfestede faglige autonomi.

Det å holde fast ved tjenestemodellen i førsteinstans for alle typer avgjørelser, bidrar til klarhet og forenkling i et nytt lovverk, sammenlignet med gjeldende rett. Mer tungtveiende for utvalget har likevel vært at lovutkastet er utformet på en måte som fanger opp de rettssikkerhetsutfordringer det å ikke bygge videre på dagens modell etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 innebærer. I tillegg til det nevnte om plikt til involvering fra spesialisthelsetjenesten på alle trinn – både i saksforberedelse og gjennomføring – skal framheves klargjøring omkring når det skal anses framsatt klage, som utgjør en de facto senkning av terskelen sammenlignet med det som i dag er gjeldende etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 og pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A. I tillegg kommer ordningen med høring i tvangsbegrensningsnemnda etter 30 dager og godkjenning i nemnda ved forlengelse ut over et år i de mest inngripende sakene, jf. lovutkastet § 11-1. Dette betyr en klar skjerping av kontrollen med den mest alvorlige tvangsbruken i omsorgen for utviklingshemmede.

28.6.4.2 Nærmere om inntaksmodellen for vedtak om tvangsinnleggelse og tvungent tilbakehold

28.6.4.2.1 Krav om uavhengig legeundersøkelse

Gjeldende rett

For etablering av tvungent psykisk helsevern eller tvungen observasjon – som nesten alltid skjer ved innleggelse i psykisk helsevern-institusjon – er det et vilkår at personen «er undersøkt av to leger, hvorav en skal være uavhengig av den ansvarlige institusjon», jf. psykisk helsevernloven § 3-3 nr. 2. Sentrale sider ved den uavhengige legeundersøkelsen er regulert i § 3-1. I første ledd avklares formål og form:

«Tvungent psykisk helsevern kan ikke etableres uten at en lege personlig har undersøkt vedkommende for å bringe på det rene om lovens vilkår for slikt vern er oppfylt. Legen som foretar undersøkelsen, skal gi skriftlig uttalelse.»

Formålet er altså å at det blir gjort en selvstendig, uavhengig vurdering av om lovens vilkår for tvang er oppfylt. Nærmere bestemmelser om erklæringens innhold er gitt i psykisk helsevernforskriften § 8.

Der personen motsetter seg («unndrar seg») undersøkelse, kan kommunelegen fatte vedtak om at slik likevel skal gjennomføres, jf. andre ledd. Enkelte nærmere bestemmelser er gitt i psykisk helsevernforskriften § 9.

Kravet om uavhengig legeundersøkelse gjelder også ved unntak fra konverteringsforbudet etter psykisk helsevernloven § 3-4 andre ledd. En særlig problemstilling har vært i hvilken grad leger i psykisk helsevern i slike tilfeller kan gjennomføre undersøkelsen, for slik å slippe å framstille pasienten på legevakten eller lignende. Spørsmålet er besvart bekreftende med ulike presiseringer i rundskriv IS-1/2017.¹⁴⁵⁷ Etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 10 eller pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A gjelder ikke noe krav om legeundersøkelse overhodet. Etter det utvalget har fått opplyst, er det også varierende i hvilken grad dette faktisk blir gjort som ledd i vedtaksprosessen. Kontrasten er sterk til psykisk helsevern hvor det framgår at vedtak skal baseres på undersøkelse av to leger, jf. § 3-3 nr. 2. Der den vedtaksansvarlige er psykiater, men legeundersøkelse ved institusjonen er gjennomført av en annen, vil situasjonen være – noe som ofte forekommer – at pasienten er undersøkt av tre leger før vedtak fattes.

Utvalgets vurderinger

I psykisk helsevern er kravet om uavhengig legeundersøkelse ansett som en sentral side av rettssikkerheten, blant annet uttrykt slik:

«Den vesentlige rettssikkerhetsgarantien for pasienten ligger etter departementets vurdering i kravet om at det skal foretas to uavhengige legeundersøkelser før det kan etableres tvungen observasjon eller tvungent psykisk helsevern. Innleggende lege skal foreta en grundig vurdering som skal dokumenteres gjennom særskilt legeerklæring. Også i de unntaksvis tilfeller der pasienten kommer direkte til institusjon må vedkommende undersøkes av lege uavhengig av institusjonen.»¹⁴⁵⁸

¹⁴⁵⁷

IS-1/2017 punkt 1.3.5

¹⁴⁵⁸Ot.prp. nr. 65 (2005–2006) s. 61

Utvalget slutter seg i det vesentlige til dette. Riktignok erfarer utvalget at kvaliteten på de uavhengige legeerklæringene kan være høyst varierende, noe som sannsynligvis er et resultat av at mange allmennleger sjelden kommer bort i problemstillingen. Dette forhold – som er vesentlig for bedømmelsen av verdien som rettsikkerhetsgaranti – må likevel møtes på annen måte enn ved å nedlegge ordningen, se her under punkt 28.8.4 om konsekvenser av feil. Utvalget vil framheve at særlig i en situasjon der det ikke etableres en ordning med forhåndsgodkjenning av frihetsberøvelse, er det viktig med en involvering i saken fra utenforstående på et faglig grunnlag. Med den tradisjon for tvangsbruk som er i psykisk helsevern, ville det være urovekkende om tjenestene så å si selv skulle kunne «rekruttere» pasienter.

Ny inntaksmodell på rusfeltet er drøftet ovenfor. Utvalget har konkludert med en stor omlegging sammenlignet med dagens ordning, blant annet ut fra et ønske om å bedre samhandlingen med psykisk helsevern. Dette tilsier at kravet om uavhengig legeundersøkelse også må gjelde i tverrfaglig spesialisert behandling for rusmiddelavhengighet. Dagens regler i helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 10 har blitt kritisert for å være i strid med EMK artikkel 5 på grunn av mangelen på krav om legeundersøkelse.¹⁴⁵⁹ Utvalgets modell retter opp dette.

Hva gjelder vedtak om tvangsinnleggelse utenfor psykisk helsevern og i tverrfaglig spesialisert behandling for rusmiddelavhengighet, vurderer utvalget at det bør stilles krav om én legeundersøkelse, men at det ikke bør gjelde krav om uavhengighet. Allerede kravet om én legeundersøkelse innebærer en skjerpelse sammenlignet med dagens lovgivning, og er trolig nødvendig for å tilfredsstille menneskerettslige krav. Sammenlignet med tvang i psykisk helsevern vil innleggelse i somatisk spesialistinstusjon eller i kommunal helseinstitusjon med et pleie- og omsorgsformål, ut fra sin art være mindre omstridt ved at hjelpebehovet er lettere konstaterbart.

28.6.4.2.2 Skal offentlig myndighet ha rett og plikt til å kreve at tvangsinnleggelse / tvungent tilbakehold blir vurdert?

Gjeldende rett

Der det «må antas» at vilkårene for tvungent psykisk helsevern er oppfylt, har offentlig myndighet ikke bare en varslings- og bistandsplikt, men også en selvstendig plikt (og rett) til å forlange («begjære») at spørsmålet blir vurdert i henhold til de prosedyrer som er fastsatt i loven, jf. § 3-6 første ledd andre punktum:

«Om nødvendig skal det fremmes begjæring om tvungen undersøkelse, tvungen observasjon eller tvungent psykisk helsevern.»

I psykisk helsevernloven § 1-3 er det definert hvem som utgjør offentlig myndighet etter loven:

«Med offentlig myndighet forstås i loven her kommunelegen eller dennes stedfortreder, den kommunale helse- og omsorgstjenesten, sosialtjenesten, politiet eller kriminalomsorgen.»

I psykisk helsevernloven § 7 er det på dette punkt gitt presiserende bestemmelser om hvilket tilknytningsforhold som må foreligge til saken for at offentlig myndighet skal kunne opptre i saken.

¹⁴⁵⁹Søvig, 2007, s. 141

Noen parallell bestemmelse til psykisk helsevernloven § 3-6 første ledd andre punktum finnes ikke i de øvrige lovverk. Visse likhetspunkter har vi likevel både i helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 – som riktig nok ikke hjemler tvangsinnleggelse eller tvungent tilbakehold – og kapittel 10, hvor kommunen er gitt en initiativrett, men ingen initiativplikt, til å igangsette sak om etablering av tvang. Etter disse bestemmelsene er det tale om en eksklusiv initiativrett, mens vi i psykisk helsevernloven står overfor en nødventil for å sikre at spørsmålet blir vurdert.

Bestemmelsen i psykisk helsevernloven står som en rest av tutorordningen innen psykisk helsevern. Fram til 2006 var begjæring fra offentlig myndighet eller nærmeste pårørende et vilkår for etablering av tvungent vern, jf. psykisk helsevernloven § 3-7 i sin opprinnelige utforming. Ved lovrevisjonen i 2006 ble kravet om obligatorisk tutorbegjæring avskaffet under henvisning til belastningen for pårørende og til at offentlige begjæringer ofte ikke reelt ivaretok rettssikkerheten på en god måte.¹⁴⁶⁰ På denne bakgrunn ble ordningen endret til en generell varslings- og bistandsplikt for offentlig myndighet, jf. dagens § 3-6.

Plikten (og retten) til å forlange vurdering etter 3-6 første ledd andre punktum gjelder både det å få foretatt en uavhengig legeundersøkelse etter § 3-1 – som et innledende skritt – og det å få foretatt vurdering på vedtakskompetent nivå i psykisk helsevern. I sistnevnte ligger at kravet kan rettes direkte til psykisk helsevern-institusjon, jf. psykisk helsevernforskriften § 7 tredje ledd, som da selv må utvirke uavhengig legeundersøkelse. Der adgangen etter § 3-6 første ledd benyttes, utløses også prosessuelle rettigheter for offentlig myndighet, særlig klagerett. Dette gjelder for det første i relasjon til spørsmålet om etablering av tvang, jf. § 3-3 a tredje ledd, som i praksis bare vil være aktuelt ved vedtak om ikke å opprette tvang. Men offentlig myndighet som har initiert tvangsvedtaket, har ved tvungent vern også rettigheter ut over etableringsfasen, jf. uttaleretten etter psykisk helsevernloven § 3-9, som omfatter alle vedtakssaker etter kapittel 3, herunder eventuell klagesak og obligatoriske kontroller for kontrollkommisjonen etter psykisk helsevernloven § 3-8 andre og tredje ledd.

Utvalgets vurderinger

Utvalget skal innledningsvis bemerke at «begjære» eller «begjæring» er formelle og tradisjonelle uttrykksmåter som nok er mindre vanlig brukt i dag. Mer moderne språklige alternativer som å «kreve» eller «forlange» kan bidra til å gjøre innholdet mer tilgjengelig og er slik å foretrekke. Uansett gjelder spørsmålet rett – og eventuelt også plikt – til å ta initiativ til å få spørsmålet om tvang vurdert. Det er altså ikke tale om noen rett (eller plikt) til å instruere den vedtaksansvarlige om utfallet av saken. Den egentlige betydningen av å tillegge en initiativrett ligger imidlertid i de prosessuelle rettigheter som er tilknyttet.

Så langt utvalget kjenner til, eksisterer det ikke tall om hvor ofte offentlig myndighet bruker psykisk helsevernloven § 3-6 første ledd andre punktum. Inntrykket er likevel at dette er relativt sjelden. Normalt vil saken finne sitt naturlige, selvstendige løp etter varslings- og bistandsplikt til kommunen. Kommuneoverlegen vil da foreta sine egne undersøkelser som eventuelt leder fram til henvisning til psykisk helsevern med uttalelse etter psykisk helsevernloven § 3-1.

Ut fra dette kan det reises spørsmål ved nødvendigheten av å videreføre ordningen. Utvalget ser likevel retten og plikten til å forlange vurdering av tvang som uttrykk for psykisk helseverns siste skanse-funksjon i helsevesenet. Der situasjonen er uholdbar og det må gripes inn raskt mot personens vilje, kan akuttpsykiatrien ofte stå som det eneste reelle alternativ. I slike

¹⁴⁶⁰Se Ot.prp. nr. 65 (2005–2006) s. 60–62

tilfeller er det rimelig at offentlig myndighet som har tatt initiativ til vurderingen, også skal ha trygghet for at saken undergis en betryggende, faglig vurdering. Ut fra et slikt synspunkt vurderer utvalget at offentlig myndighet fortsatt bør ha en rett – og etter omstendighetene også en plikt – til å forlange en vurdering av om tvangsinnleggelse i psykisk helsevern skal skje (tvangsinnleggelse blir den korrekte uttrykksmåten etter lovutkastet som bygger på en oppløsning av konstruksjonen tvungen observasjon/tvungent psykisk helsevern, unntatt ved dom på tvungent psykisk helsevern). Slik «sikrer en mulighet for offentlig myndighet til oppfølging av sitt ansvar», som det ble uttrykt i forbindelse med lovrevisjonen i 2006.¹⁴⁶¹ I forlengelsen vurderte Helse- og omsorgsdepartementet det som viktig å videreføre offentlig myndighets klagerett.¹⁴⁶²

Utvalget er enig i dette så lenge det er snakk om å sikre at «personer som ikke selv oppsøker det psykiske helsevernet, kommer i kontakt med helsetjenestene».¹⁴⁶³ Dette tilsier at offentlig myndighet bør ha klagerett på et eventuelt avslagsvedtak om å etablere tvang, slik som i dag etter psykisk helsevernloven § 3-3 a tredje ledd.

Spørsmålet er imidlertid om offentlig myndighet også bør ha rettigheter ut over dette med mulighet for involvering på et senere trinn, jf. psykisk helsevernloven § 3-7 fjerde ledd og § 3-9 slik disse bestemmelsene er formulert i dag. Utvalget ser det slik at etter at en vurdering av tvangsspørsmålet er gjort i henhold til lovfastsatte prosedyrer, bør utgangspunktet være at ulike personkategorier innenfor psykisk helsevern skal være likestilt, uavhengig av hvem som har initiert tvangen. Det er utvalgets oppfatning at dagens modell gir grunnlag for vilkårlig forskjellsbehandling i en situasjon der det kan være ganske tilfeldig om det blir forlangt tvungent vern, eller om man bare nøyer seg med å varsle om saken. Dette, som har klare elementer i seg av særomsorgstenkning, er det lite grunn for å videreføre.

Som nevnt har vi trekk som ligner psykisk helsevernloven § 3-6 første ledd andre punktum i helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 10, men ikke i pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A. Utvalget vurderer at det er ubetenkelig at offentlig myndighet også her gis en rett til å kreve en vurdering av om tvangsinnleggelse skal skje. Dette blir likevel bare kombinert med prosessuelle rettigheter ved innleggelse i psykisk helsevern-institusjon eller i institusjon for tverrfaglig spesialisert behandling for rusmiddelavhengighet, fordi det bare er her det etableres en formalisert inngang til tvang gjennom uavhengig legeundersøkelse. Lovteknisk formuleres bestemmelsen om krav om vurdering som en kompetanseregulering (rett for offentlig myndighet). Etter omstendighetene kan det også være tale om en plikt.

Utvalget har vurdert om offentlig myndighet bør gis en særlig sterk rettsstilling der personen anses å utgjøre en nærliggende og alvorlig fare for andres liv eller helse. En sondering langs denne akse er ellers brukt i en del bestemmelser i lovutkastet. Utvalget har imidlertid ikke funnet tilstrekkelig grunnlag for det.

¹⁴⁶¹Ot.prp. nr. 65 (2005–2006) s. 61

¹⁴⁶²S.st.

¹⁴⁶³Høringsnotat 2005, s. 63

28.6.4.2.3 *Skal nærmeste pårørende ha rett til å kreve at tvangsinnleggelse / tvungent tilbakehold blir vurdert?*

Gjeldende rett

I psykisk helsevernloven i dag er det ikke nedfelt en særlig initiativrett for nærmeste pårørende med tanke på etablering av tvang, tilsvarende det som gjelder for offentlig myndighet etter § 3-6 første ledd andre punktum. (Et lite unntak gjelder psykisk helsevernloven § 3-1 om tvungen legeundersøkelse, hvor også «begjæring» fra nærmeste pårørende er nevnt i andre ledd.) Bakgrunnen for dette synes å være at nærmeste pårørende har prosessuelle rettigheter i kraft av å være nettopp dette.¹⁴⁶⁴ Dermed har det ikke noen selvstendig verdi å nedfelle en særlig initiativrett. Pårørende kan naturligvis komme med anmodning om å etablere tvungent vern, men en slik anmodning står ikke i en særstilling rettslig sett.

På russiden er det i helse- og omsorgstjenesteloven § 10-1 etablert en plikt for kommunen til å undersøke saken og vurdere spørsmålet om tvang etter varsel fra pårørende:

«Kommunene skal ved melding fra pårørende om omfattende rusmiddelmisbruk foreta de nødvendige undersøkelser i saken, og vurdere om det skal fremmes sak etter §§ 10-2 eller 10-3. Når saken er utredet, skal den pårørende ha tilbakemelding om dette.»

Det er etablert en plikt til å gi «tilbakemelding» til pårørende, men det er også det hele.¹⁴⁶⁵ Det gjelder ingen klagerett. Etter pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A er det ikke gitt regler eller problematisert rundt tematikken.

28.6.4.2.4 *Utvalgets vurderinger*

Utvalget har ikke sett behov for å vurdere gjenoppliving av ordningen fra psykisk helsevern med obligatorisk tutorbegjæring. Argumentene for avskaffing i forbindelse med lovrevisjonen i 2006 er fortsatt slitesterke.¹⁴⁶⁶ Ut fra den harmonisering i inntaksmodell som nå foreslås, bør det samme gjelde i tverrfaglig spesialisert behandling for rusmiddelavhengighet.

Informasjon fra pårørende kan imidlertid være en viktig kilde til informasjon for å sikre personer nødvendig hjelp. Etter omstendighetene vil det også følge av kravet til faglig forsvarlighet i helsepersonelloven § 4 at tjenestene gjør nødvendige undersøkelser i forbindelse med for eksempel uromeldinger. Ikke minst i forbindelse med innføring av et nytt lovverk, er det rimelig å imøtekomme pårørendes særlige behov for å bli hørt om sine bekymringer.

Utvalget vurderer derfor at grunntanken uttrykt i helse- og omsorgstjenesteloven § 10-1 om en plikt til å gjøre nødvendige undersøkelser og vurdere tiltak ved uromeldinger, bør videreføres på generell basis etter tvangsbegrensningsloven. Det anses ikke hensiktsmessig å formulere særlige terskler – som «omfattende rusmiddelmisbruk» – om når plikten inntreffer. At plikten bare gjelder å foreta «nødvendig undersøkelser» er en tilstrekkelig reguleringsmekanisme. Bestemmelsen må oppfattes som en understrekning av viktigheten og verdien av pårørendevinvolvering, her som en side av faglig forsvarlighet-kravet.

¹⁴⁶⁴Se Ot.prp. nr. 65 (2005–2006) s. 62

¹⁴⁶⁵Se nærmere om bestemmelsen Søvig s. 179–181 i Kjellevold 2016

¹⁴⁶⁶Se Ot.prp. nr. 65 (2005–2006) s. 61–62

Det foreslås ikke lovfestet et spesifikt krav om tilbakemelding til den pårørende. Dette forutsettes ivare tatt innenfor de alminnelig rammene for pårørendeinvolvering. Særbestemmelsen på dette punkt i helse- og omsorgstjenesteloven § 10-1 må delvis ses på bakgrunn av spesielle problemstillinger på rusfeltet som springer ut av inntaksmodellen. Ut fra utvalgets forslag til ny inntaksmodell er disse ikke lenger aktuelle ved at pårørende også på rusfeltet vil få en sterkere stilling i prosessen i tvangssakene, se nærmere omtale i punkt 28.10 om pårønderettigheter.

Utvalget har merket seg at pårørendes stilling tradisjonelt har vært mer tilbaketrukket i rusbehandling. Til dels har dette en materiell side knyttet til om hensynet til nærstående er relevant å ta i betraktning,¹⁴⁶⁷ til dels en formell side knyttet til fylkesnemndsmodellen hvoretter bare partene har rettigheter, se f.eks. barnevernloven § 7-4 om dokumentinnsyn. Her oppstår en spenning i møte med tenkningen om pårørende som en rettssikkerhetsgaranti slik vi møter den i helselovgivningen. Et eventuelt ønske om å opprettholde fylkesnemndsmodellen fordi den begrenser pårørendes rettigheter, er likevel ikke et tungtveiende argument, verken i seg selv eller som del av det større bildet. Den type utfordringer samhandling med pårørende kan reise som er omtalt i veileder IS-2355, f.eks. på s. 13–15, er heller ikke uvanlig på andre felter. Om noe tilsier det at det bør legges ekstra kraft i arbeidet med å utvikle en beslutningshjelpermodell. Utvalget skal legge til at etter lovutkastet vil personen selv i stor grad kunne regulere rommet for pårørendeinvolvering gitt at vedkommende er beslutningskompetent i det spørsmålet, se nærmere drøfting nedenfor i punkt 28.10.3 .

28.6.4.3 Vedtaksansvarlig og beslutningsansvarlig

28.6.4.3.1 Terminologi

Etter gjeldende rett varierer benevnelsen av den som er tillagt vedtakskompetanse. «Faglig ansvarlig» er brukt i psykisk helsevernloven, jf. definisjonen i § 1-4, mens varianten «ansvarlig for helsehjelpen» er benyttet i pasient- og brukerrettighetsloven, for eksempel i § 4-6 andre ledd og § 4A-5 første ledd. Innholdsmessig er det klare ulikheter mellom begrepene ut fra de særlige kvalifikasjonskrav som er stilt i psykisk helsevernloven § 1-4. Etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 skal den som har «det overordnede faglige ansvaret for tjenesten» treffe vedtak om planmessige inngrep, jf. § 9-7 andre ledd. Rusfeltet faller i en kategori for seg ved at vedtakskompetansen i dag er lagt til fylkesnemnda, men på det punkt legger utvalget opp til store endringer.

Innenfor rammene av et felles regelverk har utvalget vurdert ordet «vedtaksansvarlig» som en naturlig benevnelse for hvem som skal kunne treffe formelle vedtak etter loven. Uttrykksmåten kan sies å være mer presis enn «faglig ansvarlig» som omfatter betydelig mer, jf. koblingen til helsepersonelloven § 4 om faglig forsvarlighet. Uttrykksmåten er for øvrig allerede i dag mer uformelt i bruk på flere av feltene, og i psykisk helsevern forskriften § 5 er blant annet uttrykksmåten «vedtakskompetent personell» brukt. For beslutninger blir det begrepsmessige motstykket «beslutningsansvarlig».

28.6.4.3.2 Kvalifikasjonskrav for vedtaksansvarlige

Det allmenne utgangspunkt bør være at den som skal fatte vedtak, er faglig kvalifisert etter helsepersonelloven § 4. På psykisk helsevern-feltet er det nedfelt særlige krav i lov, jf. § 1-4 og psykisk helsevern forskriften § 5. I § 1-4 første ledd heter det:

¹⁴⁶⁷Se f.eks. Søvig, 2007, s. 104–105

«Den faglig ansvarlige for å treffe vedtak samt beslutte nærmere angitte tiltak etter loven her, skal være lege med relevant spesialistgodkjenning eller klinisk psykolog med relevant praksis og videreutdanning som fastsatt i forskrift.»

Fra menneskerettslig hold har det blitt reist krav om psykiaterkompetanse ved vedtak om tvungent psykisk helsevern/tvungen observasjon. Dette ble sist gjentatt av Den europeiske turforebyggelseskomité (CPT) i forbindelse med et besøk i Norge i 2018, se utredningen kapittel 7. Utvalget har vanskelig for å se at den norske modellen om vedtakskompetanse i psykisk helsevern som sådan skal være i strid med menneskerettslige krav. Det er i alle tilfeller krav om undersøkelse av to leger, jf. § 3-3 nr. 2, og bare lege kan være vedtaksansvarlig ved legemiddelbehandling og bruk av legemidler som skadeavvergende tiltak, se psykisk helsevernloven § 5 fjerde ledd. Dette videreføres i lovutkastet. Praksis fra Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD) reiser imidlertid spørsmål om psykiaterkompetanse må involveres i enkelte tilfeller:

«In this connection, no deprivation of liberty of a person considered to be of unsound mind may be deemed in conformity with Article 5 of the Convention if it has been ordered without the opinion of a medical expert having been sought. Any other approach falls short of the required protection against arbitrariness [...]. As regards the qualifications of the medical expert, the Court considers in general that the national authorities are better placed than itself to evaluate them [...]. However, it has previously observed, in certain specific cases, and in particular where the detained person had no history of mental disorders, that it was indispensable for the assessment to be carried out by a psychiatric expert [...].¹⁴⁶⁸»

Dette er altså et spørsmål om involvering av psykiaterkompetanse i vedtaksprosessen, ikke om hvem som skal ha vedtakskompetansen. Utfordringen kan tenkes løst på ulike måter. Utvalget vurderer at en identifikasjon av de saker der psykiaterkompetanse må være involvert og den konkrete løsning – for eksempel om dette kan håndteres innenfor en tilpasset variant av samrådingsplikten – bør reguleres på forskriftsnivå.

I utvalgets forslag til ny modell for tvangsinnleggelse og tvungent tilbakehold i spesialisert rusbehandling, er ikke fylkesnemnda lenger gitt noen rolle. Spørsmålet blir da om man for plassering av vedtaksansvar bør se hen til psykisk helsevern, eller velge en mer åpen løsning, jf. dagens referanse til «institusjonsledelsen» i helse- og omsorgstjenesteloven § 10-4 tredje ledd om hvem samtykke om tvang kan gis til.¹⁴⁶⁹ I forskrift om rettigheter og tvang i rusinstitusjon er tilsvarende den gjennomgående uttrykksmåten «leder eller den lederen gir fullmakt» når det kommer til vedtakskompetanse.

Utvalget vurderer det nærmest som en logisk konsekvens av forslaget om endring i inntaksmodell og begrunnelsen for dette, at vedtakskompetansen må knyttes til fagkompetanse. Lederne – ikke minst i rusfeltet – har etter det utvalget erfarer, ofte liten eller ingen fagutdanning. Parallelt til opplegget for psykisk helsevern, er da utvalgets forslag at den vedtaksansvarlige må være lege med relevant spesialistgodkjenning eller klinisk psykolog med relevant praksis og videreutdanning, som er utpekt av virksomheten. Dette kan sette enkelte institusjoner under press da de mangler spesialist. Denne utfordringen som for øvrig heller ikke er ukjent i

¹⁴⁶⁸Kadusic mot Sveits (2018) avsnitt 43

¹⁴⁶⁹Lundeberg/Mjåland/Søvig 2014 s. 110 uttaler at det må lages «interne prosedyrer på hvilke ansatte som skal kunne ta imot samtykke etter § 10-4».

psykisk helsevern, vil det imidlertid i de fleste tilfeller være mulig å finne løsninger på. Hensynet til rettssikkerhet for dem som omfattes av reglene må uansett være avgjørende, og utvalgets skisserte løsning vil godt ivareta menneskerettslige krav.

Ved tiltak som har pleie- og omsorgsformål er risikoen for urettmessig tvangsbruk særlig stor. Dette fordi spørsmålet om tilrettelegging gjennom alternativer til tvang som kan være mer ressurskrevende, lett blir satt på spissen. Det å legge vedtaksansvaret til det nivået som disponerer ressursene, er derfor et viktig tvangsbegrensende grep. Utvalget foreslår på denne bakgrunn en særordning for kommunale tiltak som har pleie- og omsorgsformål ved at det her er den som har det overordnede faglige ansvaret for tjenesten i kommunen som er vedtaksansvarlig. Dette viderefører og allmenngjør løsningen etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 for personer med utviklingshemning.

Utvalget skal bemerke at denne tenkning allerede synes å være implementert i enkelte kommuner også hva pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A gjelder. Etter det som er meddelt utvalget, ønsker enkelte kommuner kontroll med hvilke vedtak som treffes etter kapittel 4 A i forkant av at avgjørelse treffes, spesielt ved tiltak med pleie- og omsorgsformål. I dag gjelder bare et krav om at overordnet nivå skal underrettes i etterkant, jf. pasient- og brukerrettighetsloven § 4A-6 tredje ledd. Bestemmelsen vil ha betydning for private tjenesteytere og må ses i sammenheng med utvalgets grep for en tydeligere og mer effektiv kontroll med private aktører, se punkt 16.2.3.1.2.

Sammenlignet med pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A i dag, løser utvalgets opplegg her opp i et stridstema: hvem som kan fatte vedtak om innleggelse i sykehjem der pasienten kommer fra spesialistinstusjon. Helsedirektoratet har i tolkingsuttalelse lagt til grunn at dette må være personens fastlege.¹⁴⁷⁰ Standpunktet har vært kritisert ut fra et synspunkt om at for eksempel lege ved en alderspsykiatrisk institusjon ofte kjenner personens aktuelle situasjon bedre. Etter utvalgets opplegg blir vedtakskompetansen flyttet opp et hakk til den som har det overordnede faglige ansvaret for tjenesten i kommunen. Vedtaket må imidlertid baseres på en legeuttalelse, og her vil fastlege eller lege i spesialistinstusjon være likestilte alternativer.

28.6.4.3.3 *Krav om utpeking av vedtaksansvarlige*

Et krav om utpeking av vedtaksansvarlig finner vi i dag på psykisk helsevernfeltet, jf. psykisk helsevernloven § 5, samt etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9. Dette i motsetning til pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A hvor vedtakskompetanse i utgangspunktet er lagt til ethvert helsepersonell som kan ha faglig ansvar for det aktuelle tiltaket.

Helsepersonell flest vil – heldigvis – sjelden eller aldri komme i befatning med bruk av tvang. Nettopp derfor kan det være gode grunner for å konsentrere opplæringen om de formelle sidene ved å treffe vedtak til et mer begrenset antall personer. Utvalget er kjent med at dagens lovverk på enkelte felter har hatt særlige vansker med å vinne gjennomslag i praksis – det gjelder blant annet ved medisinsk diagnostisering og behandling av somatiske helseproblemer, herunder i sykehus. Utvalget har grunn til å tro at så vel ansvarspulverisering som usikkerhet knyttet til hvordan ting «skal gjøres» kan være en del av problemet. Å profesjonalisere arbeidet rundt det å treffe vedtak ved å kreve at virksomheten utpeker personell som skal kunne håndtere dette, kan på denne bakgrunn gi viktige bidrag for etterlevelse av lovverket i praksis. Samtidig vil kvaliteten på de vedtak som treffes, bli bedre sikret. En problemstilling i

¹⁴⁷⁰Helsedirektoratet (2014)

psykisk helsevern er at enkelte institusjoner ikke har hatt gode nok rutiner på utpeking av vedtaksansvarlige og dermed ikke har skilt klart mellom hvem som *kan ha* og hvem som lovlig *har* denne funksjonen. Det er derfor viktig å løfte kravet om forsvarlig organisering inn i lovteksten.

28.6.4.3.4 *Beslutningsansvarlig utenfor nødssituasjon*

Spørsmålet om beslutningsansvar oppstår også utenfor nødssituasjon, jf. særlig utkastet § 6-2. Utvalget vurderer her at det ikke er behov særlige regler. Dermed er den som er ansvarlig for helsehjelpen som er beslutningsansvarlig. Avgjørende her er en vurdering opp mot faglig forsvarlighets-normen i helsepersonelloven § 4.¹⁴⁷¹

28.7 Krav til saksbehandlingen – generelle vurderinger

28.7.1 Innledning

Den modell for saksbehandling og overprøving som er skissert ovenfor, reiser til dels kompliserte lovgivningsmessige samordningsspørsmål også på et detaljnivå. I tillegg kommer at det mer allment er behov for å vurdere hvordan de prosessuelle rettssikkerhetsgarantiene er utfordret i tvangslovgivningen i lys av de særlige hensyn som gjør seg gjeldende på feltet. Under dette punktet løfter utvalget fram enkelte viktige problemstillinger om krav til saksbehandlingen, men framstillingen er langt fra uttømmende. En nærmere gjennomgang for eksempel av problemstillinger knyttet til inhabilitet eller taushetsplikt, der det har vært reist spørsmål om forvaltningslovens alminnelige regler gir en vid nok adgang til å utveksle informasjon mellom forvaltningsorganer, har det ikke blitt rom for. Utvalget har måttet prioritere de overordnede spørsmål. Særlige spørsmål om administrativ overprøving er skilt ut i et eget punkt (28.8).

28.7.2 Forholdet til forvaltningsloven

Forvaltningsloven stiller opp generelle krav til saksbehandlingen i offentlig forvaltning, supplert av ulovfestede prinsipper. Hovedfokus er på *rettslige avgjørelser* (vedtak) der formålet er å påvirke borgerens rettsstilling (rettigheter eller plikter). Gjennomføring av vedtak – for eksempel et pålegg om å fjerne en ulovlig oppført mur – mot partens vilje er en mer sjelden problemstilling. I helse- og omsorgstjenesten er bildet et annet ved at det nettopp er beslutninger om og gjennomføring av *faktiske handlinger* som står i sentrum. Årsaken er naturligvis at helse- og omsorgstjenester nærmest per definisjon forutsetter tiltak direkte overfor personen, for eksempel der kirurgen opererer bort en kreftsvulst. Her er ikke formålet å påvirke personens rettslige stilling som i forvaltningsretten ellers, men heller å påvirke hans eller hennes faktiske situasjon hva helse eller omsorg gjelder.

På denne bakgrunn har reglene i forvaltningsloven i mindre grad fått innpass særlig i helsetjenesten, noe som gjenspeiles i pasient- og brukerrettighetsloven § 2-7: i omsorgstjenesten er bildet til dels et annet. Synspunktet har vært at særregler i helselovgivningen har ivaretatt samme funksjoner som forvaltningsloven, men på en mer tilpasset måte. Således kan forsvarlighetskravet i helsepersonelloven § 4 sies å ha noenlunde samme funksjon som kravet om forsvarlig saksbehandling i forvaltningsloven § 17 første ledd, og retten til journalinnsyn, jf. pasient- og

¹⁴⁷¹ Jf. for eksempel Ot.prp. nr. 65 (2005–2006) s. 85

brukerrettighetsloven kapittel 5, har en parallell i reglene om partsinnsyn i dokumenter i forvaltningsloven §§ 18 følgende. Videre ivaretar de særlige reglene om journalføring til dels samme hensyn som bestemmelsene om begrunnelse for vedtak i forvaltningsloven §§ 24 og 25. Flere eksempler kunne vært nevnt.

Utviklingen har likevel gått i retning av at forvaltningslovens – og forvaltningsrettens – gjennomslagskraft i helse- og omsorgstjenesten er blitt sterkere over tid. I særlig grad kommer dette til uttrykk i tvangslovgivningen. Frykten for byråkratisering og mulige uheldige konsekvenser av partsrettigheter for behandlingsrelasjonen, har her måttet vike for tradisjonell rettsikkerhetstenkning. Både etter psykisk helsevernloven (§ 1-6), pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A (§ 4A-9) og helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 (§ 2-2) er nå forvaltningsloven som utgangspunkt gjort gjeldende.

Forvaltningsloven er imidlertid grunnleggende vagt formulert, en uunngåelig konsekvens av dens brede virkeområde. Dette skaper særlige utfordringer der det i stor grad er helsepersonell uten nevneverdig juridisk skolering som er rettsanvendere i første instans. Blant annet som en reaksjon på dette, kan vi spore en utvikling der det blir tatt inn særbestemmelser i tvangslovgivningen som dels klargjør forvaltningslovens alminnelige bestemmelser, dels supplerer disse. Fra revisjonen av psykisk helsevernloven i 2017 kan nevnes nye bestemmelser om krav til vedtakets innhold etter § 3-3 a (tvungent psykisk helsevern/tvungen observasjon) og § 4-4 a (undersøkelse og behandling uten samtykke).

I det store bildet står likevel forvaltningsloven sentralt i saksbehandlingen etter dagens lovgivning. Også i framtiden må det være slik, men utvalget vurderer at det er behov for å gå lenger i retning av å gi særbestemmelser som spesifikt er tilpasset de særlige hensyn som gjør seg gjeldende i tvangssakene. Dels kan dette begrunnes med behov for klarhet og tilgjengelighet, men utvalget vil også framheve at forvaltningsloven i liten grad er tilpasset de særlige behov som kan foreligge der den privat part har psykiske funksjonsvansker. Hensynet til økt fokus på individets grunnleggende behov – som har fått økt styrke med CRPD – presser slik også fram en gjennomtenkning på nytt av utformingen av det prosessuelle rettssikkerhetsvernet. Den videre framstillingen vil synliggjøre dette.

28.7.3 Har beslutningskompetanse betydning for utøving av rettigheter under saksbehandlingen?

Utvalget vil sterkt understreke at utøving av partsrettigheter under saksbehandlingen kan skje uavhengig av om vedkommende er beslutningskompetent i spørsmålet om det tiltak saken gjelder. Et annet standpunkt ville sette personen i en svært utsatt stilling rettssikkerhetsmessig og slik utvalget vurderer det, klart være i strid med menneskerettslige krav. Verken den vedtaksansvarlige eller kontrollorganene kan således unnlate å innhente personens synspunkt under en henvisning til at vedkommende mangler beslutningskompetanse. Noe annet er at vekten i vurderingen kan bli påvirket av dette spørsmålet.

Samtidig må personen også kunne velge ikke å benytte seg av saksbehandlingsrettigheter. Dette er normalt selvregulerende – for eksempel slik at vedkommende rent faktisk nekter å uttale seg – men han eller hun må for eksempel også kunne frabe seg å motta skriftlig vedtak og begrunnelse. Dette følger allerede i dag av en tolkning av forvaltningsloven, men er ikke uttrykkelig uttrykt. Terskelen må være høy for ikke å respektere personens standpunkt her. Det vises til vurderingene i relasjon til framsettelse av klage under punkt 28.8.1.3 nedenfor.

Hva gjelder personens mulighet for å begrense pårørendes utøving av prosessuelle rettigheter, er bildet mer nyansert. Det vises til omtale i punkt 28.10 nedenfor.

28.7.4 Saksforberedelsen

28.7.4.1 *Det overordnede forsvarlighetskravet*

Et grunnleggende forvaltningsrettslig krav er at saken skal utredes (eller opplyses) «så godt som mulig» før det treffes enkeltvedtak, jf. forvaltningsloven § 17 første ledd. At dette også gjelder etter alle dagens tvangsregelverk er ikke tvilsomt, men er av pedagogiske grunner foreslått gjentatt i lovutkastet. Utredningsplikten gjelder alle sider av saken – både det faktiske grunnlag og juridiske spørsmål – men er ikke absolutt eller ubegrenset. For å gi et mest mulig dekkende uttrykk for gjeldende rett har utvalget valgt å markere dette i lovutkastet: Saken må være «så godt utredet som mulig blant annet ut fra hvor inngripende tiltaket er og den tid som står til rådighet», jf. lovutkastet § 9-4 første ledd. Selv om saker om bruk av tvang i lovutkastets definisjon i seg selv vil være inngripende, må det også her graderes. Tidsmomentet er åpenbart viktig med tanke på nødssituasjonene, men kan også ellers gjøre seg gjeldende.

Ved helsehjelp vil det ofte følge av krav til faglig forsvarlig praksis at det blir gjennomført en klinisk undersøkelse av personen og hvordan dette bør skje. Lovutkastet dekker imidlertid også omsorgstjenester som ikke er definert som helsehjelp, og her blir undersøkelsesterminologien fremmed. Et krav om at den som skal treffe vedtaket har «møtt» personen framstår likevel som et minstekrav, selv om vedtaksansvaret ved kommunale tiltak med pleie- og omsorgsformål er foreslått lagt til den overordnet faglig ansvarlige i kommunen. I saker om tvang i helse- og omsorgstjenestene er individuelle forhold hos personen viktig. Å treffe vedtak skal aldri være en formalitet og et krav om å ha «møtt» personen vil motvirke nettopp det.

28.7.4.2 *Personens rett til å uttale seg*

Som en del av saksforberedelsen er det sentralt at personen selv blir gitt mulighet til å gi uttrykk for sin mening. Forvaltningsloven regulerer dette hovedsakelig i § 16 og stiller blant annet opp krav om skriftlig forhåndsvarsel og nærmere hva varselet skal inneholde. Det helserettslige motstykket til forvaltningsrettens varslingsregler er retten til informasjon og medvirkning, jf. pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 3.

Utvalget vurderer at både det forvaltningsrettslige og det helserettslige perspektivet må med i en framtidig lovgivning. I noen tilfeller er det mest naturlig å snakke om medvirkning: særlig der spørsmålet gjelder alternativer til tvang eller hvordan et tvangsinngrep nærmere skal gjennomføres på en så lite inngripende måte som mulig. Når problemstillingen derimot er om lovens (øvrige) vilkår for tvang er oppfylt – for eksempel om det foreligger tilstrekkelig risiko for vesentlig helseskade –, er det uttaleretten i sin tradisjonelle forvaltningsrettslige form som er mest treffende. Både for medvirkning og rett til å uttale seg er det imidlertid sentralt at det legges til rette for at den aktuelle personen gis de beste muligheter til å utnytte disse rettssikkerhetsgarantiene. For å markere sammenhengen mellom medvirknings- og uttalerett, har utvalget gitt en felles bestemmelse i lovutkastet § 9-5. Medvirkningsspørsmålet er nærmere omtalt i 20.4.2.1,

Hva uttaleretten gjelder, bygger forvaltningsloven som nevnt på et nokså formelt system med utgangspunkt i skriftlighet. Dette kan også være tjenlig i saker om tvang i helse- og omsorgstjenesten, men bildet er her langt mer nyansert. På grunn av psykisk funksjonsnedsettelse og andre belastninger kan rettssikkerhetsgevinsten være både varierende og usikker ved tradisjonell, skriftlig varslings med tilbud om å få uttale seg innen en bestemt frist. Forutsetningen om den aktivt handlende borger slår ikke alltid til. Nødvendig tilrettelegging så vel av informasjon som uttalesituasjon, vil derfor kunne være avgjørende for personens anledning til reelt å få sagt sin mening.

Utvalget foreslår på denne bakgrunn å lovfeste retten til å få tilpasset informasjon i en tilrettelagt situasjon, som en presisering av de alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper på dette

feltet. Utvalgets inntrykk er at en slik mer individtilpasset tilnærming i dag i stor grad blir brukt der vedtak fattes på tjenestenivå. Naturlig nok gjelder dette i mindre grad for kontrollinstansene, som ikke har like lett tilgang til de aktuelle personene. Uansett er bevissthet rundt hvordan informasjons- og uttalesituasjonen tilrettelegges viktig.

Hvordan informasjon og situasjon i enkelttilfeller skal tilrettelegges, må vurderes konkret. På dette punkt er det likevel utvilsomt et behov for systematisk arbeid for å øke fagkompetansen i tjenestene. Hvordan dette mer konkret bør legges opp, faller utenfor utvalgets arbeid, men lovutkastet forutsetter et økt fokus på problemstillingen. Også når det gjelder barn, må det særlig tas hensyn til hvordan informasjonen blir tilrettelagt. Såframt barnet er under 16 år, skal også foreldre eller andre med foreldreansvaret gis informasjon, jf. pasient- og brukerrettighetsloven § 3-4 første ledd. I fall barneverntjenesten har overtatt omsorgen, har de tilsvarende rett til informasjon, jf. sjette ledd.

I utvalgets opplegg ligger at skriftlig varsel i samsvar med forvaltningslovens krav, fortsatt er utgangspunktet dersom dette er ubetenkelig og framstår som en god løsning, ikke minst med utgangspunkt i hva personen selv ønsker. Lovutkastet gir imidlertid større fleksibilitet enn det som følger i dag av forvaltningsloven § 16, og motivet er å etablere et mer individtilpasset system som skal styrke rettssikkerheten. Dette vurderes som et viktig, konkret grep i realiseringen av folkerettslige forpliktelser etter FN-konvensjonen om funksjonshemmedes rettigheter (CRPD) i norsk rett.

Etter psykisk helsevernloven kapittel 3 er det at personen er «gitt anledning til å uttale seg» gjort til et absolutt vilkår for å fatte vedtak om tvang, jf. §§ 3-2 og 3-3, begge nr. 6, jf. § 3-9. At en slik bestemmelse bare er gjort gjeldende for vedtak etter kapittel 3 (tvungen vern/tvungen observasjon), skaper usikkerhet om hva som ellers gjelder. Utvalget vurderer det slik at i en ny, felles lov bør retten til å uttale seg formuleres generelt. Uttrykksmåten «få tilbud om» er i lovutkastet § 9-5 første ledd brukt som en markering av at det ikke er noe til hinder for å fatte vedtak der personen selv ikke ønsker å benytte retten, eller der det ikke er mulig å oppspore vedkommende med rimelige midler. Sistnevnte problemstilling vil bare være aktuell i et mindre utsnitt av saker: der personen ikke er innlagt i helseinstitusjon. Forvaltningsloven § 16 tredje ledd vil gjelde om når varsling kan unnlates, så langt bestemmelsen passer.

28.7.4.3 Særlig om saker for kontrollinstansene

Nemndsbehandling reiser enkelte særlige spørsmål. Tvangsbegrensningsnemndene er forvaltningsorgan, og utvalget har bevisst valgt en modell der den fleksibilitet dette gir, skal utnyttes rettssikkerhetsmessig gjennom en aktiv rolle for å fremme lovens formål.

Hvordan saksbehandlingen legges opp, vil i stor grad være opp til nemnda selv. Styrende her er hensynet til sakens opplysning. I kontrollkommisjonene varierer praksis for møteavviklingen i klagesak, avhengig av kommisjonsleders preferanser og erfaringer. I noen kommisjoner gis klager først ordet, i andre institusjonen. Utvalget ser det ikke som hensiktsmessig å legge detaljerte føringer om slike spørsmål i lovutkastet, men vil framheve at praksis må utvikles i tråd med kontrollorganenes formål, jf. utkastet § 10-1. I dette ligger blant annet at avviklingen av møter bør fremme trygghet til å uttale seg hos den person saken gjelder. Dette kan tilsi tilpassing ut fra personens situasjon. For eksempel kan man tenke seg at klagesaks-møtet blir avholdt i skjermingslokaler der det er en aktuell problemstilling.

I hvilken grad fylkesmannen og kontrollkommisjonene i dag direkte tilbyr personen å uttale seg før vedtak blir truffet, varierer etter det utvalget erfarer. I klagesak etter psykisk helsevernloven foreligger en plikt, jf. psykisk helsevernloven § 6-4 første ledd og – av særlig betydning for andre klagesaker – psykisk helsevernloven § 53. For obligatoriske kontroller

etter psykisk helsevernloven § 3-8 andre og tredje ledd er bildet mindre oversiktlig. Tilsvarende gjelder fylkesmannens saksbehandling for eksempel etter pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A, særlig utenfor klagesak. Utvalget mener verdien av å få uttale seg muntlig direkte overfor kontrollorganet må framheves tydeligere i en framtidig lov. Dette er et av utvalgets grep for å sikre en større grad av individtilpassing av regelverket, godt i samsvar med FN-konvensjonens formål. Også for barn kan dette være av stor viktighet. Da kan kontrollorganet få et selvstendig bilde av barnet og dets situasjon, i motsetning til når barn blir hørt gjennom representant.

28.7.4.4 *Plikt til å rådføre seg med annet kvalifisert helsepersonell*

28.7.4.4.1 *Gjeldende rett*

I deler av dagens lovverk er det innført en plikt til å konsultere annet kvalifisert helsepersonell før vedtak treffes. Dette gjelder både etter pasient- og brukerrettighetsloven § 4-6 andre ledd og kapittel 4 A ved tiltak som utgjør et «alvorlig inngrep» overfor personen. I § 4A-5 andre ledd andre punktum er det trukket opp retningslinjer for hva som er et «alvorlig inngrep»:

«I vurderingen av hva som er et alvorlig inngrep for pasienten, skal det blant annet tas hensyn til om tiltaket innebærer inngrep i kroppen, bruk av reseptbelagte legemidler og graden av motstand.»

I fortsettelsen er det presisert at tvangsinnleggelse og tvungen tilbakehold i helseinstitusjon, samt bruk av bevegelseshindrende tiltak som personen motsetter seg, alltid skal regnes som et alvorlig inngrep.

Ved revisjonen av psykisk helsevernloven i 2017 ble det – etter opptak av Paulsrud-utvalget – tatt inn et krav om rådføringsplikt også ved vedtak om behandling uten samtykke, jf. § 4-4 a første ledd («etter samråd med annet kvalifisert helsepersonell»). For øvrig vil et rådføringskrav eventuelt måtte forankres i det alminnelige forsvarlighetskravet, jf. helsepersonelloven § 4.

Personell som blir hentet inn for samråd trenger ikke selv være vedtakskompetent i spørsmålet. Realkompetanse i form av god kjennskap til personen er også en kvalifikasjon, slik for eksempel uttrykt i forarbeidene til pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A:

«Tanken er at helsepersonell som har god kjennskap til pasienten og/eller har andre føresetnader for å vurdere tilstanden til pasienten, skal gi innspel til vurderinga av om ein skal gi helsehjelpa eller ikkje. «Annet kvalifisert» helsepersonell kan til liks med det som gjeld for vedtak etter første ledd, vere andre enn til dømes lege eller tannlege.»¹⁴⁷²

28.7.4.4.2 *Utvalgets vurderinger*

At det kan være viktig rettssikkerhetsmessig at flere enn én person er involvert når vedtak treffes, er ikke noe nytt synspunkt. Kravet om uavhengig legeundersøkelse i psykisk helsevern er uttrykk for dette. I NOU 1988: 8 ble det foreslått at vedtak om etablering av tvungen psykisk helsevern skulle treffes av en inntaks- og utskrivingsnemnd, se lovutkastet § 11. Nemnda skulle som hovedregel bestå av lege, psykolog og sykepleier. Forslaget ble ikke fulgt opp, men modellen med rådføringsplikt springer ut av samme tanke og ivaretar et langt stykke på vei de samme hensyn. Ved krav om samråd rokkes det ikke ved hvem som har vedtakskompetansen – det er ikke tale om å fatte vedtak i fellesskap –, men verdien ligger i at beslutningsgrunnlaget blir bredere og slik også styrket.

¹⁴⁷²Ot.prp. nr. 64 (2005–2006) s. 53, jf. for psykisk helsevern rundskriv IS-10/2017 s. 62

Utvalgets utredning og lovutkast har et hovedfokus på å begrense bruken av tvang. Viktige bestemmelser gjelder imidlertid situasjonen der personen ikke motsetter seg tiltaket, men heller ikke er beslutningskompetent. I slike tilfeller er rettssikkerhetsnivået gjennomgående satt klart lavere etter utkastet (med mindre unntaksbestemmelsen i § 1-3 siste ledd kommer til anvendelse). Nettopp av denne grunn er det viktig å opprettholde mekanismer som kan sikre den faglige kvaliteten på de beslutninger – ofte vil det være det og ikke vedtak – som treffes. Dagens rådføringsplikt ved alvorlige inngrep, slik den er nedfelt i pasient- og brukerrettighetsloven § 4-6 andre ledd, vurderer utvalget i denne sammenheng som viktig.

I motstandstilfellene der gjennomføringen i utgangspunktet må forventes å måtte skje med tvang, er bildet mer nyansert. Rettssikkerhetsvernet er her i utgangspunktet sterkere bygd ut – det gjelder både materielt og prosessuelt. Men et krav om å konsultere annet kvalifisert personell bidrar til å sikre en større bredde i de vurderinger som blir gjort og har slik en særlig verdi. Utvalget ser det derfor som ønskelig å styrke og bygge videre på ordningen.

For noen vedtakstyper har utvalget formulert en særlig og spesifikk rådføringsplikt, se utkastet §§ 6-10 om tvangsmedisinering og 6-13 om ECT. For spørsmålet om en mer allmenn utbredelse, har de ressursmessige konsekvensene stått sentralt. Utvalget merker seg her departementets vurderinger i forbindelse med lovrevisjonen i 2017 i relasjon til psykisk helsevernloven § 4-4 a første ledd:

«Etter departementets vurdering vil heller ikke en plikt for faglig ansvarlig til å rådføre seg med annet kvalifisert helsepersonell ha vesentlige administrative eller økonomiske konsekvenser. En slik plikt følger for en stor del allerede av forsvarlighetskravet i helsepersonelloven, og ifølge Legeforeningens høringsuttalelse er samråd med annet helsepersonell før det treffes vedtak praksis ved de fleste behandlingsstedene.»¹⁴⁷³

Det som her framkommer ble også framhevet i forbindelse med innføring av kravet i pasient- og brukerrettighetsloven ti år tidligere.¹⁴⁷⁴

Ved bruk av tvang skjerpes altså kravene til faglig forsvarlighet. Nødvendigheten av å konferere med annet kvalifisert personell, vil i mange tilfeller allerede i dag kunne forankres på et slikt grunnlag.¹⁴⁷⁵ En tydeliggjøring av plikten i lovutkastet er likevel av særlig betydning for personell og miljøer som ikke allerede har dette som innarbeidet rutine. Ut fra dette vurderer utvalget at det i framtiden bør formuleres et krav om rådføringsplikt som en klar hovedregel ved bruk av tvang. Dette som en konkretisering av den alminnelige forsvarlighetsnormen og som et sterkt signal om hvordan lovgiver forventer at tjenestene jobber. Forskjellen sammenlignet med gjeldende rett ligger først og fremst i at arbeidsmåten formaliseres, herunder gjennom krav om dokumentasjon. Det skal legges til at gjennomføringen av et samråd kan tilpasses den enkelte sak, blant annet ut fra alvorlighet og graden av tvil som er involvert: dette godt i samsvar med alminnelige rettslige prinsipper. Alt i alt er det derfor vanskelig å se at en utviding av rådføringsplikten skal være en byråkratisk snubletråd for tjenestene.

Utvalget har vurdert spørsmålet om unntak fra et slikt utgangspunkt i tvangstilfellene, men har – utenfor nødssituasjonene – vanskelig for å se gode grunner for dette. Der det er tid til å

¹⁴⁷³Prop. 147 L (2015–2016) s. 47

¹⁴⁷⁴Ot.prp. nr. 64 (2005–2006) s. 17

¹⁴⁷⁵Jf. Prop. 147 L (2015–2016) s. 33, synspunktet framkom i høringsrunden til lovrevisjonen i 2017.

konferere med annet personell, er det vanskelig å forsvare at spørsmål om tvangsbruk skal kunne avgjøres av én person alene. Riktignok rekker utvalgets motstandsbegrep langt ved at tvilstilfellene omfattes, jf. utkastet § 1-3. Den merbelastning et krav om samråd representerer i forbindelse med at vedtak skal forberedes, anses likevel mindre omfattende. Spesifikt vurderer utvalget at det alltid bør gjelde et krav om samråd ved tvangsinnleggelse, selv om dette kommer i tillegg til et krav om uavhengig legeundersøkelse, jf. § 9-8.¹⁴⁷⁶ Det særlige menneskerettslige vernet mot denne typen tiltak er her tungtveiende.

Hva gjelder kvalifikasjonene til det personell som blir konsultert, må lovgivningen nødvendigvis ta høyde for variasjonsbredden i de situasjoner som kan oppstå i det virkelige liv. Formålet med samrådet er å skape større bredde i vurderingen, men dette kan oppnås på ulike måter. God kjennskap til personen vil utgjøre én type kvalifikasjon, men er ikke alltid en aktuell mulighet. Rent faglige kvalifikasjonskriterier omfattes naturligvis også.

28.7.4.5 *Plikt for spesialisthelsetjenesten til å bistå*

Helse- og omsorgstjenesteloven §§ 9-7 og 9-9 pålegger kommunen å etablere kontakt med spesialisthelsetjenesten, som etter de samme reglene har en plikt til å bistå, når bruk av tvang aktualiseres overfor enkelte med utviklingshemning. Erfaringene med denne ordningen, heretter kalt bistandsplikten, synes så gode at utvalget foreslår å brette den ut til andre felt og på tvers av spesialisthelsetjenesten der personen har «store formidlingsproblemer», se punkt 18.6.4.2.¹⁴⁷⁷

Bistandsplikten innebærer at spesialisthelsetjenesten stiller sin kompetanse til rådighet og deltar i drøftinger av lovens vilkår, faglige mål og metodevalg. En viktig oppgave er å se til at alle andre mulige løsninger enn tvang blir vurdert og forsøkt. Det handler ikke om å kontrollere tjenestene, men at alle forhold av betydning for tvangsbruken gjennomgås i samarbeid. Bistandsplikten skal også sikre personen en forsvarlig medisinsk utredning for sin tilstand.

Årsaker til utfordrende atferd kan være vanskelig å oppdage. Atferden kan av omgivelsene bli tolket som et uttrykk for noe annet enn det som faktisk er tilfellet. Det er kjent at manglende forståelse for utfordrende atferd kan bidra til å utvikle uheldige holdninger i personalgruppen i form av negative karakteristikk av personen. Dette er uverdige, men bidrar også til fastlåste samhandlings- og tankemønstre som ikke er hensiktsmessige overfor den det gjelder.

Veiledning utenfra kan være et viktig bidrag for å sikre et faglig fokus og kan trolig på sitt beste redusere «turnover» i tjenestetilbudene gjennom økt engasjement ved å ha en felles plan i arbeidet. Dette er til fordel for personen, pårørende og for personalet som yter tjenestene. Stabilitet og kompetanse er nøkkelfaktorer for et godt omsorgsmiljø.

I kravet om faglig forsvarlighet ligger det en ambisjon om at tjenesteyterne tilegner seg relevant fagkunnskap, er oppmerksomme på egne faglige begrensninger og søker samarbeid med andre. Bistandsplikten ivaretar langt på vei slike forhold.

Utvalget har fra en rekke hold blitt orientert om at særlig sårbare personer ofte ikke får tilgang til en tilstrekkelig utredning for sitt tilstandsbilde. For personer med utviklingshemning er dette godt dokumentert gjennom norsk forskning og utredning.¹⁴⁷⁸ Det er ikke akseptabelt at

¹⁴⁷⁶Departementet konkluderte annerledes i Prop. 147 L (2015–2016) s. 33.

¹⁴⁷⁷Handegård og Gjertsen, 2008

¹⁴⁷⁸NAKU 2007 og NOU 2016: 17

atferdsuttrykk som skyldes sykdom, smerter eller bivirkninger av medikamenter risikerer å bli møtt med tvang. En bistandsplikt for spesialisthelsetjenesten vil kunne motvirke dette og at adekvat behandling ikke iverksettes for sent. Utvalget har fått beskrevet mange eksempler på at sykehjem blir alene med ansvaret for personer med særlige krevende problemstillinger av atferdsmessig karakter. Sviktende helseoppfølging kan kulminere i akuttpsykiatriske innleggelser eller innleggelse i somatikken. Innleggelser kan unngås om behovet blir identifisert og møtt lokalt på et tidlig tidspunkt.

Alvorlige atferdsmessige problemer skal ikke oppstå som en følge av manglende kvalitet på tjenestetilbudet, og personens rett til selvbestemmelse og det å være annerledes skal være ivarettatt og respektert. Slike problemstillinger kan det av mange årsaker være vanskelig for å tjenestene å selv ivareta. Et moment er felles «blindsoner» som over tid uunngåelig vil etableres mellom tjenestene, men problemstillingene er i seg selv faglig krevende. Bistandsplikten innebærer kompetanse utenfra som kan bidra til å se saken med «nye øyne», og betyr spesialisert kompetanse inn i tjenestene.

Bistandsplikten gir økt åpenhet og innsyn om hva som blir gjort, og sikrer at de kommunale tjenestene ikke blir overlatt til seg selv med svært store utfordringer. Bistandsplikten er også av stor verdi for kontrollinstansene, spesielt i vurderingen av forholdsmessighet og forsvarlighet av særlig inngripende og «påfallende» tiltak.¹⁴⁷⁹

I saker som omhandler bruk av tvang vil det være mange vanskelige hensyn og problemstillinger. Det kan da ofte oppstå følelsesmessige og vanskelige dilemmaer. Dette kan skape utfordringer i samarbeidet internt og med nærmeste pårørende. Bistandsplikten innebærer at en tredje part er representert i beslutningsprosessen med faglig tyngde og objektivitet, noe som kan være et viktig bidrag for å skape et konstruktivt samarbeid.

De fleste momentene som er redegjort for her, er like gyldige for enheter innenfor spesialisthelsetjenesten. Ved ytelse av tjenester til personer med store formidlingsproblemer i spesialisthelsetjenesten, kan ulike deler av spesialisthelsetjenesten utvilsomt dra nytte av hverandre. Dersom det vurderes å treffe vedtak om tvang etter lovutkastet § 6-5 ved repeterende nødssituasjoner, har andre deler av spesialisthelsetjenesten etter lovutkastet § 9-7 plikt til å yte bistand etter en begrunnet anmodning. En slik anmodning må ikke oppfylle vanlige krav om rett til nødvendig helsehjelp, men må inneholde en redegjørelse for hva som er problemstillingen og hva det ønskes hjelp til.

28.7.5 Vedtak og begrunnelse

28.7.5.1 Gjeldende rett

Forvaltningsloven skiller mellom vedtak (forvaltningsloven § 23), som da bare dekker selve konklusjonen, og begrunnelse (forvaltningsloven §§ 24 og 25). I enkelte andre sammenhenger – som i helse- og omsorgstjenesteloven § 9-7 tredje ledd og psykisk helsevernloven § 3-3 a tredje ledd – synes «vedtak» å bli bruk som et fellesbegrep som dekker begge disse elementene. Utvalget har, ut fra et slikt praktisk syn på saken, ikke sett det som viktig å skille skarpt: også fordi lovens hovedregel er at begrunnelsen skal gis samtidig med vedtaket, jf. forvaltningsloven § 24 første ledd. Begge elementene blir slik, normalt, samlet i samme dokument.

¹⁴⁷⁹Oxford Research, 2017

Etter dagens tvangslovgivning baserer pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A seg på forvaltningslovens alminnelige regler. Dette framgår forutsetningsvis av at det i sin alminnelighet er vist til forvaltningsloven «så langt den passer», jf. § 4A-9, samtidig som det ikke er gitt særlige regler om vedtak og begrunnelse (med unntak av spørsmålet om samlevedtak i § 4A-5 tredje ledd som omtales nedenfor). Motstykket til kapittel 4 A finner vi i helse- og omsorgstjenesteloven § 9-7 tredje ledd, som for planmessige inngrep har en liste med ni punkter om hva vedtaket må inneholde. Denne bestemmelsen har vært med helt siden vedtakelsen av daværende kapittel 6 A i sosialtjenesteloven 1991 i 1996. Inspirert av denne reguleringssteknikken foreslo Paulsrud-utvalget (NOU 2011: 9) lignende bestemmelser om krav til vedtakets innhold, noe som er fulgt opp gjennom nye bestemmelser i psykisk helsevernloven § 3-3 a og § 4-4 a fra 2017.

Et gjennomgående trekk etter forvaltningsloven er lovtekstens vaghet. Overordnet er dette et bevisst valg fra lovgivers side for å sikre at bestemmelsene skal være anvendelige for ulike typer av forvaltningsvirksomhet. Forvaltningsloven § 23 sier ingen ting om hvordan vedtaket skal formuleres. Dette har ikke minst i helse- og omsorgstjenesten reist utfordringer i relasjon til presisjon når forvaltningens behov for fleksibilitet framover i tid står mot personens behov for klarhet om hva som er bestemt, med betydning for spørsmålet om klage og hva som eventuelt kan overprøves i en klagesak.

Krav til vedtakets begrunnelse er regulert i forvaltningsloven § 25. Her er kravene noe mer konkret fastlagt enn det som følger for selve vedtaksformuleringen. I første ledd er det i utgangspunktet stilt krav om å gjengi det rettslige grunnlaget for vedtaket. Andre ledd omhandler hva som må gjengis av faktum i saken. Det må «nevnes de faktiske forhold» vedtaket bygger på. Dette er i utgangspunktet ikke et strengt krav. Hovedsynspunktet er at faktum må gjengis i en slik grad at det dekker alle vilkår som må være oppfylt i saken. Muligheten for å henvise til faktumbeskrivelse i andre dokumenter er også regulert her.

Tredje ledd gjelder sider ved saken som er underlagt et forvaltningsskjønn. I første punktum heter det:

«De hovedhensyn som har vært avgjørende ved utøving av forvaltningsmessig skjønn, bør nevnes.»

Bestemmelsen er blitt tolket slik at kravene til begrunnelsens innhold skjerpes til mer inngripende vedtaket er.¹⁴⁸⁰ Selv om det ikke har vært prøvd rettslig, legger utvalget til grunn at et tilsvarende vurderingsmønster vil være relevant etter andre ledd for slik å sikre sammenheng i rettssystemet. Grensen mellom hva som er eller ikke er forvaltningsskjønn, kan være vanskelig å trekke. Særlig ved anvendelse av regler om tvang vil rettssikkerhetshensyn tilsi en tilbakeholdenhet med å regne vurderinger som underlagt forvaltningsskjønn – selv om betydningen av grensetrekningen får mindre praktisk betydning ved anvendelse av de særlige søksmålsreglene i tvisteloven kapittel 36.

Et kompliserende moment er uansett at kravene til en begrunnelse også må hensynta rettsområdets egenart. Som nevnt har særlig helselovgivningen tradisjonelt hatt en relativt løs tilknytning til forvaltningsretten der forvaltningslovens krav mer gradvis har vunnet innpass.

Hvilke krav som etter forvaltningsloven § 25 kan stilles til begrunnelsen ved tvangsvedtak er etter dette et krevende spørsmål. Her må det skilles mellom vedtak i førsteinstans der slike

¹⁴⁸⁰Se for eksempel Bernt og Rasmussen, 2010, s. 283–287 med videre tilvisninger.

blir fattet på tjenestenivå, og vedtak fattet i overprøvingsinstansen som normalt vil ha god juridisk kompetanse. Sivilombudsmannen har i en uttalelse fra 18. desember 2018 stilt strenge krav til fylkesmannens klagesaksavgjørelse i sak om tvangsmedisinering (2017/543). Se også omtalen av evalueringen av kvaliteten på tvangsvedtak i kapittel 6, som ikke er like eksplisitt om de rettslige krav.

28.7.5.2 *Utvalgets vurderinger*

Alt i alt framstår forvaltningslovens krav for vage til alene å kunne bygges på i en framtidig tvangslovgivning. Selv om det ikke er gjennomført en systematisk evaluering av vedtaks-kvalitet etter iverksettelsen av de nye bestemmelsene i psykisk helsevernloven i 2017, er det utvalgets inntrykk – etter eksterne innspill fra praksisfeltet – at kravene til vedtaket i §§ 3-3 a og 4-4 a blir opplevd som mer arbeidskrevende av de vedtaksansvarlige. Samtidig blir det vist forståelse for at økt vedtaks-kvalitet er viktig, og at lovendringen således framstår som rimelig.

Utvalget vurderer at utviklingen i retning av å formulere mer spesifikke krav til vedtak/be-grunnelse, slik det er uttrykt i helse- og omsorgstjenesteloven § 9-7 tredje ledd og psykisk hel-severnloven §§ 3-3 a og 4-4 a, må videreføres og bygges videre ut. Det er liten tvil om at dette har bidratt til styrket vedtaks-kvalitet. Et viktig element her er at klarhet i lovteksten om hva som kreves av et vedtak, lettere vil bli fanget opp i virksomhetenes vedtaksmaler, som fra et praktisk ståsted vil være viktig for etterlevelsen. Bruk av maler er riktignok risikofylt ved at det nærmest kan redusere lovens vurderingstema til en avkrysningsøvelse. Dette handler imid-lertid først og fremst om utformingen av disse verktøyene – som er ganske uunnværlige, i alle fall der vedtak skal fattes på tjenestenivå.

Et trekk i utvalgets utredning er økt fokus på gjennomføringen av tvangstiltak. Vedtakets pre-sisjonsnivå blir her særlig satt på spissen. Helse- og omsorgstjenesteloven § 9-7 tredje ledd bokstav c krever en «beskrivelse av de tiltakene som skal settes i verk». Utvalget er kjent med at det i praksis til dels gis detaljerte beskrivelser av gjennomføringsmåte, f.eks. iverksettelsen av en holdeprosedyre ved utagering. Sannsynligvis er dette et resultat av at spesialisthelsetje-nesten har plikt til å yte bistand til kommunene i slike saker. Etter psykisk helsevernloven § 4-4 a nr. 2 om behandling uten samtykke, må det framgå «hvilke virkemidler som skal kunne brukes for å gjennomføre behandlingen». I praksis er det her observert feilforståelser av hva som ligger i dette: for eksempel at det er hvilke medikamenter som skal brukes som (også her) skal gjengis. Det er derfor ønskelig med en klarere formulering som poengterer at det er spørsmålet om det for eksempel skal kunne brukes fysisk makt som skal vurderes.

Å skulle beskrive gjennomføringsmåte eller virkemiddelbruk i selve vedtaket er krevende fordi det her – utenfor nødtilfellene – vil være et tidsvindu, og det kan være vanskelig å fo-rutse hvordan samspillet mellom personen og tjenesteapparatet faktisk vil bli, til tross for den framviste motstand. Å kreve en beskrivelse av virkemiddelbruken er likevel viktig for å sikre at den vedtaksansvarlige har gjennomtenkt ulike scenarier og tatt stilling til om for eksempel fysisk tvangsbruk av en bestemt type er akseptabelt. Dette er mer tungtveiende enn risikoen for at det skal vise seg at det er behov for mindre inngripende tiltak i gjennomføringsfasen enn beskrevet i vedtaket. I slike tilfeller kan det vurderes om det er hensiktsmessig å omgjøre vedtaket. Erfaringene i gjennomføringsfasen kan uansett være av verdi ved behov for nytt vedtak overfor samme person.

En særlig problemstilling har oppstått i kjølvannet av iverksettelsen av psykisk helsevernlo-ven § 4-4 a. Etter andre ledd nr. 4 skal det framgå «hvilken type og dosering av legemidler [...] som skal kunne brukes». Endring i form av reduksjon av dosering er naturligvis uproble-matisk. I praksis har det imidlertid vært tendenser til uthuling av kravet gjennom angivelse av brede kategorier av legemidler og doseringer. Det er utvalgets vurdering at man her bør føre

en streng linje, men at det er vanskelig helt å utelukke at man operer med alternativer i vedtaket.¹⁴⁸¹ I så fall må dette reflekteres i begrunnelsen for øvrig, særlig kravene til beskrivelse av forventet effekt.

Slik utvalgets lovutkast er utformet, er en del krav til førsteinstansens vedtak felles, mens andre vil være mer spesifikt knyttet til spesielle typer av inngrep, blant annet tvangsmedisinering.

Kontrollorganene har større juridisk kompetanse enn tjenestene og derfor er det som utgangspunkt mindre betenkelig her å basere seg på forvaltningslovens alminnelige bestemmelser. Verdien av likhet i praksis tilsier likevel en større grad av tydelighet om hvilke krav om gjelder, jf. det spenn i vedtaks kvalitet som tross alt er identifisert i evalueringen av kvaliteten på tvangsvedtak. Her skal legges til at økte krav til vedtakene i tjenestene indirekte også påvirker kontrollinstansene.

Krav til kontrollkommisjonenes vedtak i klagesak er nedfelt i psykisk helsevernforskriften § 55. Ut over en spesifisering av hva som må med om enkelte formelle forhold som sammenheng og dissenser, er forskriften ikke mer konkret om begrunnelsens innhold enn det som følger av forvaltningsloven § 25. I lys av de særlige rettssikkerhetshensyn som gjør seg gjeldende i tvangssakene, er dette neppe tilfredsstillende. Nettopp på dette feltet bør det gis bedre veiledning. Det sentrale synes da å være at vedtak fra kontrollinstansen – hva enten det er tale om klagesak eller obligatorisk kontroll – synliggjør tvilsspørsmål og redegjør for vurderingene av disse. Dette er ikke strengere enn det som allerede følger av forvaltningsloven og som – sannsynligvis – i de fleste tilfeller allerede praktiseres i dag. Det er videre viktig at det framgår at den totale belastning ved flere vedtak framgår.

28.7.6 Varighet av vedtak

28.7.6.1 *Problemstillingen*

Noen tiltak kan ha en rimelig klar avgrensning i tid, for eksempel gjennomføring av et spesifikt medisinsk inngrep. Her oppstår sjelden spørsmål om den tidsmessige utstrekningen av vedtaket – varigheten. Ofte vil likevel behovet for hjelp strekke seg over tid, i noen tilfeller kan det være livslangt. Der tjenesteytingen skjer med tvang, blir varighetsspørsmålet slik bli satt på spissen. Så lenge lovens vilkår fortsatt er oppfylt, vil det sjelden være aktuelt helt å avvise muligheten for en kontinuering: noe annet er at det å ha vært langvarig under tvang vil være et moment i forholdsmessighetsvurderingen for ikke å tillate dette i det konkrete tilfellet.

Dermed oppstår spørsmålet om saksbehandlingsmodell ved behov for opprettholdelse av tiltak ut over den tidsramme (varighet) som er fastsatt i vedtaket. Vi står overfor to hovedalternativ: Skal det her kreves et nytt vedtak fra grunnen av, eller skal det heller kreves en forlengelse av det eksisterende vedtaket?

Når utvalget reiser dette spørsmålet, er det ikke bare fordi løsningen varierer etter gjeldende lovgivning, men ikke minst fordi valg av system har betydning for adgangen til rettslig prøving etter tvisteloven kapittel 36. I § 36-1 heter det:

¹⁴⁸¹Helsedirektoratet har i merknadene i rundskriv IS-1/2017 punkt 1.4.5 omtalt problematikken: «Endring i legemiddeldose kan foretas uten at det er nødvendig å fatte nytt vedtak. [...] Dersom vedtaket tar høyde for endring ved manglende effekt/bivirkninger, ved for eksempel å oppgi alternativt legemiddel, dose og administrasjonsform, og hvilke forventet effekter og bivirkninger det har, er det imidlertid ikke nødvendig å treffe nytt vedtak.»

«(2) Søksmål etter reglene her kan ikke reises etter at vedtaket er falt bort. Faller vedtaket bort etter at det er krevd rettslig prøving, heves saken.

(3) Ny rettslig prøving kan bare skje etter at saken på nytt er behandlet administrativt.»

Dette betyr at dersom man velger «nytt vedtak»-modellen, vil muligheten for rettslig prøving i domstolene bli negativt påvirket. Dette ved at saken blir nullstilt ved utløp av vedtaksperioden, selv om det da blir fattet et nytt vedtak med et helt identisk innhold. For et vedtak med varighet på tre måneder vil det da bli vanskelig – i praksis umulig – å få prøvd et vedtak for lagmannsretten. For et vedtak med ett års varighet vil prøving for Høyesterett lett bli vanskelig. Muligheten for søksmål etter tvistelovens alminnelig prosessordning har som regel liten praktisk realitet for de personer som er underlagt tvang etter helse- og omsorgslovgivningen.

28.7.6.2 Gjeldende rett

Etter så vel pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A som helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 er maksimal vedtaksperiode ett år.¹⁴⁸² Ved et eventuelt behov for forlengelse, må det her igangsettes en helt ny vedtaksprosess – og dette er ikke en upraktisk problemstilling. I tverrfaglig spesialisert behandling for rusmiddelavhengighet kan vedtaket gå ut på tilbakehold «i opptil tre måneder», jf. helse- og omsorgstjenesteloven § 10-2 første ledd. Forlengelse er også her betinget av en helt ny vedtaksprosess: og dette er lite praktisk på grunn av den omstendelige fylkesnemndsmodellen. Ved frihetsberøvelse av gravide etter § 10-3 er varigheten knyttet til svangerskapets utstrekning.

Etter psykisk helsevernloven er bildet mer sammensatt. Her er det etablert et system der kontrollkommisjonene kan samtykke til forlengelse av tvungent vern ut over ett år, jf. psykisk helsevernloven § 3-8 tredje ledd («med inntil ett år av gangen», regnet fra «årsdagen for etableringen»). Dette betyr at man ikke trenger å igangsette en helt ny vedtaksprosess for hvert år. Fornyede vurderinger av om lovens vilkår for fortsatt tvang er oppfylt må godkjennes av kontrollinstansen. Det er på denne bakgrunn dekkende å si at varigheten av tvungent psykisk helsevern kan være inntil ett år av gangen. Noe forvirring rundt vedtaksvarighet kan allikevel oppstå med utspring i at den faglig ansvarlige «minst» hver tredje måned skal foreta en kontrollundersøkelse for å vurdere om lovens vilkår fortsatt er oppfylt, jf. psykisk helsevernloven § 4-9. Blant helsepersonell kan dette tidvis bli utlagt slik at vedtak om tvang er av tre måneders varighet. En slik uttrykksmåte er en prisverdig påminning om viktigheten av nevnte kontrollundersøkelser, men neppe en treffende juridisk beskrivelse: brudd på fristen i § 4-9 utløser ingen direkte rettsvirkninger.

Et kompliserende element etter psykisk helsevernloven kapittel 3 er for øvrig at flere vedtak relatert til tvungent psykisk helsevern (og tvungen observasjon, men mindre praktisk) for samme person blir omtalt og tillagt rettsvirkninger. Mens etableringsvedtaket er avgjørende etter § 3-8 og også kan påklages etter § 3-3 a tredje ledd, er det separate vedtak på krav om opphør av tvangen som kan påklages etter § 3-7. Loven etablerer slik et skille mellom det opprinnelige etableringsvedtaket og vedtak om opprettholdelsen som løper parallelt. Psykisk helsevernloven kapittel 4 og forskrift om rettigheter og tvang i rusinstitusjon har særlige regler om varighet for de enkelte tiltak, jf. kapittel 5 i utredningen.

28.7.6.3 Utvalgets vurderinger

Ved behov for videreføring av tiltak vurderer utvalget at det bør være en mulighet til å fatte vedtak om forlengelse av det eksisterende vedtaket dersom vilkårene for dette er oppfylt og

¹⁴⁸²Se helse- og omsorgstjenesteloven § 9-7 andre ledd («inntil tolv måneder om gangen») og pasient- og brukerrettighetsloven § 4A-5 første ledd («inntil ett år av gangen»).

saken ellers står i samme stilling. Dette er viktig fordi det styrker mulighetene for rettslig overprøving etter tvisteloven kapittel 36. Der det er behov for å gjøre innholdsmessige endringer i vedtaket, må det imidlertid fattes et nytt vedtak.

Om man velger den ene eller andre modellen bør som utgangspunkt ikke ha betydning for kravene til saksbehandlingen. Enkelte tilpasninger må likevel gjøres. En ny uavhengig legeundersøkelse ved tvangsinnleggelse og tvungent tilbakehold i psykisk helsevern og tverrfaglig spesialisert behandling for rusmiddelavhengighet, er det således ikke sterke grunner for å kreve ut fra begrunnelsen for denne ordningen. Ved vedtak om forlengelse av tiltak som omfattes av lovutkastet § 11-4, vil vedtaket være betinget av forhåndsgodkjenning i tvangsbegrensningsnemnda. Etter psykisk helsevernloven § 3-8 tredje ledd er ikke den rettslige karakteristikken av henvendelsen til kommisjonen om «samtykke» til årsforlengelse tydelig. I praksis er ofte betegnelsen «søknad» brukt. Utvalget ser det som viktig at den vedtaksansvarlige også i forlengelsessakene skal fatte formelle vedtak ut fra de klargjørende signaler dette i seg selv gir om kravene til saksbehandlingen. At prosessen i saker som omfattes av § 11-4 vil være toleddet gjennom krav om godkjenning, er uproblematisk rettslig sett.

Spørsmålet om lengste varighet for vedtak må avgjøres ut fra den aktuelle tiltakstypen. Utvalget har her i stor grad foreslått en videreføring av gjeldende rett. Så vel for tvangsinnleggelse/tvungent tilbakehold (lovutkastet kapittel 5) og behandling og omsorg (lovutkastet kapittel 6) er således utgangspunktet en lengste varighet på ett år. Den vedtaksansvarlige har imidlertid både kompetanse og plikt til å vurdere en kortere vedtaksperiode. Lovutkastet inneholder flere spesialbestemmelser om kortere varighet som i stor grad er kjent fra dagens lovgivning, og som speiler et særlig rettssikkerhetsbehov.

28.7.7 Særlig om nødssituasjoner

Nødssituasjoners preg av dramatikk og tidsknapphet gjør det vanskelig eller umulig å stille krav til beslutningsprosessen i forkant av et inngrep. Dette er avgjørelser som så å si per definisjon må treffes der og da, «i felten». Nedtegnelse i etterkant av hva som skjedde blir desto viktigere for å skape klarhet som igjen kan danne grunnlag for intern og ekstern kontroll. Verken i psykisk helsevernloven § 4-8, i psykisk helsevernforskriften eller i forskrift om rettigheter og tvang i rusinstitusjon er det gitt særlige krav til beslutningen om inngrep i nødssituasjoner. Etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 har man derimot stilt omfattende og detaljerte krav til hva som skal nedtegnes om enkeltstående nødinngrep, jf. § 9-7 første ledd, jf. tredje ledd.

Sikker informasjon om hendelser, herunder foranledning og mulige årsaksforhold, synes å være helt nødvendig i en systematisk tilnærming for å redusere bruken av tvang, men også for å oppfylle menneskerettslige standarder. Det foreslås derfor å formulere særlige krav til hva som skal nedtegnes i ettertid av nødinngrep, etter modell av helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9. Slik helse- og omsorgstjenesteloven § 9-7 tredje ledd i dag er utformet – med fokus på vedtak utenfor nødssituasjoner – er ikke lovteksten helt treffende om hva som skal nedtegnes ved nødinngrep. Dette springer ut av at vi så å si befinner oss på ulike punkt på tidsaksen – vedtak fattes før et inngrep, beslutning om inngrep i nødstilfeller må normalt nedtegnes i etterkant. Utvalget har i lovutkastet tatt høyde for dette.

Ved repeterende nødssituasjoner er det både mulig og ønskelig å forberede et vedtak om planmessig intervensjon grundigere enn i det enkelte akutte tilfellet, jf. utkastet § 4-10. Saksbehandlingsreglene blir derfor andre og mer omfattende, som for andre vedtak.

28.7.8 Særlig om samlevedtak

28.7.8.1 Gjeldende rett

I dag er spørsmålet om samlevedtak i liten grad regulert, men det er aktuelt der det rettslige grunnlaget for flere ulike tiltak er sammenfallende. Etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 kan det være tilfelle, og her er det ikke uvanlig med vedtak som både dekker tiltak etter § 9-5 bokstav b og c. Denne framgangsmåten er lite aktuell etter psykisk helsevernloven ut fra den reguleringssteknikk som der er valgt, mens den igjen framstår som aktuell etter pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A. Her er det imidlertid lagt inn spesifikke begrensninger i § 4A-5 tredje ledd:

«Vedtak om undersøkelse og behandling omfatter den pleie og omsorg som er nødvendig for å gjennomføre undersøkelsen og behandlingen. Dersom hovedformålet med helsehjelpen er pleie og omsorg, skal det treffes eget vedtak om dette.»

Etter psykisk helsevernloven § 21 første ledd er muligheten for samlevedtak om behandling uten samtykke uttrykkelig nevnt, men unntak er gjort for behandling med legemidler som alltid «skal» ha eget vedtak.

28.7.8.2 Utvalgets vurderinger

Utvalgets lovutkast har som et sentralt element å tilrettelegge for helhetstenkning rundt enkeltindividet. En naturlig følge av denne tenkemåten er å åpne for samlevedtak der flere ulike tiltak blir vurdert for samme person. Det er også grunner til at problemstillingen vil framstå som mer aktuell etter lovutkastet enn i dag. Et hovedpoeng her er forslaget om å løse opp tvungent psykisk helsevern-konstruksjonen (unntatt ved dom etter straffeloven § 62). I psykisk helsevern blir fokus med det sterkere rettet mot det enkelte tiltak, heller enn overbegrepet tvungent vern. Dette vil uunngåelig gi et sterkere fokus også mot gjennomføringsspørsmål. Det å kunne samle tiltak i ett vedtak, for eksempel tvangsmedisinering (§ 6-10) og krav om oppmøte (§ 6-18), eventuelt også krav om rustesting (§ 6-20), er da nærliggende.

Der de ulike enkelttiltak som vurderes å kombineres vil ha en ulik maksimal vedtaksperiode ut fra reguleringen av varighet i utkastet, kan samlevedtak framstå som mindre aktuelt. Formelt vil det likevel være en mulighet også her, for eksempel slik at samlevedtak delvis endres (omgjøres) for enkeltelementers del underveis. Lovutkastet forutsetter denne muligheten nettopp fordi det vil fremme formålet om helhetstenkning. Utvalget vurderer at spørsmålet kan få en økende aktualitet i framtiden ved utvikling av nye elektroniske saksbehandlingsløsninger i tjenestene. At ulike vedtaksansvarlige og eventuelt også ulike virksomheter skal involveres i samme vedtak, anses mindre praktisk.

Utvalget har avgrenset seg til å markere muligheten for å fatte samlevedtak der dette vurderes hensiktsmessig i det konkrete tilfellet, jf. lovutkastet § 9-12. At en slik markering kommer til uttrykk direkte i lovteksten, anses imidlertid som viktig både ut fra de verdier utredningen er bygget på, dagens ulikeartede rettslige situasjon og behovet for å kommunisere klart til tjenestene i et spørsmål som både er praktisk og prinsipielt viktig.

28.7.9 Underretning

28.7.9.1 Gjeldende rett

Retten til å få informasjon om vedtaket – underretning – er regulert i forvaltningsloven § 27. Underretning skal gis «så snart som mulig», og hovedregelen er at det skal skje skriftlig, jf. første ledd. Men

«[e]r det særlig byrdefullt for forvaltningsorganet å gi skriftlig underretning, eller haster saken, kan underretning gis muntlig eller på annen måte».

Underretning kan unnlates, også etter første ledd, dersom dette «anses åpenbart unødvendig og vedtaket ikke medfører skade eller ulempe for vedkommende part». I § 27 er det videre gitt bestemmelser om underretningens innhold. Hovedregelen er at underretning om begrunnelsen skal gis samtidig med vedtaket, jf. andre ledd.

Etter forvaltningsloven § 19 første ledd bokstav d, jf. 24 tredje ledd, kan personen nektes innsyn i opplysninger i begrunnelsen

«som det av hensyn til hans helse [...] må anses utilrådelig at han får kjennskap til».

Denne bestemmelsen må tolkes i lys av pasient- og brukerrettighetsloven § 5-1 andre ledd om begrensninger i rett til journalopplysninger som er formulert hakket strengere:

«Pasienten og brukeren kan nektes innsyn i opplysninger i journalen dersom dette er påtrengende nødvendig for å hindre fare for liv eller alvorlig helseskade for pasienten eller brukeren selv [...]»

I slike tilfeller vil likevel en representant som utgangspunkt ha innsynsrett.

Det er i begrenset grad gitt særlige regler om underretning i dagens tvangslovgivning. I pasient- og brukerrettighetsloven § 4A-6 er det gitt en særlig bestemmelse om tematikken som forsøker å ta hensyn til de særlige problemstillinger ved spørsmål om bruk av tvang. Det framgår at underretning kan gis etter iverksetting av tiltaket («etterfølgende») dersom det ellers vil oppstå fare for at helsehjelpen ikke kan gjennomføres.

28.7.9.2 *Utvalgets vurderinger*

Utvalget har merket seg funn i virksomheten til Forebyggingsenheten hos Sivilombudsmanen som tyder på at underretningsplikten ikke alltid blir overholdt innen psykisk helsevern, se punkt 6.2.5. Et spørsmål utvalget erfarer tidvis kan oppstå, er om underretning i større eller mindre grad kan unnlates ut fra et synspunkt om at personen ikke er i stand til å forstå innholdet i dokumentet, eller fordi man har erfaring med at personen i ustabile perioder kan komme til å behandle egen, personsensitiv informasjon skjodesløst, eller fordi man har erfaring med at personen blir psykisk destabilisert av å motta og lese tvangsvedtak. Utvalget vil påpeke at det ikke er adgang til dette etter gjeldende rett og vurderer at det heller ikke bør gis slik adgang i framtiden. Selv om det i enkelttilfeller kan argumenteres for en slik hjemmel, ligger det en betydelige utglidingsfare i å etablere en slik regel. Det må være tilstrekkelig at personen kan nektes innsyn i enkeltopplysninger etter forvaltningsloven § 19 første ledd bokstav d, jf. pasient- og brukerrettighetsloven § 5-1. Derimot vil utvalget påpeke at personen må ha rett til å frabe seg å få underretning om i alle fall begrunnelsen for vedtaket.

Utvalget merker seg at det etter gjeldende rett er et sterkt fokus på skriftlighet ved underretning, og unntak er stort sett begrunnet i hensynet til forvaltningen. Etter utvalgets vurderinger gir dette et for snevert perspektiv. På samme måte som for medvirkning og rett til å uttale seg, er det ved underretning viktig at informasjonen blir tilrettelagt. Dette kan man si følger av den alminnelige plikt til veiledning etter forvaltningsloven § 11, men denne bestemmelsen er vagt utformet og lite tilgjengelig, blant annet for helsepersonell. Utvalget er kjent med at det i mange sammenhenger legges ned et viktig arbeid blant ansatte i helse- og omsorgstjenesten og pårørende med å formidle innholdet i skriftlig materiale på en lettfattelig måte. Utvalget har funnet det nødvendig å foreslå en særlig bestemmelse om dette, jf. lovutkastet § 9-18, som står som en konkretisering av innholdet i forvaltningsloven § 11.

28.8 Administrativ overprøving

28.8.1 Forvaltningsklage

28.8.1.1 *Utgangspunkt*

Klageretten er en sentral rettssikkerhetsgaranti, også ved spørsmål om bruk av tvang. Utgangspunktet er reguleringen i forvaltningsloven, men i saker om bruk av tvang gjør særlige hensyn og problemstillinger seg gjeldende. De særlige bestemmelsene i pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 7 er i liten grad aktuelle ved tiltak som omfattes av denne utredningen. Unntak gjelder ved tiltak etter pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4.¹⁴⁸³ På rusfeltet er det rettslig prøving i tingretten som er det aktuelle alternativet, jf. helse- og omsorgstjenesteloven § 10-7, men de midlertidige vedtakene kan påklages til fylkesnemnda, jf. barnevernloven § 7-23.

På psykisk helsevernfeltet følger særlig rettssikkerhetsmessige utfordringer i kjølvannet av at det ikke fattes formelle vedtak når barn under 16 år motsetter seg innleggelse i psykisk helsevern. Barn over 12 år har mulighet til å bringe spørsmålet inn for kontrollkommisjonen, men siden dette er et frivillig og ikke tvungent opphold, inntreier ikke kontrollkommisjonens formelle rolle som et klageorgan, jf. § 6-4 første ledd. Barn under 12 år er etter gjeldende rett avskåret fra å be om kontrollkommisjonens vurdering. Problemstillingen er nærmere behandlet i punkt 17.2.5.

28.8.1.2 *Særlig om inngrep i nødssituasjoner*

Som nevnt omtaler utvalget den avgjørelse som går forut for en nødintervensjon som «beslutning», ikke vedtak. Uavhengig av forholdet til enkeltvedtaksbegrepet, må det gjelde en rett til å forlange overprøving – en klagerett – også ved nødinngrep. Dette følger også av gjeldende lovgivning.

Klage over inngrep i nødssituasjoner vil likevel ha et særpreg ved at de nesten alltid blir satt fram i etterkant av gjennomføringen. Dette henger sammen med tidsknapphet og mangelen på mulighet for å gjennomføre formelle prosedyrer i forkant. En konsekvens er at vurderingstemaet i klagesaken normalt vil måtte ta utgangspunkt i det som faktisk har skjedd som en indikasjon på innholdet av den forutgående beslutningen. Å se det slik er imidlertid en komplisert øvelse, og utvalget har vurdert det som enklere, men samtidig dekkende for realitetene, å si at klagen etter inngrep i nødssituasjoner gjelder «beslutning om og gjennomføring av tiltak». Det er det som faktisk er skjedd personen vil være interessert i å få overprøvd, ikke en forutgående abstrakt beslutning. At det derfor er selve gjennomføringshandlingen som i realiteten er klagesakens tema, bør speiles tydeligere i regelverket enn det som er tilfelle i dag.

28.8.1.3 *Når foreligger en klage?*

At noen motsetter seg et vedtak betyr ikke uten videre at personen ønsker å klage. Det kan være mange grunner til at vedkommende ikke ønsker klagesak, for eksempel at han eller hun ikke har tro på å vinne fram, ikke ønsker bryderiet osv. Stilt overfor personer med psykisk funksjonsnedsettelse kan det ofte være en problemstilling å trekke grensen mot det som bare er en *beklagelse* over egen situasjon. Som regel løses tvilen ved å spørre personen direkte om vedkommende ønsker klagesak, men konklusjonen kan tidvis være usikker.

¹⁴⁸³Henvisningen til kapitlene «3 til 6» i § 7-2 femte ledd, som tilsynelatende også omfatter kapittel 4A, er ikke oppdatert.

Utvalget vil sterkt understreke at det må stilles små krav for at en formell klage skal anses å foreligge. Dette er nødvendig for å sikre effektiviteten i denne rettssikkerhetsgarantien. Det som imidlertid må kreves er at personen har en – i det minste vag – oppfatning om at det å klage kan hjelpe ham eller henne til å slippe et tiltak vedkommende er uenig i. Om vedkommende er beslutningskompetent i relasjon til selve det omstridte tiltaket, er irrelevant.

28.8.1.4 Krav til klagen

Forvaltningslovens alminnelige regler bygger på en forutsetning om den aktivt handlende borger. I § 32 er det stilt opp visse krav til klagen, blant annet om skriftlighet og undertegning. I Helsetilsynets Retningslinje for fylkesmannens oppgaver etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 (Internserie 7/2011), revidert 2017, og i Retningslinjer for Fylkesmannens behandling av vedtak og klagesaker etter

pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A (Internserien 9/2012) er dette lojalt gjengitt (punkt 6.3 og punkt 4.3.4, respektive). Vurdert i lys av at helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 gjelder for personer med utviklingshemning og kapittel 4 A i stor grad anvendes overfor personer med demens, framstår dette som problematisk. Det kan spørres om denne typen krav er en medvirkende årsak til det lave antallet klagesaker etter disse to regelverkene.

På psykisk helsevern-feltet – hvor man har større mengdetrening i klagesaker – synes holdningen å være en annen. I psykisk helsevernforskriften § 28 første ledd, som regulerer klage på enkelte tiltak etter psykisk helsevernloven kapittel 4, heter det:

«Klage på vedtak etter dette kapittelet kan fremsettes skriftlig eller muntlig for den faglig ansvarlige for vedtaket eller annet helsepersonell, eller direkte til Fylkesmannen eller kontrollkommisjonen. Muntlig klage skrives ned av den som mottar den. Dersom det etter forholdene er grunn til det, kan den som tar imot en muntlig klage be om at pasienten gir skriftlig uttrykk for at han eller hun vil klage. Helsepersonellet skal bistå med nedtegnning av klage og straks oversende klagen til Fylkesmannen eller kontrollkommisjonen.»

Her blir altså muntlig klage akseptert og helsepersonell er gitt en plikt til å bistå med nedtegnning. Om bestemmelsen må forstås slik at noe annet gjelder ved andre klager etter psykisk helsevernloven, er et åpent spørsmål. Sannsynligvis er den formelle avgrensingen bare utslag av den kasuistiske reguleringsteknikk som er gjennomgående i dette lovverket: det er altså ikke grunnlag for en slik motsetningsslutning.

Utvalget er av den oppfatning at den siterte bestemmelsen fra psykisk helsevernforskriften på mange måter gir uttrykk for en rimelig tolkning også av hva som følger av forvaltningsloven tolket i lys av rettssikkerhet som et bærende hensyn. For å avskjære tvil er det foreslått en klargjøring om at klage kan framsettes muntlig, jf. lovutkastet § 12-2.

Et eget spørsmål er hvem klagen kan framsettes overfor. Utvalget er i den forbindelse også gjort oppmerksom på at kravet i forvaltningsloven § 32 første ledd bokstav a om at klagen skal «fremsettes for det forvaltningsorgan som har truffet vedtaket» kan reise særlige utfordringer. Bestemmelsen henger nøye sammen med § 33 andre ledd i samme lov om at førsteinstansen skal gjennomgå saken på nytt og vurdere spørsmålet om omgjøring. Her er det eksempler på at klager i tvangsmedisineringssaker som er sendt fylkesmannen, kan bli returnert til institusjonen. Av det siterte fra psykisk helsevernforskriften § 28 framgår imidlertid at klage også kan framsettes «direkte til Fylkesmannen eller kontrollkommisjonen» – bestemmelsen dekker også tvangsmedisineringssakene.

28.8.1.5 *Hva skal kunne påklages?*

Etter forvaltningsloven § 28 første ledd kan det klages over «enkeltvedtak». I lovutkastet blir det skilt mellom «vedtak» – en kortform for enkeltvedtak i denne sammenheng – og «beslutning». Vedtak om etablering, oppheving eller forlengelse av tiltak etter loven kan naturligvis påklages. Ut over dette reiser det seg enkelte særlige spørsmål.

En problemstilling gjelder avgjørelse om ikke å tillate tvang. At dette etter alminnelig forvaltningsrett som hovedregel ikke er selvstendige (enkelt)vedtak er klart nok, men spørsmålet er debattert, og unntak er etablert på ulike rettsområder ut fra rettssikkerhetsvurderinger. Etter gjeldende tvangslovgivning er det noen eksempler på at avgjørelse om ikke-bruk av tvang er definert som vedtak og slik påklagbare: Dette gjelder først og fremst

- fylkesmannens avslag på å godkjenne vedtak om planmessige inngrep etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 (se § 9-11 andre ledd andre punktum).
- den faglige ansvarliges avslag på å etablere tvungen psykisk helsevern eller tvungen observasjon etter psykisk helsevernloven kapittel 3, se § 3-3a.
- fylkesnemndas avslag etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 10. Her er det eventuelt søksmål til tingretten som er alternativet.

Felles for disse situasjonene er at saken – på litt ulikt vis – har hatt en formell opptakt i form av en anmodning – eventuelt et krav – om at spørsmålet om tvang vurderes. Det er slik prosessen skyves inn i et formelt spor som gjør det naturlig å snakke om at avgjørelse om ikke-bruk av tvang er et «vedtak» som skal kunne påklages. Etter utvalgets forslag til modell for avgjørelser i første instans vil dette bare gjelde i saker om tvangsinnleggelse og tvungen tilbakehold i institusjon i psykisk helsevern og tverrfaglig spesialisert behandling for rusmiddel-avhengighet: her foreligger det krav om uavhengig legeundersøkelse. Avslag på anmodning om bruk av tvang vil her være et enkeltvedtak som kan påklages.

Et viktig trekk i utvalgets utredning er behovet for økt fokus på selve gjennomføringsfasen. Utvalget ser det som viktig at personen også har mulighet til å påklage at gjennomføringen av vedtak ikke er i samsvar med det som framgår av avgjørelsen. På tvangsfeltet vil dette utgjøre en nyskapning. Etter pasient- og brukerrettighetsloven § 7-2 første ledd kan det klages (til fylkesmannen, som hovedregel) dersom man mener «at bestemmelsene i kapitlene 2, 3 og 4, samt § 5-1, § 6-2 og § 6-3 er brutt». Som det framgår, gjelder imidlertid ikke bestemmelsen for tvangsregelverkene.¹⁴⁸⁴ Dette utgjør et rettssikkerhetsmessig tomrom som bør tettes. Utvalget vurderer at en egen bestemmelse om hva som kan påklages, bør tas inn i en ny felles lov, slik at dette spørsmålet blir regulert i denne loven og ikke i pasient- og brukerrettighetsloven.

Lovutkastet § 6-2 avløser pasient- og brukerrettighetsloven § 4-6. Klagerett over beslutning og gjennomføring av tiltak etter denne bestemmelsen framgår av lovutkastet § 12-1.

28.8.1.6 *Klagefrist*

Etter forvaltningsloven § 29 er klagefristen i utgangspunkt tre uker fra vedtaket er mottatt. Det er imidlertid en mulighet for å ta klagen under behandling selv om fristen er oversittet, jf. § 31. Det mest aktuelle alternativet etter denne paragrafen er bokstav b: der «det av særlige grunner er rimelig at klagen blir prøvd».

I tvangssaker vil det så å si alltid gjøre seg gjeldende sterke velferdsmessige grunner for å prøve klage selv om fristen er overskredet, samtidig som hensynet til private motparter ikke

¹⁴⁸⁴Jf. Syse, 2015, s. 557

vil være aktuelt. Pårørendes eventuelle interesse i fortsatt tvang vil ikke være relevant i denne sammenheng. I praksis er det dermed ikke behov for å operere med noen klagefrist i saker som omfattes av lovutkastet. Det gjelder også den absolutte grensen i forvaltningsloven § 31 siste ledd om at klage ikke kan framsettes «dersom det er gått mer enn ett år siden vedtaket ble truffet»: problemstillingen kan være aktuell der vedtak forlenges med varighet ut over ett år, se om varighetsspørsmålet i punkt 28.7.6 ovenfor.

Utvalget har ikke sikker kunnskap om hvordan klagefristspørsmålet håndteres i praksis, men det er grunn til å frykte at reglene i en del tilfeller kan bli praktisert mer rigid enn det er grunnlag for. Det foreslås derfor en bestemmelse om at det ikke gjelder klagefrist for personen selv. Hensynene gjør seg ikke gjeldende med tilsvarende styrke for pårørende. I lovutkastet er dette tatt høyde for i § 12-3. Særlig ved vedtak om opphør av tvang har personen som omfattes av vedtaket og institusjonen behov for en rask avklaring. For pårørende tilsier dette at klagefristen bør avgrenses til én uke.

28.8.1.7 *Bør det kunne klages på samme vedtak mer enn en gang?*

28.8.1.7.1 *Gjeldende rett*

Etter forvaltningsloven kan det bare klages én gang på samme vedtak. Ulike hensyn begrunner en slik regel, blant annet behovet for å få saken avsluttet: ofte ut fra hensynet til private motparter. Om forholdene senere endrer seg, kan eventuelt forvaltningsorganet anmodes om å omgjøre utenfor klagesak, jf. forvaltningsloven § 35. En omgjøring vil eventuelt være et selvstendig enkeltvedtak som i seg selv er gjenstand for klage. I utgangspunktet gjelder det som her er beskrevet også etter gjeldende tvangslovgivning.

På psykisk helsevernfeltet er imidlertid situasjonen særlig kompleks på grunn av et nokså krevende forhold mellom ulike vedtak. Umiddelbart skulle man tro at problemstillingen var løst etter § 3-7 hvoretter den faglig ansvarlige skal fatte vedtak etter anmodning om opphør av tvungent vern, jf. andre ledd. Etter tredje ledd kan vedtaket påklages til kontrollkommisjonen. At det skal fattes formelt vedtak etter vurdering av anmodningen, utgjør delvis en annen løsning enn det som vil følge av den alminnelig forvaltningsrett: Etter forvaltningsloven § 35 vil ikke et avslag på anmodning om å omgjøre det opprinnelige vedtaket bli ansett som et nytt vedtak (derimot vil en omgjøring, i vår sammenheng en avgjørelse om å avvikle tvangen, som nevnt være et nytt vedtak). Når man etter psykisk helsevernloven § 3-7 har valgt å karakterisere også avslag på anmodning om opphør av tvungent vern som et nytt, selvstendig vedtak, skulle utgangspunktet være vanlige klagemuligheter over dette vedtaket, jf. forvaltningsloven § 28 første ledd. Dette er også utgangspunktet etter psykisk helsevernloven § 3-7 tredje ledd, men her kommer sperrefristregelen i psykisk helsevernloven § 6-4 åttende ledd inn som en vesentlig begrensning:

«Er en klage blitt avslått av kontrollkommisjonen, kan ikke tilsvarende klage framsettes før minst seks måneder er gått. Har saken vært prøvd for retten etter reglene i tvisteloven kapittel 36, kan det ikke framsettes slik klage for kontrollkommisjonen før det er gått minst seks måneder etter at dommen ble rettskraftig.»

I dette ligger at nye vedtak etter psykisk helsevernloven § 3-7 som faller innenfor fristen på seks måneder, ikke er påklagbare. Reservasjonen om «tilsvarende klage» slår åpenbart ikke inn bare fordi nytt vedtak er fattet etter § 3-7: i så tilfelle ville sperrefristregelen være uten praktisk betydning.

28.8.1.7.2 *Utvalgets vurderinger*

Etter psykisk helsevernloven kapittel 3 er det altså et krevende forhold mellom ulike vedtak. Utvalget ser her et behov for forenklinger og mener en samordning av lovgivningen gir gode

muligheter for dette. Løsningen som peker seg ut, er konsekvent å forholde seg til det opprinnelige vedtaket om tvang – i den aktuelle serien dersom personen har vært underlagt tvang også tidligere. Dette vil være i samsvar med hvordan utvalget erfarer at reglene anvendes i praksis: Skillet mellom klage på etableringsvedtak etter § 3-3 a og klage på krav om opphør av tvungent vern etter § 3-7 har liten praktisk betydning. Vilkårene som skal vurderes vil være de samme, med den forskjell at selve innleggelsesformalitene står mindre sentralt etter som tiden går. I mange tilfeller er det utvalgets inntrykk at det heller ikke blir fattet formelle avslagsvedtak etter § 3-7, men den faglige ansvarlige nøyer seg med å la sine vurderinger og sin konklusjon komme til uttrykk i den skriftlige redegjørelsen til kontrollkommisjonen som skal utarbeides etter psykiske helsevernforskriften § 52.

Utvalgets modell er også i samsvar med forvaltningslovens alminnelige system. Forvaltningens vurdering av en anmodning om omgjøring av vedtak – som er det psykisk helsevernloven § 3-7 tredje ledd egentlig omhandler – er ikke et selvstendig vedtak med mindre det er tale om å gi klageren medhold. I så fall fattes et nytt vedtak om opphør. Systemet i psykisk helsevernloven § 3-7, der enhver avgjørelse på krav om opphør av tvungent vern (eller tvungen observasjon) – uansett utfall – betegnes som vedtak, er slik sett et brudd med den alminnelige forvaltningsrett, men uten at gevinsten er åpenbar.

Utvalgets forenklete opplegg forutsetter, for ikke å svekke rettsvernet i psykisk helsevern, at det ikke gjelder klagefrist over vedtak, som er drøftet ovenfor, og at det kan klages flere ganger over samme vedtak.

I saker om bruk av tvang er spørsmålet om hvor ofte det kan klages over samme vedtak aktuelt særlig ved mer langvarige tiltak. Her gjør andre hensyn seg gjeldende enn i den alminnelige forvaltningsrett. Det er ikke behov for å avslutte saken på grunn av private motpartsforhold. Offentlige interesser i å lukke saken er heller ikke til stede da tvangstiltak må vurderes løpende og avsluttes dersom lovens vilkår ikke lenger er til stede: Dette er også et menneskerettslig krav. På denne bakgrunn kan det være gode grunner for at adgangen til å framsette klage over samme vedtak ikke bør begrenses til én gang, slik forvaltningsloven forutsetter. Muligheten for å anmode om omgjøring utenfor klagesak etter forvaltningsloven § 35 kan lett bli et for lite kraftfullt virkemiddel i lys av hva som står på spill og skjevheten i maktforhold mellom vedtaksansvarlig og personen som omfattes av vedtaket.

Ressurshensyn tilsier imidlertid at det må gjelde grenser for hvor hyppig det kan framsettes klage. Utvalget vurderer at modellen i psykisk helsevernloven § 6-4 åttende ledd med seks måneders sperrefrist bør videreføres. Nemndsleder bør imidlertid ha en mulighet for å gjøre unntak ved «særlige grunner». Dette erstatter dagens «tilsvarende klage»-formulering i § 6-4 åttende ledd, som språklig gir en snevrere ramme. I rundskrivet presiseres imidlertid at det ikke er noe til hinder for at «kontrollkommisjonen behandler en klage i tilfeller der for eksempel endrede forhold tilsier det».¹⁴⁸⁵ All den tid nemnda alltid vil kunne gjenåpne en sak, se lovutkastet § 12-8, har sperrefristspørsmålet rent formelt egentlig størst betydning for spørsmålet om fri sakførsel.

Utvalget vurderer at tvangsbegrensningsnemndas vedtak i saker om obligatorisk kontroll, jf. §§ 11-1 og 11-4, skal kunne kreves overprøvd av tingretten, se nedenfor i punkt 28.9 om domstolsprøving. Fordi personen her ikke får velge overprøvingstidspunkt selv, vurderer utvalget at slike vedtak ikke bør utløse noen sperrefrist for å sette fram klage ut over hva som er nødvendig av hensyn til samordning med søksmålsfristen, som foreslås å være to måneder.

¹⁴⁸⁵Helsedirektoratet, IS-1/2017, s. 102

28.8.1.8 *Klageinstans*

Hovedelementene i utvalgets forslag til en ensartet modell for overprøving er presentert tidligere i kapitlet. Klagesakene blir å fordele mellom fylkesmannen og tvangsbegrensningsnemnda. Nemndsbehandling gir de beste forutsetninger for en bred og grundig gjennomgang av saken. Rettssikkerhetsbehovet blir slik det sentrale kriterium ved fordelingen, men samtidig bør ikke nemndssystemet overbelastes, med de negative virkninger det kan ha nettopp for grundighet og kvalitet i saksbehandlingen.

Klage på beslutninger og gjennomføringen av disse, unntatt bruk av særlig inngripende tiltak for skadeavverging i nødssituasjoner, jf. utkastet § 4-3, bør behandles av fylkesmannen. I utgangspunktet kunne også klage på vedtak etter §§ 5-2, 6-3 og 6-4 være naturlig å legge til fylkesmannen. Felles her er at det ikke foreligger motstand mot tiltaket fra personen selv. En klage fra vedkommende vil da lett måtte føre til oppheving og eventuelt vurdering av vedtak om tiltak etter andre bestemmelser i loven, men klage fra noen med rettigheter som pårørende er også en mulighet.

Lovutkastet § 6-5 er den generelle bestemmelsen om vilkår for vedtak ved behandlings- og omsorgstiltak i motstandstilfellene. En del av tiltakene som er aktuelle etter denne paragrafen, vil ofte være både kortvarige og mindre kontroversielle og kan slik passe å legge til fylkesmannen. Dette gjelder tvang i forbindelse med somatisk undersøkelse og behandling. I psykisk helsevern gjelder dette også tiltak som ledd i undersøkelse av psykiske helseproblemer, som ikke gjelder tvangsinnleggelse og tvungent tilbakehold som sådan. Det kan for eksempel være spørsmål om å få tatt en blodprøve for å utelukke somatisk sykdom som årsak til tilstanden.

En inndeling etter disse linjer vil imidlertid ikke bety så mye ressursmessig for nemndenes arbeidsbelastning sammenlignet med et alternativ der alle klager over vedtak legges til nemnda. Utvalgets prognoser – blant annet basert på erfaringen etter pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A – er at det kan forventes få klagesaker i de omtalte sakskategorier. Å legge alle klagesaker over vedtak til tvangsbegrensningsnemnda vil for øvrig gi et klarere regelverk og naturlig legge til rette for samordning og helhetstenkning: for eksempel der flere vedtak er påklaget som ellers kunne ha hørt under ulike klageinstanser. Utvalget har latt disse hensyn være avgjørende. Tvangsbegrensningsnemnda foreslås dermed som klageinstans for alle vedtak, samt beslutning om og gjennomføring av tiltak som nevnt i § 4-3, jf. lovutkastet § 12-5.

28.8.1.9 *Rask saksframdrift*

Hurtig saksbehandling er en viktig rettssikkerhetsverdi i tvangssakene som også har en menneskerettslig side, jf. omtale tidligere i dette kapitlet. Det er dermed viktig at saksbehandlingsreglene i en framtidig lovgivning bygger opp om en hurtig saksframdrift.

Viktigheten av at klage også kan framsettes direkte overfor klageinstansen er allerede understreket. En nært beslektet problemstilling er imidlertid anvendelsen av prinsippet nedfelt i forvaltningsloven § 33 andre ledd om at underinstansen skal vurdere saken på nytt og forberede den for klageinstansen. Infrastrukturen for sikker elektronisk kommunikasjon på tvers av forvaltningsorganer i tvangssakene er fortsatt lite utbygget, så dette kan trekke ut i tid. Utvalget har fått innspill om at dette særlig er en problemstilling i tvangsmedisineringssakene, jf. psykisk helsevernloven § 4-4 a.

Utvalget anbefaler at det i et framtidig lovverk nedfelles bestemmelser som tydelig fremmer en hurtig saksframdrift, uansett om klage framsettes overfor førsteinstansen eller klageinstansen.

28.8.2 Overprøving utenfor klagesak

28.8.2.1 *Obligatorisk kontroll i regi av den vedtaksansvarlige*

Et krav om at vilkårene for tvang løpende må vurderes og være oppfylt, er gjennomgående i dagens lovgivning, se helse- og omsorgstjenesteloven 9-9 og pasient- og brukerrettighetsloven § 4 A-4, begge siste ledd, jf. psykisk helsevernloven § 3-7 første ledd. Unntaket er delvis helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 10 som kanskje kan forklares med den særegne inn-taksmodell i rusbehandlingen: bare fylkesnemnda kan omgjøre sitt eget vedtak, og nemnda foretar som utgangspunkt ikke nye vurderinger i vedtaksperioden. Etter § 10-2 er dessuten tilbakeholdsperioden begrenset til tre måneder. For gravide som er tilbakeholdt av hensyn til fosteret etter § 10-3, er det derimot svangerskapets lengde som danner yttergrense for tilbakeholdet. Her skal kommunen i samråd med institusjonen «minst hver tredje måned» vurdere fortsatt tilbakehold, og tilbakeholdet opphører om ikke kommunen har tatt stilling til spørsmålet innen fristen, se tredje ledd.

I psykisk helsevern gjelder et krav om at den vedtaksansvarlige («faglig ansvarlige») «minst en gang hver tredje måned» vurderer om lovens vilkår for tvungent psykisk helsevern er oppfylt, jf. § 4-9 første ledd. Ingen av de øvrige lovverkene har en tilsvarende bestemmelse. Brudd på plikten etter § 4-9 har ingen umiddelbare konsekvenser for gyldigheten av vernet. Bestemmelsens funksjon er å bidra til å sikre en realitet i kravet om løpende vurdering, som ellers kan bli satt under press i en travel hverdag i tjenestene. Utvalget vurderer at denne modellen bør videreføres i et framtidig lovverk og strekkes ut til å omfatte alle tvangsvedtak med en varighet ut over tre måneder.

Barnekonvensjonen art. 25 sier at statlige myndigheter skal sørge for periodisk vurdering av «den behandling barnet får» for barn som er blitt «plassert» av myndighetene. Bestemmelsen er lite påaktet og er ikke tolket nærmere av FNs barnekomite (heller ikke i generell kommentar nr. 15 (2013) om barns rett til helse). Bestemmelsen er etter sin ordlyd verken knyttet til institusjonsplassering eller til utøvelse av tvang, men det er vist til at plassering som har sammenheng med «omsorg» og «fysisk eller psykisk behandling» er omfattet. Det offentliges plikt til å sikre regelmessig vurdering av at det foreligger et rettmessig grunnlag for at barn befinner seg utenfor hjemmet, er imidlertid klar. Plikten må ses på bakgrunn av at barn som er plassert utenfor hjemmet, lett kan komme i en utsatt stilling. Denne plikten får direkte betydning for barn som er omfattet av utvalgets forslag til ny lov.

28.8.2.2 *Obligatorisk kontroll i regi av tvangsbegrensningsnemnda*

28.8.2.2.1 *Innledning*

Forvaltningsklage forutsetter aktiv handling fra personen. Men det er ikke alle som makter å mobilisere det nødvendige initiativ, selv der han eller hun motsetter seg tiltaket. Årsakene til dette kan naturligvis være flere og sammensatte, men formidlingsvansker og mistillit til systemet ut fra tidligere erfaringer, er nærliggende å nevne stilt overfor mennesker med psykisk funksjonsnedsettelse. Barn må antas å ha en høyere terskel for å initiere en formell klage enn voksne.

Dette synliggjør et stort behov også for obligatoriske kontroller av om vilkårene fortsatt er oppfylt, uavhengig av om personen ber om det eller ikke. Her er det samfunnets interesse i å hindre urettmessige inngrep som er avgjørende. Behovet er størst ved de mer lengverarige tiltak.

28.8.2.2.2 Gjeldende rett

Etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 10 har man ingen særlige regler om obligatorisk kontroll. Dette bør ses i sammenheng med den begrensede varighet av vedtakene, samt beslutningssystemet: fylkesnemnda fungerer langt på vei som en domstol og gjennomføringsbiten ligger utenfor fylkesnemndas tradisjonelle oppgaver. Oppheving av fylkesnemndas vedtak underveis i vedtaksperioden er en lite praktisk problemstilling. Der tjenestene vurderer at tvangen bør opphøre før vedtaksperiodens utløp, er det praktiske virkemiddelet å skrive vedkommende ut fra den aktuelle institusjonen.

Vedtak om planlagte tiltak etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 kan ha en varighet på inntil ett år. Det er ikke etablert noen ordning med obligatorisk kontroll i form av en gjennomgang av om lovens vilkår fortsatt er oppfylt i løpet av denne perioden. Dersom man ønsker å videreføre tiltak ut over ett år, må ny vedtaksprosess iverksettes. Dette fungerer i praksis som en obligatorisk kontroll. Bestemmelsen om fylkesmannens plikt til å føre stedlig tilsyn kan også nevnes, jf. helse- og omsorgstjenesteloven § 12-3 første ledd andre og tredje punktum. Det kan imidlertid gå lang tid mellom hver gang fylkesmannen fører stedlig tilsyn med vedtak som videreføres over mange år.

Også vedtak etter pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A kan ha en varighet på inntil ett år. En ny søknadsbehandling vil ikke på samme måte ha funksjon som obligatorisk kontroll som etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 da beslutningsmyndigheten er lagt på tjenestenivå. Etter kapittel 4 A er det imidlertid lagt inn et kontrollpunkt allerede etter tre måneder, jf. § 4A-8 andre ledd:

«Dersom et vedtak om helsehjelp etter dette kapitlet ikke er påklaget og helsehjelpen vedvarer, skal Fylkesmannen, når det har gått tre måneder fra vedtaket ble truffet, av eget tiltak vurdere om det fortsatt er behov for helsehjelpen.»

Bestemmelsen gjelder uavhengig av type tjeneste vedtaket gjelder. Men fylkesmannen har også en adgang etter første ledd til å foreta en overprøving etter eget tiltak. Dette er formulert som en «kan»-regel, men blir praktisert som en skal-regel ved mottak av vedtak ut fra de styringssignaler som er gitt fra Statens helsetilsyn til fylkesmennene. Etter det utvalget er kjent med, blir det foretatt en full materiell gjennomgang av saken.

I psykisk helsevernloven § 3-8 er det gitt regler om obligatorisk kontroll for vedtak om tvungent vern. Etter første ledd skal kontrollkommisjonen «så snart som mulig forvisse seg om at riktig framgangsmåte er fulgt og at vedtaket bygger på en vurdering av vilkårene i §§ 3-2 eller 3-3». Dette er ikke en materiell kontroll, men en kontroll av at formalitetene er fulgt i forbindelse med etablering av tvungent vern eller tvungen observasjon. Etter tre måneder skal kommisjonen foreta en full materiell gjennomgang av saken, jf. andre ledd: «av eget tiltak vurdere om det er behov for tvungent vern». Unntak gjelder dersom det har vært gjennomført klagesaksbehandling. Endelig skal kontrollkommisjonen etter tredje ledd behandle søknad om forlengelse av tvungent vern ut over ett år, og samtykke kan gis «med inntil ett år av gangen».

28.8.2.2.3 Utvalgets vurderinger

Innledning

Som det framgår, er også dagens ordninger for obligatorisk kontroll ulikt utformet. Utvalget vurderer at det både er mulig og ønskelig med en samordning innenfor rammene av et felles lovverk.

For alle vedtak og beslutninger etter lovutkastet foreslår utvalget at fylkesmannen skal gjennomføre en formalkontroll etter mønster av psykisk helsevernloven § 3-8 første ledd. Fylkesmannen gis kompetanse til å oppheve ugyldige vedtak. I kombinasjon med utvalgets klargjøring om når saksbehandlingsfeil skal føre til ugyldighet, antas dette å kunne legge grunnlaget for en kvalitetsheving av vedtaksarbeidet i virksomhetene.

Ordningen med kontroll etter de første tre måneder, så vel etter pasient- og brukerrettighetsloven § 4A-8 som psykisk helsevernloven § 3-8, begge andre ledd, faller bort ut fra en vurdering av hva som alt i alt er den beste ressursmessige prioriteringen for å begrense bruken av tvang. Hva gjelder kontrollkommisjonenes tre-måneders-kontroll etter psykisk helsevernloven, skal bemerkes at det i evalueringen av kvaliteten på tvangsvedtak ble reist spørsmål ved kvaliteten, se omtale i punkt 6.2.2 og 6.5.1. Paulsrud-utvalget ville framskynde disse kontrollene til fire uker etter etableringen av vernet, og også ellers øke kontrollhyppigheten gjennom krav om godkjenning av fortsatt vern i kontrollkommisjonen hver tredje måned.¹⁴⁸⁶ Endringer i rammene for kontrollen ble likevel ikke vurdert. Etter pasient- og brukerrettighetsloven § 4A-8 er utvalgets klare inntrykk at fylkesmennenes kontroll i praksis er en distansert dokumentkontroll, med få muligheter til å bore dypt i sakene. Dette bekreftes av evalueringen av kvaliteten på tvangsvedtak, se omtale i punkt 6.5.1.

Ny modell: Høring innen 30 dager

Et hovedtrekk i utvalgets utredning er ønsket om å effektivisere rettssikkerhetsvernet. Én side ved dette er innstramming av tvangsbegrepet og en sterkere konsentrasjon av rettssikkerhetsgarantier om motstandstilfellene. En annen hovedkomponent er etablering av en kontrollmodell som klarere er innrettet på å begrense bruk av tvang enn det som er tilfelle etter gjeldende lovgivning. En tredje er å fremme helhetstenkning om personens situasjon.

At de mest alvorlige tvangssakene på et tidlig tidspunkt må få en bred gjennomgang i et kontrollorgan som er uavhengig av institusjonen, er en naturlig følge av en slik overordnet tilnærming. Utvalget har valgt å kalle dette *en høring* i regi av tvangsbegrensningsnemnda. Formålet med høringen vil være å få avklart om lovens vilkår fortsatt er oppfylt, med særlig vekt på retten og plikten til et tilrettelagt tilbud uten bruk av tvang, jf. utkastet §§ 2-1 og 2-2. Dette betyr at saksbehandlingen må legges slik opp at det gis et helhetlig bilde av personens situasjon og tjenestetilbud. I mange saker vil det kreve deltakelse fra både kommune og spesialisthelsetjeneste, som etter innkalling vil ha møteplikt.

Manglende koordinering av tjenestetilbudet mellom forvaltningsnivåer er påpekt av flere, også Paulsrud-utvalget:

«Utvalget vil peke på at det er en uakseptabel løsning at pasienter skrives ut til tvang uten døgnopphold uten at behovet for bolig, en forsvarlig økonomi og nødvendige kommunale tjenester er på plass. Mangel på slike tilbud vil kunne forårsake en ny sykdomsutvikling. Medikamenter alene vil ikke være tilstrekkelig dersom alt annet svikter. Retten til individuell plan er ingen garanti for at tjenestetilbudet for hjemmeboende mennesker med psykiske lidelser fungerer.»¹⁴⁸⁷

¹⁴⁸⁶NOU 2011: 9 s. 192, jf. utkastet til lovtekst § 4-9

¹⁴⁸⁷NOU 2011: 9 s. 203

Ut over å skaffe nemnda et tilstrekkelig avgjørelsesgrunnlag, er det et sideformål ved høringsordningen at den blir lagt slik opp at den fremmer dialog og avklaring av forventninger. At sentrale aktører for personens totale tilbud samles rundt samme bord, vil i seg selv kunne bidra til å sikre bedre samhandling mellom tjenestene, også på tvers av forvaltningsnivåer. Utvalget vil særlig understreke viktigheten av at kommunene blir trukket inn der personen er tvangsinnlagt i psykisk helsevern- eller rusinstitusjon under spesialisthelsetjenesten.

Utvalget foreslår at høringen skal skje innen 30 dager etter at vedtaket er fattet. Særlig i forbindelse med en tvangsinnleggelse vil situasjonen ofte kunne framstå som uoversiktlig til å begynne med. Utvalget vurderer på denne bakgrunn at situasjonen bør ha fått roe seg slik at frivillige alternativer framstår mer realistisk, før en mer dyptpløyende, obligatorisk overprøving iverksettes. Samtidig vil en 30-dagers-regel gi involverte instanser en rimelig mulighet til å vurdere alternativer for den videre oppfølgingen av personen. Slik vil også grunnlaget for nemndas vurderinger bli bedre.

Det er de alvorligste sakene som skilles ut for høringsbehandling. Dette omfatter selvsagt tvangsinnleggelse og tvungent tilbakehold etter utkastet §§ 5-4 til 5-6. For tvang i omsorgstiltak, der vedtak kan være sammensatte, har utvalget valgt en modell der ett av følgende elementer må inngå og slik blir utløsende (se lovutkastet § 11-1):

- planmessig tilnærming ved gjentatte nødssituasjoner
- begrensninger i tilgang til mat eller drikke
- kontinuerlig observasjon av viljestyrt atferd utenfor helseinstitusjon
- bruk av mekaniske innretninger som hindrer personens bevegelsesfrihet.

I behandling i psykisk helsevern inkluderes skjermingstiltak og behandling av spiseforstyrrelse med ernæring. I disse tilfellene vil det ofte også foreligge vedtak etter kapittel 5 som utløser høringssak og det bør foretas en samordning der det er mulig.

Et utgangspunkt er krav om motstand, men personer med store formidlingsvansker vil kunne bli omfattet av høringsordningen via bestemmelsen i lovutkastet § 1-3 siste ledd om likestilling med tvang. Dette vil ha særlig betydning blant annet for enkelte personer med demens og utviklingshemning.

Utvalget anbefaler ikke en obligatorisk høring etter 30 dager i tvangsmedisineringssakene. Ett moment her er at så vel virkninger som bivirkninger av den medikamentelle behandlingen kan vise seg over tid, blant annet fordi doser økes gradvis. Om en kontroll innen 30 dager vil være det ideelle, hefter det slik usikkerhet ved. I tillegg kommer utvalgets nye modell for klagesaksbehandlingen der det etableres en ordning med mulighet for uavhengig, psykiatrifaglig overprøving, jf. lovutkastet § 12-10, som sammen med andre tiltak styrker rettssikkerheten nettopp i disse sakene.

Den helhetstenkning lovutkastet tar mål av seg til å fremme, gjør det nødvendig å presisere at tvangsbegrensningsnemnda – her som ellers – også kan trekke inn andre tvangsvedtak personen måtte være underlagt som ledd i saksbehandlingen.

Der det allerede er avholdt klagesak om de aktuelle vedtak, utgår høringssak. Ressursmessig hensyn er her avgjørende. Dette markerer samtidig at høringen etter 30 dager vil ha en spesiell status ut fra sin tidsmessige plassering og sitt klare formål. For å få sammenheng i overprøvingssystemet må tvangsbegrensningsnemnda likevel ha anledning til å åpne høringssak også i andre saker og på andre tidspunkt, etter et skjønn. Det kan også være aktuelt i forbindelse med forutgående klagesak, men er altså ikke noen plikt.

Krav om godkjenning ved forlengelse av tiltak ut over ett år

For tiltak som til tross for høring etter 30 dager viser seg å bli langvarige, er det behov for ny involvering fra tvangsbegrensningsnemnda uavhengig av eventuell klage. Utvalget vurderer at forlengelse ut over et år bør utløse obligatorisk kontroll med krav om godkjenning fra nemnda. Etter at årsgrensen er passert, foreslår utvalget at nemnda må godkjenne ytterligere forlengelse for hver sjette måned.

For noen tiltakstyper vil et vedtaks lengste varighet være nettopp ett år. For andre er lengste varighet betydelig kortere. Vedtak om forlengelse(r) etter utkastet § 9-10 kan likevel gjøre at kontinuering ut over ett år blir en aktuell problemstilling, for eksempel ved vedlikeholdsbehandling med antipsykotika der vedtaksperioden er tre måneder, jf. utkastet § 6-10 tredje ledd.

Utvalget vurderer som utgangspunkt at det er de samme tiltakskategoriene som utløser høring etter 30 dager som bør utløse årskontroll i nemnda. I tillegg kommer tvangsmedisinering nå inn. Særlig for skjerming og tvungen ernæring har likevel utvalget vurdert at det kan gi uheldige signaler å forutsette i lovteksten at slike tiltak kan ha en samlet varighet – etter forlengelser – ut over ett år. Problemstillingen vurderes å være lite aktuell. Skulle denne problemstillingen likevel oppstå, forutsetter utvalget at nemnda bruker sin skjønnsmessig kompetanse til å åpne høringssak etter utkastet § 11-2.

28.8.2.3 Omgjøring utenfor klagesak og obligatorisk kontroll

Forvaltningsklage utgjør en viktig rettssikkerhetsgaranti, men har også sine svakheter og utilstrekkeligheter ved spørsmål om bruk av tvang. Ett poeng er knyttet til sakenes dynamiske karakter. Tvangstiltak må alltid opphøre når lovens vilkår, eventuelt forutsetninger i vedtaket, ikke lenger er oppfylt. Dette må vurderes løpende i tjenestene, men personen er uansett i en svekket posisjon om klageretten allerede er oppbrukt.

Etter forvaltningsloven § 35 vil man imidlertid alltid kunne anmode om å endre eller oppheve (omgjøre) et tidligere fattet vedtak. Den vedtaksansvarliges vurdering av spørsmålet vil ikke være et selvstendig vedtak om det her konkluderes negativt, men anmodningen og vurderingen må opplagt nedtegnes i journal. (At man har valgt en annen modell i psykisk helsevernloven § 3-7 og der karakteriserer også ikke-omgjøringer som «vedtak», er omtalt ovenfor). Tilsvarende vil kontrollorganene kunne gjenåpne og vurdere en sak på nytt – etter eget initiativ eller etter anmodning. Et utslag av dette finner vi i pasient- og brukerrettighetsloven § 4A-8 første ledd, hvor det heter:

«Fylkesmannen kan av eget tiltak overprøve vedtak som er truffet etter § 4A-5.»

I det store bildet erfarer likevel utvalget at det er et begrenset fokus på adgangen til omgjøring utenfor klagesak og at elementer av usikkerhet gjør seg gjeldende, blant annet i kontrollkomisjonene. Det foreslås derfor en egen bestemmelse som framhever tvangsbegrensningsnemndas rett til å omgjøre utenfor klagesak, se lovutkastet § 12-8. Bestemmelsen har i det vesentlige en pedagogisk funksjon ved at det samme vil følge av forvaltningsloven § 35. Fylkesmannens kompetanse er knyttet til vurderinger i forbindelse med mottakskontrollen.

28.8.3 Fri rettshjelp

28.8.3.1 Gjeldende rett

Spørsmålet om fri rettshjelp er viktig for rettssikkerheten til personer som er underlagt tvang. Fritt rettsråd kan ytes utenfor rettergang, fri sakførsel i rettergang, men også for behandling av visse sakstyper for enkelte forvaltningsorganer. Etter rettshjelpsloven ytes i dag fritt rettsråd uten behovsprøving i klagesaker til fylkesmannen over vedtak om tiltak etter psykisk helse-

vernloven § 4-4, jf. § 4-4 a (tvangsbehandling), se rettshjelpsloven § 11 første ledd nr. 8. I tillegg ytes fri sakførsel uten behovsprøving i klagesaker for kontrollkommisjonen etter psykisk helsevernloven § 6-4, jf. rettshjelpsloven § 17 tredje ledd nr. 3. En delvis klargjøring, delvis pedagogisk oppsummering av i hvilke saker i psykisk helsevern det ytes fri rettshjelp – i form av fritt rettsråd eller fri sakførsel – er gitt i psykisk helsevernloven § 1-7 tredje ledd:

«Ved saker om tvungen observasjon, etablering, opprettholdelse eller opphør av tvungent psykisk helsevern, saker om overføringer, saker som nevnt i §§ 2-1 annet ledd og 2-2 femte ledd og ved klage til fylkesmannen over vedtak om undersøkelse og behandling etter § 4-4, har pasienten rett til fri rettshjelp etter lov 13. juni 1980 nr. 35 om fri rettshjelp.»

Det ytes videre fri sakførsel i saker som skal behandles av fylkesnemnda etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 og 10. Det er derimot ikke gitt særlige bestemmelser om fritt rettsråd – som ville vært det aktuelle alternativet – i klagesak for fylkesmannen etter pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A.

28.8.3.2 *Utvalgets vurderinger*

Ideelt sett burde tilgangen til fri rettshjelp vært ubegrenset i saker om administrative tvangsvedtak. Her kommer likevel ressurs hensyn inn som også utvalget har måtte forholde seg til. Etter lovutkastet er det fri sakførsel for tvangsbegrensningsnemnda som er det aktuelle spørsmålet. Utvalget legger til grunn at nemnda kan erstatte henholdsvis fylkesnemnda og kontrollkommisjonen etter rettshjelpsloven § 17 tredje ledd, nr. 1 og nr. 3 respektive. Ingen klagesaker over vedtak er foreslått lagt til fylkesmannen.

At vedtak om tvangsinnleggelse og tvungent tilbakehold etter kapittel 5 må omfattes av ordningen med fri sakførsel for nemnda uten behovsprøving, er åpenbart. Dette er også tilfelle i dag for så vidt gjelder psykisk helsevernloven og helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 10. Etter lovutkastet vil også frihetsberøvelse i helseinstitusjon etter pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A omfattes.

Spørsmålet er hvordan kretsen av saker som skal utløse fri sakførsel uten behovsprøving for øvrig bør avgrenses. Utvalget vurderer her at klage over tvangsmedisineringsvedtak (§ 6-10), tvungen ernæring (§ 6-12) og elektrokonvulsiv terapi (§ 6-13), bør omfattes. Disse behandlingsformene er særlig omstridt, noe utredningen også spiller. Det kan innvendes at fri sakførsel i disse sakstypene i dag vil innebære en nyskapning. Dette er likevel bare delvis korrekt. Fritt rettsråd i tvangsbehandlingssakene for fylkesmannen ble innført ved lovrevisjonen i 2017 etter å ha blitt foreslått i flere runder, sist av Paulsrud-utvalget (NOU 2011: 9). Men i tillegg er det et vesentlig poeng at mange av klagesakene over tvungent vern – særlig der personen er under tvungent vern uten døgnopphold, jf. psykisk helsevernloven § 3-5 tredje ledd – har tvangsmedisinering som sitt reelle tvistetema. Hva ECT gjelder, har det tidligere verken vært særlig lovhjemmel eller særlige rettssikkerhetsgarantier knyttet til denne behandlingsformen.

Også ved klage på vedtak om pålegg om oppmøte til undersøkelse eller behandling, jf. lovutkastet § 6-17, bør det innvilges fri sakførsel. Denne hjemmelen viderefører kjernen i dagens ordning med tvungent psykisk helsevern uten døgnopphold, jf. psykisk helsevernloven § 3-5 tredje ledd, og er omfattet av rettssikkerhetsgarantien fri sakførsel.

Utvalget vurderer videre at vedtak om tiltak etter lovutkastet §§ 6-5 og 6-7 til 6-9 bør omfattes. Dette er tiltak som i dag delvis omfattes av fri sakførsel for fylkesnemnda etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9. Kapitlet omfatter imidlertid bare personer med utviklingshemning og kommunale tjenester etter helse- og omsorgstjenesteloven, og klagesakene har vært få, se kapittel 9. Som nevnt, omfattes ikke klagesaker til fylkesmannen etter pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A av fritt rettsråd-ordningen i dag. Også her har klagesakene

vært få, jf. utredningen kapittel 9. Lovutkastet har en diagnoseuavhengig utforming. Sammen med presiseringer i utkastet som gjør det enklere å klage, jf. omtale ovenfor, kan det sikkert forventes noe flere klager enn i dag: ikke som et resultat av økt faktisk tvangsbruk, men som et resultat av at rettssikkerhetsordningen vil fungere bedre.

Et spørsmål for utvalget har vært om fri rettshjelp også bør gis ved klage over skjermingsvedtak. Gode grunner kan tale for dette. På dette punkt foreslår imidlertid utvalget kraftfulle rettssikkerhetsforbedringer av materiell art. Samtidig blir skjermingssakene omfattet så vel av utkastets generelle styrking av rettssikkerhetsfokuset som av mer spesifikke tiltak som obligatorisk kontroll etter lovutkastet kapittel 11. Ut fra tvangsbegrensningsnemndas formål vil ivaretagelse av rettssikkerhetsfunksjonen ikke være avhengig av en advokats tilstedeværelse. Dette bør også være avgjørende for klage over vedtak om overføring etter lovutkastet § 5-10, selv om denne typen vedtak er omfattet av rettshjelpsordningen via psykisk helsevernloven § 1-7 i dag.

Utvalget har ikke foreslått rett til fri sakførsel ved obligatorisk prøving etter lovutkastet §§ 11-1 og 11-4. En slik rett eksisterer heller ikke i parallelle sakstyper etter gjeldende lovgivning, jf. særlig psykisk helsevernloven § 3-8 andre og tredje ledd. En utviding av fri rettshjelpordningen i denne retning vil være ressurskrevende, og det er i den forbindelse andre rettssikkerhetstiltak nedfelt i lovutkastet som utvalget prioriterer høyere. Nemnda har imidlertid her som ellers et selvstendig ansvar for sakens opplysning, noe som blir satt særlig på spissen ut fra høringsordningens uttrykkelige, lovfestede formål.

Der hørings sak etter utkastet § 11-1 faller sammen i tid med ordinær klagesaksbehandling, samordnes dette så langt det lar seg gjøre. Det er sannsynlig at advokater i noen grad vil tilrå sine klienter å avvente å framsette klage til denne kan fellesbehandles med høringen. Hørings sak gjennomføres som utgangspunkt ikke der saken allerede er behandlet i klagesak. Dette har ressursmessige årsaker og utgjør en parallell til psykisk helsevernloven § 3-8 andre ledd. Utvalget kan ikke se at en slik eventuell påvirkning av klageatferd er nevneverdig problematisk.

Utvalget viser for øvrig til at regjeringen har satt ned et utvalg som skal gjennomgå rettshjelpordningen. Rettshjelputvalget skal levere sin utredning våren 2020.

28.8.4 Konsekvenser av feil

28.8.4.1 *Gjeldende rett*

I gjeldende tvangslovgivning er det ikke gitt særlige regler om konsekvenser av prosessuelle feil. I dette ligger at det er alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper som kommer til anvendelse. Helt sentralt her er kravet om at feilen må ha kunnet virke inn på vedtakets innhold om det skal kunne lede til ugyldighet, jf. forvaltningsloven § 41.

For domstolene skjer prøvingen av en del særlig inngripende vedtakstyper etter prosessformen i tvisteloven kapittel 36. Retten skal «prøve alle sider av saken», jf. § 36-5 (3). I dette ligger også at forholdene på domstidspunktet skal legges til grunn, noe som skiller disse sakene fra domstolsprøving av de fleste andre forvaltningsvedtak, som er begrenset til en lovlighetsprøving med utgangspunkt i faktum på vedtakstidspunktet. En konsekvens av denne forskjellen, er at det i domstolspraksis på psykisk helsevernfeltet – som er det eneste av regelverkene som har «levert» høyesterettsdommer i denne sammenheng – er blitt lagt mindre vekt på saksbehandlingsfeil enn det som trolig ville vært tilfelle innenfor en annen prøvingsramme, jf. Rt. 1998 nr. 937 og Rt. 2002 s. 1646. Spørsmålet er så hvilke konsekvenser dette har for den administrative kontrollen, herunder kontrollkommisjonenes virksomhet.

I høringsnotat om endringer i psykisk helsevernloven og pasientrettighetsloven ble spørsmålet reist som et særlig problem.¹⁴⁸⁸ For å markere behovet for en mer aktiv rolle fra kontrollkommisjonene ble det foreslått inntatt en presisering i psykisk helsevernloven § 6-4 femte ledd om at forvaltningsloven § 41 også skulle komme til anvendelse ved brudd på særlige saksbehandlingsregler etter psykisk helsevernloven. Forslaget ble imidlertid frafalt i Ot.prp. nr. 65 (2005–2006) etter kritikk om at bestemmelsen ikke medførte noen «presisering eller endring av retts-tilstanden» (s. 25).

28.8.4.2 *Utvalgets vurderinger*

Utvalget vil framheve at en reell kontroll også med måten tvangsvedtak blir til på – saksbehandlingen – er viktig blant annet for tilliten til systemet. Dersom feil nesten aldri får konsekvenser fordi en vurdering i ettertid viser at lovens vilkår for inngrepet uansett var oppfylt, er det også et problem ut fra alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper. En linje så vel i lovgivning som i rettspraksis ved alminnelig legalitetsprøving av forvaltningsvedtak, er at særlig alvorlige feil i saksbehandlingen fører til ugyldighet uten videre – det er ikke rom for en særlig innvirkningsvurdering. En slik linje har også støtte i EMDs praksis. Etter EMK artikkel 5 synes spørsmålet å være om feil utgjør «a gross and obvious irregularity» – i så fall kan den ikke repareres gjennom en senere domstolsbehandling.¹⁴⁸⁹

Utvalget registrerer at et lite antall vedtak blir underkjent – tilsidesatt som ugyldige – av kontrollkommisjonene i formalkontrollen etter psykisk helsevernloven § 3-8 første ledd.

Dette reiser spørsmål ved effektiviteten og funksjonen av denne rettssikkerhetsgarantien, noe utvalget erfarer også er et tema i kontrollkommisjonsmiljøene. Også etter lovutkastet skal det utøves en formalkontroll, men da i regi av fylkesmannen ved mottak av vedtak. Utvalget vil understreke viktigheten av at alvorlige feil alltid skal lede til oppheving, uten en konkret innvirkningsvurdering – i samsvar med det utvalget oppfatter er gjeldende rett.

Som et praktisk eksempel kan nevnes manglende overholdelse av retten personen har til å få uttale seg, jf. lovutkastet § 9-5 første ledd. Etter psykisk helsevernloven kapittel 3 er dette formulert som et vilkår for etablering av tvungent vern, jf. § 3-3 nr. 6. Utvalget har valgt en annen lovteknisk løsning for å unngå å blande materielle vilkår og prosessuelle bestemmelser. Men realiteten ligger fast: Brudd på retten er så alvorlig at vedtaket uten videre må regnes som ugyldig. Et annet eksempel gjelder svakheter ved den uavhengige legeerklæringen, jf. lovutkastet § 9-8. En lemfeldig holdning på dette punktet vil underminere det rettssikkerhetsvernet inntaksmodellen ved tvangsinnleggelse og tvungent tilbakehold er ment å gi. De argumenter som tradisjonelt er anført mot en streng linje i slike og andre tilfeller – velferdshensyn – er mindre tungtveiende. Tjenestene vil ha mulighet til å iverksette en ny vedtaksprosess, riktig nok begrenset av konverteringsforbudet.

Utvalget er enig i det synspunkt som kommer til uttrykk i høringsnotatet nevnt ovenfor om at prosessuelle feil er mest naturlig å vektlegge jo nærmere vedtakstidspunktet man befinner seg. Der tvangsbegrensningsnemndene og fylkesmannen skal gjøre vurderinger ut fra den dagsaktuelle situasjon, kan det tilsi et noe avdempet fokus etter hvert som tiden går. Dette kan nok forsvare en noe svakere oppmerksomhet om formelle feil etter hvert. Men kontrollorganenes saksportefølje er sammensatt. Alt etter sakens art kan det være riktig og nødvendig å vurdere

¹⁴⁸⁸Helse- og omsorgsdepartementet, 2005

¹⁴⁸⁹*Mooren mot Tyskland* Application no. 11364/03, 9. juli 2009, (avsnitt 74–76). m.fl.

forholdene på ulike tidspunkter i vedtaksperioden. Utvalget har vurdert om det er hensiktsmessig å gi nærmere regler om håndteringen av formelle feil i lovutkastet, men har konkludert med at spørsmålene er så pass nyanserte at det er ikke ønskelig. Det forutsettes at Helsedirektoratet gir utfyllende retningslinjer basert på det som er gjort gjeldende ovenfor.

For vedtak som lider av innholdsmessige feil – hjemmelsmangel – vil utvalget framheve at slike alltid skal føre til oppheving på grunn av ugyldighet i den kontekst vi her snakker om: ugyldighet vil være til gunst for personen. Dette i samsvar med alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper.

28.9 Domstolsprøving

28.9.1 Innledning

Domstolsprøving av administrative tvangsvedtak er et stort tema som utvalget ikke har hatt mulighet til å løfte fram i noen stor bredde. Tvisteloven kapittel 36 inneholder særlige regler om overprøving av administrative tvangsvedtak i helse- og sosialsektoren. At saker behandles etter dette kapitlet skal gi særlig rettssikkerhet, blant annet ved at «retten [skal] prøve alle sider av saken» (§ 36-5 (3)). Dette betyr at domstolen ikke kan begrense seg til å vurdere om vedtaket er lovlig (legalitetsprøving), men skal i prinsippet gå like dypt inn i saken som et forvaltningsorgan. Blant annet skal domstolen avgjøre saken ut fra opplysningene på domstidspunktet. Disse trekkene ved kapittel 36-saker står i skarp kontrast til den noe mer tilbaketrukkne rolle domstolene som hovedregel ellers har ved overprøving av forvaltningsvedtak. Et særlig poeng er at domstolsprøving etter prosessformen i tvisteloven kapittel 36 utløser rett til fri sakførsel uten behovsprøving, jf. rettshjelploven § 16 første ledd nr. 2.

Spørsmålet om hvilke saker som skal behandles etter denne særlige prosessformen, er således av stor rettssikkerhetsmessig betydning. Spørsmålet er ikke løst i tvisteloven selv, men overlatt til regulering i særlov: «etter særskilt lovbestemmelse», jf. § 36-1 (1). Det er bare tvangsvedtaket som kan prøves etter disse reglene, ikke for eksempel krav om erstatning. Et søksmål har som utgangspunkt ikke betydning for gjennomføringen av vedtaket (§ 36-2 (3)). Utgangspunktet er at retten skal settes med to meddommere: en lek og en fagkyndig (§ 36-4). Betydningen av hurtighet i saksbehandlingen er allerede berørt i punkt 28.5, og i § 36-5 (2) heter det:

«Saken skal prioriteres og behandles så hurtig som hensynet til en forsvarlig saksbehandling gjør mulig.»

28.9.2 Hvilke vedtak skal kunne prøves etter tvisteloven kapittel 36?

28.9.2.1 Gjeldende rett

Etter psykisk helsevernloven § 7-1 er det som utgangspunkt kontrollkommisjonens vedtak «i sak om tvungen observasjon, etablering eller opprettholdelse av tvungen psykisk helsevern etter §§ 3-2, 3-3 og 3-7» som kan prøves etter kapittel 36. Både personen selv og nærmeste pårørende har søksmålsrett. Forutsetningen er at det bare er kontrollkommisjonens vedtak i klagesak som kan overprøves. Dermed vil ikke saker som gjelder barn under 16 år bringes inn for domstolene som følge av at det ikke fattes formelle vedtak som er gjenstand for ordinær klagesaksbehandling av kontrollkomisjonene. Kommisjonens vedtak i forbindelse med obligatoriske kontroller, jf. § 3-8 andre og tredje ledd, kan ikke reises søksmål om etter kapittel 36: forutsetningen er at det først blir gått en ny runde i samme kontrollkomisjon.

Inkluderingen av klagesaksvedtak om tvungen observasjon (§ 3-2) har ingen praktisk realitet. Dette fordi vedtaket alltid vil være utløpt før saken eventuelt står for retten, jf. tvisteloven § 36-1 (2) om at søksmål «kan ikke reises etter at vedtaket er falt bort». En eventuell rettslig prøving må for observasjonsvedtakene dermed følge de alminnelige prosessreglene.

Etter § 7-1 andre setning er videre «kontrollkommisjonens vedtak om overføring til døgnopphold i institusjon, jf. §§ 4-10 og 5-4» omfattet. Overføring motsatt vei, som erfaring tilsier særlig pårørende kan være kritisk til, dekkes ikke.

Etter pasient- og brukerrettighetsloven § 4A-10 er det de to gruppene av saker som presumpativt er mest inngripende som kan kreves overprøvd etter tvisteloven kapittel 36: vedtak om innleggelse og tilbakeholdelse i institusjon og vedtak om annen helsehjelp som strekker seg ut over tre måneder. Søksmålsadgangen gjelder her ikke bare for klagesaksvedtak, men også for vedtak fylkesmannen fatter etter § 4A-8 utenfor klagesak. Dette betyr at personen ikke er nødt til først å klage til Statens helsetilsyn. Så vel personen selv som nærmeste pårørende har rett til å reise søksmål.

Etter helse- og omsorgstjenestelove kapittel 9 kan det reises søksmål om fylkesnemndas vedtak om å godkjenne planlagt brukt av tvang, jf. § 9-12 første ledd. Det er altså adgang til å påklage fylkesmannens nekting av å godkjenne tvang til fylkesnemnda, jf. § 9-11 andre ledd andre punktum, mens veien til domstolene er stengt.

Etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 10 fatter fylkesnemnda vedtak i første instans. Etter § 10-7 første ledd kan

«[n]emndas vedtak kan bringes inn for tingretten etter reglene i tvisteloven kapittel 36 av den private part eller av kommunen».

Kommunen har altså også søksmålsrett, men ikke pårørende.

28.9.2.1.1 Utvalgets vurderinger

Gjennomgangen av gjeldende rett synliggjør også på dette punkt et fragmentert bilde. En samordning av hvilke vedtak som skal kunne overprøves etter tvisteloven kapittel 36 er imidlertid mulig. Hensynet til konsistens tilsier også at en samordning er ønskelig. I tillegg er det for utvalget vesentlig at det rettssikkerhetsmessige tomrommet som eksisterer for barn under 16 år som er innlagt i psykisk helsevern og som mottar behandlingstiltak de motsetter seg, opphører.

Som nevnt har en prøving etter tvisteloven kapittel 36 en side mot rettshjepsreglene: det innvilges fri sakførsel uten behovsprøving i disse sakene. Utvalget har i punkt 28.8.3 ovenfor gjort en vurdering av hvilke klagesaker som bør utløse fri sakførsel for tvangsbegrensningsnemnda. Det er ikke selvsagt at vurderingene skal være de samme i relasjon til spørsmålet om prøving etter tvisteloven kapittel 36 – gjeldende rett illustrerer det. Utvalget vurderer likevel at de vurderinger som er gjort, gir et dekkende utgangspunkt også for vurderingen av hvilke saker som bør kunne reises søksmål om etter kapittel 36.

Særlig skal poengteres at heller ikke domstolene er ukjent med problematikken rundt tvangsmedisinering da denne er det reelle stridstema i mange søksmål som formelt gjelder tvungent psykisk helsevern, særlig ved tvungent vern uten døgnopphold. Utvalgets opplegg med oppløsning av konstruksjonen tvungent vern (unntatt ved dom etter straffeloven § 62) og fokus på de enkelte tiltak, innebærer bare at vurderingstemaet blir satt mer direkte på spissen. Utvalget har riktignok i nettopp disse sakene foreslått en helt ny rettssikkerhetsmodell med tvangsbegrensningsnemndene som spydspiss, og der et opplegg for reell faglig overprøving – kalt uavhengig, psykiatrifaglig overprøving, jf. lovutkastet § 12-10 – inngår som et sentralt element.

Det kan argumenteres for at denne nye modellen bør utprøves, sammen med lovutkastets øvrige grep for å styrke rettssikkerheten i disse sakene, før det gis en enkel tilgang til domstolene via kapittel 36. Utvalget vurderer imidlertid at rettssikkerhetsproblemene er så store ved tvangsmedisinering at det bør åpnes for søksmål etter kapittel 36. Dette er også foreslått tidligere, blant annet av Paulsrud-utvalget.¹⁴⁹⁰ For effektiviteten av denne rettssikkerhetsgarantien skal man imidlertid være oppmerksom på betydningen av vedtaksvarighet i lys av bestemmelsen i tvisteloven § 36-1 (2), jf. omtale lenger framme i dette kapitlet (punkt 28.7.6).

28.9.2.1.2 Særlig om nemndas vedtak som ledd i obligatoriske kontroller skal kunne prøves av domstolene

Utvalget har vurdert om nemndas avgjørelse i høringssak, jf. lovutkastet § 11-1, og sak om forlengelse ut over ett år, jf. § 11-4, skal kunne overprøves direkte i tingretten etter tvisteloven kapittel 36. Alternativet er at det først må gjennomføres ny sak for nemnda i form av en formell klagesaksbehandling. Etter psykisk helsevernloven i dag er det sistnevnte modell som er gjeldende. Dette kan hevdes å bidra til en grundig forvaltningsmessig behandling. Fra et pasientperspektiv kan prosessen likevel virke utmattende og lite tillitsvekkende: troen på å vinne fram i klagesaken er nok ikke den største, selv om man da vil kunne la seg bistå av advokat på statens regning.

Etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 og 10 blir ikke problemstillingen satt på spissen ved at man ikke har et tilsvarende system med faste obligatoriske kontroller. Etter pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A har vi derimot sett at det er gitt hjemmel for å reise søksmål om overprøvningsvedtak som ikke er foranlediget av klage, jf. § 4A-10 andre punktum:

«Tilsvarende gjelder for Fylkesmannens vedtak om helsehjelp som innebærer innleggelse og tilbakeholdelse, eller som strekker seg ut over tre måneder, jf. § 4A-8.»

Utvalget vurderer at tvangsbegrensningsnemndas vedtak i sak om obligatorisk kontroll etter utkastet §§ 11-1 og 11-4 skal kunne føres direkte inn for tingretten til overprøving etter tvisteloven kapittel 36.¹⁴⁹¹ Avgjørende er at dagens ordning etter psykisk helsevernloven vel best kan karakteriseres som en prosessuell snubletråd og slik både kan virke utmattende og lite tillitsvekkende for dem som er under tvangsvedtak. Utvalgets opplegg kan heller ikke sies å representere et brudd med den tradisjonelle oppgavefordeling mellom forvaltning og domstoler. Her er altså saken alt underkastet en presumptivt grundig nemndsbehandling.

Alt annet likt vil utvalgets opplegg trolig medføre noen flere saker for domstolene enn med en annen modell. På den andre siden vil det bidra til å redusere arbeidsbelastningen i nemndssystemet ved at man unngår «dobbelbehandling» her. Grepet vil også kunne være en driver for å sikre kvaliteten på nemndsvedtakene. Under dagens kommisjonsordning vil vissheten om at saken uansett må en ny tur innom gjennom formell klagesak, før den kan føres inn for domstolene, kunne gjøre at man er litt mindre grundig i sine begrunnelser ved obligatorisk kontroll.

28.9.3 Spørsmålet om søksmålsfrist

Tvisteloven kapittel 36 inneholder ingen frist for å reise søksmål. Etter helse- omsorgstjenesteloven kapittel 9 og 10 er søksmålsfristen to måneder, se §§ 9-12 og 10-7, begge andre ledd.

¹⁴⁹⁰NOU 2011: 9 s. 203

¹⁴⁹¹Et tilsvarende forslag ble lansert av Paulsrud-utvalget, se NOU 2011: 9 s. 192, jf. utkastet til § 8-1.

Opprinnelig var fristen her knyttet til den alminnelige ankefristen, men er ikke justert ved senere endringer i denne. Etter psykisk helsevernloven i dag gjelder ingen søksmålsfrist, tilsvarende gjelder etter pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A. Den manglende koordineringen er kommentert i NOU 2011: 32.¹⁴⁹²

Etter det utvalget kjenner til, har det vært lite oppmerksomhet om tematikken. Psykisk helsevernloven § 6-4 åttende ledd er formulert slik:

«Er en klage blitt avslått av kontrollkommisjonen, kan ikke tilsvarende klage framsettes før minst seks måneder er gått. Har saken vært prøvd for retten etter reglene i tvisteloven kapittel 36, kan det ikke framsettes slik klage for kontrollkommisjonen før det er gått minst seks måneder etter at dommen ble rettskraftig.»

Der et søksmål blir reist mange måneder etter at det er truffet vedtak i kontrollkommisjonen, kan det hevdes å være uheldig. Dette ved at det kan bane veien direkte til tingretten for en ny vurdering av saken og i noen tilfeller nærmest stå som en omgåelse av hele systemet der kontrollkommisjonen skal behandle saken i første runde. Selv om ikke utvalget kjenner til at dette har vært et problem i praksis, tilsier hensynet til klarhet og ryddighet at det bør gjelde en søksmålsfrist.

Fristens lengde bør hensynta at vi står overfor personer som er i en sårbar posisjon. Dette tilsier en romslighet også ved fristfastsettelsen. Etter pasient- og brukerrettighetsloven § 7-2 tredje ledd er det fastsatt seks måneder ved søksmål over klagenemndsvedtak. Her har likevel ikke domstolen full prøvingskompetanse som etter tvisteloven kapittel 36, og det er nettopp dette som presser fram behovet for en søksmålsfrist for å sikre sammenhengen i regelsystemet. Ut fra de kryssende hensyn foreslår utvalget en søksmålsfrist på to måneder, jf. lovutkastet § 14-1.

28.9.4 Hvem skal saksøkes?

I tvisteloven § 36-3 (3) heter det:

«Søksmålet rettes mot staten ved departementet. I saker som gjelder vedtak truffet av fylkesnemnda for sosiale saker, rettes søksmålet mot kommunen.»

Dette betyr at kommunen er saksøkt ved søksmål etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 og 10. For kapittel 10 sin del følger dette også av helse- og omsorgstjenesteloven § 10-7 første ledd. Etter lovutkastets opplegg der fylkesnemnda ikke lenger har oppgaver på dette rettsområdet, vil det alltid være staten som er saksøkt. Bestemmelsen i nevnte § 10-7 om at «[k]ommunen dekker sine egne omkostninger i saken», jf. tredje ledd, er det således ikke aktuelt å videreføre.

¹⁴⁹²Se NOU 2001: 32 s. 528

28.10 Pårørendes rettigheter m.m.

28.10.1 Gjeldende rett

28.10.1.1 Innledning

Pårørendes rett til involvering er regulert i pasient- og brukerrettighetsloven, supplert av bestemmelser i særlovgivningen som dels presiserer, dels avviker fra de alminnelige utgangspunkt. Gjeldende rett bygger på et synspunkt om at pårørende kan ha behov for å involvere seg dels ut fra egne interesser, dels ut fra hensynet til den som har behov for hjelp: i sistnevnte tilfelle ivaretas en representasjonsfunksjon.

Kretsen av pårørende er definert i pasient- og brukerrettighetsloven § 1-3 bokstav b. Det sentrale er i utgangspunktet hvem som er «nærmeste» pårørende da det er denne som er tillagt rettigheter i lovgivningen. Hvem dette skal være er det i utgangspunktet opp til personen (pasienten/brukeren) selv å oppgi. Der vedkommende er «ute av stand» til dette, er det avgjørende hvem som «i størst utstrekning har varig og løpende kontakt». Det tas likevel utgangspunkt i en opplisting:

«ektefelle, registrert partner, personer som lever i ekteskapslignende eller partnerskapslignende samboerskap med pasienten eller brukeren, barn over 18 år, foreldre eller andre som har foreldreansvaret, søsken over 18 år, besteforeldre, andre familiemedlemmer som står pasienten eller brukeren nær, verge eller fremtidsfullmektig med kompetanse på det personlige området.»

For psykisk helsevern er det gitt en særregel:

«Ved tvungen observasjon eller tvungent psykisk helsevern har den som i størst utstrekning har hatt varig og løpende kontakt med pasienten tilsvarende rettigheter som den nærmeste pårørende etter psykisk helsevernloven og loven her, dersom ikke særlige grunner taler mot dette.»

Lovgivers begrunnelse er de særlige utfordringer pårørende til personer med psykiske helseproblemer står i, og frykten for at personen tvangsvedtaket gjelder, skal fatte ufornuftige valg i spørsmålet om hvem som skal være «nærmeste» pårørende.¹⁴⁹³ Resultatet kan bli at inntil to personer kan opptre med rettigheter tilsvarende nærmeste pårørendes etter psykisk helsevernloven kapittel 3.

28.10.1.2 Helse- og omsorgslovgivningen

Nærmeste pårørendes rett til informasjon er regulert i pasient- og brukerrettighetsloven § 3-3. Utgangspunktet etter første ledd er krav om samtykke fra personen selv (pasienten/brukeren), men dette kan fravikes der «forholdene tilsier det». Unntak etter andre ledd gjelder videre der vedkommende:

«åpenbart ikke kan ivareta sine interesser på grunn av fysiske eller psykiske forstyrrelser, demens eller psykisk utviklingshemning».

Både etter første og andre ledd er det altså åpnet for å gjøre unntak fra samtykkekravet. Forholdet mellom de to bestemmelsene er ikke helt klart, heller ikke ut fra forarbeidene. Bestemmelsen ser ut til å måtte forstås slik at man med «forholdene tilsier det»-passasjen i første ledd, sikter til at en person er ute av stand til å avgi samtykke rent midlertidig, f.eks. på grunn

¹⁴⁹³Ot.prp. nr. 65 (2005–2006) s. 43–44

av bevisstløshet.¹⁴⁹⁴ Andre ledd omfatter tilfeller der vedkommende er ute av stand til å samtykke mer lengrevarig, og bestemmelsen blir koblet til spørsmålet om beslutningskompetanse i pasient- og brukerrettighetsloven § 4-3 andre ledd.¹⁴⁹⁵ Også mer alminnelige bestemmelser om unntak fra taushetsplikt, som helsepersonelloven § 23 nr. 4, kan tenkes å gi grunnlag for å informere pårørende.

Etter pasient- og brukerrettighetsloven § 3-1 tredje ledd gjelder en rett for nærmeste pårørende til å «medvirke sammen med pasienten». Her er «bruker» utelatt, noe som kan virke overraskende, men det skyldes at kapittel 4 – som leddet refererer til via «samtykkekompetanse» – bare er gjort gjeldende for helsehjelp. I forlengelsen kan nevnes §§ 4-6 andre ledd, 4-6a andre ledd og 4A-5 sist ledd hvorefter nærmeste pårørendes rolle er å uttale seg om hva personen «ville ha» ønsket. I psykisk helsevernloven er nærmeste pårørende gitt en uttrykkelig uttalerett i § 3-9 første ledd, men uten en slik sterk tematisk avgrensning som etter de nevnte bestemmelser i pasient- og brukerrettighetsloven. Tilsvarende gjelder i helse- og omsorgstjenesteloven § 9-3 andre ledd.

En rett til underretning om vedtak er gitt i pasient- og brukerrettighetsloven § 4A-6 første ledd. Tilsvarende er nedfelt i psykisk helsevernloven § 27 tredje ledd for vedtak etter psykisk helsevernloven kapittel 4, men med forbehold om at pasienten motsetter seg dette.

Nærmeste pårørende er i stor utstrekning gitt hjemmel til å klage på vedtak og også reise søksmål om tvangsvedtak. Det gjelder etter pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A (se §§ 4A-7 og 4A-10), etter psykisk helsevernloven (se §§ 3-7 tredje ledd, 3-3 a tredje ledd, 3-7 fjerde ledd, 4-3 siste ledd, 4-4 a siste ledd m.fl., samt § 7-1). I helse- og omsorgstjenesteloven kan det vises til §§ 9-11 og 9-12. Etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 10 er det imidlertid bare «den private part» og kommunen som kan reise søksmål om fylkesnemndsvedtak, jf. § 10-7 første ledd.

Et spørsmål er om personen har rett til å nekte nærmeste pårørende informasjon etter § 3-3 andre ledd, forutsatt at vedkommende er beslutningskompetent. Rettskildebildet er ikke helt klart. Uttrykksmåten «ikke kan ivareta sine interesser» refererer etter alt å dømme til den aktuelle helsehjelpen og ikke til spørsmålet om pårørendes rett til informasjon. Etter forarbeidene er ikke spørsmålet problematisert. Likevel vil det være best i samsvar med måten pasient- og brukerrettighetsloven er bygget opp på å innvilge en nektingsrett for den som er beslutningskompetent. Dette er også lagt til grunn hos Syse:

«Men i situasjoner der pasienten er samtykkekompetent og motsetter seg informasjon til nærmeste pårørende fordi pasienten ikke oppfatter at hans/hennes interesser ikke [sic] er sammenfallende med pårørendes, vil utgangspunktet normalt være at opplysningsretten, også til nærmeste pårørende, står tilbake for pasientens krav på taushet.»¹⁴⁹⁶

Dette må få konsekvenser også for øvrige bestemmelser etter pasient- og brukerrettighetsloven: informasjon er en grunnforutsetning for å kunne utøve pårønderrettigheter.

¹⁴⁹⁴Se nærmere Kjellebold, 2018, s. 206–207

¹⁴⁹⁵Se Syse, 2015, s. 368, samt forutsetningsvis Kjellebold, 2018, s. 208–212

¹⁴⁹⁶Syse, 2015, s. 178, jf. tilsvarende Kjellebold 2018, s. 213

I særlovgivningen er bildet til dels et annet. I de ulike bestemmelsene om pårønderettigheter i psykisk helsevernloven er det ikke tatt forbehold om samtykke eller fravær av beslutningskompetanse. Heller ikke i rundskriv IS-1/2017 finnes spor av en slik tenking. For spørsmålet om underretning om vedtak etter psykisk helsevernloven kapittel 3 heter det i kommentar til psykisk helsevernforskriften § 10 tredje ledd i nevnte rundskriv:

«Nærmeste pårørende og eventuelt begjærende instans har selvstendig klagerett på vedtaket, og skal gis informasjon som er nødvendig for å kunne klage, *uavhengig av pasientens samtykke.*» (Uthevet her.)¹⁴⁹⁷

Samme holdning kommer til uttrykk også ellers. I psykisk helsevernforskriften § 27 tredje ledd er det nedfelt en rett til å nekte at nærmeste pårørende blir informert om kapittel 4-vedtak. Men dette blir i rundskrivet oppfattet som å være avgrenset til vedtak etter dette kapittelet (unntatt § 4-10).¹⁴⁹⁸

Selv om pasient- og brukerrettighetsloven uavkortet er gjort gjeldende i psykisk helsevern, jf. psykisk helsevernloven § 1-5, er det ikke til å komme bort fra at betydningen av beslutningskompetanse tradisjonelt har vært mindre i psykisk helsevern. Det er usikkert i hvilken grad lovendringen i 2017 om fravær av beslutningskompetanse som vilkår i viktige bestemmelser i psykisk helsevernloven, også kan sies å måtte påvirke tolkningen av pårørendes rettigheter. Trolig er svaret negativt. Også etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 må konklusjonen mest forsvarlig være at nærmeste pårørendes rettigheter gjelder uavhengig av spørsmålet om beslutningskompetanse.¹⁴⁹⁹

28.10.1.3 Forholdet til vergemålsloven

Rollen som verge og nærmeste pårørende kan falle sammen, noe som ofte skjer i praksis. Hyppigst inntreffer denne rollekombinasjonen ved at den som i utgangspunktet er nærmeste pårørende også blir oppnevnt som verge, jf. vergemålsloven § 28 som forutsetter slike tilfeller. Den motsatte, og sjeldnere, situasjonen oppstår der en verge uten familiære bånd til personen også blir regnet som nærmeste pårørende etter pasient- og brukerrettighetsloven § 1-3 bokstav b. Forholdet mellom nærmeste pårørende og verge blir imidlertid særlig satt på spissen der det ikke foreligger slike rollekombinasjoner: med andre ord der disse funksjonene er på forskjellige hender.

Vergemål kan omfatte både økonomiske og personlige forhold, jf. vergemålsloven § 21 andre ledd – sistnevnte er mest interessant for utvalgets arbeid. Spørsmålet om ytelse av helse- og omsorgstjenester er nettopp personlige forhold. Vergen har som oppgave å «ivareta interessene til den som er under vergemål», jf. § 31. Vergemålsordningen er i utgangspunktet en rettslig representasjonsordning, og vergen skal innenfor mandatet foreta «rettslige handlinger», så fremt ikke «annet er bestemt ved lov», jf. § 32.

Enkelte bestemmelser i helse- og omsorgslovgivningen står som en *presisering* av vergemålsloven § 32. Det gjelder pasient- og brukerrettighetsloven § 4-7 om samtykke på vegne av person som er fratatt den rettslige handleevnen, samt helse- og omsorgstjenesteloven §§ 9-11 og 9-12

¹⁴⁹⁷IS-1/2017 s. 116

¹⁴⁹⁸IS-1/2017 s. 130

¹⁴⁹⁹Tilsvarende Kjellevold 2018, s. 213–216 om psykisk helsevernloven og helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9.

om vergens klage- og søksmålsrett (som gjelder på linje med nærmeste pårørendes). Det store bildet er likevel at helse- og omsorgslovgivningen inneholder bestemmelser som *innskrenker* vergens rettigheter sammenlignet med vergemålslovens utgangspunkt. Det at man i stor grad har valgt en tjenestemodell for beslutninger om iverksettelse av helse- og omsorgstjenester, også under tvang, er et uttrykk for dette: I stor grad er det altså helsepersonell som fatter beslutningene, ikke vergen slik som etter pasient- og brukerrettighetsloven § 4-7. Et annet uttrykk for at vergens oppgaver innskrenkes sammenlignet med vergemålslovens utgangspunkt, er at klage- og søksmålsretten er lagt til nærmeste pårørende etter pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A (se §§ 4A-7 første ledd og 4A-10 første ledd) og etter psykisk helsevernloven (se §§ 3-3 a tredje ledd, 3-7 fjerde ledd, 4-3 siste ledd, 4-4 a siste ledd m.fl. og 7-1).

Forholdet mellom helse- og omsorgslovgivningen og vergemålsloven er i liten grad drøftet på forarbeidsnivå. I det store bildet er det grunnlag for å konkludere med at helse- og omsorgslovgivningen går foran vergemålsloven som spesialregler. Det må være avgjørende for at vergen som hovedregel ikke kan gjøre rettigheter gjeldende parallelt med nærmeste pårørende, med mindre noe annet positivt er bestemt, som i helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9. På den andre siden vil verge med personlig mandat ha kompetanse til å foreta rettshandlinger som ikke er lagt til nærmeste pårørende etter helse- og omsorgslovgivningen: som å *søke om* omsorgstjenester. Etter det utvalget erfarer er også vergemålsforvaltningen i praksis tilbakeholden med å la spørsmål om *iverksettelse* av helse- og omsorgstjenester omfattes av personlige vergemålsmandat. Dette også fordi spørsmålet er sensitivt og har et konfliktpotensiale. Av den grunn ønsker tjenestene avklaring på om vergen også skal regnes som nærmeste pårørende i saker på helse- og omsorgsfeltet.

Enkelte spørsmål står som uavklarte etter gjeldende rett. Det gjelder for eksempel spørsmålet om hvem som kan framsette klage som pasient eller brukers «representant» etter pasient- og brukerrettighetsloven § 7-2. I siste ledd defineres representant som «den som har fullmakt til å klage på pasientens eller brukerens vegne, eller som har samtykkekompetanse etter kapittel 4». Tilsvarende får vi opp spørsmål etter psykisk helsevernloven § 2-2 tredje ledd om hvem som «handler på pasientens vegne». Om vergen, nærmeste pårørende eller begge her kan komme inn, er ikke avklart. Ser man overordnet på helse- og omsorgslovgivningen, er det nærmeste pårørende som er ment å ivareta rettssikkerheten for personer som selv har vansker med å ivareta interessene sine ved ytelse av helse- og omsorgstjenester. Ved uklarhet taler dermed gode grunner for å falle tilbake på et synspunkt om at nærmeste pårørende er forutsatt å være personens representant. Spørsmålet faller likevel utenfor kjerneområdet for dette utvalgsarbeidet.

28.10.2 Utvalgets vurderinger

28.10.2.1 Er en felles regulering mulig og ønskelig?

Dagens regulering av nærmeste pårørendes rettigheter i saker om tvang er preget av fragmentering. Utvalget vurderer at det ikke reiser særlige lovtekniske utfordringer med et felles regelverk på dette punkt. Spørsmålet er om en felles regulering er ønskelig.

De alminnelige reglene i pasient- og brukerrettighetsloven om pårørendeinvolvering blir supplert av særbestemmelser i de respektive regelsett på tvangsfeltet. Her kan det framstå som noe varierende og til dels tilfeldig hvilke spørsmål som uttrykkelig er regulert, og på hvilken måte, jf. blant annet hvordan uttaleretten er regulert som nevnt ovenfor.

28.10.2.2 *Nærmeste pårørendes ulike funksjoner.*

Svært ofte utgjør pårørende en stor og viktig ressurs i livet til personer med nedsatt psykisk funksjonsevne. Mange fungerer som viktige omsorgspersoner og/eller sentrale deler av et sosialt nettverk, til dels i et samspill med innsats fra helse- og omsorgstjenesten. I gjeldende lovforarbeider framheves de belastninger pårørende kan oppleve, ikke minst stilt overfor alvorlig psykisk sykdom.

Et stykke på vei vil derfor pårørende kunne sies å ha en rettmessig selvstendig interesse i å få informasjon, medvirke eller på annen måte bli involvert ved yting av helse- og omsorgstjenester. Dette gjelder særlig der spørsmålet om gjennomføring av tjenester med tvang også i vesentlig grad kan påvirke pårørendes livssituasjon. Problemstillingen er særlig aktuell der man bor sammen, og synspunktet kommer inn med særlig styrke der livssituasjonen for barn i vesentlig grad er et tema.

Pårørendeinvolvering ivaretar også andre verdier. Der personen selv har formidlingsvansker, kan pårørendes informasjon være uvurderlig blant annet med tanke på å avklare hva vedkommende mener eller må antas å mene om ulike spørsmål: herunder om et tiltaks innhold, gjennomføring eller spørsmålet om klage. Dette kan på ulikt vis ses i et rettssikkerhetsperspektiv: forvaltningsrettslig som å bidra til sakens opplysning, jf. forvaltningsloven § 17 første ledd, ut fra en overordnet, menneskerettslig synsmåte som en form for beslutningsstøtte.

Tradisjonelt er (nærmeste) pårørende enda mer direkte forutsatt å skulle ivareta en rettssikkerhetsfunksjon: gjennom utøvelse av sin selvstendige rett til klage og søksmål. Etter psykisk helsevernloven og helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 er det, som vist ovenfor, på ulikt vis også gitt adgang til å klage over det å ikke vedta tvang. I normaltilfellene vil de bånd på et personlig plan som består mellom den tiltaket gjelder og nærmeste pårørende, kunne gi en viss garanti for en årvåkenhet og engasjement for å ivareta personens interesser og rettigheter.

Stilt overfor personer som kan ha vansker med å ivareta egne interesser på grunn av psykisk funksjonssvikt, kan fravær av en effektiv representasjonsordning utgjøre et menneskerettslig problem. Krav til saksbehandling og overprøvingsordninger følger av EMK artikkel 3, 5 og 8, hovedsakelig framhevet gjennom EMDs praksis. Dersom eksistensen av slike rettssikkerhetsgarantier i praksis har liten realitet, oppstår også spørsmål om forholdet til kravet om effektive rettsmidler etter artikkel 13.

Utvalget har i lovutkastet § 3-2 foreslått å lovfeste at departementet skal sørge for at det prøves ut nye modeller for beslutningsstøtte. Slike alternativer kan på sikt helt eller delvis tenkes å overta den rettssikkerhetsfunksjon som i dag utøves av nærmeste pårørende. Realiseringen av en slik modell i full skala ligger likevel langt fram i tid. Det må gjennomføres et betydelig utviklingsarbeid nasjonalt, der blant annet rettssikkerhetsmessige problemstillinger nøyaktig identifiseres og avklares, og tilsvarende hvordan enkeltgruppers særlige behov kan ivaretas, herunder nærmeste pårørendes rolle i den forbindelse. Heller ikke i internasjonalt materiale gis klare føringer for hvordan en modell forsvarlig kan utformes og iverksettes. På denne bakgrunn vurderer utvalget at nærmeste pårørende i overskuelig framtid fortsatt må utøve en rettssikkerhetsfunksjon, i samsvar med det som har vært tradisjonen i norsk rett. Ulike spørsmål trenger likevel også avklaring innenfor en slik ramme. Utvalget vurderer først spørsmålet om personens rett til å nekte pårørendeinvolvering, deretter svakheter i dagens representasjonsmodell og hvordan slike kan og bør løses i dag.

Holdningene til pårørendeinvolvering har vært noe varierende mellom de ulike tjenestefeltene som omfattes av mandatet, og da slik at man på rusfeltet – med sitt utspring i en sosialfaglig tradisjon – har vært mer tilbakeholden. Dette er likevel satt i spill allerede i kjølvannet av rusreformen i 2004 og ytterligere gjennom dette utvalgets valg av inntaksmodell ved tvangsinn-

leggelse og tvungent tilbakehold. Utvalget vurderer likevel at et eventuelt ønske om å begrense rommet for pårørendeinvolvering særlig i russakene blir et lite viktig argument i denne sammenheng.

28.10.2.3 Personens rett til å nekte pårørendeinvolvering

Personens rett til å nekte pårørendeinvolvering er i begrenset grad behandlet i forarbeider, litteratur og rundskriv. Etter gjeldende rett er bildet, som vist, til dels både uklart og fragmentert. Utvalget er likevel, med støtte i litteraturen, av den oppfatning at personen etter pasient- og brukerrettighetsloven i dag vil kunne nekte pårørende informasjon – og i praksis dermed også andre former for involvering – dersom vedkommende er beslutningskompetent i denne relasjon. Unntak kan følge av andre lovbestemmelser, og særlig kan det anføres gode argumenter for at psykisk helsevernloven og helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 i dag bygger på en annen ordning. (For øvrig kan mer allmenne bestemmelser om unntak fra taushetsplikt også kunne tenkes å komme inn.) Det sentrale for utvalget er uansett hvordan reglene bør være framover i tid. Rettsutviklingen – både nasjonalt og internasjonalt – går i retning av økt vektlegging av selvbestemmelsesretten til personer som blir utsatt for tvang, noe utredningen fra utvalget i sin helhet tydelig reflekterer. I utgangspunktet vurderer utvalget at pasient- og brukerrettighetslovens system uttrykker en rimelig balansering av de kryssende hensyn som gjør seg gjeldende ut fra de ulike funksjoner pårørende kan ha, men at det kan være behov for enkelte presiseringer inn mot den tematikken lovutkastet omfatter. Pasient- og brukerrettighetsloven har et bredere fokus.

I saker som aktualiserer bruk av tvang og lignende tiltak, kommer rettssikkerhetsaspektet inn med særlig styrke. Dette tilsier at nærmeste pårørende bør kunne motta informasjon og utøve prosessuelle rettigheter så lenge personen som tiltaket gjelder, ikke motsetter seg dette. Det betyr at det ikke bør kreves positivt samtykke, men presumeres at personen ønsker dette. En slik løsning følger langt på vei av pasient- og brukerrettighetsloven § 3-3 første og andre ledd, men utformingen av disse bestemmelsene er ikke helt klar og tilpasset tvangsproblematikken. Rettsstillingen bør kommuniseres klart og tydelig i en felles lovgivning på tvangsfeltet, også på grunn av de mangslungne problemstillinger som her kan oppstå.

Der personen motsetter seg at den nærmeste pårørende skal motta informasjon og utøve andre rettigheter etter lovutkastet, har utvalget vurdert at dette som hovedregel må respekteres der vedkommende er beslutningskompetent i denne relasjon. Problemstillingen blir blant annet satt på spissen der personen er vurdert ikke-kompetent i relasjon til nektelsen av å motta den aktuelle helse- eller omsorgstjenesten: i prinsippet er det da likevel mulig at vedkommende kan være kompetent i spørsmålet om hvorvidt nærmeste pårørende skal få utøve prosessuelle rettigheter.

Sider ved kompetansevurderingen er drøftet i kapittel 21. Det kan oppstå enkelte praktiske problemstillinger der personens kompetanse blir vurdert vekslende, men dette er ikke et særlig problem ved vurdering av beslutningskompetanse i relasjon til utøving av pårønderettigheter. Derimot ser utvalget at rettssikkerhetshensyn er et argument mot en kompetansebasert modell her: personens egen beslutning om å nekte pårørende å involvere seg vil kunne svekke kontrollen med de inngrep som blir utøvd. Utvalget har likevel vurdert at hensynet til konsistens i regelverket må komme først. Utvalget vil videre tilrå at kontrollorganene viser en særlig årvåkenhet i sin virksomhet der personen har frasagt seg pårørendeinvolvering

Det må imidlertid gå grenser for personens rett til å frasi seg pårørendeinvolvering, selv om beslutningskompetansen er intakt. Dette følger av at pårørende også kan ha rettmessige selvstendige interesser i saken. I tråd med utvalgets mer allmenne vurderinger må nærmeste pårørendes rett til involvering trumfe personens motstand i to situasjoner. Den ene er der personen har omsorgsansvar for barn, den andre der personen utgjør en nærliggende og alvorlig fare for

liv eller helse. Felles for disse situasjonene er at hensynet til andre melder seg med særlig styrke. Involvering fra nærmeste pårørende vil her både kunne være viktig ut fra egne interesser, men også for å bidra til sakens opplysning slik at hensynet til andre kan ivaretas. Selv om utvalget har tatt utgangspunkt i pasient- og brukerrettighetslovens bestemmelser om pårørendeinvolvering, vurderes det å være behov for en rekke klargjøringer og presiseringer. Noen av disse kunne være aktuelle å vurdere å nedfelle i pasient- og brukerrettighetsloven og slik gis en generell anvendelse. Utvalget har imidlertid hatt fokus på tvangs- og inngrepsproblematikk spesifikt og på denne bakgrunn funnet det tjenlig å foreslå en særlig bestemmelse i lovutkastet som bygger på prinsippene i pasient- og brukerrettighetsloven med enkelte klargjøringer og presiseringer. Bestemmelsen etablerer en felles ramme for pårørendeinvolvering og grensene for denne ved tvang og inngrep uten samtykke. Sammenlignet med dagens regelverk på tvangsfeltet bidrar dette til forenkling og verdimeessig konsistens.

28.10.2.4 Svakheter i dagens representasjonsordning

Utvalget har notert seg som en uttrykt oppfatning at pårørende i mange tilfeller er pådrivere for mer bruk av tvang sammenlignet med det som helse- og omsorgstjenesten anbefaler, snarere enn mindre bruk av tvang. Selv om det ikke har vært mulig å innhente eksakte tall, er det utvalgets inntrykk at pårørendeklager etter psykisk helsevern-loven og helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 ofte gjelder vedtak om ikke-bruk av tvang. Etter pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A er det ikke mulig å klage på ikke-bruk av tvang, men her er tallet på klager over vedtak om bruk av tvang svært lavt, 13 saker i 2018. Selv om det kan være ulike og gode grunner til at det sannsynligvis i liten grad klages over tvang fra pårørende, er det betimelig å stille spørsmål om hvor godt pårørenderepresentasjon som rettssikkerhetsgaranti i praksis fungerer. Etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 10 er pårørende holdt i bakgrunnen i saksbehandlingen, og ikke gitt rett til å kreve rettslig overprøving av fylkesnemndas vedtak, jf. § 10-7. Utvalget har særlig identifisert tre problemsituasjoner med pårørendemodellen i et rettssikkerhetsperspektiv etter gjeldende rett:

- Det ene gjelder situasjonen der personen ikke har nærmeste pårørende, og heller ikke noen som kan utøve en tilsvarende funksjon etter særregelen i pasient- og brukerrettighetsloven § 1-3 bokstav b i saker etter psykisk helsevernloven kapittel 3. Dette er ikke upraktisk.
- I forlengelsen ligger tilfeller av en *ikke-fungerende* pårønderelasjon: her finnes det formelt sett en nærmeste pårørende, men med liten realitet for eksempel fordi vedkommende ikke har ønske om eller interesse for å utøve rollen, eller at mangel på kontakt gjør at utøvelsen vanskelig kan skje på en tilfredsstillende måte.
- En tredje situasjon oppstår ved åpenbare interessekonflikter mellom nærmeste pårørende og personen det er spørsmål om å yte tjenester under tvang overfor. Problemsstillingen kan for eksempel reise seg ved innleggelse i sykehjem av person med demens etter initiativ fra ektefellen som hittil har ivaretatt vedkommende i hjemmet, men som også skal ivareta en rettssikkerhetsfunksjon.

28.10.2.5 Tiltak for å avbøte svakheter: Hvem skal ha rettigheter som nærmeste pårørende?

Enkelte av utvalgets forslag i lovutkastet vil *indirekte* bidra til å avdempe de ovenfor beskrevne svakheter gjennom styrket rettssikkerhet. Det gjelder for det første ordningen med høring i tvangsbegrensningsnemnda innen 30 dager i de mest alvorlige tvangssakene, jf. § 11-1. Videre skal nevnes den klargjøring av terskelen for hva som skal regnes for en klage som er omtalt i punkt 28.8.1.3. Det må imidlertid også iverksettes tiltak som mer *direkte* adresserer svakheterne i dagens representasjonsordning. En strategi kan være økt fokus i tjenestene på hvem personen selv velger som sin nærmeste pårørende: konkret å gi vedkommende støtte til å

gjøre tjenlige valg i så måte. Dette er imidlertid et ømfintlig tema på grunn av faren for press der også helsepersonell kan ha vikarierende motiver.

Utvalget har vurdert om en mer aktiv bruk av vergeoppnevninger kan være en vei å gå i påvente av utviklingen av en beslutningsstøtteordning. Dette ved at det oppnevnes verger med et begrenset mandat til å dekke spørsmål regulert i lovutkastet, som kan tre inn som nærmeste pårørende der vedkommende formelt eller reelt mangler noen til å ivareta funksjonen. At personen «står uten nærmeste pårørende» dekker først og fremst det formelle: at det ikke har latt seg gjøre på ordinært vis etter pasient- og brukerrettighetsloven § 1-3 bokstav b å identifisere noen som kan ivareta rollen. I tillegg omfattes mer klare tilfeller av pro forma-arrangement: det vil si at pårørendefunksjonen etter tvangsbegrensningsloven bare er ivaretatt på papiret. Der personen tvangssaken gjelder i tillegg motsetter seg pårørendeinvolvering, vil vi lett ha en situasjon der spredning av informasjon kan være i strid med vernet om privatlivet etter EMK artikkel 8. I et slikt tilfelle vil man «stå uten nærmeste pårørende» i lovutkastet § 3-5 sin mening.

En slik løsning med oppnevning av verger er langt fra ideell. Innretningen av vergemålsloven avviker mye fra helse- og omsorgslovgivningen ved å være mindre individorientert. Dette gjenspeiles i utformingen av lovtekst og drøftingene i forarbeidene, som indikerer at man bare i avgrenset grad har tatt inn over seg karakteren av inngrepslovgivning: særlig der det ikke er snakk om å frata rettslig handleevne. Til tross for at man står overfor tiltak som utgjør inngrep i privatlivet etter EMK artikkel 8 ved fravær av samtykke, er det i liten grad vist til menneskerettighetsstandarder som nødvendighet og forholdsmessighet – det gjelder så vel i lovtekst som forarbeider. Ikke minst synes rettssikkerhetsvernet ved konflikter knyttet til utøving av vergeoppdraget lite utbygd. Her er uklarerheter både knyttet til i hvilken grad vergen i det hele tatt må lytte til personer som er satt under vergemål, og det synes helt å mangle en klageordning ved uenighet rundt konkrete disposisjoner.¹⁵⁰⁰

Utvalget vurderer likevel at en mer aktiv bruk av vergeoppnevninger for å sikre personer som kan tre inn som nærmeste pårørende etter helse- og omsorgslovgivningen, er nødvendig. Dette bør imidlertid kombineres med en særlig opplæring av verger for å sikre hvordan rolleforståelsen som nærmeste pårørende i saker om tvang kan skille seg fra et tradisjonelt vergeoppdrag, herunder gjennom et sterkere fokus på personens egen oppfatning av saken. Utvalget tilrår at Helse- og omsorgsdepartementet tar initiativ overfor Justisdepartementet om dette. Utvalget er kjent med at det i alle fall i deler av vergemålsforvaltningen har blitt et økende fokus på problemstillingen de senere år. Blant annet tilbys verger med mandat etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 særlig opplæring.

Dagens modell etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 er tenkt som en ekstra rettssikkerhetsgaranti for personer med utviklingshemning. Ut fra det utvalget erfarer, er det betydelig usikkerhet ved hvor effektivt målsetningen har latt seg realisere. Ofte er verge og nærmeste pårørende samme person, og der det ikke er tilfelle, er det varierende i hvilken grad vergen har tid og interesse av å gå inn i spørsmålene rundt bruk av tvang. Utvalget har derfor ikke sett det som nødvendig eller ønskelige å videreføre denne særordningen. Lovutkastet § 3-5 vil også ivareta interessene for personer med utviklingshemning.

En særskilt problemstilling gjelder interessekonflikt mellom personen saken gjelder og nærmeste pårørende eller den som ivaretar tilsvarende funksjon. Utvalget er kjent med problemstillingen om å frata nærmeste pårørende denne funksjonen. Spørsmålet om det er behov for en

¹⁵⁰⁰Østenstad, 2016

tydeligere regulering av denne problematikken har et mer allment tilsnitt som utvalget ikke har sett det som tjenlig å gå nærmere inn i. Ved interessekonflikter foreslås å innføre hjemmel for fylkesmannen til å oppnevne en verge som (også) skal kunne utøve pårørenderettigheter i den konkrete saken. Denne typen ad hoc-oppnevninger er ikke ukjent for vergemålsmyndigheten ved økonomisk vergemål.

28.10.2.6 Lovtekniske løsninger

Pasient- og brukerrettighetsloven § 1-3 bokstav b definerer ikke bare pårørendebegrepet, men fastsetter også hvem som skal være likestilt med nærmeste pårørende hva gjelder utøvingen av rettigheter. Utvalget har bygget videre på dette: I bestemmelsens tredje punktum er det gjort justeringer og endringer i lys av utkastet til ny tvangsbegrensningslov, men fjerde punktum er nytt og adresserer problemene med interessekonflikter.

I lovutkastet § 3-3 er det tatt inn en bestemmelse som har en pedagogisk funksjon ved at den klargjør kretsen av rettighetshavere gjennom å koble tilbake til pasient- og brukerrettighetsloven § 1-3. I tillegg uttrykkes hovedregelen om at pårørendeinvolvering kan skje uten samtykke fra personen, en presisering og klargjøring av pasient- og brukerrettighetsloven § 3-3, jf. ovenfor.

Paragraf 3-5 kommer i forlengelsen her og regulerer tjenestenes plikter for å sikre en effektiv representasjonsordning. Fylkesmannen bør her kontaktes der personen ikke har nærmeste pårørende og videre der bestemmelsen om utpeking av representant ved interessekonflikter er aktuell.

I lovutkastet § 3-4 reguleres retten for personen til å nekte pårørendeinvolvering.

28.10.2.7 Bør det gjelde andre beslutningsprosedyrer der personen er fratatt sin rettslige handleevne etter vergemålsloven?

Pasient- og brukerrettighetsloven § 4-7 fastsetter tilsynelatende en særlig rett for vergen til å samtykke til helsehjelp der personen er fratatt sin rettslige handleevne:

«Pasient som er fratatt rettslig handleevne på det personlige området etter vergemålsloven § 22 tredje ledd, skal i så stor utstrekning som mulig selv samtykke til helsehjelp. Dersom dette ikke er mulig, kan vergen samtykke på vegne av pasienten.»

Bestemmelsen står i skarp kontrast til pasient- og brukerrettighetsloven § 4-6 hvorefter det er helsepersonell som skal fatte beslutningen etter nærmere vilkår og prosedyrer. Utvalget har ikke funnet det nødvendig å gå nærmere inn på innholdet av bestemmelsen. Det synes klart at den står som en overlevning fra lovproposisjonen (Ot.prp. nr. 12 (1998–99)), der det var foreslått en helt annen modell om hvem som skulle fatte beslutning om helsehjelp for personer over 18 år og som manglet beslutningskompetanse, enn den som Stortinget vedtok. I proposisjonen ble det pekt på nærmeste pårørende for tiltak som ikke var «lite inngripende». Dette ble snudd om på i stortingsbehandlingen der man la beslutningsmyndigheten til helsepersonell. Denne – fra Stortingets side – radikale endringen i § 4-6 andre ledd, har gjennom år skapte tolkningstvil knyttet til andre bestemmelser i lovgivningen. Paragraf 4-7 har imidlertid fått stå mer eller mindre urørt. Bestemmelsen hadde et logisk innhold ut fra den beslutningsmodell som ble foreslått i lovproposisjonen, men i dag er det vanskelig å se argumenter for at vergen skal ha en særstilling ved avgjørelser om helsehjelp til personer som er fratatt den rettslige handleevnen. Slik utvalget vurderer det både kan og bør pasient- og brukerrettighetsloven § 4-7 oppheves. Bestemmelsen er uttrykk for en ulikebehandling som det ikke er saklig grunnlag for.

28.10.2.8 Særlige spørsmål som gjelder nærmeste pårørende til barn

28.10.2.8.1 Foreldrenes rolle

Definisjonen av nærmeste pårørende i pasient- og brukerrettighetsloven § 1-3 bokstav b må tolkes i lys av foreldreansvaret. Til tross for at det i denne bestemmelsen heter at nærmeste pårørende er den som personen selv oppgir som sin nærmeste pårørende, må bestemmelsen forstås innskrenkende. Utformingen av pasient- og brukerrettighetsloven § 1-3 bokstav b er videre uheldig fordi «foreldre eller andre som har foreldreansvaret» blir nevnt som et alternativ blant flere for hvem som kan være nærmeste pårørende når personen er ute av stand til å oppgi hvem som har denne rollen.

Også i denne sammenheng må det sondres mellom barn over og under helserettslig myndighetsalder. De som er 16 år eller eldre er gitt selvbestemmelse i helserettslige anliggender, hvilket må omfatte spørsmålet om nærmeste pårørende. Barn under 16 år skal derimot ikke bli stilt overfor et valg om hvem de ønsker som den nærmeste pårørende. Det vil være et inngrep i foreldreansvaret som det ikke er grunnlag for. Problemstillingen er imidlertid ikke behandlet i lovens forarbeider eller i litteraturen. Så selv om barn under 16 år fullt ut er i «stand til» å uttrykke hvem de vil ha i denne viktige rollen, så har de ikke noe valg – det er foreldrene eller andre som innehar foreldreansvaret, som er deres nærmeste pårørende. Dette kommer forutsetningsvis fram av de rettigheter foreldrene eller andre med foreldreansvaret har etter lovens kapittel 3, deriblant retten til informasjon, se pasient- og brukerrettighetsloven § 3-4, jf. § 3-3.

Foreldrene har etter foreldreansvaret, jf. barneloven § 30, rett og plikt til å ta avgjørelser i personlige spørsmål for sine barn, med mindre barnet er gitt selvbestemmelse for det aktuelle spørsmålet eller foreldrenes avgjørelseskompetanse på andre måter er begrenset, se punkt 17.2.2. Som nærmeste pårørende har foreldrene rett til å medvirke sammen med barnet, se pasient- og brukerrettighetsloven § 3-1, særlig tredje ledd. Informasjonsretten i henhold til § 3-4 står sterkt som følge av det ansvar foreldrene har. Foreldrene eller andre med foreldreansvaret har fulle rettigheter til å fremme klage i helserettslige anliggender på vegne av barn under 16 år. En svakhet i lovgivningen inntreffer når barnet motsetter seg helsehjelp foreldrene har samtykket til. Det er da mindre sannsynlig at foreldrene vil fremme klage på vegne av barnet.

Bestemmelsen i pasient- og brukerrettighetsloven § 6-5 som sier at barn kan opptre som part og gjøre partsrettigheter gjeldende når de er fylt 12 år, innbefatter klagerett. Ifølge psykisk helsevernloven § 2-1 andre ledd, jf. § 2-2 andre ledd, har barn over 12 år som er uenig i at undersøkelse eller behandling gjennomføres med opphold i institusjon, rett til å bringe spørsmålet inn for kontrollkommisjonen. Ordet «klage» er ikke benyttet i denne sammenheng i og med at det foreligger en formelt frivillig innleggelse, hvilket skulle tilsi at det ikke er behov for å klage.

28.10.2.8.2 Barns rett til å nekte involvering av foreldrene

Det alminnelige utgangspunkt er at barn under 16 år ikke har anledning til å nekte foreldrene å opptre som deres nærmeste pårørende. Men den rett barn har til å nekte at opplysninger gis deres foreldre, jf. 3-4 andre og tredje ledd, vil i tillegg til å begrense foreldrenes mulighet til å samtykke på vegne av barnet, også begrense deres muligheter til på andre måter å opptre på vegne av barnet.

Som følge av at barn over 16 år står fritt til å velge deres nærmeste pårørende, kan de også velge bort pårørendeinvolvering, om så fra foreldrene, under forutsetning av at de har beslutningskompetanse for dette spørsmålet. En ytterligere forutsetning er at det ikke medfører at foreldrene blir forhindret i å oppfylle sitt foreldreansvar. I og med at heller ikke helserettslig myndige barn fullt ut kan nekte sine foreldre informasjon dersom det forhindrer utøvelsen av

foreldreansvaret, se pasient- og brukerrettighetsloven § 3-4 fjerde ledd, kan de heller ikke fullt ut nekte deres pårørendeinvolvering.

En særlig problemstilling inntreffer hvis det helserettslig myndige barnet utpeker en annen person enn foreldrene til sin nærmeste pårørende, noe de har anledning til etter pasient- og brukerrettighetsloven § 1-3 bokstav b. Det kan skape en uklarhet i rollefordelingen mellom foreldrene eller andre med foreldreansvaret og den som er utpekt som nærmeste pårørende, når det kommer til forhold som direkte berører foreldreansvaret. For andre forhold må den som er oppgitt som nærmeste pårørende kunne opptre alene i denne rollen, og eventuelt også bli nektet pårørendeinvolvering. I forarbeidene til pasient- og brukerrettighetsloven er ikke problemstillingen med dobbel pårørenderepresentasjon for helserettslig myndige barn omtalt. Det kan bety at problemstillingen ikke er blitt identifisert. Den manglende omtalen av spørsmålet indikerer imidlertid at det ikke har vært et ønske å beskjære foreldrenes ansvar. Problemstillingen blir ytterligere tilspisset når det gjelder helserettslig myndige barn under tvungent psykisk helsevern. I pasient- og brukerrettighetsloven § 1-3 bokstav b sies det i tredje setning:

«Ved tvungen observasjon eller tvungent psykisk helsevern har den som i størst utstrekning har hatt varig og løpende kontakt med pasienten tilsvarende rettigheter som den nærmeste pårørende etter psykisk helsevernloven og loven her, (...)»

Såfremt det er foreldrene som «i størst utstrekning har hatt varig og løpende kontakt med pasienten» får de tilsvarende rettigheter som den barnet har gitt status som nærmeste pårørende. Men det er også tenkbart at det er andre enn foreldrene som har hatt en langvarig og løpende kontakt med barnet, uten at barnet har utpekt denne personen som sin nærmeste pårørende. Det kan eksempelvis gjelde barn som langvarig har vært under barnevernets omsorg. Selv om barn under tvungent psykisk helsevern ikke kan velge bort foreldrene som sine nærmeste pårørende når de har hatt en varig og løpende kontakt med barnet, skaper forholdet til den barnet har utpekt som sin nærmeste pårørende, uklarheter. Helsedirektoratet sier i sitt rundskriv at i en situasjon med pårønderettigheter på to ulike hender, vil begge ha rettigheter som pårørende.¹⁵⁰¹ Situasjonen som gjelder barn, er ikke nevnt. Foreldrene står gjennom foreldreansvaret i en annen rettslig stilling enn for eksempel en ektefelle som er bortvalgt av en myndig pasient som den nærmeste pårørende. Barnets begrunnelse for valg av en annen enn foreldrene som nærmeste pårørende må avklares. Likeså hvilken kontakt det er mellom foreldre og barnet. Utgangspunktet så fremt barnet er under foreldrenes omsorg, kan ikke være likestilling mellom foreldrene og den andre som har fått nærmeste pårørende status når det kommer til spørsmål som aktiverer foreldreansvaret. Det er ikke rettskildemessig belegg for at barn kan løse foreldrene fra deres plikter. Foreldrene gjennom foreldreansvaret må derfor trumfe rettighetene til den andre pårørende, i tilfelle av kolliderende synspunkter på hva som er barnets interesser disse imellom. I tilfelle barneverntjenesten har hatt langvarig omsorg for barnet, må det antas at barneverntjenesten trer inn i den stilling foreldre ville hatt.

28.10.2.8.3 Når barnevernet har overtatt omsorgen – hvem representerer da barnet?

I den gjeldende helselovgivningen er det ikke med klarhet uttrykt hvem som representerer barn når det er fattet vedtak om omsorgsovertakelse, eller når det foreligger midlertidig vedtak om plassering av barn utenfor hjemmet. Pasient- og brukerrettighetsloven må imidlertid forstås slik at det er en rett og et ansvar som påhviler barnevernet. Etter en omsorgsoverta-

¹⁵⁰¹IS-8/2015, s. 13

kelse og når barn midlertidig er plassert utenfor hjemmet, går retten til å samtykke til helsehjelp for barn under 16 år over til barneverntjenesten. Det følger av pasient- og brukerrettighetsloven § 4-4 fjerde ledd. Retten til informasjon om barnets helsetilstand etter pasient- og brukerrettighetsloven § 3-4 gjelder «tilsvarende» for barneverntjenesten når det er skjedd en omsorgsovertakelse eller fattet vedtak om midlertidig plassering av barnet utenfor hjemmet, se sjette ledd. Uttrykksmåten «tilsvarende» taler for at informasjonsretten er lik for foreldrene og barneverntjenesten.

Hvilke rettigheter etter pasient- og brukerrettighetsloven som tilfaller henholdsvis foreldrene og barneverntjenesten i etterkant av en omsorgsovertakelse eller vedtak om midlertidig plassering utenfor hjemmet, beror tilsynelatende på om rettighetene kan løpe parallelt eller ikke. Informasjon kan normalt gis begge parter uten at det har negative virkninger, heller ikke for barnet. Målsettingen etter en omsorgsovertakelse er tilbakeføring til hjemmet. Det begrunner at foreldrene bør være informert om forhold som inntreffer mens barnet er utenfor deres omsorg. Å avgi samtykke på vegne av barn må derimot ligge på en hånd, for å unngå uklarheter ved motstridende syn. Når barnevernet har overtatt omsorgen, ved midlertidig vedtak eller for en lengre periode, er det de som har det primære omsorgsansvaret og samtykkeretten inngår i dette ansvaret.

For barn som omfattes av regelverket i helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9, gir lovteksten ingen klarhet i hvem som representerer barnet i tilfelle av omsorgsovertakelse eller vedtak om midlertidig plassering utenfor hjemmet. I § 9-3 er det vist til pårørendes rett til å høres og i § 9-11 til retten til å klage. Pårørendedefinisjonen følger av pasient- og brukerrettighetsloven § 1-3 bokstav b, se § 9-3 fjerde ledd og som det allerede er vist, byr denne bestemmelsen på uklarheter når det gjelder barn.

Tilsvarende uklarhet inntreffer for barn som kan omfattes av helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 10. Her er det imidlertid grunn til å tro at om barnevernet har fattet vedtak om omsorgsovertakelse eller det er besluttet en midlertidig plassering utenfor hjemmet, så blir barnet plassert i institusjon under barnevernloven. Adgangen til å benytte plassering under annen lov etter barnevernloven § 5-6 har liten betydning for barn som har et rusmiddelavhengighetsproblem med mindre det foreligger en samtidig psykisk lidelse.

Slik lovverket per i dag er formulert, har barneverntjenesten ingen rettigheter når barn med alvorlige atferdsvansker, jf. barnevernloven § 4-24, er plassert i helseinstitusjon. Et vedtak etter 4-24 medfører formelt ingen inngrep i foreldreansvaret. Retten til å samtykke til helsehjelp for barn under 16 år ligger fortsatt hos foreldrene. Det er de og ikke barneverntjenesten som har rett til informasjon om helsemessige forhold. Likevel er barnet faktisk under barnevernets omsorg. All den tid dette er en barnegruppe med stor grad av samsykelighet, se punkt 17.5.2, er plassering i institusjon under det psykiske helsevernet aktuelt. Slik dette utvalget vurderer det, er det derfor en mangel ved eksisterende lovverk at barnevernet ikke har rett til informasjon tilsvarende foreldrene om helsemessige forhold. Det kan være informasjon som er nødvendig både for å finne frem til et individuelt tilpasset og helhetlig tilbud til barnet og for å unngå bruk av tvungne tiltak.

Utvalget vil derfor foreslå at det for barn som kan omfattes av tvangsbegrensningslovens regler, er like regler med hensyn til representasjon av barn uansett hva som er den bakenforliggende årsak for at loven kan komme til anvendelse. Det må imidlertid skilles mellom rett til å samtykke og klage på vegne av barnet og retten til informasjon.

28.11 Tilsyn

28.11.1 Innledning

Ny lov om statlig tilsyn med helsetjenesten (helsetilsynsloven) ble vedtatt i desember 2017. Denne loven avløser helsetilsynsloven fra 1984. Enkelte bestemmelser i den nye loven trådte i kraft 1. juli 2018, mens resten av loven trer i kraft 1. juli 2019. Det framgår av forarbeidene til den nye helsetilsynsloven at den i all hovedsak viderefører tidligere regler, men at bestemmelser som gjelder tilsynsvirksomheten, er samlet i en lov.¹⁵⁰²

Ny lov om Statens undersøkelseskommisjon for helse- og omsorgstjenesten ble vedtatt i juni 2017. Deler av loven trådte i kraft 15. juni 2018, mens resten av loven trådte i kraft 1. mai 2019.

Nedenfor vil det først bli redegjort for reglene i den nye helsetilsynsloven og ny lov om Statens undersøkelseskommisjon for helse og omsorgstjenesten. Deretter vil retten til å be tilsynsmyndigheten vurdere mulig pliktbrudd bli omtalt. Tilsyn fra fylkesmannen og Statens helsetilsyn blir nærmere omtalt i punkt 28.11.5. I punkt 28.11.6 vil utvalget gi en vurdering av tilsynsordningene.

28.11.2 Ny helsetilsynslov

Den nye helsetilsynsloven har fått en ny formålsbestemmelse, der det framgår at lovens formål er å etablere et statlig tilsyn som bidrar til å styrke sikkerheten og kvaliteten i helse- og omsorgstjenesten og befolkningens tillit til helsepersonell og helse- og omsorgstjenesten, jf. § 1. Organisering av tilsynsmyndighetene er regulert i § 3, som i hovedsak viderefører tidligere regler. Det er presisert at tilsynsmyndighetene består av Statens helsetilsyn som overordnet organ og fylkesmannen som regionalt organ. Fylkesmannen er tillagt myndighet til å føre tilsyn med helse- og omsorgstjenesten, og er da direkte underlagt Statens helsetilsyn. Krav om at det i hvert fylke skal være en fylkeslege, er også videreført.

Tilsynsmyndighetenes oppgaver er regulert i den nye helsetilsynsloven § 4. Også denne bestemmelsen viderefører tidligere regler. I første ledd er det fastslått at Statens helsetilsyn har det overordnede faglige tilsyn med helse- og omsorgstjenesten i landet og skal utøve myndighet i samsvar med det som er bestemt i lover og forskrifter.

I helsetilsynsloven § 4 andre ledd er det bestemt at fylkesmannen skal føre tilsyn med helse- og omsorgstjenesten og med alt helsepersonell og annet personell i fylket som yter helse- og omsorgstjenester. Det framgår at fylkesmannen skal føre tilsyn med om tjenestene er i samsvar med det som er bestemt i lover og forskrifter. Videre er det presisert at når fylkesmannen fører tilsyn med kommunale helse- og omsorgstjenester, skal dette gjøres etter reglene i kommuneloven kapittel 10 A. Dette innebærer at det skal føres tilsyn med lovligheten av kommunens «oppfyllelse av plikter pålagt i lov eller i medhold av lov», jf. kommuneloven § 60 b.¹⁵⁰³

Det framgår også av helse- og omsorgstjenesteloven § 12-3 første ledd at fylkesmannen skal føre tilsyn med lovligheten av kommunens oppfyllelse av plikter. I denne bestemmelsen er det i tillegg presisert hvilke bestemmelser dette gjelder, herunder bestemmelsene i kapittel 9 og

¹⁵⁰²Prop. 150 L (2016–2017) kapittel 1

¹⁵⁰³Kommuneloven, 1992

10. Videre er det i helse- og omsorgstjenesteloven § 12-3 bestemt at ved tiltak etter denne loven § 9-5 tredje ledd bokstavene b og c, skal det «også føres stedlig tilsyn». Dette gjelder planlagte skadeavvergende tiltak i gjentatte nødssituasjoner og tiltak for å dekke brukerens eller pasientens grunnleggende behov for mat og drikke, påkledning, hvile, søvn, hygiene og personlig trygghet, herunder opplærings- og treningstiltak.

Etter helsetilsynsloven § 4 andre ledd skal fylkesmannen i tilknytning til tilsynet gi råd, veiledning og opplysninger som medvirker til at befolkningens behov for helse- og omsorgstjenester blir dekket.

Etter helsetilsynsloven § 4 tredje ledd skal fylkesmannen holde Statens helsetilsyn orientert om forholdene i helse- og omsorgstjenesten i fylket og om forhold som innvirker på disse. Fylkesmannen skal også informere Statens helsetilsyn om forhold som tilsier administrativ reaksjon etter helsepersonelloven kapittel 11.

Plikt til å opprette internkontrollsystem og føre tilsyn med at det føres internkontroll er videreført i helsetilsynsloven § 5. Plikten til å etablere internkontrollsystem gjelder som tidligere «enhver som yter helse- og omsorgstjenester», og det er fortsatt fylkesmannen som skal føre tilsyn med at det føres internkontroll.

Helsetilsynsloven § 6 har en ny bestemmelse om varslingsplikt. Denne bestemmelsen pålegger alle virksomheter som yter helse- og omsorgstjenester, en plikt til straks å varsle Statens helsetilsyn ved alvorlige hendelser. Dette innebærer en videreføring av spesialisthelsetjenestens varslingsplikt etter spesialisthelsetjenesteloven § 3-3a (med enkelte justeringer) og en utvidelse av ordningen til også å gjelde den kommunale helse- og omsorgstjenesten. Formålet med ordningen er å sikre raskere og bedre opplyste hendelsesforløp og saksforhold, og dermed også redusert saksbehandlingstid i tilsynssaker. Varslingsplikten gjelder hvis utfallet er uventet ut fra påregnelig risiko. Når Statens helsetilsyn mottar varsel, skal tilsynet snarest mulig foreta stedlig tilsyn hvis det er nødvendig for at tilsynssaken kan bli tilstrekkelig opplyst.

Helsetilsynsloven § 7 regulerer plikt til å gi opplysninger til tilsynsmyndigheten. Bestemmelsen bygger på reglene om opplysningsplikt mv. i spesialisthelsetjenesteloven § 6-2, helse- og omsorgstjenesteloven § 5-9 og helsepersonelloven § 30. Disse bestemmelsene er endret slik at de henviser til den nye helsetilsynsloven i stedet for at hver enkelt av dem regulerer forholdene ved opplysningsplikten.

Pålegg om retting og stenging er regulert i helsetilsynsloven § 8. Denne bestemmelsen viderefører tidligere helsetilsynslov § 5 og spesialisthelsetjenesteloven § 7-1. Bestemmelsen er i tillegg utvidet slik at det kan gis pålegg om stenging overfor alle typer virksomheter som yter helse- og omsorgstjenester. Tidligere var adgangen til å gi pålegg om stenging begrenset til å gjelde virksomheter som yter spesialisthelsetjenester.

Regler om tvangsmulkt er tatt inn i en ny bestemmelse i helsetilsynsloven § 9. Adgangen til å gi tvangsmulkt er fortsatt begrenset til å gjelde virksomheter som yter spesialisthelsetjenester.

Administrative reaksjoner som Statens helsetilsyn kan gi overfor helsepersonell, er regulert i helsetilsynsloven § 10. Disse reaksjonene er advarsel, begrensninger, suspensjon eller tilbakekall av autorisasjon, lisens eller spesialistgodkjenning. Legers eller tannlegers rett til å rekvirere enkelte legemidler kan også suspenderes eller helt eller delvis tilbakekalles. Bestemmelsen viderefører tidligere regler.

Helsetilsynsloven § 11 regulerer klage. Her framgår det at pålegg gitt av Statens helsetilsyn etter lovens § 7 og vedtak etter §§ 8 og 9, kan påklages til den instansen Kongen bestemmer.

28.11.3 Ny lov om Statens undersøkelseskommisjon for helse- og omsorgstjenesten

Formålet med denne loven er å bedre pasient- og brukersikkerheten i helse- og omsorgstjenesten gjennom undersøkelser av alvorlige hendelser og andre alvorlige forhold, jf. § 1.

Lovens § 4 fastslår at undersøkelseskommisjonen er et forvaltningsorgan underlagt departementet. Med departementet menes det departementet som til enhver tid har ansvaret for helse- og omsorgstjenesten. Videre er det i § 4 presisert at undersøkelseskommisjonen skal utføre sine oppgaver uavhengig og selvstendig, og at den ikke kan instrueres i faglige spørsmål. Av forarbeidene framgår det at dette ikke innebærer at undersøkelseskommisjonen ikke kan samarbeide med politi eller tilsynsmyndigheter, og at samarbeid i mange tilfeller vil være helt nødvendig for at aktørene skal få utført sine oppgaver på en hensiktsmessig måte.¹⁵⁰⁴

Undersøkelseskommisjonens oppgaver er regulert i § 5. Her framgår det at hensikten med undersøkelsene er å utrede hendelseshendelsesforløp, årsaksfaktorer og årsakssammenhenger for å bidra til læring og forebygging av alvorlige hendelser. Det er også presisert at undersøkelseskommisjonen ikke skal ta stilling til sivilrettslig eller strafferettslig skyld og ansvar. I tillegg er det bestemt at undersøkelseskommisjonen selv skal avgjøre hvilke alvorlige hendelser eller alvorlige forhold som skal undersøkes, tidspunktet for og omfanget av undersøkelsen og hvordan den skal gjennomføres.

Loven pålegger undersøkelseskommisjonen å rapportere årlig til departementet om aktiviteter og resultater, jf. § 6. I tillegg har loven nærmere regler om varsling av alvorlige hendelser til undersøkelseskommisjonen, regler om tiltak for å fremskaffe opplysninger, forklaringsplikt, taushetsplikt, offentlighet, bevissikring, undersøkelsesrapport m.m.

28.11.4 Rett til å be tilsynsmyndigheten vurdere mulig pliktbrudd

Pasient og brukerrettighetsloven § 7-4 regulerer adgang til å be tilsynsmyndigheten vurdere mulig pliktbrudd. Tittelen på bestemmelsen er «Anmodning om vurdering av mulig pliktbrudd». I denne bestemmelsen første ledd framgår det at pasienten, brukeren eller andre som har rett til det, kan be tilsynsmyndigheten om en vurdering hvis vedkommende mener at bestemmelser om plikter fastsatt i eller i medhold av helsepersonelloven, spesialisthelsetjenesteloven, helse- og omsorgstjenesteloven og tannhelsetjenesteloven er brutt til ulempe for seg eller den hun eller han opptrer på vegne av.

Retten til å be tilsynet vurdere mulig pliktbrudd er først og fremst en rett for pasienten og brukeren. Dette betyr at pårørende ikke har en selvstendig rett til å representere personen i en tilsynssak og til å få innsyn i saksdokumenter hvis vedkommende ikke har fått fullmakt av personen, eller har rett til det etter reglene i pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4. Både individfeil og systemfeil omfattes av denne ordningen. Eksempler på systemfeil kan være dårlig organisering og manglende rutiner.

Tilsvarende rett til å be om en vurdering av mulig pliktbrudd gjelder for nærmeste pårørende til avdød pasient eller bruker eller for nærmeste pårørende til pasient eller bruker over 18 år uten samtykkekompetanse.

Pasient- og brukerrettighetsloven § 7-4 andre ledd tydeliggjør hvilke virkemidler tilsynsmyndigheten har. I tillegg til å gi administrativ reaksjon etter helsepersonelloven kapittel 11, kan

¹⁵⁰⁴Prop. 68 L (2016–2017) kapittel 17

Statens helsetilsyn ved forsettlig eller grovt uaktsomt brudd på helsepersonelloven begjære offentlig påtale etter helsepersonelloven § 67. Statens helsetilsyn kan også gi pålegg til virksomheten om å rette forholdene, jf. helsetilsynsloven § 8.

Pasient- og brukerrettighetsloven § 7-4 a har nærmere regler om saksbehandling ved anmodning om vurdering av mulig pliktbrudd. De fleste tilsynssakene mot helsepersonell og virksomheter i helse- og omsorgstjenesten blir avsluttet av fylkesmennene, og disse avgjørelsene kan ikke påklages. Hvis fylkesmannen mener at det kan være grunnlag for å reagere mot helsepersonell og/eller en virksomhet, skal saken oversendes Statens helsetilsyn.

28.11.5 Nærmere om tilsyn fra fylkesmannen og Statens helsetilsyn

28.11.5.1 Tilsyn fra fylkesmannen

Fylkesmannen oppretter tilsynssaker på grunnlag av klager (anmodninger) fra pasienter og brukere, pårørende og andre kilder, jf. punkt 28.11.4. Tilsyn som er basert på slike enkelthendelser, blir gjerne kalt hendelsesbasert tilsyn.

Ifølge Tilsynsmelding fra Statens helsetilsyn for 2018 var det for hele landet 3823 nye tilsynssaker innenfor helse og omsorgstjenesten i 2018, og fylkesmennene konstaterte lovbrudd i 39 prosent av sakene. Tilsynssakene er ofte sammensatte, slik at mange av dem blir vurdert etter mer enn en pliktbestemmelse. Det er plikten til å gi forsvarlige helsetjenester som oftest blir vurdert. Dette gjelder både den individuelle plikten etter helsepersonelloven § 4 og plikten for virksomhetene, jf. spesialisthelsetjenesteloven § 2-2 og helse- og omsorgstjenesteloven § 4-1. Samlet sett gjaldt 69 prosent av vurderingene en av disse bestemmelsene.¹⁵⁰⁵ Denne andelen er som i de tre foregående årene.

Tilsynssaker mot personell og virksomheter i helse- og omsorgstjenesten som blir avsluttet av fylkesmennene, kan ikke påklages. Hvis fylkesmannen mener at det kan være grunnlag for å reagere mot helsepersonell og/eller virksomheten, blir saken sendt til Statens helsetilsyn.

Fylkesmennene utfører også planlagt tilsyn. Prioritering av områder for planlagt tilsyn bygger på vurderinger av fare for svikt i tjenestene. I 2018 gjennomførte fylkesmennene 185 planlagte tilsyn i den kommunale helse- og omsorgstjenesten og 56 planlagte tilsyn i spesialisthelsetjenesten.

Av de tilsynene som i 2018 ble gjennomført i den kommunale helse- og omsorgstjenesten, var de fleste såkalte systemrevisjoner.

Systemrevisjon som tilsynsmetode innebærer at skriftlig dokumentasjon gjennomgås, og at ledere og ansatte intervjues. Det blir også gjennomført stikkprøver for å sjekke at internkontrollen fungerer, avklare om rutiner og prosedyrer er kjent og etterleves i praksis, og om de er effektive for oppgaver eller problemer som skal løses. I tillegg til å avdekke svikt på tilsynstidspunktet, kan et slikt tilsyn avdekke uheldige forhold som på sikt kan medføre et problem for rettssikkerheten eller forvarligheten i tjenesten og dermed forebygge brudd på lover og forskrifter.¹⁵⁰⁶

¹⁵⁰⁵Statens helsetilsyn, Tilsynsmelding 2018, s. 33

¹⁵⁰⁶Statens helsetilsyn, Systemrevisjoner, 2012

Fylkesmannen gjennomfører også tilsyn ved bruk av andre metoder, f.eks. ved umeldte tilsyn, oppfølging av kommunale egenvurderinger og stikkprøver.

Som nevnt i punkt 28.11.2, er fylkesmannen pålagt å føre stedlig tilsyn med tvangstiltak etter helse- og omsorgstjenesteloven § 9-5 tredje ledd bokstavene b og c. Av Tilsynsmeldingen for 2018 framgår det at fylkesmennene i 2018 gjennomførte 224 stedlige tilsyn for å kontrollere godkjente tvangstiltak eller undersøke forholdene der fylkesmannen enten kjenner til eller regner med at det blir brukt tvang. Statens helsetilsyn har utarbeidet en veileder for tilsyn med bruk av tvang overfor personer med psykiske utviklingshemning.¹⁵⁰⁷ Formålet med veilederen er å medvirke til et godt og effektivt tilsyn og en ensartet praksis ved gjennomføring. Den legger opp til at gjennomføring av tilsyn tilpasses den enkelte brukers situasjon, og til at brukeren skal bli informert om tilsynet og invitert til samtale.

I tilsyn med spesialisthelsetjenesten er det vanlig å sette sammen tilsynslag fra flere fylkesmenn i en region. Av de 56 planlagte tilsynene med spesialisthelsetjenesten i 2018 var 23 systemrevisjoner. De fleste av disse var en del av et toårig landsomfattende tilsynet med spesialisthelsetjenester til pasienter med psykisk lidelse og mulig samtidig rusavhengighet. For øvrig ble det gjennomført tilsyn i form av journalgjennomgang og etter annen metodikk.¹⁵⁰⁸

28.11.5.2 Tilsyn fra Statens helsetilsyn

Statens helsetilsyn behandler de alvorligste tilsynssakene, som i hovedsak blir sendt over fra fylkesmennene. I 2018 avsluttet Statens helsetilsyn 469 saker mot helsepersonell og virksomheter i helse- og omsorgstjenesten. Hovedtyngden av disse sakene gjaldt reaksjoner mot helsepersonell. De fleste sakene mot virksomheter blir avsluttet av fylkesmannen.¹⁵⁰⁹

Statens helsetilsyn mottok 639 varsler i 2018. I dette året var varslingsplikten begrenset til å gjelde spesialisthelsetjenesten. Varslingsplikten er med virkning fra 1. juli 2019 utvidet til også å gjelde den kommunale helse- og omsorgstjenesten, slik at det må legges til grunn at antall varslingssaker vil øke. I 2018 kom 50 prosent av varslene fra psykisk helsevern og 50 prosent fra den somatiske helsetjenesten.

En egen avdeling for varsler og operativ tilsyn i Statens helsetilsyn følger opp varslene om alvorlige hendelser på ulike måter. I tilsynsmeldingen for 2018 framgår det at alle varsler opplyses gjennom innhenting av informasjon om hendelsen, og det vurderes om det foreligger mistanke om lovbrudd. Der det ikke foreligger mistanke om lovbrudd, avsluttes oppfølging av saken etter innledende undersøkelser. Videre framgår det:

«Ved mistanke om lovbrudd eller forbedringspotensial. følges saken opp på ulike måter:

- Oppfølging hos fylkesmannen
- Stedlig tilsyn fra Statens helsetilsyn
- Anmodning om redegjørelse fra helseforetak/privat virksomhet om intern avvikshåndtering som svar på spørsmål fra Statens helsetilsyn

¹⁵⁰⁷Statens helsetilsyn, Internserien 6/2019

¹⁵⁰⁸Statens helsetilsynm Tilsynsordning 2018, s. 34

¹⁵⁰⁹Statens helsetilsyn, Tilsynsmelding 2018, s. 37

– Tilsynsmessig oppfølging fra Statens helsetilsyn.»¹⁵¹⁰

Statens helsetilsyn har utarbeidet en veileder for varselhåndtering og stedlig tilsyn. Her framgår det at formålet med å gjennomføre stedlig tilsyn er å opplyse saken grundig og få oversikt over de faktiske forholdene før Statens helsetilsyn tar stilling til om det foreligger brudd på helselovgivningen.¹⁵¹¹

28.11.6 Utvalgets vurderinger

28.11.6.1 Utgangspunkt

Utvalget har i lovutkastet § 2-1 presisert at helsetilsynsloven skal gjelde med de særlige bestemmelsene som følger av utvalgets forslag til ny tvangsbegrensningslov. Dette innebærer at utvalget forutsetter at de oppgavene fylkesmannen og Statens helsetilsyn er pålagt i helsetilsynsloven, skal gjelde tilsvarende for tiltak etter tvangsbegrensningsloven hvis ikke annet framgår av utvalgets lovutkast.

I punkt 28.5.7.4 har utvalget foreslått at det skal etableres tvangsbegrensningsnemnder som skal erstatte dagens fylkesnemnder og kontrollkommisjoner. Nemndene oppgaver er foreslått regulert nærmere i lovutkastet § 10-5, og en av oppgavene skal være å gjennomføre stedlig tilsyn. Særlig dette forslaget må vurderes nærmere opp mot helsetilsynsloven.

28.11.6.2 Økt ressursinnsats fra fylkesmannen og Statens helsetilsyn når det gjelder tilsyn med bruk av tvang i helse- og omsorgstjenesten

Utvalget har mottatt flere innspill om at fylkesmannen og Statens helsetilsyn bør ha en mer aktiv rolle når det gjelder tilsyn med bruk av tvang i helse- og omsorgstjenesten. Innspill om dette har særlig dreid seg om tvungent psykisk helsevern, men gjelder også de andre feltene. Også Paulsrud-utvalget pekte på at helsetilsynet bør spille en mer aktiv rolle i det løpende tilsynet med tvungent psykisk helsevern.¹⁵¹² I tillegg er det i statsbudsjettet for 2019 vist til at fylkesmennene og Statens helsetilsyn som tilsynsmyndigheter må beregne økt ressursinnsats i årene framover når det gjelder bruk av tvungen somatisk helsehjelp overfor pasienter uten samtykkekompetanse.¹⁵¹³ Utvalget slutter seg til at fylkesmennene og Statens helsetilsyn bør ha en mer aktiv rolle, både når det gjelder bruk av tvang i psykisk helsevern og på de andre feltene i helse- og omsorgstjenesten. Ut fra de innspillene utvalget har mottatt og det som framgår av statsbudsjettet for 2019, legger utvalget til grunn at ressursinnsatsen i årene framover vil øke.

Utvalget har også merket seg at det i statsbudsjettet for 2019 er foreslått 23 millioner i økt bevilgning til Statens helsetilsyn knyttet til utvidelse av varselsordningen og tilsyn med IKT i helse- og omsorgstjenestene.

¹⁵¹⁰Statens helsetilsyn, Tilsynsmelding 2018, s. 39

¹⁵¹¹Statens helsetilsyn, Internserien 4/2016

¹⁵¹²NOU 2011: 9, punkt 16.5

¹⁵¹³Prop. 1 S (2018–2019) kapittel 748

28.11.6.3 *Overordnet tilsynsansvar for Statens helsetilsyn*

Etter helsetilsynsloven § 4 første ledd har Statens helsetilsyn overordnet faglig tilsyn med helse- og omsorgstjenesten i landet og skal utøve myndighet i samsvar med det som er bestemt i lover og forskrifter. Utvalget ønsker ikke å foreslå endringer i dette.

Utvalget viser også til uttalelser om overordnet sektoransvar i forarbeidene til den nye helsetilsynsloven. Her framgår det at Helse- og omsorgsdepartementet deler Arianson-utvalgets (NOU 2015: 11) og høringsinstansenes syn på at det er behov for samordning og harmonisering av tilsynsarbeidet, knyttet til tilsynsmyndigheter i andre sektorer. Departementet har vist til at dette kan skje innenfor rammen av dagens regelverk, uten at Helsetilsynet får et formelt utvidet ansvarsområde.¹⁵¹⁴ Utvalget er enig i dette og slutter seg til at Helsetilsynets koordineringsansvar bør presiseres i styringsdokumentene fra Helse- og omsorgsdepartementet.

Utvalget har foreslått at det blir opprettet tvangsbegrensningsnemnder som skal være kontrollinstanser i tillegg til fylkesmannen. I en egen bestemmelse om organisering av tvangsbegrensningsnemndene er det foreslått at de skal være faglig uavhengige organer, jf. lovutkastet § 10-4. Oppgavene til tvangsbegrensningsnemndene og fylkesmannen er regulert i lovutkastet §§ 10-2 og 10-5. Her framgår det at både fylkesmannen og tvangsbegrensningsnemndene skal føre tilsyn. Nemndene skal ifølge forslaget gjennomføre stedlig tilsyn, mens fylkesmennene skal føre tilsyn etter helsetilsynsloven § 4 andre og tredje ledd.

Utvalget vurderer at nemndene også bør ha en uavhengig posisjon overfor Statens helsetilsyn, slik at de kan ivareta sitt formål på en mest mulig effektiv måte ut fra lokale forhold. Imidlertid er det viktig at nemndene har en klar plikt til å rapportere funn av viktighet til Statens helsetilsyn, i praksis ved fylkesmennene. Det er videre sentralt at nemndene får støtte til å utvikle tilsynsmetodikk som er egnet for sin virksomhet. Statens helsetilsyns bistandsplikt i den forbindelse foreslås lovfestet. Helsetilsynet vil dermed få et ansvar for å sikre bedre samordning og profesjonalisering av nemndenes tilsynsvirksomhet. Utvalget forutsetter økt ressursinnsats fra Statens helsetilsyn i årene framover, jf. punkt 28.11.6.2. Blant annet må nye veiledere om tilsyn med tiltak etter den nye loven utarbeides.

28.11.6.4 *Plikt for nemndene til å føre stedlig tilsyn m.m.*

Kontrollkommisjonene skal etter dagens regelverk føre stedlig tilsyn med psykisk helsevern, ofte omtalt som «velferdskontroll», jf. psykisk helsevernloven § 6-1. Fylkesmannen har plikt til å føre stedlig tilsyn med bruk av tvang og makt overfor personer med psykisk utviklingshemning, jf. helse- og omsorgstjenesteloven § 12-3 første ledd. Unntak gjelder for enkeltstående skadeavvergende tiltak i nødssituasjoner. Plikt til å føre stedlig tilsyn gjelder imidlertid ikke for tvangstiltak overfor rusmiddelavhengige eller for helsehjelp til pasienter uten samtykkekompetanse som motsetter seg helsehjelpen.

Etter utvalgets vurdering børplikten til å føre stedlig tilsyn utvides slik at den gjelder på alle feltene utvalgets mandat omfatter, uavhengig av diagnose til den personen det aktuelle tiltaket gjelder. Tvangsbegrensningsnemndenes virke vil ofte være knyttet til overprøving av enkeltsaker. Utøving av en bredere stedlig tilsynsfunksjon er likevel av uvurderlig betydning på to måter: For det første ved at nemndene slik kan skaffe seg kunnskap av betydning for avgjørelse og oppfølging av enkeltsaker. Dernest som et mer generelt forebyggende tiltak mot unødvendig tvang. Ved å opptre som et kritisk korrektiv til praksis kan nemndene gjennom

¹⁵¹⁴Prop. 150 L (2016–2017) punkt 3.4.4

sin tilstedeværelse ha en viktig disiplinerende effekt på det enkelte personell og ledelsen. Utvalget har mottatt flere innspill om behov for stedlig tilsyn i tilfeller der dette i dag ikke blir gjennomført, både fra inn- og utland.

Virkeområdet for en slik plikt bør imidlertid avgrenses, slik atplikten gjelder de alvorligste tiltakene, der risikoen for overgrep er størst. I denne sammenhengen viser utvalget også til den nye helsetilsynsloven § 6, der det er bestemt det skal foretas stedlig tilsyn ved varsler om alvorlige hendelser.

Utvalget mener at det vil være hensiktsmessig at plikt til å gjennomføre stedlig tilsyn blir pålagt de nye tvangsbegrensningsnemndene. Intensjonen om at tvangsbegrensningsnemndene skal erstatte fylkesnemndene og kontrollkommisjonene, tilsier at denne oppgaven bør tillegges tvangsbegrensningsnemndene, jf. punkt 28.5.7.4. Etter utvalgets vurdering hører en plikt til å føre stedlig tilsyn naturlig sammen med de øvrige oppgavene som utvalget har foreslått at tvangsbegrensningsnemndene skal ivareta.

Utvalget vurderer at tvangsbegrensningsnemndene bør gjennomføre stedlig tilsyn i helseinstitusjon der det forekommer tvangsinnleggelse eller tvungent tilbakehold og med tiltak som utløser hørings sak, jf. lovutkastet § 11-1. Lovens virkeområde spenner imidlertid så vidt at det er behov for nærmere regulering i forskrift, særlig med tanke på at rettssikkerhetsutfordringene kan være større på enkelte arenaer enn andre, se utredningen punkt 28.5.1.

Etter utvalgets vurdering børplikten for tvangsbegrensningsnemndene til å gjennomføre stedlig tilsyn gjelde som et supplement til de tilsynsoppgavene fylkesmannen og Statens helsetilsyn har etter den nye tilsynsloven, jf. punkt 28.11.2. Videre viser utvalget til reglene i ny lov om Statens undersøkelseskommisjon for helse- og omsorgstjenesten, omtalt i punkt 28.11.3. Reglene om rett til å be tilsynsmyndigheten vurdere mulig pliktbrudd vil også gjelde, jf. punkt 28.11.4.

Del V

Lovutkast m.m.

29 Økonomiske og administrative konsekvenser

29.1 Innledning

Det følger av utvalgets mandat punkt 3 at økonomiske, administrative og andre vesentlige konsekvenser av forslagene skal utredes i samsvar med Instruks om utredning av statlige tiltak (Utredningsinstruksen) kapittel 2. Minst ett forslag skal baseres på uendret ressursbruk.

Dagens regelverk er beskrevet i kapittel 5. Dagens kontrollordninger er omtalt i punkt 28.2. Utvalgets forslag er oppsummert i kapittel 1 og utdypet i kapittel 3 og 13–28.

Utvalget har foreslått omfattende endringer sett i forhold til dagens regelverk. Målet med lovutkastet er blant annet å forebygge og begrense bruk av tvang i helse- og omsorgstjenesten og å hindre vesentlig helseskade. Lovforslaget innebærer samling, harmonisering og tydeliggjøring av mange av dagens bestemmelser.

Utvalget har i tillegg foreslått en del nye elementer. Noen av disse forutsetter nærmere detaljering. Det er derfor vanskelig å forutsi de samlede administrative og økonomiske konsekvensene av forslagene.

Utvalgets forslag legger godt til rette for redusert og riktigere bruk av tvang. Dette er en verdi i seg selv som ikke kan verdsettes i kroner og øre.

I det følgende gjøres det først rede for utvalgets overordnede vurderinger. Deretter utdypes i den grad det lar seg gjøre, de økonomiske og administrative konsekvensene av utvalgets hovedforslag.

29.2 Et kostnadsnøytralt alternativ

Et kostnadsnøytralt alternativ til utvalgets forslag er å nøye seg med mindre justeringer i dagens fire regelsett. Dette kan gi klarere regler på enkeltpunkter. Dagens grenser mellom de ulike regelverkene kan også mykes opp innenfor et slikt alternativ.

29.3 Overordnede vurderinger

29.3.1 Hva er problemet og hva vil vi oppnå?

Dagens tvangslovgivning er fragmentarisk og preget av sektortenkning. Dette går ut over rettssikkerheten til enkeltpersoner og rammer kvaliteten på tjenestene. Helhetstenkning om individet er vanskelig å få til i praksis fordi lovgivningen i seg selv etablerer hindre.

Parallelt går den menneskerettslige utviklingen i retning av skjerpede krav til bruk av tvang. Barns manglende rettssikkerhet etter gjeldende rett er framhevet av flere. Ikke minst skjerpes kravene til begrunnelse for å ha særlige tvangshjemler overfor enkeltgrupper. Stortinget har i forbindelse med ratifikasjon av CRPD-konvensjonen sluttet seg til departementets vurdering av at dette bare kan være «en siste utvei».¹⁵¹⁵

Målet er at et felles, samordnet regelverk skal møte behovene i dagens og framtidens helse- og omsorgstjenester. Det skal etter utvalgets mandat støtte opp under regjeringens mål om å skape pasientens og brukerens helse- og omsorgstjeneste og legge til rette for god samhandling på tvers av tjenestetyper og mellom den kommunale helse- og omsorgstjenesten og spesialisthelsetjenesten. Ressursbruken bør blir mer målrettet og effektiv enn i dag.

29.3.2 Hvilke alternativ er relevante?

Hovedspørsmålet er om det er mulig og ønskelig å lage en felles lov som regulerer når og på hvilke vilkår helse- og omsorgstjenesten skal kunne gjennomføre tiltak uten samtykke fra personen selv. Alternativet vil være å foreslå begrensede endringer i dagens fire regelsett som i noen grad kan bidra til å forbedre situasjonen som beskrevet ovenfor.

¹⁵¹⁵Prop. 106 S (2011–2012)

29.3.3 Hvilke prinsipielle spørsmål reiser tiltakene?

De prinsipielle spørsmålene er mange og omfattende. Dagens lovgivning er bygget opp grunnleggende forskjellig i nær sagt alle relasjoner. Hvordan helt ulike begrepsbruk og tenksett skal forenes i en felles lov er et stort spørsmål.

I tillegg kommer mange mer konkret spørsmål knyttet til utforming av vilkår og ordninger for saksbehandling, overprøving og kontroll. Spørsmålet er hva som kan være likt på tvers av tradisjonelle skillelinjer og når særlige hensyn tilsier spesialregler.

29.3.4 Hva er de positive og negative virkningene av en felles lov, hvor varige er de, og hvem blir berørt?

En felles lov vil bidra til mer effektiv ressursbruk. Dagens system med fire parallelle ordninger for saksbehandling, overprøving og kontroll er grunnleggende ineffektivt. En felles lov vil også bidra til økt rettssikkerhet gjennom et sterkt fokus på helhetstenkning om individet for å begrense tvang mest mulig. Regelverket vil dessuten – etter en overgangsfase – bli opplevd som mer tilgjengelig og forståelig enn dagens fragmenterte og dårlig samordnede regelverk. Alt dette er varige virkninger.

Utvalget foreslår en stor lovreform. Et argument mot en felles lov er at endringene vil bli så dyptgripende at det er vanskelig å beskrive, og dermed å tallfeste, alle mulige virkninger med en rimelig grad av sikkerhet. Antallet variabler er for stort og virker til dels i ulike retninger. Det er i tillegg usikkert hvordan ikke-rettslige mekanismer vil spille inn ved praktiseringen av regelverket.

Det vil som i dag, være stor variasjon i hvor hyppig og hvor langvarig tvangsbruk loven vil kunne føre til for den enkelte. Lovforslaget vil berøre alle som har et sterkt behov for tjenester fra helse- og omsorgstjenesten, men som ikke selv kan eller vil samtykke til å ta imot hjelpen. Lovforslaget vil videre bedre barns rettssikkerhet i situasjoner der det kan bli aktuelt å bruke tvang.

29.3.5 Hvilket alternativ anbefales, og hvorfor?

Endringer innenfor dagens lovstruktur vil bare i begrenset grad kunne løse de ovenfor skisserte utfordringene. Forskjellene mellom regelverkene er så store at et ønske om helhetstenkning om individet og samhandling på tvers av tjenestene, herunder på tvers av forvaltningsnivå, vanskelig vil kunne oppnås i særlig grad.

Utvalget anbefaler en ny felles lov for bruk av tvang i helse- og omsorgstjenesten fordi det vil legge godt til rette for å begrense bruken av tvang og en mer effektiv ressursbruk.

29.3.6 Hva er forutsetningene for en vellykket gjennomføring?

En vellykket innføring av utvalgets lovforslag krever blant annet opplæring av personell i de delene av helse- og omsorgstjenesten der det kan bli aktuelt å anvende tvang. Det forutsetter også at tjenestene har en kultur som anerkjenner personers rett til selvbestemmelse, og vilje til å legge til rette for å sikre at tvang bare blir brukt når frivillige tiltak ikke fører fram. Lovutkastet er utformet slik at det nettopp skal fremme faglig og etisk refleksjon for å begrense bruken av tvang. Et element her er også at kontrollorganene får et tydelig formål i retning av å arbeide for tvangsbegrensning.

29.4 Felles lov

Utvalgets forslag medfører at dagens fire regelsett med ulike bestemmelser om virkeområde, vilkår for bruk av tvangstiltak, saksbehandling, gjennomføring, kontroll, klage og tilsyn erstattes av en ny felles lov. Grenseflater og gråsoner mellom dagens regelverk som har vært et problem i praksis bygges ned, samtidig som andre begrensninger for tvang etableres for å hindre for vide tvangshjemler. Ikke alle regler kan være felles. Særlige rettssikkerhetsbehov, særlig innenfor psykisk helsevern, tilsier enkelte spesialregler.

Det skilles blant annet mellom inngrep i nødssituasjoner, innleggelse og tilbakehold i helseinstitusjon og individuelle behandling- og omsorgstiltak. Reglene om saksbehandling og overprøving er tilpasset personenes behov på en annen måte enn i dag. Regelverket er konstruert på en måte som skal fremme samhandling mellom tjenestene og helhetstenkning om individet. Lovforslaget vil videre bidra til likebehandling av ulike pasient- og brukergrupper.

Et nytt og harmonisert regelverk vil virke administrativt forenklende, ikke minst når det gjelder opplæring av personell i helse- og omsorgstjenesten og saksbehandlere i kontroll- og tilsynsorganene. En felles lov legger dessuten et godt grunnlag for en mer effektiv ressursbruk ved at samfunnet får mer rettssikkerhet for hver krone som brukes.

Tydeligere og likere regler for saksbehandling og utforming av vedtak vil isolert sett kunne gi en administrativ besparelse. For noen av områdene vil endringene på den annen side føre til at det stilles strengere krav til utformingen av vedtak og beslutninger. Dette vil blant annet ha betydning for tiltak som i dag er regulert i pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A. Utvalgets forslag til regler om bruk av velferdsteknologi vil kreve mindre administrative ressurser enn dagens ordning. Det samme gjelder etablering av tvang i den spesialiserte rusbehandlingen.

Fylkesmennene viste i sitt høringssvar til utvalget til at et samordnet regelverk ville kunne gi bedre rettssikkerhet for mindre kostnad. Utvalget mener at forslagene om felles saksbehandlingsregler og overprøvingsordning over tid vil bidra til en mer effektiv ressursbruk. Dette gjelder særlig for personer som i dag ville ha fått vedtak etter flere av dagens regelverk. Se nærmere omtale av konsekvensene av forslaget om en felles overprøvingsordning i punkt 29.8.

Lovforslaget vil samlet sett bidra til å redusere bruken av tvang og dermed antallet tvangsvedtak og behovet for overprøving av vedtak. Det er ikke mulig å tallfeste alle de administrative konsekvensene av lovforslaget. Utvalget mener at de positive gevinstene ved en felles lov vil være klart større enn kostnadene.

29.5 Redusert tvangsbruk

Redusert tvangsbruk vil få positive konsekvenser for enkeltindivider og for samfunnet. Det er ikke mulig å tallfeste verdien av de samfunnsmessige gevinstene ved redusert tvangsbruk, men utvalget legger til grunn at redusert tvangsbruk på sikt vil kunne føre til besparelser i helse- og omsorgstjenesten, blant annet i form av reduserte skader og reduserte utgifter til helse- og omsorgstjenester.

For dem som i dag er underlagt tvang etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 (omsorgen for utviklingshemmede) og kapittel 10 (rusmiddelavhengige), innebærer forslaget en prinsipiell endring ved at fravær av beslutningskompetanse stilles som vilkår for tvang. Utvalget mener at det er sannsynlig at denne endringen vil føre til mindre bruk av tvang enn det som følger av dagens regelverk og praksis. Forslaget vil imidlertid medføre utgifter til opplæring av personell. Se nærmere omtale i punkt 29.7.8.

Utvalget strammer i lovutkastet inn tvangsbegrepet. Det betyr at en del tiltak som etter gjeldende regelverk blir definert som tvang ikke lenger vil bli det. I slike tilfeller vil rettssikkerhetsgarantiene i utgangspunktet mindre omfattende. Strengere vilkår for å kunne bruke tvang av hensyn til personen selv, herunder innføringen av et vilkår om antatt samtykke, vil etter utvalgets syn også bidra til redusert tvangsbruk. Forslaget innebærer dessuten en kraftig innstramming i adgangen til å bruke skjerming som behandling.

Utvalgets forslag om å innrette regelverket mer etter situasjon enn diagnose vil videre kunne bidra til riktigere bruk av tvang og til at fokus i større grad kan rettes mot å gi personen individuelt tilpassede tjenester basert på frivillighet.

Kontrollinstansenes oppgave skal være å begrense bruk av tvang i størst mulig grad og å passe på at det blir tatt hensyn til den totale belastningen for personen av flere tvangsvedtak. De skal gjennom sitt virke bidra til å tilrettelegge for helhetstenkning rundt individet. Utvalget vurderer dette som en viktig faktor for å få til en reell begrensning i tvangsbruken. Se nærmere omtale av konsekvensene av forslaget om en ny felles overprøvingsordning i punkt 29.8.

Framhevingen av tjenestenes plikt til forebygging og tydeliggjøring av personers rett til nødvendige tiltak for å unngå bruk av tvang, vil etter utvalgets vurdering også bidra til redusert tvangsbruk. Utvalget forutsetter at lovendringene blir fulgt opp av tunge nasjonale, faglige initiativ for redusert tvangsbruk. Kostnadene vil imidlertid avhenge av den konkrete utformingen av initiativet. Utvalget har ikke beskrevet dette så detaljert at det er mulig å beregne kostnadene.

Utvalget vurderer at det er sannsynlig at forslaget vil føre til mindre bruk av tvang – både formel og reelt – enn det som følger av dagens regelverk og praksis. Det er likevel vanskelig å fastslå med sikkerhet hvor store utslagene vil bli.

Utvalget legger til grunn at redusert tvangsbruk isolert sett vil kunne føre til en innsparing. Personene dette gjelder vil imidlertid ofte ha behov for andre tiltak som alternativ til bruk av tvang. Utvalget mener derfor at omleggingen i en overgangsperiode vil kreve noe økte ressurser for å gjennomføre endringene på en forsvarlig måte og oppnå ønsket effekt. På sikt mener utvalget derimot at konsekvensene av redusert tvangsbruk vil bli om lag kostnadsnøytrale sammenlignet med situasjonen i dag.

29.6 Bedre samhandling mellom tjenestene

Lovutkastet vil bidra til bedre samhandling mellom tjenestene, også på tvers av forvaltningsnivåer. Forslagene legger bedre til rette for helhetstenking rundt individet. Det foreslås en oppmykning og delvis fjerning av begrensningene som følger av dagens bestemmelser om virkeområde, og som blir oppfattet som problematiske fra et praktisk ståsted. Den nye ordningen med høring i tvangsbegrensningsnemnda i de mest alvorlige sakene, vil innebære at de ulike tjenestetilbyderne må belyse om vilkårene for bruk av tvang er oppfylt, særlig retten til tilrettelegging av tjenestetilbudet uten bruk av tvang. Det skal legges til rette for dialog mellom ulike aktører for å fremme avklaringer til beste for den aktuelle personen.

Utvalget har ikke noe grunnlag for å tallfeste konsekvensene av forslagene, men mener at de vil bidra til en mer hensiktsmessig ressursutnyttelse og redusert behov for å bruke tvang og dermed føre en viss innsparing.

29.7 Nye elementer av materiell og prosessuell art

29.7.1 Ny inntaksmodell på rusfeltet

Utvalget har foreslått en ny inntaksmodell på rusfeltet, dvs. at det er spesialisthelsetjenesten som skal fatte vedtak. Denne vil bli ressursbesparende for kommunene ved at det ikke lenger er de som skal forberede og føre sak for fylkesnemnda. Fylkesnemnda behandlet i 2018 139 midlertidige vedtak, 16 klager på midlertidige vedtak og 130 ordinære vedtak om tvangstiltak overfor rusmiddelavhengige. Utvalget legger til grunn at kommunene utredet en del flere saker enn de som ble sendt til nemnda.

I rusbehandling forventes få og kortvarig tvangsvedtak på grunn av kravet om fravær av beslutningskompetanse. Unntak gjelder inngrep for å verne fosteret mot skade. Utvalgets lovforslag legger bedre til rette for forhåndssamtykke til tvang som et foretrukket alternativ noe som er ressursbesparende.

Utvalget har ikke noe grunnlag for å tallfeste konsekvensene av forslaget, men mener at forslaget samlet sett vil medføre en innsparing.

29.7.2 Vilkår om manglende beslutningskompetanse, antatt samtykke og adgang til bruk av forhåndssamtykke m.m.

Etter utvalgets vurdering vil forslaget om at manglende beslutningskompetanse som hovedregel skal være et vilkår for å bruke tvang overfor alle som omfattes av den nye loven, medføre noe økt ressursbruk i tjenestene, særlig i en overgangsfase.

Forslaget om å innføre en hovedregel om antatt samtykke som vilkår for å bruke tvang, antas å få beskjedne administrative konsekvenser. Forslaget om å legge bedre til rette for bruk av forhåndssamtykke til tvangsinnleggelse og tvungent tilbakehold vil etter utvalgets syn isolert sett kunne bidra til administrative besparelser.

Videre legger utvalget til grunn at forslagene om adgang til forhåndssamtykke til behandling av psykiske lidelser med legemidler under tvang, og felles regler om rettighetsbegrensende tiltak og tvang i institusjon eller bolig av hensyn til fellesskapsinteresser vil bidra til administrative besparelser.

Forslagene om at forhåndserklæringer om reservasjon mot behandling av psykiske lidelser med legemidler og elektrokonvulsiv behandling skal godkjennes av tvangsbegrensningsnemnda vil på den annen side medføre noe økte kostnader.

Utvalget har ikke noe grunnlag for å tallfeste konsekvensene av forslagene. Samlet sett antas konsekvensene likevel å bli om lag kostnadsnøytrale.

29.7.3 Særlige krav ved gjennomføring av kroppslige inngrep med tvang

Kravet om at det ved bruk av tvang i form av kroppslige inngrep som hovedregel skal være minst to personell til stede og at minst en av dem skal være autorisert helsepersonell, kan allerede langt på vei utledes av det generelle forsvarlighetskravet til helsepersonell. Utvalget understreker at disse kravene etter forslaget bare skal gjelde ved tvang i form av direkte kroppslige inngrep, dvs. for en begrenset andel av dem det blir fattet tvangsvedtak overfor. Utvalget legger derfor til grunn at endringen vil være om lag kostnadsnøytral.

29.7.4 Veiledningsplikt overfor foreldre

Utvalget mener at veiledning av foreldre der det på grunn av barnets motstand er uforsvarlig å gjennomføre helsehjelp barnet har sterkt behov for, faller inn under tjenestenes alminnelige veiledningsplikt. Etter utvalgets vurdering vil det ikke medføre ekstra utgifter å lovfeste at virksomhetene skal tilby dette.

29.7.5 Uttømmende regulering av tvangsbruk i nødssituasjoner

Forslaget om en uttømmende regulering av tvangsbruk i nødssituasjoner vil skjerpe kravene til begrunnelser og nedtegning av beslutninger. På den annen side må det antas at et uttømmende regelverk vil gjøre helsepersonell tryggere på hvilke skadeavvergende tiltak som kan iverksettes i nødssituasjoner. Samlet sett antar utvalget at endringen vil være om lag kostnadsnøytral.

29.7.6 Krav til saksbehandlingen i første instans

Lovforslaget innebærer at det stilles flere vilkår og strengere krav til en del av vedtakene enn det som følger av dagens regelverk. Det skal gjøres mange vurderinger som så skal dokumenteres. Tydeliggjøringen av kravene legger på den annen side etter utvalgets syn til rette for administrative besparelser. Det legges til grunn at bruken av tvang, og dermed antallet tvangsvedtak, vil falle, sammenlignet med i dag. Utvalget mener derfor at omleggingen på sikt vil bli om lag kostnadsnøytral.

Kravet om uavhengig legeundersøkelse utvides til innleggelser i tverrfaglig spesialisert behandling av ruslidelser (TSB). Antallet innleggelser i TSB er imidlertid relativt lavt. Utvalget antar derfor at endringen bare vil medføre en beskjeden utgiftsøkning.

Kravet om samråd med annet kvalifisert personell vil ikke ha vesentlige administrative eller økonomiske konsekvenser fordi en slik plikt allerede følger av forsvarlighetskravet i helsepersonelloven.

29.7.7 Utprøving av nye modeller for beslutningsstøtte

Forslaget om et departementet skal sørge for at det prøves ut nye modeller for beslutningsstøtte, vil føre til økte utgifter. Kostnadene vil imidlertid avhenge av den konkrete utformingen av modellene. Utvalget har ikke beskrevet disse modellene så detaljert at det er mulig å beregne kostnadene.

29.7.8 Opplæringskostnader

Innføring av det nye regelverket vil medføre behov for å lære opp personell i helse- og omsorgstjenesten til å ta stilling til en rekke nye vurderingstema. Dette vil, særlig i en overgangsfase medføre behov for økte ressurser. Utvalget viser likevel til at det f.eks. når det gjelder vurderingen av manglende beslutningskompetanse, allerede er utarbeidet omfattende opplæringsopplegg som vil kunne tilpasses for personell som jobber i tjenester som er spesielt rettet inn mot personer med rusproblemer eller psykisk utviklingshemning.

29.8 Ny modell for overprøving av avgjørelser om bruk av tvang

29.8.1 Innledning

Dagens system med fire parallelle overprøvingsordninger, ett for hvert av regelsettene, gir en lite effektiv ressursutnyttelse. Det er dessuten ressurskrevende å drifte sideordnede systemer som ivaretar samme funksjon.

Lovforslaget innebærer at kontrollressursene i større grad enn etter dagens regelverk rettes inn mot de alvorligste sakene. En felles lov der fokus er rettet mot helhetstenkning rundt individet, åpner for å ta ut effektiviseringsgevinster ved samtidig behandling av flere klager.

Utvalget mener at gevinstene ved det nye overprøvingssystemet vil bli klart større enn de administrative kostnadene.

29.8.2 Tvangsbegrensningsnemnda

Utvalget foreslår at det etableres et nytt felles organ som skal overprøve de mest inngripende avgjørelsene etter den nye tvangsbegrensningsloven.

De nye tvangsbegrensningsnemndene skal etter forslaget overta mange av oppgavene som i dag ligger hos kontrollkommisjonene og fylkesnemndene for barnevern og sosiale saker. I tillegg skal de overta noen av oppgavene som i dag ligger hos fylkesmannen.

Kontrollkommisjonene behandler mange flere saker enn fylkesnemndene og fylkesmennene. I 2018 var det 54 kontrollkommisjoner. Utvalget har ikke tallfestet hvor mange tvangsbegrensningsnemnder det skal etableres, men foreslår at det skal oppnevnes et tilstrekkelig antall nemnder i hvert fylke. Ettersom de nye nemndene vil få et atskillig større ansvarsområde enn kontrollkommisjonene, og det legges opp til et utvidet stedlig tilsyn sammenlignet med det som gjelder for dagens kontrollinstanser, antar utvalget at det må oppnevnes en del flere enn 54 nemnder. Forslaget om at fylkesnemnda ikke lenger skal behandle saker om bruk av tvang i helse- og omsorgssektoren, vil på den annen side medføre en innsparing. I 2018 utgjorde saker etter helse- og omsorgstjenesteloven sju prosent av de innkomne og seks prosent av de behandlede saken hos fylkesnemnda. Det utgjorde 60 saker med forenklet behandling og 64 saker med forhandlingsmøte. At nemnda som hovedregel skal ha tre medlemmer mot fire i dagens kontrollkommisjoner vil medføre en innsparing sammenlignet med dagen kontrollkommisjonsordning i psykisk helsevern.

Staten dekker utgiftene til kontrollkommisjonenes virksomhet, jf. spesialisthelsetjenesteloven § 5-4. Satsen for godtgjøring til kontrollkommisjonens medlemmer er nærmere regulert i psykisk helsevernloven § 65. Helsedirektoratet har et faglig og praktisk oppfølgingsansvar overfor kommisjonene. Den økonomiske forvaltningen er delegert til fylkesmannen. For 2019 ble det bevilget drøyt 71 mill. kroner til Helsedirektoratet til drift av kontrollkommisjonene.

¹⁵¹⁶

Fylkesnemndene for barnevern og sosiale saker er administrativt underlagt Sentralenheten for fylkesnemndene. Nemnda settes i den enkelte sak normalt med tre personer. Godtgjøring dekkes etter retningslinjer fastsatt av Barne- og likestillingsdepartementet. Sentralenheten anslår

¹⁵¹⁶Helse- og omsorgsdepartementet, 2019

at ca. 6,6 mill. kroner av deres bevilgning brukes på saker etter helse- og omsorgstjenesteloven. Utvalget foreslår at tvangsbegrensningsnemnda skal behandle alle klager på vedtakt etter tvangsbegrensningsloven.

Fylkesnemndene for sosiale saker behandlet i 2017 131 midlertidige vedtak, 17 klager på midlertidige vedtak og 149 ordinære vedtak i russaker og behandlet tre klager på bruk av tvang og makt mot personer med psykisk utviklingshemning.

I 2017 behandlet fylkesmannen 1202 klager etter psykisk helsevernloven om tvangsmedisinering og 382 klager på bruk av tvangsmidler. Fylkesmannen mottok 4 519 vedtak og behandlet 13 klager etter pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A. Fylkesmannen overprøvde videre 1 503 vedtak og behandlet 1 175 dispensasjonssøknader etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9.¹⁵¹⁷ Se nærmere omtale av omfang av bruk av tvang og klagesaker i kapittel 9.

Utvalget foreslår videre at det etter mønster av den engelske SOAD-ordningen skal etableres en ordning uavhengig psykiatrifaglig overprøving i klagesaker over tvangsmedisinering. Hver person som blir tvangsmedisinert, skal maksimalt kunne kreve en slik gjennomgang en gang i året. Antallet av klager på tvangsmedisinering har de siste årene vært i overkant av 1000. I England er stykkprisen per sak om lag 2500 kroner. Både geografi og kostnadsnivå tilsier betydelig høyere kostnader i Norge. Utvalget anslår at det vil kunne bli fremmet om lag 1000 klagesaker per år, og at den totale kostnaden ved ordningen vil kunne bli på om lag 15 mill. kroner.

Det skal også oppnevnes et særlig utvalg av eksperter som skal kunne supplere nemnda ved behov. Utvalget legger til grunn at dette bare vil være aktuelt i en liten andel av sakene og at forslaget derfor bare vil medføre en beskjeden utgiftsøkning

Tvangsbegrensningsnemndene skal dessuten ha ansvar for stedlig tilsyn. For psykisk helsevern innebærer dette ingen endring sammenlignet med i dag. Det eksisterer spesielle regler om stedlig tilsyn etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 i dag lagt til fylkesmannen, men for saker som i dag hører under pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A og helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 10 blir dette helt nye ordninger. Utvalget legger til grunn at dette vil medføre en viss kostnadsøkning.

Statens helsetilsyn får etter forslaget et noe større ansvar ved at de skal gi nemndene veiledning i utføring av stedlig tilsyn. Utvalget legger til grunn at dette primært vil få administrative og økonomiske konsekvenser ved oppstart av nemndenes virksomhet.

Lovforslaget innebærer at nemndslederne avlastes for administrativt arbeid og rutinepregede faglige oppgaver som for psykisk helsevern i dag utføres av kommisjonslederne. Det er i utgangspunktet en kostbar løsning å la kommisjonsledere utføre slike oppgaver.

Store deler av det administrative ansvaret for overprøvingsinstansene ligger i dag hos Helsedirektoratet og Sentralenheten for fylkesnemndene. Utvalget legger til grunn at det vil påløpe en engangskostnad når tvangsbegrensningsnemndene blir opprettet, men at administrasjonen av nemndene på sikt vil koste omtrent det samme som administrasjon av dagens kontrollordninger. I lovutkastet er det foreslått at departementet skal ha det overordnede ansvaret for tvangsbegrensningsnemndene. Utvalget antar at ansvaret i praksis vil bli delegert til Helsedirektoratet.

¹⁵¹⁷Helsetilsynet, 2017

Utvalget legger til grunn at bruken av tvang vil bli redusert som følge av utvalgets forslag og at dette også vil føre til redusert behov for overprøving av vedtak.

29.8.3 Fylkesmannens oppgaver

Lovforslaget legger opp til en utvidelse av fylkesmannens ansvarsområde. Fylkesmannen skal utføre de kontrolloppgavene som ikke er lagt til tvangsbegrensningsnemnda.

Fylkesmannen skal samle inn og holde oversikt over vedtak som fattes etter den nye tvangsbegrensningsloven, beslutninger om inngrep i nødssituasjoner, samtykkedokumenter og dokumenter om godkjente reservasjoner. Dette er en ny oppgave. Utvalget legger til grunn at dette administrativt vil kunne løses innenfor de administrative systemene som fylkesmannen allerede har. Saksmengden vil likevel kreve økte ressurser.

Fylkesmannen skal straks gå gjennom de tilsendte dokumentene og kontrollere at riktig framgangsmåte er fulgt og lovens vilkår vurdert. Dette er på de områdene som faller inn under utvalgets mandat, en ny oppgave for fylkesmannen. I 2017 utførte kontrollkommisjonene 3 877 dokumentkontroller av vedtak om tvungen observasjon og 3 565 dokumentkontroller av vedtak om tvungent psykisk helsevern. Kontrollkommisjonene gjennomførte videre 670 tre-månederskontroller og behandlet 1436 saker om forlengelse av tvungent vern ut over 12 måneder.

Utvalget legger til grunn at dokumentkontrollen i gjennomsnitt vil ta 15–20 minutter per sak. Det totale antallet kontroller forventes å bli noe høyere enn etter dagens ordning. Dette vil kreve økte ressurser.

Fylkesmannen skal også tilrettelegge for tvangsbegrensningsnemndenes arbeid i samråd med nemndsleder. I tillegg skal fylkesmannen opprette og administrere fylkesvise lister over sakkyndige som kan oppnevnes som medlemmer i tvangsbegrensningsnemnda etter beslutning fra nemndsleder.

Fylkesmannen skal dessuten behandle klager på beslutning om og gjennomføring av tiltak etter tvangsbegrensningsloven, unntatt ved bruk av særlig inngripende tiltak som skadeavverging i nødssituasjon.

Fylkesmannen skal dessuten fortsatt føre tilsyn etter helsetilsynsloven. Utvalget har lagt til grunn økt ressursinnsats i tilsyn fra fylkesmennene og Statens helsetilsyn. Forslaget må derfor antas å medføre en viss utgiftsøkning.

Fylkesmannen skal på den annen side ikke lenger overprøve vedtak om planlagt bruk av tvang og makt overfor personer med psykisk utviklingshemning etter helse- og omsorgstjenesteloven § 9-5 tredje ledd bokstav b og c. De skal heller ikke lenger ha ansvaret for å oppnevne verge i saker der det er aktuelt å fatte vedtak om bruk av tvang og makt mot psykisk utviklingshemmede. I tillegg vil fylkesmannens ansvar for å behandle klager på vedtak etter pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A (helsehjelp til pasienter uten samtykkekompetanse som motsetter seg helsehjelpen), bortfalle. Det samme gjelder ansvaret for å gjennomføre obligatorisk kontroll hvis vedtaket ikke er påklaget, og helsehjelpen vedvarer når det har gått tre måneder fra vedtaket ble truffet.

En annen viktig rolle for fylkesmannen som vil bortfalle etter lovforslaget, er å være klageinstans etter psykisk helsevernloven for vedtak om undersøkelse og behandling uten eget samtykke. I tillegg vil rollen som klageinstans ved klage på kommunelegens vedtak om tvungen undersøkelse bortfalle.

Utvalget mener at det er rimelig å anta at det nye kontrollregimet når det er iverksatt, vil koste om lag det samme som dagens kontrollordninger og at løsningen dermed vil bli om lag kostnadsnøytral.

Etableringen av tvangsbegrensningsnemndene vil likevel kreve en ekstra ressursinnsats i en overgangsfase for å tilrettelegge for saksbehandlings- og arkivsystem for nemndene.

Utvalget viser til at lovutkastet legger godt til rette for redusert bruk av tvang og at behovet for formalkontroll av vedtak dermed også vil bli redusert.

29.9 Fri rettshjelp

Det foreslås at det ikke skal gis fritt rettsråd i forbindelse med saker etter tvangsbegrensningsloven. Det vil isolert sett føre til en innsparing på om lag 9 mill. kroner. Det foreslås derimot at det skal gis fri sakførsel ved behandling av klager på en rekke vedtak i tvangsbehandlingsnemnda. Sammenlignet med gjeldende rett er den største forskjellen at det foreslås fri sakførsel i tvangsmedisineringssakene. Etter psykisk helsevernloven gis det her fritt rettsråd med inntil fem timer. Mange av klagesakene om tvungent psykisk helsevern har imidlertid tvangsmedisineringer som reelle stridstema. Det betyr at pasienter som er uenig i medisineringsen i dag ikke sjelden både klager over tvungent vern (fri sakførsel) og tvangsmedisinering (fritt rettsråd). Utvalgets opplegg der alle klagesakene legges til tvangsbegrensningsnemnda vil her gi mulighet for en samordningsgevinst.

Utvalget antar at tvangsmedisineringssakene vil utgjøre den største utgiftsposten til fri sakførsel. Det vil også være en del saker på tvangsinngellegelser. For de andre sakstypene er det grunn til å regne med moderate tall.

Utvalget foreslår også en høringsordningen etter 30 dager uten rett til fri rettshjelp, men med en grundig behandling i nemnda. Dette kan bidra til å dempe antallet klagesaker, sammenlignet med i dag, ved at de berørte personene i sterkere grad opplever seg hørt og tatt på alvor. Nemndas vedtak i disse sakene skal også kunne bringes rett inn for tingretten, uten klagebehandling i nemnda, slik situasjonen i dag er i kontrollkomisjonene.

Man må også gå ut fra det vil bli fattet færre tvangsvedtak, sammenlignet med i dag.

Alt i alt vurderer utvalget at effekten av disse kryssende virkningsmekanismene til at utgiftene vil bli på dagens nivå.

29.10 Konsekvenser for ulike aktører

29.10.1 Innledning

Utvalgets konsekvenser vil ikke få konsekvenser for fylkeskommunene. Nedenfor oppsummeres konsekvensene forslagene vil kunne få for ulike aktører.

29.10.2 Konsekvenser for enkeltpersoner

Ut fra det verdisyn norsk lovgivning bygger på, vil redusert tvangsbruk være positivt for enkeltmennesket i form av økt selvbestemmelsesrett. Pårørende vil i noen tilfeller kunne oppleve økt usikkerhet og belastninger. Samtidig legger utkastet til rette for bedre samhandling og dermed bedre tjenester. Dette vil også komme de pårørende til gode.

29.10.3 Konsekvenser for private og for offentlig myndighet

Lovutkastet innebærer at private aktører som ønsker å kunne utøve tvang utenfor nødssituasjoner, må ha avtale med helseforetak eller kommune. Dette kan spesielt innenfor rusfeltet oppleves som en innstramming, men er foreslått for å sikre personens rettssikkerhet.

Lovutkastet etablerer et system der helhetstenkning om enkeltmennesket og samhandling i tjenestene er en grunnpilar. Dette vil kan være krevende i en overgangsfase ved at tjenestene vil måtte tenke nytt og finne nye måter å jobbe på, herunder samarbeide. På sikt vil det imidlertid øke kvaliteten i tjenestene og øke mulighetene for faglig godt arbeid som kan virke tilfredsstillende for så vel ansatte som virksomheter.

29.10.4 Konsekvenser for domstolene

At man skal kunne bringe tvangsmedisineringssakene direkte inn for tingretten er en ny ordning. Hvor mange saker det vil dreie seg om og hvor langt disse sakene vil nå etter tvisteloven kapittel 36 er imidlertid noe usikkert ut fra § 36-1 om at saken skal heves når vedtaket bortfaller. Mange av dagens søksmål har tvangsmedisinering som hovedsak, selv om tvungent vern er den formelle rammen. Utvalget foreslår å løse opp tvungent vern – begrepet og heller fokusere på enkelttiltakene. Innenfor denne ramme kan det være aktuelt forene flere søksmål fra samme part.

Alt annet likt vil utvalgets opplegg trolig medføre at noen flere saker bringes inn for domstolene enn med en annen modell. Dette særlig fordi vedtak ved obligatorisk kontroll skal bringes direkte inn for tingretten. På den andre siden vil det bidra til å redusere arbeidsbelastningen i nemndssystemet ved at man unngår «dobbelbehandlings». Grepene vil også kunne være en driver for å sikre kvaliteten på nemndsvedtakene. Under dagens kommisjonsordning vil vissheten om at saken uansett må behandles som formell klagesak før den kan føres inn for domstolene, kunne gjøre at man er litt mindre grundig i sine begrunnelser for vedtakene.

30 Merknader til de enkelte bestemmelser i utvalgets lovutkast

Kapittel 1: Formål, virkeområde, definisjoner m.m.

Til § 1-1 Lovens formål

Generell omtale er gitt i kapittel 16. Bestemmelsen viderefører gjeldende formålsbestemmelser i psykisk helsevernloven og helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9, jf. også pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A.

I *nummer 1* er det presisert at det er et mål med loven å forebygge og begrense bruk av tvang. Lovens vilkår for bruk av tvang, i tillegg til reglene om saksbehandling, overprøving og kontroll skal bidra til å nå dette målet. Bestemmelsen må også ses i sammenheng med lovutkastet § 2-1, der det framgår at virksomheten har plikt til å legge til rette for minst mulig bruk av tvang.

Nummer 2 fastslår at det er et formål med loven å hindre vesentlig helseskade. Dette innebærer at skaden må ha et betydelig omfang og/eller alvorlige konsekvenser.

I *nummer 3* framgår det at lovens formål er å fremme og sikre respekten for menneskeverdet og menneskerettighetene. De fleste menneskerettighetene er allerede gjort til norsk lov, men bestemmelsen er en påminning om at menneskerettighetene gir føringer ved tolkningen av lovens bestemmelser. Det er også presisert at respekt for menneskeverdet og menneskerettighetene omfatter selvbestemmelsesrett og integritetsvern.

I tillegg framgår det av *nummer 3* at det er et formål å fremme og sikre barns særlige rettigheter og behov. Dette er tatt med for å markere at det er viktig at barns særlige rettigheter og behov blir ivarettatt ved tolkning og praktisering av loven. Særlige rettigheter for barn framgår blant annet av pasient- og brukerrettighetsloven § 3-1 første ledd siste punktum, der det er bestemt at barn som er i stand til å danne seg egne synspunkter, skal gis informasjon og høres. Her framgår det også at det skal legges vekt på hva barnet mener, i samsvar med barnets alder og modenhet.

I *nummer 4* framgår det at loven skal sikre at grunnleggende rettssikkerhetsprinsipper blir fulgt både ved etablering og gjennomføring av tiltak. Dette er en videreføring av et av formålene som i dag gjelder etter psykisk helsevernloven.

Nummer 5 fastslår at loven også skal fremme faglig og etisk forsvarlighet i tjenestene. Krav om faglig forsvarlighet følger i dag av helsepersonelloven § 4, jf. også vilkår i helse- og omsorgstjenesteloven § 9-5 andre ledd, der det framgår at tvang og makt bare kan brukes når det er faglig og etisk forsvarlig. Fag og etikk vil ofte inngå i hverandre, men et tiltak som etter en faglig vurdering er forsvarlig, kan ikke uten videre anses som etisk forsvarlig. Tilsvarende kan ikke et tiltak som etter en etisk vurdering er forsvarlig, uten videre anses om faglig forsvarlig. Utvalgets intensjon er at lovutkastet skal fremme faglig utvikling og etisk refleksjon i tjenestene.

Til § 1-2 Lovens virkeområde

Loven skal regulere all bruk av tiltak uten gyldig samtykke i helse- og omsorgstjenesten. Lovens virkeområdebestemmelse skal derfor i utgangspunktet omfatte virkeområdene for dagens tvangsregler. Bestemmelsen om lovens virkeområde må ses i sammenheng med formålsbestemmelsen, definisjoner og forholdet til andre lover, se §§ 1-1, 1-4 og 1-7.

Det har vært sentralt å etablere en felles begrepsbruk som grunnlag for en felles lov. Loven skal dermed både omfatte overvinning av motstand og fravær av samtykke. I tillegg omfattes enkelte andre, tilgrensende situasjoner. Det gjelder for det første enkelte situasjoner der det blir gitt samtykke, men der det er behov for å etablere en særlig rettssikkerhet rundt avgivelsen. Videre omfattes problemstillinger rundt rettighetsbegrensninger der samtykket kan være mer eller mindre usikkert. Dette er i *første ledd* sammenfattet til at loven gjelder bruk av tvang og tiltak uten samtykke m.m.

Begrepene motstand og tvang er definert i § 1-3. Rettighetsbegrensende tiltak er regulert i kapittel 7. Loven gjelder for alle som oppholder seg i Norge. Helse- og omsorgstjenesten er definert i pasient- og brukerrettighetsloven § 1-3 bokstav d og omfatter spesialisthelsetjenester, kommunale helse- og omsorgstjenester og tannhelsetjenester.

Loven bruker gjennomgående begrepet «person» for å markere at utgangspunktet er at loven gjelder uavhengig av diagnose. Person brukes også om barn. Ettersom barn under 16 år ikke har selvbestemmelsesrett i helse- og omsorgsrettslige spørsmål, gjelder de alminnelige reglene om foreldres rett til å samtykke på vegne av sine barn etter pasient- og brukerrettighetsloven §§ 4-4 og 4-5 for alle helse- og omsorgstiltak som ikke omfattes av tvangsdefinisjonen i § 1-3.

Etter *andre ledd* avgrenses virkeområdet for tvangsbegrensningsloven mot tiltak til vern mot smittsomme sykdommer. Lovens bestemmelser om helse- og omsorgstjenester til personer som mangler beslutningskompetanse, men ikke motsetter seg hjelpen, vil derimot kunne komme til anvendelse ved undersøkelse og behandling av smittsomme sykdommer.

Etter *tredje ledd første punktum* er hovedregelen at private leverandører må ha avtale med et foretak (helseforetak eller regionalt helseforetak) eller en kommune for å kunne bruke tvang etter loven. Bestemmelsen innskrenker private aktørers adgang til å bruke tvang i psykisk helsevern sammenlignet med dagens regelverk. I *andre punktum* innføres et nytt krav om at avtalen mellom private leverandører og spesialisthelsetjenesten, eller den kommunale helse- og omsorgstjenesten, skal ha særlige bestemmelser om hvordan kontroll med virksomheten skal utøves i saker etter loven. Kravet skal sikre at rettssikkerheten til dem som blir utsatt for tvang ivaretas på en god måte uavhengig av hvem som tilbyr tjenesten og sikre et tilstrekkelig fokus på kontrollaspektet. I *tredje punktum* slås det fast at begrensningene i adgangen til å iverksette tiltak som personen motsetter seg som skadeavverging i nødssituasjoner og til å fastsette husordensregler også gjelder for private uten slik avtale som er nevnt i første punktum. Det vil fortsatt kunne være behov for å gjøre unntak fra kravet om avtale på rusfeltet som følge av det relativt store innslaget av private aktører. I *fjerde punktum* gis departementet derfor adgang til å fastsette i forskrift at også andre deler av loven skal gjelde for opphold i private institusjoner for personer med rusproblemer som ikke har avtale med foretak eller kommune.

Gjennomføring av barneverntiltak i psykisk helsevern kan gjelde både barn det er fattet vedtak om omsorgsovertakelse for (barnevernloven § 4-12) og barn med alvorlige atferdsvansker (barnevernloven § 4-24, jf. § 4-26). Departementet kan i forskrift fastsette at hele eller deler av loven ikke skal gjelde i slike situasjoner, jf. *fjerde ledd*.

Norsk privatrett og strafferett samt rettspleielovgivningen gjelder for Svalbard og Jan Mayen med mindre noe annet er fastsatt. For andre typer lovgivning, som f.eks. helselovgivningen er utgangspunktet det motsatte, jf. svalbardloven § 2 og lov om Jan Mayen § 2. I *femte ledd* gis Kongen hjemmel til å gi forskrift om lovens anvendelse på Svalbard og Jan Mayen og fastsette særlige regler under hensyn til de stedlige forhold. I *sjette ledd* gis Kongen hjemmel til å gi forskrift om at loven og forskrifter med hjemmel i loven helt eller delvis skal gjelde på norske skip i utenriksfart, i norske sivile luftfartøyer i internasjonal trafikk, på installasjoner og fartøy i arbeid på den norske kontinentalsokkelen og på norsk redningsansvarsområde.

Se nærmere omtale av hva som vil være tvang i lovens forstand i § 1-3 og kapittel 18 og nærmere omtale av lovens virkeområde i kapittel 16.

Til § 1-3 Motstand, tvang og likestilt med tvang

Se generelt om tvangsbegrepet i kapittel 18.

Første ledd. Begrepene «motstand» og «tvang» benyttes til dels om hverandre i gjeldende lovgivning. Mens «motstand» har en klar tilknytning til vedtaksfasen, er tvangsbegrepet tydeligere forbundet med gjennomføringsfasen. Utvalget ønsker et økt fokus på gjennomføringsfasen. Dette presser fram at innholdet av begrepene «motstand» og «tvang» må klargjøres med tanke på bruken i lovutkastet. At «motstand» defineres ved hjelp av «tvang» er naturlig. Det markerer de tette båndene mellom begrepene.

Ved beslutninger smelter skillet mellom avgjørelse og gjennomføring mer eller mindre sammen. Mellom et vedtak og gjennomføringen av vedtaket vil det derimot ofte være noe avstand i tid. Hvordan gjennomføringen av vedtaket vil arte seg, kan det derfor være vanskelig å vurdere sikkert på forhånd. Personen kan endre oppfatning i det mellomliggende tidsrom, slik at tvang ikke blir nødvendig, se tvangsdefinisjonen i andre ledd.

At det foreligger motstand betyr at personen har inntatt en negativ holdning til forslaget om helse- og omsorgstjenester. Vedkommende har altså inntatt et standpunkt, som er negativt. Om det negative standpunktet beror på manglende informasjon er ikke avgjørende. Det er heller ikke av betydning om formålet med tiltaket er å tilføre personen et gode eller at personen ikke forstår konsekvensene av sin motstand.

Motstand kan uttrykkes på ulike vis. Den trenger ikke være kommunisert verbalt. Kroppsspråk som risting på hodet eller flukthandlinger, kan være andre uttrykk for motstand. Det må tas hensyn til om personen på grunn av fysiske funksjonshindre har vansker med å uttrykke seg. Når det foreligger forhold ved personen som gjør det vanskelig å avgjøre om det foreligger motstand, er det nødvendig at noen som kjenner vedkommende godt bidrar til å avklare spørsmålet. Dette er blant annet aktuelt for personer med nedsatt kognitivt funksjonsnivå, men også for barn.

Når det gjelder barn under 16 år, må spørsmålet om det foreligger motstand med den konsekvens at offentlig saksbehandling utløses, også vurderes i lys av alder. Det er en følge av foreldreansvaret som er vernet både i nasjonal rett og i menneskerettighetene. Respekten for foreldreansvaret tilsier større tilbakeholdenhet med å definere noe som motstand hos barn – rettslig sett –, enn hva som gjelder for helserettslig myndige personer. Dette slår særlig ut på to måter. Vi må for det første ta høyde for at uttrykt uvilje hos barn kan være uttrykk for en beklagelse over situasjonen – det å være syk – mer enn motstand mot hjelpetiltaket. Det andre er at vi også må ta hensyn til et modenhetsaspekt. Når et spedbarn skriker i forbindelse med vaksinasjon eller en gråtende treåring må holdes for at legen skal fjerne et glasskår barnet har tråkket på, foreligger ikke motstand i rettslig forstand. Jo eldre barnet blir fram mot 16 år, dess mindre rom blir det for å operere med en høyere terskel for hva som er motstand hos barn ut fra hensynet til foreldreansvaret.

Det er den vedtaksansvarlige eller den som ellers skal treffe beslutningen som må vurdere om det foreligger motstand, jf. lovutkastet §§ 9-1 og 9-2. Ved tvil om det foreligger motstand, skal det legges til grunn at så er tilfelle. Det gjelder også for barn. Dette er et grep for å styrke rettssikkerheten.

Andre ledd omhandler definisjon av «tvang» og inneholder to alternativer.

Nummer 1.

Selv om en person har tatt et negativt standpunkt til forslaget om helse- og omsorgstjenester, er ikke det i seg selv avgjørende. Det sentrale er hvilke tiltak som blir iverksatt for å overvinne motstanden. En person som i utgangspunktet har stilt seg negativ, men som lar seg overtale, er ikke utsatt for tvang så fremt overtalelsen skjer på en vennlig og tilpasset måte. Eksempelvis foreligger det ikke tvang om en person med demenssykdom som ikke ønsker å kle på seg, lar seg overbevise etter råd fra personellet. Hvis overvinnelsen av motstanden derimot skjer på en måte som fremkaller frykt hos vedkommende – for eksempel trusler om negative sanksjoner – stiller dette seg annerledes. Den nedre grensen for hva som utgjør tvang etter et motstandskriterium, må trekkes ut fra hva som er vanlig i samhandling mellom mennesker.

Hva som er *vanlig* akseptert samhandling mellom mennesker vil variere med type situasjon og hvilken arena det gjelder. Videre må det tas individuelle hensyn. Enkelte personer er mer sårbare enn andre og kan oppleve det de fleste finner uproblematisk som truende.

Behovet for å sikre barn nødvendig omsorg og behandling kan gjøre at rommet for å overvinne motstand for barn gjennom overtaling er større enn for voksne, før vi er over i tvang. Dette kan likevel avhenge av barnets alder og modenhet. Et barn som nærmer seg 16 år skal i

mindre grad være nødt til å akseptere stadig press om å endre standpunkt, enn et barn som er yngre. Der det for det eldre barnet vil være utilbørlig mas, kan repitisjoner av hva saken gjelder være nødvendig og en del av oppfyllelsen av omsorgsforpliktelsen for at det yngre og mer umodne barnet, skal ta sitt standpunkt. Når det i større grad er adgang til å overtale gjennom gjentatt informasjon til de som ikke har nådd helserettslig myndighetsalder, er det fordi det er alminnelig akseptert i samhandling mellom voksne og barn at barn i større grad skal beskyttes mot egne umodne standpunkt, særlig når det kan gi fremtidige negative følger.

Nummer 2.

Tilgang til relevant informasjon som blir gitt på en tilpasset måte, er en forutsetning for hvilket standpunkt personen tar til helse- og omsorgstjenestene som blir tilbudt. Å omgå motstanden ved å holde vesentlig informasjon om tiltaket skjult for personen, vil stride mot personens rett til informasjon. Imidlertid kan det være faglige grunner til at noe informasjon utelates, eksempelvis for å lette valgsituasjonen for vedkommende eller for å unngå unødvendig engstelse. Den helt sentrale informasjonen kan imidlertid ikke utelates. En person med demenssykdom kan eksempelvis ikke lokkes til å være med til sykehjemmet for å besøke en tidligere nabo, når formålet er å gjennomføre en innleggelse som personen har stilt seg negativ til. I et slikt tilfelle foreligger tvang. På den annen side må det innfortolkes en rettsstridsreservasjon i bestemmelsen der informasjon blir holdt tilbake eller pyntet på for å unngå eskalering av konflikt i en situasjon der personen har ukorrigerbare feiloppfatninger: som der en dement person ønsker seg ut av sykehjemmet og hjem for å lage matpakke til sin avdøde mann. Her vil det ikke være tvang om personellet roer ned vedkommende med å si at «dette tar vi oss av».

Tredje ledd. Foreldreansvaret må altså tas hensyn til allerede ved klarlegging av hva som utgjør «motstand» og «tvang» overfor barn som ikke er helserettslig myndige: i større grad jo yngre barnet er. I tillegg vurderer utvalget at det bare er ved «særlig inngripende tiltak» overfor barn under 16 år, at det kan være aktuelt å erstatte foreldrenes beslutningsansvar med en offentlig-retslig beslutningsmodell: tvangsbegrensningslovens regler.

Det klare utgangspunktet er at fysisk tvang i form av holding, bruk av mekaniske innretninger som hindrer bevegelsesfriheten, samt innesperring er «særlig inngripende». I det nedre aldersspenn mot 12 år kan det gjelde unntak for helt kortvarige og ukontroversielle tiltak som holding i forbindelse med stifting av et sår eller innsovning til narkose.

Selv om utvalget ikke systematisk skiller mellom fysisk og psykisk tvang, kan fysisk overvinning av motstand virke særlig sterkt. Der det alene er tale om å overvinne barnets verbale protester er vurderingen derfor mer sammensatt. Momenter som barnets alder, type tiltak, herunder formål og varighet, bivirkninger og arena vil stå sentralt. Psykisk helsehjelp kan virke mer invaderende enn andre hjelpetiltak, noe som senker terskelen for å la tvangsbegrensningslovens regler om når det kan brukes tvang komme til anvendelse.

Der barnet protesterer verbalt mot bruk av legemidler som kan ha – eller viser seg å ha – sterke bivirkninger, eller prosedyrer som på annet vis kan være særlig smertefulle eller oppleves krenkende, er vi raskt over i tvang. Skjerming etter lovutkastet §§ 6-11, 6-19 og 7-5 vil omfattes fra 12 år, tilsvarende gjelder gjennomføring av behandling med ernæring etter § 6-12. Også tiltak etter 6-20 (rusmiddeltesting), § 6-21 (innskrenkning i kontakt med omverdenen) og § 7-3 (romundersøking, kroppsvisitasjon) som barnet motsetter seg, vil omfattes av tvangsbegrepet fra 12 år. Der barnet ikke protesterer er utgangspunktet at foreldrene kan samtykke på barnets vegne etter reglene i pasient- og brukerrettighetsloven, men se fjerde ledd.

Siden utvalget finner at det ikke kan gjelde en eksplisitt aldersgrense for når lovens regler kommer til anvendelse, må det stilles krav til barnets modenhet sett i sammenheng med den

aktuelle situasjonen for barn under 12 år. Hva som kan forventes av et barns «modenhet» ved en gitt alder, er det vanskelig å si eksakt. Evnen til å ta til seg informasjon og foreta vurderinger er det sentrale. En 11-åring som motsetter seg behandling av en kreftsykdom og som forstår hvilke virkninger behandlingen vil ha og hva som kan være konsekvensene av unnlatt behandling, utviser «særlig modenhet». Det kan også gjelde et barn med alvorlig spiseforstyrrelse som forstår virkningene av å ikke ta til seg ernæring, men like fullt ikke klarer å gjøre det.

Barn under 12 år med psykisk utviklingshemning vil sannsynligvis på grunn av den kognitive funksjonsnedsettelsen ikke nå opp til et modenhetsnivå tilsvarende den som er passert 12 år. Dermed får grensen ved 12 år en mer absolutt karakter for denne gruppen. Samtykket til helse- og omsorgstjenester fra de som har foreldreansvaret vil dermed være det rådende rettslige grunnlaget for å gjennomføre tiltak, også tiltak barnet motsetter seg.

Fjerde ledd. Lovutkastet inneholder en rekke bestemmelser som etablerer rettssikkerhet ved tiltak som ikke innebærer bruk av tvang. Den mest generelle bestemmelsen finner vi i § 1-3 fjerde ledd om at tiltak som er «objektivt betydelig inngripende» skal likestilles med tvang når personen har «store formidlingsvansker». Med likestilling menes at både de materielle og prosessuelle reglene som gjelder for motstand og tvang kommer til anvendelse.

Personens problemer med å uttrykke seg kan variere etter type spørsmål og situasjonens karakter. Det relevante etter lovutkastet er hvordan personen evner å formidle *motstand*. Vurderingen av personens vansker i så måte vil i mange tilfeller kreve god kjennskap til vedkommende og dennes måte å uttrykke seg på. Kriteriet «formidlingsvansker» går på tvers av diagnosekategorier som utviklingshemning, demens, psykiske helseproblemer m.m. Om problemene er permanente eller forbigående er uten betydning, men det er de mer alvorlige tilfellene som omfattes. Der vansker foreligger, men ikke er store/omfattende, må det kunne forutsettes at personen bruker sine ressurser til å markere motstand dersom han eller hun ikke ønsker tiltaket. Se nærmere i punkt 18.6.4.2.

Hva «objektivt betydelig inngripende» gjelder, har utvalget tatt det standpunkt at alle de tre behandlingsformene som er aktuelle å gjennomføre med tvang i psykisk helsevern omfattes: behandling av psykiske lidelser med legemidler eller skjerming, samt behandling av spiseforstyrrelser med ernæring. Dette er ikke minst viktig for barn som kan ha oppgitt sin motstand i en slik grad at de heller ikke klarer å formidle den.

Behovet for å likestille med tvangstilfellene hva rettssikkerhetsnivå gjelder, er også en aktuell problemstilling i omsorgstjenestene. Dagens regulering i helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 reflekterer en slik tankegang. Uttrykksmåten «objektivt betydelig inngripende» i lovutkastet utgjør i utgangspunktet en parallell til «så inngripende at de uansett motstand må regnes som bruk av tvang eller makt» etter helse- og omsorgstjenesteloven § 9-2 andre ledd. Det er likevel utvalgets intensjon at terskelen for når bestemmelsene om tvang skal komme til anvendelse utenfor motstandstilfellene, må heves sammenlignet med dagens kapittel 9. Hvordan tiltaket framstår utad, så vel formålet som hvor stigmatiserende det er, er her av betydning. I det ligger det at terskelen må vurderes noe annerledes for barn enn for voksne. I vurderingen vil det stå sentralt om tiltaket atskiller seg vesentlig fra hva barn i samme alder kan oppleve. Se nærmere i punkt 18.6.4.3.

Til § 1-4 Enkelte andre definisjoner m.m

Nærmere omtale av enkelte sentrale begreper er gitt i kapittel 19.

I *første ledd nummer 1* framgår det at begrepet «person» i denne loven skal forstås slik at det omfatter pasient og bruker, slik disse begrepene er definert i pasient- og brukerrettighetsloven. I pasient- og brukerrettighetsloven § 1-3 bokstav a er begrepet pasient definert slik:

«en person som henvender seg til helse- og omsorgstjenesten med anmodning om helsehjelp, eller som helse- og omsorgstjenesten gir eller tilbyr helsehjelp i det enkelte tilfelle».

I pasient- og brukerrettighetsloven § 1-3 bokstav f er begrepet bruker definert slik:

«en person som anmoder om eller mottar tjenester omfattet av helse- og omsorgstjenesteloven som ikke er helsehjelp etter bokstav c.»

En nærmere gjennomgang av begrepene pasient og bruker er gitt i punkt 19.3.

I *nummer 2* er det gitt en definisjon av hvordan lovens bruk av begrepet «psykisk helsevern» skal forstås. Begrepet er definert slik at det omfatter spesialisthelsetjenestens undersøkelse og behandling av mennesker på grunn av psykiske helseproblemer. Definisjonen er i hovedsak i samsvar med dagens regelverk, jf. psykisk helsevernloven § 1-2 første ledd. Begrepet psykisk lidelse er erstattet med psykiske helseproblemer. En nærmere omtale av denne begrepsendringen er gitt i punkt 14.4.2.7. Pleie og omsorg er ikke tatt med i definisjonen. Dette skyldes oppløsningen av tvungent psykisk helsevern-begrepet, se punkt 28.4.1.3.

Nummer 3 definerer hvordan lovens bruk av begrepet «tverrfaglig spesialisert behandling for rusmiddelavhengighet» skal forstås. Dette er definert som spesialisthelsetjenestens undersøkelse og behandling av mennesker på grunn av rusproblemer. Begrepet «rusproblemer» er omtalt nærmere i punkt 14.4.2.7.

I *nummer 4* er offentlig myndighet definert. Her framgår det at begrepet i denne loven skal forstås slik at det omfatter enheter under helse- og omsorgstjenesten, arbeids- og velferdsforvaltningen, barneverntjenesten, kriminalomsorgen, politiet og andre offentlige enheter som er direkte engasjert i saken.

Skjerming defineres i samsvar med det som i dag følger av psykisk helsevernloven § 4-3 første ledd jf., *nummer 5*. Imidlertid kan bruken av dette tiltaket ha ulikt formål og i utkastet er det skilt på dette grunnlag, se utkastet §§ 4-5, 6-11, 6-19 og 7-5. Krav til lokaler der skjerming kan foregå er imidlertid felles, se utkastet § 8-2, jf. også § 8-1.

I *andre ledd* er det presisert at vurdering av beslutningskompetanse skal skje etter pasient- og brukerrettighetsloven § 4-3 andre ledd. Utvalget har foreslått endringer i denne bestemmelsen, og bestemmelsen er kommentert nærmere i merknad til utkastet § 17-2.

Tredje ledd gir departementet hjemmel til å gi nærmere bestemmelser i forskrift om hva som skal regnes som institusjon, helseinstitusjon og bolig særskilt tilrettelagt for helse- og omsorgstjenester. Disse begrepene er omtalt nærmere i punkt 19.4.

Til § 1-5 Vurdering av antatt samtykke

Generelt. At person som mangler beslutningskompetanse må antas å ville ha samtykket til tiltaket dersom vedkommende hadde vært kompetent, er et sentralt vilkår i lovutkastet, jf. blant annet §§ 5-4 og 6-5, begge første ledd nr. 5. For den prinsipielle begrunnelsen se punkt 14.4.3. Utvalget ser et antatt samtykke-vilkår som et viktig skritt i realiseringen av intensjonene bak CRPD i norsk rett. For drøftinger av de mer konkrete problemstillinger vurderingstemaet reiser, se punkt 21.4. For å bidra til større klarhet har utvalget foreslått å lovfeste en presisering av vurderingstemaet.

Av *første ledd* framgår at utgangspunktet er personens tidligere uttrykte holdninger. Slike kan ha kommet til uttrykk på ulike måter – skriftlig eller muntlig, eller gjennom faktiske

handlemåter. Jo nærmere i tid og tema uttrykte holdninger ligger dagens aktuelle problemstilling, dess større vekt vil de normalt måtte tillegges.

Nærmeste pårørende vil kunne ha viktig informasjon til vurdering av spørsmålet og skal kontaktes «der det er mulig». Styrken i plikten til å kontakte pårørende vil både avhenge av den tid som står til rådighet før et vedtak må treffes og hvor viktig pårørendes informasjon vil være for vurderingen.

Utvalget har ikke funnet å kunne anbefale en ordning med framtidsfullmektiger i helse- og omsorgstjenesten, se punkt 20.7.5. Dette ut fra at dagens ordning etter vergemålsloven er lite tilpasset de særlig problemstillinger som reiser seg ved yting av helse- og omsorgstjenester. Utvalget vil imidlertid påpeke at personen selv har mulighet til å gjøre en framtidsfullmektig etter vergemålsloven til en sentral person ved å utpeke han eller henne til nærmeste pårørende, jf. pasient- og brukerrettighetsloven § 1-3 bokstav b.

I noen tilfeller vil det være lite informasjon tilgjengelig om pasientens uttrykte holdninger i fortid. Slutningene om antatt samtykke på dette grunnlaget vil da være tilsvarende usikre. Dette kan for eksempel være tilfelle der det er helt nye problemstillinger for personen som skal tas stilling til. Her vil det derfor være adgang til å trekke inn hvordan andre i en sammenlignbar situasjon med beslutningskompetansen intakt, må antas å stille seg. Utvalget vurderer at et slikt vurderingskriterium i realiteten representerer en rettssikkerhetsgaranti i slike situasjoner sammenlignet med at all vekt blir lagt på svært usikre tolkninger av tidligere uttrykte holdninger.

Tjenestene bør legge til rette for avgivelse og registrering av ønsker og preferanser med tanke på framtiden. Helse- og omsorgstjenesten er imidlertid så sammensatt at utvalget ikke har hatt tilstrekkelig grunnlag for å nedfelle noen generell plikt til å sette dette i system i dag. Spørsmålet krever nærmere vurderinger fra tjenestefelt til tjenestefelt, se også punkt 20.7.6.

Til *andre ledd*: Det foreslås en forskriftshjemmel for departementet til å fastsette nærmere regler om spørsmålet.

Til § 1-6 Varslingsplikt for offentlig myndighet

Bestemmelsen er nærmere omtalt i punkt 28.6.4.2.2.

Reglene om offentlig ansattes – helsepersonell og andres – taushetsplikt, opplysningsrett og opplysningsplikt er omfattende og kompliserte. Utvalget har derfor vurdert det som nødvendig med en bestemmelse som er tydelig med hensyn til når offentlig myndighet har plikt til å ta affære og melde fra til helse- og omsorgstjenesten om forhold som anses uholdbare etter loven her. Slik konkretiseres en side ved det offentliges omsorgsansvar overfor hjelpetrengende personer som dels har et ulovfestet grunnlag, dels kommer til uttrykk eller blir forutsatt i ulike lovbestemmelser, herunder straffeloven § 287.

Første ledd: Bestemmelsen har en parallell i psykisk helsevernloven § 3-6, men skiller seg fra denne på viktige punkter. For det første er terskelen for når plikten inntre lagt høyere. Utvalget har vurdert at plikten først bør inntre når det vurderes «klart» at tiltak kreves, mens dagens § 3-6 bruker uttrykksmåten «må antas» (å fylle vilkårene for tvungent psykisk helsevern). På den andre siden er virkefeltet gjort bredere ved at bestemmelsen ikke er begrenset til psykisk helsevern. Om den betydelige overlast personen står i fare for å lide er av fysisk eller psykisk karakter, er etter utvalgets syn ikke relevant.

Spørsmålet om «bistandsplikt» som også er regulert i psykisk helsevernloven § 3-6, har utvalget funnet det naturlig å regulere i en egen bestemmelse, se lovutkastet § 8-7.

Til *andre ledd*: Etter helsepersonelloven 32 andre ledd kreves «grunn til å tro» – hvilket betyr at det ikke stilles like høye krav til kunnskap som etter første ledd. Dette er begrunnet i hensynet til det ufødte barnet og formålet om at det ikke skal påføres helseskade.

Til *tredje ledd*: Foreldre har det primære ansvar for å sørge for at barna deres får nødvendige helse- og omsorgstjenester. Hvis de svikter denne oppgaven, vil barnevernets ansvar inntre. Derfor må melding gis til barneverntjenesten i de tilfellene det blir observert at barn kan ha behov for tiltak etter denne loven, slik det følger av barnevernloven § 6-4, jf. helsepersonelloven § 33. Også i disse tilfeller inntreer plikten når det er «grunn til å tro». Det foreligger en individuell plikt til å melde, i tillegg til at det i offentlige virksomheter må være system for å ivareta varslingsplikten. Barneverntjenesten må vurdere videre tiltak overfor foreldrene etter barnevernlovens regler, deriblant § 4-10.

Til *fjerde ledd*: Departementet er gitt hjemmel for å gi en nærmere konkretisering av varslingsplikten.

Til § 1-7 Forholdet til andre lover

Bestemmelsen lister opp ulike lover og fastslår at disse lovene skal gjelde med de særbestemmelsene som er gitt i tvangsbegrensningsloven.

Nummer 1. pasient- og brukerrettighetsloven

Lovutkastet har en særbestemmelse om private tjenesteytere i § 1-2 tredje ledd, jf. merknad til denne bestemmelsen ovenfor. For øvrig gjelder reglene i pasient- og brukerrettighetsloven.

Nummer 2. helse- og omsorgstjenesteloven

Denne loven er nevnt av pedagogiske grunner, som en påminning om at den skal gjelde for de kommunale helse- og omsorgstjenestene som gis med bruk av tvang/uten samtykke etter tvangsbegrensningsloven. Ved eventuell konflikt mellom reglene i helse- og omsorgstjenesteloven og reglene i tvangsbegrensningsloven skal reglene i tvangsbegrensningsloven gjelde.

Nummer 3. spesialisthelsetjenesteloven

Denne loven er nevnt av pedagogiske grunner, som en påminning om at den skal gjelde for spesialisthelsetjenester som gis med bruk av tvang/uten samtykke etter tvangsbegrensningsloven. Ved eventuell konflikt mellom reglene i spesialisthelsetjenesteloven og reglene i tvangsbegrensningsloven skal reglene i tvangsbegrensningsloven gjelde.

Nummer 4. tannhelsetjenesteloven

Denne loven er nevnt av pedagogiske grunner, som en påminning om at den skal gjelde for tannhelsetjenester som gis med bruk av tvang/uten samtykke etter tvangsbegrensningsloven. Ved eventuell konflikt mellom reglene i tannhelsetjenesteloven og reglene i tvangsbegrensningsloven skal reglene i tvangsbegrensningsloven gjelde.

Nummer 5. helsepersonelloven

Helsepersonelloven § 2 fastslår at denne loven gjelder for helsepersonell og virksomheter som yter helsehjelp i riket. I helse- og omsorgstjenesteloven § 2-1 første punktum er det bestemt at

helsepersonelloven skal gjelde tilsvarende for personell som yter tjenester etter helse- og omsorgstjenesteloven. Dette innebærer at utgangspunktet blir at reglene i helsepersonelloven skal gjelde for alt personell som yter tjenester som omfattes av tvangsbegrensningsloven.

Departementet har med hjemmel i helse- og omsorgstjenesteloven § 2-1 andre punktum gitt en egen forskrift, der det framgår at helsepersonelloven kapittel 8 om dokumentasjonsplikt ikke kommer til anvendelse for personer som yter tjenester etter helse- og omsorgstjenesteloven som ikke er å anse for helsehjelp. Det er imidlertid gjort unntak slik at helsepersonelloven kapittel 8 om plikt til å føre journal, krav til journalens innhold m.m. likevel skal komme til anvendelse ved ytelse av tjenester som omfattes av helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9.¹⁵¹⁸

Utvalgets forslag om at helsepersonelloven skal gjelde med de særlige bestemmelsene som følger av tvangsbegrensningsloven, innebærer at helsepersonelloven skal gjelde for alt personell som yter tjenester omfattet av denne loven, med mindre det er gitt særlige regler i tvangsbegrensningsloven. Dette gjelder også reglene om dokumentasjonsplikt i helsepersonelloven. Ved eventuell konflikt mellom reglene i helsepersonelloven og tvangsbegrensningsloven skal reglene i tvangsbegrensningsloven gjelde.

Nummer 6. pasientjournalloven

Pasientjournalloven § 3 fastslår at loven gjelder for all behandling av helseopplysninger som er nødvendig for å yte, administrere eller kvalitetssikre helsehjelp til enkeltpersoner. Begrepet helseopplysninger er gitt en bred definisjon i lovens § 2 bokstav a. Her framgår det at begrepet omfatter «opplysninger og vurderinger om helseforhold eller av betydning for helseforhold, som kan knyttes til en enkeltperson». Utvalgets forslag innebærer at reglene i pasientjournalloven skal komme til anvendelse med mindre det er gitt særlige regler i tvangsbegrensningsloven. Ved eventuell konflikt mellom reglene i pasientjournalloven og tvangsbegrensningsloven skal reglene i tvangsbegrensningsloven gjelde.

Nummer 7. helsetilsynsloven

Lovutkastet har bestemmelser om tilsyn i § 10-2 nr. 7, § 10-5 nr. 4 og § 10-6. Disse reglene gjelder i tillegg til reglene i helsetilsynsloven. Utvalgets forslag innebærer at ved eventuell konflikt mellom disse reglene og reglene i helsetilsynsloven, skal reglene i tvangsbegrensningsloven gjelde.

Nummer 8. forvaltningsloven

Lovutkastet har særlige regler om saksbehandling i første instans i kapittel 9, klage og omgjøring i kapittel 12 og om saksbehandlingen for tvangsbegrensningnemnda i kapittel 13. Ved konflikt mellom disse reglene og reglene i forvaltningsloven skal reglene i tvangsbegrensningsloven gjelde.

¹⁵¹⁸Forskrift om helsepersonellovens anvendelse for personell som yter tjenester etter lov om kommunale helse- og omsorgstjenester, 2011

Kapittel 2: Plikt til forebygging og rett til et tilrettelagt tjenestetilbud uten bruk av tvang m.m.

Til § 2-1 Plikt til forebygging av tvang

Generell omtale er gitt i kapittel 22.

Første ledd nummer 1 og nummer 2 innebærer en tydeliggjøring og forsterking av plikten til forebygging, sammenliknet med hva som framgår av gjeldende rett.

I *nummer 3* er det presisert at plikten til forebygging også omfatter systematisk evaluering av faktorer som har betydning for bruk av tvang. Det vises til forskrift om ledelse og kvalitetsforbedring i helse- og omsorgstjenesten § 8. Denne bestemmelsen gir nærmere orientering om hva plikten til å evaluere virksomhetens aktiviteter innebærer.

Andre ledd gir departementet hjemmel til å gi nærmere bestemmelser om virksomhetens plikt til forebygging.

Til § 2-2 Rett til et tilrettelagt tjenestetilbud uten bruk av tvang

Generell omtale er gitt i kapittel 22.

Bestemmelsen tydeliggjør en rettighet som allerede ligger i dagens lovgivning, men som det har vært lite fokus på. Det er presisert at retten til et tilrettelagt tilbud fra helse- og omsorgstjenesten uten bruk av tvang inkluderer utprøving av frivillige alternativer, herunder tillitskappende tiltak. Som et utslag av utvalgets økte oppmerksomhet på gjennomføringsfasen, er det også presisert i lovutkastet at retten gjelder både før det treffes vedtak og i gjennomføringsfasen.

Innholdet i retten til et tilrettelagt tjenestetilbud kan bare prøves i sak etter tvangsbegrensningsloven. Det kan altså ikke fremmes separat klage etter pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 7. Hensynet til klarhet og ryddighet tilsier en slik løsning. Saksbehandlingen for tvangsbegrensningsnemnda om disse spørsmål kan dessuten framstå som særlig betryggende i høringssak etter utkastet § 11-1, se § 13-5 femte ledd.

Til § 2-3 Tilbud om veiledning av foreldre

Generell omtale er gitt i punkt 17.6.

Bestemmelsen har ingen direkte parallell i eksisterende lovgivning. Imidlertid foreligger det en alminnelig veiledningsplikt og foreldre har særlig rett til informasjon om sine barns helse-tilstand etter pasient- og brukerrettighetsloven §§ 3-3 og 3-4. Foreldrenes rett til informasjon gjelder under visse forutsetninger også for barn over 16 år, og er en rettighet som er vesentlig for foreldrenes mulighet til å oppfylle sitt foreldreansvar.

I enkelte tilfeller vil barnets motstand, til tross for at de har et «sterkt behov» for helsehjelp, være så massiv at videre tiltak er å anse uforsvarlige, bl.a. fordi det kan ødelegge for en behandlingsrelasjon i et lengre tidsperspektiv. Siden barnet er pasienten, vil et ordinært tilkynningsforhold til helsetjenesten opphøre når behandlingsrelasjonen avsluttes. Foreldrenes omsorgsplikt består imidlertid og for at de skal kunne yte en god omsorg vil de kunne ha behov for veiledning fra helsetjenesten.

Denne problemstillingen er sannsynligvis mest framtrедende i psykisk helsevern. Gjennom en kontakt mellom foreldre og helsetjenesten vil det være mulig å fange opp endringer i tilstan-

den. Det gir mulighet for å forhindre at akutte intervensjoner må gjøres overfor barnet. Foreldrene avgjør om de vil motta veiledning. Hvor omfattende veiledningen skal være må tilpasses barnets behov.

Bestemmelsen får tilsvarende anvendelse om andre enn foreldrene innehar foreldreansvaret.

Til § 2-4 Evaluering av bruk av tvangsvedtak

Bestemmelsen viderefører i hovedsak bestemmelsen i psykisk helsevernloven § 4-2 tredje ledd.

Etter *første ledd* skal nærmere angitte tvangstiltak evalueres sammen med personen. Evalueringen skal gjennomføres så snart som mulig etter at tiltaket er avsluttet. Bestemmelsen pålegger virksomheten en klar forpliktelse til å gjøre en innsats for å trekke personen som har vært utsatt for tvang, med i evalueringen. For personen er bestemmelsen derimot en rettighet.

I *andre ledd første punktum* slås det fast at minstekravet er at personer som har vært utsatt for tvangstiltak, skal tilbys en samtale om hvordan vedkommende har opplevd tvangsbruken. Etter *andre punktum* skal personens syn på iverksatte tiltak nedtegnes i pasientjournalen. Dette er viktig med tanke på senere vurdering av vilkår om antatt samtykke og føringene om at tvangstiltak skal være nødvendige og gjennomføres så skånsomt som mulig.

Se også omtalene i kapittel 22-27.

Kapittel 3: Beslutningsstøtte, pårørendes rettigheter mv.

Til § 3-1 Rett til tilpasset informasjon og medvirkning

Bestemmelsen er omtalt i punkt 28.7.4.2 og 28.10.

Tilpasset informasjon og medvirkning er avgjørende for at en person skal kunne utøve sin beslutningskompetanse og medvirke ved beslutninger som angår vedkommende. For barn som ikke innehar beslutningskompetanse er retten til informasjon og medvirkning grunnleggende for at de skal kunne få utøve sin medvirkningsrett og for at de som tar avgjørelsen for barnet, kan gjøre det ut fra hensynet til barnets beste.

Første ledd henviser til gjeldende rett og er strengt tatt overflødig. Etter utvalgets mening er det av pedagogiske hensyn likevel viktig å vise til disse bestemmelsene. For at medvirkningsretten skal være reell må informasjon tilrettelegges, jf. pasient- og brukerrettighetsloven § 3-5 og medvirkningssituasjonen må være tilpasset mottakerens individuelle forutsetninger. Dette er hensyn som får ekstra tyngde i saker som gjelder bruk av tvang, inngrep uten gyldig samtykke og andre rettighetsbegrensende tiltak. I saker som gjelder barn må det tas hensyn til deres personlige forutsetninger. Foreldrenes rett til informasjon etter pasient- og brukerrettighetsloven §§ 3-3 og 3-4 må ivaretas.

Andre ledd viser til tiltakets gjennomføringsfase, der medvirkningsretten gjelder med samme styrke. Som ledd i gjennomføringen kan det være nødvendig med fornyet informasjon.

Tredje ledd: For å sikre at informasjon og medvirkning er tilpasset den enkelte, foreslår utvalget at det personellet som har ansvar for å føre journal, skal nedtegne i journalen hvordan retten til tilpasset informasjon og medvirkning er ivaretatt og gjennomført, jf. helsepersonelloven §§ 39 og 40.

Til § 3-2 Utprøving av nye modeller for beslutningsstøtte

Utvalgets flertall (alle medlemmene, unntatt Erichsen og Gitlesen) vurderer det slik at rene beslutningsstøtteordninger fortsatt er på idèstadiet og at det å utvikle og foreslå en mer gjennomgripende reform, åpenbart sprenger rammene for mandatet. Utvalget ser derfor behov for et betydelig utviklingsarbeid. Det foreslår derfor at det lovfestes at slik utprøving skal finne sted med tanke på å avklare problemstillinger av rettssikkerhetsmessig art som er skissert i utredningen. Departementet gis ansvar for å prøve ut modeller for veiledning, rådgivning og støtte til personer som ønsker hjelp til å ta egne beslutninger i saker etter tvangsbegrensningsloven, se punkt 20.7.9.

Til § 3-3 Hvem som kan utøve pårørenderettigheter

Bestemmelsen er omtalt i punkt 28.10.

Første ledd: Bestemmelsen etablerer en felles ramme for pårørendeinvolvering og grensene for denne ved tvang og inngrep uten samtykke. I det store bildet utgjør bestemmelsen en innstramming og klargjøring sammenlignet med det som i dag framgår av psykisk helsevernloven. Bestemmelsen bygger på prinsippene i pasient- og brukerrettighetsloven med enkelte språklige og innholdsmessige justeringer. Utgangspunktet er at nærmeste pårørende kan utøve rettigheter så lenge personen tiltaket gjelder, ikke motsetter seg dette. Det betyr at det ikke kreves positivt samtykke, som ellers er utgangspunktet i pasient- og brukerrettighetsloven. I lys av behovet for å ivareta rettssikkerheten ved tvang og andre inngripende tiltak vurderes dette imidlertid som rimelig. Utkastet baserer seg på en presumsjon for at personen selv ønsker pårørendeinvolvering, jf. uttrykksmåten «eller forholdene tilsier det» i pasient- og brukerrettighetsloven § 3-3 første ledd som bygger på en slik tankegang: Lovutkastet kan anses som en presisering av rekkevidden av denne bestemmelsen.

Andre ledd: Foreldreansvaret består fram til barnet er fylt 18 år. Følgelig må foreldrene inneha rollen som nærmeste pårørende for å kunne utføre sine plikter. I en situasjon der det er aktuelt å anvende tvang eller andre rettighetsbegrensende tiltak er det særs viktig at foreldrene ivaretar sine rettigheter og plikter. I tilfelle andre har foreldreansvaret eller barneverntjenesten har overtatt omsorgen trer disse inn i foreldrenes sted.

Til § 3-4 Personens rett til å nekte pårørende å utøve rettigheter

Bestemmelsen er omtalt i utredningen punkt 28.10.

Første ledd: Utvalget foreslår at det kan gjøres unntak fra utgangspunktet om at nærmeste pårørende kan utøve rettigheter etter lovforslaget, uten at det foreligger positivt samtykke fra personen selv, jf. lovforslaget § 3-3.

En forutsetning er likevel at personen er beslutningskompetent for denne problemstillingen. Om personen er vurdert til ikke å ha beslutningskompetanse for andre spørsmål som omfattes av loven, er uten betydning. Det neste unntaket fanger opp den situasjonen at det i realiteten ikke eksisterer en fungerende pårørenderelasjon. Dette er ikke en upraktisk situasjon, for eksempel i psykisk helsevern. Hensynene bak å gi rettigheter under saksbehandlingen svikter i slike tilfeller. Dette fanges ikke opp av dagens lovgivning som nøyer seg med å fokusere på normaltilfellene. Selv om personen ikke er å anse som beslutningskompetent kan vedkommende likevel ha gode grunner for å motsette seg at pårørende har rettigheter etter loven. Hvorvidt personens mening skal få gjennomslag eller overprøves vil avhenge av en samlet vurdering, der blant annet omfanget og kvaliteten av kontakten mellom personen og den nærmeste pårørende inngår, hvilken interesse nærmeste pårørendes har vist for å utøve rollen og

om det er registrert interessekonflikter mellom personen og nærmeste pårørende som kan bidra til å svekke den rettssikkerhetsfunksjon pårørende er ment å ivareta.

Andre ledd: Det er gjort to unntak fra personens mulighet til å frata nærmeste pårørende sin rett til å utøve rettigheter etter loven. Det gjelder for det første når personen har et omsorgsansvar for barn. Hva det innebærer er nærmere omtalt i kapittel 17.4. Her mener utvalget at hensynet til barn må gå foran personens ønske om å frata nærmeste pårørende denne rollen. Vold i nære relasjoner kan være en problemstilling ved ulike tilstander som omfattes av lovutkastet, og det er et særskilt ansvar å sikre barns integritetsvern. Det neste unntaket gjelder der personen har «alvorlig sinnslidelse» og utgjør en nærliggende og alvorlig fare for andres liv og helse. Her aktualiseres tilsvarende hensyn som ligger til grunn for bestemmelsen i § 5-5.

Til § 3-5 Tiltak for å sikre rettssikkerhet gjennom representasjon

Se omtale i punkt 28.10.2.5.

Kapittel 4 Tiltak i nødssituasjoner

Generelt. Lovutkastet legger opp til en uttømmende regulering av inngrep i nødssituasjoner i helse- og omsorgstjenesten. Dette betyr at det ikke vil være mulig å bygge på strafferettslig nødrett som supplerende grunnlag for inngrep, slik situasjonen til dels er i dag. Strafferettslig nødrett blir heretter et forhold mellom det aktuelle personellet og politi og påtalemyndighet, og vil ikke være et grunnlag tjenestene kan hensynta som grunnlag for sin virksomhet.

Særlig i relasjon til lovutkastet kapittel 4 kan det være et poeng å understreke at det må foreligg en relasjon mellom personen og helse- og omsorgstjenesten i forkant av nødssituasjonen. Kapittel 4 kommer altså ikke til anvendelse overfor personer som helse- og omsorgstjenesten ikke har noe ansvar for.

Kapitlet kommer til anvendelse uavhengig av om tiltaket forutsetter bruk av tvang eller ikke.

Lovutkastet klargjør og strammer inn rammene for når tjenestene kan gripe inn i nødssituasjoner av hensyn til personen selv (nødrett) eller andre (nødverge). Plikten til inngrep reguleres ikke, her gjelder helsepersonelloven § 7. Se nærmere omtale i kapittel 23.

Til § 4-1 Inngrep i nødssituasjoner av hensyn til personen selv (nødrett)

Første ledd. Bestemmelsen hjemler inngrep i situasjoner der personens egne interesser er i fare. Uttrykksmåten «akutt fare» er valgt som beskrivelse av situasjonen som må foreligge. I dette ligger at det må foreligg en krise i rask utvikling mot et punkt der det senest må gripes inn om skade skal kunne hindres eller begrenses. Selv om kravene til situasjonen slik er strenge, gir uttrykksmåten likevel en viss fleksibilitet til å ta hensyn til hvilken type skade det er fare for. Akuttkravet vil således være strengere ved fare for tingskade enn ved fare for personens liv. Dette er særlig aktuelt der det hefter stor usikkerhet ved bedømmelse av situasjonen: hvor kritisk denne er. Ordvalget setter likevel relativt strenge grenser for hvor langt vilkåret kan tøyes i konkrete saker. Se nærmere omtale i punkt 23.5.

Andre ledd. Etter første ledd er det fare for liv, helseskade eller materiell skade som kan gjøre inngrep rettmessig. I noen få tilfeller er det behov for å utvide kretsen av vernede interesser. Dette gjelder ved ekstreme tilfeller av selvfordreelse, som at en person med demens kler av seg på kjøpesenteret eller en person med utviklingshemning griser seg til med egen avføring. Her er det hensynet til å sikre respekten for vedkommendes menneskeverd som gjør inngrep rettmessig. Kravet om «omfattende orienteringssvikt» virker avgrensende – det er personer

som ikke har en oppfatning av tid, sted og situasjon det kan gripes inn mot. Bestemmelsen omfatter ikke rusbruk eller kriminell atferd.

Tredje og fjerde ledd. Her uttrykkes alminnelige krav til et inngrep, som også kommer til anvendelse i nødssituasjoner. Det er ikke rom for vurderinger av beslutningskompetanse eller antatt samtykke. Tidsfaktoren og situasjonens preg av dramatikk kan påvirke vurderingene, se punkt 23.6 og mer generelt om disse vurderingstema i punkt 14.2.2.3.

Femte ledd. Formuleringen uttrykker sentrale trekk ved en nødrettsbestemmelse. Ved behov for inngrep uten samtykke etter at situasjonen har roet seg, må tiltak etter andre deler av loven eventuelt vurderes.

Til § 4-2 Inngrep i nødssituasjoner av hensyn til andre (nødverge)

Bestemmelsen utgjør en parallell til § 4-1 der det er hensynet til andre som begrunner inngrepet. Ved nødverge står rett mot urett og tersklene for inngrep senkes. Både interessene til personellet, eventuelle medbeboere eller medpasienter og helt utenforstående kan ivaretas, se nærmere omtale i punkt 23.6.

Til § 4-3 Bruk av særlig inngripende tiltak som skadeavverging i nødssituasjoner

Generelt. Utvalget har funnet behov for å etablere særlige rettssikkerhetsgarantier rundt enkelte tiltak i nødssituasjoner. Slike er kalt «særlig inngripende tiltak». (Samme uttrykksmåte er brukt i lovutkastet § 1-3 fjerde ledd, men uten at vilkårene har et helt likt meningsinnhold.) Lovutkastet legger opp til en uttømmende regulering av inngrep i nødssituasjoner. Fordi fysisk inngripen ofte vil være et førstevalg der alternativer til tvang ikke fører fram, kan ikke «kortvarig fastholding» defineres som et særlig inngripende tiltak, jf. psykisk helsevernloven § 4-8 andre ledd bokstav d. Dette kan ved første øyekast virke oppsiktsvekkende, men er et resultat av utvalgets ønske om en uttømmende regulering av tvang for slik å etablere klarhet og åpenhet som grunnlag for effektive tiltak for å redusere tvangsbruk. Etter psykisk helsevernloven har man ikke hatt denne ambisjonen, med uklarhet og spillerom for ulovfestet nødrett som resultat. Se punkt 23.6.2.

Første ledd. Her listes opp de fem kategoriene av tiltak som skal regnes som «særlig inngripende» og med det underlegges et høyere nivå av rettssikkerhet. Bruk av disse tiltakene forutsetter for det første at vilkårene i § 4-1 eller § 4-2 er oppfylt. Etter § 4-3 første ledd er det så lagt på et skjerpet krav til nødvendighet – «strengt nødvendig» – og i tillegg stilles det mer spesifikke krav til de ulike tiltakene i de påfølgende paragrafer (§§ 4-4 til 4-8).

Bruken av nevnte tiltak gjelder «som skadeavverging» i nødssituasjon. Det er betyr at det er der tiltaket i seg selv er brukt for å oppnå en slik effekt som er regulert. Der personen for eksempel i forbindelse med en ulykke, må spennes fast for å få gjennomført et akutt medisinsk inngrep er vi utenfor § 4-3.

Andre ledd. En problemstilling, blant annet i psykisk helsevern, har vært om lovens vilkår kan omgås gjennom samtykke fra personen. Utglidingsfaren er her betydelig og utvalget har vurdert at det ikke bør være adgang til å samtykke til særlig inngripende tiltak uten at lovens vilkår samtidig er oppfylt.

Tredje ledd. Kunnskap og erfaringer tilsier at mye kan gjøres for å redusere bruken av tvang, se utredningen kapittel 11. I Norge har blant annet bruk av mekaniske innretninger i psykisk helsevern kommet i søkelyset. Understøttet av tunge, nasjonale faglige initiativ, vurderer utvalget at det er potensiale for å avskaffe all bruk av mekaniske tvangsmidler i nødssituasjoner i løpet av en periode på tre år, eventuelt med unntak av i sikkerhetspsykiatrien. Utvalget foreslår følgelig at hjemmelen for dette spesifikke virkemidlet tidsavgrenses til tre år, se punkt 23.7.5.2.

Stortinget må da få seg forelagt spørsmålet på nytt om det vurderes at hjemmelen bør videreføres i en eller annen form.

Til § 4-4 Særlige grenser for bruk av mekaniske innretninger som skadeavverging

Første ledd. Se generelt om tematikken i punkt 23.7.5.2. Bestemmelsen stiller særlige krav for bruk av mekaniske innretninger som hindrer personens bevegelsesfrihet, som akutt skadeavverging. Utvalget vurderer at psykisk helsevern har en siste skanse-funksjon i helse- og omsorgstjenesten og at det ikke er mulig å forby dette virkemiddelet over natten. Det vises til kommentarene til § 4-3 tredje ledd om tidsbegrensning av hjemmelen.

Den viktigste innstrammingen i hjemmelen – også for bruk av mekaniske innretninger – ligger i avgrensningen til akutte nødssituasjoner. Dette vil representere en klargjøring og vesentlig innstramming sammenlignet med psykisk helsevernloven § 4-8 og er sannsynligvis et nødvendig grep for å bringe norsk rett – så vel regelverk som praksis – i samsvar med internasjonale menneskerettighetsstandarder. Begrensningen til akutsituasjoner skal forstås slik at de mekaniske innretningene straks må frakobles når situasjonen har roet seg. Utvalget er avvisende til å oppstille konkrete maksgrenser for hvor lenge en person for eksempel skal kunne være beltelagt. Slike vil lett kunne motvirke intensjonen i lovutkastet ved å bli oppfattet som et signal om hva som i de fleste tilfeller kan godtas.

Tiltaket kan bare brukes i institusjon for psykisk helsevern som er særlig godkjent for dette. Vilkår for godkjenning fastsettes i forskrift.

Bruk av mekaniske innretninger overfor barn reiser særlig bekymring. Aldersgrensen etter psykisk helsevernloven § 4-8 andre ledd er 16 år. Utvalget har vurdert en heving til 18 år. Enkeltsaker kan imidlertid være svært vanskelige og utvalget har vurdert at en overgang til forbud mot denne typen tiltak bør forberedes like godt for barn som for voksne, se 23.7.5.2.4.

Andre ledd. Bestemmelsen innebærer at mekaniske innretninger som begrenser bevegelsesfriheten, ikke skal kunne brukes ved rent materiell skade. Dette representerer en innstramming sammenlignet med psykisk helsevernloven § 4-8. Om det er personens eget liv eller helse som er i fare, eller andres, er uten betydning.

Tredje ledd. En viktig forutsetning for å redusere bruken av mekaniske innretninger i nødssituasjoner er å begrense tilgangen. Formålet med tredje ledd er at disse virkemidlene ikke skal være lett tilgjengelige. Slik fremmes andre måter å håndtere situasjonen på.

Til § 4-5 Særlige grenser for bruk av skjerming som skadeavverging

I utvalgets opplegg er reguleringen av bruk av skjerming inndelt etter formål. I kapittel 4 er det skjerming brukt som akutt skadeavverging som er aktuelt. I psykisk helsevern er dette gjerne omtalt som «isolering». Se generelt om tematikken i punkt 23.7.5.3. Generelle krav til skjermingslokaler er nedfelt i utkastet § 8-2, som må ses i sammenheng med § 8-1 om skånsomhet og ivaretagelse av grunnleggende behov. Særlig sammenlignet med situasjonen i psykisk helsevern i dag, representerer dette en vesentlig innstramming og humanisering.

Tiltaket er ikke avgrenset til bestemte arenaer, noe som er drøftet i de alminnelige motiver. En viktig rettssikkerhetsgaranti ligg i begrensningen til akutsituasjoner.

Sammenlignet med psykisk helsevernloven § 4-8 andre ledd representerer det en innstramming at personen må være over 18 år før dør kan låses av sikkerhetshensyn. I dag gjelder det en grense på 16 år. Begrunnelsen er knyttet til barns særlige behov og menneskerettslige vern.

Til § 4-6 Særlige grenser for bruk av legemidler som skadeavverging

Se punkt 23.7.5.4.

Til § 4-7 Særlige grenser for bruk av fysisk nedleggelse som skadeavverging

Som nevnt i merknadene til § 4-3, kan ikke «kortvarig fastholding», jf. psykisk helsevernloven § 4-8 andre ledd bokstav d, defineres som et særlig inngripende tiltak. Den kvalifiserte og mer inngripende varianten fysisk nedleggelse blir derimot omfattet. Det vises ellers til punkt 23.7.5.5.

Til § 4-8 Særlige grenser for bruk av tilbakehold ved akutt selvmordsfare

Se punkt 23.8.5.6.

Til § 4-9 Rett til å velge tiltak og gjennomføringsmåte

Første ledd. Noen personer det må gripes inn mot i nødssituasjoner har sterke preferanser for at det ene eller andre tiltaket velges, eller hvordan det utføres. At dette er synspunkt som skal ha stor vekt i vurderingen er uten videre klart. I en relasjon preget av sterk maktulikhet kan det imidlertid være en fare for at lovens intensjon ikke alltid blir forstått eller praktisert. Selv om det neppe vil gjelde mange, mener utvalget derfor at det er gode grunner til å styrke personenes posisjon gjennom å bygge ut medvirkningsretten til en rett til å velge tiltak og gjennomføringsmåte.

Ut fra problemstillingens karakter vil det som regel være snakk om valg som blir gjort i forkant med tanke på en tenkt situasjon. Men det samme må gjelde der personen i situasjonen gir uttrykk for bestemte ønsker, selv om det ikke er tid til å vurdere spørsmålet om beslutningskompetanse.

For valgfriheten må det selvsagt gjelde begrensninger så vel av praktisk som av faglig art. Blant annet må personellet ha tilstrekkelig kompetanse. Dersom personen framprovoserer situasjoner med mål om å bli medisineret med benzodiazepiner, kan det heller ikke gjelde en valgtrett: faglig forsvarlighet setter grenser. Det vises til punkt 23.8.

Andre ledd. For barn som er under den helserettslige myndighetsalder, kan det ikke være tale om annet enn en medvirkningsrett.

Til § 4-10 Vedtak om tiltak i repeterende nødssituasjoner

For noen personer kan inngrep i nødssituasjoner være en gjentakende problemstilling. Her vil det være viktig å se de ulike inngrepene og personens situasjon i sammenheng. Etter gjeldende rett er det lagt dårlig til rette for dette, med unntak av helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9. Utvalget foreslår derfor å ta i bruk modellen på kapittel 9-området også på de andre tjenestefeltene. Dette betyr at vedtaksprosess etter § 6-5 skal vurderes der dette kan redusere den totale tvangsbruken overfor personen.

Utvalget har ikke formulert bestemmelsen som en pliktbestemmelse ut fra at situasjonene kan være så ulike, for eksempel med hensyn til varigheten av et institusjonsopphold. I noen tilfeller kan det likevel være at personen har stadige kortvarige opphold der utfordringene med gjentatte nødsinngrep er tilbakevendende. Her må virksomheten se helhetlig på saken og det kan etter omstendighetene foreligge en plikt til å vurdere vedtak etter kapittel 6 med det formål å redusere tvangsbruken.

Det vises ellers til punkt 23.6.6 om tematikken.

Kapittel 5: Innleggelse og tilbakehold i helseinstitusjon m.m.

I Innleggelse og opphold som personer ikke motsetter seg

Generelt. Tematikken er behandlet i kapittel 24. Utvalget foreslår å avvikle konstruksjonen tvunget psykisk helsevern eller tvungen observasjon, se punkt 28.4.1.3, med unntak for dom til tvungent psykisk helsevern. Med dette blir fokus rettet mot det enkelte tiltak også i psykisk helsevern, noe som baner vei for en samordnet regulering av innleggelse og tilbakehold i helse- og omsorgstjenesten. Kapitlet omhandler hovedsakelig innleggelse og tilbakehold i helseinstitusjon, men enkelte unntak fra denne arenamessige begrensningen har gjort det nødvendig å legge til «m.m.» (med mer) i overskriften.

Til § 5-1 Alminnelige vilkår for innleggelse og opphold uten motstand

Det vises generelt til punkt 24.5. Et hovedgrep i lovutkastet er en innstramming av tvangsbegrepet, som knyttes til motstandstilfellene, jf. § 1-3. Der personen mangler beslutningskompetanse, men ikke motsetter seg innleggelse i helseinstitusjon eller bolig særskilt tilrettelagt for heldøgns helse- og omsorgstjenester, gjelder vilkårene i lovutkastet § 6-2. Denne bestemmelsen viderefører pasient- og brukerrettighetsloven § 4-6. Utvalgets opplegg betyr at det blir lettere å få tilgang til helsehjelp i form av institusjonsinnleggelse i psykisk helsevern og tverrfaglig spesialisert behandling for rusmiddelavhengighet enn i dag. Etter gjeldende rett må vilkårene for tvang være oppfylt i slike situasjoner.

Til § 5-2 Innleggelse og opphold uten motstand ved særlig risiko for framtidig bruk av tvang

Det vises generelt til punkt 24.5. Bestemmelsen skal demme opp for rettssikkerhetsmessige problemer som i noen tilfeller kan oppstå etter lovutkastet § 5-1. Bakgrunnen er særlig dommen H.L. mot Storbritannia fra 2004 i Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD). Her ble det slått fast at også personer som er innlagt i institusjon uten å vise motstand, kan måtte ses som frihetsberøvet etter Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen artikkel 5. I slike tilfeller kreves bedre rettssikkerhet enn etter utkastet § 5-1, jf. § 6-2, men ikke et rettssikkerhetsnivå som for tvang (i utvalgets begrepsbruk, jf. § 1-3).

Utvalgets løsning på de rettssikkerhetsmessige utfordringene er at det skal gjøres en konkret vurdering – typisk i forbindelse med innleggelsen – av om det er sannsynlig at personen vil ønske å forlate institusjonen i løpet av de nærmeste ti dager uten å få lov til. Om så er tilfelle, må det fattes vedtak og noen av de samme vilkår som for tvang etter utkastet § 5-4 kommer til anvendelse.

Utvalget har vurdert det som viktig at personer uten beslutningskompetanse som har et behov for institusjonsinnleggelse og som ikke viser motstand, skal ha lett tilgang til slik hjelp. Det må også gjelde i situasjonene som denne paragrafen regulerer. Det kan således verken være nødvendig at personen har et «sterkt behov» for innleggelse eller at det er nærliggende og alvorlig risiko for «vesentlig helseskade». Det bør også være tilstrekkelig at personen er undersøkt av én lege.

Ved vedtak om tiltak etter § 5-2 har virksomheten en sterk oppfordring til å tilrettelegge slik at personen ikke motsetter seg oppholdet etter at det er påbegynt. Om risikoen for motstand slår til, må det eventuelt vurderes vedtak etter § 5-4. Konverteringsforbudet i § 5-9 er ikke aktuelt på grunn av personens manglende beslutningskompetanse. Dersom situasjonen roer seg og personen ikke viser motstand, kan videre opphold baseres på § 5-1 (og selvsagt på personens samtykke dersom beslutningskompetansen gjenvinnes). Det kan være at det foreligger en

vedvarende risiko for motstand, og da kan vedtaket eventuelt forlenges med ytterligere 10 dager og så videre. Det kan også være at personen i utgangspunktet er innlagt etter § 5-1, men det senere oppstår en situasjon som krever vedtak etter § 5-2. Dette illustrerer at det ikke nødvendigvis bare er i innleggelsessituasjonen § 5-2 er aktuell.

Bestemmelsen representerer en helt ny konstruksjon i norsk rett. Dels senker den terskelen for å yte hjelp uten tvang (psykisk helsevern og rus), dels hever den terskelen (somatisk helsehjelp) noe og styrker rettssikkerhetsgarantiene betydelig, særlig med tanke på demensomsorgen.

II Forhåndssamtykke til tvungent tilbakehold

Til § 5-3 Forhåndssamtykke til tvungent tilbakehold i helseinstitusjon

Generelt. Se punkt 24.7. Tvungent tilbakehold har vært en særlig fokusert problemstilling i rusbehandlingen, blant annet ut fra et ønske om å mobilisere personens egne ressurser. Utvalget ser ikke grunn til å skille mellom tjenesteområdene. Blant annet innføringen av mangel på beslutningskompetanse som vilkår etter psykisk helsevernloven, har gjort problemstillingen mer aktuell også på det feltet. I lovutkastet kapittel 5 er bestemmelsen om forhåndssamtykke til tvang plassert før vedtaksbasert tvang. Dette er gjort for å markere et ønske om økt bruk av forhåndssamtykke som grunnlag for frihetsberøvelse. Rent formelt skaper løsningen en asymmetri til lovutkastets kapittel 6, men det har sine grunner: samtykkebasert tvang forutsettes å spille en mindre sentral rolle for andre helse- og omsorgstjenester.

Første ledd. Tungtveiende faglige grunner er et gjennomgående vilkår etter alle bestemmelsene om forhåndssamtykke til tvang, se også lovutkastet §§ 6-23 og 6-24. Slike vil rimeligvis knytte seg til viktigheten av å sikre stabilitet i oppfølgingen over en periode, men må begrunnes konkret.

Andre ledd gjør oppfylling av de eksplisitte kravene til samtykkedokumentet i § 9-21 til en gyldighetsbetingelse. Dette vurderes som en viktig side ved rettssikkerheten når de materielle rammene for adgangen til å forhåndssamtykke utvides.

Tredje ledd fastslår at det også kan avgis samtykke «under oppholdet». Dette er en utviding sammenlignet med gjeldende rett som er nødvendig for å gjøre ordningen mer anvendelig. Der forhåndssamtykke avgis «under oppholdet» er forutsetningen at vedkommende er innlagt på frivillig grunnlag, eventuelt kan det være snakk om overgang fra vedtaksbasert tvang til tvang basert på forhåndssamtykke.

Bestemmelsen åpner eksplisitt for at det også kan samtykkes til tvangsinnleggelse, ikke bare tilbakehold. Dette vil nok bare sjelden være aktuelt. Det er tilbakehold som også i framtiden antas å være den mest praktisk problemstillingen. Tvangsinnleggelse er av den grunn ikke nevnt i overskriften til paragrafen.

Etter *fjerde ledd* er samtykkeperioden tre uker regnet fra avgivelsen. Personer som «aktivt ønsker» det, kan binde seg for inntil seks uker. I «aktivt ønsker» ligger at det er personen selv som må ta initiativet til en slik løsning.

Femte ledd gir hjemmel for å fornye samtykket, men her gjelder en angrerett på 24 timer etter avgivelse. Utvalget har vurdert denne modellen opp mot helse- og omsorgstjenesteloven § 10-4 andre ledd sitt system der tilbakehold ved motivasjonssvikt skal gi rom for en refleksjonsperiode. Utvalgets alternativ forutsetter at tjenestene er i forkant og jobber med motivasjonen før krisen er et faktum.

III Innleggelse og tilbakehold som personen motsetter seg

Til § 5-4 Alminnelige vilkår for innleggelse og tilbakehold som personen motsetter seg

Generelt. Det vises generelt til punkt 24.8. Bestemmelsen er hovedbestemmelsen om vedtaksbasert tvangsinnleggelse og tvungent tilbakehold. Lovutkastet er laget slik at andre bestemmelser i stor grad viser tilbake til denne.

Enkelte av vilkårene er av allmenn karakter for lovutkastet, og det vises til mer generelle drøftinger i utredningen. Andre er det naturlig å kommentere i relasjon til § 5-4, selv om de også gjenfinnes enkelte andre steder.

Første ledd.

For *nummer 1* om tillitsskapende tiltak vises til kapittel 22.

I *nummer 2* er det stilt opp et vilkår om «sterkt behov» for behandlingsopphold. For å unngå utgliding er det spesifisert at behandlingsopphold for psykiske helseproblemer må skje i institusjon for psykisk helsevern (bokstav a), og at behandlingsopphold for rusproblemer må skje i institusjon for tverrfaglig spesialisert behandling for rusmiddelavhengighet (bokstav b). Behandling av spiseforstyrrelser blir i lovutkastet fortsatt sett som et psykisk helseproblem, med unntak for rent livreddende behandling. Hjemmel for gjennomføring av tvangsernæring i somatisk institusjon, men under ansvar av psykisk helsevern, er tatt inn i lovutkastet 6-12 tredje ledd.

Utvalget vurderer at tvangsinnleggelse og tvungent tilbakehold i spesialisthelsetjenesten bare bør kunne skje som ledd i spesialisert behandling, herunder tilknyttede undersøkelser. Dette representerer en innstramming sammenlignet med i dag. I alderspsykiatrien har vi eksempler på at pasienter er blitt holdt tilbake etter pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A når vedtak etter psykisk helsevernloven kapittel 3 er underkjent av kontrollkommisjonen.

Tvungen innleggelse og tvungent tilbakehold kan også skje for personer med somatiske helseproblemer i institusjon i den kommunale helse- og omsorgstjenesten. I dette ligger avgrensninger. Personen må ha helseproblemer av somatisk karakter, hvilket må sondres fra psykiske helseproblemer og rusproblemer. Formålet med institusjonsplasseringen er ofte pleie og omsorg, selv om det også kan ligge behandlingsmessige aspekter i dette. I gjeldende lovgivning har institusjonsbegrepet ikke et ensartet innhold, se punkt 19.4.4. Utvalget har av denne grunn valgt å foreslå en forskriftshjemmel i lovutkastet § 1-4 tredje ledd med tanke på en begrepsdefinisjon som samsvarer med intensjon i utkastet til tvangsbegrensningslov. Med «institusjon i den kommunale helse- og omsorgstjenesten» sikter utvalget primært til sykehjem, men det kan også dreie seg om barneboliger eller lokallmediske senter. Utvalget forutsetter at rusinstitusjoner ikke skal omfattes, jf. punkt 24.7.2.3.

Under vekten av CRPD og Stortingets understreking av at bestemmelser som bygger på diagnoser eller diagnosenære kriterier skal være «en siste utvei», har utvalget vurdert alternativer til «alvorlig sinnslidelse» i psykisk helsevernloven og misbruk eller rusmiddelavhengighet i helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 10. Det blir vist til punkt 24.8.2. Utvalget vurderer at en kombinasjon av et krav om at personen (1) har «sterkt behov» for oppholdet og (2) mangler beslutningskompetanse, jf. § 5-4 nr. 4, vil ivareta den funksjonen som i dag er uttrykt gjennom diagnosenære kriterier. Dette er i grunntrekk den reguleringsmodellen som i dag er brukt i pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A. Utvalget vurderer at dette kan danne utgangspunkt for en felles lov, men der terskelen for inngrep er hevet sammenlignet med dagens kapittel 4 A.

Vilkåret «sterkt behov» etablerer en kobling mellom personens individuelle behov og det tjenestene har å tilby. For at tvangsinnleggelse eller tvungent tilbakehold kan komme på tale, kreves det at tjenestene i høy grad er i stand til å imøtekomme personens individuelle hjelpebehov på en effektiv måte: ellers vil det ikke foreligge et sterkt behov.

Vurderingen av om det foreligger «sterkt behov» er et rettslig vilkår, men vil nødvendigvis måtte ta utgangspunkt i faglige synsmåter. Tilsvarende gjelder for øvrig den konkrete vurderingen av hva som utgjør en «alvorlig sinnslidelse» etter gjeldende rett – forskjellen er at det er mulig å gi dette vilkåret et klarere innhold på regelnivå. For å demme opp mot ulikhet i praktiseringen av «sterkt behov», foreslås det derfor å lovfeste at vurderingene må «ta utgangspunkt i hva som er allment akseptert i klinisk praksis», jf. andre ledd. I realiteten betyr dette – ved iverksettelsen av lovutkastet – at det (i psykisk helsevern) er de tilstander som faller inn under «alvorlig sinnslidelse» som kan gi grunnlag for å treffe vedtak om frihetsberøvelse. Dette fordi klinisk praksis rimeligvis vil være innrettet på dagens lovgivning.

På noen punkt vil likevel klinisk praksis kunne være sprikende. Kravet «allment akseptert» innebærer her en konservativ og tvangsrestriktiv tilnærming. Utvalget legger likevel opp til, og finner det uproblematisk, at «sterkt behov»-kriteriet har et iboende dynamisk element. Utvalget forutsetter imidlertid at glidninger skal skje gradvis og ha en solid kunnskapsmessig forankring.

Med bruken av ordet «sterkt» uttrykkes at hjelpebehovet må være uttalt eller åpenbart for at tvang skal kunne benyttes. Som markert ovenfor er det ikke tilstrekkelig at personen har et rettskrav på tjenesten etter pasient- og brukerrettighetsloven §§ 2-1 a og 2-1 b, begge andre ledd. Utvalget vurderer at det er situasjoner der det – sett bort fra tvangselementet og de særlige spørsmål det reiser – vil utgjøre en klar forsømmelse ikke å yte hjelp som omfattes. Som nevnt er det ikke bare personens objektive behov som skal vurderes, men dette sett opp mot det som faktisk tilbys av hjelp.

Utvalget har vurdert om det også bør gjelde et krav om at personen har et «umiddelbart» hjelpebehov, men har avstått fra dette da det vil gi for sterke assosiasjoner til nødsituasjoner. Utvalget mener det vil gi en for snever ramme. Samtidig er det klart at også situasjonens eventuelle preg av dramatik er et moment i vurderingen.

Vilkåret i *nummer 3* gjelder for det første hvilke interesser som må være truet for at tvangsinnleggelse og tvungent tilbakehold skal komme på tale. Om begrunnelsen for valget av kriteriet fare for eget liv eller for at personen skal bli påført vesentlig helseskade, se punkt 24.8.3. I «vesentlig» ligger at helseskaden må ha betydelig omfang og/eller alvorlige konsekvenser. Bestemmelsen innebærer en innstramming både i den spesialiserte rusbehandlingen og i psykisk helsevern. I psykisk helsevern avvikles det såkalte behandlingskriteriet.

Vesentlig psykisk skade vil ha fokus rettet mot funksjonstapet, jf. punkt 14.4.1.2. Eksempel på «vesentlig» psykisk skade vil være der uttalt symptombelastning for eksempel i form av vrangforestillinger, langt på vei fratar personen muligheten til å utrette dagligdagse gjøremål, som å følge opp skole/arbeid med mer. Også tap av mulighet til bedring kan i prinsippet omfattes – den usikkerhet som tidligere har vært reist, ryddes nå til side av utvalget –, selv om terskelen heves fordi intervensjon ligger i skadebegrepets randsone.

Overgang til et skadekriterium i psykisk helsevern vil skjerpe kravene til begrunnelse for å etablere og opprettholde tvang. En innstramming i lovteksten vil presse fram at vekten må legges på de negative konsekvensene av psykiske symptomer, ikke symptomene i seg selv. Et slikt sterkere fokus på individuelle vurderinger av pasientens situasjon, vil være godt i samsvar med den måte vår helselovgivning ellers er bygget opp på. I dagens lovgivning kan det

oppfattes som en noe underlig konstruksjon at problemstillingen ved inngrep etter tilbakefallskriteriet i psykisk helsevernloven § 3-3 nr. 3 bokstav a kan bli redusert til et spørsmål om omfang av symptomer og tidspunkt for et eventuelt tilbakefall, og ikke også konsekvensene: for eksempel om det må antas at pasienten vil pådra seg et *varig* funksjonsfall.

Nummer 3 regulerer også den prognosevurdering som må gjøres om det framtidige utviklingsløpet, der tiltak ikke iverksettes. Se generelt punkt 24.8.4. Dette er en tematikk som i varierende grad er adressert i gjeldende lovgivning. Utvalget har vektlagt at vurderingstemaet bør gjenspeile at kravet til sikkerhet om det videre utviklingsløpet bør variere blant annet etter hvilken skade det er risiko for skal inntreffe, hvor nært i tid skadeutslaget ligger og sannsynlighetsgraden. Uttrykksmåten «nærliggende og alvorlig risiko» er valgt. Dette er en kjent formulering fra psykisk helsevernloven § 3-3 nr. 3 bokstav b i dag, men vurderes å fange opp de nevnte hensyn og dermed som tjenlig for hele feltet.

I utvalgets opplegg der konstruksjonen tvungent psykisk helsevern ikke videreføres, blir fokus rettet mot de enkelte tiltak. Psykisk helsevernlovens forverringsalternativ som i praksis er knyttet til behovet for å opprettholde medikamentell behandling, er derfor plassert i bestemmelsen om tvangsmedisinering, se lovutkastet § 6-10 nr. 4. Dette er en spesialvariant av prognosekravet som skal bidra til å forhindre overforbruk av tvang i psykisk helsevern, se punkt 25.6.2.2.9.

For *nummer 4* og *nummer 5* vises til kapittel 21. Kravet om fravær av beslutningskompetanse blir allmenngjort og ventes særlig å få betydning i rusbehandlingen ved at tvangstiltak basert på vedtak etter § 5-4 vil være av kortvarig karakter. Vilkårene kommer ikke til anvendelse der personen ikke er helserettslig myndig.

For *nummer 6* og *nummer 7* vises til punkt 14.2.2.3. Barns rettsstilling er et gjennomgående fokus i lovutkastet og gjenspeiles også i momentene knyttet til forholdsmessighetsvurderingen.

Nummer 8 representerer en videreføring av gjeldende rett på psykisk helsefeltet, se psykisk helsevernloven § 3-3 nr. 5, jf. lovutkastet § 2-1 første ledd nr. 2.

Nummer 9: Se punkt 28.6.4.2.1. Kravet om uavhengig legeundersøkelse opprettholdes i psykisk helsevern og utvides til tverrfaglig spesialisert behandling for rusmiddelavhengighet ut fra forslaget om omlegging av inntaksmodellen. Også ellers foreslås et krav om undersøkelse av lege, for eksempel ved tvangsinnleggelse i sykehjem. Utvalget vurderer at dette trolig er nødvendig ut fra hensynet til menneskerettslige krav ved at årsakene til de utfordringer som aktualiserer spørsmålet om frihetsberøvelse kan være av somatisk art som kan avhjelpes med andre tiltak. *Tredje punktum* er et resultat av utvalgets forslag om å oppløse tvunget psykisk helsevern-begrepet (unntatt ved dom etter straffeloven § 62).

For å imøtekomme innvendinger om at kan bli vist tilbakeholdenhet med å utskrive personer fra tvungent døgnopphold på grunn av den ressursbruken arbeidet med et nytt vedtak kan utløse om utskrivningen viser seg mislykket, foreslås det at kravet om uavhengig legeundersøkelse ikke skal gjelde der det treffes nytt vedtak etter at personen i den mellomliggende perioden har blitt fulgt kontinuerlig opp for samme tilstand i spesialisthelsetjenesten. På dette viset videreføres den funksjonen psykisk helsevernloven § 4-10 i dag ivaretar, se også punkt 28.4.1.3. For ordens skyld skal nevnes at et nytt vedtak naturligvis må gå klar av konverteringsforbudet i lovutkastet § 5-9.

I *nummer 10* er det nedfelt som et vilkår for tvangsinnleggelse og tvungent tilbakehold i tverrfaglig spesialisert behandling for rusmiddelavhengighet at oppholdskommunen og spesialisthelsetjenesten har inngått avtale om samarbeid og planlegging av personens tjenestetilbud før, under og etter oppholdet. Dette er et absolutt vilkår og skal her hindre at plassering i institu-

sjon for spesialisert rusbehandling skal bli en lettvinnt løsning i akuttsituasjoner. Rusbehandlingsens forankring i sosialfaglig tenking tenkes slik ivare tatt innenfor en ny inntaksmodell. Se nærmere i punkt 24.8.5. I psykisk helsevern bør det også inngås slike avtaler. Dette er likevel ikke et vilkår etter lovutkastet, blant annet ut fra antakelsen om et større behov for akuttintervensjoner. En hjemmel for forskrift om samarbeids- og planleggingsavtalene er gitt i *andre ledd*.

Tredje ledd gjelder vedtakets varighet. Den alminnelige regelen er at vedtaket kan ha en varighet på inntil ett år. Det skal imidlertid løpende vurderes om lovens vilkår er oppfylt, jf. lovutkastet § 8-4, og bestemmelser om obligatorisk kontroll før det er gått ett år er nedfelt i lovutkastet §§ 11-1 og 11-3. For rus er vedtaksperioden satt til tre måneder. Dette er særlig et resultat av tradisjonen på rusfeltet. På grunn av kravet om mangel på beslutningskompetanse som også foreslås innført på rusfeltet, ventes vesentlig kortvarige innleggelser og tilbakehold på tvang.

Til § 5-5 Innleggelse og tilbakehold i psykisk helsevern ved fare for andre

Generelt. Utvalget har i begrenset grad valgt å gå inn på fare for andre-problematikken, jf. kapittel 2. Bestemmelsen representerer en videreføring av gjeldende rett med nødvendige tilpasninger til lovutkastet. Se generelt punkt 24.9.

Til nummer 1. For personer over 16 år videreføres «alvorlig sinnslidelse» som vilkår, jf. nr. 1. Dette er en videreføring av gjeldende rett. For personer under 16 år gjelder derimot vilkåret «sterkt behov» i § 5-4 nr. 2. Dette ut fra at man er tilbakeholdne med å sette psykiatriske diagnoser på så unge mennesker. Styrken i behovet for hjelp må da være avgjørende. Etter gjeldende rett er det foreldresamtykke som her er grunnlaget for tilbakeholdet, men utvalget mener det er behov for offentligrettslige rettssikkerhetsgarantier ved sterke inngrep overfor barn, se lovutkastet § 1-3 tredje ledd om tvangsbegrepet for barn.

Vilkårene om beslutningskompetanse og antatt samtykke er uaktuelle, uansett alder.

Til nummer 2 skal bemerkes at formuleringen «nærliggende og alvorlig fare for andres liv eller helse på grunn av sin alvorlige sinnslidelse», representerer en videreføring av gjeldende rett. I det ligger at det fortsatt skal bygges på rettspraksis og andre rettskilder tilknyttet fare-for-andre-alternativet i psykisk helsevernloven § 3-3 nr. 3 bokstav b. Denne vurderingen må også gjennomføres for personer under 16 år.

Til nummer 3. Forholdsmessighetskravet er i utkastet formulert annerledes enn i dagens nr. 7 i psykisk helsevernloven § 3-3. Dette utgjør først og fremst en språklig oppgradering og modernisering, se nærmere punkt 14.2.2.3. Det er ikke intensjonen at bestemmelsen skal medføre endringer av gjeldende rett ved fare-for-andre. Det alminnelige kravet om å vurdere den samlede belastning ved flere vedtak etter loven kommer også inn her, jf. lovutkastet § 9-16 nr. 10. Hvordan dette vil slå ut må vurderes konkret, men det er ikke nærliggende at dette først og fremst vil få konsekvenser for vedtaket om frihetsberøvelse ved fare for andre, selv om det ikke kan utelukkes.

Uttrykksmåten «ikke urimelig» tiltak brukes ved fare for andre og utgjør en forskjell sammenlignet med psykisk helsevernloven § 3-3 nr. 7, hvorefter «klart beste løsning» er brukt som et felles vilkår. Her har imidlertid Høyesterett markert at vurderingen må få et noe annet innhold ved fare for andre. Utvalget har ingen intensjon om å endre gjeldende rett. Det skal derfor fortsatt bygges på rettspraksis og andre rettskilder tilknyttet psykisk helsevernloven § 3-3 nr. 7.

Til § 5-6 Innleggelse og tilbakehold av gravide ved fare for det ufødte barnet

Bestemmelsen er nærmere omtalt i punkt 24.10.

Generelt. Bestemmelsen gjelder kun kvinner som er stadfestet gravide og som misbruker rusmidler. Gjennomføring av en tvungen institusjonsplassering kan kun skje i institusjon som er utpekt av det regionale helseforetaket for å ta imot denne persongruppen, jf. spesialisthelsetjenesteloven § 2-1 a fjerde ledd. I vurderingen av om vilkårene foreligger for innleggelse og tilbakehold av en gravid kvinne, skal utgangspunkt tas i vilkårene som følger av § 5-4. Her kommenteres kun de særbestemmelsene som følger av § 5-6.

Første ledd nummer 1. Det sentrale vilkåret for om innleggelse og tilbakehold kan gjennomføres, er om kvinnen misbruker rusmidler. Når dette vilkåret erstatter § 5-4 første ledd nr. 2, 4 og 5, er det en følge av formålet med bestemmelsen – å beskytte det ufødte barnet mot kvinnes misbruk av rusmidler.

Nummer 2. Vurderingen av hvorvidt det foreligger en nærliggende og alvorlig risiko for skade, skal gjøres ut fra det ufødte barnets situasjon. Kunnskapen om kvinnens bruk av rusmidler må legges til grunn og det må foretas en vurdering av om dette kan gi det ufødte barnet helseskade. Med helseskade siktes til tilstander som gir barn varig nedsatt funksjonsevne eller sykdom, men også tilstander som kan tilheles, f.eks. abstinensplager som forsvinner en viss tid etter fødselen.

Nummer 3. Innleggelsen og tilbakeholdet av kvinnen skjer ut fra hensynet til det ufødte barnet. Forholdsmessighetsvurderingen etter § 5-4 nr. 7 må gjenspeile det. Henvisningen til at tiltaket ikke må være «urimelig» overfor kvinnen, viser til at det skal gjøres en vurdering av hvilken samlet belastning institusjonsoppholdet vil utgjøre for kvinnen. Oppholdet kan f.eks. påvirke hennes kontakt med andre barn og bety avbrudd i arbeidsforhold eller skolegang.

Nummer 4. Et sideformål med institusjonsoppholdet er at kvinnen om hun ønsker det, skal få hjelp til å forberede seg til foreldreansvaret. At kvinnen får bistand til å forberede seg til den kommende rollen som mor, kan dempe noe av den belastning kvinnen opplever med å bo på institusjon i en lengre periode.

Andre ledd. Tilbakeholdstiden kan vare fram til barnet er født, fordi uansett på hvilket tidspunkt i svangerskapet barnet blir utsatt for kvinnens misbruk av rusmidler, kan det gi barnet helseskade. Av den grunn må det gjøres en konkret vurdering av tilbakeholdstidens lengde på bakgrunn av det rusmisbruket det ufødte barnet har vært utsatt for. Kommunens meldeplikt til barneverntjenesten er en videreføring av gjeldende rett etter helse- og omsorgstjenesteloven § 10-3 sjuende ledd.

Til § 5-7 Utgangsbegrensende tiltak om natten utenfor institusjon

Generelle merknader er gitt i punkt 24.11.

Første ledd. Bestemmelsen gjelder utgangsbegrensende tiltak utenfor helseinstitusjon. Den knytter seg ikke til spesielle boformer. Det avgjørende er om det ytes heldøgns helse- og omsorgstjenester. For helseinstitusjoner følger hjemmelen til utgangsbegrensende tiltak av utkastet § 5-4.

Med «utgangsbegrensende tiltak» menes tiltak som hindrer en person i å forlate boligen. Tiltaket kan gå ut på å låse utgangsdøren på vanlig måte, installere skjulte eller kompliserte kodelåser eller elektronisk utstyr som automatisk vil låse døren for enkelte beboere m.m. Tiltaket kan ikke gå ut på å låse beboeren inne på eget rom. Bestemmelsen er foreslått avgrenset til å gjelde tidsrommet fra kl. 23.00 til kl. 06.00. Dette er således et tiltak for å opprettholde normal døgnrytme.

Utvalget foreslår at de alminnelige vilkårene i § 5-4 for å treffe vedtak og gjennomføre tiltaket skal gjelde. Det må således gjennomføres individuelle vurderinger av om vilkårene er oppfylt. Men det er en forutsetning for å bruke bestemmelsen at tjenestene ikke uten videre har en plikt til å følge personer med et hjelpebehov ut nattestid, jf. kravet om alternativer til tvang i § 5-4 første ledd nr. 1.

Det kan hevdes at lovutkastet § 5-7 forutsetter at enkelte av de alminnelige vilkår i § 5-4 er oppfylt, men uttrykt gjennom andre vurderingstemaer ut fra problemstillingens karakter, jf. kravet om «omfattende orienteringssvikt». Således vil vilkårene «sterkt behov» (for hjelp), «vesentlig helseskade» og fravær av beslutningskompetanse ofte være oppfylt når det er spørsmål om en person med omfattende orienteringssvikt skal vandre alene ute om natten. Det må likevel foretas en konkret vurdering. Vurderingen kan arte seg forskjellig alt etter omgivelsene og også etter årstid.

Enkelte tilleggsvilkår er stilt. I *nummer 1* er det stilt krav om «omfattende orienteringssvikt». Dette omfatter en snevrere personkrets enn de som mangler beslutningskompetanse og kan særlig gjelde enkelte personer med demens eller psykisk utviklingshemning. Det må uansett foretas en konkret vurdering av den enkeltes behov for tiltaket. Orienteringssvikten må videre være årsaken til at personen ikke er i stand til å klare seg selv utendørs nattestid.

En viktig rettssikkerhetsgaranti ligger i kravet om at personene skal ha forsvarlig tilsyn under gjennomføring av utgangsbegrensningen, og ha mulighet til å kontakte personell, jf. *nummer 2*.

Andre ledd begrenser varigheten på vedtak om utgangsbegrensende til ett år.

Til § 5-8 Innleggelse og tilbakehold som avlastningstiltak for pårørende

Bestemmelsen er omtalt i punkt 24.12.

Bestemmelsen er ny. Den får betydning for det tilfellet at pårørende til en omsorgstrengende person er innvilget avlastning, jf. helse- og omsorgstjenesteloven § 3-6, men den som har et stort behov for omsorg motsetter seg avlastningsoppholdet. For å sikre denne personens rettigheter er det nødvendig å ha et materielt så vel som et prosessuelt regelverk som regulerer når avlastning kan gjennomføres til tross for motstanden. Derfor kreves det at vilkårene i § 5-4 må være oppfylt for at avlastning skal kunne gjennomføres ved motstand. Ved vurderingen av vilkårene i § 5-4 må den omsorgen som pårørende yter tenkes bort, for så å ta stilling til om personens situasjon er slik at de materielle vilkårene foreligger.

Til § 5-9 Forbud mot overføring fra opphold basert på eget samtykke til tvungent tilbakehold

Konverteringsforbudet er nærmere drøftet i punkt 24.14. Utvalget vurderer at ordningen bør videreføres i psykisk helsevern og utvides til også å omfatte den spesialiserte rusbehandlingen i lys av forslaget til ny inntaksmodell. Det vurderes at hensynene bak konverteringsforbudet står særlig sterkt etter innføringen av fravær av beslutningskompetanse som vilkår: viktigheten av å utnytte det frivillige behandlingspotensialet blir da særlig påtrengende.

I de kommunale tjenestene, for eksempel i forbindelse med innleggelse i sykehjem, anses lovutkastet § 5-2 å representere en vesentlig utbygging av rettssikkerheten, for eksempel til personer med demens. Innføring av konverteringsforbud foreslås ikke på denne arenaen.

Konverteringsforbudet gjelder ikke ved fare for andre, herunder fare for fosteret. Dette framgår av henvisningen til «tiltak etter § 5-4». Fare for andre reguleres i egne bestemmelser, se lovutkastet §§ 5-5 og 5-6.

Til § 5-10 Overføring mellom institusjoner

Se punkt 24.14.

Kapittel 6: Individuelle behandlings- og omsorgstiltak m.m.

Til § 6-1 Virkeområde

Tiltak etter dette kapitlet er både aktuelt for personer som er innlagt i helseinstitusjon – eventuelt under tvang –, og personer som har tilhold i egne boliger eller andre boformer. Tjenester som kan karakteriseres som behandlingstiltak eller omsorgstiltak antas å utgjøre det store antall av saker hvor tvang er aktuelt etter dette kapitlet og er derfor uttrykkelig nevnt i overskriften. Tillegget «m.m.» (med mer) markerer at også andre typer av tjenesteyting kan omfattes, for eksempel undersøkelse. Lovutkastet omfatter en stor meny av tjenesteformer. Virkeområdebestemmelsen markerer at kapittel 6 er et slag hovedkapittel med en negativ avgrensning: Tiltak som ikke faller inn under noen av de andre kapitlene må vurderes etter kapittel 6.

I Tiltak personen ikke motsetter seg

Til § 6-2 Alminnelige vilkår for tiltak personen ikke motsetter seg

Se generelt punkt 25.5.1. Bestemmelsen representerer innholdsmessig en videreføring av dagens § 4-6 i pasient- og brukerrettighetsloven, se punkt 5.3, med språklige og redaksjonelle justeringer for å gjøre bestemmelsen klarere. Virkeområdet er utvidet til også å omfatte omsorgstjenester som ikke kvalifiserer til å være «helsehjelp». En slik utvidelse anses ikke å være kontroversiell da pasient- og brukerrettighetsloven § 4-6 i hovedsak må anses som en lovfesting av det ulovfestede prinsippet som ubedt hjelp – «negotiorum gestio» – som også vil gjelde for de rene omsorgstjenestene.

Dagens skille i § 4-6 mellom «lite inngripende» tiltak (første ledd) og alvorlige inngrep (andre ledd) er ikke vurdert hensiktsmessig å videreføre. Forskjellene mellom de to bestemmelsene er rent faktisk knyttet til det prosessuelle, noe som er fanget opp i lovutkastet, se § 9-6.

Dagens § 4-7 i pasient- og brukerrettighetsloven videreføres ikke. Bestemmelsen som er en særregel for personer som er fratatt rettslig handleevne etter vergemålsloven, er kritisert for å være uklar og problematisk på et verdimelessig grunnlag. Utvalget kan ikke se grunner for at beslutningsmodellen etter tvangsbegrensningsloven skal være ulik avhengig av om personen har den rettslige handleevnen intakt eller ikke, se punkt 28. 10.2.7.

Andre ledd. Bruk av medisinsk teknisk utstyr etter sitt formål, for eksempel utstyr for hjerteovervåkning, skal normalt vurderes etter § 6-2 som en del av det tiltaket det knytter seg til. Dette gjelder også brukt utenfor helseinstitusjon, for eksempel epilepsialarm, se punkt 25.5.4.4.3.

Til § 6-3 Inngripende tekniske innretninger for varsling, lokalisering og observasjon som personer ikke motsetter seg

Se generelt punkt 25.5.4.4. Utvalget har et positivt syn på ny teknologi og er opptatt av at en framtidig lovgivning ikke må være til hinder for nyvinninger. Slike kan komme pasienter og brukere til gode i form av mer individuelt tilrettelagte tjenester som også kan forebygge tvangsbruk.

Første ledd. Med «inngripende» menes kontroll med viljestyrt atferd. Begrepet viljestyrt atferd er riktig nok ikke helt klart, særlig stilt overfor personer som for eksempel er forvirret. Her er

det likevel en ytre betraktning som er avgjørende. I det ligger at en person som for eksempel «vandrer» tilsynelatende uten mål og mening, utøver viljestyrt atferd. Avgrensning må gjøres mot kroppslige funksjoner og reaksjoner som i utgangspunktet ikke er kontrollerbare, herunder gråt eller oppvåkning fra søvn. Tiltak som døralarmer og sporingssystemer er inngripende.

Her er det behov for en styrket rettssikkerhet, sammenlignet med § 6-2, selv om personen ikke viser motstand. Utvalget legger på dette punkt i det vesentlige opp til å videreføre gjeldene rett slik uttrykt i pasient- og brukerrettighetsloven § 4-6 a, med nødvendige språklige og systematiske tilpasninger til lovutkastets struktur. Det nedfelles således krav om vedtak og vilkår i form av risiko for liv eller helseskade og at tiltaket er egnet og nødvendig for å oppnå formålet, i tillegg til de vilkår som følger av lovutkastet § 6-2. Det foreslås ingen særregler for personer med utviklingshemning. Dette medfører en forenkling også på det viset at vilkårene blir mindre omfattende for bruk av tekniske innretninger i denne delen av omsorgen.

Andre ledd. Denne typen tiltak har ikke hjemmel etter gjeldende rett. Problemstillingen synes i begrenset grad å være aktuell i dag, men det er utvalgets omtale av forsøkene med kunstig intelligens som aktualiserer spørsmålet. Dette er innretninger som kan tenkes å bli definert som medisinsk teknisk utstyr, men av en helt annen kategori enn det som i dag er kjent.

Utvalget vurderer at vi ikke bør ha en lovgivning som stenger for slike tiltak så lenge personen ikke motsetter seg det. Vi kan her se for oss teknologiske løsninger som gjør det mulig for eksempel for personer med demens å bo hjemme i trygge omgivelser lenger enn de ellers vil kunne, eller at personer med psykiske helseproblemer raskere vil bli fanget opp ved tegn til forverring slik at hjelpetiltak kan iverksettes raskt. På denne måten kan både selvbestemmelsesretten styrkes og bruk av tvang forebygges. Ut fra de personvernmessige problemstillinger som her reiser seg, er det imidlertid ikke aktuelt for utvalget å foreslå at kontinuerlige overvåkningstiltak av denne typen under noen omstendighet skal kunne påtvinges. Løsningen på de rettssikkerhetsmessige utfordringer bør derfor være at der personen ikke motsetter seg tiltaket, skal de alminnelig vilkår for tvang gjelde tilsvarende, så lenge det er tale om lengrevarige tiltak. Ved motstand vil denne typen tiltak ikke være tillatt.

Til § 6-4 Behandling av psykiske lidelser med legemidler som personer ikke motsetter seg

Se generelt punkt 25.5.2.2.1 og 25.6.2.2.2.

Første ledd. Behandling med psykofarmaka som en person uten beslutningskompetanse ikke motsetter seg, reguleres i utgangspunktet av § 6-2.

Andre ledd markerer at bruk av antipsykotiske legemidler står i en særstilling ut fra de potensielle skadevirkningene. Utvalget vurderer at antipsykotisk behandling overfor personer med store formidlingsvansker og som mangler beslutningskompetanse bør likestilles med tvang etter lovutkastet § 1-3 fjerde ledd. Dermed kommer lovutkastet § 6-10 til anvendelse.

For øvrig bør vilkårene være mindre strenge for å iverksette medikamentell behandling med antipsykotika der personen mangler beslutningskompetanse, men ikke motsetter seg tiltaket. Det stilles blant annet krav om at behandlingen er nødvendig for å hindre eller begrense helseskade, men uten at denne trenger å være vesentlig.

Lovutkastet § 6-6 tredje ledd forutsetter at behandling av psykiske helseproblemer som personen motsetter seg (tvang), bare kan skje i regi av psykisk helsevern. Utenfor motstandstilfellene – etter utkastet § 6-4 – åpnes det for det unntak. Den vedtaksansvarlige trenger verken være psykiater eller tilknyttet psykisk helsevern, men må i det minste må stå under veiledning av en psykiater i psykisk helsevern i den konkrete saken.

Tredje ledd. Ved alvorlige uønskede bivirkninger er det et særlig behov for å skjerpe kontrollen, uavhengig av motstand. I slike tilfeller skal saken føres over i tvangsmedisineringssporet, jf. § 6-10. Utvalget prøver med dette grepet å avpasse rettssikkerhetsnivået ut fra det reelle behovet. Spørsmålet skal vurderes innen tre måneder etter oppstart av behandlingen. Dersom alvorlige bivirkninger viser seg på et senere tidspunkt, gjelder selvsagt det samme med hensyn til overføring til tvangssporet.

Fjerde ledd utgjør en tilpasning av reglene til situasjonen der personen utgjør en fare for andre.

II Tiltak personen motsetter seg

Til § 6-5 Alminnelige vilkår for tiltak personen motsetter seg

Generelt. Dette er hovedbestemmelsen om tvang i individuelle behandlings- og omsorgstiltak m.m. Se generelt utredningen punkt 25.5. Bestemmelsen er sentral hva gjelder å fjerne bruddflater og gråsoner mellom dagens ulike regelverk. Viktige elementer i så måte er nøytralitet for diagnose, type av tjenester og arena. Grensene for bruk av tvang er formulert negativt gjennom generelle rettslige vilkår.

De resterende bestemmelsene i lovutkastet kapittel 6 har i det store og hele til funksjon å etablere grenser for rekkevidden av § 6-5. For å hindre utgliding – ikke minst i psykisk helsevern – har utvalget også måtte gi en positiv oppregning av lovlige behandlingstiltak og nedfelle enkelte absolutte forbud, se for eksempel lovutkastet § 6-6. Lovutkastet er altså uttrykk for en nyansert reguleringsteknikk der fjerning av bruddflater og dermed på ulikt vis en utviding av hjemlene, blir møtt med oppbygging av nye og forhåpentligvis mer tjenlige begrensninger. Utvalget vil minne om at de materielle inngrepshjemlene må ses i sammenheng med det totale rettssikkerhetsvernet, herunder ordningene for saksbehandling, overprøving og kontroll.

Første ledd

For *nummer 1* om tillitsskapende tiltak, vises til kapittel 22.

For *nummer 2* vises til merknadene til § 5-4 nr. 2 om «sterkt behov», samt punkt 25.5.3.

For *nummer 3* vises til merknadene til § 5-4 nr. 3 og punkt 25.5.6. For andre punktum vises til merknadene til § 4-10.

For *nummer 4* og *nummer 5* vises til kapittel 21. Det bemerkes at disse vilkårene ikke kan komme til anvendelse der personen ikke er helserettslig myndig.

For *nummer 6* og *nummer 7* vises til punkt 14.2.2.3. Barns rettsstilling er et gjennomgående fokus i lovutkastet og gjenspeiles også i momentene knyttet til forholdsmessighetsvurderingen.

Nummer 8 representerer et krav som tradisjonelt tydeligst er formulert til institusjon som gjennomfører frihetsberøvelse, se psykisk helsevernloven § 3-3 nr. 5, jf. utkastet 5-4 første ledd nr. 8, men som også bør gjelde ellers.

Bestemmelsen i *nummer 9* om faglig anerkjent metode er omtalt i punkt 25.5.8.

Andre ledd gjelder vedtakets varighet. Vedtaket kan ha en varighet inntil ett år. Det skal imidlertid løpende vurderes om lovens vilkår er oppfylt, jf. utkastet § 8-4, og bestemmelser om obligatorisk kontroll før det er gått et år, er nedfelt i utkastet §§ 11-1 og 11-3.

Til § 6-6 Forbud mot bruk av tvang i opplærings- eller treningstiltak m.m.

Første ledd. Se punkt 25.6.8. I utvalgets begrepsbruk, har tvang i opplærings- og treningstiltak først og fremst vært en problemstilling i omsorgen for personer med utviklingshemning. Utviklingen i omsorgen har gjort problemstillingen lite aktuell og utvalget foreslår å ta steget fullt ut og innføre et forbud.

Andre ledd fastslår et forbud mot tvang i behandling av rusproblemer. Utvalget skiller mellom behandlingstiltak og gjennomføringstiltak, se punkt 25.5.5. Enkelte gjennomføringstiltak som ledd i behandling er også aktuelle i rusbehandling.

Tredje ledd etablerer en klarhet om hjemmelssituasjonen for behandling med tvang av psykiske helseproblemer. Bestemmelsen uttrykker implisitt at tvang i behandling av psykiske helseproblemer bare kan skje i regi av psykisk helsevern. ECT-behandling, jf. lovutkastet § 6-13, kan ikke gjennomføres med tvang i utvalgets begrepsbruk. Der personen motsetter seg undersøkelse, må det eventuelt treffes vedtak etter lovutkastet § 6-5, jf. likevel arenabegrensningene i § 6-17.

Til § 6-7 Inngripende tekniske innretninger for varsling/lokalisering og observasjon

Se *generelt* punkt 25.5.4.4 og kommentarene til § 6-3 ovenfor. Denne bestemmelsens virkeområde gjelder ved motstand fra personen.

Etter *første ledd* gjelder vilkårene i § 6-5. I tillegg kommer et vilkår om «omfattende orienteringssvikt» som er satt for å hindre utglidning, se nærmere omtale i de alminnelige motivene. Denne begrensningen er tatt inn særlig for å hindre utglidning på psykisk helsefeltet.

For *tredje ledd* vises til avveiningene uttrykt i merknadene til § 6-3 tredje ledd.

Til § 6-8 Mekaniske innretninger med omsorgsformål

Bruk av mekaniske innretninger som hindrer bevegelsesfriheten, er en kompleks problemstilling som lovutkastet inneholder flere bestemmelser om i ulike sammenhenger. For bruk som skadeavvergende tiltak i nødssituasjoner, se § 4-4. Et forbud mot bruk i behandling i psykisk helsevern er nedfelt i § 6-16. Brukt som ledd i somatisk behandling, for eksempel ved gjennomføring av et inngrep der personen må ligge helt i ro, reguleres spørsmålet fullt ut av § 6-5. Brukt som omorgstiltak gjør det seg imidlertid særlige rettssikkerhetshensyn gjeldende, blant annet knyttet til varighetsproblematikken.

I tillegg til vilkårene i § 6-5 har utvalget foreslått et vilkår om «omfattende orienteringssvikt», tilsvarende i § 6-7. Alternativt må det være tale om alvorlig selvskading som ikke kan kontrolleres på annen måte. Problemstillingen er blant annet kjent fra personer med spesielle syndrom som er knyttet til alvorlig selvskading.

Til § 6-9 Kontinuerlig observasjon utenfor helseinstitusjon ved fare for andre

Se *generelt* punkt 25.5.7. Utvalget vurderer at samfunnets behov for vern mot særlig farefull atferd i noen tilfeller bør kunne ivaretas av helse- og omsorgstjenesten også utenfor nødssituasjoner. Bestemmelsen gjelder bare ved fare for andre. Ved behov for denne typen tiltak av hensyn til personen selv, reguleres spørsmålet fullt ut av § 6-5.

Første ledd. Med kontinuerlig observasjon menes i utgangspunktet at personen fotfølges, jf. likevel andre ledd. Formålet er at personell fra helse- og omsorgstjenesten skal kunne gripe inn for å unngå at nødvergesituasjoner oppstår, jf. lovutkastet § 4-2, eventuelt treffe tiltak om dette ikke lykkes å forebygge. I de aller fleste tilfeller vil det lykkes å etablere et samarbeid

om nødvendig følge, men i noen få tilfeller kan det være aktuelt å iverksette dette tiltaket mot personens vilje.

Til *nummer 1*. Utvalget har vurdert at terskelen for inngrep som et utgangspunkt bør være den samme som ved tvangsinnleggelse og tvunget vern i psykisk helsevern – «nærliggende og alvorlig fare for andres liv eller helse».

Til *nummer 2*. Her er det gjort en særlig avgrensning av personkretsen. Det er særlig ved uttalt kognitiv svikt tiltaket er aktuelt noe uttrykksmåten «forståelse av situasjonen» er ment å referere til. Det er også i disse tilfellene hjelpebehovet – ut fra en tradisjonell tenkning – vil framstå klart og det derfor lettest vil utgjøre en «åpenbar forsømmelse» ikke å gripe inn. Uansett må det foretas en konkret og individuell vurdering av om det er i personens interesse at det fattes vedtak om kontinuerlig observasjon etter lovutkastet. Alternativet kan i noen tilfeller være å overlate problemstillingen til politiet. Utvalget vurderer at «åpenbar forsømmelse»-vilkåret vil legge grunnlaget for viktig refleksjon i fagmiljøene om det faglige og etiske grunnlaget for at helse- og omsorgstjenesten skal gripe inn for å ivareta andres interesser.

Andre ledd. Observasjon med tekniske innretninger har sine egne bestemmelser, og etter § 6-9 er det fysisk følge som er påtenkt. Følge bør imidlertid kunne kombineres med inngripende varslingssystem, for eksempel døralarm, som en del av tiltaket.

III Særlige grenser for behandling av psykiske helseproblemer

Til § 6-10 Behandling av psykiske lidelser med legemidler

Generelt. Se punkt 25.6.2. Mens utvalget generelt har valgt å bruke uttrykksmåten «psykisk helseproblem» stiller dette seg annerledes ved spørsmål om tvangsmedisinering, jf. vilkåret i § 6-10 nr. 1 om at legemiddelet må være godkjent for personens kliniske diagnose. Lidelserbegrepet blir i denne kontekst dermed mest presist. To av utvalgets medlemmer (Erichsen og Gitlesen) har ønsket å forby tvangsmedisinering, se punkt 25.6.2.3

Tvungen behandling med legemidler – i utvalgets begrepsbruk betyr det behandling personen motsetter seg –, er så omstridt at det må gjelde særlige rettssikkerhetsgarantier, også i form av skjerpede vilkår. Til dels vil disse ha karakter av presiseringer av de allmenne vilkår i § 6-5, dels vil det være tale om tilleggskrav.

Første ledd. Kravet i *nummer 1* om at legemiddel og dosering må være godkjent for personens kliniske diagnose innebærer en innskjerping sammenlignet med gjeldende rett, se punkt 25.6.2.2.6.

Til *nummer 2*. Hvilke krav til virksomheten som her skal gjelde må fastsettes i forskrift, men utvalget vil spesielt som sentrale komponenter, framheve meningsfulle aktivitetstilbud, mulighet for fysisk trening og naturopplevelser, samtaleterapi, traumeinformerte tilnærminger, musikkterapi og anledning til at pasienten kan skjerme seg fra for mange sanseinntrykk og sosiale forpliktelser.

Til *nummer 3*. Med materiell standard mener utvalget at virksomheten må tilby trivelige enerom med eget bad, tilstrekkelig areal å utfolde seg på, lett tilgang til natur og frisk luft, og tilstrekkelig skjerming fra støy og urolige medpasienter. Den faglige standarden omfatter mer enn formelle kvalifikasjoner hos personellet. Holdninger til psykiske helseproblemer og bruk av tvang og kompetanse på brukervedvirkning og samhandling med kommunale tjenester, er også av betydning.

Til *nummer 4*. Dette er en videreføring av det såkalte forverringsalternativet. Som en følge av utvalgets grep med oppløsning av tvungent psykisk helsevern-begrepet (unntatt ved dom på

tvunget psykisk helsevern) og fokus på de enkelte tiltak, er denne problematikken naturlig å regulere i bestemmelsen om tvangsmedisinering. Bestemmelsen representerer en innstramming sammenlignet med det som følger av § 6-5 nr. 3: «nærliggende og alvorlig risiko».

Vilkåret «meget nær framtid» er en videreføring av gjeldende rett, jf. psykisk helsevernloven § 3-3 første ledd nr. 3 bokstav a. I tråd med utvalgets forslag om å oppheve behandlingskriteriet og heller basere seg på et skadekriterium, blir det foreslått et unntak fra «meget nær framtid»-begrensningen for personer som ut fra sykehistorien har en konkret fare for å oppleve et særlig alvorlig og langvarig funksjonstap ved et tilbakefall. Dette representerer en utviding av inngrepshjemmelen sammenlignet med i dag. Se punkt 25.6.2.2.9.

Til nummer 5. Flertallet i utvalget ønsker ikke et forbud mot tvangsmedisinering. Da må det aksepteres at den vedtaksansvarlige ved første gangs bruk kan basere seg på den vitenskapelige kunnskapen om effekten av virkestoffet og at alminnelig sannsynlighetsovervekt for at vesentlig helseskade kan forhindres eller begrenses her er tilstrekkelig. Deretter må vedtak baseres på konkrete og individuelle erfaringer i behandling av den aktuelle personen med det aktuelle virkestoffet – uansett om behandlingen tidligere har skjedd frivillig eller under tvang. Her kreves «stor sannsynlighet» for at formålet kan oppnås. Utvalgets opplegg forutsetter en kvalitetsheving av det faglige arbeidet ved behandling med legemidler av psykiske lidelser. Modellen reiser ulike spørsmål av praktisk karakter som må avklares. Se nærmere punkt 25.6.2.2.8.

Til nummer 6. Se punkt 26.6.2.2.5.

Til nummer 7. Et krav om undersøkelse av en ekstra lege som skal gi skriftlig uttalelse, representerer en utvidet variant av det som ellers betegnes som samrådingsplikt, jf. utkastet § 9-6.

Andre ledd. Bestemmelsen gjør nødvendige tilpasninger der fare for andre er begrunnelsen for behandlingstiltaket. Spørsmålet blir – i relasjon til behandling – satt mer på spissen etter utvalgets opplegg der konstruksjonen tvungent psykisk helsevern oppløses.

Tredje ledd. Tre måneder som lengste varighet for vedtak er en videreføring av gjeldende rett.

I fjerde ledd er nedfelt et konverteringsforbud parallelt til § 6-18 fjerde ledd. På grunn av utvalgets forslag om å oppløse tvungent psykisk helsevern-begrepet (unntatt ved dom etter straffeloven § 62), er det behov for å gjøre det slik. Stilt overfor tiltak som kan tenkes gjennomført uten opphold i døgninstitusjon, gir ikke konverteringsforbudet i § 5-9 god nok dekning.

Til § 6-11 Behandling av psykiske helseproblemer med skjerming

Se punkt 25.6.3. I utvalgets opplegg er reguleringen av bruk av skjerming inndelt etter formål: skjerming som skadeavverging i nødssituasjoner (§ 4-5), skjerming som behandling (§ 6-11), skjerming som gjennomføringstiltak i behandling (§ 6-19) og skjerming for å ivareta fellesskapsinteresser i psykisk helsevern-institusjon (§ 7-5). Blant annet vilkårene varierer, men det er nedfelt felles regler om krav til lokaler, se § 8-2, jf. også § 8-1 om skånsomhet og ivaretagelse av grunnleggende behov.

Utkastet representerer en kraftig skjerpelse av vilkårene for skjerming brukt som behandling gjennom henvisningen til § 6-5. Vedtaksvarighet på to uker representerer en videreføring av gjeldende rett, jf. psykisk helsevernloven § 4-3.

Utvalget ser det ikke som aktuelt å stille mindre strenge vilkår til skjerming som behandlingstiltak der personen vurderes å utgjøre en nærliggende og alvorlig fare for andres liv eller helse. Hensynet til andre er tilstrekkelig ivaretatt gjennom §§ 4-5 og 7-5 i lovutkastet.

Til § 6-12 Behandling av spiseforstyrrelser med ernæring

Først ledd. Se generelt punkt 25.6.4. Bestemmelsen viderefører gjeldende rett. Utvalget har identifisert en spesiell utglidningsfare ved bare å avgrense personkretsen gjennom kriteriene fravær av beslutningskompetanse og «sterkt behov» for hjelp. En særlig kobling til det diagnostiske er derfor beholdt for denne gruppen, jf. kravet om «særlig omfattende vrangforestillinger om egen kropp» som tar utgangspunkt i Høyesteretts presiseringer i relasjon til «alvorlig sinnslidelse»-begrepet.

Andre ledd. Lengste varighet av vedtak blir satt til tre uker, som er i samsvar med gjeldende rett, se psykisk helsevernloven § 21 andre ledd.

Tredje ledd. Psykisk helsevernloven § 3-5 andre ledd om at tvungent psykisk helsevern kan gjennomføres i institusjon utenfor psykisk helsevern, er myntet på behandling av spiseforstyrrelser, se punkt 24.3.1.1. Bestemmelsen videreføres overfor denne gruppen og ut fra utvalgets opplegg med oppløsning av tvungent psykisk helsevern-konstruksjonen, er det naturlig å plassere den i en bestemmelse som direkte gjelder behandlingen.

Til § 6-13 Elektrokonvulsiv behandling

Se generelt punkt 25.6.5. Behandling av psykiske helseproblemer med elektrokonvulsiv behandling (ECT) er i dag ikke lovregulert. Utvalgets flertall ønsker en lovfesting av adgangen til bruk av denne behandlingsformen innenfor strenge grenser. Et mindretall (Erichsen og Gitlesen) ønsker et totalforbud uten eksplisitt samtykke, mens et annet mindretall (Vagle) ønsker en midlertidig hjemmel med påfølgende evaluering.

Utkastet åpner ikke for tvungen behandling med ECT. Motstand fra personen er slik en utelukkingsgrunn, jf. *første ledd nummer 1*. Definisjonen av motstand i § 1-3 er her avgjørende. Selv om det ikke er tale om å gi ECT med tvang, er utgangspunktet at vilkårene i § 6-5 som regulerer tvang, kommer til anvendelse. Dette er for å ivareta rettssikkerheten. I tillegg er det stilt enkelte skjerpende vilkår.

Etter *nummer 2* må unnlatelse av å gi behandlingen medføre alvorlig fare for personens liv i løpet av «få uker». Dette utgjør ikke en nødssituasjon, men den er nødrettslignende. Det utvalget her sikter mot er personer som har sluttet å ta til seg næring, typisk på grunn av dyp depresjon, og som er i ferd med å dø som følge av dette.

Etter *nummer 3* er det etablert en særlig rettssikkerhetsgaranti ved at en uavhengig lege som er kyndig i behandlingsformen, skal undersøke personen og tilrå tiltaket.

Effekt av ECT viser seg vanligvis innen to uker. Utvalget har derfor i *andre ledd* satt dette som en lengste varighet for vedtaket, uten mulighet for forlenging. Videre bruk av tiltaket må eventuelt baseres på samtykke fra personen.

Til § 6-14 Rett til å reservere seg mot behandling av psykiske lidelser med antipsykotiske legemidler

Utvalget har generelt sett ikke villet åpne for bindende forhåndserklæringer, men heller la slike inngå som et moment i en antatt samtykke-vurdering, se punkt 21.4.3. Unntak er likevel gjort på to punkt. Det ene gjelder behandling av psykiske lidelser med antipsykotiske legemidler, det andre elektrokonvulsiv behandling. Når utvalget her har gått inn for en rett til å reservere seg, er det ut fra et ønske om å effektivisere antatt samtykke-tenkningen på dette spesielle feltet. Blant annet kan det være særlig vanskelig å bli hørt i sin motstand mot antipsykotiske legemidler i psykisk helsevern – dette kan ofte bli avskrevet som uttrykk for sykdom. Se generelt om utvalgets avveininger i punkt 25.6.2.2.12.

Av *første ledd* framgår at det bare er antipsykotiske legemidler reservasjonsordningen omfatter, ikke andre former for psykofarmaka. Antipsykotika er den mest omstridt legemiddelgruppen med tanke på bivirkninger, og den eneste som kan gis som depotinjeksjon.

Andre ledd fastsetter prosedyrekrav. Erklæringen må være godkjent av tvangsbegrensningsnemnda for å være gyldig. Personens rett til å få tilbud om å uttale seg overfor nemnda framgår av lovutkastet § 13-3 andre ledd. Reservasjonen/erklæringen kan omfatte spesifikke antipsykotiske legemidler, eller samtlige. Ved reservasjon mot «samtlige» er det ikke nødvendig å nevne disse spesifikt ved navn i dokumentet. En godkjent forhåndserklæring skal sendes fylkesmannen, jf. 10-2 nr. 3. Den må videre inntas i pasientjournal.

Når det først åpnes for reservasjon gjennom forhåndserklæring, er hensynet til å sikre forutberegnelighet for de aktuelle personene viktig. Det foreslås derfor at varigheten av en reservasjon settes til inntil ti år, med mindre personen ber om en kortere periode.

Tredje ledd fastsetter vilkår for når en forhåndserklæring kan avgis. Dersom vilkårene er oppfylt har nemnda en plikt til å godkjenne erklæringen, jf. «skal». For utvalget har det vært viktig at reservasjonsadgangen beholdes personer som har hatt konkrete erfaringer med antipsykotisk medikamentell behandling. Det er derfor stilt som vilkår at vedkommende har hatt psykose og i den forbindelse har blitt behandlet med antipsykotika.

Personen må videre være beslutningskompetent. En reservasjon, særlig mot alle typer antipsykotiske legemidler, er en avgjørelse som kan ha langtrekkende konsekvenser. I tråd med det utvalget har uttrykt i punkt 21.3, virker dette skjerpene på de materielle kravene for å være kompetent. Selv om det strenge beviskravet i favør av at personen er kompetent ligger fast, heves den materielle terskelen som skal passeres og som beviskravet relaterer seg til.

Retten til å avgi forhåndserklæring er absolutt når vilkårene er oppfylt. Det er ikke rom for tilsidesettelse ut fra synspunkt om bristende forutsetninger eller lignende.

I *fjerde ledd* er det lagt inn begrensninger for når erklæringen kan gjøres gjeldende. Dette knytter seg til forhold som kan endre seg over tid og derfor ikke kan eller bør låses til tidspunktet for avgivelse av erklæringen. Erklæringen gjelder ikke i nødssituasjoner, men adgangen til å bruke antipsykotika vil i slike tilfeller likevel være sterkt begrenset, jf. lovutkastet § 4-6. At reservasjonen ikke kan gjøres gjeldende ved nærliggende og alvorlig fare for andres liv eller helse på grunn av alvorlig sinnslidelse, er i samsvar med utvalgets håndtering av denne problematikken for øvrig i utredningen. Utvalget har videre hatt et særlig fokus på barns rettsstilling. Det kan ikke utelukkes at barns omsorgssituasjon i noen tilfeller kan bli betydelig negativt påvirket av å ha en forelder som ikke er under stabil medikamentell behandling, og barns interesser må i slike tilfeller veie tyngst. Vurderingene her kan imidlertid være vanskelige ved at også en tvungen behandling kan ha en negativ innvirkning på personens funksjonsnivå som omsorgsyrer.

Det er bare der personens motstand uttrykt i reservasjonen korresponderer med en faktisk motstand når spørsmålet om behandling blir reist, forhåndserklæringen kommer til anvendelse. Dette betyr at det er lett for personen selv rent faktisk å sette erklæringen til side gjennom sin faktiske handlemåte i møte med et tilbud om antipsykotisk medikamentell behandling. Dette framkommer gjennom henvisningen i *første ledd* til § 6-10: § 6-4 er bevisst ikke nevnt. Av hensyn til klarhet er budskapet gjentatt i siste strekpunkt i *fjerde ledd*.

Femte ledd regulerer spørsmålet om formell opphevelse av forhåndserklæringer. Fordi det er enkelt å sette erklæringen ut av kraft gjennom personens egne faktiske handlinger, er dette spørsmålet mindre sentralt rettssikkerhetsmessig. Tilbaketrekking trenger ingen behandling i tvangsbegrensningsnemnda, men erklæringen om tilbaketrekking bør sendes fylkesmannen som skal motta erklæringer og holde oversikt, jf. § 10-2 nr. 3. Personen bør også sørge for å

informere helsetjenesten for å sikre at det blir gjort endringer i informasjon om spørsmålet nedfelt i pasientjournal.

I *sjette ledd* foreslås en forskriftshjemmel. En ordning med formelt bindende forhåndserklæringer vil representere en ny konstruksjon i helse- og omsorgslovgivningen. Selv om virkeområdet er snevert, kan det være behov for mer detaljerte regler om gjennomføringen i forskrift.

Til § 6-15 Rett til å reservere seg mot elektrokonvulsiv behandling

Bestemmelsen bygger på lovutkastet § 6-14, men slik at vilkårene for å reservere seg er mindre strenge. Det kreves således ikke at personen tidligere har prøvd behandlingsformen. Bakgrunnen for dette er elektrokonvulsiv behandling (ECT)s særlig inngripende karakter og den særlig frykt og uro enkelte føler overfor nettopp et slikt tiltak.

Grensene for når en reservasjon kan gjøres gjeldende, jf. fjerde ledd, er ikke tilsvarende aktuelle ved ECT. For det første framstår lovutkastet § 6-13 som en spesialregulering av en nødrettslignende situasjon – et unntak for nødssituasjoner er dermed uaktuelt. Ut fra den beskrivelse lovtekstutkastet legger til grunn om personens tilstand («i løpet av få uker medføre alvorlig fare for personens liv»), er heller ikke fare for andre en aktuell problemstilling. Videre vil personer som er aktuelle for tiltak etter § 6-13 normalt være innlagt i institusjon for psykisk helsevern. Dermed framstår heller ikke omsorgssituasjonen for barn som en relevant problemstilling med tanke på å begrense rekkevidden av reservasjonen.

Heller ikke siste strekpunkt i lovutkastet § 6-14 fjerde ledd kommer til anvendelse. Det betyr at reservasjonen også gjelder der personen ikke framviser motstand på gjennomføringstidspunktet. Dette henger sammen med den mentale og somatiske tilstand personene vil være i når tiltak etter § 6-13 blir aktuelt: ofte vil de ikke være i stand til å uttrykke protest. En tilsvarende avgrensning som etter § 6-14 fjerde ledd siste strekpunkt, ville dermed gitt adgangen til reservasjon liten realitet.

IV Særlige grenser for enkelte gjennomføringstiltak

Til § 6-16 Forbud mot bruk av mekaniske innretninger i undersøkelse og behandling i psykisk helsevern

Se punkt 25.5.4.3.3.

Problemstillingen er ikke aktuell i rusbehandlingen.

Til § 6-17 Arenamessige begrensninger for bruk av tvang i psykisk helsevern

Se generelt punkt 25.5.2.2.1.

I *første ledd* opprettholdes utgangspunktet – som også gjelder etter psykisk helsevernloven – om at undersøkelse og behandling for psykiske helseproblemer under tvang bare kan skje i institusjon for psykisk helsevern. Paragrafen regulerer uttømmende unntakene som representerer en endring sammenlignet med gjeldende rett.

Utvalget har ikke funnet det nødvendig å foreslå lovfestet et tilsvarende utgangspunkt for tverrfaglig spesialisert behandling for rusmiddelavhengighet. Dette fordi problemstillingen med utflytting av tvang der framstår som lite aktuell. For denne gruppen er tvang i behandling utelukket.

Andre ledd åpner for unntak ved undersøkelse av person i sak om tvangsinnleggelse og tvungent tilbakehold og tvangsmedisinering. Vilåårene er imidlertid strenge og knyttet til at en slik

utflytting av tvang fra psykisk helsevern-institusjon må være «klart fordelaktig» for personen i lys av de belastninger som ellers vil påløpe. Videre må sterke faglige grunner tilsi en slik løsning. Det er særlig i alderspsykiatrien utvalget ser for seg denne unntaksregelen vil komme til anvendelse.

Tvungen undersøkelse kan – utenfor institusjon for psykisk helsevern – bare skje i helseinstitusjon eller bolig særskilt tilrettelagt for heldøgns helse- og omsorgstjenester. Innenfor denne rammen fastsetter *fjerde ledd* at personens rom eller lokaler han eller hun bruker i det daglige ikke kan brukes.

I *tredje ledd* åpnes det også for å fravike arenabegrensningen ved gjennomføring av tvangsmedisineringsvedtak.

Til § 6-18 Pålegg om oppmøte til undersøkelse eller behandling

Se punkt 25.6.7.2. Bestemmelsen viderefører kjernen i dagens ordning med tvungent psykisk helsevern uten døgnopphold og foreslås utvidet til tverrfaglig spesialisert behandling for rusmiddelavhengighet. Selv om dette er et gjennomføringstiltak og ikke noen behandlingstiltak, vurderes det at alle vilkårene i § 6-5 må være oppfylt, se vurderinger i punkt 25.5.5.2.

I *fjerde ledd* er nedfelt et konverteringsforbud parallelt til § 6-10 *fjerde ledd*. På grunn av utvalgets forslag om å oppløse tvungent psykisk helsevern-begrepet (unntatt ved dom etter straffeloven § 62), er det behov for å gjøre det slik. Stilt overfor tiltak som kan gjennomføres uten opphold i døgninstitusjon, gir ikke konverteringsforbudet i § 5-9 god nok dekning.

Til § 6-19 Kortvarig skjerming i psykisk helsevern som gjennomføringstiltak

Se punkt 25.6.7.3 og mer generelt punkt 25.6.3.

Til § 6-20 Rusmiddeltesting

Se punkt 25.6.7.4

Til § 6-21 Innskrenking i kontakt med omverdenen

Se punkt 25.6.7.5

Til § 6-22 Samtykke til tiltak etter §§ 6-20 og 6-21

Se punkt 25.7.9.6 og merknadene til § 9-20.

IV Forhåndssamtykke til tvang i særlige tilfeller m.m.

Til § 6-23 Forhåndssamtykke til tvang i behandling av psykiske lidelser med legemidler

Se punkt 25.5.9 og merknadene til utkastet § 5-3.

Første ledd. Begrunnelsen for hjemmelen tilsier at det er bare er behandling med legemidler personen allerede bruker det bør kunne samtykkes til. I lys av at det her ofte vil være tale om behandling med antipsykotiske legemidler, som kan ha alvorlige skadevirkninger, vil en videre hjemmel være dypt problematisk. I «aktivt ønsker det» ligger at initiativet til en binding må komme fra personen selv. Etter det utvalget erfarer er problemstillingen blitt aktuell særlig etter lovendringene i 2017.

Fjerde ledd gjelder varighet av samtykkeperioden. Når inntil tre måneder er satt etter første punktum, er det på grunn depotmedikamenters langtidsvirkende effekt. Å sette en kortere periode vil være til lite hjelp for dem som ønsker å forhåndssamtykke for å få forutberegnelighet i hverdagen.

Til § 6-24 Forhåndssamtykke til tvang i omsorgstiltak for personer med enkelte atferdsfenotyper

Se punkt 25.5.9.

Til § 6-25 Adgang til vilkårsstilling ved tildeling av institusjonsplass m.m.

Se punkt 25.5.10 og merknadene til §§ 6-23 og 5-3.

Kapittel 7: Rettighetsbegrensende tiltak og tvang i institusjon eller bolig av hensyn til fellesskapsinteresser

Til § 7-1 Adgang til å fastsette husordensregler

Se punkt 26.4.1. Husordensregler er i dag dels på basert på hjemmel i lov eller forskrift, dels på alminnelige forvaltningsrettslige regler. Bestemmelsen trekker opp grensene for denne typen bestemmelser. Utenfor institusjon skal det bare kunne gis slike regler for fellesarealer som eies eller leies av virksomheten. Bestemmelsen er ikke avgrenset til en bestemt boform, men til om det ytes heldøgns helse- og omsorgstjenester.

Til § 7-2 Rutinekontroll i døgninstitusjon for å hindre innførsel av farlige gjenstander m.m.

Bestemmelsen er generell og ikke begrenset til psykisk helsevern og rusfeltet, slik situasjonen er i dag. Se generelt punkt 26.4.2.1.

Etter *første ledd* kan institusjoner innføre rutinekontroller. Formålet med rutinekontrollen må være å hindre innførsel av rusmidler, legemidler, skadelige stoffer, farlige gjenstander eller hjelpemidler som kan brukes til rømning. Formuleringen «og eventuelt rønningshjelpemidler» markerer at det å hindre innførsel av rønningshjelpemidler ikke alltid vil være aktuelt fordi institusjonen eller enheten ikke har frihetsberøvede personer.

Rutinekontroller kan bare innføres dersom det er nødvendig av hensyn til forsvarlig drift. Det må altså gjøres konkrete vurderinger av behovet, blant annet ut fra institusjonens formål og tidligere erfaringer. Sikkerhetshensyn vil ofte være framtrædende, men også hensyn til behandlingsformålet kan begrunne innføring av rutinekontroller.

I *andre ledd* slås det fast at kontrollen kan omfatte kroppsvisitasjon og undersøkelse av eiendeler, men at det ikke kan kreves avkledning.

Det går fram av *tredje ledd* at kontrollen må skje på en ikke-diskriminerende måte.

I *fjerde ledd* slås det fast at kontrollen ikke kan gjennomføres med bruk av tvang. Bruk av tvang fordrer individuelle vedtak etter lovforslagets ordinære regler, noe som betyr en klart hevet terskel. Der personell nekter å underkaste seg regler om rutinekontroll, må det håndteres etter arbeidsrettslige regler. Utenforstående – som besøkende – må påregne å bli avvist.

Femte ledd regulerer hvordan undersøkelse av eiendeler skal skje.

Til § 7-3 Kontroll for å hindre innførsel av farlige gjenstander m.m. etter mistanke

Bestemmelsen gir en videre ramme for inngrep ved konkret mistanke om innførsel av uønskede gjenstander enn ved rutinekontroll etter lovutkastet § 7-2. Bestemmelsen viderefører i stor grad psykisk helsevernloven § 4-6 og forskrift om rettigheter og tvang i rusinstitusjon § 8, men er generell og ikke formelt begrenset til slike arenaer. Se generelt punkt 26.4.2.2.

Etter *første ledd første punktum* kan det vedtas at en persons rom eller eiendeler skal undersøkes og at det skal foretas kroppsvisitasjon uten personens samtykke. Det er anerkjent både etter tradisjonell norsk rett og menneskerettighetene at avveiningen blir en annen der andres rettigheter er truet enn der personens atferd bare er et problem for vedkommende selv. Vilåårene kan derfor ikke formuleres svårt strengt. Det må foreligge en begrunnet mistanke om at rusmidler, legemidler, skadelige stoffer, farlige gjenstander og eventuelt rømningshjelpemidler vil bli forsøkt innført eller er innført i en institusjon. Tiltaket må være nødvendige for å ivareta forsvarlig drift. Det må altså gjøres konkrete vurderinger av behovet, blant annet ut fra institusjonens formål og tidligere erfaringer. Kravet om utprøving av alternativer til tvang er gjennomgående i lovutkastet og gjelder også her. Der inngrepet er begrunnet i fellesskapsinteresser, formuleres forholdsmessighetsteskelen som at inngrepet ikke må være urimelig – i samsvar med det som ellers er gjort i lovutkastet.

Etter *andre ledd* er det ikke tillatt å undersøke kroppens hulrom. Dersom den begrunnede mistanken er sterk, kan det likevel gjennomføres en undersøkelse av munnhulen. I *fjerde punktum* presiseres det at mindre inngripende tiltak for å ivareta forsvarlig drift skal være vurdert.

Etter *tredje ledd* kan kontrollen ved begrunnet mistanke – i motsetning til det som gjelder for rutinekontroller –, gjennomføres selv om personen motsetter seg det. Fysisk tvang kan likevel bare brukes i nødssituasjoner. Det vises for øvrig til lovutkastet § 8-1 om skånsomhet.

Fjerde ledd regulerer hvordan undersøkelse av eiendeler skal skje. Reglene er de samme som ved rutinekontroller.

Til § 7-4 Beslag av farlige gjenstander m.m.

Se generelt punkt 26.4. 2.3.

Første ledd gir adgang til å treffe vedtak om å beslaglegge gjenstander og stoffer som nevnt i lovutkastet §§ 7-2 og 7-3. Det er ikke nødvendig at oppdagelsen skjer i forbindelse med inngrep etter de nevnte bestemmelser. Hjemmelen for beslag må gjelde tilsvarende der aktuelle gjenstander og stoffer mer tilfeldig oppdages. På dette punkt representerer utkastet en klargjøring sammenlignet med gjeldende lovgivning.

En annen klargjøring er at adgangen til å beslaglegge og tilintetgjøre eiendeler knyttes opp mot hva som er nødvendig for forsvarlig drift – et gjennomgående vilkår etter §§ 7-2 til 7-4. Dette kan ses som en normering av det forvaltningsskjønnet som ellers må utøves. Selv om for eksempel en hndarbeidssaks objektivt sett ofte kan kvalifisere til å være en farlig gjenstand, vil det i mange sammenhenger ikke være grunnlag for å beslaglegge et slikt verktøy.

Etter *andre ledd* kan det treffes vedtak om at beslaglagte gjenstander skal tilintetgjøres. Vilkåret er at det dreier seg om en gjenstand som personene ikke lovlig kan inneha ved utskriving.

Til § 7-5 Skjerming av hensyn til medpasienter i psykisk helsevern

Se punkt 26.4.3.

Til § 7-6 Samtykke til tiltak som nevnt i §§ 7-3, 7-4 og 7-5

Det vises til merknader til §§ 6-22 og 9-20.

Kapittel 8: Gjennomføring av tiltak

Generelt. Et hovedtrekk i utredningen er økt fokus på gjennomføringsfasen. Dette kommer blant annet til uttrykk i skillet med «motstand» og «tvang», se § 1-3 og ulike materielle bestemmelser. I kapittel 6 IV er det også gitt særlige gjennomføringsbestemmelser med aktualitet for psykisk helsevern og rus. Kapittel 8 dekker både tiltak iverksatt etter vedtak og tiltak iverksatt etter beslutning. I det store bildet bygger kapitlet ut rettssikkerhetsvernet sammenlignet med det som gjelder i dag gjennom sitt økte fokus på gjennomføringsfasen.

Til § 8-1 Skånsomhet og Ivaretagelse av grunnleggende behov i gjennomføringsfasen

Utgangspunktet er at de vilkår som gjelder for å treffe vedtak, eventuelt en beslutning, også gjelder for gjennomføringsfasen. I tillegg er det nødvendig med enkelte mer eksplisitte krav til gjennomføringen som springer ut av pliktetiske forestillinger med ankerfeste i menneskeverdbegrepet. Se generelt utredningen punkt 27.2.

Kravet om skånsomhet i *første ledd* er selvsagt, men kommer bare sporadisk til uttrykk i gjeldende lovgivning. Det kan stå som en presisering av kravene om nødvendighet og forholdsmessighet særlig med tanke på gjennomføringssituasjonen.

Andre ledd. Bestemmelsen er generell, men vil særlig ha aktualitet ved tiltak som pågår over noe tid, for eksempel skjerming.

Til § 8-2 Særlige krav ved gjennomføring av skjermingstiltak

Se punkt 25.6.3.4.

Til § 8-3 Særlige krav ved gjennomføring av kroppslige inngrep med tvang

Se generelt punkt 27.4.

Første ledd. Bestemmelsen omfatter bare tvang i form av «kroppslige inngrep, herunder fastholding». Dette er et snevrere begrep enn fysisk tvang, som også for eksempel omfatter låsing av dør og lignende. Etter gjeldende rett er det stilt eksplisitte krav til antall personell som må delta i gjennomføringen av tiltak i helse- og omsorgstjenesteloven § 9-9. Utvalget vurderer imidlertid at for de tilfellene bestemmelsen dekker, vil et krav om to personell tilstede allerede i dag følge av kravet til faglig forsvarlighet. Utgangspunktet er at minst ett personell skal være autorisert helsepersonell, men her vil det være behov for en detaljering i forskrift blant annet ut fra særlige problemstillinger på enkelte tjenestefelt.

Tredje ledd. Arenauavhengige regler reiser særlige rettssikkerhetsspørsmål. Utenfor helseinstitusjon kan tilgangen på personell være mer varierende. Det må sikres at personer som utsettes for tvang får skikkelig oppfølging. Dette følger av forsvarlighetskravet, men utvalget har ønsket å etablere en særlig klarhet om at oppfølgingen både før og etter inngrepet må være gjennomtenkt, særlig når den skjer utenfor helseinstitusjon. I den grad dette ikke er beskrevet i vedtaket, må det lages en egen plan som skal sendes fylkesmannen

Til § 8-4 Løpende vurdering av om lovens vilkår er oppfylt

Se punkt 27.2.

Til § 8-5 Løpende vurdering av om gjennomføringen er i samsvar med vedtaket
Se punkt 27.3.

Til § 8-6 Bistandsplikt for spesialisthelsetjenesten under gjennomføringen av vedtak
Bestemmelsen henger sammen med bistandsplikten i vedtaksfasen, se § 9-7.

Til § 8-7 Bistandsplikt for politiet og annen offentlig myndighet

Se *generelt* punkt 27.5. Også på dette punkt er gjeldende lovgivning preget av fragmentering. For hvem offentlig myndighet kan være se, § 1-4 nr. 4. Utvalgets lovutkast tydeliggjør at det bare er politiet som kan yte bistand i form av tvang. Problemstillinger knyttet til de arenamesige grenser for tjenestenes inngrepskompetanse er omtalt i de generelle motiver. Spørsmålene er i dag regulert på rundskrivsnivå, men utvalget ser at det kan være behov for en forskriftregulering.

Kapittel 9 Saksbehandlingen i første instans

I Vedtaks- og beslutningsansvarlig

Generelt. Reguleringen av saksbehandlingen i første instans varierer i dagens lovgivning – både innholdsmessig, hvor detaljert den er og de lovtekniske løsningene. I utvalgets lovutkast er det lagt grunnlag for – i det vesentlige – felles regler. I større grad enn tidligere er det foretatt en tilpasning av alminnelige forvaltningsrettslige regler til de særlige behov i saker om tvang i helse- og omsorgstjenesten.

Til § 9-1 Vedtaksansvarlig

Se omtale i punkt 28.6.4.3

Første ledd. I saker som gjelder kommunale tjenester med pleie- og omsorgsformål er det særlig viktig å plassere vedtakskompetansen på et nivå med myndighet til å omdisponere ressurser, herunder til utprøving av frivillig baserte tiltak. Modellen i helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 blir på dette punkt foreslått utvidet til å omfatte saker i denne kategorien som i dag omfattes av pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A. Det betyr at tvangsinnleggelse og tvungent tilbakehold i sykehjem skal fattes på et ledelsesnivå i kommunen. Etter det utvalget erfarer praktiseres kapittel 4 A allerede slik i enkelte kommuner ved at det gjennomføres en intern kvalitetssikring før vedtak fattes. Ordningen med forhåndsgodkjenning fra fylkesmannen i saker om planlagt tvangsbruk etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 videreføres ikke.

Andre ledd. Ordningen etter psykisk helsevernloven videreføres. Utvalget har påpekt at det kan være behov for enkelte justeringer i lys av menneskerettslige krav for å sikre involvering av psykiaterkompetanse, men dette bør kunne gjøres i forskrift. Modellen fra psykisk helsevern utvides til å gjelde også i tverrfaglig spesialisert behandling for rusmiddelavhengighet, se punkt 28.5.6 om utvalgets avveininger i den sammenheng.

Tredje ledd regulerer tilfeller som ikke omfattes av første og andre ledd. Den vedtaksansvarlige må være kvalifisert til å være faglig ansvarlig, jf. helsepersonelloven § 4. Kravet om at virksomheten må utpeke personell som skal ivareta funksjonen som vedtaksansvarlig, antas å ville heve bevissthet om og kvaliteten i arbeidet med tvang for eksempel i den somatiske delen av spesialisthelsetjenesten.

Til § 9-2 Beslutningsansvarlig

Det vises til utredningen punkt 28.3.2 og 28.4.3.4.

Første ledd. Hvem som har «det daglig ansvaret» for tjenesten må avklares lokalt. Det vil for eksempel kunne være en avdelingsleder ved et sykehjem eller et bofellesskap. Det sentrale er at vedkommende har et overordnet ansvar for den daglige driften og slik kan være i posisjon til å vurdere tiltak med tanke på å forebygge ytterligere nødssituasjoner i framtiden.

II Saksforberedelsen

Til § 9-3 Plikt til å vurdere varsel

Første ledd. Meldinger som mottas må vurderes for å kunne ta stilling til om det er behov for videre oppfølging. Meldinger som blir gitt av pårørende skal vurderes likt med varsler mottatt fra offentlig myndighet. Pårørende kan ha kunnskap som offentlig myndighet er ukjent med, bl.a. fordi det ikke er etablert kontakt med offentlig myndighet tidligere. Se for øvrig punkt 28.6.4.2.3.

Andre ledd. Se punkt 28.6.4.2.2. Muligheten for offentlig myndighet til å kreve vurdering av tvungne tiltak eksisterer i dag i psykisk helsevernloven § 3-6. Utvalget foreslår at denne muligheten videreføres og utvides til også å gjelde utenfor psykisk helsevern.

Til § 9-4 Forsvarlig saksforberedelse

Se generelt punkt 28.7.4.1.

Første ledd uttrykker prinsippet i forvaltningsloven § 17 første ledd med presiseringer av relevans for sakstypen i lovutkastet.

Andre ledd. Den vedtaks- eller beslutningsansvarlige skal alltid ha møtt personen. Ved helsehjelp vil terminologien normalt være at det skal foretas en «undersøkelse». Særlig for omsorgstjenestene kan dette likevel være en unaturlig uttryksmåte, og utvalget har forsøkt å forene de to tradisjonene gjennom formuleringen i andre ledd.

Til § 9-5 Rett til medvirkning og til å få uttale seg

Bestemmelsen er nærmere omtalt i kapittel 28.7.4.2 og 28.10.

Første ledd: Både pasient- og brukerrettighetsloven og forvaltningsloven inneholder regler om saksbehandling. Systemet i pasient- og brukerrettighetsloven er imidlertid mer uformelt enn etter forvaltningsloven. Dette gjenspeiles også i språkbruken ved at for eksempel rett til varsel og uttalelse blir omtalt som medvirkning, og dokumentinnsyn vil normalt være et spørsmål om journalinnsyn. Medvirknings- og uttaleretten er sentral med tanke på at saken skal være tilstrekkelig opplyst før vedtak treffes. De særlige forhold som gjelder barn må hensyntas, slik at de får oppfylt sin rett til deltakelse. Siden det i en nødsituasjon vil være langt mindre tid til rådighet, må kravet til medvirkning og informasjon tilpasses den aktuelle situasjonen. Personen har imidlertid rett til både informasjon og medvirkning så langt det er mulig ut fra situasjonen.

Andre ledd: Pårørende er en viktig ressurs og kan derfor ofte bidra med nyttige opplysninger til saken. I tillegg kan pårørende etter omstendighetene ha egne interesser i saken. Det vil imidlertid i større grad være adgang til å ta ressursmessige hensyn med tanke på å få innhentet opplysninger fra pårørende. Dessuten kan praktiske hensyn, deriblant hvor raskt et vedtak eller beslutning må treffes, gjøre det vanskelig å ivareta pårørendes mulig for medvirkning.

Til § 9-6 Samråd med annet kvalifisert personell

Se punkt 28.7.4.4. Et krav om samråding styrker grunnlaget for avgjørelsen. I lovgivningen har det vært en tendens i retning av å utvide virkeområdet for denne konstruksjonen. Det har blitt anført at dette må ses som en side av faglig forsvarlighetskravet. Utvalget har vurdert at et krav om samråd bør gjelde generelt i saker om tvang. For kapittel 4 som bare gjelder i akutte situasjoner, vil et slik krav ikke være mulig å oppstille. Reservasjonen knyttet til § 6-2 er en videreføring av gjeldende rett.

Utkastet inneholder enkelte særregler om samråd som går foran som spesialregler, se §§ 6-10 nr. 7 og § 6-13 nr. 3.

Til § 9-7 Bistandsplikt for spesialisthelsetjenesten før det treffes vedtak

Se utredningen punkt 28.7.4.5.

Første ledd. Saker som gjelder bruk av tvang i yting av kommunale tjenester med et pleie- og omsorgsformål, utgjør et særlig risiko-område rettssikkerhetsmessig, se punkt 28.5.1.4. Utvalget oppfatter ordningen i helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 som en viktig rettssikkerhetsgaranti ved at den både sikrer fagligheten og innspill fra noen som har distanse til de problemstillingene man i kommunen står overfor. Ordningen foreslås nå gitt bredere anvendelse enn bare for personer med utviklingshemning, samtidig som kjennetegnene ved persongruppen strammes inn. Det er bare der personen har «store formidlingsproblemer» bistandsplikten gjelder, jf. punkt 18.6.4.2.

Andre ledd. Utvalget har som en særlig prioritet å redusere tvangsbruken i nødssituasjoner ved at det legges til rette for en helhetstenking rundt personens situasjon. Dette kan lede fram til vedtak etter § 6-5, jf. § 4-10, også i spesialisthelsetjenesten. Ikke minst framstår problemstillingen som aktuell i psykisk helsevern. I den forbindelse er det viktig at man har god samhandling internt i spesialisthelsetjenesten, for eksempel slik at habiliteringstjenesten kan bidra med sin kompetanse ved en psykiatrisk institusjon. Etter begrunnet anmodning gjelder derfor bistandsplikten også innad i spesialisthelsetjenesten.

Til § 9-8 Uavhengig legeundersøkelse

Se punkt 28.6.4.2.1. Dagens ordning i psykisk helsevern videreføres og gjøres også gjeldende for tverrfaglig spesialisert behandling for rusmiddelavhengighet som følge av omleggingen av inntaksmodellen.

Til § 9-9 Beviskrav

Se punkt 24.8.4. Utvalget skiller mellom beviskrav som omhandler konstatering av faktisk forhold i dag eller i fortid og prognosevurderinger som gjelder hvordan forhold vil utvikle seg i framtiden. Denne bestemmelsen gjelder beviskrav, mens reguleringen av prognosevurderingene framkommer på de punkter i de materielle bestemmelsene hvor dette er aktuelt.

Ved klar sannsynlighetsovervekt må det samlede bevisbildet tydelig peke i retning av at det enkelte lovsvilkår er oppfylt. Beviskravet er lavere enn i strafferetten noe som også er naturlig ut fra de ulike formål som ivaretas. Enkelte avvikede beviskrav er aktuelle, særlig ved midlertidige vedtak (§ 9-14) og ved vurdering av beslutningskompetanse, jf. pasient- og brukerrettighetsloven § 4-3 andre ledd.

Til § 9-10 Nytt vedtak og forlengelse av vedtak

Se punkt 28.7.6. Ved behov for videreføring av tiltak kan det enten treffes nytt vedtak eller et eksisterende vedtak kan forlenges dersom det er grunnlag for det. Bakgrunnen for at utvalget har etablert et slikt tosporet system er de prosessuelle konsekvensene for domstolsprøving av om man velger den ene eller den andre modellen, jf. tvisteloven § 36-1. Kravene til vedtaket er imidlertid de samme, med unntak av kravet om uavhengig legeundersøkelse der det er aktuelt.

Det er ikke alltid et aktuelt alternativ med forlengelse, jf. blant annet lovutkastet § 6-13 om elektrokonventiv behandling.

Til § 9-11 Vedtak om oppheving av vedtak

Bestemmelsen klargjør hvilke av reglene i kapittel 9 som gjelder der et vedtak skal oppheves.

III Vedtaket

Til § 9-12 Samlevedtak

Se punkt 28.7.8. Spørsmålet om samlevedtak er ulikt regulert i dagens lovgivning. Ut fra utvalgets ønske om å styrke helhetstenkingen rundt individet er det grunn til å framheve denne muligheten, selv om det kan være mange grunner til at dette ikke blir vurdert som aktuelt i den enkelte sak, se utdyping i de alminnelige motivene.

Til § 9-13 Tidspunkt for vedtak

Første ledd. Det alminnelige forvaltningsrettslige prinsippet om at et vedtak må foreligge før det gjennomføres, gjelder også i helse- og omsorgstjenesten. Ved tvangsinnleggelse og tvungent tilbakehold i helseinstitusjon kan situasjonen være slik at dette ikke er mulig å gjennomføre. Ordningen med at vedtak må foreligge innen 24 timer i psykisk helsevern videreføres. Den utstrekkes til også å omfatte den spesialiserte rusbehandlingen som et resultat av omleggingen av inntaksmodell, men det antas at problemstillingen her sjelden vil være aktuell.

Andre ledd presiserer at det skal treffes avslagsvedtak i sak som omfattes av kravet om uavhengig legeundersøkelse. Dette henger sammen med de prosessuelle rettighetene dette utløser, se punkt 28.6.4.2.2.

Til § 9-14 Midlertidig vedtak ved tvangsinnleggelse og tvungent tilbakehold

Se punkt 28.4.1.2.5. Observasjonsbegrepet som vi i dag kjenner fra psykisk helsevernloven, videreføres ikke. Det vurderes at behovet for midlertidige vedtak først og fremst er tilstede i forbindelse med tvangsinnleggelse og tvungent tilbakehold, ikke ved andre tiltakstyper.

Beviskravet settes til alminnelig sannsynlighetsovervekt, se punkt 24.8.4. Dette gjelder også ved usikkerhet om beslutningskompetansen, noe som representerer en endring sammenlignet med gjeldende rett.

Sammenlignet med psykisk helsevernloven § 3-2, strammes lengste varighet inn fra ti til sju dager. Det er viktig at det jobbes effektivt med avklaringer i perioden. Nemndsleder kan forlenge i inntil fem dager. Dette er en halvering sammenlignet med psykisk helsevernloven § 3-2 andre ledd. Det stilles som vilkår at behovet for fristforlengelse ikke kan legges institusjonen til last.

Til § 9-15 Krav til hva som skal nedtegnes etter tiltak i enkeltstående nødssituasjoner
Se punkt 28.7.7.

Til § 9-16 Generelle krav til vedtak

Se punkt 28.7.5. Krav til vedtakets utforming utgjør en viktig del av rettssikkerheten. Utvalget bygger videre på en utvikling i retning av å stille spesifikke krav til hva begrunnelsen skal inneholde. Utvalget mener man på denne måten både fremmer godt gjennomtenkte vedtak og stimulerer til faglig og etisk diskusjon om rettmessigheten av tvang i tjenestene.

Paragrafen oppstiller generelle krav til vedtaket, men det vil likevel være slik at det nærmere innholdet kan variere fra vedtakstype til vedtakstype. Således vil særlig variasjoner i hvor inn-
gripende tiltaket er, men også den tid som står til rådighet før avgjørelsen må tas (selv om vi er utenfor nødssituasjoner), være av betydning. Tidsfaktoren vil for eksempel kunne komme inn ved vedtak etter utkastet § 7-3 om kontroll for å hindre innførsel av farlige gjenstander m.m.

Etter *nummer 6* skal beskrivelsen av tiltaket være så presis «som mulig». Spesifikt skal spørsmålet om fysisk maktbruk og – i tilfelle – gjennomføringsmåte omtales. Dette vurderes å være et viktig grep for å få økt fokus på gjennomføringen av tiltak som kan være av vel så stor betydning for personen som selve vedtaket.

Det presiseres i utkastet *nummer 8* at begrunnelsen for hvorfor hvert enkelt vilkår i loven er oppfylt må være konkret. Etter *nummer 10* skal det gjøres en vurdering av den samlede tvangsbruken overfor personen der vedkommende er underkastet flere vedtak. Dette er viktig for å fremme helhetstenking om individet.

Til § 9-17 Særlige krav for enkelte typer av vedtak

For bestemte vedtakstyper er det behov for tilpasninger av de generelle kravene til vedtaket i § 9-16. Dette ivaretas gjennom denne bestemmelsen.

Til § 9-18 Underretning

Se punkt 28.7.9.

Første ledd. Kravet om tilrettelegging er en parallell til § 9-5.

Andre ledd. Utvalget vurderer at der den pårørende ønsker det, må det kunne avtales andre former for underretning enn oversending av skriftlige vedtak og meldinger om inngrep i nødssituasjoner.

Til § 9-19 Oversendelse til fylkesmannen

Bestemmelsen må ses i sammenheng med fylkesmannens oppgaver etter § 10-2 nr. 1 og 2.

IV Særlige krav ved samtykke til enkelte tiltak og forhåndssamtykke til tvang

Til 9-20 Særlige krav til samtykkedokument ved enkelte tiltak

Se punkt 25.6.9.6.

For samtykke til enkelte tiltak er det behov for særlige rettssikkerhetsgarantier på grunn av personens underlegne stilling overfor behandlingsapparatet. Dette er særlig aktuelt for enkelte

tiltak i institusjoner for psykisk helsevern og rus. Utvalgets grep her er å skjerpe kravene til samtykkedokumentet blant annet for å sikre informasjon om frivilligheten i situasjonen.

Til § 9-21 Særlige krav til dokument om forhåndssamtykke om bruk av tvang

Se punkt 24.7.7. At kravene til dokumentet er oppfylt er gjort til en gyldighetsbetingelse, jf. §§ 5-3, 6-23 og 6-24, alle andre ledd.

Kapittel 10 Kontrollinstansene

Til § 10-1 Formålet med fylkesmannens og tvangsbegrensningsnemndenes virksomhet

Ulike organer har en kontrollfunksjon etter loven, men på ulike nivåer. Tvangsbegrensningsnemnda og fylkesmannen har den utøvende rollen i enkeltsaker, mens departementet og Statens helsetilsyn har et mer overordnet ansvar.

Utvalget vurderer at en tydelighet om formålet med kontrollvirksomheten til fylkesmannen og tvangsbegrensningsnemnda som korresponderer med lovens formål, er helt sentralt. Bestemmelsen etterlater ingen tvil om kontrollorganenes tvangsbegrensende formål, noe som dermed vil måtte være styrende for utøvelse av virksomheten.

Nummer 3 framhever betydningen av helhetstenkning rundt individets situasjon ved at ulike tvangstiltak skal ses i sammenheng. Denne måten å tenke på representerer en nyskapning med lovutkastet og kommer konkret til uttrykk i ulike bestemmelser.

Til § 10-2 Fylkesmannens oppgaver

Se punkt 28.5.7.3. Fylkesmannen får en svært sentral funksjon. Fylkesmannen skal motta alt av vedtak, meldinger, forhåndssamtykker m.m. og holde oversikt. Dette er viktig både i et overordnet perspektiv – å holde oversikt over den totale tvangsbruken – men også med tanke på oppfølging av enkeltsaker, jf. formålet i § 10-1 nr. 3 om at ulike tvangstiltak overfor samme person skal ses i sammenheng. Hvilke datatekniske løsninger utføring av denne oppgaven krever må avklares.

Svakhetene ved dagens kontrollkommisjoner som forvaltningsorgan har stått sentralt for utvalget. Fylkesmennene med sin administrative styrke, er tenkt som løsningen på dette problemet for de nye tvangsbegrensningsnemndene, blant annet gjennom etablering og drifting av saksbehandlings- og arkivsystem. Fylkesmannen skal også ivareta merkantile funksjoner og fordele saker til nemndene. Motposten er at fylkesmannen blir mindre sentral i den konkrete behandlingen av overprøvingssaker.

Etter *nummer 2* skal fylkesmannen gjennomføre en kontroll av formelle sider ved de tilsendte dokumenter, jf. punkt 28.8.2.2.3. Enkelte feil vil måtte lede til oppheving på grunn av ugyldighet, se punkt 28.8.4. For husordensregler og avgjørelser om innføring av rutinekontroll, jf. lovutkastet §§ 7-1 og 7-2, skal fylkesmannen foreta en full materiell prøving. Dette henger sammen med at slike avgjørelser har en generell karakter og dermed ikke er egnet for individuelle klagerett.

Etter *nummer 6* skal fylkesmannen opprette og administrere lister over sakkyndige som kan oppnevnes i enkeltsaker for å styrke tvangsbegrensningsnemndene.

Fylkesmannens ansvar etter helsetilsynloven ligger fast, jf. *nummer 7*.

Etter andre ledd skal departementet sørge for at det blir etablert en nasjonal oversikt over tvangsbruk etter loven her. Utvalget legger til grunn at dette ansvaret i praksis vil bli delegert til Helsedirektoratet eller Statens helsetilsyn, etter delegasjon.

Til § 10-3 Oppnevning av tvangsbegrensningsnemnder

Generell omtale er gitt i punkt 28.5.7.4.

I første ledd er departementet pålagt ansvar for å oppnevne et tilstrekkelig antall tvangsbegrensningsnemnder i hvert fylke. Det er presisert at oppnevningen skal skje etter forslag fra fylkesmannen. Det er en forutsetning at forslaget blir forberedt ved en annen enhet enn den som er ansvarlig for utøving av oppgaver etter tvangsbegrensningsloven. Ansvaret innebærer oppnevning av enkeltmedlemmene, også nestleder. Hver nemnd skal som utgangspunkt ha ansvaret i et geografisk avgrenset område, men departementet kan i enkelttilfeller beslutte at nemnda skal behandle saker utenfor sitt område.

Etter andre ledd skal departementet ha overordnet administrativt ansvar for tvangsbegrensningsnemndene og sørge for opplæring av medlemmene. Utvalget legger til grunn at dette ansvaret i praksis vil bli lagt til Helsedirektoratet, etter delegasjon. Departementet skal også ha et overordnet ansvar for at det blir tatt initiativ som er egnet til å fremme lik praksis nemndene imellom.

Tredje ledd gir departementet hjemmel til å fastsette forskrift med nærmere bestemmelser om tvangsbegrensningsnemndenes virksomhet, herunder opplæring av nemndene.

Til § 10-4 Tvangsbegrensningsnemndenes uavhengighet og sammensetning

Se punkt 28.5.7.

Første ledd. Tvangsbegrensningsnemndene blir administrativt tett knyttet til fylkesmennene, men den faglige uavhengigheten lovfestes. Også oppnevningsmodellen bidrar til å styrke den faglige integriteten.

Andre ledd. Nemndene består av tre medlemmer – jurist, lege og person med erfaring som pasient/bruker eller pårørende. Det er valgt en generalistmodell, men ved behov kan nemnda forsterkes med et ekstra medlem, jf. § 10-2 nr. 6.

Tredje ledd. For å ivareta formålet etter § 10-1 nr. 1 må tvangsbegrensningsnemndene opptre som et kritisk korrektiv overfor tjenestene. En viktig grunn til at utvalget foreslår en oppnevningmodell og ikke faste ansettelser av leder og eventuelt også medlemmer, er frykten for «tvangsblindhet»/normalitetsforskyvning. Ut fra dette må det settes klare grenser for gjenoppnevning av medlemmer. Bare én gjenoppnevning er tillatt før det inntreffer en karenstid.

Til § 10-5 Tvangsbegrensningsnemndenes oppgaver

Se punkt 28.5.7.

Tvangsbegrensningsnemndene blir den sentrale administrative overprøvingsinstansen etter lovutkastet. Behandling av klagesaker og obligatoriske kontroller utgjør her de mest omfangsrike postene. Samtidig skal nemndene ivareta en stedlig tilsynsfunksjon. En slik nærhet til institusjonene og andre arenaer der tvang utøves, er helt nødvendig for å fremme formålene i § 10-1. I stedet for å gå i retning av en domstolslignende modell for administrativ overprøving – som fylkesnemnda –, har utvalget villet utnytte den større fleksibilitet en forvaltningsrettslig modell åpner for. Dette er gjort ved å etablere et organ som skal ha en aktivt virkende funksjon for å begrense tvang.

Til § 10-6 Statens helsetilsyns ansvar

Omtale av ny helsetilsynslov er gitt i punkt 28.11.2. Tilsyn fra fylkesmannen og Statens helsetilsyn er nærmere omtalt i punkt 28.11.5. I punkt 28.11.6. er det redegjort for utvalgets vurderinger. Her framgår det at tvangsbegrensningsnemndenes plikt til å føre stedlig tilsyn bør gjelde som et supplement til de tilsynsoppgavene fylkesmannen og Statens helsetilsyn har etter den nye helsetilsynsloven.

Lovutkastet § 10-6 presiserer at Statens helsetilsyn har ansvar for å gi tvangsbegrensningsnemndene veiledning i utføring av stedlig tilsyn. Dette er et ansvar som i dag ikke framgår av den nye helsetilsynsloven.

Kapittel 11 Obligatorisk kontroll

Generelt. Utvalget vurderer at det er viktig at tvangsvedtak underkastes jevnlig kontroll uavhengig av klage. Det er viktig å legge til rette for en reell overprøving i de mest alvorlige sakene. Se punkt 28.8.2.

Til § 11-1 Høringssak i tvangsbegrensningsnemnda innen 30 dager

Se punkt 28.8.2.2. Bestemmelsen representerer en ny konstruksjon i norsk rett ved at et uavhengig kontrollorgan skal tungt på banen tidlig i tvangsforløpet med et tydelig oppdrag om å fokusere på retten til et tilrettelagt tjenestetilbud uten bruk av tvang, jf. § 13-5 femte ledd. Formålet er å bidra til at saken blir ført inn i et godt spor på et tidlig tidspunkt.

Det som oppfattes som de alvorligste sakene som involverer tvang er valgt ut til denne ordningen, unntatt tvangsmedisinering på grunn av usikkerhet ved om 30 dager her utgjør det beste tidspunktet for en kontroll. Vedtak om behandling med tvungen skjerming og tvungen ernæring i psykisk helsevern har en kortere varighet enn 30 dager, jf. §§ 6-11 og 6-12. Høring er derfor i disse bare aktuelt ved forlengelse av vedtak, jf. § 9-10, i disse tilfellene.

Til § 11-2 Høringssak i tvangsbegrensningsnemnda av eget tiltak

Se punkt 28.8.2.1.

Til § 11-3 Den vedtaksansvarliges plikt til å vurdere vedtaket på nytt minst hver tredje måned

Se punkt 28.8.2.1. Om lovens vilkår er oppfylt skal vurderes løpende, jf. 8-4. Ut fra menneskrettslige krav er det likevel nødvendig å også operere med faste kontrollpunkter. Dette er løst litt forskjellig i dag. Utvalget foreslår «minst» hver tredje måned som en norm. Mange vedtakstyper har kortere varighet. Da er problemstillingen uaktuell.

Til § 11-4 Krav om forhåndsgodkjenning i tvangsbegrensningsnemnda ved varighet ut over ett år

For tiltak som vedvarer over lang tid er det behov for ekstra kontroll, uavhengig av klage. Se punkt 28.8.2.2.

Første ledd. Videreføring av de mest alvorlige tiltakene foreslås betinget av godkjenning i nemnda etter ett år, og deretter – dersom det er aktuelt – hver sjette måned. Årskontroll skal også finne sted for vedtak med en kortere varighet, men som er forlenget gang på gang i løpet av året slik at det nå er spørsmål om å opprettholde tiltaket ut over ett år.

Uttrykksmåten «forhåndsgodkjenning» markerer at samtykke fra nemnda må være gitt før årsdagen for det vedtaket som er til overprøving – eventuelt via mellomliggende forlengingsvedtak – passerer. Dette er et materielt vilkår. Vedtaket bortfaller om ikke vedtak om godkjenning foreligger innen fristen. Det er ikke tilstrekkelig at nemnda har behandlet saken og bestemt seg for å godkjenne, om ikke også vedtaket er ferdigstilt innen fristen, jf. lovutkastet § 13-6. Der et vedtak for eksempel er fattet 3. januar et gitt år, må vedtak om godkjenning av forlenging i tvangsbegrensningsnemnda foreligge innen 2. januar det påfølgende året.

Listen over vedtak som utløser kontroll etter ett år, er i utgangspunktet den samme som etter § 11-1. Fra psykisk helsevern er vedtak om tvangsmedisinering tatt med. Det vurderes ikke som en praktisk problemstilling at tvungen skjerming eller tvungen ernæring skal vedvare over så lang tid. Disse er derfor utelatt, men det minnes om nemndas kompetanse til å åpne høringssak av eget tiltak etter § 11-2.

Andre ledd underbygger tanken helhetstenking som er gjennomgående i lovutkastet.

Tredje ledd åpner for at det kan settes en lengste frist for vedtakets – og dermed tiltakets – varighet som utelukker ytterligere forlenging etter § 9-10. Alternativt kan det fastsettes en kortere frist for ny godkjenning i nemnda enn det som følger av første ledd: det vil si hyppigere enn hver sjetten måned etter at ett år er passert. Tredje ledd kan være aktuelt der nemnda mener at tjenestene jobber for sakte eller for lite effektivt med tanke på å redusere bruk av tvang. Etter psykisk helsevernloven § 3-8 tredje ledd har det i praksis vært litt ulike oppfatninger om kontrollkommisjonenes adgang til å forlenge for en kortere periode enn ett år. Slik tvil vil ikke oppstå etter utkastet.

Kapittel 12: Klage og omgjøring m.m.

Generelt. Se punkt 28.8.1 og 28.8.2.3. Klagereglene har utvalget vurdert trenger en omfattende bearbeidelse i lys av de spesielle behov i saker om tvang. Den tradisjonelle henvisningen til forvaltningslovens alminnelige system er i dag ikke lenger tilstrekkelig for å ivareta rettssikkerheten i denne sakstypen.

Til § 12-1 Klagerett

Se punkt 28.8.1.5.

Første ledd. At personen vedtaket er rettet mot har klagerett er opplagt. I lovutkastet brukes så uttrykksmåten «den som har rettigheter som nærmeste pårørende». Det vises til §§ 3-3 og 3-5.

Se punkt 28.8.1.2 om problemstillinger ved klage over beslutninger om inngrep i nødssituasjoner.

Til § 12-2 Framsetting av klage

Se punkt 28.8.1.3 og 28.8.1.4.

Bestemmelsen innebærer dels en klargjøring, dels en oppmykning sammenlignet med gjeldende lovgivning. Retten til å sette fram muntlig klage, fleksibilitet overfor hvem dette kan skje og en plikt til å yte personen bistand er sentralt.

Det skal stilles små krav for at en klage skal anses å foreligge. Om vedkommende er beslutningskompetent i relasjon til selve det omstridte tiltaket, er irrelevant. Det eneste som kreves er at personen har en vag oppfatning om at det å klage kan hjelpe ham eller henne til å slippe et tiltak vedkommende er uenig i.

Til § 12-3 Klagefrist ved klage fra personen selv

Se punkt 28.1.6.

Det foreslås ulike regler for personen vedtaket retter seg mot og andre. For personen selv er det ingen legitime grunner til å operere med klagefrist. Dette stiller seg annerledes ved klage over vedtak som ikke lenger er virksomme, jf. *andre ledd*.

Personen selv bør vurdere om en klage skal opprettholdes der vedtaket er falt bort før saken behandles, jf. første ledd andre punktum. Dette er en mer fleksibel regel enn i psykisk helsevernloven § 28 andre ledd. Behandling av klagen er etter utkastet gjort avhengig av om personen ønsker dette.

Til § 12-4 Klagefrist ved klage fra nærmeste pårørende m.fl.

Se punkt 28.1.6.

Til § 12-5 Klageinstans m.m.

Se punkt 28.1.8.

Tvangsbegrensningsnemnda er foreslått som klageinstans for alle vedtak. Dette gjelder også tvangsmedisineringsvedtak, se punkt 25.6.2.2.11. Å samle alle vedtaksklagene hos nemnda gir klarhet og gode muligheter for helhetstenking. Også klage over beslutninger om bruk av særlig inngripende tiltak i nødssituasjoner går til nemnda, samt tvister om gyldigheten av forhåndssamtykke til tvang. Fylkesmannen sitter igjen med øvrige beslutninger.

Nemnsleder behandler alene klager over midlertidige vedtak om tvanginnleggelse og tvungent tilbakhold. Dette er nødvendig for å sikre effektivitet i prøvingen i lys av vedtakets varighet.

Til § 12-6 Klageinstansens kompetanse

Første ledd. Første og andre punktum uttrykker gjeldende rett. Tredje punktum er viktig for å sikre helhetstenkingen som står sentralt i utvalgets utredning. Problemstillingen er bare aktuell for tvangsbegrensningsnemnda.

Andre ledd. Utvalget anser det som uheldig om nemnda i ytterste konsekvens skal kunne presse helse- og omsorgstjenesten til å holde en person under tvang der man på et faglig grunnlag mener dette ikke er holdbart. Det foreslås derfor å avgrense klageinstansens kompetanse til å gjennomføre en legalitetsprøving (lovlighetskontroll) av vedtak om opphør eller avslag på tvang. Det skal altså ikke gjennomføres en full prøving som ved spørsmål om å opprettholde tvang. Dette innebærer en innstramming sammenlignet med psykisk helsevernloven i dag.

Til § 12-7 Ny klage over samme vedtak

Se punkt 28.8.1.7. Se punkt 28.8.4 for spørsmålet om ugyldighet.

Til § 12-8 Omgjøring av vedtak utenfor klagesak

Se punkt 28.8.2.3.

Til § 12-9 Krav om prøving av gyldigheten av forhåndssamtykke til tvang

Bestemmelsen tilpasser anvendelsen av kapittel 12 til denne spesielle sakstypen.

Til § 12-10 Uavhengig psykiatrifaglig overprøving

Se punkt 25.6.2.2.11.

Kapittel 13 Saksbehandlingen i saker for tvangsbegrensningsnemnda m.m.

Generelt. Etter lovutkastet er tvangsbegrensningsnemnda klageinstans i alle vedtakssakene og har også ellers de tyngste overprøvingsoppgavene. Fylkesmannen er klageinstans for beslutninger, unntatt tiltak som omfattes av § 4-3. At nemnda er den sentrale aktør i overprøvings-saken er markert i tittelen til kapitlet. Tillegget «m.m.» (med mer) referer til § 13-8 om at bestemmelsene skal gjelde tilsvarende for fylkesmannen så langt de passer.

Til § 13-1 Uavhengighet og tillit

Bestemmelsen uttrykker en selvsagt rettesnor for arbeidet og bygger opp under så vel formålsbestemmelsen i § 10-1 som § 10-4 fjerde ledd om at ingen kan være medlem i en nemnd som kan få befatning med institusjoner eller tiltak som vedkommende ellers har noe ansvar for.

At det ikke foreligger inhabilitet i forvaltningsrettslig forstand utgjør en absolutt minimumsstandard, men bestemmelsen rekker lenger. Der medlemmet selv eller nære pårørende eller venner mottar tjenester ved en institusjon eller et tiltak nemnda har under sitt ansvarsområde, bør vedkommende fratre i arbeidet overfor den aktuelle institusjonen/det aktuelle tiltaket, selv om det ikke er tale om formell inhabilitet. Dette kan løses ved innkalling av vara.

En særlig problemstilling gjelder situasjoner der tvangsbegrensningsnemnda gang etter gang behandler sak om samme person. Her bør nemndsleder sørge for at sammensetningen av nemnda varierer, jf. også lovutkastet § 10-3 første ledd siste punktum som åpner for å overføre saker mellom nemnder.

Til § 13-2 Rask framdrift i klagesak

Se punkt 28.8.1.9.

Andre ledd. Fylkesmannen har en viktig administrativ støttefunksjon til nemndene og bør ha samme plikt til å sikre rask saksframdrift, selv om nemnda er klageinstans.

Tredje ledd. Fristen på to uker er i samsvar med psykisk helsevernloven § 6-4 sjette ledd. Kort frist for avgjørelse i klagesak over midlertidig vedtak er nødvendig for å sikre effektiviteten i klageordningen.

Til § 13-3 Forsvarlig saksbehandling og rett til å uttale seg

Se punkt 28.7.4.3.

Til § 13-4 Rapport til nemnda ved uavhengig, psykiatrifaglig overprøving

Se punkt 25.6.2.2.11

Til § 13-5 Møte i nemnda

Første ledd. Prinsippet om at saker skal behandles i møte av fulltallig nemnd anses som helt sentralt for å oppfylle formålet denne kontrollinstansen skal ha. Se punkt 28.5.7.4.4 om vurderingene rundt nemndas sammensetning, herunder muligheten for et ekstra medlem.

Tredje ledd. For kontrollkommisjonene er spørsmålet i dag regulert i psykisk helsevernloven § 6-4 andre og tredje ledd, til dels gjennom en henvisning til tvisteloven. Utvalget vurderer at behovet for unntak fra møteplikten kan vurderes av departementet og reguleres i forskrift.

Fjerde ledd ivaretar en sentral side ved kontradiksjonen. Også her kan det være behov for unntak i spesielle tilfeller som er naturlig å regulere i forskrift, slik det i dag er gjort i psykisk helsevernloven for kontrollkommisjonene.

Femte ledd. Se punkt 28.8.2.2.3 om formålet med høringsordningen. Andre punktum framhever funksjonen som tilrettelegger for samhandling mellom tjenestene.

Til § 13-6 Krav til vedtaket

Se punkt 28.7.5.2.

Første ledd nummer 3 representerer en konkretisering av krav til vedtakets begrunnelse som utvalget vurderer følger av forvaltningsloven § 25 i saker om tvang i helse- og omsorgstjenesten, basert på rettspraksis og juridisk litteratur.

Til § 13-7 Fri rettshjelp

Se punkt 28.8.3.

Til § 13-8 Klagesak for fylkesmannen

Fylkesmannen er i begrenset grad gjort til klageinstans, jf. § 12-5, men kapitlets bestemmelser kommer til anvendelse så langt de passer.

Kapittel 14: Domstolsprøving

Til § 14-1 Domstolsprøving

Se punkt 28.9.

Kapittel 15 Sikkerhetstiltak i regionale sikkerhetsavdelinger og i enhet med særlig høyt sikkerhetsnivå

Lovutkastet innebærer en videreføring av dagens regler i psykisk helsevernloven kapittel 4 A, se punkt 2.3 om forståelse av mandat og avgrensning av arbeidet. Det er foretatt en teknisk tilpasning av gjeldende bestemmelser til lovutkastet, for eksempel slik at ordet «vedtaksansvarlig» brukes i stedet for «faglig ansvarlig». Om det også er behov for eller ønskelig med innholdsmessige endringer i lys av lovutkastet, forutsettes vurdert at departementet i den videre oppfølgingen av utredningen.

Særlig skal nevnes at bruken av ordet «person» er justert sammenlignet med psykisk helsevernloven kapittel 4 A, slik at begrepsbruken utkastet kapittel 15 blir i samsvar med terminologiene i lovutkastet for øvrig, se definisjonen i § 1-4 nr. 1.

Kapittel 16 Dom på overføring til tvungent psykisk helsevern

Lovutkastet innebærer en videreføring av dagens regler i psykisk helsevernloven kapittel 5, se punkt 2.3 om forståelse av mandat og avgrensning av arbeidet. Utkastet bygger generelt på en

oppløsning av begrepet «tvungent psykisk helsevern» og overgang til et fokus på de enkelte tiltak, se nærmere punkt 28.4.1.3. Unntak er gjort for dom på overføring til tvunget psykisk helsevern. Definisjonen av tvungent psykisk helsevern, jf. psykisk helsevernloven § 3-5, er følgelig plassert i utkastet § 16-1. Andre ledd i dagens § 3-5 er ikke medtatt da dette alternativet ikke vurderes som aktuelt ved dom etter straffeloven § 62. Heller ikke «tvungen observasjon» er naturlig å videreføre.

Det er foretatt en teknisk tilpasning av gjeldende bestemmelser til lovutkastet, for eksempel slik at ordet «vedtaksansvarlig» brukes i stedet for «faglig ansvarlig». Om det også er behov for eller ønskelig med innholdsmessige endringer i lys av lovutkastet, forutsettes vurdert at departementet i den videre oppfølgingen av utredningen.

Kapittel 17 Ikrafttredelse, overgangsbestemmelser og endringer i andre lover

Til § 17-1 Ikrafttredelse

Til § 17-2 Endringer i andre lover

1. Lov 16. juni 1980 nr. 35 om fri rettshjelp

Til endringene i lov om fri rettshjelp § 11 nr. 8, § 17 tredje ledd nr. 1 og § 17 tredje ledd nr. 3

Bestemmelsene tilpasses den nye bestemmelsen i tvangsbegrensningsloven § 13-8 slik at det gis fri sakførsel ved behandlingen av klager på de mest inngripende tiltakene etter tvangsbegrensningsloven i tvangsbegrensningsnemnda.

2. Lov 2. juli 1999 nr. 61 om spesialisthelsetjenesten

Til § 2-1 a

Første ledd nr. 5 foreslås endret som følge av at helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 10 foreslås opphevet. Henvisningen til helse- og omsorgstjenesteloven §§ 10-2 til 10-4 foreslås erstattet med de aktuelle bestemmelsene i utvalgets lovutkast. Det samme gjelder *fjerde ledd*.

Til § 3-14

Bestemmelsen foreslås opphevet fordi den blir erstattet av nye regler i utvalgets lovutkast, jf. utkastet kapittel 8.

Til § 3-15

Tredje punktum foreslås endret som følge av at helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 10 foreslås opphevet. Henvisningen til helse- og omsorgstjenesteloven §§ 10-2 til 10-4 foreslås erstattet med de aktuelle bestemmelsene i utvalgets lovutkast.

3. Lov 2. juli 1999 nr. 63 om pasient- og brukerrettigheter

Til § 1-3 bokstav b

Tredje punktum. Endringen innebærer grunnleggende sett en videreføring av gjeldende rett, men med enkelte presiseringer og justeringer. Utvalget finner det rimelig at pårørende som har den

tetteste tilknytning til personen sikres en adgang til involvering – både av hensyn til egne interesser, men også for å ivareta en rettssikkerhetsfunksjon. Sistnevnte aktualiseres for eksempel der personen selv har utpekt en kjendis eller lignende som sin nærmeste pårørende. Bestemmelsen kan i slike tilfeller unngå at spørsmålet om personen «er ute av stand til å oppgi pårørende» blir satt på spissen. Utvalgets forslag innebærer en utviding av dagens bestemmelse i pasient- og brukerrettighetsloven § 1-3 bokstav b ved at det ikke bare er saker etter psykisk helsevernloven kapittel 3 som omfattes. På den andre siden strammes bestemmelsen inn på det viset at det bare er den som deler hushold som kan komme i posisjon for å utøve tilsvarende rettigheter som nærmeste pårørende. Utvalget finner dette rimelig da det er i disse tilfellene grunnen for regelen står sterkest.

Fjerde punktum. Bestemmelsen er ny og er ment å skulle sikre en effektiv representasjonsordning i tilfeller av åpenbare interessekonflikter, jf. punkt 28.10.2.5 i de generelle motiver. I «i sak» ligger at oppdraget er begrenset. Ofte vil det være slik at interessekonflikter først og fremst gjelder enkeltspørsmål: for eksempel om personen skal innlegges i sykehjem, men ikke når det kommer til inngrep som skjer under oppholdet.

Hvem som utpekes vil være opp til fylkesmannen. Det vil være naturlig at det ses hen til prinsippene for kåring av nærmeste pårørende i bokstav b. Oppgaven vil være ny for fylkesmannen: her er det ikke tale om formell vergeoppnevning. Utvalgets forslag innebærer at i enkelt saker vil inntil tre personer kunne utøve rettigheter som nærmeste pårørende ved siden av hverandre.

Til § 3-1

Tredje ledd foreslås endret som følge av endring av begrepet samtykkekompetanse i § 4-3.

Til tittelen på kapittel 4

Tittelen foreslås endret fordi kapitlet foreslås utvidet til å gjelde samtykke til helse- og omsorgstjenester. Generell omtale er gitt i punkt 21.3.3.

Til §§ 4-1, 4-2 og 4-4

I disse bestemmelsene foreslås tekniske endringer som følge av at kapittel 4 foreslås utvidet til å gjelde samtykke til helse- og omsorgstjenester. Begrepet helsehjelp er erstattet med helse- og omsorgstjenester, og begrepet pasient er supplert med bruker. Utvalget ser ingen grunner for at ikke bestemmelsene i kapittel 4 også skal gjelde for omsorgstjenester. I stor grad er disse uttrykk for alminnelige ulovfestede prinsipper.

Til § 4-3

Generell omtale er gitt i punkt 21.3.

Bestemmelsen foreslås endret som følge av endring av begrepet «samtykkekompetanse» til «beslutningskompetanse». I tillegg foreslås tekniske endringer som følge av at kapittel 4 foreslås utvidet til å gjelde samtykke til helse- og omsorgstjenester.

I *andre ledd* er henvisningen til «fysiske eller psykiske forstyrrelser, senil demens eller psykisk utviklingshemming» foreslått fjernet fordi utvalgets vurdering er at diagnosebaserte eller diagnosenære kriterier i størst mulig grad bør unngås. I tillegg er det foreslått en presisering av at vilkåret om at personen åpenbart ikke er i stand til å forstå hva beslutningen gjelder, inkluderer konsekvensene.

Dagens *femte ledd* foreslås opphevet som et resultat av nytt tvangsbegrep, samt oppløsning av tvunget psykisk helsevern som konstruksjon, se bl.a. punkt 24.5.

Til § 4-6

Bestemmelsen foreslås opphevet fordi den foreslås erstattet med en ny bestemmelse i utkastet til ny tvangsbegrensningslov § 6-2, jf. merknaden til denne bestemmelsen ovenfor.

Til § 4-6 a

Bestemmelsen foreslås opphevet fordi den foreslås erstattet med en ny bestemmelse i utkastet til ny tvangsbegrensningslov § 6-3, jf. merknaden til denne bestemmelsen ovenfor.

Til § 4-7

Bestemmelsen foreslås opphevet som overflødig, jf. punkt 28.10.2.7.

Til Kapittel 4 A

Kapitlet foreslås opphevet fordi det er erstattet av nye regler i utkast til ny tvangsbegrensningslov.

Til § 6-5

Andre punktum foreslås opphevet fordi bestemmelsen er erstattet av nye regler i utkast til ny tvangsbegrensningslov.

Til § 7-2

Sjette ledd første punktum og § 7-4 første ledd andre punktum foreslås endret som følge av endring av begrepet samtykkekompetanse i § 4-3.

4. Lov 24. juni 2011 nr. 30 om kommunale helse- og omsorgstjenester

Kapittel 9 og 10 foreslås opphevet fordi kapitlene blir erstattet av nye regler i utkast til ny tvangsbegrensningslov.

5. Andre lover

Nærmere omtale er gitt i punkt 21.3.6.

Felles for de lovene som er listet opp, er at de benytter begrepet samtykkekompetanse. Utvalget forutsetter at blir vurdert nærmere av departement om og i hvilken grad det bør gjøres endringer i disse lovene som følge av utvalgs forslag om endring av begrepet samtykkekompetanse i pasient- og brukerrettighetsloven.

31 Utvalgets lovutkast

Lov om begrensning av bruk av tvang i helse- og omsorgstjenesten (tvangsbegrensningsloven)

Kapittel 1 Formål, virkeområde, definisjoner m.m.

§ 1-1 Lovens formål

Formålet med loven er særlig å

1. forebygge og begrense bruk av tvang i helse- og omsorgstjenesten
2. hindre vesentlig helseskade
3. fremme og sikre respekten for menneskeverdet og menneskerettighetene, herunder selvbestemmelsesrett, integritetsvern og barns særlige rettigheter og behov
4. sikre at vedtak om og gjennomføring av tiltak skjer i samsvar med grunnleggende retts-sikkerhetsprinsipper og
5. fremme faglig og etisk forsvarlighet i tjenestene.

§ 1-2 *Lovens virkeområde*

Loven gjelder bruk av tvang og tiltak uten samtykke m.m. i helse- og omsorgstjenesten overfor personer i riket.

Loven gjelder ikke tiltak til vern mot smittsomme sykdommer.

Loven gjelder for private som yter spesialisthelsetjenester etter avtale med et foretak og private som yter helse- og omsorgstjenester etter avtale med en kommune, når ikke annet følger av loven her. Avtalen skal ha særlige bestemmelser om hvordan kontroll med virksomheten skal utøves i saker etter loven her. Kapittel 4 og § 7-1 skal i alle tilfeller gjelde også for private uten avtale. Departementet kan gi forskrift om at også andre deler av loven skal gjelde for private institusjoner for personer med rusproblemer, som ikke har avtale med et foretak eller en kommune.

Departementet kan i forskrift fastsette at hele eller deler av loven ikke skal gjelde dersom en institusjon under loven her er ansvarlig for opphold som skjer i medhold av barnevernloven og straffeprosessloven § 167.

Kongen kan gi forskrift om at loven og forskrifter med hjemmel i loven helt eller delvis skal gjelde for Svalbard og Jan Mayen og kan fastsette særlige regler under hensyn til de stedlige forholdene.

Kongen kan gi forskrift om at loven og forskrifter med hjemmel i loven helt eller delvis skal gjelde på norske skip i utenriksfart, i norske sivile luftfartøyer i internasjonal trafikk, på installasjoner og fartøy i arbeid på den norske kontinentalsokkelen og på norsk redningsansvarsområde.

§ 1-3 *Motstand, tvang og likestilt med tvang*

Med motstand i loven her menes at personen som tilbys helse- og omsorgstjenester, framviser en negativ holdning til tilbudet som ikke vil kunne overvinnes uten bruk av tvang. Ved tvil skal det legges til grunn at motstand foreligger.

Med tvang i loven her menes

1. overvinne av motstand med virkemidler som går ut over det som er vanlig akseptert i samhandling mellom mennesker, eller
2. omgåelse av motstand ved at vesentlig informasjon om tiltaket bevisst blir holdt skjult for personen.

Når tiltaket er særlig inngripende, gjelder første og andre ledd også for barn mellom 12 og 16 år. Det samme gjelder for barn under 12 år som viser en særlig modenhet i situasjonen.

Uansett motstand kommer lovens bestemmelser om tvang tilsvarende til anvendelse når personen har store formidlingsvansker og tiltaket er objektivt betydelig inngripende, med mindre annet framgår av loven her.

§ 1-4 *Enkelte andre definisjoner m.m.*

I loven her menes med

1. person: pasient eller bruker, slik disse begrepene er definert i pasient- og brukerrettighetsloven § 1-3 bokstav a og bokstav f
2. psykisk helsevern: spesialisthelsetjenestens undersøkelse og behandling av mennesker på grunn av psykiske helseproblemer
3. tverrfaglig spesialisert behandling for rusmiddelavhengighet: spesialisthelsetjenestens undersøkelse og behandling av mennesker på grunn av rusproblemer
4. offentlig myndighet: enheter under helse- og omsorgstjenesten, arbeids- og velferdsforvaltningen, barneverntjenesten, kriminalomsorgen, politiet og andre offentlige enheter som er direkte engasjert i saken
5. skjerming: å holde en person helt eller delvis atskilt fra personell og andre som ikke deltar i oppfølgingen av vedkommende.

Vurdering av beslutningskompetanse skal skje etter pasient- og brukerrettighetsloven § 4-3 andre ledd.

Departementet kan i forskrift gi nærmere bestemmelser om hva som etter loven her skal regnes som institusjon, helseinstitusjon og bolig særskilt tilrettelagt for heldøgns helse- og omsorgstjenester, hvilke krav som må stilles og om forhåndsgodkjenning.

§ 1-5 *Vurdering av antatt samtykke*

Ved vurdering av vilkår om antatt samtykke etter kapitlene 5 og 6, skal det tas utgangspunkt i personens tidligere holdninger, uavhengig av hvordan disse er framkommet. I vurderingen skal det legges særlig vekt på om personen tidligere har vært beslutningskompetent om det aktuelle spørsmålet. Der det er mulig skal det innhentes informasjon fra pasientens nærmeste pårørende om hva personen ville ha ønsket. Ved mangel på sikre holdpunkt, kan det vektlegges hvordan personer med beslutningskompetansen intakt og i en sammenlignbar situasjon antas å ville stille seg.

Departementet kan i forskrift gi nærmere bestemmelser om avgivelse og registrering av ønsker og preferanser med tanke på fremtiden.

§ 1-6 *Varslingsplikt for offentlig myndighet*

Dersom det framstår som klart at en person har behov for tiltak etter loven her, har offentlig myndighet plikt til å varsle helse- og omsorgstjenesten.

Helsepersonell skal gi opplysninger i samsvar med helsepersonelloven § 32 andre ledd.

Når det er grunn til å tro at barn har behov for tiltak etter loven her, og foreldre eller andre med foreldreansvaret ikke sørger for det, har offentlig myndighet plikt til å varsle barneverntjenesten, jf. barnevernloven § 6-4.

Departementet kan i forskrift gi nærmere bestemmelser om innholdet i varslingsplikten.

§ 1-7 *Forholdet til andre lover*

Følgende lover gjelder med de særlige bestemmelsene som følger av loven her:

1. pasient- og brukerrettighetsloven
2. helse- og omsorgstjenesteloven
3. spesialisthelsetjenesteloven
4. tannhelsetjenesteloven
5. helsepersonelloven
6. pasientjournalloven
7. helsetilsynsloven og
8. forvaltningsloven.

Kapittel 2 Plikt til forebygging og rett til et tilrettelagt tjenestetilbud uten bruk av tvang m.m.

§ 2-1 Plikt til forebygging av tvang

Virksomheten plikter å sørge for at forholdene legges til rette for minst mulig bruk av tvang. Plikten omfatter blant annet

1. å gi nødvendig opplæring til personell, herunder faglig veiledning og oppfølging i gjennomføring av tiltak etter loven her
2. å sørge for at institusjoner og boliger særskilt tilrettelagt for heldøgns helse- og omsorgstjenester er faglig og materielt i stand til å yte tilfredsstillende behandling og omsorg og
3. å systematisk evaluere faktorer av betydning for bruk av tvang.

Departementet kan i forskrift gi nærmere bestemmelser om virksomhetens plikt etter første ledd.

§ 2-2 Rett til et tilrettelagt tjenestetilbud uten bruk av tvang

Personen har rett til et tilrettelagt tilbud fra helse- og omsorgstjenesten, jf. pasient- og brukerrettighetsloven §§ 2-1 a andre ledd og 2-1 b andre ledd, uten bruk av tvang. Dette inkluderer utprøving av frivillige alternativer, herunder tillitsskapende tiltak, både før det treffes vedtak og i gjennomføringsfasen.

§ 2-3 Tilbud om veiledning av foreldre

Dersom det på grunn av barnets motstand er uforsvarlig å gjennomføre helsehjelp barnet har sterkt behov for, skal virksomheten tilby veiledning til foreldre eller andre med foreldreansvaret.

§ 2-4 Evaluering av bruk av tvangstiltak

Bruk av følgende tiltak skal evalueres sammen med personen så snart som mulig etter at tiltaket er avsluttet:

1. særlige inngripende tiltak som skadeavverging, jf. § 4-3
2. behandling av psykiske lidelser med legemidler, jf. § 6-10
3. behandling av spiseforstyrrelser med ernæring, jf. § 6-12
4. elektrokonvulsiv behandling, jf. § 6-13
5. pålegg om oppmøte til undersøkelse eller behandling, jf. § 6-18
6. kortvarig skjerming i psykisk helsevern som gjennomføringstiltak, jf. § 6-19
7. rusmiddeltesting, jf. § 6-20
8. innskrenkning i kontakt med omverdenen, jf. § 6-21 og

9. tvungen legeundersøkelse, jf. § 9-8 andre ledd.

Personen skal tilbys minst én samtale om hvordan vedkommende har opplevd tvangsbruken. Personens syn på iverksatte tiltak skal nedtegnes i pasientjournalen.

Kapittel 3 Beslutningsstøtte, pårørendes rettigheter mv.

§ 3-1 Rett til tilpasset informasjon og medvirkning

Personer har rett til å få tilpasset informasjon slik at de i størst mulig grad kan utøve sin beslutningskompetanse og medvirke ved beslutninger som angår dem etter loven her, jf. pasient- og brukerrettighetsloven §§ 3-1 og 3-2.

Tjenestetilbudet skal så langt som mulig, tilrettelegges og gjennomføres i samarbeid med personen det er spørsmål om å gjennomføre tiltak overfor, også i forbindelse med bruk av tvang.

Hvordan tilretteleggingen skal skje, nedtegnes i pasientjournalen.

§ 3-2 Utpøving av nye modeller for beslutningsstøtte

Departementet skal sørge for at det prøves ut nye modeller for veiledning, rådgivning og støtte til personer som ønsker hjelp til å ta egne beslutninger i saker etter loven her.

§ 3-3 Hvem som kan utøve pårørenderettigheter

For personer over 18 år kan den som har rettigheter som nærmeste pårørende etter pasient- og brukerrettighetsloven § 1-3 bokstav b utøve rettigheter fastsatt i loven her, uavhengig av samtykke fra personen selv.

For personer under 18 år har foreldre eller andre med foreldreansvaret rettigheter som nærmeste pårørende etter loven her, med mindre barneverntjenesten har overtatt omsorgen etter barnevernloven § 4-6 annet ledd, § 4-8 eller 4-12.

§ 3-4 Personens rett til å nekte nærmeste pårørende å utøve rettigheter

Personer over 18 år har rett til å motsette seg at nærmeste pårørende utøver rettigheter etter loven her dersom personen er beslutningskompetent i spørsmålet. Det samme gjelder dersom det vil være urimelig å overprøve personens standpunkt ut fra en samlet vurdering blant annet av omfanget og kvaliteten av kontakten mellom personen og den nærmeste pårørende, nærmeste pårørendes interesse for å utøve rollen og rettssikkerhetshensyn.

Første ledd gjelder ikke dersom personen har omsorgsansvar for barn, eller person med alvorlig sinnslidelse utgjør en nærliggende og alvorlig fare for andres liv eller helse.

§ 3-5 Tiltak for å sikre rettssikkerhet gjennom representasjon

Dersom en person i sak etter loven her står uten nærmeste pårørende eller noen som ivaretar tilsvarende funksjon etter pasient- og brukerrettighetsloven § 1-3 bokstav b, bør fylkesmannen kontaktes for vurdering av oppnevning av verge som kan tre inn som nærmeste pårørende.

Dersom det i sak etter loven her foreligger åpenbare interessekonflikter mellom personen og hans eller hennes nærmeste pårørende, skal helse- og omsorgstjenesten der vilkårene i pasient- og brukerrettighetsloven § 1-3 bokstav b siste punktum antas å være oppfylt, kontakte fylkesmannen for vurdering av oppnevning av verge som skal ha rettigheter som nærmeste pårørende.

Kapittel 4 Tiltak i nødssituasjoner

§ 4-1 *Inngrep i nødssituasjoner av hensyn til personen selv (nødrett)*

Ved akutt fare for personens eget liv eller vesentlig skade på egen helse eller egne eiendeler, kan det besluttes og gjennomføres skadeavvergende tiltak, om nødvendig med bruk av tvang, på de vilkår som går fram av paragrafen her og innenfor de grenser som følger av kapitlet her.

Første ledd gjelder tilsvarende der en person på grunn av omfattende orienteringssvikt framviser en atferd som er sterkt sosialt fornedrende og det vil være en åpenbar forsømmelse av samfunnets plikt til å yte nødvendig omsorg ikke å gripe inn vurdert ut fra de konsekvenser dette kan ha for personen og vedkommendes forståelse av situasjonen.

Innenfor den tid som står til rådighet skal tillitsskapende tiltak og alternativer til tvang være prøvd, jf. § 2-1 og § 2-2.

Tiltaket må være egnet til og nødvendig for å hindre eller begrense den aktuelle skaden, herunder være det minst inngripende alternativet, og fordelene for personen må overstige ulempene.

Tiltaket kan ikke opprettholdes lenger enn til den akutte situasjonen er avklart, og kan ikke ivareta andre formål enn skadeavverging.

§ 4-2 *Inngrep i nødssituasjoner av hensyn til andre (nødverge)*

Ved akutt fare for andres liv, krenkelse av andres fysiske integritet eller vesentlig skade på andres eiendeler, kan det besluttes og gjennomføres skadeavvergende tiltak, om nødvendig med bruk av tvang, på de vilkår som framgår av bestemmelsen her og innenfor de grenser som følger av kapitlet her.

Innenfor den tid som står til rådighet skal tillitsskapende tiltak og alternativer til tvang være prøvd, jf. § 2-1 og § 2-2.

Tiltaket må være egnet til og nødvendig for å hindre eller begrense den aktuelle skade, herunder være det minst inngripende alternativet, og tiltaket må ikke være urimelig overfor personen.

Tiltaket kan ikke opprettholdes lenger enn til den akutte situasjonen er avklart, og kan ikke ivareta andre formål enn skadeavverging.

§ 4-3 *Bruk av særlig inngripende tiltak som skadeavverging i nødssituasjoner*

Følgende tiltak regnes som særlig inngripende og kan besluttes og gjennomføres som skadeavverging i nødssituasjoner, jf. §§ 4-1 og 4-2, når det vurderes strengt nødvendig og med de særlige begrensninger som følger av §§ 4-4 til 4-8:

1. mekaniske innretninger
2. skjerming
3. legemidler
4. fysisk nedleggelse og
5. tilbakehold ved akutt selvmordsfare.

Samtykke fra personen er ikke et selvstendig grunnlag for bruk av særlig inngripende tiltak.

Hjemmelen for bruk av mekaniske innretninger i første ledd nr. 1, jf. § 4-4, gjelder i tre år fra lovens ikrafttredelse.

§ 4-4 *Særlige grenser for bruk av mekaniske innretninger som skadeavverging*

Som mekaniske innretninger regnes tiltak som hindrer personens bevegelsesfrihet, herunder belter og remmer samt skadeforebyggende spesialklær. Mekaniske innretninger kan bare brukes som skadeavverging i nødssituasjoner i institusjon for psykisk helsevern som er særlig godkjent for dette, og når

- personen er over 16 år og
- personell oppholder seg i samme rom, med mindre personen motsetter seg dette.

Mekaniske innretninger kan bare benyttes ved akutt fare for liv eller vesentlig helse-skade.

Mekaniske innretninger skal ikke oppbevares i umiddelbar nærhet til den aktuelle avdelingen når de ikke er i aktiv bruk.

§ 4-5 *Særlige grenser for bruk av skjerming som skadeavverging*

I tillegg til krav til skjermingslokaler i § 8-2, gjelder følgende for bruk av skjerming som skadeavverging i nødssituasjoner:

1. Personell må være til stede i rommet eller i nær tilknytning til rommet.
2. Når personen er under 18 år, skal minst ett personell alltid være tilstede i rommet eller i naborommet med ulåst dør.
3. Skjerming av person som er over 18 år kan skje bak låst dør dersom det er nødvendig av sikkerhetshensyn, skjer under forsvarlig tilsyn, og personen har mulighet til å kontakte personell ved behov.

§ 4-6 *Særlige grenser for bruk av legemidler som skadeavverging*

Det kan bare brukes legemidler med korttidsvirkende beroligende effekt som skadeavverging i nødssituasjoner, og det må foreligge akutt fare for liv eller vesentlig helseskade.

Utenfor institusjon for psykisk helsevern må tiltaket være det absolutt siste alternativet.

§ 4-7 *Særlige grenser for bruk av fysisk nedleggelse som skadeavverging*

Fysisk nedleggelse av en person som skadeavverging i nødssituasjoner, kan bare brukes for å avverge et fysisk angrep mot andre mennesker, eller for å hindre at personen skader seg selv.

§ 4-8 *Særlige grenser for bruk av tilbakehold ved akutt selvmordsfare*

Tilbakehold ved akutt selvmordsfare kan bare opprettholdes inntil tiltak etter § 5-4 er vurdert og eventuelt iverksatt.

§ 4-9 *Rett til å velge tiltak og gjennomføringsmåte*

I den grad det er praktisk mulig og faglig forsvarlig, har personen rett til å velge type tiltak og gjennomføringsmåte innenfor de rammer som er satt i kapitlet her.

Det skal legges vekt på meningen til personer under 16 år i samsvar med alder og modenhet og gjennomført evaluering etter § 2-4.

§ 4-10 *Vedtak om tiltak ved repeterende nødssituasjoner*

Ved gjentatte tiltak i nødssituasjoner overfor samme person, skal det vurderes om det bør treffes vedtak etter § 6-5 med sikte på å begrense den samlede bruken av tvang gjennom en planmessig tilnærming.

§ 4-11 Forskrift om tiltak i nødssituasjoner

Departementet kan i forskrift gi nærmere bestemmelser om tiltak etter kapitlet her.

Kapittel 5 Innleggelse og tilbakehold i helseinstitusjon m.m.

I Innleggelse og opphold som personen ikke motsetter seg

§ 5-1 Alminnelige vilkår for innleggelse og opphold uten motstand

For beslutning om og gjennomføring av innleggelse og opphold i institusjon som personen ikke motsetter seg og som ikke omfattes av § 5-2, gjelder vilkårene i § 6-2. Tilsvarende gjelder for opphold i bolig særskilt tilrettelagt for heldøgns helse- og omsorgstjenester.

§ 5-2 Innleggelse og opphold uten motstand ved særlig fare for framtidig bruk av tvang

Dersom en person ikke motsetter seg innleggelse og opphold i helseinstitusjon, men det er sannsynlig at vedkommende vil forsøke å forlate institusjonen i løpet av ti dager uten å få lov til det, gjelder vilkårene i § 5-4 for å treffe vedtak og gjennomføre tiltaket, med følgende særbestemmelser:

1. I stedet for § 5-4 nr. 2 gjelder: Personen må ha rett til nødvendige helse- og omsorgstjenester, jf. pasient- og brukerrettighetsloven §§ 2-1 a og 2-1 b.
2. I stedet for § 5-4 nr. 3 gjelder: Det foreligger fare for personens eget liv eller for at personen skal bli påført helseskade.
3. § 5-4 nr. 9 andre og tredje punktum gjelder ikke.
4. § 5-4 nr. 10 gjelder ikke.

Vedtaket kan ha en varighet på inntil 10 dager.

II Forhåndssamtykke til tvungent tilbakehold

§ 5-3 Forhåndssamtykke til tvungent tilbakehold i helseinstitusjon

Dersom tungtveiende faglige grunner tilsier det, kan en person forhåndssamtykke til tvungent tilbakehold i helseinstitusjon.

Det er et vilkår at kravene til dokumentet i § 9-21 er oppfylt.

Et forhåndssamtykke kan avgis før eller under oppholdet. Dersom det avgis før oppholdet starter, kan det også omfatte tvungen avhenting og innleggelse.

Tilbakeholdsperioden regnes fra tidspunktet da samtykket ble gitt og kan vare inntil tre uker. Personer som aktivt ønsker å binde seg for en lengre periode, kan samtykke til tilbakehold i inntil seks uker.

Personen kan fornye forhåndssamtykket innen utløpet av samtykkeperioden. En fornyelse kan trekkes tilbake innen 24 timer etter at nytt samtykke er gitt. Ved rømning kan personen føres tilbake med tvang innenfor samtykkeperioden.

III Innleggelse og tilbakehold som personen motsetter seg

§ 5-4 Alminnelige vilkår for innleggelse og tilbakehold som personen motsetter seg

Dersom personen motsetter seg innleggelse og tilbakehold i helseinstitusjon, gjelder følgende vilkår for å treffe vedtak og gjennomføre tiltaket med tvang:

1. Tillitsskapende tiltak og alternativer til tvang er prøvd, jf. § 2-1 og § 2-2.
2. Personen har et sterkt behov for behandling for
 - a) psykiske helseproblemer i institusjon for psykisk helsevern
 - b) rusproblemer i institusjon for tverrfaglig spesialisert behandling for rusmiddelavhengighet
 - c) andre helseproblemer i institusjon spesialisert for dette formål eller
 - d) somatiske helseproblemer, pleie eller omsorg i helseinstitusjon i den kommunale helse- og omsorgstjenesten.

Vurderingen av når det foreligger «sterkt behov», skal være individuell og ta utgangspunkt i hva som er alminnelig akseptert i klinisk praksis.

3. Det foreligger en nærliggende og alvorlig fare for personens eget liv eller for at vedkommende skal bli påført vesentlig helseskade.
4. Personen er ikke beslutningskompetent, jf. pasient- og brukerrettighetsloven § 4-3 andre ledd. Vilkåret gjelder ikke for personer under 16 år.
5. Personen må antas å ville ha samtykket til tiltaket dersom vedkommende hadde vært beslutningskompetent. Vilkåret gjelder ikke for personer under 16 år.
6. Tiltaket er egnet til og nødvendig for å hindre eller begrense den aktuelle skaden, herunder det minst inngripende alternativet.
7. Fordelene med tiltaket for personen overstiger klart ulempene. I vurderingen skal det legges særlig vekt på hvor stor belastning inngrepet vil medføre for personen, og hvordan tiltaket vil påvirke situasjonen for barn han eller hun har et omsorgsansvar for, eventuelt mindreårige søsken.
8. Institusjonen er faglig og materielt i stand til å tilby personen tjenester av tilfredsstillende kvalitet.
9. Personen er undersøkt av lege. Ved spørsmål om innleggelse eller tilbakehold i institusjon for psykisk helsevern eller tverrfaglig spesialisert behandling for rusmiddelavhengighet, skal personen være undersøkt av to leger, hvorav en skal være uavhengig av den ansvarlige institusjonen. Kravet om uavhengig legeundersøkelse gjelder ikke der nytt vedtak blir truffet og personen i den mellomliggende perioden kontinuerlig har vært under oppfølging for samme tilstand i spesialisthelsetjenesten.
10. For tvangsinnleggelse og tvungent tilbakehold i institusjon for tverrfaglig spesialisert behandling for rusmiddelavhengighet, er det i tillegg et vilkår at det er inngått en avtale mellom oppholdskommunen og spesialisthelsetjenesten om samarbeid og planlegging av personens tjenestetilbud før, under og etter oppholdet. Dersom kommunen ikke allerede er kjent med at innleggelse har skjedd, skal den orienteres uten hinder av taushetsplikten. For tvangsinnleggelse og tvungent tilbakehold i institusjon for psykisk helsevern bør det så langt som mulig foreligge en slik avtale.

Departementet kan i forskrift gi nærmere bestemmelser om hva en samarbeids- og planleggingsavtale skal inneholde.

Vedtaket kan ha en varighet på inntil ett år. Dersom vedtaket gjelder plassering i institusjon for tverrfaglig spesialisert behandling for rusmiddelavhengighet, kan varigheten likevel ikke være lenger enn tre måneder.

§ 5-5 Innleggelse og tilbakehold i psykisk helsevern ved fare for andre

For innleggelse og tilbakehold i institusjon for psykisk helsevern på grunn av fare for andres liv eller helse og som personen motsetter seg, gjelder vilkårene i § 5-4 for å treffe vedtak og gjennomføre tiltaket, med følgende særbestemmelser:

1. For person over 16 år gjelder følgende i stedet for § 5-4 første ledd nr. 2, 4 og 5: Personen har en alvorlig sinnslidelse.
2. I stedet for § 5-4 første ledd nr. 3 gjelder: Personen utgjør en nærliggende og alvorlig fare for andres liv eller helse.
3. I stedet for § 5-4 første ledd nr. 7 første punktum gjelder: Tiltaket må ikke være urimelig overfor personen.

Vedtaket kan ha en varighet på inntil ett år.

§ 5-6 Innleggelse og tilbakehold av gravide ved fare for det ufødte barnet

For innleggelse og tilbakehold i institusjon for tverrfaglig spesialisert behandling for rusmiddelavhengighet av gravid kvinne som motsetter seg tiltaket, gjelder vilkårene i § 5-4 for å treffe vedtak og gjennomføre tiltaket med følgende særbestemmelser:

1. I stedet for § 5-4 første ledd nr. 2, 4 og 5 gjelder: Kvinnen misbruker rusmidler.
2. I stedet for § 5-4 første ledd nr. 3 gjelder: Det foreligger en nærliggende og alvorlig fare for at det ufødte barnet påføres helseskade.
3. I stedet for § 5-4 første ledd nr. 7 første punktum gjelder: Tiltaket må ikke være urimelig overfor kvinnen.
4. Institusjonen skal være særlig tilrettelagt for at kvinnen skal bli i stand til å ta vare på barnet.

Kvinnen kan holdes tilbake i hele svangerskapet dersom det er nødvendig for å hindre eller begrense helseskade på det ufødte barnet. Når det er truffet vedtak etter paragrafen her og kvinnen er tatt inn på institusjon, skal kommunen uten hinder av taushetsplikt gi barneverntjenesten melding om dette. Meldingen skal omfatte opplysninger om hvem kvinnen er, den vurdering av rusmisbruk og fare for skade på barnet som lå til grunn for vedtaket, forventet termin og hvilken institusjon kvinnen er tatt inn på. Tilsvarende gjelder når det er truffet midlertidig vedtak etter § 9-14.

§ 5-7 Utgangsbegrensende tiltak om natten utenfor helseinstitusjon

For person som mottar heldøgns helse- og omsorgstjenester utenfor helseinstitusjon, kan det treffes vedtak om og gjennomføres utgangsbegrensende tiltak som vedkommende motsetter seg, i tiden fra kl. 23.00 til kl. 06.00. Vilårene i § 5-4 gjelder med følgende særbestemmelser:

1. Personen er ikke i stand til å klare seg selv utendørs på grunn av omfattende orienterings- svikt.
2. Personen skal ha forsvarlig tilsyn og mulighet til å kontakte personell i det tidsrommet tiltaket gjelder.

Vedtaket kan ha en varighet på inntil ett år.

§ 5-8 Innleggelse og tilbakehold som avlastningstiltak for pårørende

Innleggelse og tilbakehold i kommunal helseinstitusjon som personen motsetter seg, men som er nødvendig avlastning for pårørende, jf. helse- og omsorgstjenesteloven § 3-6,

kan treffes vedtak om og gjennomføres dersom vilkårene i § 5-4 er oppfylt. Vurderingen av vilkårene i § 5-4 skal gjøres ut fra personens behov for tiltak når hjelpen ikke blir gitt av pårørende.

Vedtaket kan ha en varighet på inntil ett år.

§ 5-9 Forbud mot overføring fra opphold basert på eget samtykke til tvungent tilbakehold

Overfor person som etter eget samtykke mottar undersøkelse eller behandling i psykisk helsevern eller tverrfaglig spesialisert behandling for rusmiddelavhengighet, kan det ikke treffes vedtak om tiltak etter § 5-4 ved samme eller tilsvarende institusjon, med mindre det foreligger akutt fare for personens eget liv eller vesentlig skade på egen helse, jf. kapittel 4.

§ 5-10 Overføring mellom institusjoner

Dersom personen ikke samtykker, kan det treffes vedtak om overføring til annen helseinstitusjon innenfor rammene av ett og samme vedtak om tiltak etter §§ 5-4 til 5-6. Overføringen må ikke være urimelig ut fra hensynet til personen, plasseringsalternativer og forholdene ellers.

Kapittel 6 Individuelle behandlings- og omsorgstiltak m.m.

§ 6-1 Virkeområde

Dette kapitlet gjelder helse- og omsorgstjenester som ikke omfattes av kapittel 4, 5 eller 7.

I Tiltak personen ikke motsetter seg

§ 6-2 Alminnelige vilkår for tiltak personen ikke motsetter seg

Tiltak etter kapitlet her kan besluttet og gjennomføres overfor en person som har fylt 18 år, mangler beslutningskompetanse og ikke viser motstand dersom:

1. fordelene for personen overstiger ulempene og
2. personen må antas å ville ha samtykket dersom vedkommende hadde vært beslutningskompetent.

Bruk av medisinsk teknisk utstyr etter sitt formål vurderes sammen med det tiltak det er tilknyttet.

§ 6-3 Inngripende tekniske innretninger for varsling, lokalisering og observasjon som personen ikke motsetter seg

For vedtak om og bruk av inngripende tekniske innretninger for varsling eller lokalisering, overfor person som nevnt i § 6-2, gjelder vilkårene i § 6-2. I tillegg må tiltaket være egnet til og nødvendig for å hindre eller begrense fare for personens eget liv eller for at personen skal bli påført helseskade. Vedtaket kan ha en varighet på inntil ett år.

For tekniske innretninger til kontinuerlig observasjon av viljestyrt atferd med lyd, bilde eller lignende, gjelder § 6-5 tilsvarende.

§ 6-4 Behandling av psykiske lidelser med legemidler som personen ikke motsetter seg

For behandling av psykiske lidelser med andre legemidler enn antipsykotiske legemidler, gjelder § 6-2.

For vedtak om og gjennomføring av behandling av psykiske lidelser med antipsykotiske legemidler overfor person som nevnt i § 6-2, gjelder vilkårene i § 6-2, og i tillegg at:

1. Behandlingen er klart i overensstemmelse med faglig anerkjent metode og faglig forsvarlig praksis.
2. Det aktuelle legemiddelet og dosen er godkjent for behandling av personens kliniske diagnose.
3. Behandlingen er egnet til og nødvendig for å hindre eller begrense helseskade på personen selv.
4. Der vedtaket ikke treffes i psykisk helsevern, må den vedtaksansvarlige etter § 9-1 tredje ledd stå under veiledning av spesialist i psykiatri i psykisk helsevern i den konkrete saken.

Dersom det ikke lykkes å etablere en behandling uten alvorlige uønskede bivirkninger innen tre måneder etter oppstart, kommer § 6-10 til anvendelse. Tilsvarende gjelder dersom det oppstår slike bivirkninger på et senere tidspunkt. I vurderingen av om det foreligger alvorlige uønskede bivirkninger skal personen selv og nærmeste pårørende gis mulighet til å uttale seg. Det skal innhentes uttalelse fra annet kvalifisert helsepersonell.

Når personen på grunn av alvorlig sinnslidelse utgjør en nærliggende og alvorlig fare for andres liv eller helse, gjelder ikke vilkåret om antatt samtykke i § 6-2 nr. 2 og heller ikke andre ledd nr. 3 i paragrafen her.

Vedtaket kan ha en varighet på inntil tre måneder.

Departementet kan i forskrift gi nærmere bestemmelser om behandling av psykiske lidelser med legemidler som personen ikke motsetter seg.

II Tiltak personen motsetter seg

§ 6-5 Alminnelige vilkår for tiltak personen motsetter seg

Dersom personen motsetter seg tilbud om helse- og omsorgstjenester etter kapitlet her, gjelder følgende vilkår for å treffe vedtak og gjennomføre tiltaket med tvang:

1. Tillitsskapende tiltak og alternativer til tvang er prøvd, jf. § 2-1 og § 2-2.
2. Personen har et sterkt behov for at det aktuelle tiltaket blir gjennomført. Vurderingen av når det foreligger et «sterkt behov» skal være individuell og ta utgangspunkt i hva som er alminnelig faglig akseptert.
3. Det foreligger en nærliggende og alvorlig fare for personens eget liv eller for at vedkommende skal bli påført vesentlig helseskade. Ved gjentatte tiltak i nødssituasjoner, kan det treffes vedtak etter bestemmelsen her også for å verne mot andre typer av skade når dette er egnet til å begrense den samlede bruken av tvang mot personen, jf. § 4-10.
4. Personen er ikke beslutningskompetent. Vilåret gjelder ikke for personer under 16 år.
5. Personen må antas å ville ha samtykket til tiltaket dersom vedkommende hadde vært beslutningskompetent. Vilåret gjelder ikke for personer under 16 år.
6. Tiltaket er egnet til og nødvendig for å hindre eller begrense den aktuelle skaden, herunder det minst inngripende alternativet.
7. Fordelene med tiltaket for personen overstiger klart ulempene. I vurderingen skal det legges særlig vekt på hvor stor belastning inngrepet vil medføre for personen, og hvordan tiltaket vil påvirke situasjonen for barn han eller hun har et omsorgsansvar for, eventuelt mindreårige søsken.

8. Virksomheten er faglig og materielt i stand til å tilby personen tjenester av tilfredsstillende kvalitet.
9. Tiltaket er klart i overensstemmelse med faglig anerkjent metode og faglig forsvarlig praksis.

Vedtaket kan ha en varighet på inntil ett år.

§ 6-6 Forbud mot bruk av tvang i opplærings- eller treningstiltak m.m.

Bruk av tvang i opplærings- eller treningstiltak er ikke tillatt.

Bruk av tvang i behandling av rusproblemer er ikke tillatt.

Bruk av tvang i behandling av psykiske helseproblemer er ikke tillatt, med de unntak som er gjort i §§ 6-10, 6-11 og 6-12.

§ 6-7 Inngripende tekniske innretninger for varsling, lokalisering og observasjon

For vedtak om og bruk av inngripende tekniske innretninger for varsling og lokalisering som personen motsetter seg, gjelder § 6-5. Personens tilstand må i tillegg være preget av omfattende orienteringssvikt.

Vedtaket kan ha en varighet på inntil ett år.

Bruk av tekniske innretninger til kontinuerlig observasjon av viljestyrt atferd med lyd, bilde eller lignende som personen motsetter seg, er ikke tillatt.

§ 6-8 Mekaniske innretninger med omsorgsformål

For vedtak om og bruk av mekaniske innretninger med omsorgsformål som hindrer personens bevegelsesfrihet og som vedkommende motsetter seg, gjelder § 6-5. Personens tilstand må i tillegg være preget av omfattende orienteringssvikt, eller alvorlig selvskading som ikke kan kontrolleres på annen måte.

Vedtaket kan ha en varighet på inntil ett år.

§ 6-9 Kontinuerlig observasjon utenfor helseinstitusjon ved fare for andre

For vedtak om og gjennomføring av kontinuerlig observasjon utenfor helseinstitusjon som personen motsetter seg, gjelder vilkårene i § 6-5 med følgende særbestemmelser:

1. I stedet for § 6-5 nr. 3 gjelder: Det foreligger nærliggende og alvorlig fare for andres liv eller helse.
2. I stedet for § 6-5 nr. 4 og 5 gjelder: Det vil være en åpenbar forsømmelse av samfunnets plikt til å yte nødvendig omsorg ikke å gripe inn vurdert ut fra de konsekvenser dette kan ha for personen og vedkommendes forståelse av situasjonen.

Vedtaket kan også omfatte bruk av inngripende varslingssystemer.

Vedtaket kan ha en varighet på inntil ett år.

III Særlige grenser for behandling av psykiske helseproblemer

§ 6-10 Behandling av psykiske lidelser med legemidler

For vedtak om og gjennomføring av behandling av psykiske lidelser med legemidler i psykisk helsevern som personen motsetter seg, gjelder vilkårene i § 6-5 med følgende særbestemmelser:

1. Det aktuelle legemiddelet og dosen må være godkjent for behandling av personens kliniske diagnose.

2. Virksomheten må ha tilstrekkelig kompetanse på ikke-medikamentelle behandlingsformer og tilby godt egnede alternativer til medikamentell behandling.
3. Virksomheten må ha en materiell og faglig standard som kan redusere behovet for tvang.
4. Der risikoen etter § 6-5 nr. 3 første punktum gjelder vesentlig psykisk helseskade på personen selv etter forverring på grunn av opphør av legemiddelbehandling av psykisk lidelse, gjelder følgende: Vesentlig psykisk helseskade må med stor sannsynlighet inntre i meget nær framtid, med mindre det ut fra personens sykehistorie er konkret fare for særlig alvorlig og langvarig funksjonstap ved et tilbakefall.
5. Med vilkåret «egnet» i § 6-5 nr. 6 menes at det må være stor sannsynlighet for at behandlingen skal hindre eller begrense vesentlig helseskade ut fra tidligere konkrete og individuelle erfaringer med det aktuelle virkestoffet i behandling av personen. Ved første gangs bruk i behandling av personen kan vurderingene basere seg på den vitenskapelige kunnskapen om effekten av virkestoffet for den aktuelle tilstanden, og her er det tilstrekkelig med alminnelig sannsynlighetsovervekt.
6. Et minstekrav for at tiltaket skal være «nødvendig» etter § 6-5 nr. 6 er at personen har vært forsøkt behandlet med tiltak vedkommende ikke motsetter seg i minst én uke. Personen skal i denne perioden ha fått tilbud om omfattende og egnet ikke-medikamentell behandling. Unntak kan gjøres ved fare for vesentlig helseskade.
7. Før vedtak treffes skal personen være undersøkt av en lege som er uavhengig av den vedtaksansvarlige. Vedkommende skal avgi en skriftlig vurdering av om lovens vilkår for tvangsbehandling er oppfylt.

Dersom personen på grunn av alvorlig sinnslidelse utgjør en nærliggende og alvorlig fare for andres liv eller helse, gjelder ikke første ledd nr. 4 og §§ 6-5 nr. 4 og 5. I stedet for § 6-5 nr. 7 første punktum gjelder at tiltaket ikke må være urimelig overfor personen.

Vedtaket kan ha en varighet på inntil tre måneder.

Overfor person som etter eget samtykke mottar undersøkelse eller behandling i psykisk helsevern, kan det ikke treffes vedtak om tiltak etter første ledd, med mindre det foreligger akutt fare for personens eget liv eller vesentlig skade på egen helse, jf. kapittel 4.

Kongen kan i forskrift gi nærmere bestemmelser om tvungen behandling av psykiske lidelser med legemidler.

§ 6-11 Behandling av psykiske helseproblemer med skjerming

For vedtak om og gjennomføring av skjerming som ledd i behandling av psykiske helseproblemer i institusjon for psykisk helsevern og som personen motsetter seg, gjelder vilkårene i § 6-5.

Vedtaket kan ha en varighet på inntil to uker.

§ 6-12 Behandling av spiseforstyrrelser med ernæring

For vedtak om og gjennomføring av behandling av spiseforstyrrelser med ernæring i institusjon for psykisk helsevern som personen motsetter seg, gjelder vilkårene i § 6-5. Personen må i tillegg framvise særlig omfattende vrangforestillinger om egen kropp.

Vedtaket kan ha en varighet på inntil tre uker.

Dersom det er nødvendig av hensyn til forsvarlig helsehjelp, kan behandlingen og eventuelt tilbakehold etter § 5-4, gjennomføres ved døgnopphold i institusjon i spesialisthelsetjenesten som ikke hører under psykisk helsevern. Vedtaksansvaret skal i slike tilfeller ligge i psykisk helsevern.

§ 6-13 *Elektrokonvulsiv behandling*

For vedtak om og gjennomføring av elektrokonvulsiv behandling i institusjon for psykisk helsevern, gjelder vilkårene i § 6-5, med følgende særbestemmelser:

1. Personen må ikke motsette seg tiltaket.
2. I stedet for § 6-5 nr. 3 gjelder: Unnlatelse av å gjennomføre behandling vil i løpet av få uker medføre alvorlig fare for personens liv.
3. Tiltaket anbefales av en lege som har erfaring med bruk av behandlingsformen, er uavhengig av den vedtaksansvarlige og har undersøkt personen.

Vedtaket kan ha en varighet på inntil to uker. Behandlingen skal avbrytes etter to uker dersom personen ikke samtykker til at den fortsetter.

§ 6-14 *Rett til å reservere seg mot behandling av psykiske lidelser med antipsykotiske legemidler*

Det kan ikke treffes vedtak om eller gjennomføres behandling med antipsykotiske legemidler etter § 6-10 dersom personen har reservert seg mot slik behandling i en forhåndserklæring som er godkjent av tvangsbegrensningsnemnda.

Forhåndserklæringen må være skriftlig, datert, underskrevet av personen selv og angi hvilke legemidler vedkommende reserverer seg mot. Reservasjonen kan omfatte bestemte typer eller samtlige antipsykotiske legemidler. Forhåndserklæringen kan gjelde i inntil ti år.

Tvangsbegrensningsnemnda skal godkjenne en forhåndserklæring når følgende vilkår er oppfylt:

1. Personen har tidligere vært psykotisk og i den forbindelse blitt behandlet med antipsykotiske legemidler.
2. Personen er beslutningskompetent med tanke på rekkevidden av å reservere seg mot framtidig behandling med de legemidlene reservasjonen omfatter.

Reservasjonen gjelder ikke

- i nødssituasjoner, jf. kapittel 4
- dersom personen utgjør en nærliggende og alvorlig fare for andres liv eller helse på grunn av alvorlig sinnslidelse
- dersom hensynet til omsorgssituasjonen for barn gjør seg gjeldende som et tungtveiende argument eller
- der personen ikke motsetter seg behandlingen på gjennomføringstidspunktet.

Tilbaketrekking av forhåndserklæring må være skriftlig, datert, underskrevet av personen selv og angi om tilbaketrekkingen omfatter hele eller deler av erklæringen. Erklæringen om tilbaketrekning skal sendes fylkesmannen.

Departementet kan i forskrift gi nærmere bestemmelser om rett til å reservere seg mot behandling av psykiske lidelser med antipsykotiske legemidler.

§ 6-15 *Rett til å reservere seg mot elektrokonvulsiv behandling*

Det kan ikke treffes vedtak om eller gjennomføres elektrokonvulsiv behandling etter § 6-13 dersom personen har reservert seg mot slik behandling i en skriftlig forhåndserklæring som er godkjent av tvangsbegrensningsnemnda.

Tvangsbegrensningsnemnda skal godkjenne en forhåndserklæring når personen er beslutningskompetent i spørsmålet om å reservere seg mot framtidig bruk av elektrokonvulsiv behandling. Forhåndserklæringen må være skriftlig, datert og underskrevet av personen selv. Forhåndserklæringen kan gjelde i inntil ti år.

Tilbaketrekking av forhåndserklæring må være skriftlig, datert og underskrevet av personen selv. Erklæringen om tilbaketrekking skal sendes fylkesmannen.

Departementet kan i forskrift gi nærmere bestemmelser om rett til å reservere seg mot elektrokonvulsiv behandling.

IV Særlige grenser for enkelte gjennomføringstiltak

§ 6-16 Forbud mot bruk av mekaniske innretninger i undersøkelse og behandling i psykisk helsevern

Det er ikke tillatt å bruke mekaniske innretninger som hindrer personens bevegelsesfrihet i undersøkelse og behandling i psykisk helsevern, heller ikke der personen samtykker. Unntak gjelder i gjennomføring av behandling av spiseforstyrrelser med ernæring, jf. § 6-12, dersom slik bruk er strengt nødvendig av hensyn til faglig forsvarlighet.

§ 6-17 Arenamessige begrensninger for bruk av tvang i psykisk helsevern

Undersøkelse og behandling av psykiske helseproblemer som personen motsetter seg, kan bare skje i institusjon for psykisk helsevern med de unntak som følger av paragrafen her.

I sak om tiltak etter §§ 5-4, 5-5 og 6-10 kan nødvendig undersøkelse av personen skje i helseinstitusjon utenfor psykisk helsevern eller i bolig særskilt tilrettelagt for heldøgns helse- og omsorgstjenester, dersom

1. det er klart fordelaktig for personen ut fra de helsebelastninger transport til og opphold ved institusjon for psykisk helsevern vil utgjøre, og
2. sterke faglige grunner tilsier en slik løsning.

Andre ledd gjelder tilsvarende for gjennomføring av vedtak om tiltak etter § 6-10.

Undersøkelse eller gjennomføring av vedtak om tiltak etter § 6-10 kan ikke skje på personens rom eller i lokaler som vedkommende bruker i det daglige.

§ 6-18 Pålegg om oppmøte til undersøkelse eller behandling

For vedtak om og gjennomføring av pålegg om oppmøte til undersøkelse eller behandling i institusjon for psykisk helsevern eller tverrfaglig spesialisert behandling for rusmiddelavhengighet som personen motsetter seg, gjelder vilkårene i § 6-5, i tillegg til følgende særbestemmelser:

1. Oppfølging uten døgnopphold i institusjon må være et bedre alternativ for personen.
2. Det er ikke adgang til å bruke tvang som ledd i undersøkelsen eller behandlingen.

Dersom personen på grunn av alvorlig sinnslidelse utgjør en nærliggende og alvorlig fare for andres liv eller helse, gjelder ikke § 6-5 nr. 4 og 5. I stedet for § 6-5 nr. 7 første punktum gjelder at tiltaket ikke må være urimelig overfor personen.

Vedtaket kan ha en varighet på inntil ett år.

Overfor person som etter eget samtykke mottar undersøkelse eller behandling i psykisk helsevern eller tverrfaglig spesialisert behandling for rusmiddelavhengighet, kan det ikke treffes vedtak om tiltak etter første ledd, med mindre det foreligger akutt fare for personens eget liv eller vesentlig skade på egen helse, jf. kapittel 4.

Departementet kan i forskrift gi nærmere bestemmelser om pålegg om oppmøte til undersøkelse eller behandling.

§ 6-19 Kortvarig skjerming i psykisk helsevern som gjennomføringstiltak

For person som er innlagt i institusjon for psykisk helsevern etter §§ 5-4 eller 5-5, kan det fattes vedtak om og gjennomføres kortvarig skjerming som personen motsetter seg, dersom dette er strengt nødvendig for å opprette eller gjenopprette en forsvarlig behandlingssituasjon for vedkommende. Tillitsskapende tiltak og alternativer til tvang må være prøvd, jf. § 2-1 og § 2-2.

Vedtaket kan ha en varighet på inntil 72 timer. Før nytt vedtak kan treffes, må det ha gått minst 24 timer.

§ 6-20 Rusmiddeltesting

For person som er innlagt i institusjon for psykisk helsevern eller tverrfaglig spesialisert behandling for rusmiddelavhengighet etter §§ 5-4 til 5-6, kan det treffes vedtak om og gjennomføres prøvetaking av biologisk materiale uten vedkommendes samtykke, dersom:

1. dette skjer som ledd i et behandlingsforløp
2. det foreligger mistanke om aktiv rusmiddelbruk og
3. det er strengt nødvendig av hensyn til helsehjelpen.

For gravid kvinne innlagt etter § 5-6 er det tilstrekkelig at rusmiddeltesting er nødvendig for å oppnå formålet med oppholdet.

Tillitsskapende tiltak og alternativer til tvang skal i alle tilfeller være prøvd, jf. § 2-1 og § 2-2.

For person som mottar behandling i psykisk helsevern uten døgnopphold, kan det fattes vedtak om rusmiddeltesting etter første ledd når dette i tillegg er nødvendig for å ivareta faglig forsvarlighet i gjennomføringen av vedtak etter § 6-10.

Vedtaket kan ha en varighet på inntil tre måneder.

§ 6-21 Innskrenkning i kontakt med omverdenen

Alle har rett til å motta besøk og kommunisere fritt med omverdenen, herunder sende og motta brev og pakker og bruke elektroniske kommunikasjonsmidler.

For vedtak om og gjennomføring av innskrenkninger i denne retten, gjelder vilkårene i § 6-20 første ledd nummer 1 og 3 og andre ledd tilsvarende.

Når det er vedtatt restriksjoner, skal institusjonen sørge for at personen får nødvendig informasjon om sine pårørende og forhold utenfor institusjonen som er av betydning for vedkommende.

Det kan ikke vedtas restriksjoner i retten til å kommunisere med tvangsbegrensningsnemnda, fylkesmannen, Statens helsetilsyn, departementet, Stortingets ombudsmann for forvaltningen, pasient- og brukerombudet, prest eller tilsvarende sjelesørger, juridisk rådgiver eller den som opptrer på personens vegne i en klagesak.

Vedtaket kan ha en varighet på inntil to uker.

§ 6-22 Samtykke til tiltak etter §§ 6-20 og 6-21

Et samtykke fra personen til tiltak som nevnt i §§ 6-20 og 6-21 må oppfylle kravene i § 9-20.

Et tiltak basert på samtykke kan ikke gjennomføres med bruk av tvang. Den vedtaksansvarlige skal løpende forsikre seg om at personen er klar over at samtykket kan trekkes tilbake.

Departementet kan i forskrift fastsette nærmere bestemmelser om at adgangen til å samtykke etter paragrafen her også skal gjelde for kommunale og private rusinstitusjoner.

V Forhåndssamtykke til tvang i særlige tilfeller m.m.

§ 6-23 Forhåndssamtykke til tvang i behandling av psykiske lidelser med legemidler

Dersom tungtveiende faglige grunner tilsier det, kan en person som aktivt ønsker det forhåndssamtykke til å la seg behandle for en psykisk lidelse med legemiddel som vedkommende allerede bruker, under tvang i psykisk helsevern.

Det er et vilkår at kravene til dokumentet i § 9-21 er oppfylt.

For person som ikke er innlagt til døgnopphold, kan samtykket omfatte plikt til oppmøte og om nødvendig avhenting med tvang. Samtykkeperioden regnes fra avgivelse av samtykket og kan vare inntil tre måneder. Person som aktivt ønsker å binde seg for en lengre periode, kan samtykke til behandling i inntil seks måneder.

Personen kan fornye forhåndssamtykket innen utløpet av samtykkeperioden. En fornyelse kan trekkes tilbake innen 24 timer etter at nytt samtykke er gitt.

§ 6-24 Forhåndssamtykke til tvang i omsorgstiltak for personer med enkelte atferdsfenotyper

Ved sikker påvisning av genetiske syndrom som det er faglig anerkjent gjør det umulig å kontrollere egen atferd, kan personen forhåndssamtykke til tvang for å ivareta grunnleggende omsorgsbehov. Et forhåndssamtykke kan blant annet omfatte begrensninger i tilgang til mat og bruk av mekaniske innretninger som hindrer bevegelsesfriheten, for å forebygge selvskading. Det må foreligge tungtveiende faglige grunner for et forhåndssamtykke og spesialisthelsetjenesten må ha vurdert og anbefalt tiltaket.

Det er et vilkår at kravene til dokumentet i § 9-21 er oppfylt.

Samtykkeperioden regnes fra avgivelse av samtykket og kan vare inntil seks måneder.

Personen kan fornye forhåndssamtykket innen utløpet av samtykkeperioden. En fornyelse kan trekkes tilbake innen 24 timer etter at nytt samtykke er gitt.

§ 6-25 Adgang til vilkårstilling ved tildeling av institusjonsplass m.m.

Ved tildeling av plass i institusjon basert på eget samtykke, kan det stilles vilkår som er saklige og forholdsmessige ut fra personens helsetilstand, formålet med oppholdet og forholdene for øvrig. Samtykke fra personen må gis senest ved starten av oppholdet. Ved brudd på vilkårene kan disse ikke gjennomføres med tvang uten særlig lovhjemmel.

Utenfor institusjon kan det ikke stilles som vilkår for tilgang til botilbud at man også mottar andre helse- og omsorgstjenester.

Kapittel 7 Rettighetsbegrensende tiltak og tvang i institusjon eller bolig av hensyn til fellesskapsinteresser

§ 7-1 Adgang til å fastsette husordensregler

For institusjon i helse- omsorgstjenesten kan ledelsen fastsette regler for den sosiale samhandlingen mellom personer som har opphold der (husordensregler). Tilsvarende gjelder for fellesarealer som eies eller leies av virksomheten og er tilknyttet boliger der det ytes heldøgns helse- og omsorgstjenester.

Husordensregler kan ikke innskrenke personers rettigheter etter lov og forskrift. Husordensregler skal ha som formål at rettigheter og behov for alle som oppholder seg i institusjonen eller er tilknyttet tiltak der det ytes heldøgns helse- og omsorgstjenester, ivaretas på en forsvarlig måte, og legge til rette for at virksomheten kan yte gode tjenester i samsvar med sitt formål.

Dokument som innholdsmessig ivaretar funksjon som nevnt i første og andre ledd omfattes av paragrafen her uavhengig av tittel eller benevnelse i dokumentet. Der det uformelt blir praktisert interne regler som ivaretar funksjon som nevnt i første og andre ledd, skal disse nedtegnes.

Utformingen av husordensregler må vurderes konkret ut fra formålet med og behovet i institusjonen eller tiltak der det ytes heldøgns helse- og omsorgstjenester. Det skal tilrettelegges for medvirkning fra de som har opphold i institusjon eller er tilknyttet tiltak der det ytes heldøgns helse- og omsorgstjenester.

Husordensregler kan ikke gjennomføres ved bruk av tvang og må praktiseres i samsvar med godt faglig skjønn og på en måte som ikke er urimelig i det enkelte tilfellet.

Husordensreglene skal forelegges personen så tidlig som mulig.

Husordensregler og revisjoner av disse skal straks sendes fylkesmannen.

Departementet kan i forskrift gi nærmere bestemmelser om husordensregler.

§ 7-2 Rutinekontroll i institusjon for å hindre innførsel av farlige gjenstander m.m.

Dersom det er nødvendig for forsvarlig drift, kan en institusjon innføre rutinekontroll for å hindre innførsel av rusmidler, legemidler, skadelige stoffer, farlige gjenstander og eventuelt rømningshjelpemidler.

Kontrollen kan omfatte undersøkelse av personens eiendeler og kroppsvisitasjon uten avkledning.

Kontrollen må praktiseres likt overfor alle, herunder pasienter og brukere, ansatte, besøkende og representanter for kontrollinstansene.

Kontrollen etter paragrafen her kan ikke gjennomføres med bruk av tvang. Kroppsvisitasjon skal foretas av en person av samme kjønn som den som skal kontrolleres.

Undersøkelse av eiendeler skal skje i personens nærvær eller i nærvær av nærmeste pårørende eller en annen som personen har utpekt, så langt det er mulig.

En begrunnet avgjørelse om å innføre rutinekontroll skal straks sendes fylkesmannen.

§ 7-3 Kontroll for å hindre innførsel av farlige gjenstander m.m. etter mistanke

Dersom det er nødvendig for forsvarlig drift av institusjonen, kan det treffes vedtak om og gjennomføres undersøkelse av rom, eiendeler, post eller pakker, samt kroppsvisita-

sjon, uten personens samtykke ved begrunnet mistanke om at rusmidler, legemidler, skadelige stoffer, farlige gjenstander og eventuelt rømningshjelpemidler vil bli forsøkt innført eller er innført. Tillitsskapende tiltak og alternativer til tvang må være prøvd, jf. § 2-1 og § 2-2. Tiltaket må ikke være urimelig overfor personen.

Ved sterk mistanke kan det gjennomføres undersøkelse av munnhule, men for øvrig er undersøkelse av kroppens hulrom ikke tillatt.

Gjennomføring med fysisk tvang kan bare skje i nødssituasjoner, jf. kapittel 4. Kroppsvisitasjon skal foretas av en av samme kjønn som den som undersøkes.

Undersøkelse av rom, eiendeler, post eller pakker skal skje i personens nærvær eller i nærvær av nærmeste pårørende eller en annen som personen har utpekt, så langt det er mulig.

§ 7-4 Beslag av farlige gjenstander m.m.

Dersom det er nødvendig for forsvarlig drift av institusjonen, kan det treffes vedtak om og gjennomføres beslag av gjenstander og stoffer som nevnt i §§ 7-2 og 7-3. Dersom personen ikke rettmessig kan inneha gjenstandene ved utskriving, kan det også treffes vedtak om at de kan tilintetgjøres.

Tillitsskapende tiltak og alternativer til tvang må være prøvd, jf. § 2-1 og § 2-2. Tiltaket må ikke være urimelig overfor personen.

Departementet kan i forskrift gi nærmere bestemmelser om adgangen til å beslaglegge og tilintetgjøre gjenstander.

§ 7-5 Skjerming av hensyn til medpasienter i psykisk helsevern

For person som er innlagt i institusjon for psykisk helsevern etter §§ 5-4 eller 5-5 og framviser utagerende atferd, kan det fattes vedtak om og gjennomføres skjerming som vedkommende motsetter seg, dersom dette er nødvendig av hensyn til medpasienters rett til nødvendig helsehjelp og ikke er urimelig overfor personen. Tillitsskapende tiltak og alternativer til tvang må være prøvd, jf. § 2-1 og § 2-2.

Vedtaket kan ha en varighet på inntil to uker.

§ 7-6 Samtykke til tiltak etter §§ 7-3 og 7-4

Et samtykke fra personen til tiltak som nevnt i §§ 7-3 og 7-4 må oppfylle kravene i § 9-20.

Et tiltak basert på samtykke kan ikke gjennomføres med bruk av tvang. Den vedtaksansvarlige skal løpende forsikre seg om at personen er klar over at samtykket kan trekkes tilbake.

Kapittel 8 Gjennomføring av tiltak

§ 8-1 Skånsomhet og ivaretagelse av grunnleggende behov i gjennomføringsfasen

Tiltak etter loven her skal gjennomføres så skånsomt som mulig.

Personens behov for frisk luft, mat, drikke, toalettbesøk, meningsfulle aktiviteter m.m. skal ivaretas under gjennomføringen.

§ 8-2 Særlige krav ved gjennomføring av skjermingstiltak

Dersom gjennomføring av tiltak etter §§ 4-5, 6-11, 6-19 og 7-5 skjer innendørs, må lokalet være innredet som et vanlig beboelsesrom, så langt dette er forsvarlig ut fra hensynet til personens sikkerhet.

§ 8-3 Særlige krav ved gjennomføring av kroppslige inngrep med tvang

Ved bruk av tvang i form av kroppslige inngrep, herunder fastholding, skal det alltid være minst to personell til stede under gjennomføringen, med mindre dette er klart til ugunst for vedkommende. Minst en må være autorisert helsepersonell etter helsepersonelloven § 48. Departementet kan i forskrift gi nærmere bestemmelser om krav til personellet.

Første ledd gjelder ikke ved gjennomføring av tiltak i nødssituasjon etter §§ 4-1 og 4-2 når det ut fra den tid som står til rådighet ikke er mulig å oppfylle kravene.

Ved gjennomføring utenfor helseinstitusjon, skal det utarbeides en plan for forsvarlig oppfølging av personen før og etter tiltaket. Planen skal straks oversendes fylkesmannen.

Tvangsbegrensningsnemnda og fylkesmannen kan stille vilkår overfor tjenestene etter paragrafen her på ethvert tidspunkt.

§ 8-4 Løpende vurdering av om lovens vilkår er oppfylt

Gjennomføringen av et tiltak skal registreres, vurderes kontinuerlig og straks avbrytes dersom lovens vilkår ikke lenger er oppfylt. Vedtaket skal i så fall oppheves.

§ 8-5 Løpende vurdering av om gjennomføringen er i samsvar med vedtaket

Det skal vurderes kontinuerlig om gjennomføringen av et tiltak skjer i samsvar med det som er beskrevet i vedtaket. Endring av gjennomføringsmåte skal nedtegnes i journal, og er bare tillatt dersom endringen vurderes å være klart mindre inngripende. Tiltaket skal avbrytes straks dersom det viser seg ikke å ha de forutsatte konsekvenser eller å ha uforutsette, negative virkninger.

§ 8-6 Bistandsplikt for spesialisthelsetjenesten under gjennomføringen av vedtak

Spesialisthelsetjenesten skal bistå ved gjennomføringen av vedtak der den har plikt til å bistå etter § 9-7.

§ 8-7 Bistandsplikt for politiet og annen offentlig myndighet

Offentlig myndighet skal gi nødvendig bistand til helse- og omsorgstjenesten i saker etter loven her.

Helse- og omsorgstjenesten kan kreve bistand av politiet til gjennomføring av tiltak, om nødvendig med bruk av tvang.

Kongen kan i forskrift gi nærmere bestemmelser om innholdet i offentlige myndigheters plikter etter første og andre ledd.

Kapittel 9 Saksbehandlingen i første instans

I Vedtaks- og beslutningsansvarlig

§ 9-1 Vedtaksansvarlig

Vedtaksansvarlig for kommunale tiltak som har pleie- og omsorgsformål, skal være den som har det overordnede faglige ansvaret for tjenesten i kommunen.

Vedtaksansvarlig for tiltak i psykisk helsevern og i tverrfaglig spesialisert behandling for rusmiddelavhengighet, skal være lege med relevant spesialistgodkjenning eller klinisk psykolog med relevant praksis og videreutdanning, som er utpekt av virksomheten. Vedtak om behandling med legemidler kan bare treffes av lege.

Ansvarlig for å treffe vedtak på andre områder er personell som er kvalifisert til å være faglig ansvarlig for tiltaket og som er utpekt av virksomheten til å ha et vedtaksansvar.

Den enkelte virksomhet skal sørge for en forsvarlig organisering av vedtakskompetent personell og utpeke en eller flere vedtaksansvarlige. Den vedtaksansvarlige skal ha dokumenterte kunnskaper om helse- og omsorgslovgivningen, med særlig vekt på tvangsbegrensningsloven.

Departementet kan i forskrift gi nærmere bestemmelser om vedtaksansvar, herunder delegering.

§ 9-2 Beslutningsansvarlig

Beslutning om tiltak i nødssituasjoner etter kapittel 4 i loven her, treffes av den som har det daglige ansvaret for tjenesten, eller dersom det ikke er tid til dette, av det aktuelle personellet.

Beslutning om bruk av særlig inngripende tiltak som skadeavverging i nødssituasjoner, jf. § 4-3, treffes så langt det er mulig, av vedtaksansvarlig etter § 9-1. Beslutning om bruk av legemidler etter § 4-3 nr. 3 kan bare tas av lege.

Den som er ansvarlig for helsehjelpen treffer beslutning etter § 6-2.

Departementet kan i forskrift gi nærmere bestemmelser om beslutningsansvar, herunder om delegering.

II Saksforberedelsen

§ 9-3 Plikt til å vurdere varsel

Helse- og omsorgstjenesten skal ved varsel fra offentlig myndighet etter § 1-6 eller fra noen med rettigheter som pårørende, foreta nødvendige undersøkelser og vurdere behov for tiltak etter loven her.

Offentlig myndighet kan om nødvendig kreve at det blir vurdert å treffe vedtak om tiltak etter §§ 5-4 til 5-6.

§ 9-4 Forsvarlig saksforberedelse

Før et vedtak eller en beslutning treffes, skal saken være så godt utredet som mulig blant annet ut fra hvor inngripende tiltaket er og den tid som står til rådighet.

Den vedtaks- eller beslutningsansvarlige skal alltid ha møtt personen og skal der dette følger av krav til faglig forsvarlig praksis, ha gjennomført en personlig undersøkelse av vedkommende.

Departementet kan i forskrift fastsette nærmere bestemmelser om saksforberedelsen.

§ 9-5 Rett til medvirkning og til å få uttale seg

Før vedtak eller beslutning treffes skal personen få tilbud om å medvirke og å uttale seg etter å ha fått tilrettelagt informasjon i en tilrettelagt situasjon, jf. § 3-1. Ved tiltak i nødssituasjoner etter kapittel 4 gjelder dette så langt det er mulig.

Første ledd gjelder tilsvarende, så langt det er mulig, for den som kan utøve rettigheter som nærmeste pårørende.

§ 9-6 Samråd med annet kvalifisert personell

Vedtak og beslutninger etter kapittel 5, 6 og 7 kan bare treffes etter samråd med annet kvalifisert personell. Kravet om samråd gjelder ikke ved lite inngripende tiltak etter § 6-2.

Det skal framgå av pasientjournalen hvordan annet kvalifisert personell har vurdert saken.

§ 9-7 Bistandsplikt for spesialisthelsetjenesten før det treffes vedtak

Der en kommune vurderer å treffe vedtak etter §§ 6-5, 6-8 eller 6-9 som ledd i tiltak med pleie- og omsorgsformål overfor person med store formidlingsproblemer, har spesialisthelsetjenesten plikt til å bistå.

Der en enhet innenfor spesialisthelsetjenesten vurderer å treffe vedtak etter § 6-5 i situasjon som nevnt i § 4-10, har andre deler av spesialisthelsetjenesten plikt til å yte bistand etter en begrunnet anmodning.

§ 9-8 Uavhengig legeundersøkelse

Ved uavhengig legeundersøkelse i forkant av vedtak som omfattes av § 5-4 nr. 9 andre punktum, skal det gis en skriftlig uttalelse.

Dersom personen motsetter seg undersøkelsen, kan kommunelegen treffe vedtak om at denne likevel skal gjennomføres ved begrunnet mistanke om at lovens vilkår for tiltak som nevnt i §§ 5-4 til 5-6 er oppfylt.

Departementet kan i forskrift gi bestemmelser om krav til den skriftlige uttalelsen og om delegering av kommunelegens myndighet.

§ 9-9 Beviskrav

For å treffe vedtak personen motsetter seg, må det finnes klart sannsynlig at lovens vilkår er oppfylt, med mindre annet framgår av loven her.

§ 9-10 Nytt vedtak og forlengelse av vedtak

Ved behov for å videreføre et tiltak ut over fastsatt varighet, kan det etter kapitlet her treffes et nytt vedtak eller et vedtak om forlengelse av et eksisterende vedtak, innenfor de grenser som følger av loven. Ved forlengelse av vedtak gjelder ikke kravet om uavhengig legeundersøkelse, jf. § 9-8.

§ 9-11 Vedtak om oppheving av vedtak

Ved oppheving av vedtak etter kapitlet her skal det treffes særskilt vedtak. Før vedtak treffes skal saken være så godt utredet som mulig, jf. § 9-4 første ledd, og retten til medvirkning og til å få uttale seg skal være ivaretatt, jf. § 9-5.

III Vedtaket

§ 9-12 Samlevedtak

Der det overfor samme person er behov for å gjennomføre tiltak etter flere bestemmelser i loven her, kan det treffes et felles vedtak dersom dette framstår som hensiktsmessig.

§ 9-13 Tidspunkt for vedtak

Vedtaket skal treffes før gjennomføringen starter. For tiltak som omfattes av § 5-4 nr. 9 andre punktum, må vedtak foreligge senest 24 timer etter at personen er kommet til institusjonen.

I sak med krav om uavhengig legeundersøkelse, jf. § 9-8, skal det også treffes vedtak om avslag på bruk av tvang.

§ 9-14 Midlertidig vedtak ved tvangsinnleggelse og tvungent tilbakehold

Ved behov for tid til å avklare om et eller flere av lovens vilkår etter §§ 5-4 til 5-6 er oppfylt, kan det treffes midlertidig vedtak med en varighet på inntil sju dager dersom det er sannsynlig at lovens vilkår er oppfylt. Sannsynlighetskravet gjelder også for avklaring av spørsmålet om beslutningskompetanse. Lederen av tvangsbegrensningsnemnda kan samtykke til forlengelse i ytterligere fem dager dersom det anføres tungtveiende faglige grunner for dette og behovet for fristforlengelse ikke skyldes forhold institusjonen kan lastes for.

§ 9-15 Krav til hva som skal nedtegnes etter tiltak i enkeltstående nødssituasjoner

Beslutning om og gjennomføringen av tiltak i enkeltstående nødssituasjoner, jf. kapittel 4, skal nedtegnes straks og inneholde:

1. personens navn og adresse
2. tid og sted for beslutning og gjennomføring
3. underskriften til den som har tatt beslutningen
4. hvem som har utført tiltaket og opplysninger til bedømmelse av hvem som er beslutningsansvarlig
5. beskrivelse av hva som ledet til den aktuelle situasjonen og en faglig vurdering av denne
6. beskrivelse av de tiltakene som ble iverksatt og den faglige begrunnelsen for disse
7. varigheten av tiltaket
8. en konkret begrunnelse av om hvert enkelt av lovens vilkår vurderes å være oppfylt
9. personens syn på saken
10. nærmeste pårørendes syn på saken og
11. opplysninger om klagerett, herunder hvordan klage kan framsettes.

§ 9-16 Generelle krav til vedtak

Vedtak etter loven her skal alltid omfatte gjennomføringsmåten, med mindre annet framgår særskilt. Vedtaket være skriftlige og inneholde:

1. personens navn og adresse
2. tid og sted for vedtaket
3. underskriften til den vedtaksansvarlige og angivelse av faglig ansvarlig for gjennomføringen av tiltaket
4. tidsrammen for vedtaket
5. en beskrivelse av personens situasjon og en faglig vurdering av denne
6. en så presis beskrivelse som mulig av det aktuelle tiltaket, herunder gjennomføringen. Det skal særlig framgå om det kan brukes fysisk makt og i tilfelle på hvilken måte
7. en faglig begrunnelse for tiltaket
8. en konkret begrunnelse for hvorfor hvert enkelt av lovens vilkår vurderes å være oppfylt
9. hvilke vurderinger annet kvalifisert personell har gjort, jf. § 9-6

10. hvordan den samlede tvangsbruken forventes å påvirke personen og samarbeidet framover dersom vedkommende er underlagt flere tvangsvedtak parallelt
11. personens syn på saken
12. nærmeste pårørendes syn på saken
13. opplysninger om klagerett, herunder hvordan klage kan framsettes og
14. institusjonens opplegg for fortløpende evaluering av effekter og bivirkninger av tiltaket.

§ 9-17 Særlige krav for enkelte typer av vedtak

For vedtak etter § 5-2 gjelder § 9-16 med følgende særbestemmelser:

- I stedet for § 9-16 nr. 6 gjelder: Vedtaket skal inneholde en vurdering av risikofaktorer for framtidig tvangsbruk og hvordan tjenestetilbudet planlegges lagt opp for å unngå bruk av tvang.
- § 9-16 nr. 10 og 14 gjelder ikke.

For vedtak etter § 5-4 gjelder § 9-16 med følgende særbestemmelse: Det skal framgå om vedtaket innebærer overføring fra opphold basert på eget samtykke, jf. § 5-9.

For vedtak etter § 6-10 gjelder § 9-16 og i tillegg skal framgå

- hvilken type og dosering av legemidler som skal kunne brukes, hvilken klinisk effekt behandlingen ventes å gi og når og hvordan institusjonen vil vurdere om behandlingen virker etter hensikten
- om vedtaket er truffet før utløpet av venteperioden på en uke etter § 6-10 første ledd nr. 6, og hva som i tilfelle er begrunnelsen
- hvilke ikke-medikamentelle behandlingstiltak som er forsøkt, jf. § 6-10 første ledd nr. 6 og
- hvorfor medikamentell behandling ikke kan gjennomføres frivillig, jf. § 6-5 nr. 1.

For vedtak etter § 9-11 gjelder § 9-16 nr. 1, 2, 3, 5, 11, 12 og 13. Vedtaket må i tillegg inneholde en begrunnelse for opphevingen.

§ 9-18 Underretning

Etter at vedtak er truffet skal personen vedtaket retter seg mot få tilbud om underretning i henhold til forvaltningsloven § 27 på en for seg tilrettelagt måte. Tilsvarende gjelder for nedtegnelse i etterkant av tiltak i enkeltstående nødssituasjoner. Hvilke ønsker vedkommende har uttrykt om underretningsmåte skal dokumenteres.

Den som har rettigheter som nærmeste pårørende skal underrettes om vedtak og beslutninger innenfor de grenser som er satt i loven her.

§ 9-19 Oversendelse til fylkesmannen

Vedtak og beslutninger som er nevnt i § 10-2 første ledd nr. 1 skal straks sendes fylkesmannen.

IV Særlige krav ved samtykke til enkelte tiltak og forhåndssamtykke til tvang

§ 9-20 Særlige krav til samtykkedokumentet ved enkelte tiltak

Samtykke etter §§ 6-22 og 7-6 må være skriftlig og inneholde følgende:

1. dato, tid og sted for avgivelsen
2. personen og den vedtaksvarliges underskrift
3. personens egen begrunnelse for å avgi samtykke
4. den vedtakssansvarliges vurdering av behovet for et samtykke

5. informasjon til bedømmelse av samtykkets gyldighet, særlig frivilligheten i situasjonen og
6. informasjon om at samtykket når som helst kan trekkes tilbake og at tiltaket ikke kan gjennomføres med tvang.

Dersom personen som avgir et samtykke, er beslutningskompetent, men av fysiske eller psykiske grunner ikke i stand til å underskrive, skal dette framgå. Personens samtykke skal i et slikt tilfelle bekreftes av ett annet personell som ikke er underordnet den vedtaksansvarlige.

Samtykkedokumentet skal straks sendes fylkesmannen.

§ 9-21 *Særlige krav til dokument om forhåndssamtykke til bruk av tvang*

Et forhåndssamtykke til bruk av tvang etter §§ 5-3, 6-23 og 6-24 skal være skriftlig og inneholde

1. dato, tid og sted for samtykket
2. personen og den vedtakssansvarliges underskrift
3. personens egen begrunnelse for å avgi forhåndssamtykke
4. den vedtaksansvarliges vurdering av behovet for et forhåndssamtykke
5. informasjon til bedømmelse av forhåndssamtykkets gyldighet, særlig frivilligheten i situasjonen
6. opplysninger om varigheten av forhåndssamtykket og
7. eventuelle særlige bestemmelser om gjennomføringen som er avtalt mellom personen og den vedtaksansvarlige.

Dersom personen som avgir et forhåndssamtykke er beslutningskompetent, men av fysiske eller psykiske grunner ikke i stand til å underskrive, skal dette framgå. Personens samtykke skal i et slikt tilfelle bekreftes av ett annet personell som ikke er underordnet den vedtaksansvarlige.

Dokument med forhåndssamtykke skal straks sendes fylkesmannen.

Kapittel 10 Kontrollinstansene

§ 10-1 *Formålet med fylkesmannens og tvangsbegrensningsnemndenes virksomhet*

Formålet med fylkesmannens og tvangsbegrensningsnemndenes virksomhet etter loven her er å

1. begrense bruk av tvang i størst mulig grad
2. påse at lovbestemte krav til vedtak og gjennomføring er oppfylt og avdekke ulovlig eller uhjemlet bruk av tvang og
3. sikre at den totale belastningen av flere tvangstiltak rettet mot samme person ikke blir for stor.

§ 10-2 *Fylkesmannens oppgaver*

Fylkesmannens oppgaver etter loven her er å:

1. motta og holde oversikt over
 - vedtak som treffes i medhold av kapittel 5, 6, og 7
 - beslutninger om tiltak i nødssituasjoner etter kapittel 4
 - dokument om forhåndssamtykke etter §§ 5-3, 6-23 og 6-24
 - dokument om samtykke til enkelte tiltak etter §§ 6-22 og 7-6

- husordensregler etter § 7-1 og
 - avgjørelser om innføring av rutinekontroll etter § 7-2.
2. straks gjennomgå vedtak m.m. som mottas etter nr. 1 og vurdere om riktig framgangsmåte er fulgt og om lovens vilkår er vurdert, jf. § 12-8 første ledd. For husordensregler og avgjørelser om rutinekontroll skal det påses at lovens vilkår er oppfylt,
 3. motta og holde oversikt over dokument om godkjent reservasjon etter §§ 6-14 og 6-15,
 4. tilrettelegge for tvangsbegrensningsnemndenes arbeid i samråd med nemndsleder, særlig ved å:
 - fordele saker til nemndene
 - ivareta kontortekniske funksjoner og
 - etablere og drifte system for saksbehandling og arkiv
 5. behandle klage over beslutninger som nevnt i § 12-5 første ledd
 6. opprette og administrere fylkesvise lister over sakkyndige som kan oppnevnes som medlemmer i tvangsbegrensningsnemnda i enkeltsaker etter beslutning fra nemndsleder. Følgende kunnskapsfelt skal være dekket:
 - forebygging av tvang innenfor ulike områder
 - spiseforstyrrelser
 - fostermedisin
 - behandling med antipsykotiske legemidler og
 - barnefaglig kompetanse.
 7. føre tilsyn og holde Statens helsetilsyn orientert etter helsetilsynsloven § 4 andre og tredje ledd.

Departementet skal sørge for at det blir etablert en nasjonal oversikt over tvangsbruk etter loven her.

Kongen kan i forskrift gi nærmere bestemmelser om fylkesmannens oppgaver.

§ 10-3 Oppnevning av tvangsbegrensningsnemnder

Departementet oppnevner et tilstrekkelig antall tvangsbegrensningsnemnder i hvert fylke etter forslag fra fylkesmannen. Hver nemnd skal ha ansvaret i et geografisk avgrenset område. Departementet kan i enkelttilfeller beslutte at en nemnd skal behandle saker utenfor sitt område.

Departementet har overordnet administrativt ansvar for tvangsbegrensningsnemndene og skal sørge for nødvendig opplæring av medlemmene i nemndene og for at det blir tatt initiativ som er egnet til å fremme likhet i praksis nemndene imellom.

Departementet kan i forskrift gi nærmere bestemmelser om tvangsbegrensningsnemndenes virksomhet, herunder opplæring av medlemmene.

§ 10-4 Tvangsbegrensningsnemndenes uavhengighet og sammensetning

Tvangsbegrensningsnemndene er faglig uavhengige organer.

Den enkelte tvangsbegrensningsnemnd skal bestå av tre medlemmer, med personlige varamedlemmer:

1. leder: jurist som er kvalifisert til å gjøre tjeneste som dommer,
2. lege

3. person som selv har vært underlagt tvang i helse- og omsorgstjenesten, eventuelt nærstående til en person som nevnt, eller et medlem som har representert pasientinteresser i stilling eller verv.

Nemndene oppnevnes for fire år. Ingen kan gjenoppnevnes som medlem i samme eller en annen nemnd, mer enn én gang uten en mellomliggende periode på minst fire år.

Ingen kan være medlem av en tvangsbegrensningsnemnd som kan få befatning med institusjoner eller tiltak som vedkommende ellers har noe ansvar for.

§ 10-5 Tvangsbegrensningsnemndenes oppgaver

Tvangsbegrensningsnemndenes oppgaver etter loven her er å

1. behandle klage over vedtak og beslutninger og krav om overprøving som nevnt i § 12-5 andre til fjerde ledd
2. behandle sak om obligatorisk kontroll etter §§ 11-1 og 11-4
3. behandle sak om godkjenning av reservasjon etter §§ 6-14 og 6-15
4. gjennomføre stedlig tilsyn med institusjoner og tiltak der det utøves tvang, etter nærmere bestemmelser gitt i forskrift og
5. rapportere om funn fra stedlig tilsyn til Statens helsetilsyn.

Departementet kan i forskrift gi nærmere bestemmelser om tvangsbegrensningsnemndenes oppgaver, herunder om hvor det skal gjennomføres stedlig tilsyn.

§ 10-6 Statens helsetilsyns ansvar

Statens helsetilsyns ansvar etter loven her er å gi tvangsbegrensningsnemndene veiledning i utføring av stedlig tilsyn.

Kapittel 11 Obligatorisk kontroll

§ 11-1 Høringssak i tvangsbegrensningsnemnda innen 30 dager

Dersom det ikke allerede er behandlet klagesak, skal tvangsbegrensningsnemnda innen 30 dager etter at vedtaket er truffet, avholde høringsmøte, jf. § 13-5, til vurdering av opprettholdelse av vedtak om

1. tvangsinngjøring og tvungen tilbakehold etter §§ 5-4 til 5-6 og
2. tiltak etter §§ 6-5, 6-7, 6-8 og 6-9 der minst ett av følgende elementer inngår:
 - a) planmessig tilnærming ved repeterende nødssituasjoner, jf. § 4-10
 - b) begrensninger i tilgang til mat eller drikke
 - c) kontinuerlig observasjon av viljestyrt atferd utenfor helseinstitusjon
 - d) bruk av mekaniske innretninger som hindrer personens bevegelsesfrihet
3. behandling av
 - a) psykiske helseproblemer med skjerming, jf. § 6-11 eller
 - b) spiseforstyrrelser med ernæring, jf. 6-12.

Dersom en person er underlagt flere vedtak etter loven her, skal tvangsbegrensningsnemnda ta hensyn til den totale belastningen for personen og kan ta opp vedtak som ikke er påklaget til vurdering, jf. § 12-8 andre ledd.

Der vedtak som nevnt i første ledd er påklaget, men klagesaken ennå ikke er behandlet, samordnes klagesak og høringssak så langt det er praktisk mulig.

§ 11-2 Høringssak i tvangsbegrensningsnemnda av eget tiltak

Tvangsbegrensningsnemnda kan åpne høringssak også i andre tilfeller enn nevnt i § 11-1 og til andre tidspunkt. I vurderingen av om sak skal åpnes, skal særlig vektlegges opplysninger om det samlede omfang av tvangstiltak overfor personen og betydningen for vedkommendes livsutfoldelse.

§ 11-3 *Den vedtaksansvarliges plikt til å vurdere vedtaket på nytt minst hver tredje måned*

For vedtak med lengre varighet enn tre måneder, skal den vedtaksansvarlige sørge for at det minst en gang hver tredje måned vurderes om vilkårene fremdeles er til stede, jf.

§ 8-4. Der dette følger av krav til faglig forsvarlig praksis, skal det gjennomføres en personlig undersøkelse.

§ 11-4 *Krav om forhåndsgodkjenning i tvangsbegrensningsnemnda ved varighet ut over ett år*

Forlengelse av følgende vedtak, jf. § 9-10, utover ett år, og deretter for hver sjette måned, krever forhåndsgodkjenning fra tvangsbegrensningsnemnda:

1. tvangsinnleggelse og tvungent tilbakehold etter §§ 5-4, 5-5 og 5-8
2. tiltak etter §§ 6-5, 6-7, 6-8 og 6-9 der minst ett av følgende elementer inngår:
 - a) planmessig tilnærming ved repeterende nødssituasjoner, jf. § 4-10
 - b) begrensninger i tilgang til mat eller drikke
 - c) kontinuerlig observasjon av viljestyrt atferd utenfor helseinstitusjon
 - d) bruk av mekaniske innretninger som hindrer personens bevegelsesfrihet
3. behandling av psykiske lidelser med legemidler, jf. § 6-10.

Der en person er underlagt flere vedtak etter loven her, skal tvangsbegrensningsnemnda ta hensyn til den totale belastningen for personen og kan ta opp vedtak som ikke er påklaget til vurdering, jf. § 12-8 andre ledd.

Tvangsbegrensningsnemnda kan sette en lengste varighet for vedtaket som utelukker ytterligere forlengelse etter § 9-10, eller en kortere frist for innhenting av ny godkjenning i nemnda enn det som følger av første ledd.

Kapittel 12 Klage og omgjøring m.m.

§ 12-1 *Klagerett*

Vedtak etter loven her kan påklages av

- a) personen vedtaket er rettet mot og
- b) den som har rettigheter som nærmeste pårørende, jf. § 3-3.

Klagerett gjelder tilsvarende

- a) for beslutning om og gjennomføring av tiltak etter kapittel 4, § 5-1 og § 6-2 og
- b) over feil eller mangler ved gjennomføring av tiltak basert på vedtak, jf. § 8-5.

Offentlig myndighet som har krevd vurdering etter § 9-3 andre ledd, har klagerett ved vedtak om avslag etter § 9-13 andre ledd.

§ 12-2 *Framsetting av klage*

Klage kan settes fram skriftlig eller muntlig og uavhengig av om personen er beslutningskompetent i relasjon til det omtvistede tiltaket.

Klage kan settes fram overfor den vedtaks- eller beslutningsansvarlige, den virksomhet denne er tilknyttet eller overfor tvangsbegrensningsnemnda eller fylkesmannen.

Muntlig klage skal nedtegnes av den som mottar den. Dersom det er tvil rundt hva personen mener, skal det legges til rette for en avklaring. Den som tar imot en muntlig klage kan be om at vedkommende gir skriftlig uttrykk for at han eller hun vil klage, med mindre dette framstår som urimelig ut fra personens helsetilstand eller funksjonsnivå.

§ 12-3 Klagefrist ved klage fra personen selv

Klage over et vedtak fra den det retter seg mot, kan settes fram på ethvert tidspunkt. Der et vedtak utløper eller oppheves før klagesaken er behandlet, vurderer klageren selv om klagen opprettholdes.

Ved klage over et utløpt eller opphevet vedtak, gjelder en klagefrist på tre uker, men tre måneder for vedtak om tvangsinnleggelse eller tvungent tilbakehold etter §§ 5-4 til 5-8.

Klagefristen for beslutning om og gjennomføring av tiltak etter kapittel 4, § 5-1 og § 6-2 er tre uker etter at tiltaket er avsluttet. Tilsvarende gjelder ved klage over feil eller mangler ved gjennomføring av tiltak basert på vedtak.

§ 12-4 Klagefrist ved klage fra nærmeste pårørende mfl.

For den som har rettigheter som nærmeste pårørende, gjelder forvaltningslovens alminnelige bestemmelser om klagefrist og framsetting av klage. Tilsvarende gjelder der foreldre, andre med foreldreansvaret eller barneverntjenesten klager på vegne av barn under 16 år.

For vedtak om oppheving av vedtak etter § 9-11 og avslag på bruk av tvang etter 9-13 andre ledd, er klagefristen én uke.

§ 12-5 Klageinstans m.m.

Fylkesmannen er klageinstans for beslutning om og gjennomføring av tiltak etter loven her, unntatt ved bruk av særlig inngripende tiltak som skadeavverging i nødssituasjon, jf. § 4-3, samt klage over feil eller mangler ved gjennomføring av tiltak basert på vedtak.

Tvangsbegrensningsnemnda er klageinstans for vedtak etter loven her, samt for beslutning om og gjennomføring av tiltak som nevnt i § 4-3.

Ved midlertidig vedtak om tiltak etter §§ 5-4 til 5-6, jf. § 9-14, behandles saken av tvangsbegrensningsnemndas leder alene.

Tvangsbegrensningsnemnda er prøvingsinstans for gyldigheten av forhåndssamtykke etter §§ 5-3, 6-23 og 6-24, jf. § 12-9.

§ 12-6 Klageinstansens kompetanse

Klageinstansen skal prøve alle sider av saken. Med mindre vedtaket er utløpt eller opphevet før saken behandles, skal klagevedtaket baseres på situasjonen ved avgjørelse av klagesaken. Der en person er underlagt flere vedtak etter loven her, skal tvangsbegrensningsnemnda ta hensyn til den totale belastningen for personen og kan ta opp vedtak som ikke er påklaget til vurdering, jf. § 12-8 andre ledd.

Ved klage på vedtak om oppheving av vedtak, jf. § 9-11, eller om avslag på bruk av tvang, jf. § 9-13 andre ledd, kan tvangsbegrensningsnemnda bare ta stilling til lovligheten av vedtaket.

§ 12-7 Ny klage over samme vedtak

Det kan framsettes ny klage over samme vedtak etter at det er gått minst seks måneder etter vedtak i klagesak. Som samme vedtak regnes også vedtak som er forlenget, jf. § 9-10.

Har saken vært prøvd for retten etter reglene i tvisteloven kapittel 36, kan det ikke framsettes ny klage før det er gått minst seks måneder etter at dommen ble rettskraftig. Dersom tvangsbegrensningsnemnda har behandlet sak om obligatorisk kontroll etter §§ 11-1 og 11-4, kan det tidligst framsettes klage to måneder etter at vedtak er fattet.

Tvangsbegrensningsnemndas leder kan beslutte at en klage skal tas til behandling på et tidligere tidspunkt dersom det foreligger særlige grunner.

§ 12-8 Omgjøring av vedtak utenfor klagesak

Fylkesmannen kan omgjøre vedtak m.m. som finnes ugyldige ved gjennomgang etter § 10-2 første ledd nr. 2.

Tvangsbegrensningsnemnda kan av eget tiltak omgjøre vedtak om bruk av tvang utenfor klagesak eller sak om obligatorisk kontroll, etter anmodning fra personen selv, den som har rettigheter som nærmeste pårørende eller av eget tiltak.

Det kan ikke klages på avslag på anmodning etter paragrafen her.

§ 12-9 Krav om prøving av gyldigheten av forhåndssamtykke til tvang

For krav om prøving av gyldigheten av forhåndssamtykke til tvang etter §§ 5-3, 6-23 og 6-24, gjelder bestemmelsene i kapitlet her så langt de passer. Krav om prøving må framsettes innen tre uker etter at samtykkeperioden er utløpt.

§ 12-10 Uavhengig psykiatrifaglig overprøving

Departementet skal sørge for at det blir etablert en ordning for uavhengig psykiatrifaglig overprøving av tvangsmedisineringsvedtak i klagesak.

Ved klage over vedtak om tiltak etter § 6-10, kan personen framsette krav om at det skal gjennomføres en slik overprøving. Samme person kan bare kreve overprøving én gang per år.

Kapittel 13 Saksbehandlingen i saker for tvangsbegrensningsnemnda m.m.

§ 13-1 Uavhengighet og tillit

Arbeidet i tvangsbegrensningsnemnda skal organiseres og utføres på en måte som ivaretar hensynet til uavhengighet og allmenhetens tillit på en god måte.

§ 13-2 Rask framdrift i klagesak

Klagesaker skal forberedes og avgjøres så raskt som mulig.

Dersom klage framsettes overfor tvangsbegrensningsnemnda eller fylkesmannen, skal den vedtaksansvarlige straks kontaktes for å avklare om vedtaket opprettholdes. Dersom klage framsettes overfor den vedtaksansvarlige eller den virksomhet denne er tilknyttet, skal nemnda straks underrettes med en vurdering av om vedtaket opprettholdes, eventuelt når dette vil være avklart.

Vedtak i klagesak for tvangsbegrensningsnemnda skal som hovedregel foreligge innen to uker etter underretning om klagen. For midlertidig vedtak etter § 9-14 gjelder en frist på tre dager. I høringssak etter § 11-1 skal nemndas vedtak foreligge innen én uke etter at

høringsmøte er avholdt. Dersom fristen ikke kan overholdes, skal grunnen til dette framgå av vedtaket.

§ 13-3 Forsvarlig saksbehandling og rett til å uttale seg

Før vedtak treffes i sak som nevnt i § 10-5 første ledd nr. 1 til 3, skal saken være så godt utredet som mulig. Det skal særlig tas hensyn til hvor inngripende tiltaket er.

Den personen vedtaket retter seg mot skal få tilbud om å uttale seg muntlig overfor tvangsbegrensningsnemnda. Dersom det ikke er mulig å få til et møte med fulltallig nemnd, skal det tilbys samtale med leder, eventuelt med et av de øvrige medlemmene.

For personer under 18 år skal foreldre eller andre med foreldreansvaret gis anledning til å uttale seg. Dersom barneverntjenesten har overtatt omsorgen for et barn etter barnevernloven § 4-6 andre ledd, § 4-8, § 4-12 eller det foreligger vedtak etter § 4-24, skal også barneverntjenesten gis anledning til å uttale seg.

§ 13-4 Rapport til nemnda ved uavhengig psykiatrifaglig overprøving

I klagesak om vedtak etter § 6-10 der uavhengig psykiatrifaglig overprøving av tvangsmedisineringsvedtak inngår, jf. § 12-10, skal den oppnevnte psykiater utarbeide en rapport som oversendes nemnda og inngår i avgjørelsesgrunnlaget.

Departementet kan i forskrift fastsette nærmere bestemmelser om arbeidsmåte og krav til rapportens innhold ved uavhengig, psykiatrifaglig overprøving.

§ 13-5 Møte i nemnda

Sak for tvangsbegrensningsnemnda som nevnt i § 10-5 første ledd nr. 1 til 3 behandles i møte av fulltallig nemnd. Dersom nemndas leder vurderer at det foreligger et særlig behov, kan nemnda settes med et ekstra medlem fra en av listene over sakkyndige som nevnt i § 10-2 første ledd nr. 6. Ved stemmelikhet er nemndsleders stemme utslagsgivende.

Møtene skal legges opp slik at saken opplyses på best mulig måte.

Enhver har plikt til å møte for tvangsbegrensningsnemnda med de unntak som er fastsatt i forskrift.

I møter for tvangsbegrensningsnemnda der det skal opptas forklaringer eller gis muntlige redegjørelser til bruk i saken, har personen saken gjelder og eventuell representant for ham eller henne, rett til å være til stede, få stille spørsmål og kommentere det som framkommer.

I hørings sak etter § 11-1 skal det gis et helhetlig bilde av personens tjenestetilbud som grunnlag for å vurdere opprettholdelse av vedtak i lys av kravet om at tillitsskapende tiltak og alternativer til tvang må være prøvd, jf. § 2-1 og § 2-2. Møtet skal legges opp på en måte som er egnet til å fremme dialog og avklaringer mellom ulike aktører i tjenestene, også på tvers av forvaltningsnivå.

Departementet kan i forskrift fastsette nærmere bestemmelser om rett og plikt til å møte i tvangsbegrensningsnemnda og godtgjørelse.

§ 13-6 Krav til vedtaket

Tvangsbegrensningsnemndas vedtak i sak som nevnt i § 10-5 første ledd nr. 1 til 3, skal inneholde

1. en kort omtale av den rettslige problemstillingen og sakens faktiske bakgrunn
2. hvilke vilkår som er vurdert og det faktiske grunnlaget vurderingen bygger på

3. en synliggjøring av rettslige og faktiske tvilsspørsmål i saken og en redegjørelse for vurderingen av disse
4. en vurdering av den totale belastningen for personen dersom vedkommende er underlagt flere vedtak etter loven her
5. sammensetningen av nemnda og tid og sted for det avsluttende møtet
6. om vedtaket er enstemmig og
7. begrunnelsen for de forskjellige standpunkter dersom vedtaket ikke er enstemmig, samt opplysninger om hvem av medlemmene som har utgjort flertall og mindretall.

Tvangsbegrensningsnemndas leder kan gis fullmakt til å undertegne vedtaket på vegne av nemnda. Det skal framgå av vedtaket at slik fullmakt er gitt.

§ 13-7 *Fri rettshjelp*

Personens rett til fri sakførsel, jf. lov 13. juni 1980 nr. 35 § 17 tredje ledd nr. 3, i saker for tvangsbegrensningsnemnda omfatter klage over

1. vedtak om tvangsinnleggelse og tvungent tilbakehold etter §§ 5-4 til § 5-8
2. vedtak etter §§ 6-5, 6-7, 6-8 og 6-9
3. vedtak om behandling av
 - a) psykiske lidelser med legemidler, jf. § 6-10,
 - b) spiseforstyrrelser med ernæring, jf. § 6-12 eller
 - c) psykiske helseproblemer med elektrokonvulsiv terapi, jf. § 6-13
4. vedtak om pålegg om oppmøte etter § 6-18 eller
5. krav om prøving av gyldigheten av forhåndssamtykke til tvang etter §§ 5-3, 6-23 og 6-24.

§ 13-8 *Klagesak for fylkesmannen*

I sak der fylkesmannen er klageinstans gjelder bestemmelsene i kapitlet her tilsvarende så langt de passer.

Kapittel 14 Domstolsprøving

§ 14-1 *Domstolsprøving*

Tvangsbegrensningsnemndas vedtak kan av personen vedtaket retter seg mot eller den som kan utøve rettigheter som nærmeste pårørende, bringes inn for tingretten etter reglene i tvisteloven kapittel 36 i følgende tilfeller:

1. Vedtak i klagesak om:
 - a) tvangsinnleggelse og tvungent tilbakehold etter §§ 5-4 til § 5-8
 - b) tiltak etter §§ 6-5, 6-7, 6-8 og 6-9 og
 - c) behandling av
 - psykisk lidelser med legemidler, jf. § 6-10
 - spiseforstyrrelser med ernæring, jf. § 6-12
 - psykiske helseproblemer med elektrokonvulsiv terapi, jf. § 6-13
 - d) pålegg om oppmøte etter § 6-18.
2. Vedtak i sak om obligatoriske prøving etter §§ 11-1 og 11-4.

Fristen til å reise søksmål er to måneder fra den dag den som har rett til å reise søksmål fikk melding om vedtaket.

Kapittel 15 Sikkerhetstiltak i regionale sikkerhetsavdelinger og i enhet med særlig høyt sikkerhetsnivå

I Alminnelige bestemmelser

§ 15-1 Formål

Formålet med bestemmelsene i kapittelet er å sørge for tilstrekkelig sikkerhet for pasienter, medpasienter og personell i regionale sikkerhetsavdelinger, herunder i enhet med særlig høyt sikkerhetsnivå. Bestemmelsene skal også ivareta samfunnsvernet.

§ 15-2 Virkeområde

Bestemmelsene i kapittelet får anvendelse i regionale sikkerhetsavdelinger, herunder i enhet med særlig høyt sikkerhetsnivå. Bestemmelsene i §§ 15-9 til 15-15 gjelder bare i enhet med særlig høyt sikkerhetsnivå.

Med regional sikkerhetsavdeling menes avdeling som på regionalt nivå behandler og utreder pasienter med alvorlig sinnslidelse eller mistanke om dette, og hvor det foreligger aktuell risiko for alvorlig voldelig atferd.

Med enhet med særlig høyt sikkerhetsnivå menes enhet innenfor regional sikkerhetsavdeling som kan ta imot pasienter der det på grunn av særlig risiko for rømning, gisseltaking, alvorlig voldelig atferd eller angrep mot pasienten selv, medpasienter eller personell, er nødvendig med særlig forhøyet sikkerhet.

Departementet bestemmer om en enhet med særlig høyt sikkerhetsnivå skal etableres ved en regional sikkerhetsavdeling.

§ 15-3 Forholdet til bestemmelsene i kapittel 4

Bestemmelsene i kapittel 7 gjelder så langt de passer, med unntak av §§ 7-2 og 7-3. I enhet med særlig høyt sikkerhetsnivå gjelder §§ 6-11, 6-19 og 7-5 kun så langt det er nødvendig med skjerming innenfor enheten.

Bestemmelsen om beslag i § 7-4 gjelder tilsvarende for gjenstander som blir funnet ved tiltak som nevnt i §§ 15-4, 15-5, 15-11 og 15-13 i kapittelet her.

Regionale sikkerhetsavdelinger skal regnes som en egen institusjon etter §§ 5-10 og 16-7. Vedtak om overføring til regional sikkerhetsavdeling kan settes i verk uten hinder av at vedtaket er påklaget til tvangsbegrensningsnemnda.

II Sikkerhetstiltak i regionale sikkerhetsavdelinger

§ 15-4 Undersøkelse av pasientens kropp, rom og eiendeler

Det kan foretas rutinekontroll av pasientens kropp, rom og eiendeler ved innleggelse og før og etter opphold utenfor avdelingen, for å hindre innføring av farlige gjenstander, rusmidler, legemidler, skadelige stoffer eller rømningshjelpemidler, herunder mobiltelefon og andre kommunikasjonsmidler. Undersøkelsen kan skje ved bruk av teknisk utstyr eller hund, eller ved kroppsvisitasjon.

Den vedtaksansvarlige kan i tillegg vedta undersøkelse som nevnt i første ledd når det er grunn til mistanke om at slike gjenstander eller stoffer, er tilgjengelig i eller vil bli forsøkt innført i avdelingen.

Dersom det foreligger en begrunnet og sterk mistanke om at en pasient i kroppen skjuler slike gjenstander eller stoffer som nevnt i første ledd, kan vedtaksansvarlig vedta at det

skal foretas kroppslig undersøkelse eller annet tiltak for å bringe gjenstanden eller stoffet fram. Tiltaket kan bare utføres av helsepersonell.

Vedtak etter annet og tredje ledd skal nedtegnes uten opphold og begrunnes. Pasienten eller hans eller hennes nærmeste pårørende kan påklage vedtaket til tvangsbegrensningsnemnda.

Departementet kan i forskrift fastsette nærmere bestemmelser om gjennomføringen av tiltak som er omtalt i paragrafen her.

§ 15-5 Undersøkelse av mennesker og gjenstander

Enhver som skal inn og ut av regional sikkerhetsavdeling kan pålegges kontroll, herunder passering av metalldetektor og visitasjon.

Det er ikke tillatt å ta med gjenstander, herunder mobiltelefon eller andre kommunikasjonsmidler, inn og ut av regional sikkerhetsavdeling uten tillatelse fra kontrollerende personell.

Undersøkelse av gjenstander tilhørende offentlig myndighetsrepresentant, diplomatisk eller konsulær representant, advokat og den som opptrer på pasientens vegne i klagesak, må ikke medføre at konfidensielt innhold i brev eller dokumenter avsløres eller ødelegges.

Nektelse av kontrolltiltak, unndragelse eller forsøk på unndragelse fra kontrolltiltak, kan medføre avvisning.

§ 15-6 Forbindelse med omverdenen

Den som har døgnopphold i regional sikkerhetsavdeling har rett til å motta besøk, benytte telefon, samt sende og motta brev og pakker.

Den vedtaksansvarlige kan vedta innskrenkninger i pasientens forbindelse med omverdenen i inntil fire uker dersom det er risiko for rømning, alvorlig voldsutøvelse, innføring av rusmidler, legemidler, skadelige stoffer, rømningshjelpemidler eller farlige gjenstander eller risiko for angrep mot pasienten.

Innskrenkningene må stå i rimelig forhold til hva som er nødvendig for å ivareta sikkerheten.

Innskrenkninger kan gå ut på at

- a) besøk må foregå med personell til stede eller med glassvegg som skiller pasient og besøkende
- b) telefonsamtaler må forhåndsgodkjennes, kan avlyttes og avbrytes
- c) bruk av elektroniske kommunikasjonsmidler må forhåndsgodkjennes, kan overvåkes og avbrytes
- d) post åpnes, kontrolleres og helt eller delvis kan inndras
- e) godkjent tolk oversetter kommunikasjon, dersom denne er på et annet språk enn det personellet behersker.

Det kan i husordensreglementet fastsettes begrensninger med hensyn til hvilke tider og med hvilken varighet kommunikasjon kan finne sted.

Det kan ikke vedtas innskrenkninger i retten til å kommunisere med offentlig myndighetsrepresentant, diplomatisk eller konsulær representant, pasientens advokat, den som opptrer på vegne av pasienten i klagesak eller prest eller tilsvarende sjelesørger.

Vedtak om tiltak som nevnt i andre ledd skal nedtegnes uten opphold og begrunnes. Pasienten eller hans eller hennes nærmeste pårørende kan påklage vedtaket til tvangsbegrensningsnemnda.

Departementet kan i forskrift fastsette nærmere bestemmelser om gjennomføringen av tiltak som er omtalt i paragrafen her.

§ 15-7 Nattelåsing av pasientrom

Etter tillatelse fra departementet kan enhet med særlig høyt sikkerhetsnivå og regionale sikkerhetsavdelinger gis adgang til å låse dør til pasientrom i tiden fra kl. 23.00 til kl. 06.00 etter en individuell vurdering av pasientens tilstand.

Tillatelse etter første ledd skal være tidsbegrenset.

Tiltak etter første ledd kan bare benyttes hvis det er uomgjengelig nødvendig for å hindre pasienten i å skade andre, eller for å avverge betydelig skade på bygninger, inventar eller andre ting. Tiltaket kan bare benyttes overfor pasienter innlagt etter § 5-5 og bare når lempeligere midler har vist seg å være åpenbart forgjeves eller utilstrekkelige.

For pasienter under 16 år er det ikke adgang til å benytte nattelåsing.

Tiltak etter første ledd kan bare benyttes etter vedtak av den vedtaksansvarlige, dersom ikke annet er fastsatt i forskrift. Vedtaket skal nedtegnes uten opphold. Vedtaket kan påklages til tvangsbegrensningsnemnda av pasienten eller hans eller hennes nærmeste pårørende.

Pasient som underkastes tiltak etter første ledd, skal ha forsvarlig tilsyn av pleiepersonale.

Departementet kan i forskrift fastsette nærmere bestemmelser om nattelåsing av pasientrom.

§ 15-8 Krav om politiattest

Regional sikkerhetsavdeling skal kreve framleggelse av ordinær politiattest som nevnt i politiregisterloven § 40, av den som utfører eller skal utføre arbeid ved avdelingen.

Den som utfører eller skal utføre arbeid ved enhet med særlig høyt sikkerhetsnivå, skal i tillegg legge fram utvidet politiattest i samsvar med politiregisterloven § 41.

Politiattesten skal ikke være eldre enn tre måneder.

Fornytt vandelskontroll kan foretas i samsvar med politiregisterloven § 43.

Den som har anmerkning på politiattesten kan ikke tilsettes ved, overføres til eller arbeide ved regionale sikkerhetsavdelinger eller enhet med særlig høyt sikkerhetsnivå, dersom anmerkningen kan skape tvil om vedkommende er egnet for arbeidet.

Departementet kan i forskrift fastsette utfyllende bestemmelser.

III Særskilte sikkerhetstiltak i enhet med særlig høyt sikkerhetsnivå

§ 15-9 Vedtak om overføring til enhet for særlig høyt sikkerhetsnivå

I særskilte tilfelle hvor det er særlig risiko for rømning, gisseltaking, alvorlig voldelig atferd eller angrep mot pasienten selv, medpasienter eller personell, kan den vedtaksansvarlige vedta at pasienten skal overføres til enhet med særlig høyt sikkerhetsnivå. I vurderingen skal det både legges vekt på sannsynligheten for en uønsket hendelse og konsekvensene av en slik hendelse, samt om en overføring står i rimelig forhold til hva som er nødvendig for å ivareta sikkerheten.

Vedtaksansvarlig skal innhente politiets vurdering av sikkerheten før vedtak om overføring treffes og før pasienten tilbakeføres fra enhet for særlig høyt sikkerhetsnivå til et lavere sikkerhetsnivå.

Vedtak om overføring skal nedtegnes uten opphold og begrunnes og kan bare treffes for inntil 6 måneder om gangen.

Pasienten eller hans eller hennes nærmeste pårørende kan påklage vedtaket til tvangsbegrensningsnemnda. Klageretten gjelder også vedtak om forlengelse.

Vedtak om overføring kan settes i verk uten hinder av at vedtaket er påklaget til tvangsbegrensningsnemnda.

Departementet kan i forskrift fastsette nærmere bestemmelser om vilkårene for overføring til enhet med særlig høyt sikkerhetsnivå og gjennomføringen av sikkerhetstiltak etter §§ 15-11 til 15-14.

§ 15-10 Samvær med andre pasienter

Pasienter i enhet med særlig høyt sikkerhetsnivå skal holdes adskilt fra pasienter i enheter med lavere sikkerhetsnivå.

Dersom oppholdet innebærer at pasienten holdes helt eller delvis adskilt fra medpasienter og fra personell som ikke deltar i undersøkelse eller behandling av og omsorg for pasienten, skal dette kompenseres med kontakt med personell og andre aktivitetstilbud.

Adskillelse som nevnt i annet ledd må stå i rimelig forhold til hva som er nødvendig for å ivareta sikkerheten.

§ 15-11 Undersøkelse av pasientens kropp, rom og eiendeler

I enhet med særlig høyt sikkerhetsnivå skal undersøkelse av pasientens kropp og eiendeler som pasienten bringer med seg, alltid foretas ved overføring, samt før og etter utgang.

Når det er grunn til mistanke om at farlige gjenstander, rusmidler, legemidler, skadelige stoffer eller rømningshjelpemidler, herunder mobiltelefon eller andre kommunikasjonsmidler, er tilgjengelig i eller vil bli forsøkt innført i institusjonen, skal det foretas nødvendige undersøkelser av pasientens kropp, rom og eiendeler.

§ 15-12 Politiets utlevering av opplysninger om den som ønsker tilgang til enhet med særlig høyt sikkerhetsnivå

Den som skal utføre arbeid ved enhet med særlig høyt sikkerhetsnivå er underlagt vandelskontroll etter § 15-8.

Regional sikkerhetsavdeling skal innhente uttalelse fra politiet om andre som ønsker tilgang til enhet med særlig høyt sikkerhetsnivå, med unntak av diplomater og konsulære representanter og offentlig myndighetsperson som i lov er tillagt et særskilt ansvar for å føre tilsyn og kontroll etter tvangsbegrensningsloven.

Etter anmodning fra regional sikkerhetsavdeling, skal politiet gi opplysninger om vedkommende er siktet, tiltalt eller ilagt straff for lovbrudd med en strafferamme på fengsel i mer enn ett år, med mindre dette kan skade arbeidet med kriminalitetsbekjempelse.

Politiet kan gi tilsvarende opplysninger om straffbare forhold som er blitt utlevert av en annen stats politi- eller justismyndighet.

Den som etter politiets opplysninger er siktet, tiltalt eller ilagt straff for lovbrudd med en strafferamme på fengsel i mer enn ett år, skal nektes adgang, med mindre anmerkningen gjelder forhold som åpenbart ikke har noen relevans for sikkerhetsvurderingen.

Departementet kan i forskrift fastsette utfyllende bestemmelser.

§ 15-13 *Undersøkelse av mennesker og gjenstander*

Enhver som skal inn og ut av enhet med særlig høyt sikkerhetsnivå skal kontrolleres ved passering av metalldetektor og visiteres ved behov.

Det er ikke tillatt å ta med gjenstander, herunder mobiltelefon eller andre kommunikasjonsmidler, inn og ut av enheten uten tillatelse fra kontrollerende personell.

Undersøkelse av gjenstander tilhørende offentlig myndighetsrepresentant, diplomatisk eller konsulær representant, advokat og den som opptrer på vegne av pasienten i klagesak, må ikke medføre at konfidensielt innhold i brev eller dokumenter avsløres eller ødelegges.

Nektelse av kontrolltiltak, unndragelse eller forsøk på unndragelse fra kontrolltiltak, skal medføre avvisning.

§ 15-14 *Forbindelse med omverdenen*

Opphold i enhet for særlig høyt sikkerhetsnivå innebærer følgende innskrenkninger i pasientens forbindelse med omverdenen:

- a) besøk skal alltid foregå med personell til stede eller med glassvegg som skiller pasient og besøkende
- b) bruk av elektroniske kommunikasjonsmidler skal forhåndsgodkjennes, skal overvåkes og kan avbrytes
- c) post skal åpnes og kontrolleres og kan helt eller delvis inndras
- d) godkjent tolk oversetter kommunikasjon, dersom denne er på et annet språk enn det personellet behersker.

Innskrenkninger som nevnt i første ledd gjelder ikke retten til å kommunisere med offentlig myndighetsrepresentant, diplomatisk eller konsulær representant, pasientens advokat, den som opptrer på vegne av pasienten i klagesak og prest eller tilsvarende sjelesørger.

Vedtak om telefonavlytting og vedtak om inndragelse av post skal nedtegnes uten opphold og begrunnes. Pasienten eller hans eller hennes nærmeste pårørende kan påklage vedtaket til tvangsbegrensningsnemnda.

§ 15-15 *Avvik eller lettelser i sikkerhetstiltakene*

Vedtaksansvarlig kan unntaksvis beslutte lettelser i tiltak som reguleres i §§ 15-11 til 15-14. Utover dette er bestemmelsene i kapittel 15 om sikkerhetstiltak i enhet med særlig høyt sikkerhetsnivå ufravikelige.

Kapittel 16 Dom på overføring til tvungent psykisk helsevern

§ 16-1 *Hva tvungent psykisk helsevern kan omfatte*

Tvungent psykisk helsevern kan gis ved døgnopphold i institusjon som er godkjent for disse formålene. Den domfelte kan holdes tilbake mot sin vilje og hentes tilbake ved unnvikelse, om nødvendig med tvang.

Tvungent psykisk helsevern kan også skje uten døgnopphold i institusjon hvor dette er et bedre alternativ for den domfelte. Ved vurderingen skal det også tas tilbørlig hensyn til pårørende som den domfelte bor sammen med. Tvungent psykisk helsevern kan da bare omfatte pålegg overfor den domfelte om frammøte til undersøkelse eller behandling. Den domfelte kan om nødvendig avhentes. Dersom det er nødvendig kan avhentingene gjennomføres med tvang.

Tvungent psykisk helsevern uten døgnopphold kan bare skje under ansvar av en institusjon som er godkjent for den aktuelle behandlingsformen.

Kongen kan forskrift gi nærmere bestemmelser om tvungen observasjon og tvungent psykisk helsevern med og uten døgnopphold i institusjon.

§ 16-2 Forholdet til de øvrige bestemmelsene i loven her

Ved dom på overføring til tvungent psykisk helsevern etter straffeloven § 62 gjelder bestemmelsene i loven her så langt de passer, med unntak av kapittel 5.

Straffeloven § 65 gir regler om opphør av reaksjonen.

§ 16-3 Vedtak om behandlingsansvaret

Det regionale helseforetaket i domfeltes bostedsregion avgjør hvilken institusjon som skal ha behandlingsansvaret for den domfelte. Kongen kan ved forskrift overføre kompetansen etter denne bestemmelsen til en annen myndighet.

Det regionale helseforetaket har ansvaret for at det tvungne psykiske helsevernet settes i verk umiddelbart etter at dommen er rettskraftig.

§ 16-4 Nasjonal koordineringsenhet

Nasjonal koordineringsenhet for dom til tvungent psykisk helsevern skal:

- a) utarbeide og oppdatere retningslinjer for å sikre nødvendig samhandling og oppfølging mellom helse- og omsorgstjenesten og justissektoren
- b) veilede helseforetakene ved valg av behandlingssted og
- c) føre oversikt som beskrevet i § 16-5.

§ 16-5 Nasjonal administrativ oversikt over tiltalte og domfelte til tvungent psykisk helsevern

Det skal etableres en nasjonal oversikt over tiltalte og domfelte til tvungent psykisk helsevern. Opplysningene kan registreres og på annen måte behandles uten samtykke fra den registrerte. Formålet med oversikten er å

- a) gi helse- og omsorgstjenesten nødvendig informasjon for å kunne planlegge tjenestetilbudet til de domfelte
- b) gi nødvendige opplysninger om de tiltalte og domfelte, slik at helse- og omsorgstjenesten og justissektoren kan ivareta sine lovpålagte plikter, herunder ansvaret for samfunnsvernet og
- c) gi koordineringsenheten nødvendig informasjon om tiltalte og domfelte for bedre å sikre nødvendig samhandling mellom helse- og omsorgstjenesten og justissektoren.

Det skal bare registreres opplysninger som er nødvendige og relevante for å oppfylle formålet.

Departementet kan i forskrift fastsette nærmere bestemmelser om den nasjonale oversikten, herunder om opprettelsen, behandlingsansvaret og hvilke opplysninger som skal registreres.

§ 16-6 Gjennomføring

Den som er overført til tvungent psykisk helsevern, skal de første tre ukene ha døgnopphold i en institusjon. Den vedtaksansvarlige bør i denne perioden rådføre seg med de rettspsykiatriske sakkyndige som har observert den domfelte.

Den vedtaksansvarlige bestemmer deretter hvordan det tvungne psykiske helsevernet til enhver tid skal gjennomføres. Ved avgjørelsen skal det legges vekt på hensynet til behandling av den domfelte og på behovet for å beskytte samfunnet mot faren for nye lovbrudd. Dersom den domfelte er dømt etter Almindelig borgerlig Straffelov 22. mai 1902 nr. 10 § 39 nr. 1 eller 2 eller straffeloven § 62 første ledd første punktum, skal det legges særlig vekt på behovet for samfunnsbeskyttelse.

§ 16-7 Klage til tvangsbegrensningsnemnda

Etter at tre ukers døgnopphold i institusjon etter § 16-6 er gjennomført, kan alle vedtak om overføring til opphold i eller til andre tiltak under ansvar av institusjon som nevnt i § 16-1, påklages til tvangsbegrensningsnemnda. Tvangsbegrensningsnemnda prøver om vedtaket ut fra hensynet til den domfelte, plasseringsalternativer og forholdene ellers fremstår som urimelig. Vedtakene meddeles de klageberettigede, som er den domfelte selv, hans eller hennes nærmeste pårørende samt påtalemyndigheten.

Vedtak om overføring fra døgnopphold i en institusjon til psykisk helsevern uten døgnopphold eller til døgnopphold i en annen institusjon, settes ikke i verk før klagefristen er ute eller det er klart at vedtaket ikke vil bli påklaget. Vedtaket gjennomføres ikke før klagesaken er avgjort, med mindre den domfeltes tilstand gjør det uomgjengelig nødvendig at overføring skjer raskt.

§ 16-8 Begjæring om endring i gjennomføringen

De klageberettigede etter § 16-7 kan begjære slike endringer i gjennomføringen som er nevnt der. Er det tidligere gitt avslag på en slik begjæring etter klage til tvangsbegrensningsnemnda, kan ingen av de klageberettigede sette fram ny klage på grunnlag av de samme faktiske omstendigheter før seks måneder etter at det forrige vedtaket var endelig.

§ 16-9 Overføring til anstalt under kriminalomsorgen

Etter begjæring fra den vedtaksansvarlige, jf. § 16-6, kan retten bestemme at den domfelte skal overføres fra tvungent psykisk helsevern til anstalt under kriminalomsorgen, når særlige grunner taler for det. Overføring kan bare skje når den domfeltes sinnstilstand ikke lenger er som beskrevet i straffeloven § 20 første ledd bokstav b og d. Vilkåret om gjentakelsesfare i straffeloven § 62 annet og tredje ledd må fortsatt være oppfylt.

Påtalemyndigheten fremmer saken for tingrett, som avgjør den ved dom. Behandlingen av saken skal påskyndes.

Finner retten at vilkåret om gjentakelsesfare i straffeloven § 62 annet og tredje ledd ikke er oppfylt, skal reaksjonen opphøre, jf. straffeloven § 65.

§ 16-10 Opplysninger til påtalemyndigheten og retten

Uten hinder av lovbestemt taushetsplikt skal den vedtaksansvarlige gi påtalemyndigheten og retten de opplysninger som er nødvendige for å vurdere om tvungent psykisk helsevern skal opprettholdes, jf. straffeloven § 65, og om besøksforbud bør nedlegges, jf. straffeprosessloven § 222 a.

Den domfelte skal informeres, om mulig på forhånd, om hvilke opplysninger som gis etter første ledd.

§ 16-11 Opplysninger til nasjonal koordineringsenhet

Den vedtaksansvarlige og påtalemyndigheten skal uten hinder av taushetsplikt gi koordineringsenheten opplysninger som skal registreres i henhold til § 16-5.

Den tiltalte eller domfelte skal informeres, om mulig på forhånd, om hvilke opplysninger som gis etter første ledd.

§ 16-12 Varsel til fornærmede og etterlatte

Dersom det er av betydning for fornærmede i straffesaken eller dennes etterlatte, skal den vedtaksansvarlige gi fornærmede eller etterlatte informasjon om vedtak som nevnt i §§ 16-3 og 16-7. Varslingsplikten omfatter også informasjon om overføring mellom ulike sikkerhetsnivåer innen samme institusjon. Dersom det er av særlig betydning for fornærmede eller etterlatte, skal den vedtaksansvarlige også varsle om tidspunkt for enkeltpermisjoner.

Dersom det er av betydning for fornærmede i straffesaken eller dennes etterlatte å få kjennskap til at domfelte unndrar seg gjennomføring av dom på overføring til tvungent psykisk helsevern, skal den vedtaksansvarlige så snart som mulig varsle fornærmede eller dennes etterlatte om unndragelsen.

Dersom det er av betydning for fornærmede i straffesaken eller dennes etterlatte å få kjennskap til tidspunktet for opphør av dom på tvungent psykisk helsevern, skal den vedtaksansvarlige varsle fornærmede eller dennes etterlatte på forhånd.

Lovbestemt taushetsplikt er ikke til hinder for at den vedtaksansvarlige gir opplysninger etter første til tredje ledd til den fornærmede eller dennes etterlatte. Lovbestemt taushetsplikt er heller ikke til hinder for at den vedtaksansvarlige og påtalemyndigheten utveksler nødvendige opplysninger av betydning for varsling etter første til tredje ledd.

Bestemmelsene i første til tredje ledd gjelder bare så langt fornærmede eller dennes etterlatte ønsker slik varsling, og så langt hensynet til domfeltes sikkerhet blir tilstrekkelig ivarettatt.

Domfelte, fornærmede og dennes etterlatte kan påklage vedtak om varsling etter første og tredje ledd til fylkesmannen.

Departementet kan i forskrift fastsette nærmere bestemmelser om varslingsplikten etter første til fjerde ledd.

§ 16-13 Opphør av reaksjonen og prøveløslatelse der domfelte er overført til anstalt under kriminalomsorgen

Er den domfelte overført til anstalt under kriminalomsorgen i medhold av § 16-9, gjelder reglene i straffeloven § 65 om opphør av reaksjonen så langt de passer. I stedet for opphør kan retten i slike tilfeller beslutte prøveløslatelse etter reglene i straffeloven §§ 44 og 45.

§ 16-14 *Tilbakeføring til tvungent psykisk helsevern fra anstalt under kriminalomsorgen*

Dersom den domfeltes sinnstilstand etter overføring til kriminalomsorgen igjen blir som beskrevet i straffeloven § 20 første ledd bokstav b og d, skal den domfelte tilbakeføres til tvungent psykisk helsevern.

Ved uenighet om vilkåret for tilbakeføring er oppfylt, bringes saken inn for Helsedirektoratet for avgjørelse.

§ 16-15 *Forskrifter*

Kongen kan i forskrift fastsette nærmere bestemmelser om gjennomføringen av dom på overføring til tvungent psykisk helsevern etter dette kapitlet.

Kapittel 17 Ikraftttredelse, overgangsbestemmelser og endringer i andre lover

§ 17-1 *Ikraftttredelse*

Loven trer i kraft fra det tidspunktet Kongen bestemmer. Kongen kan sette de enkelte bestemmelsene i loven i kraft til forskjellig tid.

§ 17-2 *Endringer i andre lover*

Fra det tidspunktet loven trer i kraft, oppheves lov 2. juli 1999 nr. 62 om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern.

Fra samme tidspunkt gjøres følgende endringer i andre lover:

1. I lov 13. juni 1980 nr. 35 om fri rettshjelp gjøres følgende endringer:

§ 11 nr. 8 oppheves

§ 17 tredje ledd nr. 1 skal lyde:

1. I saker som skal behandles i tvangsbegrensningsnemnda etter tvangsbegrensningsloven § 13-7.

§ 17 tredje ledd nr. 3 oppheves

§ 17 tredje ledd nr. 4 blir ny nr. 3

2. I lov 2. juli 1999 nr. 61 om spesialisthelsetjenesten m.m. gjøres følgende endringer:

§ 2-1 a første ledd nr. 5 skal lyde:

tverrfaglig spesialisert behandling for rusmiddelavhengighet, herunder institusjonsplasser som kan ta imot rusmiddelavhengige med hjemmel i *tvangsbegrensningsloven* §§ 5-2, 5-3, 5-4 og 5-7.

§ 2-1 a fjerde ledd skal lyde:

De regionale helseforetakene skal peke ut institusjoner i det enkelte helseforetak som kan ta imot rusmiddelavhengige med hjemmel i *tvangsbegrensningsloven* §§ 5-2, 5-3, 5-4 og 5-6.

§ 3-14 oppheves

§ 3-15 tredje punktum skal lyde:

Ved utskrivning etter innleggelse med hjemmel i *tvangsbegrensningsloven* §§ 5-2, 5-3, 5-4 og 5-6 skal kommunen alltid varsles.

3. I lov 2. juli 1999 nr. 63 om pasient- og brukerrettigheter gjøres følgende endringer:

§ 1-3 bokstav b tredje og fjerde punktum skal lyde:

Den som i størst utstrekning har hatt varig og løpende kontakt med pasienten *eller brukeren og som bor sammen med vedkommende, har i sak etter lov om begrensning av tvang i helse- og omsorgstjenesten* tilsvarende rettigheter som den nærmeste pårørende. Dersom det i sak etter tvangsbegrensningsloven foreligger åpenbare interessekonflikter mellom pasient eller bruker og nærmeste pårørende eller den som etter foregående punktum har tilsvarende rettigheter, kan fylkesmannen oppnevne verge som også skal ha rettigheter som nærmeste pårørende der sterke rettssikkerhetsmessige hensyn tilsier det.

§ 3-1 tredje ledd skal lyde:

Dersom pasienten ikke har *beslutningskompetanse*, har pasientens nærmeste pårørende rett til å medvirke sammen med pasienten.

Tittelen på kapittel 4 skal lyde:

Samtykke til *helse- og omsorgstjenester*

§ 4-1 skal lyde:

Helse- og omsorgstjenester kan bare gis med pasientens *eller brukerens* samtykke, med mindre det foreligger lovhjemmel eller annet gyldig rettsgrunnlag for å gi *tjenestene* uten samtykke. For at samtykket skal være gyldig, må pasienten *eller brukeren* ha fått nødvendig informasjon om sin helsetilstand og innholdet i *helse- og omsorgstjenestene*.

Pasienten *eller brukeren* kan trekke sitt samtykke tilbake. Trekker pasienten *eller brukeren* samtykket tilbake, skal den som yter *helse- og omsorgstjenestene* gi nødvendig informasjon om betydningen av at *helse- og omsorgstjenestene* ikke gis.

§ 4-2 skal lyde:

Samtykke kan gis uttrykkelig eller stilltiende. Stilltiende samtykke anses å foreligge dersom det ut fra pasientens *eller brukerens* handlemåte og omstendighetene for øvrig er sannsynlig at hun eller han godtar *helse- og omsorgstjenestene*.

Departementet kan gi forskrifter om krav til skriftlighet eller andre formkrav ved visse former for *helse- og omsorgstjenester*.

§ 4-3 skal lyde:

§ 4-3 *Hvem som har beslutningskompetanse*

Rett til å treffe beslutning om *helse- og omsorgstjenester* har

- a) personer over 18 år, med mindre annet følger av § 4-7 eller annen særlig lovbestemmelse
- b) personer mellom 16 og 18 år, med mindre annet følger av særlig lovbestemmelse eller av tiltakets art
- c) personer mellom 12 og 16 år, når det gjelder helsehjelp for forhold som foreldrene eller andre som har foreldreansvaret, ikke er informert om, jf. 3-4 annet eller tredje ledd, eller det følger av tiltakets art.

Beslutningskompetansen kan bortfalle helt eller delvis dersom personen åpenbart ikke er i stand til å forstå hva *beslutningen* gjelder, herunder konsekvensene.

Den som yter *helse- og omsorgstjenester* avgjør om *personen* mangler kompetanse til å *treffe beslutning* etter annet ledd. *Personellet* skal ut fra *personens* alder, psykiske tilstand, modenhet og erfaringsbakgrunn legge forholdene best mulig til rette for at *personen* selv kan *treffe beslutning om helse- og omsorgstjenester*, jf. § 3-5.

Avgjørelse som gjelder manglende *beslutningskompetanse*, skal være begrunnet og skriftlig, og om mulig straks legges fram for *personen* og dennes nærmeste pårørende. Mangler *personen* nærmeste pårørende, skal *beslutningen* legges fram for annet kvalifisert helsepersonell.

Når det følger av § 3-4 tredje ledd at informasjon ikke skal gis til foreldrene eller andre som har foreldreansvaret og *personen* er under 12 år, kan den som yter helsehjelp, ta avgjørelse om helsehjelp som er strengt nødvendig, og som ikke er inngripende med hensyn til omfang og varighet. En slik avgjørelse kan bare tas i en begrenset periode frem til det kan innhentes samtykke.

§ 4-4 skal lyde:

§ 4-4 Samtykke på vegne av barn

Foreldrene eller andre som har foreldreansvaret har rett til å samtykke til *helse- og omsorgstjenester* for pasienter og brukere under 16 år. Dette gjelder likevel ikke for pasienter og brukere mellom 12 og 16 år som kan *treffe beslutning* etter § 4-3 første ledd bokstav c.

Det er tilstrekkelig at en av foreldrene, eller andre som har foreldreansvaret, samtykker til *helse- og omsorgstjenester* som regnes som del av den daglige og ordinære omsorgen for barnet, jf. barnelova §§ 37 og 42 andre ledd. For en forelder gjelder dette uavhengig av om vedkommende har foreldreansvaret for barnet. Ved vaksinasjon etter barnevaksinasjonsprogrammet må likevel den som skal samtykke, ha foreldreansvaret for barnet.

Det er tilstrekkelig at en av foreldrene, eller andre som har foreldreansvaret, samtykker til *helse- og omsorgstjenester* som kvalifisert helsepersonell mener er nødvendig for at barnet ikke skal ta skade. Før *slike helse- og omsorgstjenester* gis, skal begge foreldrene, eller andre som har foreldreansvaret, så langt som mulig få si sin mening. En beslutning om *slike helse- og omsorgstjenester* kan påklages til fylkesmannen etter kapittel 7. Fylkesmannen kan vedta at *helse- og omsorgstjenestene* skal avsluttes inntil det er fattet vedtak på grunnlag av klage fra den andre forelder eller andre som har foreldreansvaret.

Har barneverntjenesten overtatt omsorgen for et barn under 16 år etter barnevernloven § 4-6 andre ledd, § 4-8 eller § 4-12, har barneverntjenesten rett til å samtykke til *helse- og omsorgstjenester*.

Når barnet er fylt 7 år, og når et yngre barn er i stand til å danne seg egne synspunkter på det samtykket dreier seg om, skal foreldrene, andre som har foreldreansvaret eller barneverntjenesten gi barnet informasjon og anledning til å si sin mening før de avgjør spørsmål om å samtykke til *helse- og omsorgstjenester*. Det skal legges vekt på hva barnet mener, i samsvar med barnets alder og modenhet. Er barnet fylt 12 år, skal det legges stor vekt på hva barnet mener.

§ 4-6 oppheves

§ 4-6 a oppheves

§ 4-7 oppheves

Kapittel 4 A oppheves

§ 6-5 andre punktum oppheves

§ 7-2 sjette ledd første punktum skal lyde:

Pasientens eller brukerens representant etter første og annet ledd er den som har fullmakt til å klage på pasientens eller brukerens vegne, eller som har beslutningskompetanse etter kapittel 4.

§ 7-4 første ledd andre punktum skal lyde:

Tilsvarende rett gjelder for nærmeste pårørende til avdød pasient eller bruker eller for nærmeste pårørende til pasient eller bruker over 18 år som mangler beslutningskompetanse.

4. I lov 24. juni 2011 nr. 30 om kommunale helse- og omsorgstjenester m.m. gjøres følgende endringer:

Kapittel 9 oppheves

Kapittel 10 oppheves

5. Andre lover

Følgende bestemmelser må vurderes endret som følge av forslaget om å endre begrepet «samtykkekompetanse» til «beslutningskompetanse» i pasient- og brukerrettighetsloven:

- lov 21. februar 2003 nr. 12 om behandlingsbiobanker § 11 andre ledd,
- lov 27. juni 2003 nr. 64 om alternativ behandling av sykdom mv. § 7 tredje ledd,
- lov 5. desember 2003 nr. 100 om humanmedisinsk bruk av bioteknologi m.m. § 2-16 tredje ledd,
- lov 20. juni 2008 nr. 44 om medisinsk og helsefaglig forskning §§ 17 til 19,
- lov 20. juni 2014 nr. 42 om behandling av helseopplysninger ved ytelse av helsehjelp § 17 andre ledd,
- lov 20. juni 2014 nr. 43 om helseregistre og behandling av helseopplysninger § 15 og
- Lov 7. mai 2015 nr. 25 om transplantasjon av organ, celler og vev § 7.

I tillegg viser utvalget til behov for tekniske endringer i andre bestemmelser som følge av ny tvangsbegrensningslov og oppheving av gjeldende bestemmelser om bruk av tvang i helse- og omsorgstjenesten. Dette gjelder blant annet pasient- og brukerrettighetsloven § 2-4 tredje ledd og § 2-5. Utvalget forutsetter at departementet følger opp dette.

Kilder og litteratur

Lover

Lover om fattigvesenet av 20. september 1845 (separate lover for kjøpstedene og landet)

Lov 7. juli 1922 nr. 8 om Reitgjerdet asyl [Opphevet]

Lover om fattigvesenet av 20. september 1845 (separate lover for kjøpstedene og landet)

Lov 17. august 1848 om Sindssyges Behandling og Forpleining [Opphevet]

Lov 30. april 1898 nr. 2 om Kriminalasylet

Lov 28. november 1898 nr. 14 om Umyndiggjørelse

Lov 31. mai 1900 nr. 5 om Løsgjænger, Betleri og Drukkenskap

Lov 27. februar 1930 nr. 2 om Jan Mayen

Lov 26. februar 1932 nr. 1 om Edruskapsvern

Lov 28. april 1961 om psykisk helsevern

Lov 13. desember 1991 nr. 81 om sosiale tjenester m.v. (sosialtjenesteloven)

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

Lov 2. juli 1999 nr. 61 om spesialisthelsetjenesten m.m. (spesialisthelsetjenesteloven)

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

Lov 2. juli 1999 nr. 63 om pasientrettigheter (pasientrettighetsloven)

Lov 21. februar 2003 nr. 12 om behandlingsbiobanker (behandlingsbiobankloven)

Lov 27. juni 2003 nr. 64 om alternativ behandling av sykdom mv. (alternativ behandlingsloven)

Lov 5. desember 2003 nr. 100 om humanmedisinsk bruk av bioteknologi m.m. (bioteknologiloven)

Lov 19. desember 2003 nr. 134 om endringer i lov om sosiale tjenester m.v. og lov om helse-tjenesten i kommunene (rettssikkerhet ved bruk av tvang og makt overfor enkelte personer med psykisk utviklingshemning)

lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile saker (tvisteloven)

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

Lov 30. juni 2006 nr. 45 om endringer i psykisk helsevernloven og pasientrettighetsloven mv.

Lov 22. desember 2006 nr. 99 om endringer i pasientrettslova og biobanklova (helsehjelp og forskning – personar utan samtykkekompetanse)

Lov 20. juni 2008 nr. 44 om medisinsk og helsefaglig forskning (helseforskningsloven)

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

Lov 24. juni 2011 nr. 30 om kommunale helse- og omsorgstjenester m.m.

Lov 20. juni 2014 nr. 42 om behandling av helseopplysninger ved ytelse av helsehjelp (pasientjournalloven)

Lov 20. juni 2014 nr. 43 om helseregistre og behandling av helseopplysninger (helseregisterloven)

Lov 7. mai 2015 nr. 25 om donasjon og transplantasjon av organ, celler og vev (transplantasjonslova)

Lov 17. juli 1992 nr. 100 om barneverntjenester (barnevernloven)

Lov 10. februar 2017 nr. 50 om endringer i psykisk helsevernloven mv. (økt selvbestemmelse og rettssikkerhet)

Lov 13. juni 1980 nr. 35 Lov om fri rettshjelp (rettshjelploven)

Forskrifter

Forskrifter av 3. juni 1977 om begrenset adgang til bruk av tvangsmidler og forbud mot korporelig refselse innen psykisk helsevern, helsevernet for psykisk utviklingshemmede og helsevernet for epileptikere

Forskrift 21. september 1984 nr. 1677 om begrenset adgang til tvangsbehandling

Forskrift 1. desember 2000 nr. 1208 om prioritering av helsetjenester, rett til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten, rett til behandling i utlandet og om klagenemnd (prioriteringsforskriften)

Forskrift 17. februar 2006 nr. 204 om pseudonymt register for individbasert helse- og omsorgsstatistikk §§ 2-1 og 1-8

Forskrift 10. juni 2008 nr. 580 om krav til kvalitet og internkontroll i barneverninstitusjoner (Forskrift om internkontroll i institusjoner)

Forskrift 15. november 2011 nr. 1103 om rettigheter og bruk av tvang under opphold i barneverninstitusjon (rettighetsforskriften)

Forskrift 16. desember 2011 nr. 1256 om habilitering og rehabilitering, individuell plan og koordinator

Forskrift 16. desember 2011 nr. 1258 om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern m.m.

Forskrift 21. juni 2013 nr. 732 om universell utforming av informasjons- og kommunikasjons-teknologiske (IKT)-løsninger

Forskrift 22. juni 2015 nr. 747 om anvendelse av helselover og -forskrifter for Svalbard og Jan Mayen (Forskrift om helselovgivning for Svalbard og Jan Mayen)

Forskrift 26. august 2016 nr. 1003 om rettigheter og bruk av tvang under opphold i institusjon for behandling, omsorg og rehabilitering av personer med rusmiddelproblemer (Forskrift om rettigheter og tvang i rusinstitusjon)

Annet regelverk

NOU-er

NOU 1973: 25 Omsorg for psykisk utviklingshemmede. Målsetting og retningslinjer

NOU 1983: 5 Asylsuvereniteten

NOU 1985: 18 Lov om sosiale tjenester m.v.

NOU 1985: 34 Levekår for psykisk utviklingshemmede

NOU 1988: 8 Lov om psykisk helsevern uten eget samtykke

NOU 1991: 20 Rettssikkerhet for mennesker med psykisk utviklingshemming

NOU 2002: 4 Ny straffelov – Straffelovkommisjonens delutredning VII

NOU 2009: 8 Kompetanseutvikling i barnevernet

NOU 2010: 3 Drap i Norge i perioden 2004–2009

NOU 2011: 9 Økt selvbestemmelse og rettssikkerhet — Balansegangen mellom selvbestemmelsesrett og omsorgsansvar i psykisk helsevern (Paulsrudutvalget)

NOU 2014: 10 Skyldene, sakkyndighet og samfunnsvern

NOU 2015: 11 Med åpne kort – Forebygging og oppfølging av alvorlige hendelser i helse- og omsorgstjenestene (Arianson-utvalget)

NOU 2016: 16 Ny barnevernslov — Sikring av barnets rett til omsorg og beskyttelse

NOU 2016: 17 På lik linje — Åtte løft for å realisere grunnleggende rettigheter for personer med utviklingshemming

NOU 2017: 16 På liv og død — Palliasjon til alvorlig syke og døende

Proposisjoner

Ot.prp. nr. 60 (1988–89) Om lov om sosiale tjenester mv.

Ot.prp. nr. 29 (1990–91) Om lov om sosiale tjenester m.v. (sosialloven)

Ot.prp. nr. 44 (1991–92) Om lov om barneverntjenester (barnevernloven)

Ot.prp. nr. 57 (1995–96) Om lov om endringer i sosialtjenesteloven og kommunehelsetjenesteloven (begrensning og kontroll med bruk av tvang og makt m.v. overfor enkelte personer med psykisk utviklingshemming – tilleggsproposisjon til Ot.prp.nr. 58 (1994–95))

Ot.prp. nr. 58 (1994–95) Om lov om endringer i sosialtjenesteloven og kommunehelsetjenesteloven. (bruk av tvang og makt m.v overfor personer med psykisk utviklingshemming)

Ot.prp. nr. 82 (1997–98) Om lov om husleieavtaler (husleieloven)

Ot.prp. nr. 10 (1998–99) Om lov om spesialisthelsetjenesten m. m.

Ot.prp. nr. 11 (1998–99) Om lov om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern (psykiatriloven)

Ot.prp. nr. 12 (1998–99) Lov om pasientrettigheter (pasientrettighetsloven)

Ot.prp. nr. 13 (1998–99) Om lov om helsepersonell m v (helsepersonelloven)

Ot.prp. nr. 29 (1990–91) Om lov om sosiale tjenester mv. (sosialloven)

Ot.prp. nr. 62 (2000–2001) Om lov om endringer i lov 13. desember 1991 nr. 81 om sosiale tjenester m. v. (endring og utvidelse av tilsynet med tjenester i omsorgsboliger og andre hjemmebasert tjenester og forlengelse av virketiden for kapittel 6A)

Ot.prp. nr. 3 (2002–2003) Om lov om endringer i lov 13. desember 1991 nr. 81 om sosiale tjenester m.v. og i enkelte andre lover (statlig overtakelse av deler av fylkeskommunens ansvar for tiltak for rusmiddelmisbrukere)

Ot.prp. nr. 9 (2002–2003) Om lov om endringer i lov 17. juli 1992 nr. 100 om barneverntjenester (barnevernloven) og lov 19. juni 1997 nr. 62 om familievernkontorer (familievernkontorloven) m.v.

Ot.prp. nr. 45 (2002–2003) Om lov om endring i menneskerettsloven mv. (innarbeiding av barnekonvensjonen i norsk lov)

Ot.prp. nr. 55 (2002–2003) Om lov om endringer i lov om sosiale tjenester m.v. og lov om helsetjenesten i kommunene (rettssikkerhet ved bruk av tvang og makt overfor enkelte personer med psykisk utviklingshemning)

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

Ot.prp. nr. 64 (2005–2006) Om lov om endringer i pasientrettslova og biobanklova (helsehjelp og forskning – personar utan samtykkekompetanse)

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

St.prp. nr. 53 (2005–2006) Om samtykke til ratifikasjon av Europarådets konvensjon av 4. april 1997 om menneskerettigheter og biomedisin

Ot.prp. nr. 104 (2008–2009) Om lov om endringer i barnelova mv. (flytting, delt bosted, samvær, vold mv.)

Ot.prp. nr. 110 (2008–2009) Om lov om vergemål (vergemålsloven)

Ot.prp. nr. 104 (2009–2010) Endringer i arbeidsmiljøloven (midlertidig ansettelse mv.)

Prop. 91 L (2010–2011) Lov om kommunale helse- og omsorgstjenester m.m. (helse- og omsorgstjenesteloven)

Prop. 106 S (2011–2012) Samtykke til ratifikasjon av FN-konvensjonen av 13. desember 2006 om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne

Prop. 106 L (2012–2013) Endringer i barnevernloven

Prop. 40 L (2015–2016) Endringer i psykisk helsevernloven mv. (rettigheter og bruk av tvang på rusfeltet)

Prop. 78 L (2015–2016) Endringer i psykisk helsevernloven (kontroll for å hindre innføring av uønskede gjenstandar)

Prop. 99 L (2015–2016) Endringer i pasient- og brukerrettighetsloven og helse- og omsorgstjenesteloven (rett til opphold i sykehjem eller tilsvarende bolig særskilt tilrettelagt for heldøgns tjenester – kriterier og ventelister)

Prop. 147 L (2015–2016) Endringer i psykisk helsevernloven mv. (økt selvbestemmelse og rettssikkerhet)

Prop. 75 L (2016–2017) Endringer i pasient- og brukarrettslova, helsepersonellova m.m. (styrking av rettsstillinga til barn ved yting av helse- og omsorgstenester m.m.)

Prop. 150 L (2016–2017) Lov om statlig tilsyn med helse- og omsorgstjenesten mv. (helsetilsynsloven)

Prop. 169 L (2016–2017) Endringer i barnevernloven mv. (bedre rettssikkerhet for barn og foreldre)

Innstillinger

Innst. O. nr. 65 (1998–99) Innstilling fra sosialkomiteen om lov om spesialisthelsetjenesten m.m.

Innst. O. nr. 66 (2005–2006) Innstilling fra helse- og omsorgskomiteen om lov om endringer i psykisk helsevernloven og pasientrettighetsloven m.v.

Innst. O. nr. 14 (2003–2004) Innstilling fra sosialkomiteen om lov om endringer i lov om sosiale tjenester m.v. og lov om helsetjenesten i kommunene (rettssikkerhet ved bruk av tvang og makt overfor enkelte personer med psykisk utviklingshemning)

Innst. 203 S (2012–2013) Innstilling fra arbeids- og sosialkomiteen om samtykke til ratifikasjon av FN-konvensjonen av 13. desember 2006 om rettighetene til mennesker med nedsett funksjonsevne

Innst. 186 S (2013–2014) Innstilling fra kontroll- og konstitusjonskomiteen om grunnlovsforslag fra Per-Kristian Foss, Martin Kolberg, Marit Nybakk, Jette F. Christensen, Anders Anundsen, Hallgeir H. Langeland, Per Olaf Lundteigen, Geir Jørgen Bekkevold og Trine Skei Grande om grunnlovfesting av sivile og politiske menneskerettigheter, med unntak av romertall X og romertall XXIV

Stortingsmeldinger

St.meld. nr. 26 (1997–98) Begrensning og kontroll med bruk av tvang i tjenesteyting (Lov om sosiale tjenester m v kapittel 6 A Rettigheter for og begrensning og kontroll med bruk av tvang og makt m v overfor enkelte personer med psykisk utviklingshemning)

Meld. St. 30 (2011–2012) Se meg! – alkohol – narkotika – doping.

Meld. St. 26 (2014–2015) Fremtidens primærhelsetjeneste – nærhet og helhet

Dokumenter

Budsjettinnst. S. nr. 11 (2000–2001) Innstilling fra sosialkomiteen om bevilgninger på statsbudsjettet for 2001 vedkommende Sosial- og helsedepartementet

Dokument 16 (2011–2012) Rapport til Stortingets presidentskap fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven

Dokument 4:1(2015–2016) Sivilombudsmannen. Årsmelding for 2015

Dokument 4:1 (2016–2017) Sivilombudsmannen. Årsmelding for 2016

Dokument 6:1 (2016–2017) Norges nasjonale institusjon for menneskerettigheter. Årsmelding for 2016

Dokument 4:1 (2017–2018) Sivilombudsmannen. Årsmelding for 2017

Dokument 6:1 (2017–2018) Norges nasjonale institusjon for menneskerettigheter. Årsmelding for 2017

Dokument 6 (2018–2019) Norges institusjon for menneskerettigheter. Menneskerettighetene i Norge 2018. Årsmelding for 2018

Offentlige publikasjoner (høringsnotater, rundskriv, retningslinjer, rapporter, uttalelser, brev mv.)

Barne- og likestillingsdepartementet (2019) *Høringsnotatet til ny Barnevernslov*

Barne- og likestillingsdepartementet (2019) *Tildelingsbrevet til Fylkesnemndene for barnevern og sosiale saker*

Barneombudet (2015) *Grenseløs omsorg*

Helsedepartementet (I-8/2003) *Kosmetisk kirurgi- fortolkning av relevant regelverk*

Helsedirektoratet (IS-/2012) *Helsepersonelloven med kommentarer*

Helsedirektoratet (IS-2438) *Rapport om konsekvenser for fosteret/barnet ved bruk av rusmidler/avhengighetsskapende legemidler i svangerskapet*

Helsedirektoratet (IS-5/2013) *Spesialisthelsetjenesteloven med kommentarer*

Helsedirektoratet (IS-8/2015) *Pasient- og brukerrettighetsloven med kommentarer*

Helsedirektoratet (IS-1876) *Gravide i legemiddellassistert rehabilitering – Nasjonal retningslinje for gravide i legemiddellassistert rehabilitering (LAR) og oppfølging av familiene frem til barnet når skolealder*

Helsedirektoratet (IS-1948) *Nasjonal faglig retningslinje for utredning, behandling og oppfølging av personer med samtidig ruslidelse og psykisk lidelse – ROP-lidelser*

Helsedirektoratet (IS-10/2015) *Rettsikkerhet ved bruk av tvang og makt overfor enkelte personer med psykisk utviklingshemming*

Helsedirektoratet (IS-6/2016) *Kontrollkommisjonens saksbehandling. Saksbehandlingsrundskriv for kontrollkommisjonene i det psykiske helsevernet*

Helsedirektoratet (IS-1925) *Nasjonal faglig retningslinje for utgreiing og behandling av bipolare lidinger*

Helsedirektoratet (IS-1957) *Nasjonal faglig retningslinje for utredning, behandling og oppfølging av personer med psykoselidelser*

Helsedirektoratet (IS-1/2017) *Psykisk helsevernloven og psykisk helsevernforskriften med kommentarer*

Helsedirektoratet (IS-2629) *Elektrokonvulsiv behandling (ECT), Nasjonal faglig retningslinje om bruk av elektrokonvulsiv behandling*

Helsedirektoratet (IS-2355) *Veileder om tvangstiltak overfor personer med rusmiddelproblemer etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 10*

Helsedirektoratet (IS-2229) *Veileder for fylkesmannens behandling av klagesaker etter psykisk helsevernloven § 4-4 a jf. § 4-4*

Helsedirektoratet (IS-1370) *Vurdering av behandlingsvilkåret i psykisk helsevernloven, Gjennomgang og forslag til nye tiltak i Tiltaksplan for redusert og kvalitetssikret bruk av tvang i psykisk helsevern*

Helsedirektoratet (IS-2056) *Utkast til forskrift om rettigheter og bruk av tvang under opphold i institusjon for behandling, omsorg og rehabilitering av personer med rusmiddelproblemer*

Helsedirektoratet (IS-2812) *Tvang i psykisk helsevern. Utvikling i perioden 2013–2017*

Helsedirektoratet (IS–2819) *Aktivitetsdata for psykisk helsevern for voksne og tverrfaglig spesialisert rusbehandling 2017*

Helsedirektoratet (IS–2803) *Kontroll av tvangsbruk 2017*

Helsedirektoratet (2008) *Nasjonale retningslinjer for forebygging av selvmord i psykisk helsevern*

Helsedirektoratet (2011) *Tillit, tid, tilgjengelighet – Tett individuell oppfølging av mennesker med behov for sammensatte tjenester*

Helsedirektoratet (2014) *Pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A – vedtakskompetanse ved innleggelse i kommunalt sykehjem. Fortolkningsbrev fra Helsedirektoratet til Fylkesmannen i Aust-Agder, datert 30. juni 2016*

Helsedirektoratet (2016) *Informasjon om ny gjennomføringsforskrift og lovendringer vedrørende rettigheter og bruk av tvang under opphold i rusinstitusjon. Brev til landets fylkesmenn, datert 3. oktober 2016*

Helsedirektoratet (2016a) *Informasjon om ny gjennomføringsforskrift og lovendringer vedrørende rettigheter og bruk av tvang under opphold i rusinstitusjon. Brev til landets fylkesmenn av 3. oktober 2016*

Helsedirektoratet (2016) *Brev til Fylkesmannen i Møre og Romsdal, datert 7. desember 2016*

Helsedirektoratet (2017) *Nasjonal faglig retningslinje for tidlig oppdagelse, utredning og behandling av spiseforstyrrelser*

Helsedirektoratet (2017) *Presiseringer til rundskriv IS-1/2017 Psykisk helsevernloven og psykisk helsevernloven med kommentarer. Brev datert 23. august 2017*

Helsedirektoratet (2018) *Brev til landets kontrollkommisjoner om kontroll med ECT, datert 17. april 2018*

Helsedirektoratet (2019b) *Brev til Fylkesmannen i Rogaland, datert 17. januar 2019*

Helsetilsynet (2010) *Generelle forhold og observasjoner tilsyn med låste dører*

Helsetilsynet (2010b) *Det vil helst gå bra. Oppsummering av landsomfattende tilsyn i 2009 med kommunale sosial- og helsetjenester til barn i barne- og avlastningsboliger*

Helsetilsynet (2012) *Mytar og anekdotar eller realitetar? Barn med tiltak frå barnevernet og tenester frå psykisk helsevern for barn og unge. Ei kunnskapsoppsummering*

- Helsetilsynet (2019) *Barnas hjem. Voksnes ansvar. Oppsummering av landsomfattende tilsyn med barneverninstitusjoner 2018*
- Helse- og omsorgsdepartementet (2009) *Brev til Fylkesmannen i Oslo og Akershus, datert 21. oktober 2009*
- Helse- og omsorgsdepartementet (2019) *Statsbudsjettet 2019. Kapittel 740 Helsedirektoratet – tildeling av bevilgning*
- Justis- og beredskapsdepartementet (2018) *Tolkningsuttalelse fra lovavdelingen, Vergemålsloven §§ 20 og 33 – samtykkekompetanse. Brev 20. mars 2018 til Fylkesmannen i Nordland, Rogaland, Møre og Romsdal, Oslo og Akershus og Statens sivilrettsforvaltning*
- Kongelig resolusjon (2016) *Oppnevning av Tvangslovutvalget*
- Nasjonalt kompetansesenter for psykisk helsearbeid (2017) *Rettighetsinngripende tiltak i kommunale botilbud – en nasjonal kartlegging – en nasjonal kartlegging*
- Norges institusjon for menneskerettigheter (2019) *Temarapport 2019. Eldres menneskerettigheter – Syv utfordringer*
- Nasjonalt kompetansesenter for helsetjenesten (2007) *Skadevirkninger av elektrokonvulsiv behandling (ECT) for stemningslidelser*
- Nasjonalt kunnskapssenter for helsetjenesten (2009) *Effekt og sikkerhet av første- og annengenerasjons antipsykotika ved schizofreni hos voksne. En oversikt over systematiske oversikter Rapport nr. 08-2009. ISBN 978-82-8121-266-4.*
- Politidirektoratet (RPOD-2007-11) *Rundskriv om halsgrep pågripelse/innbringelse og transport av arrestanter mv.*
- Regjeringsadvokaten (2012) *Høringssvar til høring av NOU 2011: 9 Økt selvbestemmelse og rettssikkerhet, datert 10. februar 2012*
- Rådet (2002) *Rådet for vurdering av praksis og rettssikkerhet etter sosialtjenesteloven kapittel 6A. Rapport avgitt 11. juni 2002*
- Sosialdepartementet (2002) *Høringsnotatet til Lov om sosiale tjenester kapittel 4 A. Rettssikkerhet ved bruk av tvang overfor enkelte personer med psykisk utviklingshemning*
- TIPS Sør-Øst (2012) *Veileder for utredning av barn og ungdom med schizofreni og psykosespekterlidelser*
- Fylkesmannen i Oslo og Akershus og Fylkesmannen i Østfold (2016) *Tilsynsrapport etter tilsyn med Unicare Små enheter AS, datert 1. juni 2016*
- Justisdepartementet (2018) *Høringsnotat om endringer i vergemålsloven mv. (personer uten samtykkekompetanse, særskilt forvaltning av midler, klage- og begjæringsrett i saker om vergen mv.)*
- Sosial- og helsedirektoratet (IS-1338) *Evalueringsrapport av kontrollkommisjonene i psykisk helsevern*
- SIFER Sør-Øst (2014) *Bruk av tvangsmidler og vedtak om skjerming i psykisk helsevern i 2012. ISBN 978-82-473-0035-0*
- Sosialdepartementet (I-1077/77) *Veiledning om grensesettende tiltak, herunder bruk av tvang og om forbud mot korporlig refselse, særlig i behandling av barn og unge*

SINTEF (2006) *Akuttpsykiatrisk behandling i Norge: resultater fra en multisenterstudie*. Rapport nr. A310

SINTEF (2011) *Gjennomgang av vedtak etter sosialtjenesteloven kapittel 4 A – om bruk av tvang og makt overfor personer med psykisk utviklingshemning*

Sivilombudsmannen (2017a) *Besøksrapport fra Klokkergårdenskollektivet*

Sivilombudsmannen 2018 *Årsmelding for 2018*

Sivilombudsmannen (2018a) *Skjerming i psykisk helsevern – risiko for umenneskelig behandling*

Sivilombudsmanenen (2017/543) *Tvangsmedisinering – særlig om kravet til «stor sannsynlighet» for positiv effekt*

Sivilombudsmannen (2017/3156) *Fylkesmannens vedtak om tvangsmedisinering – krav om «stor sannsynlighet» for vesentlig positiv effekt og enkelte andre vilkår*

Sivilombudsmannen (2018c) *The Norwegian NPM's submission to the UN Committee Against Torture's 63rd session – Information regarding the Norwegian Government's implementation of the Convention*. Brev av 22. mars 2018

Sosial- og helsedirektoratet (IS-1338) *Evalueringsrapport om kontrollkommisjonene i psykisk helsevern*

Statens helsetilsyn (2000) *Schizofreni. Kliniske retningslinjer for utredning og behandling*. Utredningsserie 9–2000

Statens helsetilsyn (2008) *Nødvendig tvang? En gjennomgang av data hos fylkesmennene om bruk av tvang og makt overfor mennesker med psykisk utviklingshemning for perioden 2000–2007*, rapport nr. 7/2008

Statens helsetilsyn (2013) *Oppsummering av landsomfattende tilsyn i 2011 og 2012 med tvungen helsehjelp til pasienter i sykehjem. Tvil om tvang*

Statens helsetilsyn (2011) *Oppsummeringsrapport – Helsetilsynet i fylkenes saksbehandling ved mottak av kopi av vedtak hjemlet i pasientrettighetsloven kap. 4A – 2009–2010*. Internserien 3/201

Statens helsetilsyn (2017) *Årsrapport 2016*

Statens helsetilsyn (2018) *Årsrapport 2017*

Statens helsetilsyn (2019) *Årsrapport 2018*

Statens sivilrettsforvaltning (2018) *Rundskriv om opprettelse av vergemål*, datert 27. februar 2018

Statens sivilrettsforvaltning (2019) *Årsmelding vergemål 2018*

Statens sivilrettsforvaltning (2019a) *«Tolga-saken» – en gjennomgang*

Litteratur (bøker, tidsskrifter, rapporter fra ikke-offentlige organer)

A

Abderhalden C., Needham I., Dassen T., Halfens R., Haug HJ. og Fischer JE. (2008) *Structured risk assessment and violence in acute psychiatric wards: randomised controlled trial*. British Journal of Psychiatry, 193(1), s. 44–50

- Ahlfors UG., Baastrup PC., Dencker SJ., Elgen K., Lingjaerde O., Pedersen V., Schou M. og Aaskoven O. (1981) *Flupenthixol decanoate in recurrent manic-depressive illness. A comparison with lithium*. *Acta Psychiatrica Scandinavica*, vol. 64, s. 226–237
- American Psychiatric Association (2013) *Diagnostic and Statistical Manual of mental disorders, DSM-5*.
- Andersen C., Kolmos A., Andersen K., Sippel V. og Stenager E. (2017) *Applying sensory modulation to mental health inpatient care to reduce seclusion and restraint: A case control study*. *Nordic Journal of Psychiatry*, 71(7), s. 525–528
- Andrassy B.M. (2016). *Feelings Thermometer: An Early Intervention Scale for Seclusion/Restraint Reduction Among Children and Adolescents in Residential Psychiatric Care*. *Journal of Child & Adolescent Psychiatric Nursing*, 29(3), s. 145–147
- Arstein-Kerslake A. og Flynn E. (2016) *The General Comment on Article 12 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities: a roadmap for equality before the law*. *The International Journal of Human Rights*, vol. 20:4, s. 471–490
- Ashcraft L. og Anthony W. (2008) *Eliminating seclusion and restraint in recovery-oriented crisis services*. *Psychiatric Services*, 59(10), s. 1198–1202
- Ayub M., Saeed K., Munshi TA. og Naeem F. (2015) *Clozapine for psychotic disorders in adults with intellectual disabilities*. *Cochrane Database of Systematic Reviews* 2015:9
- Aagaard J., Tuszewski B. og Kolbaek P. (2017) *Does Assertive Community Treatment Reduce the Use of Compulsory Admissions?* *Archives of Psychiatric Nursing*, 31(6), s. 641–646
- Aall, J (2018) *Rettsstat og menneskerettigheter*
- Aasen, H.S. (2000) *Pasientens rett til selvbestemmelse ved medisinsk behandling*, Bergen
- Aasebø W., Halvorsen C. og Staff, S. (2018) *Dialyse i belter – etisk forsvarlig behandling eller overgrep?* *Tidsskriftet for Den norske Legeforening*.

B

- Bagnall AM., Jones L., Ginnelly L., Lewis R., Glanville J., Gilbody S., Davies L., Torgerson D., og Kleijnen J. (2003). *A systematic review of atypical antipsychotic drugs in schizophrenia*. *Health Technology Assessment*, 7 (13), s. 1–93
- Bartlett P., Oliver L. og Oliver T. (2007) *Mental Disability and the European Convention on Human Rights*, Leiden
- Barton SA., Johnson MR., og Price LV. (2009) *Achieving restraint-free on an inpatient behavioral health unit*. *Journal of Psychosocial Nursing and Mental Health Services*, 47(1), s. 34–40
- Barton-Gooden A., Dawkins PE. og Bennett J. (2015). *Physical Restraint Usage at a Teaching Hospital: A Pilot Study*. *Clinical Nursing Research*, 24(1), s. 73–90
- Beauchamp TL. og Childress JF. (2009) *Principles of Biomedical Ethics*, New York/Oxford

- Benneche G. (1977) *I det andre huset. En beretning om myndige og umyndige I vårt omsorgssamfunn*, Oslo
- Bendiksen L.R.L. og Haugli T. (2018) *Sentrale emner i barneretten*, 3. Utgave, Oslo
- Berge K. og Ellingsen KE. (2015) *Selvbestemmelse og bruk av tvang og makt*. En studie på oppdrag fra Barne-, ungdoms- og familiedirektoratet, Nasjonalt kompetansemiljø om utviklingshemming.
- Bernt JF (2001) *Rettsikkerhetsbegrepet og kampen om velferdsstatens verdigrunnlag*, i Juss-buss (red.) Tvers igjennom lov til seier, s. 155–173, Oslo
- Bernt, JF. og Rasmussen Ø. (2010) *Frihagens forvaltningsrett*, bind I, Bergen
- Bernt JF (2018) *Tvangsmedisinering i psykisk helsevern*, I Østenstad BH., Adolphsen C., Naur E. og Aasen, HS., *Selvbestemmelse og tvang i helse- og omsorgstjenesten*, s. 279.
- Biering P. (2010) *Child and adolescent experience of and satisfaction with psychiatric care: a critical review of the research literature*. Journal of Psychiatric and Mental Health Nursing, s. 65–72
- Bjerkan AM., Lilleeng S. og Pedersen P. (2009). *Brukerundersøkelse blant døgnpasienter i psykisk helsevern for voksne*, Trondheim
- Blair EW., Woolley S., Szarek BL., Mucha TF., Dutka O., Schwartz HI., Wisniowski J. og Goethe JW. (2017). *Reduction of Seclusion and Restraint in an Inpatient Psychiatric Setting: A Pilot Study*. Psychiatric Quarterly, 88(1), s. 1–7
- Bola, R. (2006). *Medication-free research in early episode schizophrenia: Evidence of long term harm?* Schizophrenia Bulletin, vol 32 (2), s. 288–296
- Borckardt JJ., Madan A., Grubaugh AL., Danielson CK., Pelic CG., Hardesty SJ., Hanson R., Herbert J., Cooney H., Benson A. og Frueh BC. (2011) *Systematic investigation of initiatives to reduce seclusion and restraint in a state psychiatric hospital*. Psychiatric Services, 62(5), s. 477–483
- Boumans CE., Egger JJ., Bouts RA. og Hutschemaekers GJ. (2015) *Seclusion and the importance of contextual factors: An innovation project revisited*. International Journal of Law & Psychiatry, s. 1–11
- Brecht ML., Anglin MD. og Wang JC. *Treatment effectiveness for legally coerced versus voluntary methadone maintenance clients*. American Journal of Drug and Alcohol Abuse, 1993;19, s. 89–106
- Brecht ML., Anglin MD. og Dylan M. *Coerced treatment for methamphetamine abuse: differential patient characteristics and outcomes*. American Journal of Drug and Alcohol Abuse 2005; 31, s. 337–356
- Bridgett DJ., Valentino K. og Hayden LC. (2012) *The contribution of children's temperamental fear and effortful control to restraint and seclusion during inpatient treatment in a psychiatric hospital*. Child Psychiatry and Human Development, 43(6), s. 821–836

- Broadstock M., Brinson D. og Weston A. (2008) *The effectiveness of compulsory, residential treatment of chronic alcohol or drug addiction in non-offenders*. Health Services Assessment Collaboration
- Browne V., Knott J., Dakis J., Fielding J., Lyle D., Daniel C., Bruce M. og Virtue E. (2011) *Improving the care of mentally ill patients in a tertiary emergency department: development of a psychiatric assessment and planning unit*. Australian Psychiatry, 19(4), s. 350–353
- Bruckner TA., Yoon J., Brown TT. og Adams N. (2010) *Involuntary civil commitments after the implementation of California's Mental Health Services Act*. Psychiatric Services, 61(10), s. 1006–1011
- Brylewski J. og Duggan L. (2004) *Antipsychotic medication versus placebo for people with both schizophrenia and learning disability*. Cochrane Database of Systematic Reviews 2004, issue 4
- Brylewski J. og Duggan L. (2004) *Antipsychotic medication for challenging behaviour in people with learning disability*. Cochrane Database of Systematic Reviews 2004, issue 3
- Burns T., Rugkåsa J., Yeeles K. og Catty J. (2016) *Coercion in mental health: a trial of the effectiveness of community treatment orders and an investigation of informal coercion in community mental health care*. NIHR Journals Library
- Bybel BA. (2013) *Does education of alternative measures decrease the use of physical restraints and seclusion?* Dissertation Abstracts International, Section B: The Sciences and Engineering, 73(9-B(E)).
- Bygdnes AM. og Kristiansen A. (2007) *Psykotrope legemidler til personer med psykisk utviklingshemning*. Tidsskrift for den Norske Legeforening, s. 1028–1030

C

- Castle NG. og Mor V. (1998) *Physical restraints in nursing homes: a review of the literature since the Nursing Home Reform Act of 1987*. Medical Care Research and Review, 55(2), s. 139–170
- Castle NG. (2006) *Mental health outcomes and physical restraint use in nursing homes*. Administration and Policy in Mental Health and Mental Health Services Researchdm Policy Ment Health, 33:696–704
- Chahine LM., Acar D. og Chemali Z. (2010) *The elderly safety imperative and antipsychotic usage*. Harvard Review Psychiatry, vol 18, s. 158–172
- Chandler G. (2008) *From traditional inpatient to trauma-informed treatment: transferring control from staff to patient*. Journal of the American Psychiatric Nurses Association, 14(5), s. 363–371
- Cheryl C., Facundo C., Diego FS., Gillinder B., Casimir K., Daniel J., Carrie B. og Guillermo C. (2018) *Prediction of psychosis across protocols and risk cohorts using automated language analysis*. World Psychiatry, 17(1) s. 67–75
- Chouinard G. (2006). *Interrelations between psychiatric symptoms and drug-induced movement disorder*. Journal of Psychiatry & Neuroscience, vol. 31, s. 177–180

- Chouinard G. og Jones BD. (1980) *Neuroleptic-induced supersensitivity psychosis: clinical and pharmacologic characteristics*. The American Journal of Psychiatry, 137(1), s. 16–21
- Clancy M., Clarke M. og Lane A. (2010) *A comparison of involuntary admissions to an independent psychiatric hospital before and after the Irish 2001 mental health act*. European Psychiatry. 18th European Congress of Psychiatry in Munich, Germany.
- Clausen L. og Jones A. (2014) *A systematic review of the frequency, duration, type and effect of involuntary treatment for people with anorexia nervosa, and an analysis of patient characteristics*. Journal of eating disorders, 2(1), s. 29
- Collins JJ. og Allison M. (1983) *Legal coercion and retention in drug abuse treatment*. Hospital and Community Psychiatry
- Copeland J. og Maxwell JC. (2007) *Cannabis treatment outcomes among legally coerced and non-coerced adults*. BMC Public Health, 7: 111
- Cipriani A., Rendell JM. og Geddes J. (2009) *Olanzapine in long-term treatment for bipolar disorder*. Cochrane Database of Systematic Reviews, Issue 1
- Coyne I. og Scott P. (2014) *Alternatives to restraining children for clinical procedures*. Nursing Children and Young People, 26(2), s. 22–27
- Cummings KS., Grandfield S. A. og Coldwell CM. (2010) *Caring with comfort rooms. Reducing seclusion and restraint use in psychiatric facilities*. Journal of Psychosocial Nursing & Mental Health Services, 48(6), s. 26–30
- Cunningham G. (2012) *Analysis of episodes of involuntary re-admission in Ireland (2007–2010)*. Irish Journal of Psychological Medicine, 29(3), s. 180–184

D

- Day DM. (2002) *Examining the therapeutic utility of restraints and seclusion with children and youth: The role of theory and research in practice*. American Journal of Orthopsychiatry, 72(2), s. 266–278.
- De Jong MH., Kamperman AM., Oorschot M., Priebe S., Bramer W., Van de Sande, R., Van Gool AR. og Mulder CL. (2016) *Interventions to Reduce Compulsory Psychiatric Admissions: A Systematic Review and Meta-analysis*. JAMA Psychiatry, 73(7), s. 657–664
- Deb S., Farmah BK., Arshad E., Deb T., Roy M. og Unwin GL. (2014) *The effectiveness of aripiprazole in the management of problem behaviour in people with intellectual disabilities, developmental disabilities and/or autistic spectrum disorder--a systematic review*. Research in Developmental Disabilities. 35(3), s. 711–25
- Defrancesco M., Marksteiner J., Fleischhacker WW. og Blasko I. (2015). *Use of Benzodiazepines in Alzheimer's Disease: A Systematic Review of Literature*. International Journal of Neuropsychopharmacology, 19;18 (10)
- Dementia in Europe (2013) *Yearbook 2013*, Alzheimere Europe.

Deschietere, G. (2010). Alternative work and world. Chronicity of emergencies and the work in crisis unit. *Psychiatria Danubina*, 22 Suppl 1, S165.

Doedens P., Maaskant JM., Latour CH., Meijel BKG V., Koeter MWJ., Storsum JG., Barkhof E. og Haan L. (2017) *Nursing staff factors contributing to seclusion in acute mental health care-An explorative cohort study*. *Issues in Mental Health Nursing*, 38(7), s. 584–589.

Dragsten F. og Søndena E. (2014) *Fagpersonells forståelse av økt registrert tvangsbruk overfor personer med utviklingshemming*. *Nordisk Tidsskrift for Helseforskning* nr. 2:2014

E

Eckhoff T. og Sundby N. (1991) *Rettsystemer*, 2. utg.

Eckhoff T. og Smith E. (2018) *Forvaltningsrett*, 11. utg.

Eek, A., Haugen P.K, og Mordal T. (1980). 2. utg. Oslo. Senil demens, er det behandlingsmulighet: et behandlingsforsøk med realitetsorientering.

Ellingsen K. (2006) *Lovregulert tvang og refleksiv praksis: en studie av hvordan innføringen av sosialtjenestelovens kapittel 6A påvirker utformingen og gjennomføringen av tjenestene til utviklingshemmede som oppfattes å ha utfordrende atferd*.

Elzakkers IF., Danner UN., Hoek HW., Schmidt U. og Van Elburg AA. (2014) *Compulsory treatment in anorexia nervosa: a review*. *International Journal of Eating Disorders*, 47(8), s. 845–852

Emerson E. og Bromley J. (1995) *The form and function of challenging behaviours*. *Journal of Intellectual Disability Research*, s. 388–398

Engedal K., Kirkevold Ø, Eek A. og Nygård, AM (2001) *Skal, skal ikke*. Nasjonalt kompetansesenter for aldersdemens

Engedal K., Kirkevold Ø, Eek A. og Nygård AM. (2002) *Makt og avmakt*. Nasjonalt kompetansesenter for aldersdemens

Engedal K. og Haugen PK. (2018) *Demens – sykdommer, diagnostikk og behandling*

Evans D., Wood J. og Lambert L. (2002). *A review of physical restraint minimization in the acute and residential care settings*. *Journal of Advanced Nursing*, 40(6), s. 616–625

Evans D., Wood J. og Lambert L. (2003) *Patient injury and physical restraint devices: a systematic review*. *Journal of Advanced nursing*, 41(3), s. 274–282

F

Farlow MR. og Shamliyan TA. (2017) *Benefits and harms of atypical antipsychotics for agitation in adults with dementia*. *The Journal of the European College of Neuropsychopharmacology* *Neuropsychopharmacol*, 27(3), s. 217–231

- Flaherty JH. og Little MO. (2011) *Matching the environment to patients with delirium: lessons learned from the delirium room, a restraint-free environment for older hospitalized adults with delirium*. Journal of the American Geriatrics Society, s. 295–300
- Foebel AD. og Pedersen NL. (2016) *Genetic Influences on Functional Capacities in Aging*. Gerontologist, s. 18–29
- Foebel AD., Onder G., Finne-Soveri H., Lukas A., Denking MD., Carfi A., Vetrano DL., Brandi V., Bernabei, R. og Liperoti R. (2016) *Physical Restraint and Antipsychotic Medication Use Among Nursing Home Residents With Dementia*. Journal of the American Medical Directors Association, 17(2), s. 184–189
- Fonad E., Wahlin TB., Winblad B., Emami A. og Sandmark H. (2008). *Falls and fall risk among nursing home residents*. Journal of clinical nursing, 17(1), s. 126–134
- Forandringsfabrikken kunnskapssenter (2019) *Hvis jeg var ditt barn*
- Freedberg EJ og Johnston WE. (1980) *Outcome with alcoholics seeking treatment voluntarily or after confrontation by their employer*. Journal of Occupational Medicine 1980; 22 s. 83–86
- Fung LK., Mahajan R., Nozzolillo A., Bernal P., Krasner A., Jo B., Coury D., Whitaker A., Veenstra-Vanderweele J. og Hardan AY. (2016) *Pharmacologic treatment of severe irritability and problem behaviors in Autism: A systematic review and meta-analysis*. Pediatrics 137, s. 124–135
- Furre A., Sandvik L., Heyerdahl S., Friis S., Knutzen M. og Hanssen-Bauer K. (2014) *Characteristics of Adolescents Subjected to Restraint in Acute Psychiatric Units in Norway: A Case-Control Study*. Psychiatric Services in Advance
- Furre A., Sandvik L., Friis S., Knutzen M. og Hanssen-Bauer K. (2016) *A nationwide study of why and how acute adolescent psychiatric units use restraint*. Psychiatry Research s. 60–66
- Furre A., Falk RS., Sandvik L., Friis S., Knutzen M. og Hanssen-Bauer K. (2017) *Characteristics of adolescents frequently restrained in acute psychiatric units in Norway: a nationwide study*. Child Adolesc Psychiatry Ment Health, 11:3

G

- Gandre C., Gervais J., Thillard J., Mace JM., Roelandt JL. og Chevreul K. (2017) *Involuntary Psychiatric Admissions and Development of Psychiatric Services as an Alternative to Full-Time Hospitalization in France*. Psychiatric Services, 68(9), s. 923–930
- Garden MH. og Hauge S. (2012) *The battle for beneficence – nurses' experience of the use of coercion in dementia care*. Vård i Norden, 32(4), s. 18–22
- Gerdner B. (2009) *Översikt om tvångsvård vid missbruk – effekt och kvalitet*.
- Gjerberg E., Hem MH., Forde R. og Pedersen R. (2013) *How to avoid and prevent coercion in nursing homes: a qualitative study*. Nursing Ethics, 20(6), s. 632–644

- Glasberg AL., Eriksson S., Dahlqvist V., Lindahl E., Strandberg, G., Soderberg A., og Norberg A. (2006) *Development and initial validation of the Stress of Conscience Questionnaire*. *Nurs Ethics*, 13(6), s. 633–648
- Godfrey JL., McGill AC., Jones NT., Oxley SL. og Carr RM. (2014) *Anatomy of a transformation: a systematic effort to reduce mechanical restraints at a state psychiatric hospital*. *Psychiatric Services*, 65(10), s. 1277–1280
- Gostin LO. (200) *Human rights of persons with mental disabilities*. The European Convention of Human Rights. *International Journal of Law and Psychiatry*
- Goulet MH., Larue C. og Dumais A. (2012) *From study day to centre for the study of control measures: An example of codevelopment*. *International Journal of Mental Health Nursing*, 21(5), s. 493
- Grøholt B. (1999) *Suicide and suicide attempt among children and adolescents*.
- Gulpers MJ., Bleijlevens MH., Ambergen T., Capezuti E., Van Rossum E. og Hamers JP. (2011) *Belt restraint reduction in nursing homes: effects of a multicomponent intervention program*. *Journal of the American Geriatrics Society*, 59(11), s. 2029–2036
- Gulpers M J., Bleijlevens MH., Capezuti E., Van Rossum E., Ambergen T. og Hamers J. P. (2012) *Preventing belt restraint use in newly admitted residents in nursing homes: a quasi-experimental study*. *International Journal of Nursing Studies*, 49(12), s. 1473–1479
- Graver HP. (2015) *Alminnelig forvaltningsrett*. 4. utg.
- Grichting E., Uchtenhagen A. og Rehm J. (2002) *Modes and impact of coercive inpatient treatment for drug-related conditions in Switzerland*. *European Addiction Research*, s. 78–83
- Gröning L., Erling JH. og Jørn J. (2016) *Frihet, forbrytelse og straff*
- Guarda AS., Pinto AM., Coughlin JW., Hussain S., Haug NA., og Heinberg LJ. (2007) *Perceived coercion and change in perceived need for admission in patients hospitalized for eating disorders*. *American Journal of Psychiatry*, 164(1), s. 108–114
- Gurwitz JH., Bonner A. og Berwick DM. (2017) *Reducing Excessive Use of Antipsychotic Agents in Nursing Homes*. *The Journal of the American Medical Association*
- Gøtzche PC. og Lund K. (2016) *Tvangsmedisinering må forbys*. Kritisk juss 02/2016.
- H
- Haddad P. og Correll C. (2018) *The acute efficacy of antipsychotics in schizophrenia: a review of recent meta-analyses*. *Therapeutic Advances in Psychopharmacology*
- Hall W. (2010) *Skadereduserende veileder for å slutte med eller bruke mindre psykofarmaka*. Oversatt og utgitt av Nasjonalt senter for erfaringskompetanse innen psykisk helse
- Hall C., Votova K., Heyd C., Walker M., MacDonald S., Eramian D. og Vilke GM. (2015) *Restraint in police use of force events: Examining sudden in custody death for prone and not-prone positions*. *Journal of forensic and legal medicine*, s. 29–35
- Handegård og Gjertsen (2008). Kapittel 4A – en faglig revolusjon – Nordlandsforskning– NF rapport nr. 1/2008.

- Harding CM., Brooks GW., Ashikaga T., Strauss J., Breier A. (1987) *The Vermont longitudinal study of persons with severe mental illness, II: Long-term outcome of subjects who retrospectively met DSM-III criteria for schizophrenia*. The American Journal of Psychiatry, vol 144, s. 727–735
- Haukanes, L. og Søvig KH. (2016) *Helsetjenester i barneverninstitusjoner*
- Haw C. og Stubbs J. (2010) *Covert administration of medication to older adults: a review of the literature and published studies*. Journal of Psychiatric Mental Health Nurses, 17(9), s. 761–768
- Hegarty JD., Baldessarini, RJ., Tohen M., Waternaux C. og Godehard O. (1994) *One hundred years of schizophrenia: a meta-analysis of the outcome literature*. American Journal of Psychiatry, vol. 151, s.1409–1416
- Heinze C., Dassen T. og Grittner U. (2012) *Use of physical restraints in nursing homes and hospitals and related factors: a cross-sectional study*. Journal of clinical nursing, 21(7/8), s. 1033–1040
- Hemmingsen R., Parnas J., Gjerris A., Reisby N. og Kragh-Sørensen P. (2002) *Klinisk psykiatri* 2. utgave
- Hendryx M., Trusevich Y., Coyle F., Short R. og Roll J. (2010) *The distribution and frequency of seclusion and/or restraint among psychiatric inpatients*. Journal of Behavioral Health Services & Research, 37(2), s. 272–281
- Hillery J. og Dodd P. (2007) *Self injurious behaviour*, s. 225–237. I: Bouras N, Holt G (red.) *Psychiatric and Behavioural Disorders in Intellectual and Developmental Disabilities*. 2. utgave
- Hofmann H. og Hahn S. (2014) *Characteristics of nursing home residents and physical restraint: a systematic literature review*. Journal of clinical nursing 23(21/22), s. 3012–3024
- Holden B. og Gitlesen JP. (2004) *Psychotropic medication in adults with mental retardation: prevalence, and prescription practices*. Research in Developmental Disabilities, 25:509–21
- Holden B. (2008) *Psykiske lidelser og utviklingshemning, Atferdanalytisk forståelse og behandling*
- Holden B. (2013) *Malen for habiliteringstjenesten for voksne*
- Holden B (2016) *Utfordrende atferd og utviklingshemning: Atferdsanalytisk forståelse og behandling*. 2. utgave
- Hollins LP. Og Stubb BB. (2011) *The shoulder: taking the strain during restraint*. Journal of Psychiatric and Mental Health Nursing, s. 177–184
- Hochstrasser L., Frohlich D., Schneeberger AR., Borgwardt S., Lang UE., Stieglitz R. D., og Huber CG. (2018) *Long-term reduction of seclusion and forced medication on a hospital-wide level: Implementation of an open-door policy over 6 years*. The Journal of the Association of European Psychiatrists, s. 51–57
- Hochstrasser L., Voulgaris A., Moller J., Zimmermann T., Steinauer R., Borgwardt S., Undine EL. og Huber CG. (2018) *Reduced Frequency of Cases with Seclusion Is Associated with «Opening the Doors» of a Psychiatric Intensive Care Unit*. Frontiers in psychiatry Frontiers Research Foundation, s. 57

I

Inouye SK. og Charpentier PA. (1996) *Precipitating factors for delirium in hospitalized elderly persons: Predictive model and interrelationship with baseline vulnerability*. The Journal of the American Medical Association, 275(11), s. 852–857

J

Jani S., Knight S. og Jani S. (2011) *The implementation of milieu therapy training to reduce the frequency of restraints in residential treatment centers*. Adolescent Psychiatry, 1(3), s. 251–254

Janssen WA., Noorthoorn EO., Nijman HL., Bowers L., Hoogendoorn AW., Smit A., og Widdershoven GA. (2013) *Differences in seclusion rates between admission wards: does patient compilation explain?* Psychiatric Quarterly, 84(1), s. 39–52

Johnson P. (2012) *Staff injury arising from the use of physical intervention*. Journal of Learning Disabilities and Offending Behaviour 3, s. 35–43

Jones E., Allen D. og Moore K. (2007) *Restraint and self-injury in people with intellectual disabilities: a review*. Journal of Intellectual Disabilities, vol.11(1), s. 105–118

K

Khan S., Zhu T., Ye B., Mihailidis A., Iaboni A., Newman N., Wang A. og Martin L. (2017) *DAAD: A Framework for Detecting Agitation and Aggression in People Living with Dementia Using a Novel Multi-modal Sensor Network*. IEEE International Conference on Data Mining workshops

Knutzen M., Bjørkly S., Eidhammer G., Lorentzen, S., Mjosund NH., Opjordsmoen S., Sandvik L. og Friis S. (2014) *Characteristics of patients frequently subjected to pharmacological and mechanical restraint--a register study in three Norwegian acute psychiatric wards*. Psychiatry Research, s. 127–133

Knutzen M., Bjørkly S., Bjørnstad M., Furre S. og Sandvik L. (2014) *Innsamling og analyse av data om bruk av tvangsmidler og vedtak om skjerming i det psykiske helsevernet for voksne i 2012*, Kompetansesenterets rapport 2011–1

Knutzen M., Mjosund NH., Eidhammer G., Lorentzen S., Opjordsmoen S., Sandvik L. og Friis S. (2011) *Characteristics of psychiatric inpatients who experienced restraint and those who did not: a case-control study*. Psychiatric Services, 62(5), s. 492–497

Karlsson S., Bucht G., Eriksson S., og Sandman, PO. (1999) *Resident and Staff Characteristics, Enviromental and Organizational Factors Associated With Physical Restraint Use in Elderly Care*

Katsakou C., Rose D., Amos T., Bowers L., McCabe R., Oliver D., og Priebe S. (2012) *Psychiatric patients' views on why their involuntary hospitalisation was right or wrong: a qualitative study*. Social Psychiatry and Psychiatric Epidemiology, 47(7), s. 1169–1179

Kayed NS., Jozefiak T., Rimehaug T., Tjelflaat T., Brubakk AM., og Wichstrom L. (2015) *Psykisk helse hos barn og unge i barneverninstitusjoner*

- Kelly JF., Finney JW. og Moos RH. (2005) *Substance use disorder patients who are mandated to treatment: Characteristics, treatment process, and 1- and 5-year outcomes*. Journal of Substance Abuse Treatment, s. 213–223
- Kilcoyne . (2016) Reducing Restrictive Practice. Trust-Wide Clinical Policy Document DS48. NHS Foundation Trust
- Kirkevold O., Laake K. og Engedal K. (2003a) *Use of constraints and surveillance in Norwegian wards for the elderly*. International Journal of Geriatric Psychiatry, s. 491–497
- Kirkevold Ø., Sandvik L. og Engedal K. (2004) *Use of constraints and their correlates in Norwegian nursing homes*. International Journal of Geriatric Psychiatry, s. 980
- Kirkevold O. og Engedal K. (2004a) *A study into the use of restraint in nursing homes in Norway*. British Journal of Nursing, s. 902–905
- Kirkevold Ø. og Engedal K. (2004b) *Concealment of drugs in food and beverages in nursing homes: cross sectional study*. British Medical Journal, 1;330 (7481):20
- Kirkevold Ø. og Engedal K. (2004c) *Prevalence of patients subjected to constraint in Norwegian nursing homes*. Scandinavian Journal of Caring Sciences, s. 281–286
- Kirkevold Ø. og Engedal K. (2004d) *A study into the use of restraint in nursing homes in Norway*. British Journal of Nursing, s. 902–905
- Kirkevold Ø. og Engedal K. (2006) *The quality of care in Norwegian nursing homes*. Scandinavian Journal of Caring Sciences, s. 177–183
- Kirkevold Ø. og Engedal K. (2008) *Quality of care in Norwegian nursing homes – deficiencies and their correlates*. Scandinavian Journal of Caring Sciences, s. 560–567
- Kirkevold Ø. og Engedal K. (2009) *Is covert medication in Norwegian nursing homes still a problem?* Drugs Aging, s. 333–344
- Kisely SR. og Campbell LA. (2014) *Compulsory community and involuntary outpatient treatment for people with severe mental disorders*. Cochrane Database of Systematic Reviews, 16;(2)
- Kjellefold, A (2016) Helse- og omsorgstjenesteloven med kommentarer
- Kjellefold (2018) Pårørendeinvolvering i saker om tvang overfor helserettslig myndig, i Østenstad BH., Adolphsen C., Naur E. og Aasen, HS., Selvbestemmelse og tvang i helse- og omsorgstjenesten, s. 193–225
- Kjønstad A. og Syse A. (2014) *Grunnlovsreformen og velferdsretten*, Jussens Venner, s. 340–357
- Kjønstad A., Syse, A. og Kjelland, M (2017) *Velferdsrett I*, 6. utgave
- Klag S., O’Callaghan F. og Creed P. (2005) *The use of legal coercion in the treatment of substance abusers: an overview and critical analysis of thirty years of research*. Substance Use and Misuse, s. 1777–1795
- Knight K., Hiller ML., Broome KM. og Simpson DD. (2000) *Legal pressure, treatment readiness, and engagement in long-term residential programs*. Journal of Offender Rehabilitation, s. 101–115

- Kogstad R. (2011) *Medisinering og (manglende) rettssikkerhet*. I Kolstad A. og Kogstad R. (red): Psykologisering av sosiale problemer. Medikalisering av psykiske lidelser. Alpha forlag.
- Kompetansesenter rus- region sør, Borgestadklinikken (2015). *Gravide innlagt på Borgestadklinikken*. Rapport nr. 2
- Kröpelin TF., Neyens JCL., Halfens RJG., Kempen GIJM. og Hamers JPH. (2013) *Fall determinants in older long-term care residents with dementia: a systematic review*. International psychogeriatrics, s. 549–563
- Kwok T., Bai X., Chui MY., Lai CK., Ho DW., Ho FK. og Woo J. (2012) *Effect of physical restraint reduction on older patients' hospital length of stay*. Journal of the American Medical Directors Association, s. 645–650.

L

- Lambert M., Schottle D., Ruppelt F., Ludecke D., Sarikaya G., Schulte-Markwort M., Gallinat J. og Karow A. (2015) *Integrated care for patients with first and multiple episodes of severe psychotic illnesses: 3-year results of the Hamburg model*. Bundesgesundheitsblatt Gesundheitsforschung Gesundheitsschutz, s. 408–419
- Langfeldt G. (1959) *Rettspsykiatri*, 2. utgave
- Lapeyre-Mestre, M. (2016) *A Review of Adverse Outcomes Associated with Psychoactive Drug Use in Nursing Home Residents with Dementia*. Drugs Aging, s. 865–888
- Larsson-Kronberg M., Ojehagen A. og Berglund M. (2005) *Experiences of coercion during investigation and treatment*. International Journal of Law and Psychiatry, s. 613–621
- Larue C., Goulet MH., Prevost MJ., Dumais A. og Bellavance J. (2018) *Identification and analysis of factors contributing to the reduction in seclusion and restraint for a population with intellectual disability*. Journal of Applied Research in Intellectual Disabilities, s. 212–222
- Lawental E., McLellan AT., Grissom GR., Brill P. og O'Brien C. (1996) *Coerced treatment for substance abuse problems detected through workplace urine surveillance: Is it effective?* Journal of Substance Abuse, s. 115–128
- Lee JSW., Hui E., Chan F., Chi I. og Woo J. (2008) *Associated factors of falls in nursing home residents in Hong Kong and the role of restraints: a cross-sectional survey using the Resident Assessment Instrument (RAI)*. Aging Clinical and Experimental Research, s. 447–453
- Legeforeningen (2015) *Etiske regler for leger*
- Leucht S., Barnes TR., Kissling W., Engel RR., Correll C. og Kane JM. (2003) *Relapse prevention in schizophrenia with new-generation antipsychotics: a systematic review and exploratory meta-analysis of randomized, controlled trials*. American Journal of Psychiatry, vol. 160, s. 1209–1222
- Leucht S., Arbter D., Engel RR., Kissling W. og Davis JM. (2009) *How effective are second-generation antipsychotic drugs? A meta-analysis of placebo-controlled trials*. Molecular Psychiatry, s. 429–447

- Leucht S., Tardy M., Komossa K., Heres S., Kissling W., Salanti G. og Davis JM. (2012) *Anti-psychotic drugs versus placebo for relapse prevention in schizophrenia: a systematic review and meta-analysis*. The Lancet, s. 2063–2071
- Lin PC., Lin LC., Shyu YIL. og Hua MS. (2011) *Predictors of pain in nursing home residents with dementia: a cross-sectional study*. Journal of Clinical Nursing, s. 1849–1857
- Lingjærde O. og Aarre TF. (2015) *Psykofarmaka Medikamentell behandling av psykiske lidelser*, 6. utgave
- Lichtwarck B., Selbaeck G., Kirkevold Ø., Rokstad AM., Benth JS., Lindstrøm JC. og Bergh S. (2018) *Targeted Interdisciplinary Model for Evaluation and Treatment of Neuropsychiatric Symptoms: A Cluster Randomized Controlled Trial*. The American Journal of Geriatric Psychiatry, s. 25–38
- Lovell A, Smith D. og Johnson P. (2015) *A qualitative investigation into nurses' perceptions of factors influencing staff injuries sustained during physical interventions employed in response to service user violence within one secure learning disability*. Journal of clinical nursing, s. 1926–1935
- Lunde S. og Hem E. (2009) *Å angripe egen kropp*. Tidsskrift Den norske legeforening, s. 754–758
- UniRokkansenteret (2010) *Tvang overfor rusmiddelavhengige. Evaluering av Lov om sosiale tjenester §§ 6–2, 6–2a og 6–3*. Rapport 2/2010
- Lundeberg IR., Kristian M. og Søvig KH. (2014) *Tvang i rusfeltet. Regelverk, praksis og erfaringer med tvang*.
- Luo H., Lin M. og Castle N. (2011) *Physical restraint use and falls in nursing homes: a comparison between residents with and without dementia*. American Journal of Alzheimer's Disease & Other Dementias, s. 44–50
- Lykke J., Austin SF. og Morch MM. (2008) *Cognitive milieu therapy and restraint within dual diagnosis populations*. Ugeskrift for Laeger, s. 339–343

M

- Madan A., Borckardt JJ., Grubaugh AL., Danielson CK., McLeod-Bryant S., Cooney H., Herbert J., Hardesty SJ. og Frueh BC. (2014). *Efforts to reduce seclusion and restraint use in a state psychiatric hospital: a ten-year perspective*. Psychiatric Services, s. 1273–1276
- Madden S., Hay P. og Touyz S. (2015) *Systematic review of evidence for different treatment settings in anorexia nervosa*. World journal of psychiatry, s. 147
- Madge N., Hewitt A., Hawton K. de Wilde EJ., Corcoran P., Fekete S., van Heeringen K., De Leo D. og Ystgaard M. (2008) *Deliberate self-harm within an international community sample of young people: comparative findings from the Child&Adolsent Self-Harm in Europe (CASE) Study*. Journal of Child Psychology and Psychiatry, s. 667–677
- Martin A., Krieg H., Esposito F., Stubbe D. og Cardona L. (2008) *Reduction of restraint and seclusion through collaborative problem solving: a five-year prospective inpatient study*. Psychiatric Services, s. 1406–1412

- Mathisen JR. og Føyn PA. (2002) *Gjennombruddsprosjekt psykiatri: Bruk av tvang*. Den norske legeforening.
- Matningsdal M. (2015) *Straffeloven, Alminnelige bestemmelser, kommentarutgave*
- Matson JL., Bamberg JW., Mayville EA., Pinkston J., Bielecki J., Kuhn D., Smalls Y. og Logan JR. (2000) *Psychopharmacology and mental retardation: a 10 year review (1990–1999)*. Research in Developmental Disabilities, s. 263–296
- Maust DT., Kim HM., Seyfried LS., Chiang C., Kavanagh J., Schneider LS. ans, Kales HC. (2015) *Antipsychotics, Other Psychotropics, and the Risk of Death in Patients With Dementia Number Needed to Harm*. JAMA Psychiatry, s. 438–445
- McCurdy JM., Haliburton JR., Yadav HC., Yoder AM., Norton LR., Froehlich JA., Kaur H, Kramer NF., Silman A., Quinn BJ., Pudlo S., Terrell CB. og El-Mallakh RS. (2015) *Case study: design may influence use of seclusion and restraint*. Health Environments Research and Design Journal, s. 116–121
- McGarvey EL., Leon-Verdin M., Wanchek TN. og Bonnie RJ. (2013) *Decisions to initiate involuntary commitment: the role of intensive community services and other factors*. Psychiatric Services, s. 120–126
- McQuire C., Hassiotis A., Harrison B. og Pilling S. (2015) *Pharmacological interventions for challenging behaviour in children with intellectual disabilities: A systematic review and meta-analysis*. BMC Psychiatry
- Mérineau-Côté J. og Morin D. (2013) *Restraint and Seclusion: The Perspective of Service Users and Staff Members*. Journal of Applied Research in Intellectual Disabilities, s. 447–457
- Meynen G. og Swaab DF. (2011) *Why medication in involuntary treatment may be less effective: the placebo/nocebo effect*. Medical Hypotheses, s. 993–995
- Mjaaland M. (2017) *Tvang og tvil. En innsideberetning frå norsk psykiatri*
- Möhler R., Richter T., Köpke S. og Meyer G. (2011) *Interventions for preventing and reducing the use of physical restraints in long-term geriatric care*. Cochrane Database of Systematic Reviews
- Moksnes KM. (2011) *Tilbakefall etter elektrokonvulsiv terapi*. Den norske Tidsskrift for den norske Legeforening, s. 1991–1993
- Moses Tally. (2011) *Adolescents' Perspectives About Brief Psychiatric Hospitalization: What is Helpful and What is Not?* The Psychiatric quarterly, s. 121–37
- Murray RM., Quattrone D., Natesan S., van Os J., Nordentoft M., Howes O., Di Forti M. og Taylor D. (2016) *Should psychiatrists be more cautious about the long-term prophylactic use of antipsychotics?* British Journal of Psychiatry, s. 361–365
- Murray RM. (2016) *Mistakes I Have Made in My Research Career*. Schizophrenia Bulletin

N

NAKU (2007). Helseoppfølging av personer med utviklingshemning

- Nelson RL og Furner SE. (2005) *Risk factors for the development of fecal and urinary incontinence in Wisconsin nursing home residents*. Maturitas, s. 26–31
- Ness E., Steen O., Reichelt JG. og Walby FA. (2016) *Reduced number of involuntary commitments from an emergency outpatient clinic*. Tidsskrift for Norsk Psykologforening, s. 625–631
- Ng KP., McMaster FR. og Heng BH. (2008) *The effectiveness of bedrails in preventing falls*. Singapore Nursing Journal, s. 10–17
- Njaa B. (2018) *Fellesaksjon for medisinfri behandlingsforløp*. PsykOPP, nr. 1–2018
- Nordhus IH., Skjerve A. og Aasen HS. (2006) *Demens, samtykkekompetanse og rett til selvbestemmelse- utfordringer ved behandling og forskning*, Nordisk tidsskrift for menneskerettigheter
- Nordlandsforskning (2008) *Kapittel 4 A – en faglig revolusjon?* NF-rapport nr. 1/2008
- Nordtug B. (2011) *Caring burden of cohabitants living with partners suffering from chronic obstructive pulmonary disease or dementia*
- Norsk Helseinformatikk AS (2018) *Norsk elektronisk Legehåndbok*
- Norvoll R., Ruud T. og Hynnekleiv T. (2015) *Skjerming i akuttpsykiatrien*. Tidsskrift for Den norske legeforening, s. 35–39
- Nunno MA., Holden MJ. og Tollar A. (2006) *Learning from tragedy: A survey of child and adolescent restraint*. Child abuse and neglect, s. 1333–1342
- Nytingnes O. (2011) *Beltefri psykiatri på Island*. Tidsskrift for den Norske Legeforening, s. 1316–1368
- Nytingnes O., Ruud T., Norvoll R., Rugkåsa J. og Hanssen-Bauer K. (2018) *A cross-sectional study of experienced coercion in adolescent mental health inpatients*. BMC Health Services Research
- Nøttestad JA. og Linaker OM. (2003) *Psychotropic drug use among people with intellectual disability before and after deinstitutionalization*. Journal of Intellectual Disability Research, s. 464–471

O

- Oberleitner LL. (2000) *Aversiveness of traditional psychiatric patient restriction*. Archives of Psychiatric Nursing, s. 93–97
- O’Keeffe ST. (2016) *Legal and ethical considerations in involuntary admissions to long-term care*. I Donnelly M. og Murray C. (red.), *Ethical and Legal Debates in Irish Healthcare: Confronting Complexities*, s.117–134
- Omolewa P. (2012) *The impact of instructive educational program on physical restraint reduction in acute mental health hospitals*
- Oxford Research (2017) *Evaluerings av kvaliteten på tvangsvedtak*
- Oxford Research (2013) *Evaluerings av pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A*
- Oxford Research (2015) *Organisering, effektivitet og rettssikkerhet evaluering av fylkesnemndene for barnevern og sosiale saker*

Otsuka A. (2014) *Advocacy and early discharge under the new system of hospitalization for medical care and protection*. Seishin Shinkeigaku Zasshi – Psychiatria et Neurologia Japonica, s. 302–308

P

Pasareanu AR., Vederhus JK., Opsal A., Kristensen Ø. og Clausen T. (2016) *Improved drug-use patterns at 6 months post-discharge from inpatient substance use disorder treatment: results from compulsorily and voluntarily admitted patients*. BMC Health Services Research, 16: 291

Paterson B. (2011) *How corrupted cultures lead to abuse of restraint interventions*. Learning Disability Practice, s. 24–28

Petrakis M., Penno S., Oxley J., Bloom H. og Castle D. (2012) *Early psychosis treatment in an integrated model within an adult mental health service*. European Psychiatry, s. 483–488

Perron BE. og Bright CL. (2008) *The influence of legal coercion on dropout from substance abuse treatment: results from a national survey*. Drug Alcohol Depend, s. 123–131

Pettersen RT. (1986) *Overgrep eller forsømmelse? Strukturell mishandling av gamle i institusjoner*

Prince M., Bryce R., Albanese E., Wimo A., Ribeiro W og Ferri CP. (2013). *The global prevalence of dementia: a systematic review and metaanalysis*. Alzheimers Dement, s. 63–75

Putkonen A., Kuivalainen S., Louheranta O., Repo-Tiihonen E., Ryyanen OP., Kautiainen H. og Tiihonen, J. (2013) *Cluster-randomized controlled trial of reducing seclusion and restraint in secured care of men with schizophrenia*. Psychiatric Services, s. 850–855

R

Rambøll (2011) *Sluttrapport for evaluering av Tillitspersonforsøket*

Rambøll (2013) *Pio-senteret – følgeevaluering av forsøk med personlig ombud 2011–2012*

Rana F., Gormez A. og Varghese S. (2013) *Pharmacological interventions for self-injurious behaviour in adults with intellectual disabilities*. Cochrane Database of Systematic Reviews, 30;(4)

Rasmussen Ørnulf. (2002) *Jus og psykiatri – før og nå*. I: Krüger K., Lilleholt K., Holgersen G. og Nygaard N. (2002) *Nybrott og odling: Festskrift til Nils Nygaard på 70 års dagen*, s. 605–624

Ray WA., Meredith S., Thapa PB., Meador KG., Hall K. og Murray KT. (2001) *Antipsychotics and the risk of sudden cardiac death*. Archives of General Psychiatry, s. 1161–1167

Reitan T. og Weding L. (2012) *Gravida missbrukare inom LVM-vården*, nr. 9 i rapportserien «Institusjonsvård i fokus»

Riley H., Straume B. og Høyen G. (2017) *Patients on outpatient commitment orders in Northern Norway*. BMC Psychiatry

Ross DL. (2015) *The outcomes of violent prone restraint with subjects exhibiting signs of excited delirium*. Academic Emergency Medicine, 25(5)

- Rugkåsa J. (2016) *Effectiveness of Community Treatment Orders: The International Evidence*, The Canadian Journal of Psychiatry
- Ruths S., Sørensen PH., Kirkevold Ø., Husebø BS., Krüger K., Halvorsen KH. og Selbaek GS. (2013) *Trends in psychotropic drug prescribing in Norwegian nursing homes from 1997 to 2009: a comparison of six cohorts*. International Journal of Geriatric Psychiatry, s. 868–876.
- Ryan RM., Plant RW. og O'Malley S. (1995) *Initial motivations for alcohol treatment: Relations with patient characteristics, treatment involvement, and dropout*. Addictive Behaviors, s. 279–297
- Reynolds EK., Grados M., Praglowski N., Hankinson JC., Deboard-Lucas R., Goldstein L., Perry-Parrish C., Specht MW. og Ostrander R. (2016) *Use of Modified Positive Behavioral Interventions and Supports in a Psychiatric Inpatient Unit for High-Risk Youths*. Psychiatric Services, s. 570–573

S

- Saarnio R. og Isola A. (2010) *Nursing staff perceptions of the use of physical restraint in institutional care of older people in Finland*. Journal of Clinical Nursing, 19(21/22), s. 3197–3207
- Sailas E. og Fenton M. (2012) *Seclusion and restraint for people with serious mental illnesses*. Cochrane Database of Systematic Reviews, 2000;2
- Sandberg K. (2015) *Ansvarsforhold for barn plassert utenfor hjemmet etter barnevernloven med tjenester som hører inn under annet lovverk*. Utredning på oppdrag fra Statens helsetilsyn
- Sanford JS. og Arrigo BA. (2005) *Lifting the cover on drug courts: Evaluation findings and policy concerns*. International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology 2005; 49 s. 239–259
- Schei B. (1984) *Aldersdemente pasienter – behandlingsapparatets stebarn?: En undersøkelse om hvordan aldersdemente pasienters livssituasjon kan bedres gjennom målrettet sykepleie, organisert etter primærsykepleieprinsipper*.
- Scherder EJ., Bogen T., Eggermont LH., Hamers JP. og Swaab D F. (2010) *The more physical inactivity, the more agitation in dementia*. International psychogeriatrics, 22(8), s. 1203–1208.
- Schneeberger AR., Kowalinski E., Frohlich D., Schroder K., von Felten S., Zinkler M., Beine KH., Heinz A., Borgwardt S, Lang UE., Bux DA. Og Huber CG. (2017) *Aggression and violence in psychiatric hospitals with and without open door policies: A 15-year naturalistic observational study*. Journal of Psychiatric Research, s. 189–195
- Sclafani MJ., Humphrey FJ., Repko S., Ko HS., Wallen MC., og Digiacoimo A. (2008) *Reducing patient restraints: a pilot approach using clinical case review*. Perspectives in Psychiatric Care, 44(1), s. 32–39
- Selbæk G., Kirkevold O. og Engedal K. (2006) *The prevalence of psychiatric symptoms and behavioural disturbances and the use of psychotropic drugs in Norwegian nursing homes*. International Journal of Geriatric Psychiatry

- Selbæk G., Janus SIM., Bergh S., Engedal K., Ruth S., Helvik AS., Saltyte Benth J. og Zuidema SU. (2017). *Change in psychotropic drug use in Norwegian nursing homes between 2004 and 2011*. International Psychogeriatrics, 1–10.
- Senter for medisinsk etikk (2017) *Tvang og medvirkning i psykiske helsetjenester – Pasienters og pårørendes syn og erfaringer*. Ressurshefte fra prosjektet «Psykiske helsetjenester, etikk og tvang».
- Senter for medisinsk etikk (2019) *Evaluering av erfaringer med lovendringene om samtykkekompetanse m.m. i psykisk helsevernloven*
- Senter for psykisk helse og rus (2017) *Brukernes erfaringer med hjelp og støtte fra erfaringsmedarbeidere innen psykisk helse og rus*
- Shorr RI., Guillen MK., Rosenblatt LC., Walker K., Caudle CE., og Kritchevsky SB. (2002) *Restraint use, restraint orders, and the risk of falls in hospitalized patients*. Journal of American Geriatric Society, 50(3) s. 526–529
- Singh NN., Lancioni GE., Karazsia BT., Myers RE., Winton AS., Latham LL., og Nugent K. (2015) *Effects of training staff in MBPBS on the use of physical restraints, staff stress and turnover, staff and peer injuries, and cost effectiveness in developmental disabilities*. Mindfulness, 6(4), s. 926–937
- SINTEF (2008) *Det er nå det begynner! Hovedrapport fra prosjektet «Brukerorienterte alternativer til tvang i sykehus»*. Rapport A4850
- Sigurdson R. (2013) *Spesialisttjenester til barn – om barnevernloven §§ 5–1 og 5–6*. Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål, nr. 4, s. 246–260
- Sigurdson R. (2015) *Tvangsplassering av barn med utfordrende atferd*
- Sivak K. (2012) *Implementation of comfort rooms to reduce seclusion, restraint use, and acting-out behaviors*. Journal of Psychosocial Nursing & Mental Health Services, s. 24–34
- Sivakumaran H., George K. og Pfukwa K. (2011) *Reducing restraint and seclusion in an acute aged person's mental health unit*. Australasian Psychiatry, 19(6), s. 498–501
- Skullerud E., Linaker OM., Svenning AC. og Torske H. (2000) *Psykisk helse blant mennesker med psykisk utviklingshemming*. Tidsskrift for Den norske lægeforening, s. 3246–3248
- Smit JA. og Hvalvik S. (2015) *Power and coercion in care situations*. Geriatrisk sykepleie, 7(2), s. 6–13
- Sohler N., Adams BG., Barnes DM., Cohen GH., Prins SJ. og Schwartz S. (2015) *Weighing the evidence for harm from long-term treatment with antipsychotic medications: a systematic review*. American Journal of Orthopsychiatry, 86(5) s. 477–85
- Stangeland T. (2012) *Når sikreste behandling ikke er beste behandling*. Tidsskrift for Norsk Psykologforening, s. 138–144
- Stangeland T. (2016) *I skyggen av selvmordsrisiko*. Scandinavian Psychologist

- Steinert T., Bohnet U., Flammer E., Luchtenberg D. og Eisele F. (2009) *Effects of a training of power and balance on the use of mechanical restraint among in-patients with dementia*. *Psychiatrische Praxis*, 36(6), s. 273–278
- Steinert T., Birk M., Flammer E. og Bergk, J. (2013) *Subjective Distress After Seclusion or Mechanical Restraint: One-Year Follow-Up of a Randomized Controlled Study*. *Psychiatric Services*, 64 (10):1012–7
- Steinauer R., Huber CG., Petitjean S., Wiesbeck GA., Dursteler KM., Lang UE., Seifert C., Andreeff K, Krausz RM., Walter M. og Vogel M. (2017). *Effect of Door-Locking Policy on In-patient Treatment of Substance Use and Dual Disorders*. *European Addiction Research*, 23(2), s. 87–96
- Stensrud B., Høyer G., Granerud A. og Landheim AS. (2015) *Life on hold»: A qualitative study of patient experiences with outpatient commitment in two norwegian counties*. *Issues in Mental Health Nursing*, s. 209–216
- Stilwell EM. (1988) *Use of physical restraints on older adults*. *Journal of Gerontological Nursing*, 14(6), s. 42–43
- Storvik, M (2017) Rettslig vern av pasienters integritet i psykisk helsevern
- Strand M. og Von Hausswolff-Juhlin Y. (2015) *Patient-controlled hospital admission in psychiatry: A systematic review*. *Nordic Journal of Psychiatry*, 69(8), s. 574–586
- Stubrud LH., Bredesen L., Larsen VR., Svennevik C. og Wehler S. (2017) *Improving the quality of life by ecological adaptation-Reduction in use of coercion and restraint with an adult male with intellectual disability and autism*. *Tidsskrift for Norsk Psykologforening*, 54(9), s. 813–820
- Sullivan M., Bisaga A., Pavlicova M., Choi CJ., Mishlen K., Carpenter KM., Levin FR., Dakwar E., Mariani JJ. og Nunes EV. (2017) *Long-Acting Injectable Naltrexone Induction: A Randomized Trial of Outpatient Opioid Detoxification With Naltrexone Versus Buprenorphine*. *American Journal of Psychiatry*, 174(5), s. 459–467
- Syse A. (1995) *Rettsikkerhet og livskvalitet for utviklingshemmede*
- Syse A. og Nilstun T. (1997) *Ulike regler – lik lovforståelse? Om tvangsregulering og verdikonflikter i nordisk psykiatri*, s. 837–918 i *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 1997
- Syse A. (2015) *Pasient- og brukerrettighetsloven med kommentarer*
- Syse A. (2016) *Psykisk helsevernloven med kommentarer*
- Sørgaard KW. (2002) *Fra institusjonsbehandling til åpen omsorg. Hva frembrakte reformene innen psykisk helsevern?* *Tidsskrift for norsk psykologforening*, s. 796–805
- Søvig KH. (2007) *Tvang overfor rusmiddelavhengige*. *Sosialtjenesteloven §§ 6–2 til 6–3*
- Søvig KH. (2018) *Ulike tvangsbegrep i norsk velferdsrett*. I Østenstad, Adolphsen, Naur og Sinding Aasen (red.), *Selvbestemmelse og tvang*, s. 35–55

- Tampi RR. og Tampi DJ. (2014) *Efficacy and tolerability of benzodiazepines for the treatment of behavioral and psychological symptoms of dementia: a systematic review of randomized controlled trials*. American Journal of Alzheimer's Disease & Other Dementias, 29(7) s. 565–574
- Tan JOA., Stewart A., Fitzpatrick R. og Hope T. (2010) *Attitudes of patients with anorexia nervosa to compulsory treatment and coercion*. International Journal of Law and Psychiatry, 33(1), s. 13–19
- Tarasenko M., Sullivan M., Ritchie AJ. og Spaulding WD. (2013) *Effects of eliminating psychiatric rehabilitation from the secure levels of a mental-health service system*. Psychological Services, 10(4), s. 442–451
- Tännsjö T. (2002) *Tvångsvård: Om det fria valets etik i hälso- och sjukvård*. Oversatt fra engelsk av Birgitta Dalgren. Originaltittel: Coercive Care: The Ethics of Choice in Health and Medicine, London/New York 1999.
- Te Boekhorst S., Depla MF., Francke AL., Twisk JW., Zwijsen SA. og Hertogh CM. (2013). *Quality of life of nursing-home residents with dementia subject to surveillance technology versus physical restraints: an explorative study*. International Journal of Geriatric Psychiatry, 28(4), s. 356–363
- Tiihonen J., Lönnqvist J., Wahlbeck K., Klaukka T., Niskanen L., Tanskanen A. og Haukka J. (2009) *11-year follow-up of mortality in patients with schizophrenia: a population-based cohort study*. Lancet, vol. 374, s. 620 – 627
- Tenneij NH. og Koot H.M. (2008). *Incidence, types and characteristics of aggressive behaviour in treatment facilities for adults with mild intellectual disability and severe challenging behaviour*. Journal of Intellectual Disability Research, 52(2), s. 114–124
- Testad I., Mekki TE., Forland O., Oye C., Tveit EM., Jacobsen F. og Kirkevold O. (2016) *Modeling and evaluating evidence-based continuing education program in nursing home dementia care (MEDCED)--training of care home staff to reduce use of restraint in care home residents with dementia. A cluster randomized controlled trial*. International Journal of Geriatric Psychiatry, 31(1), s. 24–32
- Tinetti ME., Liu W. og Ginter SF. (1992) *Mechanical restraint use and fall-related injuries among residents of skilled nursing facilities*. Annals of Internal Medicine, 116(5), s. 369–374
- Torgalsbøen AK. og Rund BR. (2010) *Maintenance of recovery from schizophrenia at 20-year follow-up: What happened?* Psychiatry, vol 73 (1), s. 70 – 83
- Tortosa MA., Granell R., Fuenmayor A., og Martinez, M. (2016) *Effects of a physical restraint removal program on older people with dementia in residential care*. Revista Espanola de Geriatria y Gerontologia, 51(1), s. 5–10
- Tranøy KE. (2005) *Medisinsk etikk i vår tid*, Bergen
- Treloar A., Beats B. og Philpot M. (2000) *A pill in the sandwich: covert medication in food and drink*. Journal of the Royal Society of Medicine, 93(8), s. 408–411

Unicef (2007) *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child*

Uni Rokkansenteret (2010) *Tvang overfor rusmiddelavhengige, Evaluering av Lov om sosialtjenester §§ 6–2, 6–2a og 6–3, rapport 2–2010*

Urbanoski KA. (2010) *Coerced addiction treatment: client perspectives and the implications of their neglect*. Harm Reduction Journal, vol. 7: 31

V

Van der Merwe M., Muir-Cochrane E., Jones J., Tziggili M., og Bowers L. (2013) *Improving seclusion practice: Implications of a review of staff and patient views*. Journal of Psychiatric and Mental Health Nursing, 20(3), s. 203–215

Van Schalkwyk GI., Beyer C., Johnson J., Deal M. og Bloch MH. (2018) *Antipsychotics for aggression in adults: A meta-analysis*. Progress in Neuro-Psychopharmacology and Biological Psychiatry, vol. 81, s. 452–458

Vieta E., Günther O., Locklear J., Ekman M., Miltenburger C., Chatterton ML., Åström M. og Paulsson B. (2011) *Effectiveness of psychotropic medications in the maintenance phase of bipolar disorder: a meta-analysis of randomized controlled trials*. International Journal of Neuropsychopharmacology, 14(8), s. 1029–1049

Viguera AC., Baldessarini RJ., Hegarty JD., Van Kammen DP. og Tohen M. (1997) *Clinical risk following abrupt and gradual withdrawal of maintenance neuroleptic treatment*. Archives of General Psychiatry, vol. 54 (1), s. 49–55

Vruwink FJ., Mulder CL., Noorthoorn EO., Uitenbroek D. og Nijman HL. (2012) *The effects of a nationwide program to reduce seclusion in the Netherlands*. BMC Psychiatry, 12: 231

W

Wachenfeld, M G.: The Human Rights of the Mentally Ill in Europe, s. 115–292 i Nordic Journal of International Law 1991.

Warner R. (2004) *Recovery from Schizophrenia. Psychiatry and Political Economy*. 3. utgave

Webber LS., McVilly KR. og Chan J. (2011) *Restrictive interventions for people with a disability exhibiting challenging behaviours: Analysis of a population database*. Journal of Applied Research in Intellectual Disabilities, 24(6), s. 495–507

Webber LS., Richardson B. og Lambrick F. (2014) *Individual and organisational factors associated with the use of seclusion in disability services*. Journal of Intellectual & Developmental Disability, 39(4), s. 315–322

Welsh S. og Deahl M. (2002) *Covert Medication – ever etically justifiable?* Psychiatric Bulletin (26), s. 123–126

Werner P., Cohen-Mansfield J., Braun J. og Marx MS. (1989) *Physical Restraints and Agitation in Nursing Home Residents*. Journal of the American Geriatrics Society, 37(12) s. 1122–1126

- Williams DE. og Grossett DL. (2011) *Reduction of restraint of people with intellectual disabilities: an organizational behavior management (OBM) approach*. Research in Developmental Disabilities, 32(6), s. 2336–2339
- Winston M., Fleisig N. og Winston L. (2009) *The premature call for a ban on prone restraint: A detailed analysis of the issues and evidence*. The professional crisis management association.
- Whitaker (2004) *The case against antipsychotic drugs: a 50-year record of doing more harm than good*. Medical Hypotheses, s. 5–13
- Whitaker (2016). *The case against antipsychotics*. Mad in America Foundation
- WHO (2019) *ICD-10 Den internasjonale statistiske klassifikasjonen av sykdommer og beslektede helseproblemer*
- Wolf A., Leucht S. og Pajonk, FG. (2017) *Do antipsychotics lead to cognitive impairment in dementia? A meta-analysis of randomised placebo-controlled trials*. Eur Arch Psychiatry Clin Neurosci, 267(3), s. 187–198
- Wunderink L., Nieboer RM., Wiersma D., Sytema S. og Nienhuis FJ. (2013) *Recovery in remitted first-episode psychosis at 7 years of follow-up of an early dose reduction/discontinuation or maintenance treatment strategy: long-term follow-up of a 2-year randomized clinical trial*. The Journal of the American Medical Association Psychiatry, 70(9), s. 913–920
- Wyatt R.J. (1991) *Neuroleptics and the natural course of schizophrenia*. Schizophrenia Bulletin vol 17 (2), s. 325–351

Y

- Yang CP., Hargreaves WA., og Bostrom A. (2014) *Association of empathy of nursing staff with reduction of seclusion and restraint in psychiatric inpatient care*. Psychiatric Services, 65(2), s. 251–254
- Ystgaard M., Reinholdt NP., Husby J. og Mehlum L. (2003) *Villet egenskade blant ungdom*. Tidsskrift for Den norske legeforening

Z

- Zhu Y., Krause M., Huhn M., Rothe P., Scheider-Thomas J., Chaimani A., Davis JM. og Leucht S. (2017) *Antipsychotic drugs for the acute treatment of patients with a first episode of schizophrenia: a systematic review with pairwise and network meta-analyses*. Lancet Psychiatry, vol. 4(9) s. 694–705

Ø

- Ødegård Ø. (1964) *Pattern of discharge from Norwegian psychiatric hospitals before and after the introduction of the psychotropic drugs*. American Journal of Psychiatry, vol. 120, s. 772–778

- Ødegaard KJ. og Kessler U. (2012) *ECT og andre nevrostimulerende behandlingsformer*. I: Dahl AA. og Aarre TF (red.). Praktisk psykiatri
- Østenstad, BH. (2011) *Heimelsspørsmål i behandling og omsorg overfor psykisk utviklingshemma og aldersdemente. Rettslege og etiske problemstillinger ved bruk av tvang og inngrep utan gyldig samtykke*
- Østenstad BH. (2011a) *Fråver av avgjerdskompetanse som mogeleg vilkår for tvunge psykisk helsevern m.m.*, vedlegg 3 til NOU 2011: 9, s. 290 –353
- Østenstad BH (2014a) *Sårstelldommen (Rt. 2010 s. 612) – prejudikat for kva?* Lov og Rett, s. 484–501.
- Østenstad, BH (2016) «Individtilpassa verjemål – er vi i mål?», Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål, 2016 s. 227–231

Ymse (upubliserte arbeider, samtaler, avisartikler mv.)

- Barne- og likestillingsdepartementet og Helse- og omsorgsdepartementet (2017) Bedre psykisk helsehjelp for barn i barnevernet, nyhetssak publisert på Regjeringen.no, 09.januar 2017
- Blikshavn, Thomas (2019) Personlig kommunikasjon mellom Tormod Stangeland og overlege Thomas Blikshavn ved Akershus universitetssykehus
- Granavoldplattformen (2019) Politisk plattform for en regjering utgått av Høyre, Fremskrittspartiet, Venstre og Kristelig Folkeparti, Granavolden, 17. januar 2019
- Kongelig resolusjon (2016) 26. august 2016
- Norsk sykepleierforbund (2018) Sykepleiere gir pasienter beroligende midler på grunn av tidsnød, publisert 15. mars 2018, oppdatert 29.mai 2018
- Politiforum (2016) Bruk av mageleie og halsgrep i forbindelse med pågripelser. *Politiforum*. Hentet fra <https://www.politiforum.no/artikler/bruk-av-mageleie-og-halsgrep-i-forbindelse-med-pagripelser/387052>
- Samordningsrådet for arbeid for mennesker med utviklingshemming (2013) Farlig praksis: <http://www.samordningsradet.no/index.cfm?pArticleId=27851>
- Sykepleien.no (2017) *Bruker mindre tvang*. Av Veland MC. og Jacob A.
- VG (2016) Kameraer og sensorer skal overvåke demente, nyhetssak publisert 10. oktober 2016. Tilgjengelig her: <https://www.vg.no/nyheter/innenriks/i/02yL2/kameraer-og-sensorer-skal-overvaake-demente>

Rettsavgjørelser

- Rt. 1998 s. 1538
- Rt. 2001 s. 752
- Rt. 2001 s. 1123
- Rt. 2001 s. 1481

Rt. 2001 s. 1881

Rt. 2004 s. 583

Rt. 2004 s. 1588

Rt. 2011 s. 1481

Rt. 2010 s. 612

Rt. 2012 s. 1985

Rt. 2012 s. 2039

Rt. 2015 s. 93

Rt. 2015 s. 913

Rt. 2015 s. 1388

HR-2018-2204-A

LA-2016-80832

LB-2018-115151

RG 2004 s. 694

Gulating lagmannsrett, ankesak nr. 98-00844

Stavanger byrett, sak nr. 97-00080A s. 11

Asker og Bærum herredsrett, sak nr. 92/4

Midt-Trøndelag herredsrett, sak nr. 5/1975

Internasjonale kilder (konvensjoner, uttalelser, resolusjoner, direktiver m.v)

Praksis fra Den europeiske menneskerettsdomstolen

Winterwerp mot Nederland, 1979

Guzzardi mot Italia, 1980

Gillick mot West Norfolk og Wisbech Area Health Authority, 1986

Nielsen mot Danmark, 1988

Koniarska mot Storbritannia, 2000

Pretty mot Storbritannia, 2002

D.G. mot Irland, 2002

H.L. mot Storbritannia, 2004

Storck mot Tyskland, 2005

Litwa mot Polen, 2009

D.D. mot Litauen, 2012

Bures mot Tsjekkia, 2012
Stanev mot Bulgaria, 2012
Austin mot Storbritannia, 2012
Z.H. mot Ungarn, 2013
R.P. m.fl. mot Storbritannia, 2013
M.S. mot Kroatia, 2015
Blokhin mot Russland, 2016
A.N mot Litauen, 2016
De Tommaso mot Italia, 2017
A.-M.V. mot Finland, 2017
Selmouni mot Frankrike, 1999

Konvensjoner

FN (1966) *FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP)*
FN (1966) *FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK)*
FN (1984) *FNs konvensjon mot tortur og annen grusom, umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff (torturkonvensjonen)*
FN (1989) *FNs konvensjon om barnets rettigheter (barnekonvensjonen)*
Europarådet (1996) *Den reviderte europeiske sosialpakt*
Europarådet (1997) *Konvensjon om beskyttelse av menneskerettighetene og menneskets verdighet i forbindelse med anvendelsen av biologi og medisin (Oviedo-konvensjonen)*
Europarådet (2015), Report by Nils Muižnieks Commissioner for Human Rights of the Council of Europe, following his visit Norway from 19 to 23 January 2015 (CommDH(2015)9)
FN (2002) *Valgfri protokoll til FNs konvensjon mot tortur og annen grusom, umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff*
FN (2013) *FNs konvensjon om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne (CRPD)*

Barnekomiteen (2003) *General Comment no. 5 General Measures of Implementation of the Convention on the Rights of the Child. CRC/GC/2003/5*
Barnekomiteen (2005) *General Comment no. 7 on Implementing child rights in early childhood. CRC/C/GC/7/Rev. 1*
Barnekomiteen (2009) *General Comment no. 12 on the right of the child to be heard. CRC/C/GC/12*
Barnekomiteen (2011) *General Comment no. 13 on the right of the child to freedom from all forms of violence. CRC/C/GC/13*

- Barnekomiteen (2013a) *General Comment no. 14 on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration*. CRC /C/GC/14
- Barnekomiteen (2013b) *General Comment no. 15 on the right of the child to the enjoyment of the highest attainable standard of health*. CRC/C/GC/15
- Barnekomiteen (2006) *General Comment no. 9 on the rights of children with disabilities*. CRC/C/GC/9
- Barnekomiteen (2013) *3rd Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a communications procedure*. Resolution A/RES/66/138
- Barnekomiteen (2013b) *General Comment no. 15 on the right of the child to the enjoyment of the highest attainable standard of health (art. 24)*. CRC/C/GC/15
- Barnekomiteen (2018) *Concluding observations on the combined fifth and sixth periodic reports of Norway*. CRC/C/NOR/CO/5–6
- Europarådet (1997) *Explanatory Report to the Convention for the protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine*. Oviedo, 4.IV.1997
- Europarådet (1999) *Principles concerning the Legal Protection of Incapable Adults*. Recommendation no. R (1999) 4
- Europarådet (2006) *Report to the Norwegian Government on the visit to Norway carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT)*. CPT/Inf (2006) 14)
- Europarådet (2009) *Principles concerning continuing powers of attorney and advance directives for incapacity*. Recommendation CM/Rec. (2009)11 and explanatory memorandum
- Europarådet (2011) *Report to the Norwegian Government on the visit to Norway carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT)*. CPT/Inf (2011) 33
- Europarådet (2012) *Protecting human rights and dignity by taking into account previously expressed wishes of patients*. Resolution 1859. Resolution 1859 (2012)
- Europarådet (2015), Report by Nils Muižnieks Commissioner for Human Rights of the Council of Europe, following his visit Norway from 19 to 23 January 2015 (CommDH(2015)9)
- Europarådet (2017) *Means of restraint in psychiatric establishments for adults (Revised CPT standards)*, European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT). CPT/Inf(2017)6
- Europarådet (2018a) *Draft Additional Protocol concerning the protection of human rights and dignity of persons with mental disorder with regard to involuntary placement and involuntary treatment*. DH-BIO/INF (2018) 7
- Europarådet (2018b) *Draft Explanatory Report to the Additional Protocol to the Convention on Human Rights and Biomedicine concerning the protection of human rights and dignity of persons with mental disorder with regard to involuntary placement and involuntary treatment*. DH-BIO/INF (2018) 8

Europarådet (2019) *Report to the Norwegian Government on the visit to Norway carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 28 May to 5 June 2018*. CPT/Inf (2019)1

FN Menneskerettighetskomiteen (2014) *General comment No. 35. Article 9: Liberty and security of person*. CCPR/C/GC/35

FNs Menneskerettighetskomiteen (2017) *Concluding observations on the seventh periodic report of Norway*. CCPR/C/NOR/CO/7

FN, CRPD-komiteen (2014) *General Comment no. 1: Article 12: Equal recognition before the law*. CRPD/C/GC/1

FN, CRPD-komiteen (2014a) *Concluding observations on the initial report of Sweden, Committee on the Rights of Persons with Disabilities*. CRPD/C/SWE/CO/1

FN, CRPD-komiteen (2014b) *Committee on the Rights of Persons with Disabilities, Concluding observations on the initial report of Sweden*. CRPD/C/SWE/CO/1

FN, CRPD-komiteen (2015) *Guidelines on article 14 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities. The right to liberty and security of persons with disabilities*. A/72/55

FNs spesialrapportør for mennesker med nedsatt funksjonsevne (2017) *Report of the Special Rapporteur on the rights of persons with disabilities*. A/HRC/37/56

FNs spesialrapportør for mennesker med nedsatt funksjonsevne (2018) *Report of the Special Rapporteur on the rights of persons with disabilities*. A/73/161

FN, ØSK-komiteen (2000) *General Comment no. 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health*. E/C.12/2000/4

FN, torturkomiteen (2018) *Concluding observations on the eighth periodic report of Norway*. CAT/C/NOR/CO/8

Danmark

Lover og lovbekendtgørelser

Lov om anvendelse af tvang i psykiatrien, jf. lovbekendtgørelse nr. 1160 af 29. september 2015 (med senere endringer)

Lov nr. 618 af 8. juni 2016 om fremtidsfuldmagter (med senere endringer)

Lov nr. 655 af 8. juni 2016 om ændring af sundhedsloven, lov om klage- og erstatningsadgang inden for sundhedsvæsenet og lov om tilbageholdelse af stofmisbrugere i behandling (Styrket indsats for gravide med et misbrug af rusmidler)

Lov nr. 661 af 8. juni 2017 om ændring af lov om social service og lov om retssikkerhed og administration på det sociale område (Udvidelse af reglerne om optagelse i et bestemt botilbud uden samtykke m.v.)

Lov nr. 691 af 8. juni 2017 om ændring af lov om anvendelse af tvang i psykiatrien og sundhedsloven

Lov om tilbageholdelse af stofmisbrugere i behandling, jf. lovbekendtgørelse nr. 972 af 8. august 2017 (med senere endringer)

Lov om klage- og erstatningsadgang inden for sundhedsvæsenet, jf. lovbekendtgørelse nr. 995 af 14. juni 2018 (med senere endringer)

Lov om retssikkerhed og administration på det sociale område, jf. lovbekendtgørelse nr. 1064 af 21. august 2018 (med senere endringer)

Lov om social service (Serviceloven), jf. lovbekendtgørelse nr. 1114 af 30. august 2018 (med senere endringer)

Lov om autorisation af sundhedspersoner og om sundhedsfaglig virksomhed (Autorisationsloven), jf. lovbekendtgørelse nr. 1141 af 13. september 2018 (med senere endringer)

Sundhedsloven, jf. lovbekendtgørelse nr. 1286 af 2. november 2018 (med senere endringer)

Lov om rettens pleje (Retsplejeloven), jf. lovbekendtgørelse nr. 1284 af 14. november 2018 (med senere endringer)

Lov nr. 1702 af 27. december 2018 om Familieretshuset (Familieretshusloven) (med senere endringer)

Lov om anvendelse af tvang ved somatisk behandling af varigt inhabile, jf. lovbekendtgørelse nr. 126 af 27. januar 2019 (med senere endringer)

Lov om voksenansvar for anbragte børn og unge, jf. lovbekendtgørelse nr. 178 af 26. februar 2019 (med senere endringer)

Forskrifter

Bekendtgørelse nr. 1338 af 2. december 2010 om anvendelse af anden tvang end frihedsberøvelse på psykiatriske afdelinger, med endringer i bekendtgørelse nr. 1107 af 11. september 2015

Bekendtgørelse nr. 1341 af 2. december 2010 om patientrådgivere, med senere endringer

Bekendtgørelse nr. 1677 af 16. december 2016 om magtanvendelse og indberetning ved tilbageholdelse af stofmisbrugere i behandling

Bekendtgørelse nr. 1018 af 23. august 2017 om fremtidsfuldmagter

Bekendtgørelse nr. 1231 af 13. november 2017 om magtanvendelse og andre indgreb i selvbestemmelsesretten over for voksne samt om særlige sikkerhedsforanstaltninger for voksne og modtagepligt i boformer efter lov om social service

Bekendtgørelse nr. 1438 af 6. december 2017 om voksenansvar for anbragte børn og unge

Bekendtgørelse nr. 509 af 13. maj 2018 om information og samtykke i forbindelse med behandling og ved videregivelse og indhentning af helbredsoplysninger m.v.

Bekendtgørelse nr. 979 af 28. juni 2018 om forretningsorden for Tvangsbehandlingsnævnet

Bekendtgørelse nr. 1345 af 16. november 2018 om behandlingstestamenter

Lovforslag

Lovforslag nr. L 165 (2015–16) Forslag til lov om ændring af sundhedsloven, lov om klage- og erstatningsadgang inden for sundhedsvæsenet og lov om tilbageholdelse af stofmisbrugere i behandling. (Styrket indsats for gravide med et misbrug af rusmidler)

Lovforslag nr. L 185 (2016–17) Forslag til lov om anvendelse af tvang ved somatisk behandling af varigt inhabile. (Tvangsbehandlingsloven)

Lovforslag nr. L 206 (2016–17) Forslag til lov om ændring af lov om social service og lov om retssikkerhed og administration på det sociale område. (Udvidelse af reglerne om optagelse i et bestemt botilbud uden samtykke m.v.)

Lovforslag nr. L 207 (2016–17) Forslag til lov om ændring af lov om anvendelse af tvang i psykiatrien og sundhedsloven. (Oprettelse af særlige pladser på psykiatrisk afdeling)

Lovforslag nr. L 99 (2017–18) Forslag til Lov om ændring af sundhedsloven. (Øget selvbestemmelse for patienter i forhold til fravalg af behandling, herunder oprettelse af en behandlingstestamenteordning)

Høringsdokumenter, politiske avtaler mv.

Børne- og Socialministeriet (2018a) *Notat om lovforslag om ændring af lov om social service, lov om retssikkerhed og administration på det sociale område, lov om tilkøb af socialpædagogisk ledsagelse under ferie, lov om almene boliger m.v. og lov om leje af almene boliger (Ændrede regler om magtanvendelse og andre indgreb i selvbestemmelsesretten over for voksne samt indførelse af mulighed for målretning af botilbud til unge og kommunal dækning af skader forvoldt af lejere i almene boliger)*

Børne- og Socialministeriet (2019) *Kommenteret høringsnotat over forslag til lov om ændring af lov om social service, lov om retssikkerhed og administration på det sociale område, lov om tilkøb af socialpædagogisk ledsagelse under ferie, lov om forpligtende kommunale samarbejder, lov om almene boliger m.v. og lov om leje af almene boliger (Ændrede regler om magtanvendelse og andre indgreb i selvbestemmelsesretten over for voksne samt indførelse af mulighed for målretning af botilbud til unge og kommunal dækning af skader forvoldt af lejere i almene boliger)*

Sundheds- og Ældreministeriet (2016a) *Høring – lovforslag om specialiserede socialpsykiatriske afdelinger (Udkast til forslag til lov om ændring af lov om anvendelse af tvang i psykiatrien, lov om rettens pleje, lov om socialtilsyn, lov om retssikkerhed og administration på det sociale område og lov om regioner og om nedlæggelse af amtskommunerne, Hovedstadens Udviklingsråd og Hovedstadens Sygehusfællesskab (Oprettelse af specialiserede socialpsykiatriske afdelinger)*

Sundheds- og Ældreministeriet (2017a) *Høring – lovforslag om specialiserede socialpsykiatriske afdelinger (Revideret udkast til forslag til lov om ændring af lov om anvendelse af tvang i psykiatrien, lov om rettens pleje, lov om socialtilsyn, lov om retssikkerhed og administration på det sociale område og lov om regioner og om nedlæggelse af amtskommunerne, Hovedstadens Udviklingsråd og Hovedstadens Sygehusfællesskab (Oprettelse af specialiserede socialpsykiatriske afdelinger)*

Sundheds- og Ældreministeriet (2017b) *Kommenteret høringsnotat til Forslag til Lov om ændring af lov om anvendelse af tvang i psykiatrien (Oprettelse af særlige pladser på psykiatrisk afdeling)*

Sundheds- og Ældreministeriet (2017c) *Høring over udkast til forslag til lov om anvendelse af tvang ved somatisk behandling af varigt inhabile (tvangsbehandlingsloven)*

Sundheds- og Ældreministeriet (2017d) *Notat om Høringsnotat om forslag til lov anvendelse af tvang ved somatisk behandling af varigt inhabile (tvangsbehandlingsloven)*

Delaftale om udmøntning af satspuljen for 2017–2020: Handlingsplan til forebyggelse af vold på botilbud, inngått 14. oktober 2016 mellom daværende regjering og en rekke politiske partier

Aftale om revision af reglerne om magtanvendelse på demensområdet (servicelovens kapitel 24), inngått 31. august 2018

Aftale om revision af reglerne om magtanvendelse på handicapområdet (servicelovens kapitel 24), inngått 31. august 2018

Veiledninger, rapporter mv.

Ankestyrelsen (2015) *Magtanvendelse ved flytning til midlertidigt botilbud*, Nyt fra Ankestyrelsen nr. 5 oktober 2015

Ankestyrelsen (2018a) *Magtanvendelsesreglerne i serviceloven*

Ankestyrelsen (2018b) *Årsredegørelse til Det Rådgivende Praksis-udvalg for 2017*

Børne- og Socialministeriet (2017) *Vejledning om lov om tilbageholdelse af stofmisbrugere i behandling* (VEJ nr. 9309 av 26. mars 2017)

Børne- og Socialministeriet (2018b) *Vejledning om magtanvendelse og andre indgreb i selvbestemmelsesretten over for voksne, herunder pædagogiske prinsipper* (VEJ nr. 9043 av 29. januar 2018)

Børne- og Socialministeriet (2018c) *Afrapportering af serviceeftersyn af magtanvendelsesreglerne*

DEFACTUM i samarbejde med COWI (2018) *Evalueringsrapport udarbejdet for Sundhedsstyrelsen – Evaluering af forsøg med bæltefri afdelinger i psykiatrien*

Det Nationale Institut for Kommuners og Regioners Analyse og Forskning (2014) *Tvungen opfølgning efter udskrivning over for alvorligt psykisk syge patienter – En interviewundersøgelse*

Magtanvendelsesudvalget (2015) *Betænkning om magtanvendelse over for børn og unge, der er anbragt uden for hjemmet. Betænkning fra Udvalget om magtanvendelse på anbringelsessteder for børn og unge (Magtanvendelsesudvalget) (Betænkning nr. 1551/2015)*

Patientsikkerhedsstyrelsen (2018a) *Vejledning om forudgående fravalg af livsforlængende behandling, herunder genoplivningsforsøg, og om afbrydelse af behandling* (VEJ nr. 9374 av 29. mai 2018)

Patientsikkerhedsstyrelsen (2018b) *Vejledning om fravalg af livsforlængende behandling, herunder genoplivningsforsøg, og om afbrydelse af behandling, uden for sygehuse* (VEJ nr. 9375 av 29. mai 2018)

Social- og Indenrigsministeriet og Sundheds- og Ældreministeriet (2015) *Afrapportering – Arbejdsgruppe om gravide med et forbrug og misbrug af rusmidler*

Sundheds- og Ældreministeriet (2016b) *Et trygt og værdigt liv med demens – National demenshandlingsplan 2025*

Sundheds- og Ældreministeriet (2017e) *Vejledning om tilbageholdelse af gravide alkoholmisbrugere i behandling efter sundhedsloven* (VEJ nr. 9674 av 30. juni 2017)

Sundhedsstyrelsen (2014) *Evaluering af ordningen med tvungen opfølgning efter udskrivning*

Sundhedsstyrelsen (2018) *Monitorering af tvang i psykiatrien, Opgørelse for perioden 1. juli 2017 – 30. juni 2018*

Sverige

Lover

Regeringsformen (1974:152)

Brottsbalk (SFS 1962:700)

Lag om vård av missbrukare i vissa fall (SFS 1988:870)

Lag med särskilda bestämmelser om vård av unga (SFS 1990:52)

Lag om psykiatrisk tvångsvård (SFS 1991:1128)

Lag om rättspsykiatrisk vård (SFS 1991:1129)

Lag om stöd och service till vissa funktionshindrade (SFS 1993:387)

Lag om besöksinskränkningar vid viss tvångsvård (SFS 1996:981)

Lag om offentligt biträde (SFS 1996:1620)

Socialtjänstlag (SFS 2001:453)

Lag om gemensam nämnd inom vård- och omsorgsområdet (SFS 2003:192)

Patientlag (SFS 2014:821)

Hälso- och sjukvårdslag (SFS 2017:30)

Lag om framtidsfullmakter (SFS 2017:310)

Lag om stöd vid klagomål mot hälso- och sjukvården (SFS 2017:372)

Forskrifter mv.

SOSFS 1980:87 Socialstyrelsens kungörelse med föreskrifter om förbud mot tvångsmedel inom somatisk långtidsvård

SFS 1991:1472 Förordning om psykiatrisk tvångsvård och rättspsykiatrisk vård

SOSFS 1992:17 Socialstyrelsens föreskrifter och allmänna råd om skyddsåtgärder för personer med åldersdemens i särskilda boendeformer för service och omvårdnad

SOSFS 2008:18 Socialstyrelsens föreskrifter och allmänna råd om psykiatrisk tvångsvård och rättspsykiatrisk vård

SOSFS 2010:1 Socialstyrelsens föreskrifter om upphävande av Socialstyrelsens kungörelse (SOSFS 1980:87) med föreskrifter om förbud mot tvångsmedel inom somatisk långtids-sjukvård

SOSFS 2010:2 Socialstyrelsens föreskrifter om upphävande av föreskrifterna och allmänna råden (SOSFS 1992:17) om skyddsåtgärder för personer med åldersdemens i särskilda boendeformer för service och omvårdnad

Lovpropositioner

Prop. 2013/14:106 Patientlag

Prop. 2016/17:30 Framtidsfullmakter – en ny form av ställföreträdarskap för vuxna

Prop. 2016/17:94 Ökad patientmedverkan vid psykiatrisk tvångsvård och rättspsykiatrisk vård

Prop. 2017/18:169 Stärkt rättssäkerhet vid genomförande av särskilda befogenheter på särskilda ungdomshem och LVM-hem

SOUer og Ds (Departementsserien)

SOU 2004:3 Tvång och förändring – Rättssäkerhet, vårdens innehåll och eftervård

SOU 2006:110 Regler för skydd och rättssäkerhet för personer med demenssjukdom

Ds 2009:19 Insatser för en alkohol- och narkotikafri graviditet

SOU 2011: 35 Bättre insatser vid missbruk och beroende

SOU 2012:17 Psykiatri och lagen – tvångsvård, straffansvar och samhällsskydd

SOU 2013:2 Patientlag – Delbetänkande av Patientmaktsutredningen

SOU 2013:44 Ansvarsfull hälso- och sjukvård

SOU 2015:52 Rapport från Bergwallkommissionen

SOU 2015:71 Barns och ungas rätt vid tvångsvård. Förslag till ny LVU

SOU 2015:80 Stöd och hjälp till vuxna vid ställningstaganden till vård, omsorg och forskning

SOU 2017:111 För barnets bästa? Utredningen om tvångsåtgärder mot barn i psykiatrisk tvångsvård

Retningslinjer, rapporter, strategier, mv.

Inspektionen för vård och omsorg (2015) *Skapa trygghet utan tvång – Rapport om tillsynsinsats vid verksamheter där personer med nedsatt beslutsförmåga bor eller vistas*

Justitieombudsmannen (2016) *Ämbetsberättelse 2015/16 Hälso- och sjukvård*

Lagrådet (2012) *Utdrag ur protokoll vid sammanträde 2012-12-18*

Regeringen (2012) *Lagrådsremiss – God vård och omsorg om personer med demenssjukdom samt regler för skydd och rättssäkerhet*

SBU, 1997, *Behandling med neuroleptika*. Volym 1 och 2. Statens beredning för utvärdering av medicinsk metodikk. SBU-rapport nr. 133/1 och 133/2.

Socialdepartementet (2016) *Regleringsbrev för budgetåret 2017 avseende Socialstyrelsen*

Socialstyrelsen (2007) *Gravida kvinnor med missbruk och barn som lever i familjer med missbruksproblem*

Socialstyrelsen (2010a) *Upphävda föreskrifter om tvångs- och skyddsåtgärder* (Meddelandeblad nr. 2/2010)

Socialstyrelsen (2010b) *Barn under 18 år som söker hälso- och sjukvård* (Meddelandeblad nr. 7/2010)

Socialstyrelsen (2010c) *ECT-behandling – En pilotstudie*

Socialstyrelsen (2013) *Tvångs- och skyddsåtgärder inom vård och omsorg för vuxna* (Meddelandeblad nr. 12/2013)

Socialstyrelsen (2015a) *Att förebygga och minska utmanande beteende i LSS-verksamhet*

Socialstyrelsen, 2015b, *Vård och omsorg om personer med nedsatt beslutsförmåga – Slutrapport*

Socialstyrelsen (2016) *Att förebygga tvångs- och begränsningsåtgärder genom det systematiska kvalitetsarbetet*

Socialstyrelsen (2017) *En nationell strategi för demenssjukdom – Underlag och förslag till plan för prioriterade insatser till år 2022*

Socialstyrelsen (2018) *Att stödja vuxna personer med nedsatt beslutsförmåga att uttrycka sin vilja – Introduktion och diskussion*

Svenskt Demenscentrum (2010) *För vems skull? Om tvång och skydd i demensvården*

Svenskt Demenscentrum (2013) *Vad kan Sverige lära? Tvingande skyddsåtgärder i Norge, England och Holland*

Svenskt Demenscentrum (2015) *Nollvision – För en demensvård utan tvång och begränsningar*

Island

Lover

Lög um málefni fatlaðs fólks av 2. juni 1992 nr. 59 (Engelsk: Act on the Affairs of Disabled People)

Lögræðislög av 28. mai 1997 nr. 71 (Engelsk: Act on Legal Competence)

Lög um réttindi sjúklinga av 28. mai 1997 nr. 74 (Engelsk: Patients' Rights Act)

Barnaverndarlög av 10. mai 2002 nr. 80. (Engelsk: Child Protection Act)

Lög um heilbrigðisþjónustu av 27. mars 2007 nr. 40 (Engelsk: Health Service Act)

Lög um réttindagæslu fyrir fatlað folk av 23. juni 2011 nr. 88 (Engelsk: Act on the protection of the rights of disabled persons)

England

Lover, forskrifter og lovforslag

Mental Health Act 1983

Mental Capacity Act 2005

Mental Health Units (Use of Force) Act 2018

Mental Capacity Act 2005 (Independent Mental Capacity Advocates) (General) Regulations 2006

Health and Social Care Act (2008) (Regulated Activities) Regulations 2014 No. 2936

Mental Health Units (Use of Force) Bill, 2017

Mental Capacity (Amendment) Bill 2017–2019

Annet

Department for Constitutional Affairs (2007) *Mental Capacity Act 2005. Code of Practice*

Department of Health (2015a) *Code of Practice: Mental Health Act 1983*, revidert utgave

Department of Health (2015b) *Department of Health Guidance: Response to the Supreme Court Judgment/ Deprivation of Liberty Safeguards*

Department of Health & Social Care (2017) *Policy paper. Terms of reference: independent review of the Mental Health Act 1983*

Essex Chambers (2017a) *Health, Welfare and Deprivation of Liberty* (Mental Capacity Report, Issue 81)

Essex Chambers (2017b) *The Wider Context* (Mental Capacity Report, Issue 81)

House of Commons Library (2019) *Briefing Paper No. CBP8466 – Mental Capacity (Amendment) Bill*

Law Commission (2017) *Mental Capacity and Deprivation of Liberty* (Law Com No 372)

Independent Review of the Mental Health Act 1983, 2018, *Modernising the Mental Health Act – Increasing choice, reducing compulsion. Final report of the Independent Review of the Mental Health Act 1983*

Office of the Public Guardian (2017) *Guidance – Public Guardian practice note (PN6): Court of Protection visitors and the release of their reports*

Royal College of Emergency Medicine, 2018, *Best Practice Guideline Consent in Adults, Adolescents and Children in Emergency Departments*

Social Care Institute for Excellence (2015/2017) *Deprivation of Liberty Safeguards (DoLS) at a glance, SCIE At a glance 43*

Supreme Court (2014) Judgment – P (by his litigation friend the Official Solicitor) (Appellant) v Cheshire West and Chester Council and another (Respondents) and P and Q (by

their litigation friend, the Official Solicitor) (Appellants) v Surrey County Council (Respondent), [2014] UKSC 19

Irland

Lover og forskrifter

Mental Health Act 2001

Assisted Decision-Making (Capacity) Act 2015 (i hovedsak ikke i kraft)

The Health Act 2007 (Care and Welfare of Residents in Designated Centres for Older People) Regulations 2013

Rules Governing the Use of Seclusion and Mechanical Means of Bodily Restraint, 2009/2011

Annet

Department of Health (2011) *Towards a Restraint Free Environment in Nursing Homes: A Policy Document*

Department of Health (2017a) *Deprivation of Liberty: Safeguard Proposals – Consultation Paper*

Department of Health (2017b) *Part 13 of the Assisted Decision-Making (Capacity) Act 2015 Preliminary Draft Heads of Bill for Public Consultation Purposes Only*

Expert Group Review of the Mental Health Act (2001, 2015) *Report of the Expert Group Review of the Mental Health Act, 2001*

Health Service Executive (2017) *Draft to: Assisted Decision-Making (Capacity) Act 2015 – A Guide for Health and Social Care Professionals*

Health Information and Quality Authority (2014/2016) *Guidance for Designated Centres: Restraint Procedures (GDE3)*

Mental Health Commission (2014) *Seclusion and Restraint Reduction Strategy*

Mental Health Commission (2017) *The Use of Seclusion, Mechanical Means of Bodily Restraint and Physical Restraint in Approved Centres: Activities Report 2014 and 2015*

Irish Journal of Psychological Medicine (2017) Volume 34 issue, 4. desember 2017, s. 295–303.

Oireachtas Library & Research Service (2017) *L&RS Note: Assisted Decision-Making (Capacity) Act 2015: how will it work*

Andre land

USA (1986) OBRA-Act

USA (2004) California Mental Health Services Act in (MHSA)

Tyskland (2016) Avgjørelse fra den tyske forfatningsdomstolen, 1 BVL 8/15-, avsagt 26. juli 2016

England (2014) Cheshire West and Chester Council v P, dom avsagt av engelsk høyesterett

Vedlegg 1.

Generell dissens

Av Vibeke Erichsen og Jens Petter Gitlesen

Innledning

Utover en uenighet om de fundamentale tilnærmingene for å utøve utvalgets mandat og føringene dette gir på utvalgets arbeid, kan arbeidet i utvalget karakteriseres som positivt og konstruktivt.

Utvalget er blitt ledet på en strukturert, lyttende, inkluderende og åpen måte. Utvalgsmedlemmene var engasjerte og bidrog. Sekretariatet la ned en formidabel innsats, uten å være førende på utvalgets arbeid.

Denne dissensen er et resultat av en forståelse av utvalgets mandat, enkeltindividets autonomi, diskriminering av mennesker med nedsatt funksjonsevne og FN-konvensjonen om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne (CRPD), en forståelse som skiller seg fundamentalt fra det som synes å være flertallets forståelse.

Generell kritikk av flertallets forslag

Kort oppsummert bygger flertallsforslaget fra utvalget på et hovedvilkår om manglende beslutningskompetanse, et vilkår som det kan argumenteres for er diskriminerende og i strid med CRPD. Flertallsforslaget, har som utgangspunkt å begrense tvangsbruken ved å gi mange og stramme vilkår for bruk av tvang.

Det er ytterst problematisk å fastslå hva beslutningskompetanse er, hvordan en kan avgjøre en persons beslutningskompetanse og hvem som har evner eller bakgrunn til å avgjøre slikt. En kan hevde at det å frata en persons selvbestemmelse er diskriminerende i henhold til CRPD, artikkel 2. I det minste vil mange av dem som fratas sin selvbestemmelse mene at en slik umyndiggjøring ikke er å regne som positiv forskjellsbehandling. Fratakelse av selvbestemmelse begrunnet i funksjonsnedsettelse er i strid med CRPD, artikkel 12 som pålegger partene å «... treffe hensiktsmessige tiltak for å gi mennesker med nedsatt funksjonsevne tilgang til den støtte de kan trenge for å kunne utøve sin rettslige handleevne». Fratakelse av selvbestemmelse er ikke støtte. Selvbestemmelse er blant de mest grunnleggende verdiene i vestlige demokratier. Det å frata folks selvbestemmelse med bakgrunn i funksjonsnedsettelse, bør være et tilbaketrukket stadium.

Formallogisk, vil antallet personer som kan underlegges tvangstiltak med et gitt lovverk reduseres når antallet vilkår øker. Imidlertid kan en ikke automatisk trekke en slik slutning for flertallets lovforslag.

For det første er flertallsforslaget annerledes enn de fire eksisterende lovverkene forslaget er ment å erstatte. Det er ikke snakk om å føye til nye vilkår til et eksisterende lovverk, men å etablere et nytt lovverk med mange vilkår.

For det andre bygger lovverket på skjønsmessige begreper som nødvendig, forsvarlig, vesentlig helseskade, respekt, integritet og mange flere. Uavhengig av reguleringene på feltet, kommer en ikke utenom slike skjønsmessige begreper, men det er all grunn til å tro at nettopp disse skjønsmessige begrepene er en vesentlig årsak til den store variasjonen i tvangsbruk både geografisk og over tid. Det har neppe noen gang vært spesielt mange innenfor

helse- og omsorgstjenestene som har ment at de benytter tvang unødvendig. Men forståelsen av begrepet nødvendig, har utvilsomt variert. Da Olav Tendeland ble bestyrer på sentralinstitusjonen Bakkebø i 1970, var 43 av de rundt 300 beboerne i reimer fordi det var nødvendig. I 1974 var det to av de samme beboerne som var i reimet fordi det var nødvendig. I følge Olav Tendeland, var det ikke nødvendig å benytte reimer når forholdene ble lagt tilrette. Etter 1999, ble det forbudt med den bruken av reimer som historien fra Bakkebø forteller om. Det er all grunn til å tro at både psykiatere, psykologer, sykepleiere og vernepleiere forsøker å opptre faglig forsvarlig, men hva som er innholdet i den faglig forsvarligheten, varierer. I helse- og omsorgstjenestelovens § 9-5, kan en lese at «Tvang og makt kan bare brukes når det er faglig og etisk forsvarlig». En vil vanligvis forutsette at den faglige forsvarligheten er innen rammen av det etisk forsvarlige. Men tvangslovgivningen på feltet kom etter en lang rekke mediasaker om uakseptabel tvangsbruk og lovgiver var slett ikke sikker på at det alltid var samsvar mellom det faglig forsvarlige og det etisk forsvarlige. Et av vilkårene for tvangsbruk etter helse- og omsorgstjenestelovens kapittel 9, er fare for vesentlig skade. Da lovverket kom med sosialtjenestelovens kapittel 6 A, var fare for vesentlig skade først og fremst rettet mot alvorlig selvskading og utagerende atferd som kunne skade andre. I dag dekker vesentlig skade også det å forhindre mulig kriminalitet og hindre situasjoner som potensielt kan medføre at personer blir mobbet eller seksuelt misbrukt. Skjønnsmessige begreper får sitt innhold ut i fra den samme kliniske praksisen som de er ment å regulere.

For det tredje er det i mange tilfeller ytterst problematisk å fastslå hvordan en skal kunne enes om hva som er forsvarlig praksis. Når en hører pasienter fra psykiatrien fortelle om svært negative erfaringer med tvang og tvangsbehandling, så svekkes ikke deres troverdighet verken av psykiaternes referanser til kliniske undersøkelser (som det knapt finnes på tvangsfeltet), klinisk skjønn eller av abstrakte akademiske forklaringsmodeller. Problemstillingen går utover spørsmålet om empiri og fakta. Det er en stor og uløst strid om hva som er fakta. Faglighet, faglig tradisjon og profesjonsverdier er vevd sammen på en tilsynelatende uadskillelig måte. Fagfolk på feltet representerer fagkunnskap samtidig med at de utvilsomt også er interessebærere på vegne av fagtradisjon og profesjon.

Den problematiske innveving av fagkunnskap, fagtradisjon og profesjon forsterkes ved at tvangslovgivningen utøves over for små befolkningsgrupper i sårbare situasjoner med svært svake forutsetninger til å fremme sin sak. Tvangstiltakene utøves i rimelig lukkede systemer som psykiatriske sykehus og kommunale bofellesskap. Med unntak av sporadiske mediaomtaler, er slike systemer fritatt fra den samfunnsdebatt og sosiale kontroll som kjennetegner mange andre felter hvor myndighet utøves.

Veien videre

Skal en sikre et lovverk fritt for diskriminering og som er i samsvar med CRPD, så bør en begynne å utrede hvordan en best mulig skal hjelpe mennesker med kognitive- eller psykososiale funksjonsnedsettelse til å utnytte sin selvbestemmelsesrett. Da starter en ikke med et hovedvilkår om fratakelse av selvbestemmelsesretten.

Systemer for å hjelpe personer med kognitive- eller psykososiale funksjonsnedsettelse til å utnytte sin selvbestemmelsesrett er ikke hyllevare som en kan hente fra andre land. Ingen land har utviklet noe som nærmer seg perfekte systemer for beslutningsstøtte, men svært mange land har begynt prosessen. Viktige komponenter av slike systemer er implementert i flere land. Norge henger etter i utviklingen. Imidlertid har det siden Riksrevisjonens rapport med vergemålsreformen og VGs avsløringer i Tolga-saken, vært bevegelser for å sikre individets

selvbestemmelse på vergemålsfeltet. En bør videreutvikle vergemålslovgivningen til et beslutningsstøttesystem. I utgangspunktet bør målsetningen være å sikre alle selvbestemmelse. Om en slik målsetning ikke nås for alle, så vil en i det minste sikre selvbestemmelse for flere.

I den grad en slik utredning vil vise behov for tvangstiltak, så bør tvangstiltak innen helse- og omsorgsfeltet løftes ut av helse- og omsorgssektoren og behandles av andre sektorer. I helse- og omsorgssektoren er det vanskelig å se faggrupper som ikke er påvirket av egne faglige tradisjoner og fordommer.