



Likestillings- og
diskrimineringsombudet

Helse- og omsorgsdepartementet

Postboks 8011 Dep

0030 OSLO

Deres ref.:	Vår ref.:	Arkivkode:	Dato:
	11/1586 - 4 / GHE	SF-LDO:	06.02.2012

Høring NOU 2011:9 Økt selvbestemmelse og rettssikkerhet

1. Innledning og LDOs likestillings- og diskrimineringsperspektiv

Likestillings- og diskrimineringsombudet (LDO) viser til Helse- og omsorgsdepartementets (HOD) brev 25.8.2011 om NOU 2011: 9 Økt selvbestemmelse og rettssikkerhet, og har merknader til forslagene – med utgangspunkt i et diskrimineringsperspektiv.

LDO har håndhevingsansvaret for lov om forbud mot diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne av 20. juni 2008 nr. 42 (diskriminerings- og tilgjengelighetsloven). Videre er LDO tiltenkt tilsynsansvar for FN konvensjonen om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne, Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD) 2006, som ble signert av Norge i 2007, og som etter det vi er kjent med, skal ratifiseres av Norge i løpet av 2013 etter vergemålslovens ikrafttreden. Kjernen i det diskrimineringsforbudet LDO har ansvaret for å håndheve og føre tilsyn med er en plikt til å behandle like eller sammenliknbare tilfeller likt – samt at eventuell forskjellsbehandling må tilfredsstille kravene til nødvendighet og forholdsmessighet.

Med utgangspunkt i dette har særlig to spørsmål vært sentrale for de merknadene LDO har til utvalgets forslag: For det første om de forslagene utvalget foreslår i NOU 2011: 9 går langt nok i å likestille vilkårene for tvang innenfor psykisk helsevern med det som gjelder for somatiske

helsetjenester. Dette gjelder særlig inngangsvilkårene for tvang – og adgangen til tvangsmedisinering – i de tilfeller hvor pasienten ikke anses beslutningskompetent. For det andre har LDO tatt utgangspunkt i det utvalget har omtalt i kapittel 18 om geografiske variasjoner i bruken av tvang i Norge, om at det foreligger tall som tyder på at omfanget av tvang ikke er et direkte resultat av forekomst av alvorlige psykiske lidelser i det aktuelle tvangsområdet. Disse geografiske variasjonene taler for at det er mulig å redusere bruken av tvang ved å gi frivillig behandling eller ved å gi mer effektiv behandling som forebygger tvangsinnleggelse. LDO har vektlagt at det i den grad det er mulig å finne alternative behandlingsmåter til tvang eller å forebygge tvang, vil bruk av tvang være problematisk i forhold til kravet om nødvendighet i henhold til menneskerettskonvensjonene. LDO har derfor også tatt sikte på å vurdere om utvalget foreslår tilstrekkelige tiltak som er egnet til å sikre mot at personer med nedsatt funksjonsevne blir utsatt for vilkårlighet i bruken av tvang.

2. Sammenfatning av LDOs konklusjoner

Med utgangspunkt i spørsmålene presisert ovenfor har LDO kommet til følgende konklusjoner når det gjelder sentrale spørsmål NOU 2011: 9 reiser:

- LDO foreslår at hovedvilkåret om at pasienten må ha alvorlig psykisk lidelse for at det skal kunne etableres tvungent helsevern fjernes, for at man skal kunne oppnå målsettingen om en størst mulig grad av funksjonsbasert tilnærming. LDO mener at faren for utglidning best kan unngås ved å innskrenke behandlingstvilkåret, mer om dette under pkt. 5.1 nedenfor.
- LDO slutter seg ikke til utvalgets forslag om å videreføre behandlingstvilkårets bedrings- og forverringsalternativ. LDO mener at utkast til ny § 4-2 nr. 5 ny bokstav a som hjemler etablering av tvungent psykisk helsevern for å hindre vesentlig helseskade er tilstrekkelig i tillegg til adgangen til å videreføre tvangshjemler ved fare for andre. LDO fremhever også at retten til individuell nedtrappingsplan ved tvangsmedisinering bør lovfestes, se nedenfor pkt. 6.
- Når det gjelder utvalgets forslag om å videreføre dagens adgang til tvungent psykisk helsevern når pasienten utgjør en fare for andre, er LDO sin konklusjon at det er behov for å nedsette et utvalg for å utarbeide en farlighetslov som ikke retter seg primært mot personer med nedsatt funksjonsevne i form av alvorlige psykiske lidelser, men som tar utgangspunkt i konkrete indikasjoner på farlighet, se nedenfor pkt. 7.

- LDO støtter utvalgets forslag om å innføre et krav om manglende beslutningskompetanse for etablering av tvungent psykisk helsevern i behandlingsøyemed. Imidlertid mener LDO at innføring av et slikt krav ikke er tilstrekkelig til å forsvare utvalgets forslag om å videreføre behandlingstvilkårets bedrings- og forverringsalternativ, se nedenfor pkt. 8.
- LDO støtter utvalgets forslag om at det bør stilles et krav om antatt samtykke som vilkår for etablering av tvungent psykisk helsevern på behandlingsindikasjon, det vil si tvang etter utkast til ny § 4-2 nr. 5.
- LDO fremhever imidlertid at loven også bør stille krav om begrunnelse for hvorfor pasientens eventuelle ønske når det gjelder alternativet til det aktuelle tvangstiltaket fravikes, eventuelt i ny § 4-2 ny nr. 10 se nedenfor pkt. 9.
- I tilknytning til utvalgets forslag om krav om manglende beslutningskompetanse og krav om antatt samtykke for etablering av tvungent psykisk helsevern på behandlingsindikasjon, har LDO påpekt mangler når det gjelder oppfyllelse av de krav som følger av Utredningsinstruksen - Konsekvenser for likestilling, og påpekt at det bør utredes hvordan disse tiltakene kan utformes i praksis slik at de vil få samme betydning også for pasienter med ikke-vestlig bakgrunn, og slik motvirke interseksjonell diskriminering, se nedenfor pkt. 10.
- LDO har kritiske merknader til utvalgets vurderinger når det gjelder personer med spiseforstyrrelser. LDO har fremhevet at hensynet til ikke-diskriminering tilsier at også personer med alvorlige spiseforstyrrelser skal sikres tiltak med sikte på å optimalisere deres beslutningskompetanse på lik linje med andre, se nærmere om dette under pkt. 11.
- LDO støtter utvalgets forslag om at det såkalte frivillighetsvilkåret som fremhever at tvang alltid skal være en subsidiær løsning, skal fremgå av psykisk helsevernlovens formålsbestemmelse. Imidlertid har LDO påpekt at frivillighetsvilkåret ikke bare bør gjelde ved etablering av tvungent psykisk helsevern, men også ved det fortsatte tvungne vernet og fremhevet at dette spørsmålet burde vært drøftet blant annet i forhold til CRPD art. 14, se nedenfor pkt. 13.1.
- LDO støtter utvalgets forslag om å videreføre dagens krav om en skjønnsmessig helhetsvurdering som innebærer et krav om at tvangsinngrepet må underkastes en forholdsmessighetskontroll. LDO har imidlertid påpekt at det er behov for en

nærmere vurdering og utredning av hvordan det skal sikres at kravet om forholdsmessighet blir realisert i alle regioner av landet, jf. nedenfor pkt. 13.2.

- LDO støtter utvalgets forslag om å videreføre kravet i dagens psykisk helsevernlov om at en institusjon som tilbyr tvang skal være i stand til å tilby pasienten tilfredsstillende behandling og omsorg. LDO påpeker imidlertid at det er behov for nærmere kommentarer i forarbeidene til hva som ligger i denne kvalitative minstestandarden, slik at det kan gi konkrete føringer for praksis i alle regioner i landet, se nedenfor pkt. 13.4.
- Når det gjelder utvalgets drøftelser om særlige utfordringer som gjelder mennesker med aldersdemens, har LDO påpekt at det er behov for tiltak som sikrer at også denne gruppen pasienter får den helsehjelpen de har rett på i henhold til CRPD art. 25 bokstav b for sine psykiske lidelser, og at det er behov for tiltak som gir en tydeligere normering for bruken av psykofarmaka overfor denne gruppen, se nedenfor pkt. 13.6.
- LDO støtter utvalgets forslag om styrking av prosessuelle rettigheter ved etablering av tvungent vern, herunder krav om at det skal stilles krav om vedtak for alle legeundersøkelser som gjennomføres for å avgjøre om vilkårene for tvungent psykisk helsevern er tilstede, samt at pasienter ved etablering av tvungent psykisk helsevern skal gis rett til tre timers gratis advokatbistand etter rettshjelpsloven, samt forslaget om skjerpet krav til begrunnelse for etableringsvedtak. Når det gjelder utvalgets forslag om å videreføre adgangen til såkalt frivillig tvang, har LDO påpekt at bestemmelsen kan være problematisk og at de beste grunner taler for å utrede denne nærmere i forbindelse med vurdering av en eventuell "supported decision making model" og en eventuell felles tvangsløve i helse- og sosialtjenesten, se nedenfor pkt. 13.11 – 13.16.
- LDO støtter utvalgets forslag om å videreføre konverteringsforbudet mot å overføre pasienter fra frivillig psykisk helsevern til tvungent psykisk helsevern, se nedenfor pkt. 13.17.
- Når det gjelder utvalgets forslag angående gjennomføring av tvungent psykisk helsevern, er LDO sin konklusjon - jf. vår konklusjon når det gjelder spørsmålet om videreføring av behandlingsvilkåret for adgangen til tvang og frihetsberøvelse ved etablering av psykisk helsevern - at dagens adgang til tvang i behandlingsøyemed for å fremme vesentlig bedring eller unngå forverring bør oppheves, slik at det i norsk rett kun blir hjemmel for defensiv intervensjon, det vil si et skade- og

farevilkår etter modell fra pasientrettighetslovens kapittel 4A, se nedenfor pkt. 14.1-14.5.

- Når det gjelder utvalgets vurderinger angående ECT har LDO fremhevet at det er behov for en grundigere utredning av behovet for endring av lovverket i Norge når det gjelder bruk av ECT overfor personer med nedsatt psykososial funksjonsevne. I tillegg har LDO fremhevet at det er behov for at det blir ført grundig statistikk over bruken av ECT i Norge, slik at det blir mulig å avdekke geografiske variasjoner, se nærmere under pkt. 14.6.
- Angående utvalgets forslag om å videreføre adgangen til andre mekaniske tvangsmidler som hindrer pasientens bevegelsesfrihet, slik som belter, remmer og skadeforebyggende spesialklær, har LDO fremhevet at det bør foretas grundigere vurderinger av i hvilken grad det kan etableres andre ordninger som i større grad vil ivareta pasientens autonomi og kunne redusere bruken av mekaniske tvangsmidler, se nedenfor pkt. 14.10.
- LDO slutter seg til utvalgets forslag angående skjerming om at det skal treffes vedtak dersom pasienten motsetter seg skjerming, eller dersom skjermingen varer utover 24 timer, se nedenfor pkt. 14.12 og 14.13.
- Utvalget har påpekt en rekke mangler når det gjelder dagens kontroll- og overprøvingsordninger innen psykisk helsevern, men utvalget har ikke funnet det hensiktsmessig å utarbeide et eget lovforslag når det gjelder nytt kontroll- og overprøvingsorgan. Her har LDO fremhevet at utvalgets synspunkter bør følges opp med en omfattende og grundig utredning av hvordan pasientenes velferdskontroll kan ivaretas, og at det i disse vurderingene må sikres at pasientenes autonomi og selvbestemmelse blir ivaretatt best mulig, og at spørsmålet om pasientenes velferdskontroll også bør ses i sammenheng med utvalgets forslag om at det skal arbeides videre med å utarbeide en såkalt "supported decision making model" i samsvar med det som forutsettes i CRPD art. 12, se nedenfor pkt. 15.

3. LDOs merknader til utvalgets mandat og tidsramme

3.1. Tidsmangel

Mandatet som ble gitt Paulsrudutvalget den 28. mai 2010 er svært omfattende og omfatter både utredning av etiske, faglige og rettslige sider av dagens regler og praksis om tvang innen psykisk helsevern. Utvalget fikk kun et år til disposisjon. Det er grunn til å reise spørsmål ved om det har vært tilstrekkelig tid til å gi utvalget en reell mulighet til å foreslå grunnleggende endringer i

adgangen til tvang overfor personer med psykiske lidelser. Utvalget slutter seg blant annet til Helse- og omsorgsdepartementets syn om at det vil være hensiktsmessig å samle reglene om bruk av tvang i helse og sosialtjenesten i en felles tvangslov, jf. kapittel 1 på side 12. Og utvalget fremhever at det er usikkert om det å ha en særlov for mennesker med alvorlige psykiske lidelser er en egnet løsning for de oppgavene psykisk helsevern er ment å løse. Dette tilsier at utvalget selv legger opp til at de forslagene som fremmes i NOU 2011: 9 ikke er tilstrekkelige og at det er behov for ytterligere lovrevisjoner. Utvalget viser også til at situasjonen der pasienten utgjør en fare for andre reiser særlige spørsmål som aktualiserer behovet for en generell farlighetslov som ikke bare fokuserer på bestemte grupper, slik som alvorlig sinnslidende, men at utvalget ikke har hatt tid til å drøfte disse spørsmålene i særlig grad. Videre er det et samlet utvalg som anbefaler at såkalt ”supported decision making” bør utredes nærmere.

3.2. Utvalgets sammensetning

Videre viser utvalget i kapittel 1 på side 12 til at utvalgets sammensetning og den knappe tiden utvalget har hatt til rådighet har ført til at utvalget har måttet avgrense mot sentrale problemstillinger. Dette gjelder bl.a. å vurdere spesielle forhold som gjelder barn og unge, og spesielle forhold som gjelder personer med rusproblematikk kombinert med psykiske lidelser.

3.3. Alternative behandlingsmåter for psykiske lidelser

Utvalget skriver under kapittel 11 om alternative behandlingsmetoder at det faller utenfor utvalgets mandat og tidsramme å kunne gå grundig inn i alternative behandlingsmåter og gi anbefalinger om disse. Imidlertid anbefaler utvalget at det kan være aktuelt å se nærmere på hvordan slike metoder kan prøves ut og evalueres i Norge. I lys av at nødvendighetsvilkåret forutsetter at nettopp alternative metoder til tvangs skal være forsøkt, blir det også noe vanskelig å vurdere de forslag utvalget kommer med når de aktuelle alternative behandlingsmåtene ikke er tilstrekkelig utredet.

Samlet sett tilsier dette, slik som utvalget selv skriver på side 11, at de forslag utvalget fremmer utgjør skritt i riktig retning, som er realistiske å gjennomføre på kort sikt - samtidig som utvalget synes å forutsette at de skritt som her foreslås må bli fulgt opp med ytterligere skritt for at situasjonen skal bli holdbar.

LDO savner et samlet bilde av de ulike oppfølgninger som utvalget foreslår, samt en vurdering av hvilken sammenheng som finnes mellom de forslag utvalget faktisk foreslår i NOU 2011: 9 og de forslag som utvalget selv foreslår at blir utredet videre.

3.4. Konklusjon

LDO fremhever behovet for at departementet følger opp de behov for å foreta ytterligere utredninger som utvalget fremhever, herunder en felles tvangslov, en såkalt generell farlighetslov og "supported decision making model." I tillegg er det særlig viktig at departementet følger opp arbeidet med å prøve ut og evaluere alternative behandlingsmetoder i psykisk helsevern.

4. Menneskerettslige føringer

4.1. Menneskerettslige krav under endring

Selv om det følger av en rekke internasjonale menneskerettskonvensjoner at alle, inkludert personer med psykiske lidelser, skal ha et effektivt vern av sine menneskerettigheter, herunder vern mot blant annet vilkårlig frihetsberøvelse i FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP), art. 9, og i Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK) art. 5, har bruk av tvang overfor personer med psykiske lidelser i stor grad blitt godtatt av hensyn til pasientens antatte beste eller for å verne samfunnet.

Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD) fra 2006 reflekterer et betydelig endret syn på rettighetene til personer med nedsatt funksjonsevne og er derfor særlig sentral for de problemstillinger som utredningen drøfter. Selv om denne konvensjonen ikke er ratifisert av Norge, reflekterer Norges signering av konvensjonen i 2007 at Norge har til intensjon å følge konvensjonens forpliktelser. Prinsippet om ikke-diskriminering og selvbestemmelse er blant hovedpilarene i denne konvensjonen. Denne konvensjonen har stått relativt sentralt i utvalgets arbeid i henhold til blant annet innledningen i kapittel 1 på side 11. Utvalget skriver her at selv om det foreligger uklarhet angående hvilke plikter som kan utledes av CRPD er det på et verdimessig plan liten tvil om at konvensjonen får betydning ved at det blir vanskeligere å opprettholde særregler for personer med psykiske lidelser også når det gjelder bruk av tvang.

4.2. Usikkerhet i spørsmålet om det rettslige innholdet i FN konvensjonen om rettigheter til mennesker med nedsatt funksjonsevne (CRPD)

LDO tar utgangspunkt i det flertallet i Paulsrudutvalget skriver på side 156 i NOU 2011: 9 Økt selvbestemmelse og rettssikkerhet. Her uttrykker flertallet at det eksisterer usikkerhet og betydelig uenighet i spørsmålet om det rettslige innholdet i FNs konvensjon om rettigheter til mennesker med nedsatt funksjonsevne. Utvalget skriver videre at det samtidig er liten tvil om at konvensjonen gir uttrykk for en internasjonal utvikling med økt fokus på selvbestemmelse og ikke-diskriminering, og at det ut fra et ikke-diskrimineringsperspektiv bør skje en utvikling i lovverket hvor pasientenes selvbestemmelsesrett styrkes. Som fremhevet av Aslak Syse i utredning fra Helsedirektoratet i januar 2009 på side 52, foreligger det et klart tegn på at man kan stå overfor et paradigmeskifte vedrørende muligheten for å ha regler om tvangspsykiatri av den typen Norge har. Syse fremhever at det derfor er grunnlag for en nærmere vurdering både av hvilke forpliktelser vi

påtar oss ved å ratifisere konvensjonen, og samtidig en vurdering av hva slags tvangslovgivning som vi bør ha på dette området.

LDO tar i denne høringsuttalelsen ikke sikte på å konkludere med hensyn til hvilke forpliktelser som kan utledes av CRPD- konvensjonen med sikkerhet, men finner det mer fruktbart å fokusere på hvilken retning den rettslige utviklingen når det gjelder tvang overfor personer med psykiske lidelser vil eller bør kunne utvikle seg i, i lys av de føringer konvensjonen gir.

4.3. Konklusjon

LDO fremhever betydningen av at Norge følger opp signeringen av CRPD-konvensjonen i 2007 med ratifikasjon - innen rimelig tid - og forutsetter at departementet tar sikte på å foreslå lovendringer som vil fremme Norges etterlevelse av konvensjonen.

5. Merknader til forslagene

5.1. Hovedvilkåret om alvorlig psykisk lidelse

Lovutvalgets flertall foreslår å beholde hovedvilkåret om at pasienten må ha alvorlig sinnslidelse for at det skal kunne etableres et tvungent psykisk helsevern. De foreslår imidlertid å erstatte begrepet alvorlig sinnslidelse med det mer tidsmessige begrepet alvorlig psykisk lidelse uten at dette skal innebære noen realitetsendring. Dette fremgår av punkt 14.1 i utvalgets utredning.

Utvalget skriver på side 165 at det er vektige argumenter mot at helsehjelp til mennesker med psykoselidelser og psykotiske symptomer skal reguleres i et eget lovverk med omfattende inngrepshjemler, men at flertallet likevel mener at en videreføring av hovedvilkåret, det vil si vilkåret om alvorlig psykisk lidelse, sikrer en nødvendig innsnevring av adgangen til tvang ved personlighetsforstyrrelser og atferdsavvik. Utvalget er bekymret for at en fjerning av dette hovedvilkåret vil innebære en risiko for en utvikling med gradvis mer tvang ved alvorlige personlighetsforstyrrelser, som ikke er ønskelige eller hensiktsmessige. Utvalget velger derfor å ikke legge avgjørende vekt på de betydelige prinsipielle argumentene for å fjerne hovedvilkåret, fordi de ikke anser det hensiktsmessig å ta dette skrittet i denne omgangen.

Det er her grunn til å fremheve at Paulsrudutvalget skriver at psykoser er den viktigste gruppen av alvorlige psykiske lidelser og at utvalget nevner schizofreni først, deretter bipolar lidelse og så andre, for eksempel symptomer for akutte psykoser, dyp depresjon og demens. Selv om begrepet

alvorlig psykisk lidelse ikke er knyttet direkte til en diagnose, vil det i lys av den praksis som har vært i Norge være nærliggende å fortsette en kultur hvor diagnosene vil få betydning for om pasienten eventuelt vil bli behandlet med tvang. LDO vil fremheve at å videreføre kravet om alvorlig psykisk lidelse derfor vil kunne motvirke Paulsrudutvalgets intensjon om en mer funksjonsbasert tilnærming som ligger i forslaget om å innføre kravet om manglende beslutningskompetanse (se pkt. 8). Det er på det rene at pasienter med schizofreni og bipolar diagnose kan være svært forskjellige, og at lovgivningen slik sett ikke bør bidra til å gi signal som kan være egnet til å gjøre at det trekkes slutninger fra diagnose til at lovens inngangsvilkår for tvang foreligger. Dette ville man i større grad oppnå ved å fjerne inngangsvilkåret alvorlig psykisk lidelse.

Også Bjørn Henning Østenstad advarer i vedlegg 3 *Fråvær av avgjerdskompetanse som mogleg vilkår for tvunge psykisk helsevern og tvangsbehandling m.m.* på side 290 mot faren for utgliding dersom vilkåret om alvorlig sinnslidelse fjernes, og peker på at dette kan ramme for eksempel særlig utviklingshemmede og demente. Imidlertid fremhever Østenstad at denne faren spesielt vil gjøre seg gjeldende når det gjelder behandlingstvilkåret "får sin utsikt til helbredelse eller vesentlig bedring i betydelig grad redusert." Derimot mener Østenstad at dersom: "en vel vekk behandlingstvilkåret og sit tilbake berre med heimel for «defensiv intervensjon» - det vil seie eit skade- eller fare-vilkår (for personen sjølv) – til dømes etter modell fra pasientrettlova kapittel 4A («vesentlig helseskade»), vil det i alle fall eit godt stykke på veg demme opp mot ei slik utgliding." Østenstad har imidlertid ikke vurdert videreføring av behandlingstvilkåret fordi det falt utenfor hans oppdrag.

LDO mener at det er grunn til å vektlegge diskrimineringsperspektivet i større grad. Når nedsatt funksjonsevne, her i form av alvorlig psykisk lidelse, vil være et av flere vilkår for frihetsberøvelse, vil slik frihetsberøvelse kun ramme personer med denne typen nedsatte funksjonsevne. Spørsmålet er blant annet om dette er i samsvar med CRPD art. 14 om rett til frihet på lik linje med andre. Her er det grunn til å fremheve at FNs høykommissær for menneskerettigheter i Annual report av 26. januar 2009 A/HRC/10/48 i para 48 og 49 har uttrykt at:

"Prior to the entrance into force of the Convention, the existence of a mental disability represented a lawful ground for deprivation of liberty and detention under international human rights law. The Convention radically departs from this approach by forbidding deprivation of liberty based on the existence of any disability, including mental or intellectual, as discriminatory. Article 14, paragraph 1 (b), of the Convention unambiguously states that "the existence of a disability shall in no case justify a deprivation of liberty". [...] [U]nlawful detention encompasses situations where the deprivation of liberty is grounded in the combination between a mental or intellectual disability and other elements such as dangerousness, or care and treatment. Since such measures are partly justified by the person`s disability, they are to be considered

discriminatory and in violation of the prohibition of deprivation of liberty on the grounds of disability, and the right to liberty on an equal basis with others prescribed by article 14.

49. Legislation authorizing the institutionalization of persons with disabilities on the grounds of their disability without their free and informed consent must be abolished. This must include the repeal of provisions authorizing institutionalization of persons with disabilities for their care and treatment without their free and informed consent, [...] This should not be interpreted to say that persons with disabilities cannot be lawfully subject to detention for care and treatment or to preventive detention, but that the legal grounds upon which restriction of liberty is determined must be de-linked from the disability and neutrally defined so as to apply to all persons on an equal basis.”

Disse uttalelsene fra høykommissæren for menneskerettigheter taler derfor for at det å ha særskilt hjemmel for frihetsberøvelse som kun vil ramme personer med alvorlige psykiske lidelser vil være problematisk i forhold til CRPD art. 14. Utenriksdepartementet legger imidlertid i brev 12. juni 2009 til grunn at ordlyden i art. 14 nr. 1 bokstav b, taler mot å utelukke påberopelse av en lidelse som eventuelt et av flere nødvendige kriterier som må være oppfylt for tvangsinnleggelse i henhold til helselovgivningen. UD stiller seg i samme brev tvilende til den traktatfortolkning som FNs høykommissær for menneskerettigheter har foretatt, og som tar til orde for at enhver rett til bruk av tvang som i lovgivningen er gjort avhengig av en psykisk lidelse, vil være i strid med konvensjonens art. 14. UD fremhever at FNs høykommissærs uttalelser ikke er rettslig bindende. Men det er også verdt å merke seg at UD også sier at det derimot kan være grunn til å oppfatte elementer i uttalelsene i retning av rettspolitisk motiverte bestrebelser på å signalere behovet for effektivt å motvirke faktisk diskriminering av personer med nedsatt funksjonsevne.

LDO vil også fremheve CRPD art. 8 bokstav b om plikten til å bekjempe stereotyper, og at dette også medfører at å bevare inngangskriteriet alvorlig psykisk lidelse for tvang i behandlingsøyemed er problematisk.

5.2. Konklusjon

LDO foreslår at hovedvilkåret om at pasienten må ha en alvorlig psykisk lidelse for at det skal kunne etableres tvungent psykisk helsevern fjernes. LDO mener at faren for utglidning best kan unngås ved å innskrenke dagens behandlingvilkår, jf. nedenfor pkt. 6, slik at loven kun hjemler defensiv intervensjon, det vil si et skade- og farevilkår.

6. Behandlingsvilkåret som grunnlag for etablering av tvungent psykisk helsevern

Utvalget drøfter om adgangen til tvungent vern etter behandlingsvilkåret, jf. dagens psykisk helsevernlov § 3-3 første ledd nr. 3 bokstav a, bør oppheves og fremhever at det finnes vektige argumenter som taler både for og imot behandlingsvilkåret. Utvalget konkluderer imidlertid med at vilkåret bør opprettholdes, både bedringsalternativet og forverringsalternativet, jf. utvalgets lovutkast § 4-2.

Når det er på det rene at om lag 70 % av alle tvangsinnleggelsener i Norge skjer nettopp med grunnlag i behandlingsvilkåret, vil avgjørelsen av hvorvidt denne muligheten til å tvangsinnlegge for å sikre behandling videreføres, ha svært stor betydning hva angår den reelle sannsynligheten for å få redusert bruken av tvang i praksis. Det er derfor grunn til å gå grundig inn på den vurderingen som ligger bak utvalgets forslag om å videreføre dette behandlingsvilkåret.

6.1. Behandlingsvilkårets bedringsalternativ

Dagens bedringsalternativ under behandlingsvilkåret er mest aktuelt som innleggelsesgrunn og innebærer, som utvalgets skriver, at pasienten uten tvungent psykisk helsevern kan få sin utsikt til helbredelse eller vesentlig bedring i betydelig grad redusert, jf. § 3-3 første ledd bokstav a første alternativ. Dette bedringsalternativet er tradisjonelt begrunnet ut fra behovet for tidlig intervensjon.

Utvalget fremhever under pkt. 14.2.4 en rekke gode argumenter for å fjerne behandlingsvilkårets bedringsalternativ. De stiller både spørsmål ved om videreføring av dagens hjemmel er nødvendig, og om det er mulig å forsvare en alminnelig samtykkepresumsjon for tidlig intervensjon slik som dagens bedringsalternativ bygger på. Videre argumenterer de sterkt for at det å stille et strengere krav til konsekvensgraden som forutsetning for tvangsinngrep kunne ha stimulert til mer mangfoldig og økt innsats for frivillig helsehjelp før det oppstår vesentlig helseskade, og de fremhever at begrunnelsen for behandlingsvilkåret i 1961-loven ikke står like sterkt, slik psykisk helsevern er bygd og utviklet gjennom opptrappingsplanen for psykisk helse. Når utvalget likevel har valgt å foreslå å videreføre også bedringsalternativet i behandlingsvilkåret, har de foretatt en vurdering hvor de blant annet har spurt om det vil kunne være tilfeller der det vil bli urimelig ikke å kunne gjennomføre tiltak med helsegjenopprettende formål i psykisk helsevern.

Utvalget konkluderer med at det i enkelte tilfeller vil kunne bli urimelig helt å avskjære muligheten for å gjennomføre tiltak - også ved motstand - der det er overveiende sannsynlig at tiltak ville kunne ha ledet til vesentlig bedring. Utvalget fremhever blant annet at det å avskjære en slik mulighet vil kunne ramme de mest sårbare pasientene, og pasienter med omfattende og langvarige

symptomer. Blant annet på dette grunnlaget konkluderer utvalget med at de vil opprettholde også behandlingstvilkårets bedringsalternativ.

LDO vil fremheve den usikkerheten som utvalget selv har påpekt blant annet på side 165, der utvalget viser til at Stortinget i 2006 nettopp ba om en grundigere vurdering av behovet for behandlingstvilkriteriet i loven, blant annet sett i lys av de ulike erfaringene som er gjort ved bruk av tvang, variasjoner som allerede eksisterer i Norge, samt erfaringer fra sammenliknbare land, jf. Innstilling O. nr. 66 (2005-2006). Utvalget viser også til Helse- og omsorgskomiteens henvisning til at det er spesielt viktig å lytte til erfaringer når det gjelder tvangsbruk og brukervedvirkning, og at bakgrunnen for komiteens vedtak om behovet for en vurdering av behandlingstvilkriteriet var innspill fra Mental Helse Norge og Psykologforeningen i brev 21. juni 2006, som har foreslått utredning med sikte på etter hvert å kunne fjerne behandlingstvilkriteriet.

Videre er det grunn til å fremheve, slik utvalget gjør under pkt. 14.2.4, at særlig behandlingstvilkårets bedringsalternativ står i et tvilsomt forhold til Europarådets bioetiske konvensjon (Oviedo-konvensjonen) art. 7. Det er her interessant å merke seg at utvalget også har vurdert om et rent skadekriterium, typisk vesentlig helseskade, vil være en tilstrekkelig hjemmel til også å kunne tvangsbehandle de personer som allerede har utviklet en stabil og alvorlig symptomsituasjon der det kan være risiko for ytterligere forverring dersom tvangsbehandling ikke iverksettes. Utvalget konkluderer med at et rent skadekriterium vil være en usikker hjemmel i lys av legalitetsprinsippets krav om klar lovhjemmel, slik at de ikke anser det tilstrekkelig å begrense muligheten for innleggelse til de tilfeller hvor det vil kunne medføre vesentlig helseskade å unngå dette. Dette er noe av bakgrunnen for at utvalget velger å videreføre behandlingstvilkårets bedringsalternativ. På denne bakgrunn blir det da noe merkelig at de samtidig likevel kommer til at Oviedo-konvensjonens art. 7 ikke reiser avgjørende problemer i forhold til norsk rett, jf. pkt. 14.2.4. Poenget er at Oviedo-konvensjonen kun hjemler intervensjoner som er nødvendige for å unngå "serious harm," det vil si vesentlig skade. Det betyr at utvalget ikke anser det tilstrekkelig at norsk rett kun skal ha et slikt vesentlig skadekriterium, men at de samtidig anser norsk rett å være i samsvar med Oviedokonvensjonen som nettopp kun har en slik vesentlig skademulighet.

LDO mener det er grunn til at departementet ser nærmere på om Oviedo-konvensjonen reiser problemer i forhold til å videreføre behandlingstvilkåret, særlig behandlingstvilkårets bedringsalternativ, se nærmere under pkt. 6.4 om vår konklusjon om at bedringsalternativet bør oppheves.

6.2. Særlig om behandlingstvilkårets forverringsalternativ

Behandlingstvilkårets forverringsalternativ er mest aktuelt som grunnlag for opprettholdelse av tvungent psykisk helsevern for å hindre funksjonsfall etter bedring. Det er allerede i dagens rettspraksis fremhevet at kriteriene for å anvende dette forverringsalternativet skal være strenge,

nettopp fordi det også i dagens praksis vil brukes overfor personer som har oppnådd optimalt nivå i behandlingen, men der det er fare for tilbakefall dersom det tvungne vernet opphører. Utvalget fremhever at en slik mulighet til å tvangsbehandle personer som har oppnådd et optimalt nivå i behandlingen gir en uforholdsmessig vid adgang til langvarig tvungen vedlikeholdsmedisinering. Utvalget drøfter om det er grunnlag for å oppheve dagens forverringsalternativ, men konkluderer med at det bør opprettholdes. Utvalget viser til at alternativet ville være at kriteriet vesentlig helseskade, som utvalget foreslår å innføre, jf. lovutkastet § 4-2 ny bokstav a, ble ansett tilstrekkelig til å fange opp de tilfeller hvor tvang er nødvendig for å hindre forverring av pasients helsetilstand. Men utvalget mener dette ville kunne medføre en uklar rettstilstand.

Utvalget fremhever at forslaget om manglende beslutningskompetanse som grunnvilkår for etablering og opprettholdelse av tvungen psykisk helsevern, vil ha særlig stor betydning for rettstilstanden til denne gruppen som er underlagt tvungen psykisk helsevern på dagens forverringsalternativ. Dette kravet vil innebære at personer som har gjenvunnet sin beslutningskompetanse for eksempel der personen er symptomfri, må kunne velge å avslutte behandlingen den medikamentelle behandlingen.

Utvalget viser til bekymring fra helsepersonell om potensielle farevirkninger ved brå seponering av medikamenter, og fremhever at det bør legges til rette for en gradvis og styrt nedtrapping av medikamenter for å sikre en forsvarlig avvikling av den tvungne medisinerings som samtidig reduserer risikoen for tilbakefall og reinnleggelse. Det er verdt å merke seg at utvalget fremhever at det finnes potensiale for økt bruk av frivillig, forsvarlig og gradvis nedtrapping av medikamentell behandling som pasienten har vedvarende innsigelser mot, og at et slikt ønske om nedtrapping bør kunne lede til en gradvis nedtrapping under frivillig vern. Utvalget har vurdert om en slik rett til gradvis nedtrapping bør reguleres nærmere i lov eller forskrift, men utvalget har likevel konkludert negativt med hensyn til dette, utfra at det vil være vanskelig å overskue konsekvensene av en slik rett, og de anbefaler i stedet andre metoder for å stimulere til rett til gradvis nedtrapping.

LDO vil fremheve at retten til forsvarlig og gradvis nedtrapping av medikamentell behandling må forstås også i lys av minimumsvilkåret om at enhver behandling må være nødvendig. I den grad det er grunnlag for nedtrapping vil ikke en videreføring av vedlikeholdsmedisinering oppfylle kravet til nødvendighet som gjør seg gjeldende også under opprettholdelsen av det tvungne psykiske helsevernet. LDO mener derfor som et minimum at loven bør stille krav om en rett til individuell nedtrappingsplan ved tvangsmedisinering (se imidlertid nedenfor om vår konklusjon om å oppheve så vel bedringsalternativet som forverringsalternativet i behandlingstilsvilket).

6.3. Samlet vurdering av behandlingstilsvilket

Opplevelser og virkninger ved bruk av tvang er beskrevet i kapittel 10 i NOU 2011: 9. På side 128 fremhever utvalget selv at alvorlige negative erfaringer med bruk av tvang ikke uten videre kan oppveies av et tilsvarende antall eller større antall positive erfaringer. LDO vil fremheve at dette er helt sentralt fra et menneskerettsperspektiv. Et enkeltindivid skal ikke måtte behøve å risikere inngrep i sin personlige integritet til tross for at det kan være slik at adgangen til den type inngrep kan hjelpe et betydelig antall mennesker. Fokuset skal være på enkeltindividet, og lovgivningen må være egnet til å unngå at det skapes rom for å begå integritetskrenkelser som i den enkelte situasjon ikke oppfyller kravet til nødvendighet. Når en person blir ansett ikke å ha beslutningskompetanse og blir underlagt tvang mot sin vilje, vil det skape en risiko for at svakt skjønnet, feilvurderinger eller feil diagnose, får både større og mer langsiktige konsekvenser enn det

ville fått i andre deler av helsetjenesten der pasienten kan trekke seg fra behandlingen dersom bivirkningene overskygger positive virkninger.

Særlig mener LDO at det er grunn til å fremheve ikke-diskrimineringsprinsippet og vektlegge dette i større grad. Dette taler for en størst mulig grad av likestilling mellom vilkårene for psykisk helsevern og somatiske helsetjenester. Etter pasientrettighetsloven er tvang ved somatiske helsetjenester kun lovlig i de tilfeller hvor unnlattelse av å bruke tvang vil medføre fare for vesentlig helseskade. Spørsmålet er dermed - om det foreligger relevante grunner som har tilstrekkelig vekt til å ha videre hjemler for tvang, herunder frihetsberøvelse, overfor personer med psykiske lidelser som ikke er til fare for andre, sammenliknet med andre pasientgrupper. Dette blir særlig nødvendig fordi det i praksis forekommer en stor grad av variasjon når det gjelder bruk av tvang i behandlingsøyemed, selv om det foreligger et krav om nødvendighet også i dagens lovgivning. Det vil alltid hefte en viss usikkerhet ved om dette nødvendighetskravet vil være oppfylt, fordi man må sammenlikne hvordan situasjonen vil bli med psykisk helsevern, med hvordan det ville blitt uten psykisk helsevern. Når det man tilbyr ved etablering av tvang gjerne er tvangsbehandling med antipsykotika, vil situasjonen være usikker. Det er derfor ikke stor treffsikkerhet, hvilket gjør personer med nedsatt psyko-sosial funksjonsevne særlig utsatt for å oppleve tvangsbehandling som ikke får ønsket effekt, og som faktisk kan bidra til å forverre deres situasjon. LDO vil fremheve at utvalget ikke i tilstrekkelig grad har drøftet og fremhevet farepotensialet ved behandling som ikke virker. Vi kan ikke se at utvalget har anført vektige nok grunner til å videreføre muligheten for tvang utover de tilfeller hvor det foreligger fare for andre eller fare for vesentlig helseskade.

LDO vil også fremheve nyere praksis fra The Committee on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD-komiteen) som er relevant i denne sammenhengen. Komiteen har i sin vurdering av Spanias statsrapport under CRPD art. 30 av 19. oktober 2011, kommet med synspunkter som bidrar til å klargjøre hvordan CRPD-komiteen ser på hvilke krav som ligger blant annet i art. 14 om rett til frihet og personlig sikkerhet, jf. para 36: "The Committee recommends that the State party: review its laws that allow for the deprivation of liberty on the basis of disability, including mental, psychosocial or intellectual disabilities; repeal provisions that authorize involuntary internment linked to an apparent or diagnosed disability; and adopt measures to ensure that health-care services, including all mental-health-care services, are based on the informed consent of the person concerned."

I lys av de tolkninger CRPD-komiteen nå har kommet med overfor Spania, som taler for at art. 14 i CRPD gjør at det blir problematisk å opprettholde lover som hjemler tvangsinnleggelse av personer på grunnlag av nedsatt psykososial funksjonsevne, mener LDO at tiden er moden for i størst mulig grad å likestille psykisk helsevern med somatisk helsevern når det gjelder rett til frihet og personlig sikkerhet. Dette vil i norsk sammenheng først og fremst innebære at man ikke viderefører rett til etablering av tvang i psykisk helsevern i behandlingsøyemed utover de tilfellene hvor tvang er begrunnet ut fra faren for vesentlig helseskade. På denne bakgrunn mener LDO at utvalgets forslag til ny § 4-2 nr. 5 bokstav b og c er for vidtrekkende i forhold til de føringer som

ligger i CRPD art. 14. LDO vil fremheve at forslaget til § 4-2 nr. 5 ny bokstav a om etablering av tvungent psykisk helsevern for å hindre vesentlig helseskade også etter utvalgets synspunkter vil fange opp de fleste tilfeller hvor man i dagens praksis har brukt behandlingstvilkårets bedringsalternativ. LDO mener at utvalget i praksis har gitt de beste grunner for å oppheve behandlingstvilkårets bedrings- og forverringsalternativ, og vil foreslå at departementet tar skrittet fullt ut slik at vi oppnår en større grad av harmoni mellom psykisk helsevern og somatisk helsevern, og at vi med dette også tar skritt som gjør norsk rett mindre problematisk i forhold til CRPD, særlig art. 14.

6.4. Konklusjon

Samlet mener LDO at faren for skade ved tvangsbehandling av personer med nedsatt psyko-sosial funksjonsevne bør vektlegges i større grad og bidra til at man innskrenker hjemlene. LDO mener at retten til å etablere tvungent helsevern i behandlingstvilkårets bedrings- og forverringsalternativ bør begrenses til de tilfeller hvor unnlattelse av behandling vil kunne medføre fare for alvorlig helseskade. Dette innebærer at LDO ikke slutter seg til å videreføre behandlingstvilkårets bedrings- og forverringsalternativ, utkast til ny § 4-2 nr. 5 henholdsvis bokstav b og c. LDO mener at utkast til ny § 4-2 nr. 5 ny bokstav a om etablering av tvungent psykisk helsevern for å hindre vesentlig helseskade er tilstrekkelig.

7. Farevilkåret som grunnlag for etablering av tvungent psykisk helsevern

Når det gjelder anledningen til å videreføre adgangen til å etablere tvungent psykisk helsevern av hensyn til fare for andre, har ikke LDO de samme innvendinger som når det gjelder muligheten for å etablere tvungent psykisk helsevern i behandlingstvilkårets bedrings- og forverringsalternativ. Imidlertid viser LDO til at utvalget selv fremhever at situasjonen der pasienten utgjør en fare for andre aktualiserer spørsmålet om behov for en farlighetslov som ikke bare rammer personer med alvorlige psykiske lidelser, men som i større grad er knyttet til en konkret voldsrisiko. Dette er særlig aktuelt fordi, som utvalget skriver under pkt. 14.4.3, viser blant annet det såkalte Olsen-utvalgets utredning i NOU 2010: 3 Drap i Norge i perioden 2004-2009, at flere grupper med høy voldsrisiko faller utenfor dagens hovedvilkår om alvorlig psykisk lidelse. Dette gjelder særlig personer med dyssosial personlighetsforstyrrelse, ruslidelser og personer med kombinasjoner av flere psykiske lidelser. Dette gjør at det er grunn til å spørre om alvorlig sinnslidelse som kriterium for forebyggende inngrep er berettiget. LDO fremhever at i den grad det skal være særlige hjemler for tvang overfor personer med alvorlige psykiske lidelser på grunnlag av fare, må dette for ikke å være diskriminerende ha en saklig begrunnelse i at det foreligger dokumentasjon som tilsier at nettopp disse utgjør en større risiko enn andre grupper. Når tallmaterialet ikke viser en slik sammenheng, eller i hvert fall viser at slik sammenheng ikke er entydig, må verdien av ikke-diskriminering vektlegges. LDO vil fremheve at utvalget selv sier at dette kunne tale for behovet for en generell farlighetslov, men at en slik generell farlighetslov kan støte an mot andre menneskerettslige utfordringer, og at utvalget ikke har hatt sammensetning eller tidsramme til å gå dypere inn i farlighetsproblematikken. LDO vil fremheve at dette tydeliggjør at det er behov for en grundigere utredning av hvordan man skal kunne sikre samfunnet mot personer som kan utgjøre en betydelig forhøyet risiko og samtidig unngå diskriminering av personer med alvorlige psykiske lidelser. Slik

det er i dag får man en uheldig forkludring i grensen mellom helseomsorg og vokteroppgave, som bidrar til å stigmatisere det psykiske helsevernet uten at det er tilstrekkelig grunnlag for dette.

7.1. Konklusjon

Det er behov for å nedsette et utvalg for å utarbeide en farlighetslov som ikke kun rammer personer med alvorlige psykiske lidelser.

8. Innføring om krav om manglende beslutningskompetanse

Det følger av utvalgets mandat at utvalget skulle vurdere forholdet mellom psykisk helsevernloven og samtykkebestemmelsen i pasientrettighetsloven og internasjonale menneskerettigheter. Spørsmålet om å innføre et kompetansebasert system innenfor tvungent helsevern har fått en vesentlig plass i utvalgets arbeid. En overgang til et kompetansebasert system er av utvalget selv fremhevet som en sentral nyvinning ved utvalgets forslag. Rent konkret går utvalgets forslag ut på å gjøre fravær av beslutningskompetanse til vilkår for tvungent psykisk helsevern på behandlingsindikasjon.

Spørsmålet er om en slik overgang til et kompetansebasert system når det gjelder muligheten til å bruke tvang i behandlingsøyemed, er egnet til å styrke pasientens selvbestemmelsesrett i praksis.

Utvalget fremhever at begrepet beslutningskompetanse i større grad enn begrepet sykdomsinnsikt, legger vekt på pasientens forutsetninger for å forstå situasjonen han eller hun er i. Det må vurderes hvorvidt en beslutning er et kvalifisert valg som ikke i for stor grad er forstyrret av mental svekkelse eller påvirket av sykdom. Sykdomsinnsikt forutsetter derimot i langt større grad at pasientens valg eller tilslutning til årsaksteori og behandlingstiltak er i tråd med helsepersonellens vurderinger. LDO er bekymret for at det paternalistiske elementet ved begrepet sykdomsinnsikt, som har en lang erfaring i norsk psykisk helsevern, vil kunne komme til å påvirke hvordan begrepet beslutningskompetanse blir brukt i praksis.

Begrepet beslutningskompetanse er i seg selv, som utvalget også fremhever, relativt vagt og det har som sådan heller ikke tradisjon i norsk psykisk helsevern, der tradisjonen derimot er å bygge på begrepet sykdomsinnsikt. LDO er skeptiske til om innføring av kravet om fravær av beslutningskompetanse for å kunne bruke tvang i behandlingsøyemed er tilstrekkelig til å sikre pasientenes selvbestemmelsesrett i tilstrekkelig grad. LDOs primære synspunkt er derfor at man bør fjerne muligheten for tvungent psykisk helsevern på behandlingsindikasjon hvor det ikke foreligger fare for alvorlig helseskade.

Når det er sagt vil LDO fremheve de elementer som må til for at innføring av kravet om fravær av beslutningskompetanse skal kunne få den ønskede effekt. LDO vil blant annet fremheve det som utvalget selv skriver under pkt. 13.5.1, at det må understrekes at det blant annet skal foreligge en sterk presumsjon om beslutningskompetanse, og at en eventuell tvil skal komme pasientens selvbestemmelsesrett til gode. Videre må det fremheves at helsepersonellet må gjøre alt de kan for å optimalisere pasientens beslutningskompetanse og medvirkning. LDO vil her særlig vektlegge at man må ta utgangspunkt i den konkrete pasienten for å vurdere hvordan informasjonen bør gis og på hvilket tidspunkt det vil være best å snakke med pasienten, samt at informasjonen må gis på en tilpasset måte (mer om dette under pkt. 10 Om mangelfull oppfylling av utredningsinstruksen). For å unngå diskriminerende effekt er det også sentralt at det fremheves enten i forskrifts form eller gis klare signal i lovforarbeidene om at beslutningskompetansen skal være diagnoseuavhengig, at den enkelte pasientens funksjon skal være avgjørende, og at man så langt som mulig ikke bør legge til grunn at enkelte diagnoser som sådan svekker sannsynligheten for slik kompetanse. Det bør vektlegges at vurderingen av beslutningskompetanse og eventuell bruk av tvang skal skje på en måte som vedlikeholder eller styrker muligheten for allianse og frivillige tiltak, og at dette bør få en sentral plass også i opplæring av helsepersonell.

8.1. Konklusjon

LDO er positive til en innføring av krav om manglende beslutningskompetanse for tvang i behandlingsøyemed. Imidlertid mener LDO ikke at innføring av et slikt krav er tilstrekkelig til å forsvare videreføring av behandlingvilkårets bedrings- og forverringsalternativ. Samtidig vil LDO også fremheve at lovforslaget stiller svært omfattende krav til hva den enkelte må forstå, og at det særlig er behov for nærmere avklaring av hvordan slik informasjon skal tilpasses den individuelle pasient (se nærmere under pkt.10).

9. Forslag om krav om antatt samtykke, jf. forslag til ny § 4-2 nr. 9

I forlengelsen av diskusjonen om et kompetansebasert system har Paulsrudutvalget vurdert om det bør stilles krav om antatt samtykke som vilkår for tvungent psykisk helsevern på behandlingvilkåret. Utvalgets flertall konkluderer at et slikt krav vil ha etisk legitimitet ved inngrep som er begrunnet ut fra hensynet til pasienten selv. Dette er LDO enig i og viser også til CRPD-konvensjonens fremheving av retten til å bevare sin autonomi og selvbestemmelsesrett også for personer med nedsatt funksjonsevne, jf. CRPD art. 3a og fortalens bokstav n.

LDO mener det likevel gir grunnlag for bekymring at utvalget understreker at kravet om antatt samtykke ikke vil innebære at pasienten subjektivt må ha uttrykt seg positivt om psykisk helsehjelp i fortid. Vilkåret kan også være oppfylt basert på en skjønnsmessig interessevurdering av hva som er i pasientens interesser. En slik interesseavveining om hva som vil være i pasientens interesse

skal kunne bygge på mer objektive forhold heller enn pasientens mulige subjektive oppfatning. Dette innebærer at helsepersonellet vil kunne legge til grunn at den aktuelle motstanden kan sies å være forårsaket av den psykiske lidelsen.

Det er derfor grunn til å stille spørsmål ved om hva kravet om antatt samtykke vil innebære i det første møtet med det psykiske helsevernet. Utvalget fremhever at det særlig vil være utstrakt motstand basert på tidligere erfaring som skal kunne styrke antakelsen om at pasientens motstand i en konkret situasjon ikke er et utslag av den psykiske lidelsen, og i hvert fall ikke utelukkende er det. Det fremgår blant annet under forslag til § 4-2 nr. 9 at holdninger nedfelt i forhåndserklæringer eller liknende skal tillegges betydelig vekt, samt at informasjon fra pasientens nærmeste pårørende om hva pasienten ville ha ønsket skal innhentes der det er mulig. Dette innebærer at evnen til å planlegge vil kunne virke inn på muligheten for å bli hørt, hvilket kan slå skjevt ut. Også fremhevingen av at pårørendes informasjon skal innhentes, vil kunne slå skjevt ut for personer som har et dårlig forhold til sin familie ved at familiens evne til å respektere det syke familiemedlemmets integritet vil kunne få stor betydning. LDO mener at pasientens medvirkningsrett i større grad bør fremheves, slik at alle tiltak som ikke er uforsvarlige eller praktisk umulige å gjennomføre, men som pasienten har gitt eller på det nåværende tidspunkt gir sin tilslutning til, må vurderes som reelle alternativer til det aktuelle tvangstiltaket. Som det fremgår av NOU 2011: 9 side 161, bør det i slike tilfeller gis en ytterligere begrunnelse på hvorfor pasientens ønske eventuelt skal fravikes. Et slikt krav om å begrunne hvorfor pasientens ønske eventuelt er fraveket fremgår imidlertid ikke av lovteksten.

9.1. Konklusjon

Ombudet mener at loven bør stille krav om begrunnelse for hvorfor pasientens eventuelle ønsker når det gjelder alternativer til det aktuelle tvangstiltaket fravikes, eventuelt i ny § 4-2 ny nr. 10.

10. Relevante krav i utredningsinstruksen – konsekvenser for likestilling

LDO har også enkelte merknader når det gjelder konsekvenser for likestilling og krav til utredning i forhold til kjønn, nedsatt funksjonsevne, etnisk opprinnelse, religion med videre, slik den er presisert i veileder til utredningsinstruksen når det gjelder konsekvenser for likestilling. NOU 2011: 9 Økt selvbestemmelse og rettssikkerhet angår sentrale utfordringer innen helsesektoren. I henhold til pkt. 5.2 i veileder til utredningsinstruksen om tiltak som berører offentlig tjenesteyting, må det sikres at tjenestene og tilbudene egner seg til å møte en befolkning preget av mangfold, og det er viktig å vurdere hvordan tjenestene skal organiseres for å nå ulike personer og grupper. Det er særlig presisert at dette er viktig i saker hvor offentlige myndigheter utøver kontroll og makt, slik som er aktuelt i utredningen NOU 2011: 9.

I tidsskrift for norsk psykologforening volum 43 nummer 12 fra 2006 i artikkelen "Minoritetsklinter som helsefaglig utfordring", er det vist til forskning og studier som viser at det innenfor akutt psykisk helsevern i Oslo ikke ses flere innleggelser blant ikke-vestlige innvandrere, men at disse imidlertid er sykere ved innleggelsestidspunktet. Den samme studien viser at personer med ikke-vestlig innvandringsbakgrunn oftere blir innlagt med tvang eller blir gitt en psykosediagnose. Det vises til at tvangsbruk blir brukt i 3/4 av innvandrerguppen mot omtrent halvparten av de øvrige pasientene. Blant annet disse tallene tyder på at det er behov for å vurdere konkret hvordan utvalgets forslag for å redusere bruk av tvang skal få effekt også særlig overfor personer med innvandrerbakgrunn. Dette behovet blir forsterket av at de aktuelle diagnosemanualene kan være problematiske å anvende for personer utenfor den vestlige verden. Dette har vært fremhevet i begynnelsen av 1990-årene i regi av American Psychiatric Association som nedsatte et utvalg for å revidere Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders (DSM) ut fra et kulturorientert perspektiv. Denne arbeidsgruppen kom med flere forslag til endringer som ikke ble imøtekommet i revidering av manualene.

LDO vil fremheve at utvalgets forslag om økt fokus på beslutningskompetanse i psykisk helsevern reiser særlige utfordringer når det gjelder personer med etnisk minoritetsbakgrunn både på grunn av kulturelle og språklige utfordringer som kan foreligge. Som det fremheves under pkt. 13.5 om vurdering av beslutningskompetanse i klinisk praksis, vil eventuelle verktøy som kan brukes for å fastsette beslutningskompetanse alltid måtte komme i tillegg til skjønnsutøvelse, helhetsvurderinger og tverrfaglige diskusjoner. Når det gjelder vurderingen av beslutningskompetanse fremstår det som helt sentralt, slik også utvalget fremhever på side 152, at helsepersonellet må gjøre det de kan for å optimalisere pasientens beslutningskompetanse og medvirkning. Dette inkluderer blant annet å vurdere hvordan informasjon skal gis, og det fremheves videre at pasienten må få relevant informasjon om diagnose, prognose og behandlingsalternativ på en tilpasset måte. Utvalget drøfter imidlertid ikke hvordan språklige barrierer kan påvirke hvordan helsepersonellet vurderer pasientens beslutningskompetanse og at språklige barrierer kan medføre utfordringer for den enkelte pasient når det gjelder å kunne forstå den informasjon som blir gitt. Det er fremhevet at spørsmålet om pasienten har beslutningskompetanse er ansett å ha fire sentrale dimensjoner: forståelse av relevant informasjon, anerkjennelse av egen situasjon, resonnering ved relevant informasjon, uttrykke et valg. Det vil si at ved alle disse kriteriene vil språklige barrierer kunne gjøre at personer kan få utfordringer når det gjelder å vise sin eventuelle beslutningskompetanse. Det er også fremhevet av utvalget at det er viktig å vurdere at beslutningskompetanse, eventuelt bruk av tvang, skal skje på en måte som vedlikeholder eller styrker muligheten for allianse og frivillige tiltak. Alt dette tilsier at ferdigheter når det gjelder språk, samt kulturell kompetanse når det gjelder etniske minoriteters særlig utfordringer, blir særlig viktige for at også etniske minoriteter med ikke-vestlig bakgrunn skal få et reelt likeverdig tilbud, jf. FNs rasediskrimineringskonvensjon artikkel 5 bokstav e) iv., som pålegger statene å sikre likeverdige offentlige helsetjenester uavhengig av etnisitet. Tolketjenester blir nødvendig, og det bør vurderes i hvilken grad det foreligger tilstrekkelig tolkekompetanse, hvordan eventuelt bruk av tolk vil påvirke behandlingsalliansen og hvordan man skal sikre at bruk av tredjeperson ikke påvirker denne alliansen på en negativ måte, eventuelt om det vil være behov for mer tid eller mer spesialisering i behandling av pasienter med ikke-vestlig bakgrunn.

Også når det gjelder kravet om antatt samtykke, det vil si kravet om at tvang som hovedregel ikke skal brukes av hensyn til pasientens egen helse når den psykiske lidelsen ikke har endret hans eller hennes beslutninger om å motta psykisk helsehjelp, vil dette kravet kunne gi seg andre utslag overfor personer med ikke-vestlig innvandrerbakgrunn enn andre. I kravet om antatt samtykke ligger blant annet at man skal se hen til pasientens tidligere erfaringer om hva de har uttrykt om psykisk helsehjelp. Det vil kunne kreve ekstra tiltak i forhold til ikke-vestlig innvandrere å få kjennskap til denne erfaringen. Det må også sikres at alle får en likeverdig mulighet til å gjøre rede for sine erfaringer med eventuell bruk av psykofarmaka og tvang som gjør at de kan ha en begrunnet motstand mot bruk av tvang som ikke kan knyttes til deres sykdom.

10.1. Konklusjon

Uavhengig av utvalgets konkrete forslag er det grunn til å vurdere hvordan forslagene som helhet vil kunne påvirke tallene som per i dag tyder på at det foreligger mer bruk av tvang overfor pasienter med ikke-vestlig bakgrunn enn overfor majoritetsbefolkningen. Faren er at pasienter med ikke-vestlig bakgrunn kan bli utsatt for en interseksjonell diskriminering, det vil si en diskriminering som har sin bakgrunn i nettopp koplingen mellom nedsatt psykososial funksjonsevne og en ikke-vestlig bakgrunn, og slik sett i større grad enn andre blir utsatt for faren for unødvendig bruk av tvang i psykisk helsevern. Det bør utredes hvordan tiltakene bør utformes i praksis slik at man unngår faren for denne typen diskriminering.

11. Særlig når det gjelder pasienter med spiseforstyrrelser, se utvalgets pkt. 13.5.3

Utvalget har lagt til grunn at særreguleringen av personer med spiseforstyrrelser skal videreføres. Det relevante i denne sammenhengen er at utvalget under pkt. 13.5.3 på side 154, skriver at en person som har en spiseforstyrrelse og som ønsker å redusere eller ikke øke næringsinntaket sitt, som hovedregel må regnes som ikke beslutningskompetent når det foreligger overhengende fare for somatisk helse. Det LDO her stiller spørsmål ved, er om ikke en slik presumsjon for manglende beslutningskompetanse for akkurat denne type lidelser er i samsvar med de føringer utvalget ellers gir for nettopp å styrke pasientens selvbestemmelsesrett gjennom ulike tiltak. Dette kan være tiltak for å styrke pasientens evne til å bli kompetent til å fatte beslutninger på egne vegne, blant annet gjennom å optimalisere pasientens beslutningskompetanse og medvirkning gjennom forberedelser, å gi diagnose og prognose, samt informasjon om behandlingsalternativer på en tilpasset måte. Videre bryter det med utvalgets prinsipp om at beslutningskompetansen i utgangspunktet ikke skal være diagnoseavhengig. Utvalgets presumsjon om at akkurat denne pasientgruppen skal anses ikke å ha beslutningskompetanse synes for unyansert.

LDO vil i denne sammenhengen også fremheve brev fra Utenriksdepartementet (UD) til Helse- og omsorgsdepartementet (HOD) av 19.11.2010. UD skriver her på side 4 at HOD bør vurdere om hjemmelen til å tvangsernære sinnslidende som har alvorlige spiseforstyrrelser, kan representere et brudd på diskrimineringsforbudet i CRPD. UD viser til at det følger av forarbeidene til psykisk helsevernloven at psykisk helsevernlovens § 4-4 er ment å gi en hjemmel for tvangsernæring av sinnslidende utover det som gjelder for andre som bare kan tvangsernæres i rene nødrettssituasjoner. Det blir uklart i hvilken grad en alvorlig spiseforstyrrelse nødvendigvis vil være sammenfallende med alvorlig sinnslidelse, og at den i den grad den ikke alltid vil være det, er grunn til å reise spørsmål ved om det her kan oppstå en forskjellsbehandling i strid med CRPD-konvensjonen. Som UD fremhever vil problemstillingen komme på spissen dersom psykisk helsevernlovens § 4-4 fører til et resultat hvor sinnslidende som har samtykkekompetanse kan tvangsernæres for alvorlig spiseforstyrrelse før deres helsetilstand har utviklet seg til en ren nødrettssituasjon.

LDO mener det kan se ut som at det hersker en betydelig grad av forvirring om tolkningen av psykisk helsevernlovens § 4-4 annet ledd bokstav b om retten til å bruke tvang overfor personer med alvorlig spiseforstyrrelse. Utvalgets signal under pkt. 13.5.3 om at personer med alvorlig spiseforstyrrelse som utgangspunkt skal anses som å mangle beslutningskompetanse, bidrar ikke til å redusere forvirringen når det gjelder adgangen til bruk av tvang overfor personer med alvorlige spiseforstyrrelser. Her er det behov for en klargjøring, og som nevnt må utgangspunktet da være CRPDs prinsipper om autonomi, ikke-diskriminering og rett til helsetjenester basert på fritt valg. I den grad det skal gjøres innskrenkninger i dette, må det gjelde på samme vilkår for personer med alvorlige spiseforstyrrelser som for personer med andre typer alvorlige psykiske lidelser.

11.1. Konklusjon

LDO vil fremheve at hensynet til ikke-diskriminering tilsier at også personer med alvorlige spiseforstyrrelser skal sikres rett til tiltak med sikte på å optimalisere deres beslutningskompetanse – på lik linje med andre.

12. Andre tiltak for å styrke pasientens selvbestemmelsesrett

Utvalget foreslår i utkast til ny § 2-3 i kapittel 13.6 at pasienter som mangler beslutningskompetanse og som ikke uttrykker motstand mot helsehjelpen, bør få frivillig psykisk helsevern, men at de samtidig fordi de mangler beslutningskompetanse bør få de samme rettssikkerhetsgarantier som de som er underlagt tvangsreglene.

12.1. Konklusjon

LDO slutter seg til utvalgets forslag og vil fremheve at dette kan styrke muligheten for denne pasientgruppen til helsehjelp basert på frivillighet.

13. Frivillighetsvilkåret – utvalgets pkt. 14.5

Utvalget fremhever under pkt. 14.5 betydningen av at tvang alltid skal være en subsidiær løsning. Utvalget foreslår derfor at det såkalte frivillighetsvilkåret skal fremgå av psykisk helsevernlovens formålsbestemmelse, og foreslår endringer i loven § 1-1 i tråd med dette. LDO slutter seg til dette og viser blant annet til CRPD sin vektlegging av autonomi i art. 3 og fortalens bokstav n. Videre viser utvalget selv til tidligere fremkommet kritikk blant annet i Bernt-rapporten 2009 om at frivillighetsvilkåret i liten grad har vært operasjonalisert i praksis. Utvalget fremhever derfor at helsetjenesten i større grad bør tilby alternative tiltak som er forsvarlige, tilgjengelige og som naturlig ligger til helsetjenestens arbeidsområder. LDO vil slutte seg til at dette er essensielt for at frivillighetsvilkåret skal få en effekt i praksis når det gjelder å redusere bruken av tvang. Utvalget viser imidlertid til at frivillighetsvilkåret etter høyesterettspraksis, Rt. 2001 s. 1481, bare gjelder for situasjonen på selve innleggelsestidspunktet, og at frivillighetsaspektet ellers kun inngår som et moment i en helhetsvurdering. Utvalget uttrykker at dette kan synes lite rimelig og fremhever at forsvarlige og aktuelle alternativer også bør vurderes grundig før det treffes avgjørelse om fortsatt tvungent vern. Utvalget har imidlertid likevel ikke foreslått at frivillighetsvilkåret skal gjelde også ved spørsmål om fortsatt tvungent vern.

13.1. Konklusjon

LDO mener her at utvalget selv gir de beste grunner for at frivillighetsvilkåret skal gjelde også ved det fortsatte tvungne vernet. LDO fremhever derfor at dette spørsmålet burde vært drøftet blant annet i forhold til CRPD art. 14, og mener departementet bør vurdere nærmere om ikke frivillighetsvilkåret bør utvides til også å gjelde ved spørsmål om fortsatt tvungent vern.

13.2. Angående utvalgets pkt. 14.6 om kravet om en skjønnsmessig helhetsvurdering i gjeldende lov § 3-3 nr. 6

Utvalget skriver at vilkåret om en helhetsvurdering i gjeldende lov § 3-3 nr. 6 i realiteten er et uttrykk for at tvangsinngrepet må underkastes en forholdsmessighetskontroll. Utvalget viser til at et slikt forholdsmessighetskrav også følger av EMK art. 5 når det gjelder frihetsberøvelse. Etter tvistelovens § 36-5 nr. 3 skal retten prøve alle sider av saken når det gjelder gyldigheten av tvangsvedtak i helse- og sosialsektoren. Det vil si at domstolene skal vurdere alle sider av om tvangsvedtaket fremstår som rimelig og forholdsmessig. Utvalget mener at formuleringene i gjeldende lov § 3-3 nr. 6 reflekterer et alminnelig krav om vurdering av forholdsmessighet, men at formuleringene slik de står i dag er mer opplysende når det gjelder innholdet i en slik vurdering på området for tvungent psykisk helsevern. Utvalget foreslår derfor at kravet om helhetsvurdering basert på rimelighet og forholdsmessighet videreføres slik det er formulert i dag. LDO vil fremheve

at spørsmålet av om bruken av tvang i Norge vil bryte med de prinsipper som ligger i CRPD særlig vil bero på om dette kravet om forholdsmessighet etterlevs i praksis.

13.3. Konklusjon

LDO mener derfor at det er behov for en nærmere vurdering og utredning av hvordan det skal sikres at kravet om forholdsmessighet blir realisert i alle regioner i landet. Vi viser til de store variasjoner for bruk av tvang som foreligger regionalt og som tilsier at kravet om nødvendighet og forholdsmessighet blir ulikt praktisert og at det forekommer utstrakt bruk av tvang som ikke oppfyller disse kravene.

13.4. Institusjonenes faglige og materielle egnethet – utvalgets pkt. 14.7

Utvalget foreslår under pkt. 14.7 å videreføre psykisk helsevernlovens § 3-3 første ledd nr. 4 som stiller krav om at en institusjon som skal tilby tvungent psykisk helsevern må være i stand til å tilby pasienten tilfredsstillende behandling og omsorg. Utvalget fremhever at dette betyr at ikke enhver godkjent institusjon for tvungent psykisk helsevern vil være egnet for behandling av enhver pasient og at det særlig er aktuelt å stille krav til kompetent personell og andre behandlingsmessige ressurser. Det understrekes at pasienten skal tilbys reell hjelp og ikke bare møtes med frihetsberøvelse og kontroll. Utvalget fremhever at det ikke har kunnet prioritere å vurdere dette vilkåret nærmere, og at de derfor foreslår å videreføre det uten materielle endringer. Utvalget kommer likevel med noen betraktninger knyttet til at tvang og gjennomføring av tvangsbehandling er svært inngripende for pasienten og forutsetter materielle og personellmessige ressurser som kan bidra til å ivareta pasienten.

LDO vil fremheve betydningen av at personer med nedsatt psykososial funksjonsevne på samme måte som andre pasientgrupper tilbys adekvat behandling og viser til CRPD art. 25 bokstav b som særlig pålegger statene å tilby de helsetjenester som personer med nedsatt funksjonsevne trenger særlig på grunn av deres nedsatte funksjonsevne.

13.5. Konklusjon

I lys av hvor sentralt kravet om behandlingsmessige ressurser er for så langt som mulig å unngå skadevirkningene av tvang, er det grunn til å knytte noen nærmere kommentarer i forarbeidene til hva som særlig ligger i psykisk helsevernlovens § 3-3 første ledd nr. 4. Det vil si å klargjøre nærmere innholdet i den kvalitative minstestandarden slik at det kan gi konkrete føringer for praksis.

13.6. Særlig angående mennesker med aldersdemens – utvalgets pkt. 14.8

Under pkt. 14.8 drøfter utvalget særlig utfordringer knyttet til mennesker med aldersdemens. Utvalget viser til at det før lovrevisjonen i 2006 var en vid adgang til å etablere frivillig psykisk helsevern med utgangspunkt i samtykke fra nærmeste pårørende, så sant den aldersdemente ikke protesterte mot tiltaket. Dette ble imidlertid strammet inn gjennom pasientrettighetslovens § 4-3 femte ledd i 2006. Etter dette kan spesialisert psykisk helsevern overfor aldersdemente bare gis dersom vilkårene for tvungent psykisk helsevern er oppfylt, det vil si at det etter denne bestemmelsen ble vanskeligere å gi psykisk helsehjelp til ikke-protesterende demente, så vel innenfor som utenfor den organiserte spesialhelsetjenesten. Utvalget har foreslått å reversere denne utviklingen gjennom utvalgets forslag til ny § 2-3, slik at pasienter uten beslutningskompetanse, men som ikke motsetter seg helsehjelp skal kunne gis frivillig vern samtidig som de vesentlige rettssikkerhetsmekanismene som gjelder ved tvungent vern kommer til tilsvarende anvendelse. Som nevnt ovenfor er LDO positive til dette todelte sporet som innebærer at også personer som mangler beslutningskompetanse kan gis frivillig vern. Ved at man reverserer utviklingen og opphever § 4-3 femte ledd i psykisk helsevernloven blir det igjen lettere å yte psykisk helsehjelp utenfor den organiserte spesialhelsetjenesten til aldersdemente som ikke protesterer, men som mangler beslutningskompetanse. Utvalget peker selv på at dette ikke er helt uproblematisk, og viser til en overbruk av psykofarmaka som i dag ser ut til å være dokumentert når det gjelder demente. Utvalget fremhever at det særlig er bruken av antipsykotika ved atferdsmessige symptomer som er kontroversielt. Utvalget fremhever at et trekk ser ut til å være at behandling med slike legemidler i stor grad iverksettes i strid med gjeldende retningslinjer, det vil si uten at det foreligger godkjente indikasjoner. Utvalget drøfter så ulike tiltak for å bøte på den uheldige praksis man står overfor i dag. Utvalget foreslår å bygge ut ordningen med tvungent psykisk helsevern uten døgnopphold også for denne gruppen. På denne måten vil det åpnes for undersøkelse og behandling av psykiske lidelser hos aldersdemente som skal kunne skje med tvang i kommunale sykehjem eller boformer, men der behandlingsansvaret ligger hos den faglige ansvarlige ved en godkjent institusjon i psykisk helsevern, jf. utkast til ny § 4-7 fjerde ledd. Utvalget viser blant annet til en svakhet ved sitt eget forslag, nemlig at det vil kunne medføre at demente som ikke protesterer mot helsehjelpen og som mangler beslutningskompetanse, vil kunne behandles også for alvorlig psykisk lidelse utenfor det organiserte psykiske helsevernet, slik som av fastlegen. Dette er betenkelig særlig i lys av at den dokumenterte foreskrivningspraksis om psykofarmaka er i strid med gjeldende retningslinjer.

LDO mener det er grunn til å drøfte det forslaget utvalget her foreslår i § 4-7 fjerde ledd opp mot CRPD art. 25 bokstav b. Aldersdemente vil være personer med nedsatt funksjonsevne som har rett på de helsetjenester de trenger som følge av deres funksjonsnedsettelse. Det er behov for å drøfte hvordan dagens praksis med utskrivning av psykofarmaka for denne gruppen er i strid med gjeldende retningslinjer, det vil si på ikke-godkjente indikasjoner, skal kunne opphøre. Det må drøftes hvordan loven skal bli et egnet redskap til å sikre også denne gruppen adekvat behandling i tråd med deres rettigheter. Vi kan ikke se at utvalget har foretatt en slik drøftelse.

Utvalget viser selv under pkt. 14.8 til at en mulighet kunne vært å foreta en tydeligere normering for bruken av psykofarmaka og viser blant annet til amerikansk føderal lovgivning (The Omnibus

Budget Reconciliation Act (OBRA-87)). Med hjemmel i denne loven er det utarbeidet offisielle retningslinjer der man stiller spesielle krav til bruken av antipsykotika. Utvalget avviser imidlertid en slik regulering av medisinskfaglig spørsmål fordi det vil kunne oppfattes som i strid med norsk tradisjon.

13.7. Konklusjon

LDO har ikke forutsetninger for å gå konkret inn i disse spørsmålene. Vi ønsker imidlertid å påpeke at det er behov for tiltak som sikrer at også denne gruppen aldersdemente får den helsehjelpen de har rett på i henhold til CRPD art. 25 bokstav b for sine psykiske lidelser. Når det gjelder andre lidelser skal denne gruppen ha rett til helsehjelp av samme kvalitet som andre basert på fritt og informert samtykke, jf. art. 25 bokstav d.

13.8. Innleggende lege og uavhengighetskravet

Utvalgets flertall foreslår ikke å endre på lovens krav i § 3-1 om at den uavhengige undersøkelsen før det fattes vedtak om tvungent psykisk helsevern, må gjennomføres av en lege. Videre må den uavhengige undersøkelsen som kreves etter § 3-3 første ledd nr. 2 om at den ene av de to legene som foretar undersøkelsen må være uavhengig av den ansvarlige institusjonen. Det vil i praksis si at det må foretas undersøkelse av to leger. Et mindretall av utvalget viser til at det vil være fullt ut forsvarlig at en psykolog kan stå for en av de to undersøkelsene som gjøres av lege i henhold til gjeldende §§ 3-2 og 3-3. Mindretallet viser til at dagens bestemmelse både fører til unødvendig ressursbruk og at det i en del tilfeller kan hindre utprøving av frivillige tiltak før en eventuell innleggelse.

For LDO er det relevant å vurdere de ulike synspunktene her opp mot CRPDs krav om styrking av pasientens autonomi og selvbestemmelsesrett, og de føringer konvensjonen gir når det gjelder å begrense bruk av tvang overfor personer med nedsatt funksjonsevne. Mindretallets synspunkter er fremhevet i brev av 21. juni 2006 fra Psykologforeningen og Mental Helse Norge til helse- og sosialminister Sylvia Brustad. Her utdypes det at kravet om at det må være leger som foretar begge de to undersøkelsene i henhold til gjeldende §§ 3-2 og 3-3, er medvirkende årsak til bruk av ofte unødvendig innleggelse i akuttavdeling. Det fremheves i brevet at dersom en psykolog kunne stått for en av de to undersøkelsene som i dag skal gjøres av en lege, ville det i større omfang vært mulig å forsøke frivillig psykisk helsevern. Dette er sentrale innvendinger når det gjelder tiltak for å fremme redusert bruk av tvang i praksis, samt sikre adekvate tilbud til personer som har akutte psykiske problemer. Det forblir noe uklart på hvilken bakgrunn utvalgets flertall går imot forslaget om at en psykolog skal kunne stå for en av de to undersøkelsene. Utvalget nøyer seg med å vise til Bernt-rapporten fra 2009 som uttaler at det i større grad er behov for å kvalitetssikre etableringsprosessen for å begrense unødvendige akuttinnleggelser og for å hindre unødvendig bruk av politi. Det fremheves også i denne rapporten at legevakten bør ha en mindre rolle. Utvalget

viser til at det bør foretas en overføring av arbeidet med mennesker med alvorlige psykiske lidelser fra lege til fastlege eller andre tjenester, slik som døgnåpne polikliniske tilbud, ambulante team, psykisk helsearbeid, psykologtjenester i kommunen. En slik gjennomgang bør kunne føre til bedre rutiner. Utvalget anbefaler at disse rutinene gjennomgås på nytt i lys av samhandlingsreformen og ny nasjonal helse- og omsorgsplan.

13.9. Konklusjon

LDO vil fremheve at det avgjørende er at det finnes praktiske løsninger som gjør at reelle alternativer til tvang kan bli vurdert. LDO støtter utvalgets syn om behovet for en gjennomgang av rutinene i lys av samhandlingsreformen og ny nasjonal helse- og omsorgsplan.

13.10. Krav om vedtak

Utvalget foreslår at det skal oppstilles et krav om vedtak for alle legeundersøkelser som gjennomføres med henblikk på tvungent psykisk helsevern uavhengig av om pasienten unndrar seg slik undersøkelse eller ikke. Dette vedtaket skal oversendes psykisk helsevern sammen med legens skriftlige uttalelse etter gjeldende § 3-1, og forutsetter nærmere regulering i forskrift. Bakgrunnen for dette forslaget er at det per i dag foreligger få eller ingen klager på vedtak om tvungen legeundersøkelse. Dette har sammenheng med manglende vedtak i disse situasjonene, samt at ordningen ikke fungerer fordi vedtak ikke fattes i alle situasjoner der dette er påkrevd. Dette er et sentralt rettssikkerhetsspørsmål fordi klageadgangen blir blokkert i praksis dersom det ikke er fattet vedtak. Dette kan bidra til å svekke tillitten til helsetjenesten. LDO støtter utvalgets syn om at en opplevelse av økt prosessuell rettferdighet kan bidra til at et tvangsinngrep kan oppleves mindre krenkende for en pasient og at det således er grunn til å sikre at klageretten blir reell gjennom krav om vedtak i alle situasjoner.

13.11. Konklusjon

LDO støtter utvalgets forslag om vedtakspflicht slik den er foreslått presisert i lovutkastets § 3 annet ledd.

13.12. Tiltak for å styrke pasientens rettssikkerhet i situasjoner om etablering av tvungent psykisk helsevern

Under pkt. 14.9.3 foreslår utvalget en rekke tiltak for å styrke pasientens rettssikkerhet i situasjoner om etablering av tvungent psykisk helsevern. Utvalget foreslår at pasienten skal gis rett til tre timer gratis advokatbistand etter lov 13. juni 1980 nr. 35 om fri rettshjelp (rettshjelpsloven). Utvalget viser til at inngrepets alvorlighetsgrad som inkluderer muligheten for tidsubestemt frihetsberøvelse taler for at pasienten bør ha rett til representasjon på statens bekostning også i disse situasjonene og viser til tilsvarende reguleringer på andre sammenliknbare områder. LDO vil fremheve at det at en person med alvorlig psykisk lidelse får anledning til profesjonell bistand i en

slik situasjon, vil være med på å styrke vedkommendes autonomi og muligheten for selv å kunne virke inn på de beslutninger som fattes. Dette vil være i tråd med de føringer som ligger blant annet i CRPD fortalen bokstav n og art. 3 som særlig fremhever retten til individuell autonomi, herunder retten til å fatte egne valg. Det vil også være i tråd med art. 25 bokstav d som også fremhever retten til å motta helsetjenester basert på fritt og informert samtykke. Imidlertid vil LDO fremheve at denne adgangen til tre timers fri rettshjelp er av svært begrenset karakter og viser til at flertallet i utvalget også har fremhevet behovet for at en såkalt "supported decision making model" utredes videre.

13.13. Konklusjon

LDO støtter utvalgets forslag om rett til tre timer gratis advokatbistand. LDO fremhever behovet for at såkalt "supported decision making" utredes videre.

Videre foreslår utvalget at den faglig ansvarlige skal ha plikt til å rådføre seg med annet kvalifisert helsepersonell før det fattes vedta om tvungen observasjon eller tvungent psykisk helsevern. Utvalget viser til at tilsvarende krav gjelder for tvangsvedtak etter pasientrettighetslovens kapittel 4A, jf. § 4a-5 annet ledd.

LDO er enig i at de samme hensyn også gjelder for psykisk helsevern og at en slik rådgivningsplikt kan føre til at den som har kjennskap til pasienten og vedkommendes situasjon i større grad blir hørt, hvilket også kan innebære større respekt for den syke personens autonomi.

Videre foreslår utvalget et sentralt rettssikkerhetstiltak gjennom sitt forslag om å tydeliggjøre kravene til tilstrekkelig begrunnelse for etableringsvedtaket. LDO vil fremheve betydningen av utvalgets forslag til ny § 4-5, og særlig fremheve betydningen av § 4-5 bokstav c med krav om angivelse av den avveining som er gjort mellom fordelene og ulempene ved tvangsinnngrepet. Dette innebærer bl.a. å angi forventet behandlingmessig effekt og risiko for varig skade som følge av tvangsinnngrepet, pasientens holdninger til og erfaringer med bruk av tvang, samt om pasienten har gitt uttrykk for eller gitt sin tilslutning til frivillige tiltak, eventuelt hvilke, jf. bokstav f. Disse kravene vil være med på å sikre bevissthet rundt utgangspunktet om at tvang ikke skal utøves utover det strengt nødvendige, og at pasientens vurderinger skal komme i betraktning og tillegges vekt i tråd med de føringer som CRPD gir. Videre er LDO enig i utvalgets forslag om at kravet om at vedtaket skal treffes snarest og senest innen 24 timer flyttes fra forskrift til lov, og at dette vil være viktig for å synliggjøre kravet og slik sikre at det etterleves i praksis, jf. utkast til ny § 4-5 annet ledd.

I pkt. 14.9.5 foreslår utvalget hyppigere kontroll og etterprøving av vedtak om tvungent psykisk helsevern uten klage. Utvalget foreslår derfor i utkast til ny § 4-9 at selv om det ikke klages over etableringen av tvungent psykisk helsevern skal det likevel foretas kontroll av Kontrollkommisjonen når det er gått fire uker etter at vedtaket er fattet. Utvalget fremhever at det etter fire uker skal foretas en full materiell overprøving og at ytterligere kontroll bør skje etter tre måneder av gangen. I samsvar med dette foreslår utvalget at gjeldende karantenetid for fremsettelse av ny klage reduseres fra seks til tre måneder og at et vedtak i kontrollinstansen eller en rettskraftig dom om opprettholdelse av tvungent psykisk helsevern skal ha virket i tre måneder, jf. lovutkastet § 7-4.

13.14. Konklusjon

LDO vil støtte utvalget i at det er behov for å styrke pasientens rettssikkerhet og behov for en mer omfattende prøving av de formelle og materielle vilkårene også i de tilfellene hvor pasienten ikke klager. LDO viser til at det dreier seg om alvorlige inngrep i pasientens autonomi. Styrket rettssikkerhet vil være i samsvar med de føringer som ligger i CRPD når det gjelder å styrke autonomi og selvbestemmelsesrett til personer med nedsatt funksjonsevne, jf. fortalens bokstav n og art. 3, og i sammenheng med tvungen helsehjelp og mulig frihetsberøvelse også art. 14 og art. 25. LDO støtter utvalgets forslag til ny § 4-5.

13.15. Frivillig tvang

Under pkt. 14.10.1 foreslår utvalget å videreføre psykisk helsevernlovens § 2-2 som hjemler såkalt frivillig tvang. Utvalget gir imidlertid gode argumenter for å oppheve denne bestemmelsen og viser til at den viktigste motforestillingen mot en videreføring av den er at det dreier seg om klart inngripende tiltak. Det vil si at pasienten i prinsippet vil kunne holdes tilbake under motstand i inntil tre uker fra etablering av vernet, og at personer som gir forhåndssamtykke etter § 2-2 første ledd vil kunne være i grenselandet for å være beslutningskompetente. Det som gjør hjemmelen i § 2-2 særlig utfordrende er at det, som utvalget viser til, foreligger praksis hvor man på beholdersiden er svært liberal når det gjelder å akseptere et samtykke som juridisk bindende uten at det stilles kritiske spørsmål til gyldigheten av det. Det dreier seg om alvorlige inngrep, hvilket normalt ville tilsi at kravet til samtykke skjerpes. Utvalget viser også til at det foreligger store geografiske variasjoner i bruken av denne bestemmelsen, hvilket kan tilsi at den kan være overflødig. Utvalget velger likevel å videreføre den fordi den er usikker på konsekvensene av en eventuell opphevelse. Utvalget viser imidlertid samtidig at det er behov for å vurdere denne bestemmelsen særskilt i et eventuelt fremtidig arbeid med en felles tvangslov i helse- og sosialtjenesten.

13.16. Konklusjon

LDO vil fremheve at utvalget her peker på en bestemmelse som setter prinsippet om pasientenes rett til selvbestemmelse og autonomi på prøve, og at de beste grunner taler for å utrede denne

nærmere i forbindelse med en vurdering av en såkalt support modell og en eventuell felles tvangslov i helse- og sosialtjenesten.

13.17. Konverteringsforbudet

Utvalget drøfter under pkt. 14.11.2 spørsmålet om konverteringsforbudet mot å overføre pasienter fra frivillig til tvungent psykisk helsevern i psykisk helsevernlovens § 3-4 første ledd skal videreføres også når det nå innføres krav om manglende beslutningskompetanse for inntak til psykisk helsevern. Utvalget fremhever de vesentlige argumentene for å videreføre konverteringsforbudet, herunder vektlegger utvalget å sikre at personer som formelt sett mottar frivillig psykisk helsevern ikke reelt sett skal være tvungent under en reell trussel om konvertering. Utvalget fremhever at det ikke må finnes en enklere vei til tvungent psykisk helsevern enn den tungvinte prosedyren der tvungent psykisk helsevern ikke kommer i stand uten blant annet en uavhengig legeundersøkelse. Etter en samlet vurdering, der hensynet til rettsikkerheten er blitt tillagt særlig vekt, har utvalget foreslått å videreføre konverteringsforbudet for alle, inkludert de som mangler beslutningskompetanse på etableringstidspunktet eller mister dette på et senere tidspunkt, men at unntaket om fare for seg selv eller andre videreføres.

13.18. Konklusjon

LDO vil slutte seg til dette og vil nøye seg med å vise til at konverteringsforbudet er en sentral rettssikkerhetsgaranti blant annet for å sikre at institusjoner ikke kan skjule omfanget av reelt tvungent vern ved å ha stort omfang av frivillig vern med trussel om konvertering som fremhevet også av utvalget. LDO vil også fremheve at det er viktig ut fra et ikke-diskrimineringsprinsipp at personer som frivillig underlegges et psykisk helsevern ikke i større grad enn personer som benytter seg av andre helsetjenester skal bli utsatt for en risiko for at de blir overført til tvangsmessig behandling uten de prosedyrer som tvang ellers ville krevd.

14. Gjennomføring av psykisk helsevern

14.1. Tvangsbehandling – i lys av CRPD art. 25 bokstav d og art. 5 om likeverd og ikke-diskriminering

LDO slutter seg til utvalgets syn i kapittel 15.2 om at medisinerings av anti-psykotika i en del tilfeller vil innebære et mer inngripende tiltak enn det å bli innbrakt under bestemte fysiske rammer gjennom en frihetsberøvelse. Vi støtter også utvalget i at en vedvarende tvangsmedisinering som pasienten motsetter seg over lengre tid, må vurderes som særlig inngripende. Spørsmålet er imidlertid om flertallets forslag om ny § 5-4 som gjelder vilkår for tvangsbehandling er tilstrekkelig. For LDO er spørsmålet særlig om adgangen i norsk lovgivning til tvangsbehandling av sinnslidende innebærer diskriminering på grunn av den ulike adgangen til bruk av tvang overfor personer med alvorlige psykiske lidelser sammenliknet med andre. Etter pasientrettighetslovens §

4A-3 kan det kun ytes helsehjelp som pasienten motsetter seg i de tilfeller hvor en unnlattelse av å gi helsehjelp kan føre til en vesentlig skade for pasienten og helsehjelpen anses nødvendig og tiltakene står i forhold til behovet for helsehjelpen. Spørsmålet er dermed - om det foreligger relevante grunner som har tilstrekkelig vekt til å ha videre hjemler for tvangsbehandling overfor personer med psykiske lidelser som ikke er til fare for andre, sammenliknet med andre pasientgrupper.

Vilkårene for tvangsbehandling må særlig vurderes i lys av CRPD konvensjonens art. 25 om retten til likeverd, samt i lys av konvensjonens prinsipp om forbud mot diskriminering, jf. ordlyden i art. 25 i innledningen, art. 3 bokstav b, art. 5, samt art. 12 om retten til å bevare rettslig handleevne. I henhold til CRPD art. 25 bokstav d skal statspartene sikre at helsepersonell tilbyr helsepleie av samme kvalitet til personer med nedsatt funksjonsevne som til andre, jf. også likeverdsprinsippet og forbudet mot diskriminering i art. 5. Videre fremheves det i art. 25 bokstav d at denne helsehjelpen skal gis bakgrunn av fritt og informert samtykke.

14.2. Utenriksdepartementets vurdering

Utenriksdepartementet (UD) har i brev til Helse- og omsorgsdepartementet (HOD) 19.11.2010 foretatt en tolkning av CRPD art. 25 og betydningen den vil ha for adgangen til tvangsbehandling av personer med nedsatt psyko-sosial funksjonsevne. UD legger her til grunn at art. 25 bokstav d i CRPD krever at helsepersonell gir like god behandling til personer med nedsatt funksjonsevne som til andre, herunder på grunnlag av fritt og informert samtykke, og at dette skal forstås slik at personer med nedsatt funksjonsevne generelt sett skal tilbys helsehjelp av samme kvalitet som andre, og at denne hjelpen i samme grad som for andre skal gis på grunnlag av fritt og informert samtykke. UD fortolker dette slik at dette krever at man ikke skal kunne underlegge en sinnslidende pasient med samtykkekompetanse tvungen somatisk behandling i større grad enn det som gjelder for andre pasienter. UD viser til at det fremkommer av forarbeidene til psykisk helsevernloven at somatisk behandling av sinnslidende reguleres av pasientrettighetsloven og ikke av psykisk helsevernloven. UD legger derfor til grunn at det i utgangspunktet ikke synes å foreligge noen konvensjonsstridig forskjellsbehandling på dette punktet i norsk lovgivning. UD foretar deretter en fortolkning av konvensjonens art. 25 bokstavene b og c, som dreier seg spesielt om rettigheter til helsetjenester rettet mot vedkommendes nedsatte funksjonsevne. UD mener at konvensjonen her gir statene en plikt til å sørge for at personer med nedsatt funksjonsevne får de helsetjenester som de trenger spesielt på grunn av sin nedsatte funksjonsevne, herunder tidlig diagnose og riktig behandling, samt tjenester for å begrense og forhindre ytterligere funksjonsnedsettelse. Det fremheves at kravet om fritt og informert samtykke ikke er nevnt uttrykkelig i denne forbindelse. UD anerkjenner likevel at prinsippet om selvbestemmelsesrett vil være relevant, men fremhever at hvor grensene for selvbestemmelsesretten da vil gå, må vurderes på grunnlag av sykdommens karakter. UD fremhever at konvensjonens prinsipp om selvbestemmelsesrett er formulert generelt for alle funksjonsnedsettelse, og ikke særlig med sikte på alvorlige sinnslidelser. Det vises til at en manglende behandling av en sinnslidende uten samtykkekompetanse vil kunne være et brudd på statspartenes plikter etter art. 25 til å sørge for

nødvendige helsetjenester rettet mot vedkommendes nedsatte funksjonsevne, som vil redusere og forebygge ytterligere funksjonsnedsettelse.

UD tar imidlertid en viktig forutsetning for denne fortolkningen, nemlig at psykisk helsevernloven praktiseres i tråd med fagdepartementets begrunnelse bak tvangshjemmelen slik den er presentert i Ot. Prp. Nr. 11 (1998-1999) om lov om etablering av og gjennomføring av psykisk helsevern pkt. 3.5.1. Poenget i denne sammenhengen med henvisningen til Ot.prp. nr. 11 er at det i denne odelstingsproposisjonen er fremhevet at hensikten med behandlingen skal være at personer med sinnslidelser skal kunne gjenvinne sitt herredømme og kontrollen over seg selv og sitt liv, slik at vedkommende skal bli i stand til å foreta rasjonelle valg og følge en bevisst kurs. HODs forutsetning som UD bygger på når de sier at tvangsbehandling vil være forenlig med art. 25, er dermed at tvangsbehandlingen ikke brukes i større grad enn det som er nødvendig for at en person skal gjenvinne herredømme over sitt eget liv. Dette bygger både på en forutsetning om at den aktuelle behandlingen er egnet til å oppnå dette, og som nevnt, at behandlingen avsluttes så snart dette er oppnådd. UD konkluderer med at den norske rettstilstanden med hensyn til tvangsbehandling er forenlig med konvensjonen. UD presiserer imidlertid samtidig at dette i stor grad vil avhenge av hvordan lovgivningen blir praktisert i de enkelte tilfeller.

I NOU 2011: 9 vedlegg 1 har utvalgets mindretall ved Orefellen kritisert UD for ikke å ha vurdert CRPD art. 25 bokstav d i sammenheng med art. 12, til tross for at bestemmelsen i art. 12 er helt sentral for tolkningen av art. 25 bokstav d. Også Bjørn Henning Østenstad, førsteamanuensis i rettsvitenskap, uttrykker i vedlegg 3 *Fråvær av avgjerdskompetanse som mogleg vilkår for tvunge psykisk helsevern og tvangsbehandling m.m.* på side 331 i NOU 2011: 9 at: «eit svakt punkt i begge dei to tolkingsfråsegnene frå rettsavdelinga [i Utenriksdepartementet], er det manglande fokuset på art. 12 i konvensjonen.»

Det vil si at det hersker betydelig tolkningstvil når det gjelder innholdet i CRPD art. 25, kombinert med art. 12. UD har ikke vurdert betydningen av art. 12 når det gjelder tolkningen av art. 25. Utvalgets mindretall ved Orefellen tolker CRPD slik at den hindrer tvangsmessig helsehjelp. Østenstad synes å tolke CRPD slik at en kompetansebasert løsning slik som foreslått, vil gjøre rettstilstanden i samsvar med art. 12, kombinert med art. 25, men har avgrenset sin vurdering ved at han nettopp ikke har drøftet videreføring av behandlingstvilkåret og derfor heller ikke muligheten for tvangsbehandling i behandlingssøyemed.

14.3. Vurderinger fra spesialrapportører og CRPD-komiteen

Spesialrapportøren for retten til høyest oppnåelig helsestandard har i rapport 20. august 2009 i rapport A/64/272 uttrykt følgende i para 72: "States must provide persons with disabilities equal recognition of legal capacity, care on the basis of informed consent (vår understreking), and protection against non-consensual experimentation; as well as prohibit exploitation and respect

physical and mental integrity. States have the obligation to provide (on a permanent basis if necessary) any appropriate supports, including total support (vår understreking), for persons with disabilities to exercise their legal capacity to the greatest possible extent.” Og videre i para 73: “Policies and legislation sanctioning non-consensual treatments lacking therapeutic purpose or aimed at correcting or alleviating a disability, including [...] electro-convulsive therapy and unnecessarily invasive psychotropic therapy, violate the right to physical and mental integrity and may constitute torture and ill-treatment.”

Også FNs spesialrapportør for tortur har i rapport 28.juli 2008 A/63/175 kommet med sentrale uttalelser når det gjelder adgangen til bruk av tvang i gjennomføringen av behandlingen overfor personer med psykiske lidelser. I para 62 i denne rapporten fremhever spesialrapportøren at misbruk av psykiatri og bruk av tvang overfor personer med nedsatt funksjonsevne og primært når det gjelder personer med nedsatt psykososial funksjonsevne fortjener større oppmerksomhet. Spesialrapportøren fremhever at administrasjonen under tvangsbehandling i psykiatriske institusjoner av nevroleptika som forårsaker ”trembling, shivering and contractions and make the subject apathetic and dull his or her intelligence, has been recognized as a form of torture,” sitat fra para 63. Det er verdt å merke seg at spesialrapportøren for så vidt ikke utelukker bruk av nevroleptika i behandling av mentale lidelser, men han fremhever behovet for at disse blir nøye kontrollert, ”closely scrutinized.” Og sier følgende: ”depending on the circumstances of the case, the suffering inflicted and the effects upon the individual`s health may constitute a form of torture or ill-treatment.”

Det er videre verdt å merke seg at spesialrapportøren for tortur i sine konklusjoner og anbefalinger i del c under para 71 spesielt fremhever ikke-diskrimineringsbestemmelsen i CRPD art. 2. I para 73 fremhever han at statene må vedta lovgivning som anerkjenner den rettslige handleevnen til personer med nedsatt funksjonsevne og som sikrer at personer med nedsatt funksjonsevne når de har behov for det er gitt den støtte de trenger for å foreta informerte valg.

CRPD-komiteen har i sin vurdering av Spanias statsrapport under CRPD art. 30 av 19. oktober 2011, kommet med synspunkter som bidrar til å klargjøre hvordan CRPD-komiteen ser på hvilke krav som ligger blant annet i art. 14 om rett til frihet og personlig sikkerhet. Her uttaler komiteen en klar bekymring overfor Spania når det gjelder Spanias praksis med tvangsinnleggelse og tvangsbehandling av personer med nedsatt psykososial funksjonsevne. Komiteen anbefaler Spania å oppheve de lovene som hjemler ufrivillig tvangsinnleggelse og som har tilknytning på bakgrunn av en nedsatt funksjonsevne. Videre anbefaler komiteen å iverksette tiltak som sikrer at alle helsetjenester, inkludert helsetjenester rettet mot psykiske lidelser basert på fritt og informert samtykke fra den aktuelle personen.

CRPD-komiteen kommer ikke med noen konkrete anbefalinger som direkte gjelder forståelsen av CRPD art. 25, men i lys av de klare merknader komiteen har under art. 14, hvor anbefalingen er å sikre at alle helsetjenester rettet mot psykiske lidelser skal være basert på fritt og informert samtykke er dette sentralt også for hvordan art. 25 skal tolkes.

14.4. LDOs vurderinger

Det samlede rettskildebildet er usikkert. Imidlertid vil det være på det rene, som også UD fremhever, at et minimumskriterium for tvangsbehandling er at den vil være nødvendig og forholdsmessig. Både i lys av den tvil som foreligger om effekten av behandling med nevroleptika, samt de store regionale forskjeller som foreligger i Norge, er det grunn til å sette spørsmålsteget ved om lovens forutsetninger kan oppfylles i praksis. Når dette er situasjonen er spørsmålet hva lovgiver bør gjøre for å vedta lovbestemmelser som er best mulig egnet til å sikre mot tvangsbehandling som i det enkelte tilfellet ikke vil oppfylle kravet til nødvendighet og forholdsmessighet. I tillegg kommer, som omtalt i kapittel 15 på side 198, at det foreligger betydelige meningsforskjeller mellom ulike aktører i debatten både når det gjelder etisk innfallsvinkel og fenomenforståelse og syn på forskning om årsaker, behandlingsmetodikk og effekt av behandling, samt virkninger og tvang, samt, vår utheving, *at kunnskapsgrunlaget ikke er entydig og til dels mangelfullt og at brukererfaringene er varierende.*

14.5. Konklusjon

På denne bakgrunn vil LDO anbefale, jf. vår anbefaling når det gjelder spørsmålet om videreføring av behandlingstilbudet for adgangen til tvang og frihetsberøvelse ved etablering av psykisk helsevern, at man opphever dagens adgang til tvang i behandlingsøyemed ved gjennomføring av psykisk helsevern, for å fremme vesentlig bedring eller unngå vesentlig forverring, jf. utkast til ny § 5-4 nr. 7. LDO mener de beste grunner taler for at tvangsbehandling kun bør tillates dersom det uten tvangsbehandling foreligger fare for vesentlig helseskade. Dette vil medføre at LDO mener at det i norsk rett kun skal være hjemmel for defensiv intervensjon, det vil si et skade- eller farevilkår (for personen selv) etter modell fra pasientrettighetslovens kapittel 4A ("fare for vesentlig helseskade"). Vi foreslår derfor at ny § 5-4 nr. 7 skal lyde: "det er overveiende sannsynlig at behandlingstiltaket kan hindre vesentlig helseskade."

14.6. Særlig om bruk av ECT- elektrosjokkbehandling, pkt. 15.2.5

Utvalget drøfter under pkt. 15.2.5 behovet for endringer når det gjelder bruk av ECT i norsk helsevesen. Utvalget fremhever at ECT som utgangspunkt ikke er hjemlet i psykisk helsevernlovens § 4-4 om tvangsbehandling, og kan derfor etter gjeldene rett bare gjennomføres på grunnlag av et gyldig samtykke fra pasienten. Imidlertid fremhever de at i nødrettslige situasjoner, for eksempel ved livstruende depresjoner, kan ECT likevel kunne iverksettes mot pasientens vilje. Utvalget viser til at enkelte brukere har fremhevet negative erfaringer med ECT og at behandlingen har påført dem alvorlige skadevirkninger. Enkelte brukere har derfor foreslått at ECT bør forbys i sin

alminnelighet, og i hvert fall ikke skulle kunne gjennomføres uten gyldig samtykke under noen omstendighet, og at også enkelte fagpersoner har gitt støtte for et slikt syn. Videre fremhever utvalget problemstillinger knyttet til de tilfeller hvor ECT gis under samtykke, men hvor samtykke åpenbart ikke har bygget på en beslutningskompetent avgjørelse. Utvalget fremhever at det i slike tilfeller kunne vært et godt alternativ at et vedtak om bruk av ECT som bygger på samtykke også måtte godkjennes av en klageinstans eller en uavhengig institusjon. Imidlertid fremhever utvalget at det i lys av sin tids- og ressursramme ikke har hatt mulighet til å utrede problemstillingene knyttet til ECT i nødvendig bredde til å foreslå konkrete lovendringer. Utvalget foreslår derfor ingen endringer i gjeldende rett.

LDO vil her fremheve at spesialrapportøren for tortur i ovennevnte rapport fra 28. juli 2008 under para 61 skriver klart at ECT også i sin modererte form, det vil si når det gis ved bruk av bedøvelsesmiddel, eller i norsk sammenheng ved bruk av narkose, skal brukes kun etter fritt og informert samtykke fra den aktuelle personen. Det innebærer informasjon om de sekundære effektene og relaterte risikoer knyttet til bruk av ECT, slik som hjertekomplikasjoner, forvirring, hukommelsestap og død. Det vil si at spesialrapportøren når det gjelder bruk av ECT for så vidt virker kategorisk, og ikke åpner for at ECT kan benyttes mot pasientens vilje basert på konkrete omstendigheter i saken.

14.7. Konklusjon

Etter LDOs syn er det behov for en grundigere utredning av behovet for endring av lovverket i Norge når det gjelder bruk av ECT overfor personer med nedsatt psykososial funksjonsevne. Det er behov for vurderinger både knyttet til hva som skal til for å kunne gis et kompetent samtykke til bruk av ECT og hva som skal skje når slikt samtykke ikke gis. Det vil si hvorvidt man skal videreføre adgangen til å bruke det i nødrettstilfeller, eller om ECT bør forbys i sin alminnelighet når det ikke foreligger samtykke. I tillegg vil LDO fremheve at det er behov for at det blir ført grundig statistikk over bruken av ECT i Norge slik at det blir mulig å avdekke geografiske variasjoner. På denne måten vil vi få en pekepinn på om det foreligger variasjoner som tilsier at kriteriet om at inngrepet uansett må være nødvendig ikke blir oppfylt i enkelttilfeller.

14.8. Særlig om adgangen til isolering, pkt. 15.3.1

Utvalget foreslår under pkt. 15.3.1 å oppheve adgangen til isolering i norsk rett som tvangsmiddel overfor personer med nedsatt psykososial funksjonsevne. Utvalget har lagt avgjørende vekt på at halvparten av norske helseforetak i psykisk helsevern ikke finner slik bruk av isolering nødvendig. LDO vil her fremheve at spesialrapportøren for tortur i sin rapport 28. juli 2008 A/63/175 blant annet i para 82 viser til betydelig faktagrunnlag som påviser alvorlige helsemessige skadeeffekter av bruk av isolasjon, slik som søvnløshet, forvirring, hallusinerer og mental sykdom. Blant annet på bakgrunn av dette anbefaler spesialrapportøren at bruken av isolering må reduseres til et minimum og må brukes kun i helt eksepsjonelle tilfeller, for så kort tid som mulig og som siste utfall.

14.9. Konklusjon

LDO vil fremheve at å bruke en slik type virkemiddel overfor personer med nedsatt funksjonsevne som har dokumenterte skadelige effekter ikke er i tråd med de prinsipper som blant annet CRPD bygger på. LDO støtter utvalget i at adgangen til bruk av isolasjon oppheves i Norge.

14.10. Andre mekaniske tvangsmidler

Utvalget foreslår imidlertid å videreføre adgangen til andre mekaniske tvangsmidler som hindrer pasientens bevegelsesfrihet, slik som belter, remmer og skadeforebyggende spesialklær, jf. bokstav a i psykisk helsevernlovens § 4-8. LDO vil fremheve at denne typen bruk av mekaniske tvangsmidler kun rammer en særskilt gruppe i samfunnet, nemlig personer med nedsatt funksjonsevne i form av mentale lidelser, og at det derfor er særlig grunn til å se nærmere på legitimiteten i å videreføre denne adgangen. Særlig vil LDO fremheve det som utvalget skriver under pkt. 15.3.1. om at det enkelte steder er utviklet såkalte comfort rooms eller quiet rooms der pasienten kan trekke seg tilbake når stressnivået er for høyt, og at dette er rom som pasienten selv kan oppsøke og som kan gi pasienten økt opplevelse av kontroll.

14.11. Konklusjon

LDO mener at det er behov for at det foretas grundigere vurderinger av i hvilken grad det kan etableres andre ordninger som i større grad vil ivareta pasientens autonomi, og kunne redusere bruken av mekaniske tvangsmidler som er tillatt i dag, og som utvalget foreslår videreført når det gjelder blant annet belter, remmer og skadeforebyggende spesialklær.

14.12. Skjerming

Angående utvalgets vurderinger når det gjelder skjerming under pkt.15.4, er LDO enig i at man kan vurdere skjerming sammen med tvangsmidler som intervensjoner med høy risiko for negative psykiske virkninger og svekket behandlingsallianse. LDO vil fremheve at skjerming i de tilfeller hvor pasienten motsetter seg dette vil svekke individets autonomi og uavhengighet, og slik sett vil slike tiltak motvirke de hensyn som er anerkjent i CRPD, blant annet fortalens bokstav n og art. 3 bokstav a om individuell autonomi, samt art. 17 om personlig integritet.

LDO vil derfor fremheve betydningen av at det i et hvert tilfelle hvor det fattes beslutning om skjerming i strid med pasientens vilje, må fattes et vedtak som vil kunne være gjenstand for kontroll. Dette er en minimumsbeskyttelse mot at det skal forekomme skjerming som ikke oppfyller kravet til nødvendighet, og som slik sett også vil være diskriminerende.

14.13. Konklusjon

Vi støtter derfor utvalgets forslag til ny § 5-3 om at det skal treffes vedtak dersom pasienten motsetter seg skjerming, eller dersom skjerming varer utover 24 timer.

15. Kontroll- og overprøvningsordninger, kapittel 16

For å sikre at det ikke skjer tvangsbruk utover det som er nødvendig er kontroll- og overprøvningsordningene som ivaretar pasientenes rettssikkerhet helt essensielle. Utvalget har i kapittel 16 i NOU 2011: 9 avdekket en rekke eksisterende mangler ved overprøvningsordninger, jf. side 209 under pkt. 16.1 i kapittel 16. Når det gjelder særlig kontrollkommisjonen, har en evaluering fra Helsedirektoratet i 2006 vist at kommisjonen har ulik lovforståelse ved overprøving av vedtak og utøvelse av annen kontrollvirksomhet, og at denne ulike praksisen er av et slikt omfang at den bryter med sentrale rettsstats prinsipper, som forutsigbarhet og likebehandling. Når det gjelder fylkesmannens overprøving av vedtak etter psykisk helsevernloven som gjelder tvungen legeundersøkelse og vedtak etter psykisk helsevernlovens § 4-4 om behandling uten samtykke, er utgangspunktet at fylkesmannen skal prøve alle sider av saken, også det helsefaglige skjønnet. Begrunnelsen for at det var fylkeslegene som ble tillagt å klage når det gjaldt tvangsmedisinering var blant annet at Kontrollkommisjonen ikke hadde tilstrekkelig faglig kompetanse til å bedømme de aktuelle spørsmålene, mens fylkeslegen derimot skulle inneha kompetanse til å overprøve både overlegens formelle og medisinske skjønn. På den tiden da forskriften om å legge denne myndigheten til fylkeslegeembetene trådte i kraft i oktober i 1984, hadde de fleste fylkeslegeembeter fylkespsykiatere. Det fremgår at utvalget i dag har foretatt en undersøkelse hvor de har henvendt seg til samtlige fylkesmenn med forespørsel om psykiatrisk kompetanse. De har mottatt svar fra 12 embeter, og det kommer frem at kun fire fylkesmenn har opplyst å ha spesialkompetanse i psykiatri og at det sjelden innhentes psykiatrisk kompetanse dersom embetet ikke har dette. Dette betyr at saksbehandlingen i hovedsak foretas av en alminnelig lege og en jurist, og at det vanligvis er en alminnelig lege og enkelte steder psykiatrisk sykepleier som gjennomfører samtalen med pasienten. I lys av at tvangsbehandling med medikamenter ofte oppleves som den største krenkelsen som skjer i forbindelse med tvungent psykisk helsevern, er det helt uforsvarlig at en fagkompetanse som i utgangspunktet blir lagt til grunn å skulle foreligge hos fylkesmannen i dag ikke er tilstede i praksis.

LDO er enig med utvalget som fremhever på side 212 at gjeldende ordning i dag ikke er tilstrekkelig forsvarlig og at manglende kompetanse gjør at det i realiteten ikke vil være en full overprøving av alle sider av saken slik som forutsetningen er i henhold til loven, jf. gjeldende psykisk helsevernlov § 1-6 og forvaltningslovens § 34 annet ledd som forutsetter at fylkesmannen skal kunne overprøve alle sider av saken, også det helsefaglige skjønnet. LDO vil derfor slutte seg til utvalgets forslag under pkt. 16.3 om at det opprettes en ny felles kontrollinstans for alle vedtak som fattes med hjemmel i psykisk helsevernloven, og som sikrer at kontrollinstansen har tilstrekkelig kompetanse til å foreta en forsvarlig overprøving av tvangsbehandlingsvedtak. Videre slutter ombudet seg til at det bør vurderes å åpnes for muntlige forhandlinger ved klage på behandling uten eget samtykke. Videre vil LDO støtte seg til utvalgets forslag under punkt 16.3 om at pasientene må ha krav på fri advokatbistand ved klage til fylkesmannen over vedtak om behandling uten eget samtykke på samme måte som de har rett til fri rettshjelp på statens bekostning ved klage til Kontrollkommisjonen. LDO slutter seg dermed til utvalgets begrunnelse om at pasientene bør ha de samme rettigheter til rettslig bistand ved klage over vedtak om behandling uten eget samtykke, som ved klage over vedtak om tvungent vern.

Spørsmålet om hvordan et nytt kontroll- og overprøvingsorgan skal kunne fungere best mulig reiser en rekke spørsmål. Utvalget har under pkt. 16.5 uttalt at det ikke har funnet det hensiktsmessig å utarbeide et eget lovforslag når det gjelder et nytt kontroll- og overprøvingsorgan. Utvalget kommer imidlertid med en rekke grunner for å legge oppgavene til fylkesnemndene og fremhever at dersom dette forslaget følges opp, må det vurderes om det bør utarbeides en egen lov om fylkesnemndene der saksbehandlingsreglene tilpasses de ulike rettsområdene for fylkesnemndas virksomhet. LDO har ikke grunnlag for å gå nærmere inn på om det vil være hensiktsmessig å legge kontroll- og overprøvingsfunksjonen til fylkesnemndene, men vil fremheve at dersom dette forslaget fra utvalget følges opp må det foretas grep som sikrer at nemndene settes med medlemmer som har tilstrekkelig bruker- og pårørendeerfaring når det gjelder psykisk helsevern, og at fylkesnemndene bør styrkes med spesialist i psykiatri og også eventuelt med kompetanse innen psykologi, slik at det kan bli en reell vurdering av om vilkårene for tvang i det enkelte tilfelle har vært oppfylt. LDO vil også støtte utvalgets vurderinger om at den pasientnære velferdskontrollen som Kontrollkomisjonen i dag utfører, har en nødvendig rettssikkerhetsmessig betydning og at en omlegging av overprøvelsessystemet ikke må gå på bekostning av denne pasientnære velferdskontrollen. Utvalget foreslår imidlertid at denne funksjonen som nå ivaretas av Kontrollkomisjonen kan ivaretas av egne tilsynsutvalg og viser til at slike tilsynsutvalg oppnevnes av fylkesmannen når det gjelder tilsyn med barnevernsinstitusjoner. Utvalget viser også til at Helsetilsynet bør spille en mer aktiv rolle i tilsynet med tvungent psykisk helsevern enn det som gjøres i dag.

15.1. Konklusjon

LDO viser til at de forslagene utvalget her kommer med når det gjelder behovet for å endre og styrke kontroll- og overprøvingsordningen, bør følges opp med en mer omfattende og grundig utredning av om hvordan pasientnær velferdskontroll kan ivaretas og at det i de vurderinger som foretas må sikres at pasientenes autonomi og selvbestemmelse blir ivaretatt så godt som mulig. Spørsmålet om hvordan den pasientnære velferdskontrollen skal kunne ivaretas bør også ses i sammenheng med utvalgets forslag om at det arbeides videre med å utarbeide en såkalt "supported decision making model" i samsvar med det som forutsettes i CRPD art. 12.

Vennlig hilsen

Sunniva Ørstavik
likestillings- og diskrimineringsombud

Guri Hestflått Gabrielsen, rådgiver