

Helse- og omsorgsdepartementet
Postboks 8011 Dep
0030 OSLO

Deres ref.
19/2594

Vår ref.
19/3273 - TJU

Dato
19.12.2019

Høring av NOU 2019: 14 Tvangsbegrensningsloven - Forslag til felles regler om tvang og inngrep uten samtykke i helse- og omsorgstjenesten

Vi viser til Helse- og omsorgsdepartementets brev 24. september 2019 med vedlegg.

Justis- og beredskapsdepartementet har følgende merknader til NOU 2019: 14 Tvangsbegrensningsloven:

1. Generelle kommentarer

Utvalget har utført et grundig arbeid på et krevende område. Utvalget gjennomgår og viser til Norges forpliktelser etter CRPD vedrørende tvangsbruk på en utfyllende måte, men utredningen gir også grunnlag for enkelte merknader.

1.1 Lovens tittel

Utvalget har gitt lovforslaget tittelen «tvangsbegrensningsloven». Etter vårt syn kan dette bidra til å skape et uriktig inntrykk av utgangspunktet, som er at tvang uten lovhjemmel ikke er tillatt. Det er derfor nødvendig med en lov som både gir *adgang* til å bruke tvang og samtidig setter *klare begrensninger* for denne adgangen. Når tittelen utelukkende fokuserer på disse grensene er det en fare for at lovens reelle funksjon underkommuniseres. Tittelen kan skape et bilde av at tvang er noe som uansett forekommer, og at lovens hovedfunksjon dermed er å begrense bruken av det. Etter vårt syn bør loven gis et mer nøytralt navn som rommer lovens doble funksjon som både tvangsgrunnlag og -begrensning. Disse innvendingene innebærer også etter vårt syn at første punkt i formålsbestemmelsen, § 1-1 nr. 1, bør justeres noe.

1.2 Bredden i problemstillinger under loven

På et overordnet plan kan det også spørres om loven i tilstrekkelig grad gir et bilde av bredden i hvordan bruken av tvang overfor ulike pasientgrupper vil arte seg – at loven ivaretar informasjonshensyn. Dette henger sammen med blant annet følgende hensyn:

Lovforslaget som foreligger gjelder generelt innenfor helse- og omsorgssektoren, og utvalget har vurdert det slik at den mest hensiktsmessige reguleringsmodellen er en kombinasjon av «generelt formede begrensninger i tvangshjemlene med særlige bestemmelser for enkelte typer av tiltak som fremstår som rettssikkerhetsmessig særlig problematisk» (s. 557). Resultatet er at forslaget ikke inneholder enkeltvis hjemler for ulike tiltak, men generelt regulerer vilkårene for bruk av tvang ved «innleggelse og tilbakehold i helseinstitusjon» (§ 5-4) og deretter ved «helse- og omsorgstjenester etter kapittelet her» (§ 6-5). Videre oppstiller loven en del absolutte grenser og særskilt regulering av spesielle tiltak. I tillegg til at denne reguleringsmodellen er valgt, har forslaget i vesentlig grad nedtonet hvilke diagnoser og tilstander som typisk medfører situasjoner der bruk av tvang kan være aktuelt, sammenlignet med dagens lovgivning.

Loven omtales altså som «nøytral» både med hensyn til diagnose, type tjeneste og arena. Dette skaper en mer fleksibel lov, og kan tenkes å imøtekomme menneskerettslige innvendinger knyttet til diagnose som vilkår for tiltak. Samtidig innebærer det at man er lenger unna både de konkrete tiltakene og diagnoser at loven kan gi et abstrakt og noe uklart bilde av hvordan tvangsbruk arter seg og overfor hvilke grupper det typisk vil være aktuelt å iverksette tiltak. Kun de mest inngripende tiltakene er spesialregulert. Den mer «hverdagslige» tvangen – fastholdelse for å hindre skade, innlåsing av mat, osv. – blir mer usynlig i lovteksten. Vi legger til grunn at slike tiltak rettslig sett omfattes av den generelle formuleringen «helse- og omsorgstjenester» i § 1-2 om virkeområde og § 6-5 om «[a]lminnelige vilkår for tiltak personene motsetter seg.» Selv om slike tiltak dermed ikke er utelatt i forslaget, kan det etter vårt syn være grunn til å tydeliggjøre variasjonen i de tiltakene som kan gjennomføres ved bruk av tvang. Loven bør ikke bare oppstille en grense for hva som ikke er lov, men også kommunisere hva tvang kan gå ut på. Dette er ikke minst av hensyn til brukere og pårørende, som ut fra loven vil kunne få et ufullstendig bilde av hvordan tvangsbruk vil kunne arte seg.

Etter vårt syn vil det være mulig å bøte på uklarheten innenfor den reguleringsmodellen utvalget foretrekker. Her kunne man for eksempel gått mer i retning av reguleringen i helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9, som uttrykkelig viser til hvilke tjenester bruk av tvang og makt kan skje som ledd i, kombinert med ytterligere vilkår i § 9-5. I tillegg til å oppstille et vilkår om «vesentlig skade» viser loven blant annet til at bruk av tvang og makt kan anvendes i forbindelse med «tiltak for å dekke brukerens eller pasientens grunnleggende behov for mat og drikke, påkledning, hvile, søvn, hygiene og personlig trygghet, herunder opplærings- og treningstiltak». Her er ikke det enkelte tvangstiltaket hjemlet særskilt, men loven gir likevel mer veiledning når det gjelder i hvilke situasjoner det kan være aktuelt med tvang. Se også

ytterligere kommentarer til § 6-5 under. Uansett hvilken modell som velges, savner vi en diskusjon av betydningen av innvendingene vi reiser her. At loven forstås av brukerne, er vesentlig for at den skal kunne gi ønskede virkninger.

1.3 Skjønnsmessige vurderingstemaer

Et mål med den nye loven er en mer ensartet praksis når det gjelder bruk av tvang i helse- og omsorgstjenester. Etter vårt syn kan det å samle bestemmelsene om tvang i én lov være et egnet virkemiddel for å oppnå dette formålet, all den tid det gjør at usikkerhet rundt hvilke regler som kommer til anvendelse blir mindre, og det blir færre ulike vurderinger å forholde seg til. Det kan imidlertid anføres at det viktigste virkemiddel for å gjøre praksis mer ensartet og redusere tvangsbruken, er et mer presist utformet regelverk. Selv om lovhjemlene samles og det er lagt opp til mer ensartede definisjoner, er det etter vårt syn vanskelig å se at lovforslaget lykkes fullt ut i dette henseendet.

Et spørsmål som utvalget er inne på er om det overhodet er mulig å få til en presis regulering, all den tid området som reguleres er menneskelig samhandling hvor det nettopp kan være vanskelig å kategorisere en situasjon som det ene eller det andre. Dette gjenspeiles for eksempel i definisjonen av tvang i § 1-3 annet ledd, hvor det ene alternativet er å overvinne motstand med «virkemidler som går utover det som er vanlig akseptert samhandling mellom mennesker». Selv om bestemmelsen nyanserer formuleringen «overvinnelse av motstand», legges det fremdeles opp til en svært skjønnsmessig vurdering.

Samtidig kan det spørres om det å utforme mer generelle hjemler, slik det legges opp til, har som konsekvens at det nettopp vil være rom for færre nyanser, eller i alle fall at disse vil bli vanskelige å uttrykke. Her kan det også vises til innvendingene som er reist over, knyttet til konsekvensene av at de sentrale tvangshjemlene skal være «nøytrale».

Etter vårt syn innebærer disse innvendingene at merknadene bør være nokså utfyllende og ta høyde for de ulike situasjonene tvangsbruken vil skje i. Måten saksbehandlingen skjer på vil etter vårt syn også være et desto viktigere element når det gjelder kontroll med tvangsbruken.

1.4 Tilgjengelighet

Lovforslaget er omfattende, og inneholder en del gjennomgående rettslige begreper hvor ulike situasjoner medfører at ulike regler kommer til anvendelse: foreligger det samtykke, er personen beslutningskompetent, dreier det seg om et tiltak personen motsetter seg, er det et særlig inngripende vedtak, er personen et barn, er tiltaket truffet i en nødsituasjon osv. Disse gjennomgående begrepene, og ikke minst at det er nokså mange av dem, gjør at man er helt avhengig av å lese de ulike bestemmelsene i sammenheng. Jo flere bestemmelser man er avhengig av å se hen til for å fastlegge innholdet i én enkelt bestemmelse, jo vanskeligere tilgjengelig kan den ene bestemmelsen sies å være. I forslaget til tvangsbegrensningsloven er nesten samtlige bestemmelser bygd opp rundt slike rettslige begreper og gjennom utstrakt bruk av

henvisning til andre bestemmelser. Selv om forslaget inneholder flere klargjørende definisjoner og er forsøkt organisert rundt de sentrale begrepene, oppleves forslaget som til tider vanskelig å orientere seg i. Dette gjelder særlig for reguleringene av de konkrete tiltakene i kapitlene 4, 5 og 6, hvor mengden henvisninger til vilkår i andre bestemmelser til tider gjør det utfordrende å lese teksten. Dette er av særlig betydning siden loven retter seg mot ulike faggrupper som trenger regler det er mulig å forstå og bruke i praksis.

2. Alminnelige vilkår for bruk av tvang

2.1 Virkeområde

Paragraf 6-5 oppstiller vilkår for tvang i forbindelse med vedtak om og gjennomføring av helse- og omsorgstjenester. Ettersom begrepet helse- og omsorgstjenester dermed blir sentralt for rekkevidden av bestemmelsen, bør det defineres nærmere i selve loven, ikke bare i merknadene til § 1-1. En slik definisjon kan tas inn i § 1-4, eventuelt gjennom henvisning til pasient- og brukerrettighetsloven § 1-3 bokstav d.

2.2 Antatt samtykke

I både § 5-4 første ledd nr. 5, § 6-2 nr. 2 og § 6-5 første ledd nr. 5 oppstilles «antatt samtykke» som vilkår for å gjennomføre et tiltak med tvang. Vurderingen av vilkåret skal skje i samsvar med § 1-5. Etter vårt syn er det tvilsomt om et slikt vilkår er praktikabelt og hensiktsmessig. Utvalgets vurdering av kriteriet er svært knapp og gir etter vårt syn ikke et tilstrekkelig bilde av hvordan vilkåret vil komme til anvendelse overfor ulike pasientgrupper.

For det første – som utvalget selv er inne på – er vurderingen av antatt samtykke beheftet med en lang rekke usikkerhetsmomenter. Disse usikkerhetsmomentene gjør etter vårt syn at vilkåret om antatt samtykke bærer preg av en fiksjon om at noe slikt er mulig å oppstille. Etter vårt syn vil dette være tilfelle kun for et mindretall av sakene. I et flertall vil man bli henvist til en vurdering av «hvordan personer med beslutningskompetansen intakt og i en sammenlignbar situasjon antas å ville stille seg», jf. § 1-5 første ledd siste punktum. En slik mer objektivisert norm ligger etter vårt syn ikke nær nok forutsetningen om at vilkåret skal ivareta den personlige autonomi. Et eventuelt antatt samtykke bør etter vårt syn *ikke* knytte seg til en slik objektivisert norm, men i så fall være basert på en antakelse om hva *personen selv* (reelt sett) antas å ønske.

Med henblikk på den konkrete anvendelsen, er det vanskelig å se for seg at vilkåret vil fungere som en skranke for bruk av tvang i andre situasjoner enn der personen selv har hatt tidligere erfaring med tvang i psykiatrien og i ettertid klart har gitt uttrykk for å ta avstand fra all bruk av tvang. For personer som aldri har hatt beslutningskompetanse eller som i liten grad har gitt uttrykk for noen holdning i den ene eller annen retning, vil det være tilnærmet umulig å finne holdepunkter i vurderingen.

Vi merker oss også at vurderingen i de alminnelige merknadene er svært kort, og at utfordringene i liten grad problematiseres.

2.3 Forholdet til dagens tvangsbestemmelser, særlig helse- og omsorgstjenesteloven kap 9

Pasient- og brukerrettighetsloven § 1-3 d har en vid definisjon av helse- og omsorgstjenesten, noe som innebærer at bruk av tvang i utgangspunktet kan være aktuelt for et tilsvarende bredt spekter av tjenester. Som vi er inne på under punkt 1.2 kan det spørres om denne bredden kommer tilstrekkelig frem i loven og er tilstrekkelig hensyntatt i utvalgets utredning.

For eksempel gir helse- og omsorgstjenesteloven § 9-2, som nevnt over, adgang til å bruke tvang og makt som ledd i blant annet personlig assistanse. Dersom vilkårene i § 9-5 for øvrig er oppfylt, kan slik tvang og makt brukes når det er nødvendig for å dekke nærmere angitte grunnleggende behov. Lovforslaget legger opp til at det for ett av disse formålene, bruk av tvang i forbindelse med opplærings- eller treningstiltak, skal oppstilles et uttrykkelig forbud, jf. forslaget § 6-6. Behovet for å videreføre en hjemmel *for de øvrige* tiltakene som nevnes i § 9-5 tredje ledd bokstav c drøftes i svært liten grad. Ettersom disse tiltakene vil måtte vurderes etter den alminnelige hjemmelen i § 6-5, er det etter vårt syn behov for å se nærmere på om lovforslaget oppstiller hensiktsmessige kriterier for bruk av tvang i disse tilfellene. Det er for eksempel vanskelig å se for seg at en person som motsetter seg assistanse med påkledning, vil oppfylle vilkårene om skadepotensiale i § 6-5 nr. 3. Merknadene bør inneholde en redegjørelse for hvordan ulike situasjoner bør vurderes. En henvisning fra § 6-5 til merknadene under § 5-4 er etter vårt syn ikke tilstrekkelig. Merknadene bør knyttes tettere opp mot tiltak som er aktuelle under § 6-5.

3. Saksbehandling

Som vi allerede har vært inne på, vil saksbehandlingen i tvangssaker være et viktig virkemiddel for å bringe praksis i samsvar med lovens forutsetninger. Det er dermed viktig med regler som både oppstiller hensiktsmessige rettssikkerhetsgarantier, og som er enkle å bruke for de som skal treffe vedtak.

3.1 Struktur

Etter vårt syn er det behov for at loven klargjør forholdet mellom vedtak, tiltak og gjennomføring. Vi legger til grunn at vedtaket (utenfor nødsituasjoner) er det som skal danne grunnlag for det enkelte tiltaket som gjennomføres under loven. Vi forstår det også slik at et vedtak kan danne grunnlag for enten vedvarende eller gjentatte episoder med bruk av tvang overfor en person, forutsatt at tvangen holder seg innenfor det som er angitt i vedtaket etter § 9-16 nr. 6. Ut fra hensynet til at loven tydelig og på en så enkel måte som mulig skal gi uttrykk for hvordan tvangsbruken vil arte seg, bør det vurderes om det skal inntas en regel hvor den kommer eksplisitt til uttrykk.

Rekkefølgen på bestemmelsene i kapittel 8 og 9 fremstår på enkelte punkter som noe ugjennomtenkt. Etter vårt syn bør både tidspunktet for vedtak, sammenhengen mellom vedtaket, tiltak og gjennomføringen og reglene om hvem som kan treffe vedtak gjøres til innledende bestemmelser under reglene om saksbehandling. Dette er sentrale bestemmelser som kan fungere som logiske utgangspunkter for øvrige bestemmelser.

Det bør videre vurderes om §§ 9-9, 9-10 og 9-11 skal flyttes etter reglene om selve vedtaket.

3.2 Regler om taushetsplikt

Loven legger opp til større grad av samhandling mellom de ulike tjenestene, og inneholder regler om bistandsplikt for politiet. Utvalget oppgir i punkt 28.7.1 at det ikke har vært rom for en gjennomgang knyttet til bestemmelser om inhabilitet eller taushetsplikt. Særlig med hensyn til det sistnevnte vil vi understreke at det er behov for å gjennomgå i hvilken utstrekning lovforslaget forutsetter utveksling av opplysninger mellom ulike organer og i hvilken utstrekning annet regelverk i dag åpner for dette. Det vil være avgjørende for om regelverket kan fungere som forutsatt og om det eventuelt er behov for særlige hjemler i loven.

3.3 Innhold i vedtaket

Utvalget foreslår at fravær av beslutningskompetanse skal oppstilles som et gjennomgående vilkår for bruk av tvang, og det vises i § 1-4 annet ledd til at vurderingen av beslutningskompetanse skal skje etter pasient- og brukerrettighetsloven § 4-3 annet ledd. I forbindelse med § 9-16 om innholdet i vedtaket bør forholdet til kravene i pasient- og brukerrettighetsloven § 4-3 fjerde ledd berøres. Etter forslaget § 9-16 nr. 8 skal vedtaket inneholde en «konkret begrunnelse for hvorfor hvert enkelt av lovens vilkår vurderes å være oppfylt». Det er ikke klart fra lovteksten om vedtaket etter forslaget § 9-16 dermed vil oppfylle kravene i pasient- og brukerrettighetsloven § 4-3 fjerde ledd, som etter forslaget skal oppstille regler om skriftlighet og begrunnelse ved avgjørelser om manglende beslutningskompetanse, eller om dette er forutsatt nedtegnet separat.

4. Enkelte tekniske merknader

Utredningen inneholder et generelt kapittel om menneskerettigheter hvor det redegjøres for utgangspunktene for en del særlig aktuelle problemstillinger. I tillegg er det drøftelser av menneskerettslige forpliktelser i den løpende teksten. Etter vårt syn bør aktuelle menneskerettslige spørsmål fremstilles på en mer systematisk måte i det videre arbeidet med forslaget. I kapitlene som omhandler temaer som berører menneskerettighetene, bør det gjennomgående inntas et punkt hvor det redegjøres for de menneskerettslige rammene. Dette gjelder selv om gjeldende rett og forslaget forutsettes å være i samsvar med menneskerettighetene.

Det er ikke klart hvorvidt varslingsplikten som oppstilles i § 1-6 skal gjelde uten hinder av lovbestemt taushetsplikt. Dette bør fremgå eksplisitt av lovteksten.

Det vil etter vårt syn være behov for å omformulere § 1-7 om lovforslagets forhold til andre lover. Slik bestemmelsen er formulert nå, kan den invitere til utilsiktede antiteser. Det kan også vurderes om man i et brukerperspektiv heller bør foreta tilpasninger i lovene på helse- og sosialområdet nevnt i lovforslaget § 1-7 med merknader. En ren forrangsbestemmelse er vanskelig å bruke for leke rettsanvendere.

For kapitlene 4, 5 og 6 er det valgt en modell hvor det er oppstilt generelle vilkår i en hovedbestemmelse, og deretter bestemmelser med særregulering som henviser til, ev. gjør unntak fra, vilkårene i de generelle bestemmelsene. Dersom en slik modell videreføres, bør det gjennomføres konsekvent. Under de alminnelige vilkårene i § 5-4 oppstilles det for eksempel regler i nr. 9 og 10 som kun gjelder for personer i psykisk helsevern og tverrfaglig spesialisert behandling for rusmiddelavhengighet. Det bør vurderes om disse skal flyttes til egne bestemmelser etter § 5-4.

Det følger av § 6-5 første ledd at de alminnelige vilkårene gjelder for «tilbud om helse- og omsorgstjenester etter kapitlet her». Formuleringen «etter kapitlet her» skaper uklarhet med hensyn til hvilke helse- og omsorgstjenester det kan iverksettes tvangstiltak ved gjennomføringen av. Dette bør justeres.

Paragraf 6-6 oppstiller tre ulike forbud mot bruk av tvang. Ettersom disse gjelder nokså ulike forhold, bør bestemmelsen etter vårt syn enten deles, eller tittelen endres slik at hele bestemmelsen rommes på en bedre måte. Tredje ledd i bestemmelsen, som oppstiller noen absolutte grenser for bruk av tvang i behandling av psykiske helseproblemer, er uansett såpass sentral for systematikken i loven at den etter vårt syn burde plasseres mer sentralt.

Paragraf 6-14 gir adgang til å reservere seg mot behandling med psykiske legemidler. Vilkaene for å kunne reservere seg bør formuleres nettopp som dette og ikke som hva tvangsbegrensningsnemnda skal treffe vedtak om. At tvangsbegrensningsnemnda skal gi søknaden medhold når vilkårene er oppfylt kan tas inn i en påfølgende bestemmelse. Dette vil gjøre at virkeområdet for reservasjonsadgangen kommer klarere til uttrykk.

Loven bruker både begrepet «psykiske helseproblemer» og «psykiske lidelser». Etter vårt syn bør det vurderes om disse begrepene bør defineres direkte i loven, og ikke bare forklares i merknaden til § 7-3. Det er ikke opplagt ut fra lovteksten alene hva forskjellen er ment å være.

5. Særlige problemstillinger knyttet til vergemål og tvang

5.1 Generelt

Vurderinger av adgangen til å bruke tvang i helse- og omsorgstjenesten vil iblant ha tilknytning til eller likheter med avveininger som er aktuelle på vergemålsområdet. På begge områder er hensynet til å sikre selvbestemmende, slik det blant annet fremgår av FN konvensjonen om rettighetene til personer med nedsatt funksjonsevne (CRPD) vesentlig. Justis- og beredskapsdepartementet har ansvar for vergemålsloven med forskrift, samt for etatsstyringen av den sentrale vergemålsmyndigheten Statens sivilrettsforvaltning. Utvalget berører i sin utredning både vergemålsordningen og ordningen med fremtidsfullmakter, som er regulert i vergemålsloven. Enkelte av utvalgets forslag vil videre kunne ha betydning for vergers utøvelse av sine verv, og for praksis knyttet til oppnevning av verger. Vi vil derfor knytte noen kommentarer til utredningen på disse områdene.

5.2 Utvalgets beskrivelse av vergemålsloven

Utvalget synes å legge til grunn at vergemålsloven i liten grad støtter opp under enkeltpersoners selvbestemmelse. Det uttales blant annet på flere steder at vergemålsloven er «mindre individorientert». På side 434 viser utvalget for eksempel til at lovens § 85 fastslår at det for en fremtidsfullmektig «ikke [er] nødvendig å høre fullmaktsgiveren hvis han eller hun ikke kan forstå sakens betydning». Utvalget beskriver dette som uttrykk for en «etter måten lite imøtekommende holdning til personens aktuelle synspunkt, selv om vedkommende mangler beslutningskompetanse, [som] vil være uakseptabel på helse- og omsorgsfeltet». På denne bakgrunn foreslår utvalget ikke å gi dagens ordning med fremtidsfullmakter en formell status etter lovutkastet.

Utvalget foreslår imidlertid en utvidet bruk av vergemålsinstituttet, ved å innføre en adgang til å opprette vergemål for personer som mangler nære pårørende. I slike tilfeller foreslås det at vergen skal «tre inn som nærmeste pårørende». Det uttales på side 695 i utredningen at en slik løsning er «langt fra ideell», og utvalget gir følgende beskrivelse av vergemålslovgivningen:

«Innretningen av vergemålsloven avviker mye fra helse- og omsorgslovgivningen ved å være mindre individorientert. Dette gjenspeiles i utformingen av lovtekst og drøftingene i forarbeidene, som indikerer at man bare i avgrenset grad har tatt inn over seg karakteren av inngrepslovgivning: særlig der det ikke er snakk om å frata rettslig handleevne. Til tross for at man står overfor tiltak som utgjør inngrep i privatlivet etter EMK artikkel 8 ved fravær av samtykke, er det i liten grad vist til menneskerettsstandarder som nødvendighet og forholdsmessighet – det gjelder så vel i lovtekst som forarbeider. Ikke minst synes rettssikkerhetsvernet ved konflikter knyttet til utøving av vergeoppdraget lite utbygd. Her er uklarheter både knyttet til i hvilken grad vergen i det hele tatt må lytte til personer som er satt under vergemål, og det synes helt å mangle en klageordning ved uenighet rundt konkrete disposisjoner.»

Disse beskrivelsene kan tilsa at utvalget ikke fullt ut har reflektert over at vergemål er en frivillig ordning som stort sett *ikke* innebærer bruk av tvang. Som det følger av vergemålsloven § 21 første ledd kan en person som har oppnevnt verge «selv foreta rettslige handlinger og råde over sine midler». Personen kan også kalle tilbake vergens disposisjoner så lenge ingen har vunnet rett etter dem. Om personen rent faktisk ikke mestrer dette, kan vergen bistå med å utføre slike handlinger i tråd med det som anses å være personens vilje. Det er i dag opprettet ca. 42 000 vergemål for voksne mennesker. Det er gitt adgang til bruk av tvang kun i 239 saker, jf. statistikk per. 1. oktober 2019. På denne bakgrunn oppfattes utvalgets vurderinger i de siterte passasjene som lite treffende.

Vi antar derfor at enkelte oppklaringer kan være nyttige dersom departementet skal bygge videre på utvalgets forslag. Vi finner det på denne bakgrunn naturlig å redegjøre kort for vergemålslovens tosporede system, dagens vergemålsordning og den utvikling som har funnet sted på feltet i senere år, som i liten grad er fremhevet i utredningen.

Nedenfor kommer vi tilbake til spørsmålet om vergens rolle i saker knyttet til tvang på helse- og omsorgsfeltet.

5.3 Ordinære vergemål

Utgangspunktet for vergemålsordningen er at dette er en støtteordning som skal yte bistand til personer med behov for støtte til å treffe beslutninger på det økonomiske eller personlige området eller til å forvalte midler og ivareta forpliktelser. Denne støtteordningen tar utgangspunkt i selvbestemmelsesretten som gjelder for alle personer, jf. blant annet CRPD art 12 jf. nr. 1 og nr. 2.

Staten er forpliktet til å sikre at personer som har behov for støtte til å utøve sin rettslige handleevne, får slik støtte, jf. CRPD artikkel 12 nr. 3. Videre skal staten sikre at tiltak relatert til utøvelse av rettslig handleevne respekterer enkeltmenneskets vilje, ønsker og preferanser, jf. CRPD artikkel 12 nr. 4. Formålet med ordinært vergemål etter vergemålsloven er dermed å tilby et frivillig støttetiltak for personer som av ulike grunner har behov for bistand og bidra til at personen settes i stand til å oppfylle sine plikter, ivareta sine rettigheter og realisere egen vilje så langt dette er mulig og innenfor de alminnelige begrensninger for selvbestemmelsesretten som alle mennesker må forholde seg til. Vergemålslovens bestemmelser må leses i lys av blant annet de nevnte bestemmelser i CRPD.

Opprettelse av ordinært vergemål

Et ordinært vergemål kan ikke opprettes eller opprettholdes mot personens vilje. Utgangspunktet er at personen må samtykke skriftlig til vergemålet, innholdet i dette og hvem som skal være verge, «med mindre han eller hun ikke er i stand til å forstå hva et samtykke innebærer» jf. vergemålsloven § 20. Unntaket er gitt fordi det ikke kan knyttes rettsvirkninger til et skriftlig samtykke avgitt av en person som etter alminnelige regler ikke har evne til å avgi et rettslig bindende samtykke. Unntaket gir *ikke* hjemmel for å opprette ordinære vergemål ved tvang. En slik forståelse reflekteres også i rettspraksis, jf. LB-2018-64831-2 og i og for seg LA-19-08841. I enkelte tilfeller har unntaket fra samtykkekravet imidlertid blitt tolket slik at personens mening er irrelevant dersom personen mangler samtykkekompetanse. Justis- og beredskapsdepartementet har i et høringsnotat datert 14. november 2018 foreslått enkelte endringer i vergemålsloven for å tydeliggjøre kravet til frivillighet i ordinære vergemål. De presiseringene som ble foreslått på dette området i høringsnotatet er ment å gi tydeligere uttrykk for gjeldende rett. Justis- og beredskapsdepartementet arbeider for tiden med å følge opp høringen.

I en tolkningsuttalelse fra Lovavdelingen avgitt 21. mars 2018 (18/119 EP AMSL/bj) er spørsmålet om unntaket fra samtykkekravet i ordinære vergemål drøftet nærmere. I tolkningsuttalelsen er det lagt til grunn at det at noen ikke er i stand til å avgi et gyldig samtykke, ikke bør være til hinder for at personen kan motta det støtte- og bistandstiltaket et vergemål er ment å være. Slutningen om at det må være adgang til å opprette ordinært vergemål uten fratakelse av rettslig handleevne også der personen ikke er i stand til å samtykke, men der det ikke er grunn til å tro at vedkommende

motsetter seg vergemålet, bygger blant annet på at en slik løsning synes best forenlig med Norges forpliktelse til å tilby egnede og hensiktsmessige støttetiltak, jf. CRPD artikkel 12 nr. 3.

For øvrig viser vi til den gjennomgangen av gjeldende rett på området som er foretatt i Borgarting lagmannsretts dom 30. oktober 2018 (LB-2018-64831-2) om opphevelse av ordinært vergemål for en kvinne som klart ikke ønsket vergemålet. I den aktuelle saken ble de øvrige vilkårene for å opprette vergemål funnet oppfylt, men da det var klart at kvinnen selv ikke ønsket å fortsette å ha verge, måtte vergemålet oppheves.

Beslutninger under vergemålet

I det løpende vergemålet skal vergen likeledes ivareta interessene til personen, jf. vergemålsloven § 31. Vergen skal høre personens vilje så langt dette er mulig, og kan ikke foreta en disposisjon personen motsetter seg. Der personen ikke er i stand til å forstå hva disposisjonen innebærer i øyeblikket, kan vergen likevel ikke handle i strid med personens uttrykte vilje, eller det som må legges til grunn å være personens (reelle) vilje. (Se også nærmere den nevnte tolkningsuttalelsen, særlig punkt 3 og 6). Det skal vurderes hva den aktuelle personen selv ville ment om saken – ikke hva man vil anta at en alminnelig person ville mene.

Vergens rolle i ordinære vergemål er primært å tilby støtte og bistand til å fatte beslutninger, og eventuelt handle på personens vegne i den grad personen selv ønsker det - da i overensstemmelse med vedkommendes vilje. Vergen bestemmer ikke over personen, men skal samtidig yte en tydelig, respektfull og kompetent støtte slik at personen får bistand til å treffe gode beslutninger i eget liv. En vesentlig målsetning med vergemålsloven, og vergemålsreformen som ble igangsatt ved lovens ikrafttredelse i 2013, var å hindre såkalt «snik-umyndiggjøring» av personer i ordinære vergemål. I kombinasjon med at det minste middels prinsipp skal gjelde for alle beslutninger knyttet til opprettelse og utøvelse av vergemål, tilsier dette et kontinuerlig arbeid for å sikre reell frivillighet i ordinære vergemål og arbeide for at slike vergemål i praksis fungerer som det støttetiltaket de er ment å være, fremfor et «inngrep i privatlivet» (jf. utredningen side 695).

5.4 Tvungent vergemål med begrensning av rettslig handleevne

I unntakstilfeller, der dette er nødvendig for å sikre at en person ikke lider rettighetstap, kan personen fratas sin rettslige handleevne ved dom. Fratakelse av rettslig handleevne kan bare besluttes av domstolene, jf. vergemålsloven § 68 (med forbehold for fylkesmannens midlertidige vedtak etter vergemålsloven § 61), og vilkårene er strenge, jf. vergemålsloven § 22. I økonomiske forhold kan en person fratas den rettslige handleevnen bare der det er nødvendig for å hindre at personen «utsetter sin formue eller andre økonomiske interesser for fare for å bli vesentlig forringet, eller [...] blir utnyttet økonomisk på en utilbørlig måte». I personlige forhold er det et vilkår at «det er betydelig fare for at han eller hun vil handle på en måte som i vesentlig grad vil være egnet til å skade hans eller hennes interesser».

Når en person fratas rettslig handleevne på ett eller flere områder, opprettes det et vergemål for vedkommende. I slike vergemål kan vergen fatte beslutninger som er i strid med vedkommendes vilje, og overstyre vedkommendes disposisjoner på det området mandatet dekker (for eksempel ved å opprette kredittspærre, sikre betaling av husleie, nekte oppsigelse av en husleiekontrakt, eller omstøte disposisjoner personen har foretatt). Også der det er opprettet tvungent vergemål med begrensning av rettslig handleevne, er vergen forpliktet til å høre personen, og legge vekt på og så langt som mulig ivareta dennes ønsker, jf. vergemålsloven § 33 tredje ledd. Personen har rett til å påklage vergens avgjørelser til fylkesmannen etter samme bestemmelse.

Loven bruker begrepet «fratakelse». I realiteten foretas det likevel sjelden eller aldri noen fullstendig fratakelse av rettslig handleevne. I tråd med det minste middels prinsipp, som er en bærebjelke i vergemålslovgivningen, vil domstolene begrense fratakelsen til det som er nødvendig.

Personen beholder selv ved en såkalt «fullstendig» fratakelse av handleevnen den «resthandleevne» som er nærmere definert i vergemålsloven § 23, med mindre denne er eksplisitt begrenset. Videre oppstiller vergemålsloven § 21 fjerde ledd begrensninger for alle vergemål: Kompetansen i «særlig personlige» forhold kan ikke fratas en person uten særskilt hjemmel i lov. Blant de særlig personlige forhold bestemmelsen nevner er adgangen til å samtykke til tvang. I praksis omfatter vergemål med fratakelse av rettslig handleevne nærmest aldri «særlig personlige» forhold.

Lovens innretning på dette området innebærer en klar utvikling fra rettstilstanden før 1. juli 2013, der enkeltpersoner ble formelt *umyndiggjort* og mistet sin rettslige handleevne.

5.5 Felles for vergemål med og uten fratakelse av rettslig handleevne

Uavhengig av om et vergemål er opprettet frivillig eller ved tvang, er vergemål en rettslig representasjonsordning. Ethvert vergemål er saklig avgrenset til de områder som er omfattet av mandatet. En verge skal ikke, i egenskap av verge, fylle den sosiale rollen som ellers naturlig ligger til pårørende eller venner. En verge skal representere personen og ivareta dennes rettigheter, mens for eksempel støtte- og hjelpetiltak etter sosialtjenesteloven mer er knyttet til praktisk bistand i dagligdagse gjøremål og til å ivareta behovet for sosial kontakt og støtte.

5.6 Vergens rolle i saker på helse- og omsorgsfeltet

Samtykke til tvang

Pasient- og brukerrettighetsloven § 4-7 gir i dag adgang til å innhente vergens samtykke til helsehjelp for personer som er fratatt rettslig handleevne på det personlige området, jf. vergemålsloven § 22. Regelen er en særhjemmel for unntak fra vergemålslovens hovedregel om at vergemålet ikke skal omfatte kompetansen i særlig personlige forhold, herunder samtykke til tvang, jf. vergemålsloven § 21 fjerde ledd. Utvalget foreslår i utredningens punkt 28.10.2.7 at regelen oppheves, ettersom det er

«vanskelig å se argumenter for at vergen skal ha en særstilling ved avgjørelser om helsehjelp til personer som er fratatt den rettslige handleevnen» (side 697).

Det at en person har fått sin rettslige handleevne begrenset ved dom, sier ikke i seg selv noe om personens evne til å fatte egne beslutninger om mottak av helsehjelp. Også personer som anses å ha samtykkekompetanse kan fratas sin rettslige handleevne der vilkårene for dette er oppfylt, se nærmere redegjørelsen over. Det er etter vårt syn heller ikke andre grunner til å skille mellom personer med og uten rettslig handleevne i forbindelse med ytelse av helsehjelp.

Justis- og beredskapsdepartementet støtter på denne bakgrunn at bestemmelsen oppheves.

Verge som erstatning for nære pårørende

Utvalget foreslår i lovutkastets § 3-5 at det skal åpnes for å opprette vergemål i tilfeller der en person mangler nære pårørende, eller det er klare interessekonflikter med nære pårørende. Det foreslås at vergen i slike tilfeller skal ha *rettigheter* som nærmeste pårørende. I tilfeller der en person ikke har nære pårørende, åpner pasient- og brukerrettighetsloven § 1-3 bokstav b også i dag for at «verge eller fremtidsfullmektig med kompetanse på det personlige området» kan defineres som nærmeste pårørende. Inngangsvilkåret i denne bestemmelsen er imidlertid at nærmeste pårørende skal være den som «i størst utstrekning har varig og løpende kontakt med pasienten eller brukeren».

Når det skal oppnevnes vergen på et tidspunkt det er aktuelt å iverksette tvangstiltak mot en person som mangler nære pårørende og ikke anses å være i stand til å fatte beslutninger selv, må den aktuelle vergen i mange tilfeller antas å være en person som ikke kjenner personen eller dennes vilje og preferanser fra tidligere. Vi antar at det i slike tilfeller som regel vil bli oppnevnt en vergen som står på fylkesmannens liste over faste verger, kanskje med spesialkompetanse på helsefeltet/tvang. Kontrasten til å ha en nær person som kjenner en godt til å bistå seg i kontakten med helsetjenesten kan nok være stor, uavhengig av om vergen går samvittighetsfullt til oppgaven. Utvalget synes likevel ikke å ha vurdert om det på denne bakgrunn bør gjelde særlige regler der en vergen representerer en person som mangler nærstående, sammenlignet med de regler som gjelder for nære pårørende.

Det kan nok være hensiktsmessig å bygge videre på et system som allerede finnes, for å trygge rettssikkerheten til personer som mangler pårørende eller av andre grunner er særlig sårbare og behøver støtte. Fylkesmannen administrerer allerede vergemålsordningen, og vergemål kan nok etter forholdene være et egnet tiltak for å yte bistand på dette området. Dersom Helse- og omsorgsdepartementet går videre med utvalgets forslag, bør likevel spørsmålet om å tillegge verger en pårørenderolle, vurderes grundig. Behovet for nærmere vurdering illustreres av flere av bestemmelsene som knytter rettigheter til pårørenderollen. Vi vil ikke regne opp disse uttømmende, men peke på noen eksempler. Våre kommentarer her knytter seg til de tilfeller hvor vergen ikke har noen relasjon til personen fra før.

I utkastet § 3-3 foreslås det at personer som har rettigheter som nærmeste pårørende etter pasient- og brukerrettighetsloven § 1-3 bokstav b skal kunne «utøve rettigheter fastsatt i loven her, uavhengig av samtykke fra personen selv». I lovutkastet § 3-4 er det videre fastsatt at personer som har beslutningskompetanse i spørsmålet, kan motsette seg at nærmeste pårørende utøver rettigheter etter loven, med mindre «personen har omsorgsansvar for barn, eller person med alvorlig sinnslidelse utgjør en nærliggende og alvorlig fare for andres liv og helse». I mange tilfeller kan altså ikke personen påvirke hvorvidt en nær pårørende utøver rettigheter etter loven. At en nær pårørende som har kjent personen lenge, og kanskje også er utstyrt med fremtidsfullmakt for å kunne gi bistand når personen ikke selv er i stand til å ta beslutninger, gis slike rettigheter, kan nok i en del tilfeller være ukontroversielt. Det kan likevel være noe annet at slike rettigheter utøves av en verge som personen kanskje aldri tidligere har møtt.

Det krever derfor nøye gjennomtenkning før en slik tilleggskompetanse skal følge av loven. Ordningens legitimitet er avhengig av at personer med verge, og også de menneskene som står dem nær, kan ha tillit til at vergen yter bistand på de områder mandatet dekker. Tilsvarende er det viktig, blant annet for å unngå det som i vergemålslovens forarbeider kalles «snik-umyndiggjøring», at vergens rolle begrenses i tråd med mandatet. Vi vil videre peke på at vergemål, også i en akutt og sårbar situasjon, må vurderes med utgangspunkt i den enkeltes egen vilje.

I flere ledd av saksbehandlingen kan det nok være naturlig at personens verge har en rolle, særlig dersom personen ellers ikke har nære pårørende. Det er imidlertid en forskjell på å avgi uttalelse om «nærmeste pårørendes syn på saken» når et tvangstiltak har vært gjennomført i en nødssituasjon (utkastets § 9-15), og å fremme en klage på et administrativt vedtak (utkastets § 12-1). Det siste er en oppgave som naturlig kan høre under en verges mandat. Spørsmål knyttet til vergens rolle på dette området bør undergis en grundig vurdering i samråd med Justis- og beredskapsdepartementet før departementet eventuelt går videre med utvalgets forslag.

6. Utprøving av tiltak for beslutningsstøtte og en eventuell utvidet bruk av fremtidsfullmakter

Utvalget har i utkastets § 3-2 foreslått en egen hjemmel for utprøving av nye modeller for beslutningsstøtte. Forsøk med ulike beslutningsstøtteordninger vil kunne bidra positivt til styrking av enkeltpersoners selvbestemmelse. Det er imidlertid viktig at det ikke skapes forventninger om at verge/fremtidsfullmektig gir all nødvendig beslutningsstøtte. Også andre må bidra. Slike utprøvingstiltak vil likevel kunne komme i konflikt med gjeldende lovgivning, og dermed behøve hjemmel i lov. Hvis departementet går videre med forslaget, bør bestemmelsen etter vårt syn utformes som en unntaksbestemmelse med forskriftshjemmel, slik at departementet for en avgrenset tidsperiode kan gi adgang til å gjennomføre nærmere bestemte forsøksprosjekter som ellers ville ha krevd en lovendring.

Utvalget uttaler (på s. 434) at det kan være naturlig å vurdere «utprøving av en utvidet bruk av fremtidsfullmektiger i forbindelse med utredningen av en ny

beslutningsstøtteordning». Vi bemerker at ordningen med fremtidsfullmakter forutsetter at personen selv gir de nødvendige fullmakter. En eventuell opphevelse av en prøveordning må ikke etterlate person uten ønsket bistand. Risikoen for at personen selv ved prøveordningens slutt ikke lenger er i stand til å endre fullmakten, taler imot bruk av forsøksordningen på fremtidsfullmaktsområdet.

7. Om fri sakførsel

Utvalget foreslår at det skal gis fri sakførsel ved behandling av klager på en rekke vedtak i tvangsbehandlingsnemnda. Den største forskjellen fra dagens regler er at det foreslås fri sakførsel i tvangsmedisineringssakene, der det i dag gis fritt rettsråd med inntil fem timer. Utvalgets forslag vil også medføre at noen flere saker bringes inn for domstolene. Utvalget antar likevel at utgiftene til fri rettshjelp vil bli på dagens nivå. Det er ikke foretatt tilstrekkelige beregninger til at vi har grunnlag for å vurdere om dette er riktig. Generelt er det mer kostbart med fri sakførsel enn med fritt rettsråd. Det vil være behov for å foreta nærmere beregninger av hva dette vil koste.

Det videre arbeidet bør også ses i sammenheng med Rettshjelpsutvalgets utredning som skal leveres innen 1. mai 2020.

8. Om domstolene

Utvalget foreslår en ny ordning ved at man skal kunne bringe tvangsmedisineringssakene direkte inn for tingretten. Det må ses nærmere på hvilke økonomiske og administrative konsekvenser det vil ha for domstolene å åpne for fri sakførsel i disse sakene. Vi har ingen merknader utover dette.

Med hilsen

Harald Aass
fagdirektør

Toril Juul
departementsrådgiver

Dokumentet er godkjent og sendes uten signatur