

Helse- og omsorgsdepartementet
v/

Vår ref.:
19/1234- 2- GHE

Deres ref.:
19/2594- Marianne Sælen

Dato:
16.12.2019

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

Høringssvar NOU 2019: 14: tvangsbegrensningsloven

1. Innledning

Likestillings og diskrimineringsombudet (ombudet) skal fremme likestilling og hindre diskriminering på alle samfunnsområder pga. bl.a. funksjonsnedsettelse. Ombudet har også lovfestet tilsynsansvar for FNs konvensjon for rettighetene til personer med nedsatt funksjonsevne (CRPD) jf. diskrimineringsombudsloven § 5 tredje ledd bokstav c

Rettighetene til de persongrupper som særlig blir berørt av forslaget til ny tvangsbegrensningslov; utviklingshemmede, personer med psykiske helseproblemer, personer med rusproblemer¹ og demente er alle vernet av likestillings- og diskrimineringsloven, jf. § 1 og § 6.² Disse persongruppene er også vernet av CRPD, slik utvalget skriver på side 164.

Utvalgets forslag til felles lov om tvangsbegrensning for helse- og omsorgstjenesten reiser en rekke kompliserte og vidtrekkende spørsmål om

² Personer med rusproblemer er vernet av diskrimineringsforbudet dersom rusproblemene har medført en nedsatt funksjonsevne, jf Ot.prp nr 44 (2007-2008) s. 92: «Etter departementets vurdering kan fysisk og psykisk avhengighet av rusmidler innebære nedsatt funksjonsevne og således omfattes av diskrimineringsvernet. Det vil imidlertid ikke alltid være slik.» Og Prop. 88 L (2012-2013) s. 63 – Hiv, rusavhengighet og overvekt «Rusmisbruk, overvekt og utseendemessige forhold vil unntaksvis regnes som funksjonsnedsettelse dersom tilstanden er av en slik karakter at den har medført nedsatt funksjonsevne, eller den har sin årsak i en underliggende funksjonsnedsettelse. Rusmisbruk, overvekt og utseendemessige forhold vil også omfattes av diskrimineringsvernet dersom forskjellsbehandlingen skjer på grunn av tidligere, fremtidig eller antatt nedsatt funksjonsevne.»

hvordan vi kan sikre disse utsatte gruppene en likeverdig helsetjeneste, og beskyttelse mot unødvendig tvang.

Det er et omfattende utredningsarbeid som ligger bak forslaget som nå er fremmet, og ombudet har ikke hatt mulighet til å gå inn i alle spørsmål. Vi har imidlertid merknader til enkelte av de forslagene som vi mener reiser særlige viktige diskrimineringsrettslige eller menneskerettslige spørsmål.

Vi drøfter nedenfor følgende problemstillinger og har følgende merknader:

- Forholdet til CRPD - samlet vurdering, se punkt 2.
Vurdert som helhet inneholder utkast til ny tvangsbegrensningslov flere forslag som er egnet til å styrke selvbestemmelse og tilgangen til likeverdig helsehjelp for personer med nedsatt funksjonsevne, i samsvar med CRPD. Imidlertid reiser særlig forslagene til regulering av tvangsmedisinering og elektrosjokk uten fritt og informert samtykke vanskelige menneskerettsspørsmål som vi ikke mener flertallets forslag svarer godt på. Det blir ikke synlig hvilke menneskerettslige forpliktelser flertallet har ansett relevant og hvilken vekt disse er tillagt i de konkrete vurderingene som ligger til grunn for at flertallets forslag til regulering av disse omstridte tvangsbehandlingsformene, se nedenfor under punkt 9. og 10. Også når det gjelder inngangsvilkåret manglende beslutningskompetanse, savner vi en mer grundig drøftelse av hvordan et slikt inngangs vilkår står seg i forhold til CRPD, se under pkt. 8.
- Behov for tilgjengelig regelverk for regulering av tvang, se punkt 3.
Ombudet anbefaler at departementet foretar en grundig gjennomarbeiding av lovutkastet i lys av merknader fra særlig berørte høringsinstanser, dvs fra organisasjoner som representerer de som har opplevd tvang og fra behandlere, før eventuelle lovvedtak fattes. I den videre oppfølgingen må departementet og direktoratet i tillegg sørge for at loven suppleres med en veileder tilpasset de aktuelle målgruppene.
- Behov for ytterligere klargjøring av rett og plikt til nødvendige tiltak for å unngå tvang, se punkt 4.

Ombudet anbefaler at departementet i videre oppfølging av lovutkastet supplerer § 2-1 eller § 2-2 med ordlyd som klargjør at det foreligger en plikt til å gi subsidiære hjelpetiltak i de tilfeller dette er nødvendig for å unngå tvang.

Ombudet støtter forslaget om å utvide perioden personen må ha vært forsøkt behandlet frivillig med to døgn, fra 5 til 7 døgn. Se ellers også vår anbefaling

nedenfor om styrking av reservasjonsretten for personer som ikke er til fare for andre.

Ombudet foreslår videre at det tas inn i loven en konkretisering av hvilke frivillig behandling som må være forsøkt før tvungen behandling med legemidler kan iverksettes ihht. § 6-10.

- Behov for sikring av ressurser til opplæring og til nye frivillige behandlingstilbud, se punkt 5.

Ombudet mener det er vesentlig at departementet i den videre oppfølging av lovforslaget utreder og klargjør hvordan det skal sikres tilstrekkelige ressurser som gjør det mulig for kommunene og virksomhetene i praksis å følge opp plikt til forebygging og plikt til å tilby tilrettelagte tjenester uten bruk av tvang. Det er blant annet behov for at det settes av nok ressurser til opplæring i den nye loven for aktuelle profesjonsgrupper.

Ombudet fremhever også at det bør utvikles, og forskes på, et bredere utvalg av tilnærminger og behandlinger enn det gjøres i dag. Dette gjelder særlig for personer med de mest alvorlige vanskene.

- Behov for nytt lovutvalg for å utvikle og integrere beslutningsstøtte-modell i felles lov om tvangsbegrensning, se punkt 6.

Ombudet fremhever at nye modeller for beslutningsstøtte, i tråd med det som utvalget foreslår i § 3-2, må utvikles utprøves og integreres i tvangsregelverket. Dette vil være nødvendig for at retten selvbestemmelse og retten til helsehjelp basert på fritt og informert samtykke skal bli sikret i praksis – også for personer med psykososiale og kognitive funksjonsnedsettelse. Ombudet viser til at staten har en plikt, blant annet etter CRPD artikkel 12 for å legge best mulig til rette for at personer som det nå er aktuelt å treffe tvangsvedtak for, får utnyttet sitt potensiale til selvbestemmelse.

Ombudet anbefaler derfor at departementet nedsetter et lovutvalg som får som mandat å utvikle nye modeller for beslutningsstøtte på helserettens område. Videre anbefaler vi at det i samarbeid med justisdepartementet vurderes om det er hensiktsmessig å gi et slikt lovutvalg et bredere mandat der også vergemålslovgivningen inngår.

- Risiko ved å innsnevre tvangsbegrepet, se punkt 7.

Ombudet mener at departementet bør utvikle modeller for beslutningsstøtte som sikrer at pasienter får den hjelp og støtte de ønsker til å uttrykke sin reelle vilje *før* departementet eventuelt vurderer å innsnevre tvangsbegrepet. I

- Forslag om manglende beslutningskompetanse som inngangsvilkår for tvang – særlig om forholdet til modell for beslutningsstøtte, se punkt 8.

Ombudet mener utvalgets forslag om å stille krav om manglende beslutningskompetanse og antatt samtykke som inngangsvilkår for tvang er skritt i riktig retning - bort fra vektlegging av diagnose. Det er positivt at utvalgets forslag bygger på at alle personer i utgangspunktet skal anses som beslutningskompetente, og at en påstand om manglende beslutningskompetanse må begrunnes konkret og individuelt jf. side 315.³

Ombudet mener imidlertid det er usikkert om videreføring av hjemler for særlig inngripende tvangstiltak, slik som tvangsbehandling med antipsykotika, overfor personer som antas å mangle beslutningskompetanse, oppfyller krav til saklighet, nødvendighet og proporsjonalitet. Vi anbefaler at departementet utreder og vurderer dette i nær sammenheng med at de utvikler modeller for plikt og rett til beslutningsstøtte, jf. utvalgets lovutkast § 3-2.

Helsedepartementet og direktoratet bør i forskrift eller veileder klargjøre det nærmere innholdet i kravet om at personen *åpenbart* må anses å mangle beslutningskompetanse, samt kravet om at personen *må antas å ville ha samtykket* til tiltaket, for at det skal være legitimt å overprøve personens beslutning. Implikasjonene av kravet må klargjøres mest mulig konkret i tilknytning til de aktuelle tvangstiltak.

Ombudet mener det er særlig viktig at det fremgår av forskrift at terskelen ikke kan settes høyt når det gjelder å bli vurdert beslutningskompetent til å si nei til

³ Utvalgets flertall viser til at CRPD-komiteen baserer seg på at utfordringer for den enkelte når det gjelder valg alltid kan løses gjennom beslutningsstøtte, og den enkelte i siste instans som han rett til å nekte å motta støtte. Slik vi oppfatter utvalgets flertall på side 180 mener de at en slik tilnærming blir for virkelighetsfjern, og at lovgivningen må ta utgangspunkt i verden slik den faktisk er og behovet for stadig og bedre rettssikkerheten for personer det blir utøvd tvang mot.

helsehjelp i form av behandling med antipsykotika. Det bør også klargjøres at personer som sier nei til slik behandling fortsatt har rett til annen helsehjelp, herunder innleggelse i helseinstitusjon som tilbyr ikke-medikamentelle behandlingsformer.

- Forslag til regulering av individuelle behandlings- og omsorgstiltak – tvangsmedisinering og om forslaget til reservasjonsrett, se punkt 9.
- Samlet sett kan ikke ombudet se at flertallet har foreslått en regulering av tvangsmedisinering med antipsykotika som gir et adekvat svar på de aktuelle dilemmaer.

Ombudet er i tvil om videreføring av hjemler tvangsbehandling med antipsykotika, overfor personer som antas å mange beslutningskompetanse og hvor det foreligger fare for vesentlig helseskade, oppfyller krav til saklighet - i vid forstand. Vi anbefaler departementet å foreta en grundig vurdering av nødvendighet og proporsjonalitet – med utgangspunkt i eksisterende kunnskap om prognoser for effekt og bivirkninger av antipsykotika.

- Den risiko som kunnskapsgrunnlaget i kapittel 10 synliggjør at foreligger ved spørsmål om tvangsmedisinering, gjør at ombudet opplever det som vanskelig å ta standpunkt til spørsmål om hvordan et beviskrav eventuelt bør utformes i denne sammenheng. Det kan synes som bevissituasjonen tilsier at hverken krav om «stor sannsynlighet» eller krav om «alminnelig sannsynlighet» i realiteten lar seg oppfylle bevismessig.
- Dersom departementet kommer til at hjemmel for tvangsmedisinering skal videreføres, bør det som et minimum klargjøres i lovtekst at det kun er anledning til å forsøke tvangsmedisinering en, maksimalt to ganger, uavhengig av virkestoff. Det må også klargjøres i lovtekst hvor lang maksimal utprøvningsperiode er, og hva som er maksimal lengde for den perioden en person totalt sett kan være underlagt vedtak om tvangsmedisinering. Videre bør tvangsbegrensningsnemndas plikt til å avholde høringsmøte innen 30 dager, jf utkast til §11-1, også omfatte tvangsmedisineringens vedtak etter § 6-10. Dette er avgjørende for å sikre mot at personen blir utsatt for en rekke forsøk, med stadig nye virkestoff. Det må videre fremgå klart av loven at dersom personen tidligere ikke har hatt ønsket effekt av frivillig medikamentell behandling, må dette regner med, slik at det blir klart at det da ikke kan forsøkes igjen med medikamentell behandling med antipsykotika på tvang.

- Reservasjonsretten i utkast til § 6-14 bør utvides til også å omfatte personer som ikke tidligere har vært psykotisk i de tilfeller de ikke anses å være til fare for andres liv eller helse, jf. Pkt. 9.2 nedenfor.
- Medisinering av personer med alvorlig og dyp utviklingshemming bør vurderes etter reglene om tvangsmedisinering – uavhengig av om det foreligger motstand, og ikke etter de mindre strenge kravene i § 6-2 og § 6-4. Særlig er det viktig at paragraf 6-10 nr. 1 om at legemiddelet må være godkjent for behandling av persons kliniske diagnose regelmessige anvendes ved spørsmål om medisinering av psykiske lidelser hos personer med utviklingshemming. Det er behov for en klargjøring av hvilke regler som gjelder i disse tilfellene i lovtekst og forarbeider.
- Forslag til regulering av individuelle behandlings og omsorgstiltak - elektrokonvulsiv behandling (elektrosjokk) se punkt 10.

Ombudet støtter ikke flertallets forslag om å legalisere elektrosjokk overfor personer som ikke har avgitt fritt og informert samtykke til slik behandling, jf utkast til § 6-13. Vi viser videre til at forslaget er for svakt utredet og at «gjennomgående er dokumentasjonen for effekt av lav kvalitet» jf pkt 10.1.4.2 på side 255 i utredningen. Dette gjør at det fremstår som tvilsomt om behandling med elektrosjokk uten fritt og informert samtykke er i samsvar med krav til saklighet, nødvendighet og proporsjonalitet – dvs krav som følger av så vel ulike menneskerettsforpliktelser som av nasjonal rett. Vi viser blant annet til at både CRPD-komiteen og ØSK-komiteen har anbefalt Norge å oppheve adgang slik behandling ved fravær av fritt og informert samtykke.

Vi viser for øvrig til at det foreligger to dissenser til flertallets forslag fra tre av utvalgets medlemmer, og de argumenter som mindretallet Erichsen og Gitlesen har anført mot flertallets forslag.

Ombudet anbefaler at departementet ikke følger opp flertallets forslag om å lovfeste ECT uten fritt og informert samtykke. Vi støtter mindretallet Erichsens og Gitlesens forslag om at lovgiver kan legge til rette for at et eventuelt ønske om ECT kan uttrykkes i en forhåndserklæring, hvor utgangspunktet er fritt og informert samtykke, se punkt 11.

- Forslag til forbud mot bruk av mekaniske innretninger i undersøkelse og behandling i psykisk helsevern, se punkt 11.

Ombudet støtter forslag til uttrykkelig forbud mot bruk av mekaniske innretninger, uansett om personen motsetter seg dette eller ikke for å gjennomføre behandling av psykiske helseproblemer jf utkast til § 6-16. Ombudet er skeptisk til at også selvskadingstilfellene omfattes av forslaget om at vedtak om mekaniske innretninger med omsorgsformål kan ha en varighet på inntil ett år, jf utkast til § 6-8. I selvskadingstilfellene vil vi foreslå at maksimum vedtaksperiode bør være langt kortere.

- Kontrollorganer, saksbehandling overprøving og tilsyn, se punkt 12.

Ombudet støtter forslaget til en felles ordning for saksbehandling, overprøving og kontroll.

- Kort om de som anses å være til fare for andre og utkast til kapittel 15 og 16, se punkt pkt 13.

Ombudet har ikke hatt kapasitet til å vurdere de forslagene som omhandler personer som anses å være til fare for andre. Vi mener det er behov for eget lovutvalg for å vurdere endringer i tvangsregelverket for disse persongruppene, se punkt

Nedenfor følger en nærmere vurdering av de hensyn som ligger bak våre anbefalinger.

2. Forholdet til CRPD - samlet vurdering

I mandatet til tvangslovutvalget fremgår det at utvalget skal utrede forholdet til Norges internasjonale forpliktelser, bl.a. FN konvensjon om rettighetene til personer med nedsatt funksjonsevne CRPD, og vurdere om det er behov for endringer i regelverket for å imøtekomme disse forpliktelsene.

Utvalget gir i kapittel 7 i NOU 2019: 14 en relativt omfattende beskrivelse av relevante menneskerettslige forpliktelser, og uttaler under pkt. 1.2 at «det har vært et mål å gi CRPD et konkret og forpliktelse innhold i norsk kontekst». Flertallet i utvalget legger til grunn at CRPD – i denne sammenheng – krever skjerpet innsats mot tvangsbruk, herunder en særlig kritisk vurdering av behovet for særbestemmelser som retter seg mot enkeltgrupper.

2.1 Ombudets vurdering

I lys av at ombudets tilsynsansvar for CRPD, er det vesentlig for oss å gi råd for å sikre et regelverk som samsvarer med denne konvensjonen og som også er et egnet rammeverk for å fremme at konvensjonen oppfylles i praksis.

Norge har fått omfattende kritikk fra flere FN-organer når det gjelder dagens bruk av tvang overfor personer med psykososiale funksjonsnedsettelse og personer med kognitive og intellektuelle funksjonsnedsettelse. Kritikken gjelder både gjeldende lovgivning, praksis og manglende statistikkgrunnlag.⁴ Vi viser i denne sammenhengen særlig til CRPD komiteens merknader til Norge fra april 2019 samt foreløpig rapport fra FNs spesialrapportør Catalina Devandas⁵.

Hvordan CRPD skal tolkes er på enkelte punkter omstridt. Dette gjenspeiler seg i Norges tolkningserklæringer til artiklene 12, 14 og 25. Norske myndigheter har en tolkning av CRPD artikkel 12 om rettslig handleevne, artikkel 14 om rett til frihet og personlig sikkerhet og artikkel 25 om rett til helsehjelp basert på fritt og informert samtykke som ikke fullt ut samsvarer med den tolkning CRPD-komiteen har lagt til grunn i sin tolkning av disse bestemmelsene.

Det som imidlertid ikke er omstridt, er at CRPD forplikter statene å sikre personer med nedsatt funksjonsevne reell tilgang til frivillige helsetjenester og tilgang til et system for beslutningsstøtte tilpasset individets behov. Etter ombudets syn vil det kunne være et vesentlig bidrag til en reduksjon i omfanget av bruk av tvang dersom disse forpliktelsene oppfylles. Vi omtaler dette særskilt nedenfor under pk.t 2.2 og pkt. 6.

Etter ombudet syn tilsier retten til helsehjelp slik den er forankret i ØSK artikkel 12 og CRPD artikkel 25, samt forbud mot diskriminering basert på nedsatt funksjonsevne jf. CRPD artikkel 5, at kapasitets- og ressurshensyn ikke legitimerer at «minste inngrepsprinsipp» fravikes. Det betyr at også personer med ulike former for psykososiale og kognitive funksjonsnedsettelse har rett til den helsehjelpen som medfører lavest risiko for uønskede bivirkninger og i minst mulig grad utgjør inngrep i deres selvbestemmelse.

Samlet sett kan det synes som utvalgets flertall legger til grunn en kapasitets/ressursvurdering til grunn for å konkludere med at en rett til helsehjelp for personer som mangler beslutningskompetanse krever at loven åpner for tvangsmedisinering med antipsykotika. Det aktuelle kapasitets/ressurshensyn er at det på kort sikt ikke finnes sengepostkapasitet. Når det gjelder adgangen til å utsette personer med funksjonsnedsettelse for tvangsmedisinering og bruk av elektrosjokk uten fritt og informert samtykke, vil

⁴ Vi viser til NOU 2019.14 pk.t 7.2.4, 7.2.5 og 7.2.6 for en oversikt over aktuell kritikk.

⁵

<https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25133&LangID=E>

vi her fremheve at det ikke bare er CRPD-komiteen som har anbefalt Norge å avskaffe disse praksisene.

Vi viser blant annet til at ekspertkomiteen som overvåker FNs konvensjon om økonomiske og sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK), i sin avsluttende merknad etter den 5. rapporteringsrunden av Norge 13. desember 2013 anbefaler følgende til Norske myndigheter:

«It also recommends that the State party incorporate into the law the abolishment of use of restraint and the enforced treatment of intrusive and irreversible treatment such as neuroleptic drugs and electroconvulsive therapy»

I tillegg fremhever vi at CRPD-komiteens tolkninger og anbefalinger til Norge gjenspeiler nyere kunnskap om manglende positiv effekt av ulike behandlingstiltak med tvang, og en vesentlig utvikling i synet av funksjonshemmedes stilling i samfunnet. Selv om CRPD-komiteens merknader som sådan ikke rettslig bindende, kan komiteens anbefalinger derfor forventes å få betydelig gjennomslagskraft for menneskerettsutviklingen når det gjelder adgangen til tvang overfor personer med ulike former for funksjonsnedsettelse. Det er en svakhet ved utvalgets utredning at det ikke blir synlig hvilke menneskerettslige forpliktelser utvalget har ansett relevant og hvilken vekt disse er tillagt, når det gjelder konkrete avveininger i vanskelige spørsmål, slik som spørsmål om tvangsmedisinering og elektrosjokk uten samtykke. Også når det gjelder inngangsvilkåret manglende beslutningskompetanse, savner vi en mer grundig drøftelse av hvordan et slikt inngangs vilkår står seg i forhold til CRPD. Vi vil omtale utvalgets forslag til regulering av de omstridte tvangsbehandlingsformene som både CRPD-komiteen og ØSK-komiteen har anbefalt Norge å oppheve nedenfor under punkt 9. og 10.

2.2 Ombudets anbefaling

Vurdert som helhet inneholder flertallets utkast til ny tvangsbegrensningslov flere forslag som er egnet til å styrke selvbestemmelse og tilgangen til likeverdig helsehjelp for personer med nedsatt funksjonsevne – i samsvar med CRPD. Samtidig er det flere forslag vi er kritiske til og som vi mener enten krever nærmere utredning eller betydelige endringer – før de eventuelt er egnet til vedtakelse.

Ombudet mener departementet i oppfølging av forslaget som minimum må:

- Legge til rette for omfattende satsning på forebygging av tvang – med de ressurser dette krever, herunder kraftig utbygging av kapasitet for frivillig døgnbehandling.
- Utvikle modeller for beslutningstøtte gjennom å sette ned et lovutvalg som får i mandat å følge opp dette, jf. lovutkast til § 3-2.

- Ombudet er i tvil om videreføring av hjemmel for tvangsbehandling med antipsykotika, overfor personer som antas å mange beslutningskompetanse og hvor det foreligger fare for vesentlig helseskade, oppfyller krav til nødvendighet og proporsjonalitet. Vi anbefaler derfor departementet å foreta en grundig vurdering av nødvendighet og proporsjonalitet – med utgangspunkt i eksisterende kunnskap om prognoser for effekt og bivirkninger av antipsykotika. Se i tillegg våre merknader til utkast til § 6-10 i pkt nedenfor. Ombudet fremhever at dersom departementet kommer til at hjemmel for tvangsmedisinering skal videreføres, bør lovtekst klargjøre maksimalt antall utprøvningsforsøk – uavhengig av virkestoff, hvor lang maksimal utprøvningsperiode er, samt hva som er maksimal lengde for den perioden en person totalt sett kan være underlagt vedtak om tvangsmedisinering. Videre må tvangsbegrensningsnemndas plikt til å avholde høringsmøte innen 30 dager, jf utkast til §11-1, også omfatte tvangsmedisineringsvedtak etter § 6-10. Det må videre fremgå klart av loven at dersom personen tidligere ikke har hatt ønsket effekt av frivillig medikamentell behandling, må dette regner med, slik at det blir klart at det da ikke kan forsøkes igjen med medikamentell behandling med antipsykotika på tvang.
- Utvide adgangen til å reservere seg mot tvangsbehandling med antipsykotika til også å omfatte personer som ikke tidligere har vært psykotisk og blitt behandlet med antipsykotiske medisiner og som ikke er til fare for andre.
- Ikke vedta forslaget om å legalisere bruk/behandling av elektroshokk/ECT overfor personer som ikke har gitt fritt og informert samtykke
- Lovregulering av tvang mot de som anses farlige vurderes av et eget utvalg sammensatt med kompetanse for å vurdere hvordan tvang kan begrenses og bør reguleres overfor disse gruppene.

I det videre vil vi vurdere relevante menneskerettsforpliktelser i tilknytning til de konkrete spørsmål vi kommenterer nedenfor, med sikte på at de skal tillegges vekt i samsvar med de menneskerettsforpliktelser Norge har påtatt seg. Vi vil fremheve hvilke endringer i flertallets forslag som vi mener er nødvendig for at vi skal få en lovgivning som i størst mulig grad samsvarer med våre menneskerettslige forpliktelser og med kunnskapsgrunnlaget om effekt av tvang.

3. Behov for tilgjengelige regler for regulering av tvang

3.1 Utvalgets forslag

Utvalgets flertall foreslår en felles tvangsbegrensning lov for helse- og omsorgstjenesten og en ny felles ordning for saksbehandling, overprøving og kontroll.

Utvalgets flertall mener at en felles lov, slik skissert i lovutkastet vil virke forenkende og klargjørende, gjennom økt tilgjengelighet både rent fysisk, og også innholdsmessig, ved at lovformuleringer samles på tvers av dagens skillelinjer. Flertallet mener at hovedbildet er at utkastet representerer en vesentlig forenkling og klargjøring sammenlignet med gjeldende rett

3.2 Ombudets vurdering

Ombudet er enig i at hensyn til tilgjengelighet, sammenheng, samhandling og effektiv ressursbruk kan tale for en felles lov om tvang i helse og omsorgstjenesten. Utvalget flertall har redegjort godt for dette. Det er imidlertid nødvendig å stille spørsmål ved om utvalgets flertall har lyktes med å foreslå en modell som er tilgjengelig nok både for de som skal praktisere den, og for de persongrupper loven gjelder.

Vi har fått tilbakemeldinger fra både de persongrupper som er særlig utsatt for tvang i helse og omsorgstjenesten, og de som skal yte aktuelle helsetjenester om at de oppfatter forslaget til ny tvangsbegrensningslov som lite tilgjengelig. At de personer som skal beskyttes av loven finner den vanskelig å forstå svekker disse gruppene reelle mulighet til å kjenne og hevde sine rettigheter. At de personer som skal yte tjenester finner lovverket vanskelig å forstå, øker risiko for praksis som ikke samsvarer med lovgivers intensjon Til sammen utgjør dette en betydelig risiko for at den rettsikkerhet loven som helhet er ment å sikre, ikke oppnås i praksis. ⁶

Det er også etter vår vurdering et problem at lovutkastet er så kompleks og omfattende at den kan fremstå som lite tilgjengelig, urealistisk og uhensiktsmessig på enkelte områder.

⁶Denne bekymringen forsterkes av at de to dissensene i lovutvalget, samt motstand mot forslaget fra profesjonsgrupper som skal bruke loven og de persongrupper som blir særlig berørt av loven, samlet sett gir grunnlag for bekymring for at lovforslaget ikke er egnet til å svare på behovene til de gruppene som blir særlig berørt av loven.

3.3 Ombudets anbefaling

Det er behov for at departementet foretar en grundig gjennomarbeiding av lovutkastet i lys av merknader fra særlig berørte høringsinstanser, før eventuelle lovvedtak kan fattes.

I den videre oppfølgingen må departementet og direktoratet i tillegg også sørge for at en eventuell lov suppleres med en pedagogisk utformet veileder tilpasset de aktuelle målgruppene, samt at det må sikres ressurser til opplæring.

4. Forslag om rett og plikt til nødvendige tiltak for å unngå tvang – hvordan sikre etterlevelse i praksis?

4.1 Utvalgets forslag

Utvalget foreslår flere grep for å klargjøre så vel plikten til forebygging som retten til et tilrettelagt tjeneste tilbud uten bruk av tvang. Vi viser til utkast til kapittel 2 og 3 i lovforslaget. Forslaget til plikt til forebygging i §2-1 er ment å være en tydeliggjøring og forsterking av plikten til forebygging sammenlignet med gjeldende rett (jf. side 461). Også § 2-2 om rett til tilrettelagt tilbud uten bruk av tvang er ment som en tydeliggjøring og en fremheving av en rett som allerede i dag ligger nedfelt i lovgivningen.

Utvalget legger imidlertid til grunn at selv om grepene med tydeliggjøring ikke innebærer innholdsmessig endring, vil de «uunngåelig føre til et økt fokus på styrken i kravet om frivillighet, og det vil over tid også vokse frem praksis - også fra domstolene – om spørsmålet» jf. side 461.

4.2 Ombudets vurdering

Det følger av så vel menneskerettslige forpliktelser som av norsk lovgivning at tvang bør brukes i minst mulig grad. Det er heller ikke omstridt at CRPD forplikter statene å sikre tilgang til frivillige helsetjenester og et system for beslutningsstøtte tilpasset individets behov.

At tvang skal være siste utvei fremgår allerede av i dagens regelverk, uttrykt på ulikt vis i ulike regelverk. At retten til et tilrettelagt tilbud uten bruk av tvang oppfylles i praksis er avgjørende for å sikre personer med kognitive eller psykososial funksjonsnedsettelse et likeverdig helsetilbud.

Etter gjeldende rett er det imidlertid noe uklart hva som er det nærmere rettslige innholdet i plikten til å forebygge tvang, og plikten til å utprøve andre alternativer enn tvang.

Vi er derfor enige med utvalget i at det er behov for større fokus på omfanget av og implikasjonene av så vel forebyggingsplikten, som plikten og retten til et tilrettelagt tilbud uten bruk av tvang.

Spørsmålet er likevel om utvalgets forslag fremstår som egnet til å sikre at plikten til forebygging og plikt og rett til tilrettelagt tilbud uten bruk av tvang

blir oppfylt i praksis. Ombudet stiller særlig spørsmål ved utvalgets konklusjon om ikke å regulere mer i detalj i lov eller forskrift hvilke typer av forebyggende og frivillige tiltak som først må prøves før det kan fattes vedtak om tiltak som personen som personen motsetter seg.

4.2.1 Ombudets vurdering: Tydeliggjøring av rettslig innhold av forebyggingsplikten

Det er positivt at sentrale elementer er tatt inn i utkast til § 3-1 slik som plikt til nødvendig opplæring av personell, plikt til å sørge for fysiske rammebetingelser og plikt til å systematisk evaluere faktorer av betydning for bruk av tvang jf. forskrift om ledelse og kvalitetsforbedring.

Utvalget legger imidlertid til grunn at utfyllende regulering av hva plikten til forebygging innebærer ikke kan tas inn i loven siden en felles tvangsbegrensningslov må være mer overordnet.

Ombudet er enig i at loven ikke kan bli for detaljert, samtidig det en fare for at forebyggingsplikten ikke blir fullt ut forstått og fulgt opp i praksis som en løpende rettslig plikt for virksomhetene, som kommer i tillegg til plikten og retten til tilgjengelige tjenester uten bruk av tvang.

For at tvang skal unngås kan det være avgjørende at personen får tilgang til en rekke tiltak og tjenester som ikke retter seg inn mot det aktuelle helseproblemet (subsidiære hjelpetiltak). I henhold til Helsedirektoratets rundskriv IS-10/2015 er det også ment at personen skal ha krav på tjenester *utover* det som ellers ville anses tilstrekkelig ut fra vedkommendes hjelpebehov – dersom disse tjenestene er avgjørende for å unngå tvang. At personen kan ha krav på ekstra subsidiære hjelpetiltak er imidlertid vanskelig å lese av ordlyden i utkast til §§ 2-1 eller 2-2. Ombudet mener derfor at departementet bør vurdere å supplere oppregningen i § 2-1 med et punkt i selve lovteksten som fanger opp den plikten som beskrives i Helsedirektoratets rundskriv IS-10/2015, omtalt under pkt. 22.3.2 side 460 i utredningen. Det fremgår i dette rundskrivet at

«Kravet om at alle tilgjengelige og forsvarlige faglige tilnærminger skal benyttes for å unngå bruk av tvang, leder til at kommunene vil kunne ha plikt til å tilby både mer, flere og andre typer tjenester enn det vedkommende ellers ville ha rett til etter pasient og brukerrettighetsloven paragraf 2-1 a»

Problemet er særlig at gjennomføring av disse tiltakene i praksis krever at kommunene setter av økonomiske ressurser. Det er derfor betydelig risiko for at denne plikten ikke vil bli fulgt opp, dersom det ikke fremgår av klart av loven hva denne utvidede plikten til å tilby tjenester for å unngå tvang innebærer.

4.2.3 Ombudets anbefaling

Ombudet anbefaler at departementet i videre oppfølging av lovutkastet supplerer § 2-1 eller § 2-2 med et punkt som klargjør plikten og retten til subsidiære hjelpetiltak, dvs krav på tjenester *utover* det som ellers ville anses

tilstrekkelig ut fra vedkommendes hjelpebehov – i de tilfeller dette er nødvendig for å unngå tvang.

4.2.4 Særlig om grenser for behandling av psykiske lidelser med legemidler personen motsetter seg – plikt til å tilby ikke medikamentelle behandlingsformer og forsøk på frivillig behandling

4.2.4.1 Utvalgte forslag

Utvalget foreslår i § 6-10 nr. 2 som vilkår for at det kan fattes vedtak om tvangsmedisinering at virksomheten har tilstrekkelig kompetanse på ikke-medikamentelle behandlingsformer og tilbyr godt egnede alternativer til medikamenter. Utvalget foreslår at nærmere regulering av kravet må skje gjennom forskrift.

Videre foreslår utvalget i § 6-10 nr. 6 at en person må være forsøkt behandlet frivillig med tiltak vedkommende ikke motsetter seg i minst en uke før vedkommende kan tvangsbehandles med legemidler (utvidelse med 2 døgn sammenlignet med gjeldende rett). Utvalget foreslår samtidig å ikke regulere nærmere hva som ligger plikten til å forsøke frivillig behandling. Videre foreslår utvalget å gjøre unntak fra denne plikten ved fare for vesentlig helseskade ved å utsette tvangsmedisinering.

4.2.4.1 Ombudets vurdering

Ombudet er som utgangspunkt positiv til utvalgets forslag, som også her innebærer økt fokus på frivillighet, samt tilgang på ikke-medikamentelle behandlingsformer. Det er etter ombudets syn positivt at utvalget foreslår å utvide perioden personen må ha vært forsøkt behandlet frivillig med to døgn, fra 5 til 7 døgn, før vedtak om tvangsmedisinering kan fattes. Dette styrker ivaretagelsen av minste inngreps prinsipp.

Ombudet er imidlertid bekymret for at intensjonene om styrke tilgang til ikke-medikamentelle og frivillige tilbud ikke vil bli fulgt opp i praksis, med mindre lovens ordlyd i større grad klargjør hva pliktene i praksis skal innebære for virksomhetene og klinikerne.

Selv om det er på det rene at det vil kunne variere fra person til person hvilke tiltak som bør forsøkes, mener vi at det er grunn til å regulere i lov ulike alternative tiltak som personen som er underlagt tvang har rett på at forsøkes som behandlingstiltak. Dette er særlig viktig fordi dagens praksis tyder på at det i realiteten er vanskelig for en pasient som er tvangsinnlagt å få tilgang til tilstrekkelig frivillige alternativer, eller ikke medikamentelle tilbud på lukket sengepost – som alternativ til tvangsmedisinering med antipsykotika

En eventuell fare for at regulering skal være til hinder for individuelt rettet arbeid, kan løses ved måten en bestemmelsen utformes på. Reguleringen kan skje på en måte som åpner for fleksibilitet men samtidig sikrer at tilbud om ikke-medikamentelle alternativer fremstår som reelt og konkret.

For eksempel kan det fremgå av lov eller forskrift at pasienten skal tilbys ikke-medikamentell behandling etter eget ønske slik som f.eks. mulighet for fysisk trening, eller samtaleterapi eller traumeinformerte tilnærminger, musikkterapi eller lignende i minimum et gitt antall timer pr uke, så lenge personen er tvangsinnlagt. Og tilsvarende tilbys frivillig behandling i minimum et gitt antall timer pr. dag i en uke før vedtak om tvangsmedisinering med antipsykotika kan fattes.

En måte å gjøre dette på er for eksempel omtalt i NOU 1988: 8 side 173 og 174. Her foreslås det i lovutkastet § 2 annet ledd å fastslå *retten til tilbud om samtaler med kvalifisert personell for utredning av personlige problemer og om beskjeftigelse eller opplæring under faglig veiledning.*

Slik regulering kan også gjøres i tilknytning til § 6-10 nr. 2 og 6.

4.2.4.1 Ombudets anbefaling

Tvangsmedisinering med antipsykotika er et av de mest inngripende vedtak staten kan fatte overfor et enkeltindivid. Det er også et av de inngrep som medfører høyest grad av opplevd tvang. Etter ombudets syn er det derfor særlig vesentlig å gjøre alt som er praktisk mulig for å unngå at slike vedtak fattes.⁷

Ombudet støtter derfor forslaget om å utvide perioden personen må ha vært forsøkt behandlet frivillig med to døgn, fra 5 til 7 døgn. Se ellers også vår anbefaling nedenfor om styrking av reservasjonsretten for personer som ikke er til fare for andre.

Vi foreslår videre at det tas inn i loven en konkretisering av hvilke frivillig behandling som må være forsøkt før tvang i tilknytning til § 6- 10 om behandling med legemidler personene motsetter seg blir iverksatt.

5. Særlig om behov for økte ressurser i en overgangsperiode

5.1 Utvalgte forslag

Utvalget legger til grunn at for å redusere tvangsbruken kreves det først og fremst vilje til endring, økt kompetanse, konkrete endringer på et overordnet og organisatorisk nivå, og en omfordeling av ressurser, særlig for å forebygge repetert bruk av tvang mot enkeltpersoner.

Lovutkastet baserer seg videre på prinsippet om at det ikke gis nye rettigheter, men at folk skal få det de allerede har krav på. Utvalget peker også på at tvang kan reduseres betydelig og en del tilfeller elimineres helt, uten at det oppstår skadelige konsekvenser. Kunnskapsgrunnlaget utvalget redegjør for tilsier tvert imot at reduksjon av tvangsbruk ofte kan føre til flere ønskede bieffekter,

⁷ Nytingnes Olav, presentasjon på ombudets kunnskapsseminar 4 november 2019.

inkludert bedre arbeidsforhold for personale og bedre helse og omsorg for pasientene og brukerne.

5.2 Ombudets vurdering

Ombudet tror det kan kreve betydelige ressurser å sikre at forebyggingsplikten og retten til frivillige tjenester som alternativ til tvang, blir oppfylt i praksis. Ombudet er bekymret for at utvalget kan ha undervurdert hvor mye økonomiske ressurser forslaget i praksis vil kreve, dersom intensjonene med forslaget skal oppnås. I den grad det er nødvendig med økte ressurser til saksbehandling, kontroll og advokathjelp, er det etter ombudets syn vesentlig at disse ressursene ikke tas fra pasientbehandling.

5.3 Ombudets anbefaling

Økt fokus på kompetanseheving med de ressurser som trengs, vil særlig være avgjørende i en overgangsperiode. Det er derfor etter vårt syn vesentlig at departementet i den videre oppfølging av lovforslaget sikrer at det utredes og klargjøres tilstrekkelig hvordan det skal sikres tilstrekkelige ressurser som gjør det mulig for kommunene og virksomhetene i praksis å følge opp plikt til forebygging og plikt til å tilby tilrettelagte tjenester uten bruk av tvang. Ombudet fremhever også at skal FNs konvensjon for mennesker med nedsatt funksjonsevne oppfylles i praksis bør det utvikles, og forskes på, et mye bredere utvalg av tilnærminger og behandlinger, særlig for personer med de mest alvorlige vanskene.

Vi viser også til at det er avgjørende at det settes av nok ressurser til opplæring i den nye loven for aktuelle profesjonsgrupper.

6. Særlig om beslutningsstøtte – forslag om plikt til å utprøve nye modeller

6.1 Utvalgets forslag

Utvalget foreslår i paragraf 3-2 å lovfeste departementets plikt til å prøve ut nye modeller for beslutningsstøtte.

Videre foreslår utvalget i § 3-1 å klargjøre retten til tilpasset informasjon og retten til medvirkning.

6.2 Ombudets vurdering

Retten til beslutningsstøtte er forankret i Norges internasjonale forpliktelser, særlig CRPD artikkel 12. Ombudet er enig med utvalget i at selv om elementer av beslutningsstøtte finnes i gjeldende rett, er det nødvendig å gjøre et betydelig utredningsarbeid for å utvikle modeller for beslutningsstøtte – i lov og i praksis. Vi er også i det vesentlige enige med utvalgets vurdering under pkt 20.7.9 om at rene beslutningsstøtteordninger fortsatt i stor grad er «på idestadiet» og det er

behov for et betydelig utviklingsarbeid, blant annet for å identifisere og løse ulike rettssikkerhetsproblemer.

Vi har forståelse for at å utvikle og foreslå en mer gjennomgripende beslutningsstøttereform, ikke har latt seg gjøre for utvalget. Vi slutter oss derfor til utvalgets forslag til § 3-2 som pålegger departementet å ta ansvar for å utprøve nye modeller for beslutningsstøtte.

I den sammenheng vil vi også slutte oss til utvalgets vurdering av at dette kan ses i et bredere perspektiv der også vergemålslovgivningen inngår. Vi viser i den sammenheng til vår høringsuttalelse til endringer i vergemålsloven⁸

6.3 Ombudets anbefaling

Ombudet fremhever at nye modeller for beslutningstøtte, i tråd med det som utvalget foreslår i § 3-2, må utvikles utprøves og integreres i tvangsregelverket - og utformes med sikte på at personer som det nå er aktuelt å treffe tvangsvedtak for, får utnyttet sitt potensiale til selvbestemmelse.

Vi viser til at staten har en plikt, blant annet etter CRPD artikkel 12 nr 3 til å «treffe hensiktsmessige tiltak for å gi mennesker med nedsatt funksjonsevne tilgang til den støtte de kan trenge for å kunne utøve sin rettslige handleevne». Ombudet derfor anbefaler at departementet nedsetter et lovutvalg som får som mandat å utvikle nye modeller for beslutningsstøtte på helserettensområde. Videre anbefaler vi at det i samarbeid med justisdepartementet vurderes om det er hensiktsmessig å gi et slikt lovutvalg et bredere mandat der også vergemålslovgivningen inngår.

7. Ombudets merknader til forslag til innsnevring av tvangsbegrepet – forutsetter modeller for beslutningsstøtte.

7.1 Utvalgets forslag

Utvalgets flertall foreslår et enhetlig tvangsbegrep med fokus på motstandssituasjoner. Et sentralt hensyn for flertallet så være at det skal bli lettere å gi hjelp til de som ikke motsetter seg dette, og at et slikt tvangsbegrep vil gi rom for en større grad av nyansering i den rettslige reguleringen. Argumentene for en innsnevring er at det er ønskelig med et tvangsbegrep som ivaretar sin tradisjonelle funksjon «som portvokter for hvilke samhandling situasjoner som er innhegnes av særlige rettssikkerhet garantier».

⁸ Vi viser også til ulike modeller som er skissert i juridisk teori, blant annet i Zinkler 2019: End Coercion in Mental Health Services – Towards a system of support only.

7.2 Ombudets vurdering

Ombudet ser at enkelte hensyn taler for å innsnevre tvangsbegrepet til motstandstilfellene som hovedregel. Særlig kan det synes som om det er behov for å snevre inn sammenlignet med dagens praksis når det gjelder hvordan tvangsbegrepet har vært vurdert i praksis etter helse- og omsorgslovens kapittel 9. Vi viser i den sammenheng til eksempler omtalt av utvalget på side 375. Samtidig mener vi at vurderingskriteriet som utvalget foreslår (altså motstand eller ikke motstand) ikke nødvendigvis svarer godt på de problemene som finnes når det gjelder definisjon av tvang i dagens regelverk. Forlaget reiser flere vanskelige spørsmål. Hvilke rettssikkerhetsmessige betenkeligheter en slik innsnevring medfører og hvordan disse kan møtes, er til dels drøftet og håndtert av utvalget jf. blant annet forslag til § 1- 3 siste ledd om at

«uansett motstand kommer lovens bestemmelser om tvang tilsvarende til anvendelse når personen har store formidlingsvansker og tiltak er objektivt betydelig inngripende, med mindre annet fremgår av loven her».

Imidlertid kan ikke ombudet se at de rettssikkerhetsmessige betenkeligheter med en innsnevring av tvangsbegrepet er tilstrekkelig hensyntatt. Vi viser til at «store formidlingsvansker og at tiltaket er objektivt betydelig inngripende» foreslås som kumulative vilkår, for at reglene om tvang skal komme til anvendelse.

Vi er bekymret for at dette ikke tar tilstrekkelig hensyn til kontekstuell makt som gjør seg gjeldende i de konkrete situasjoner hvor tvangstiltak vurderes i helse- og omsorgstjenesten.

Som utvalget skriver på side 371 vil tvang forstått som overvinnelse av motstand forutsette et negativt standpunkt fra personen. Dette kan i praksis redusere den enkeltes rettsikkerhet betydelig. Vi viser f.eks. til det tilfellet at en person er innlagt på tvang, og spørsmålet om medisinerings med antipsykotika kommer opp. I disse tilfellene er det lett å se for seg at en person godtar å ta antipsykotika fordi de oppfatter at er den eneste mulighet vedkommende har for å unngå langvarig tvangsinnleggelse og for at det fattes vedtak om tvangsmedisinering.

Dette vil medføre svak rettssikkerhet for personen som da dersom utvalgets forslag til innsnevring av tvangsbegrepet vedtas, ikke vil få beskyttelse av de relativt strenge grensene for tvangsmedisinering med antipsykotika som foreslås i utkast til paragraf 6-10.

Ombudet er kjent med at faren for gråsonetvang ved medisinerings med antipsykotika av personer som er tvangsinnlagt også etter gjeldende tvangslovgivning er betydelig. Det er viktig å unngå at denne risikoen for

uformell tvang eller gråsonetvang videreføres, og i verste fall forsterkes i et nytt tvangsregelverk.

I denne sammenheng er det særlig verd å merke seg at CRPDs utgangspunkt er at helsehjelp skal være basert på *fritt og informert samtykke* jf. CRPD artikkel 25 bokstav d).⁹

Vi savner en redegjørelse for innholdet i disse menneskerettsforpliktelsene når det gjelder kravet til at det må foreligge fritt og informert samtykke, og en vurdering av hva disse forpliktelsene har betydd for flertallets vurdering og forslag til innsnevring av tvangsbegrepet.

7.2.1 Særlig om tvangsbegrepet og personer med utviklingshemming (intellektuelle /kognitive funksjonsnedsettelse):

Utvalget anerkjenner at det tidvis kan være vanskelig å klarlegge om personen uttrykker et negativt standpunkt, og at denne problemstillingen kan være særlig aktuell i tilknytning til mennesker med kognitive funksjonsnedsettelse, herunder utviklingshemmede. De anerkjenner både at denne gruppen kan ha vanskelig for å uttrykke seg pga. fysiske funksjonshemminger også dels kan ha problemer med å være tilbakeholden med å uttrykke hva han eller hun vil og mener. Utvalget tror imidlertid at problemet med såkalte tillært passivitet, tidligere forstått som en form for institusjonsskade etter opphold i institusjon i helsevernet for psykisk utviklingshemmede, er mindre i dag enn det var da f.eks. sosialtjenesteloven kapittel 6 ble innført.

Imidlertid tilsier innspill vi har fått fra sivilsamfunn som vi har fått bl.a. Norsk forbund for utviklingshemmede at dette problemet fortsatt er aktuelt. Ombudet mener det fortsatt er grunn til å være bekymret for tillært passivitet og for at kontekstuell makt gjør seg gjeldende. Dette bør tas hensyn til også når det ikke foreligger uttrykk for negativt standpunkt.

Blant annet er vi bekymret for om personer som anses å mangle beslutningskompetanse og som ikke gir uttrykk for motstand vil få tilstrekkelig rettsikkerhet ved vedtak om behandling av psykiske lidelser med legemidler. Vi er særlig usikre på om forslag til paragraf § 6-2 og § 6-4, er egnet til å gi utviklingshemmede god nok rettsikkerhet i spørsmål om medisiner med hhv benzodazepiner og antipsykotika. Et scenario hvor en utviklingshemmet ikke

⁹ Av Psykisk helsevern loven paragraf 2-1 fremgår at hovedregel er at

«Psykisk helsevern ytes på bakgrunn av *samtykke* etter bestemmelsene i pasient- og brukerrettighetsloven, med mindre annet følger av loven her». Utgangspunktet i pasient og brukerrettighetsloven § 4-1 er at helsehjelp bare kan gis med pasientens *samtykke (vår utheving)*.

gir uttrykk for negativt standpunkt til slik medisiner, og hvor bivirkninger vanskelig vil bli avdekket, fremstår som en betydelig risiko.

Også vedtak som gjelder fotfølging av utviklingshemmede kan være så inngripende at de i det minste bør underlegges en proporsjonalitetsvurdering uavhengig av uttrykt motstand.

7.2.2 Særlig om tvangsbegrepet og personer med psykososiale funksjonsnedsettelse:

Også når det gjelder personer med psykososiale funksjonsnedsettelse er det betydelig risiko for at passivitet og fravær av negativ standpunkt til medisiner kommer som følge av tilpasning til gjeldende maktforhold, heller enn ønske om å ta slike medisiner. Også for disse persongruppene er det særlig problematisk å legge til grunn at f.eks. psykiske lidelser kan behandles med legemidler som benzodazepiner og antipsykotika, såfremt det ikke foreligger negativt standpunkt, etter de svakere rettssikkerhetsgarantiene som foreskrives i hhv § 6-2 og 6-4.

I forbindelse med ombudets kunnskapsseminar 4. november fikk vi talende eksempler fra personer med erfaringskompetanse med tvang, om at personer som har vært utsatt for tvang typisk lærer seg ikke å gi uttrykk for motstand - som en tilpasning til at de føler seg maktesløse i møte med psykiatrien og de tvangsmidler vedtaksansvarlige i psykisk helsevern har til rådighet.

7.3 Ombudets anbefaling

Ombudet mener at før departementet eventuelt følger opp forslag om å innsnevre tvangsbegrepet, bør departementet utvikle og modeller for beslutningsstøtte som sikrer at pasienter får den hjelp og støtte de ønsker til å uttrykke sin reelle vilje.

Videre bør departementet før det eventuelt følger opp forslag om å innskrenke tvangsbegrepet, vurdere grundig hvordan en slik innkrenking kan utformes for å stå seg vurdert opp mot blant annet CRPD artikkel 25 om helse, hvor det i bokstav d uttrykkes at:

Partene skal særlig

(...)

d) kreve at medisinsk personell gir mennesker med nedsatt funksjonsevne like god behandling som den som gis til andre, herunder at behandlingen skal skje på grunnlag av fritt og informert samtykke... (vår utheving).

8. Krav om manglende beslutningskompetanse og antatt samtykke som inngangsvilkår

8. 1 Utvalgets forslag

Utvalgets flertall foreslår å styrke den materielle rettsikkerheten gjennom krav til situasjon, person og årsak. For å avgrense personkretsen som kan utsettes for

tvang, foreslår utvalgets flertall å innføre krav om *fravær av beslutningskompetanse* som gjennomgående avgrensende inngangsvilkår for tvang. Etter utvalgets forslag vil krav om manglende beslutningskompetanse innføres i stedet for de mer diagnosenære krav i gjeldende rett.¹⁰

Ved spørsmål om tvangsbehandling med medikamenter foreslås i tillegg krav om at legemiddel og dosering må være godkjent for behandling av personens *kliniske diagnose*. I tillegg til, og i nær sammenheng med dette, foreslår utvalget å innføre krav om *antatt samtykke* til tiltaket, som selvstendig vilkår for tvang - utenfor faretilfellene.

Utvalgets flertall legger til grunn at manglende beslutningskompetanse står seg som et forsvarlig kriterium for avgrensing av tvang også i et menneskerettslig lys, jf. side 316. Som bakgrunn for å anta dette synes utvalgets flertall å vektlegge at det ikke har framkommet en troverdig alternativ.

Flertallet viser til at alternativene er straffelovens regler om nødrett, eller den helserettslige variant av dette i helsepersonell loven § 7, «eller å erstatte dagens regelverk med en ny lovgivning om inngrep mot folk flest sine ukloke handlinger og valg i helse og omsorgsspørsmål».

8.2 Ombudets vurdering

Vi er enig med utvalget i at det er ønskelig å løsne båndet mellom tvangsinngrep og klinisk diagnostikk. Vi viser blant annet til det utvalget skriver om at diagnostiske retningslinjer er utarbeidet for en mengde ulike formål, og ikke særlig med tanke på regulering av tvang, jf. side 118. Ombudet slutter seg til at den tradisjonelle diagnosenæretilnærmingen er lite treffsikker med henblikk på hvilke situasjoner som kan legitimere tvang - og at den medfører betydelig risiko for diskriminering basert på nedsatt funksjonsevne.

8.2.1 Funksjonsbasert inngangsvilkår i lys av CRPD og forbud mot diskriminering basert på nedsatt funksjonsevne

Slik vi forstår utvalgets flertall mener de at et krav om manglende beslutningsstøtte, kombinert med et krav om antatt samtykke, samlet sett er det best egnede lovskriterium for å avgrense den personkretsen som en tvangslovgivning på helserettsområde bør gjelde for.

Det er imidlertid et spørsmål om ikke også et slikt funksjonsbasert inngangsvilkår for bruk av tvang strider mot CRPD artikkel 12, 14 og 25 - og utgjør diskriminering i strid med CRPD artikkel 5.

¹⁰ Utvalget legger til grunn en fruktbar tilnærming er å se spørsmålet om beslutningskompetanse ikke som et endepunkt for spørsmål om selvbestemmelse, men «først og fremst som en grovsortering av tilfellene» jf. side 303

CRPD har som formål å fremme og sikre personer med nedsatt funksjonsevne rett til å nyte alle menneskerettigheter og grunnleggende friheter, på lik linje med andre. Beskyttelsen av selvbestemmelsesretten kommer særlig til uttrykk i artiklene 12,14 og 25.

Artikkel 12 nr. 2 foreskriver at personer med nedsatt funksjonsevne har rettslig handleevne på lik linje med andre, på alle livets områder - og rett etter 12 nr. 3 til støtte for å utøve denne.

Artikkel 14 nr. 1 bokstav b) foreskriver at mennesker med nedsatt funksjonsevne «ikke skal berøres friheten på ulovlig eller vilkårlig måte, at enhver frihetsberøvelse skjer på lovlig måte, og at nedsatt funksjonsevne ikke i noe tilfelle skal rettferdiggjøre frihetsberøvelse."

CRPD komiteen har i sin generelle tolkningsuttalelse til artiklene 12, se særlig avsnitt 13 (General Comment No 1 2014) og sine retningslinjer til artikkel 14, se særlig avsnitt 7. (2015) lagt til grunn at manglende samtykkekompetanse ikke kan legitimere bruk av tvang. CRPD-komiteen har bekreftet sin syn på tolkning av konvensjonen også i sine avsluttende merknader 7 mai 2019 til Norges første status rapport etter eksaminasjonen våren 2019, ¹¹

Ordlyden i artikkel 14 er ikke helt entydig. Da Norge ratifiserte konvensjonen 3. juni 2013 ble dette gjort med tillegg av tolknings-erklæringer fra norske myndigheter til artiklene 12,14 og 25.¹²

Tolkningserklæringen tatt i tilknytning til artiklene 14 og 25 er særlig relevant i denne sammenheng: Norske myndigheter erklærer her som sin forståelse «at konvensjonen tillater tvungen omsorg *av mennesker*, herunder tiltak for å *behandle psykiske lidelser*, når *omstendighetene* gjør slik behandling nødvendig som en siste utvei, og behandlingen er undergitt rettsikkerhetsgarantier (vår utheving).

Norske myndigheter synes dermed gjennom sine tolkningserklæringer å ha lagt til grunn en annen tolkning og oppfatning enn CRPD-komiteen når det gjelder hvilke plikter som følger av konvensjonen artikkel 14 og 25. Imidlertid er det tvilsomt hvilke folkerettslig betydning disse tolkningserklæringene kan anses å

¹¹ jf para hvor komiteen anbefaler følgende jf para 24. :

"The Committee recommends that the State party:

(a) In line with the Committee's guidelines on article 14 (2015), repeal all legal provisions allowing for involuntary deprivation of liberty based on perceived or actual impairment and the forced treatment of persons with psychosocial or intellectual disabilities, and provide effective remedies for persons with disabilities who have been deprived of their liberty on the basis of actual or perceived impairment;

¹² CRPD – komiteens General Comment 1 (2014) synes å utelukke funksjonstest.

ha, herunder om de oppfyller de krav Wien-konvensjonen oppstiller for inngåelse av reservasjoner¹³.

I tillegg kommer at CRPD-komiteen etter sin første eksaminasjon av Norge i 2019 i sine konkluderende observasjoner av 7 mai 2019 uttrykker bekymring for disse tolkningserklæringene og anbefaler Norge å vurdere å trekke disse:

Vi viser til para 5 og para 6 i de konkluderende merknadene til Norge:

“...para 5: The Committee is concerned about:.. (b) The interpretative declarations made on articles 12, 14 and 25 of the Convention;

...para 6. The Committee recommends that the State party:... (b) Consider withdrawing its interpretative declarations on articles 12, 14 and 25 of the Convention;”

Ombudet prioriterer ikke nærmere drøfting av disse tolknings- og folkerettslige spørsmålene om rekkevidden av artikkel 14 og betydningen av tolkningserklæringene, da disse uansett ikke har avgjørende betydning for våre videre vurderinger og anbefalinger.

Vi viser til at så vel CRPD artikkel 5 som andre menneskerettskonvensjoner Norge er bundet av, inneholder forbud mot diskriminering. I tillegg kommer at det viktigste i denne sammenheng er, slik utvalget også legger til grunn, *«vurderinger av hva som i fremtiden bør være gjeldende rett»*, se side 180.

Det blir ut fra dette et vesentlig å vurdere om «mangel på beslutningskompetanse» er et saklig - i vid forstand - og egnet inngangsvilkår i fremtidig lovgivning om hvem som kan utsettes for tvang på helse- og omsorgsrettens område.

Å svare på dette forutsetter at det gjøres en vurdering av om vilkåret «manglende beslutningskompetanse» er en form for forskjellsbehandling som rammes av forbudet mot diskriminering i CRPD artikkel 5 og likestillings- og diskrimineringsloven § 6.

Avgjørende for om «manglende beslutningskompetanse» er i strid med diskrimineringsforbudet, er om den forskjellsbehandlingen som personer som ikke anses å ha beslutningskompetanse utsettes for, oppfyller krav til saklighet, nødvendighet og proporsjonalitet jf. ldl § 9.)

Ombudet ser ikke grunn til å stille spørsmål ved om forskjellsbehandling på grunn av manglende beslutningskompetanse kan anses å ha saklig formål jf. ldl § 9a i vurderingen av om det kan gripes inn i selvbestemmelsesretten på helse- og omsorgsfeltet.

Om forskjellsbehandlingen også vil oppfylle krav til nødvendighet og forholdsmessighet jf. ldl § 9b og *c vil bero på hvilke tiltak det er aktuelt å*

¹³ Vienna Convention on the Law of Treaties, se artiklene 2 19, og 23, jf også CRPD artikkel 46.

legalisere som følge av at en person antas å mangle beslutningskompetanse. Dette spørsmålet kommer særlig på spissen ved vurderingen av om hjemler for tvangsmedisinering med antipsykotika og hjemler for elektroshokk uten fritt og informert samtykke kan forsvares overfor personer som anses ikke beslutningskompetent. (ved elektroshokk «dersom personen ikke har motsatt seg tiltaket»).

8.2.2 Ombudets anbefaling når det gjelder CRPD og diskrimineringsforbudet

Ombudet er positiv til at utvalgets forslag om å stille krav om manglende beslutningskompetanse og antatt samtykke som inngangsvilkår for tvang innebærer en viss utvikling bort fra en diagnose-nær modell til større vektlegging av funksjon. Det er også skritt i riktig retning at tvangslovutvalg legger til grunn at alle personer i utgangspunktet skal anses som beslutningskompetente, og at en påstand om manglende beslutningskompetanse må begrunnelsen konkret og individuelt jf. side 315.¹⁴ Ombudet støtter også utvalgets vurdering av at et krav om «manglende beslutningskompetanse og antatt samtykke» kan bidra til at det, sammenlignet med i dag, kan bli lettere å få til rettslig overprøving av vurderinger gjort av medisinsk personale jf. EMD Ivanovic mot Kroatia 2014.

Imidlertid mener vi at departementet må sikre at det i oppfølgingen av lovutkastet blir vurdert nærmere om de ulike tvangstiltak det er aktuelt å legalisere som følge av at en person antas å mangle beslutningskompetanse, oppfyller krav til saklighet – i vid forstand, med særlig vekt på krav til nødvendighet og proporsjonalitet. Vi anbefaler at departementet sikrer at disse spørsmålene blir utredet og vurdert i nær sammenheng med at de utvikler modeller for plikt og rett til beslutningsstøtte, jf. utvalgets lovutkast § 3-2.

8.2.3 Ombudets vurdering: forutsetninger for at krav om manglende beslutningskompetanse og krav om antatt samtykke i praksis skal virke tvangsbegrensende

Dersom krav om manglende beslutningskompetanse vedtas som inngangsvilkår for å avgrense personkretsen som kan utsettes for tvang på helse- og omsorgsrettens område, vil ombudet fremheve betydningen av at dette kravet suppleres med selvstendig vilkår om antatt samtykke, slik utvalget foreslår bla i

¹⁴ Utvalgets flertall viser til at CRPD-komiteen baserer seg på at utfordringer for den enkelte når det gjelder valg alltid kan løses gjennom beslutningsstøtte, og den enkelte i siste instans som han rett til å nekte å motta støtte. Slik vi oppfatter utvalgets flertall på side 180 mener de at en slik tilnærming blir for virkelighetsfjern, og at lovgivningen må ta utgangspunkt i verden slik den faktisk er og behovet for stadig og bedre rettssikkerheten for personer det blir utøvd tvang mot.

utkast til § 5-4- nr. 5 og § 6-5 nr. 5 om hhv tvangsinnleggelse og tvangsbehandling.

Ombudet er enig i at et krav om antatt samtykke vil kunne være et skritt i retning av å implementere CRPD i norsk rett, slik utvalgets flertall legger til grunn på side 321. Vi slutter oss derfor til utvalgets forslag og begrunnelser for å kreve antatt samtykke som et selvstendig vilkår tvang. Vi viser til det utvalget skriver om at dette kravet er helt vesentlig for å etablere årsakssammenheng mellom risikoen for skade ved ikke å ta imot helsehjelp, og den psykiske funksjonssvikten (manglende beslutningskompetanse) jf. side 321. Dersom det skal gi mening å legge avgjørende vekt på manglende beslutningskompetanse for å legitimere tvangstiltak, er det også grunn til å kreve at det må foreligge antatt samtykke til det aktuelle tiltaket.

Ombudet er enig med utvalgets flertall i at «jo sterkere fravær av beslutningskompetanse blir lagt inn som en hovedregulator i en fremtidig tvangslovgivning, dess sterkere vil antatt samtykker presse seg fram som en byggestein for å skape nødvendig sammenheng (verdimessig konsistens) i lovgivningen.» jf. pkt. 14.4.3.4 på side 321.

Ombudet fremhever videre at forutsetningen for at manglende beslutningskompetanse skal kunne være legitimt som inngangsvilkår er at kravet om at beslutningskompetanse åpenbart må anses å mangle, samt at personen må antas å ville ha samtykket dersom vedkommende var beslutningskompetent, blir praktisert i henhold til sin ordlyd. Vi fremhever det utvalget skriver på side 314;

«Dersom man i klinisk praksis skal fremme selvbestemmelse og likeverd, gjelder det å forstå i hvilket perspektiv personens synspunkter og opplevelser gir mening og sammenheng, ikke å definere dem utelukkende som symptomer på sykdommen. CRPD må sees på bakgrunn av den berettigede protesten mot å la diagnostiske tilhørighet alene avgjør hvilken vekt jeg skal legge på en mener».

Ombudet er imidlertid kjent med at mange klinikere hevder at et tungtveiende argument mot et krav om manglende beslutningskompetanse som inngangsvilkår, er at dette forutsetter at det foretas en funksjonstest som er vanskelig å definere presist og vanskelig å praktisere. Kravet som foreslås videreført i Pasient og brukerrettighetsloven (pbrl) § 4-3 annet ledd er at det skal være åpenbart at kompetansen mangler i forhold til det konkrete spørsmålet noen som er aktuelt «åpenbart ikke forstå hva samtykket omfatter». Kravet betyr at den som hevder at en person mangler beslutningskompetanse må kunne redegjøre konkret og overbevisende for dette i tilknytning til det aktuelle spørsmålet. Vi viser her til Sivilombudsmannens uttalelse i sak 2018/2278 som klargjør betydningen av beviskravet knyttet til manglende

beslutningskompetanse. Vi viser til at fylkesmannens praksis i denne saken taler for at det trengs klarere føringer i forarbeid og rundskriv om hva som nærmere ligger i kravet om at personen *åpenbart må mangle beslutningskompetanse*. Det vil være stort behov for at klinikere som har vedtakskompetanse får solid opplæring om det nærmere innholdet i de vesentlige lovendringer som eventuelt blir vedtatt når det gjelder inngangsvilkårene for bruk av tvang. Det helt vesentlig at det blir klart for aktuelt helsepersonalet at deres oppgave er å fremme personens egen beslutningskompetanse, og å respektere selvbestemmelsen - såfremt det ikke er åpenbart at personen mangler beslutningskompetanse. Det må også klargjøres hvilke implikasjoner kravet om antatt samtykke skal ha.

Vi viser til at det blir noe uklart hva utvalgets flertall mener når det gjelder kravet til hva en person må forstå med hensyn til konsekvens av å nekte behandling.

Utvalget skriver på side 443 om dette: For det første er det klart at prinsippet om at kravene til et gyldig samtykke skjerpes jo mer alvorlig inngrep er – forutsatt så vel i lovgivning som i rettspraksis – *ikke* kan praktiseres tilsvarende i nektingsstilfellene. *Det vil i så fall medføre at det skulle være vanskeligere å nekte til mer alvorlige inngrep er – noe som ville være både ulogisk og uetisk*. Det er utvalgets oppfatning at i nektingssituasjon vil konsekvensene av ikke å motta helsehjelp komme inn som en faktor i tolkningen av hva som i det konkrete tilfellet ligger i om personen «er i stand til å forstå hva samtykke omfatter» (vår utheving). Utvalgets flertall viser til følgende avsnitt HR 2018-2204 A.

«Poenget er altså at pasienten skal kunne treffe et informert valg mht. fortsatt behandling. Da må pasienten være i stand til å forstå informasjonen som gis og hva som kan bli konsekvensen av å nekte behandling.»

I lys av at Høyesterett i denne saken har kommet til at vilkåret om manglende samtykke kompetanse var oppfylt – fordi personen anses ikke å ha reelle innsikt i sin situasjon eller forståelse for konsekvensene av å avslutte behandlingen, blir det noe uklart hva utvalget mener med henvisningen til denne dommen i denne konteksten.

Vi vil i denne sammenheng fremheve at det må vektlegges at dagens kunnskapsgrunnlag gjør det svært risikabelt å si ja til tvangsmedisinering med antipsykotika. Dette tilsier at ved vurderingen av om personen er beslutningskompetent til å nekte helsehjelp i form av behandling med antipsykotika, må det tas hensyn til at det regelmessig vil være rasjonelt å si nei til slik medisinerings. Terskelen bør derfor ikke settes høyt når det gjelder å bli vurdert beslutningskompetent til å si nei til dette tiltaket.

8.3 Ombudets anbefaling

Helsedepartementet og direktoratet må som et minimum klargjøre det nærmere i innholdet i at krav om at personen åpenbart må anses å manglende beslutningskompetanse, samt kravet om at personen må antas å ville ha samtykket til tiltaket, for at det skal være legitimt å overprøve personens beslutning.

Det bør fremgå av forskrift/rundskriv at terskelen ikke kan settes høyt når det gjelder å bli vurdert beslutningskompetent til å si nei til helsehjelp i form av behandling med antipsykotika.

9. Individuelle behandlings- og omsorgstiltak – om tvangsmedisinering og om forslaget til reservasjonsrett

9.1. Forslag til regulering av tvangsmedisinering med antipsykotika

Flertallet foreslår å videreføre adgangen til tvangsmedisinering med antipsykotika jf. utkast til § 6-10 nr. 5. Utvalgets flertall skriver under pkt. 25.6.2.2.3 side 572 at de har

«stor forståelse for et ønske om forbud mot tvangsbehandling med legemidler ut fra det kunnskapsgrunnlaget som i dag foreligger om virkninger og bivirkninger... et så radikalt grep vil imidlertid forutsett en gjennomgripende omlegging av tjenestene for å unngå alvorlige konsekvenser for så vel pasienter som pårørende. Dette er ikke mulig å få til på kort sikt.»¹⁵

Flertallet foreslår å lempe på beviskravet for tvangsbehandling ved første gangs psykose til alminnelig sannsynlighetsovervekt jf. utkast til § 6-10 nr. 5 siste pkt., for slik å tilpasse lovens krav til det vi i dag vet om kunnskapsgrunnlaget om antipsykotika¹⁶.

¹⁵ Lovhjemmel for tvangsmedisinering med vilkår om stor sannsynlighet for kvalifisert positiv effekt ble lovfestet i 1981 bla som konsekvens av Reitgjerdet-skandalen.

Tvangsmedisineringspraksis ble imidlertid ansett som uproblematisk så vel faktisk som rettslig helt til Paulsrud-utvalgets utredning i NOU 2011: 9. Kunnskapsgrunnlaget ble da utredet etter anbefaling fra en arbeidsgruppe ledet av professor Jan Fridthjof Bernt. Det viste beskjedne positive effekter på gruppenivå av antipsykotika målt mot placebo, ved akutte psykoser 10-20 prosent (NNT 5-10), for vedlikeholdsbehandling ca 25 prosent (NNT 4). Utvalget fremhever risikoen for særdeles alvorlige psykiske, motoriske og metabolske bivirkninger og skadelige langtidsvirkninger av antipsykotika.

¹⁶ Jf. kunnskapen om virkninger og bivirkninger er behandlet i utredningen Kapittel 10. Behandlingen av positive virkninger er, som i Paulsrudutvalget, delt i effekter ved akutte psykoser og ved vedlikeholdsbehandling. For akutte psykoser er det, utover forskningen gjengitt av Paulsrudutvalget, vist

Mindretallet har en begrunnet dissens mot forslaget om videreføring av tvangsmedisinering. Mindretallet viser på side 583 første spalte til at flertallets løsning er veldig problematisk fordi det bl.a. kolliderer med et ledig etisk prinsipp om «først av alt å intet skade» Mindretallet legger avgjørende vekt på de omfattende skadevirkningene av antipsykotika, «fra metabolske til betydelige nevrologiske og psykologiske skader» jf. side 583.

9.2 Ombudets vurdering

Det er et prekært spørsmål hvordan lovgivningen bør utformes for å beskytte utsatte personer mot risiko for å bli skadet som følge av vedtak om tvangsmedisinering. Den mest alvorlige innvendingen mot flertallets forslag, er kunnskap om effekt og bivirkninger av antipsykotika, og hva dette gir grunn for å slutte om prognoser for behandlingseffekt. Vi viser til kunnskapsgrunnlaget slik det blant annet er omtalt i kapittel 10 og kapittel 25 i utredningen. Ett problem er at det i dag ikke er mulig å vurdere antipsykotiske legemidlers virkninger og bivirkninger på et individnivå før det er forsøkt jf. utredningen pkt. 25.6.2.2.8 side 576. Et annet problem er at «den vitenskapelige kunnskapen om effekten av virkestoffet for tilstanden» jf. side 576 tilsier at et krav om «stor sannsynlighet» om at behandlingen skal hindre vesentlig helseskade ikke lar seg oppfylle ved førstegangssykose. Vi viser Kapittel 10 i utredningen som behandler kunnskapen om virkninger og bivirkninger og til det som fremkommer under pkt 25.6.2.28 på side 576 og 577. For akutte psykoser er det, utover forskningen gjengitt av Paulsrudutvalget, også vist til en nylig publisert meta- studie av Leucht og medarbeidere, som

til en ny metaanalyse av 127 dobbeltblinde randomiserte studier som viser atskillig lavere kvalifisert effekt av antipsykotika på gruppenivå enn Paulsrud, 9 prosent bedre effekt enn placebo, altså at mer enn 10 må behandles for å få ett positivt resultat. Hvem som profiterer, lar seg ikke forutsi. Den største pasientgruppen, 63 prosent, oppnådde ingen god effekt. Bivirkninger sies det intet om. Disse lave effektene bør utvilsomt få betydelige konsekvenser for spørsmålet om det skal åpnes for tvangsmedisinering. Mens målet for akuttbehandling er tilnærmet symptomfrihet, tas det med vedlikeholdsbehandling sikte på å stabilisere bedringen. Her viser utvalget at av dem som er stabilisert, vil medisinering føre til færre tilbakefall enn placebo. Analyse av 65 studier viser at man, for å hindre ett tilbakefall må behandle tre pasienter i ett år. Hvem av de tre som profiterer, vet man ikke. Bivirkninger er ikke nevnt. Ingen studier varer i mer enn tre år. Utover dette vet man ingenting om positive effekter.

viser atskillig lavere kvalifisert effekt av antipsykotika på gruppenivå enn studier vist til i NOU 2011:9; 9 prosent bedre effekt enn placebo. Denne studien tilsier at mer enn 10 må behandles med antipsykotika for at en ekstra pasient skal oppleve god effekt av de aktuelle medikamentene, jf side 243. Når det gjelder vedlikeholdsbehandling med sikte på å stabilisere bedringen viser utvalget til studier som viser at av dem som er stabilisert, vil medisineringsføre til færre tilbakefall enn placebo. Analyse av 65 studier, om forskjellen mellom placebo og antipsykotika-behandling, viser at man for å hindre ett tilbakefall, må behandle tre pasienter med antipsykotika i ett år. Hvem av de tre som profiterer, vet man ikke. Ingen studier varer i mer enn tre år. Utover dette synes man ikke å vite noe om positive effekter. Utvalget skriver så på side 243: «Den langsiktige virkningen av antipsykotika er vanskelig å undersøke, og motstridende resultat gjør det vanskelig å konkludere sikkert om hvor stor effekten er».

Ombudet er i tvil om flertallets håndtering av denne utfordringen; å senke beviskravet til alminnelig sannsynlighetsovervekt for at behandlingen skal hindre vesentlig helseskade ved førstegangssykose, lar seg forsvare. Gitt de godt dokumenterte og alvorlige bivirkninger av tvangsmedisinering med antipsykotika, bør de lave effektene få betydelige konsekvenser for hvilke grenser loven skal sette for slik tvangsmedisinering.

Den risiko som kunnskapsgrunnlaget gjengitt i kapittel 10 og under pkt 25.2.2.8 på side 577 synliggjør at foreligger ved spørsmål om tvangsmedisinering, gjør at ombudet opplever det som vanskelig å ta standpunkt til spørsmål til hvordan et beviskrav eventuelt bør utformes i denne sammenheng. Det kan synes som bevissituasjonen tilsier at hverken krav om «stor sannsynlighet» eller krav om «alminnelig sannsynlighet» i realiteten lar seg oppfylle bevismessig.

Videre er det uklart hva flertallets tilnærming i praksis vil bety. På side 577 i utredningen skisserer de at beviskravet «alminnelig sannsynlighetsovervekt» ved første gangs bruk, skal bety at det kun gis «ett forsøk pr virkestoff». Og uttrykker at dette utgjør en sjelden form for detaljregulering som også vil bidra til stor grad av klarhet – om et i dag omstridt og uavklart spørsmål.

Imidlertid fremgår av notat til helsedirektoratet 13 mars 2019 og omtalt på side 577 at den beste indikatoren for behandlingsrespons på første gangs behandling med antipsykotisk preparat – utenfor tvangstilfellene - er totalt to forsøk - ett per virkestoff - i adekvat dose og adekvat lengde.

Ut fra dette at beste indikator utenfor tvangstilfellene er totalt to forsøk, er det vanskelig å se hvordan flertallets forslag til regulering av tvangsmedisineringstilfellene «ett forsøk pr virkestoff» - uten begrensning på total antall virkestoff som kan utprøves – innebærer adekvate grenser og gir nødvendig klarhet.

Forskningen gjengitt i kapittel 10 i utredningen gjør det svært vanskelig å utforme regelverk som både skal videreføre hjemmel for tvangsmedisinering med antipsykotika og sette forsvarlige grenser for dette tvangstiltaket.

Samlet sett kan ikke ombudet se at flertallet har foreslått en regulering av tvangsmedisinering med antipsykotika som gir et adekvat svar på de dilemmaer og den risiko som kunnskapsgrunnlaget viser at gjør seg gjeldende med stor styrke på dette området. ¹⁷Vi viser til det utvalget skriver på side 242 «Dersom pasienten blir påtvunget en behandling som gjør lidelsen verre, er det vanskelig å forsvare det etisk»

Vi fremhever at det fremstår som uklart og usikkert hvordan forslaget til § 6-10 nr. 5 er ment å bli praktisert. På side 577 fremgår det at flertallet ser for seg maks ett forsøk per virkemiddel. Det er uklart hva dette betyr. Er det ikke ment å være noen begrensning på antallet virkestoff som kan utprøves en gang? Det er ikke forsvarlig at dette ikke avklares i lovteksten.

I tillegg til den usikkerhet som hefter ved implikasjonene av de beviskrav som er foreslått i § 6-19 nr. 5 kommer at vedtak om tvangsmedisinering er foreslått å ha tre måneders varighet jf § 6-10 tredje ledd, og at disse vedtakene *ikke* skal undergis obligatorisk av tvangsbegrensingsnemnda jf. utkast til §11-1.

Det er positivt at det foreslås å innføre psykiatrifaglig uavhengig overprøving jf utkast til § 12-10, men rettsikkerheten dette kunne gitt begrenses ved at det foreslås i utkast til § 12-10 siste pkt. ved at samme person bare kan kreve slik

¹⁷ Det er ikke tvil om at mennesker med nedsatt funksjonsevne, herunder personer med psykososiale og kognitive og intellektuelle funksjonsnedsettelse har rett til helsehjelp. Dette følger blant annet av ØSK artikkel 12 og CRPD artikkel 25. I nasjonal rett er dette forankret i pbrl. § 2-1 og psykisk helsevernloven § 2-1.

Ombudet kan imidlertid ikke se at det er holdepunkter for å slutte fra retten til helsehjelp slik denne er forankret i menneskerettighetene, til plikt til å videreføre hjemler for tvangsmedisinering med antipsykotika. Tvert imot, såvel ØSK-komiteen som CRPD-komiteen har anbefalt Norge å oppheve hjemler for tvangsmedisinering med antipsykotika, i anbefalinger fra hhv 2013 og 2019, omtalt ovenfor i pkt 2. ¹⁷

Samlet sett kan det synes som utvalgets flertall legger til grunn en kapasitets/ressursvurdering til grunn for å konkludere med at en rett til helsehjelp for personer som mangler beslutningskompetanse krever at loven åpner for tvangsmedisinering med antipsykotika. Det aktuelle kapasitets/ressurshensyn er at det på kort sikt ikke finnes sengepostkapasitet.

Etter ombudet syn tilsier retten til helsehjelp slik den er forankret i ØSK artikkel 12 og CRPD artikkel 25, samt forbud mot diskriminering basert på nedsatt funksjonsevne jf. CRPD artikkel 5, at kapasitets- og ressurshensyn ikke legitimerer at «minste inngrepsprinsipp» fravikes. Det betyr at også personer med ulike former for psykososiale og kognitive funksjonsnedsettelse har rett til den helsehjelpen som medfører lavest risiko for uønskede bivirkninger og i minst mulig grad utgjør inngrep i deres selvbestemmelse. ¹⁷

overprøving en gang pr år. Utover dette er personen henvist til alminnelig klage eller til å ta ut sivilt søksmål for å få satt til side vedtak om tvangsmedisinering.

9.3 Ombudets anbefaling

Samlet sett kan ikke ombudet se at flertallet har foreslått en regulering av tvangsmedisinering med antipsykotika som gir et adekvat svar på de aktuelle dilemmaer.

Den risiko som kunnskapsgrunnlaget gjengitt i kapittel 10 og under pkt 25.2.2.8 på side 577 synliggjør at foreligger ved spørsmål om tvangsmedisinering, gjør at ombudet opplever det som vanskelig å ta standpunkt til spørsmål til hvordan et beviskrav eventuelt bør utformes i denne sammenheng. Det kan synes som bevissituasjonen tilsier at hverken krav om «stor sannsynlighet» eller krav om «alminnelig sannsynlighet» i realiteten lar seg oppfylle bevismessig.

I lys av dette mener ombudet at departementet bør sikre at kunnskapsgrunnlaget for tvangsmedisinering klargjøres og vurderes grundigere, med sikte på å få grunnlag for å ta stilling til om kunnskapsgrunnlaget om effekter og bivirkninger av tvangsmedisinering med antipsykotika gjør det forsvarlig å videreføre hjemmel for dette.

Dersom departementet kommer til at hjemmel for tvangsmedisinering bør videreføres, må klare grenser for praksis fremgå av selve lovteksten. Lovens ordlyd bør eventuelt klargjøre maksimalt antall utprøvningsforsøk – uavhengig av virkestoff og hvor lang maksimal utprøvningsperiode er.

Det må videre fremgå klart av lovens ordlyd at dersom personen tidligere ikke har hatt ønsket effekt av frivillig medikamentell behandling, må dette regner med, slik at det blir klart at det da ikke kan forsøkes igjen med medikamentell behandling med antipsykotika på tvang.

Videre mener vi det bør klargjøres i lovtekst hvor lenge en person samlet sett kan være underlagt tvangsmedisinering med antipsykotika, og vi er særlig skeptiske til at det skal være mulig å forlenge vedtak eller fatte nye vedtak om tvangsmedisinering overfor samme person, etter at en vedtaksperiode på tre måneders varighet jf § 6-10 tredje ledd er utløpt.

Videre vil vi anbefale at departementet i videre oppfølging sikrer at eventuelt vedtak om tvangsmedisinering skal undergis obligatorisk kontroll i høringssak i tvangsbegrensingsnemnda jf. utkast til §11-1.

Det er positivt at det foreslås å innføre psykiatrifaglig uavhengig overprøving jf utkast til § 12-10,¹⁸ men rettsikkerheten dette kunne gi, begrenses ved at det foreslås i utkast til § 12-10 siste pkt. at samme person bare kan kreve slik

¹⁸ Utover dette er personen henvist til alminnelig klage eller til å ta ut sivilt søksmål for å få satt til side vedtak om tvangsmedisinering.

overprøving en gang pr år. Signalene § 12-10 gir er det kan påregnes at det blir aktuelt at flere personer er underlagt tvangsmedisinering mer enn ett år –og at det derfor er nødvendig å begrense deres adgang til å få forsvarligheten av dette vurdert av en uavhengig og særlig kvalifisert psykiater. Dette er uheldig. Med utgangspunkt i at ombudet mener det bør innføres en maksimal lengde for tvangsmedisineringsvedtak, kan vi ikke se at det er behov for den begrensing som oppstilles i utkast til § 12-10 siste pkt, eventuelt bør begrensingen være at det ikke kan bes om slik overprøving mer enn en gang i løpet av den tre måneders perioden vedtaket gjelder for.

9.4 Forslaget til reservasjonsrett i utkast til § 6-14

9.4.1 Flertallets forslag

Utvalgets flertall foreslår i utkast til § 6-14 reservasjonsmulighet mot behandling av psykiske lidelser med antipsykotiske legemidler ved forhåndserklæring som er godkjent i tvangsbegrensningsnemda. Flertallet foreslår en rekke vilkår for at en person kan reservere seg, herunder at personen har erfaring med psykose og behandling med antipsykotika for dette.

9.4.2 Ombudets vurdering

Ombudet støtter at det innføres rett til å reservere seg mot behandling av psykiske lidelser med antipsykotiske legemidler gjennom forhåndserklæringer. Vi er imidlertid kritisk til kravet om at personen må ha erfaring med psykose og antipsykotika for å kunne reservere seg. Ombudet viser til at dagens kunnskapsgrunnlag omtalt ovenfor om usikkerhet om positiv effekt og stor risiko for alvorlige bivirkninger av antipsykotika, taler tungt for at også personer som ikke har erfaring med slike medisiner bør kunne reservere i henhold til de krav som er foreslått i utkast til § 6-14.

9.4.3 Ombudets anbefaling

Utenfor i de tilfeller det er fare for andres liv og helse, bør reservasjonsretten mot behandling mot antipsykotika utvides, slik at den gjelder uten unntak for de personer som anses beslutningskompetente på tidspunktet for håndserklæringen avgis.

9.5 Særlig om personer med utviklingshemming – medisinering, motstand og tvang

9.5.1 Ombudets vurdering:

Et særskilt spørsmål som oppstår hva dette lovforslaget vil bety for medisinering med antipsykotika av personer med utviklingshemming. På side 583 vises det til et oppslag fra NRK fra 2011 hvor det fremgår at rundt 40% av mennesker med utviklingshemming gis antipsykotika og antidepressiva. Denne

praksisen regnes imidlertid ikke som tvangstiltak fordi personen som medisineres ikke protesterer.¹⁹

Mindretallet fremhever på 584 at medisinerings av mennesker med utviklingshemming antipsykotika og antidepressiva må regnes som tvangsmedisinering så lenge det ikke foreligger et gyldig og informert samtykke.

9.5.2 Ombudets vurdering og anbefaling

Ombudet er enig med mindretallet i at medisinerings av mennesker med utviklingshemming med antipsykotika og antidepressiva reiser særlige rettssikkerhets problemer som flertallets forslag ikke løser.

Vi mener utkast til paragraf 1-3 siste ledd ikke er tilstrekkelig til å sikre at personer med alvorlige og dyp utviklingshemming får tilstrekkelig rettssikkerhet ved spørsmålet om medisinerings.

9.5.3 Ombudets anbefaling

Som minimum bør medisinerings av personer med alvorlig og dyp utviklingshemming vurderes etter reglene om tvangsmedisinering – uavhengig av om det foreligger motstand eller ikke, og ikke etter de mindre strenge kravene i § 6-2 og § 6-4. Særlig er det viktig at paragraf 6-10 nr. 1 om at legemiddelet må være godkjent for behandling av persons kliniske diagnose regelmessige anvendes ved spørsmål om medisinerings av psykiske lidelser hos personer med utviklingshemming.

Det er behov for en klargjøring av hvilke regler som gjelder i disse tilfellene i lovtekst og forarbeider.

10. Forslag til regulering av individuelle behandlings og omsorgstiltak - elektrokonvulsiv behandling (elektrosjokk).

10.1 Utvalgets forslag

Flertallet foreslår å gi lovhjemmel adgangen til bruk av ECT uten samtykke, dersom personen ikke motsetter seg tiltaket jf. utkast til § 6-13. Flertallet foreslår i § 6-15 rett til å reservere seg mot elektrokonvulsiv behandling i skriftlig forhånds erklæring som er godkjent av tvangsbegrensningnemnda. Vilkåret er at personen er beslutningskompetanse i spørsmålet om å reservere seg mot fremtidig bruk av elektrokonvulsiv behandling.

Det er to dissenser til flertallets forslag.

¹⁹ Bjørn Guldvog sier i uttalelse til NRK ifølge oppsalg på nettside 2011 sitert på side 583 i utredningen at han tror dette er et av de virkelige alvorlige forhold i norsk helsetjeneste som vi må gjøre noe med, og at årsaken er at vi mangler kompetanse til å vurdere helse-situasjonen til psykisk utviklingshemmede. Vi kan se at mistrivsel blir feiltolket som psykiatrisk sykdom.

Et mindretall på to foreslår forbud mot ECT uten samtykke, men mener at en person skal kunne avgi forhåndserklæring, basert på fritt og informert samtykke, dersom at de ønsker slik behandling.

Et mindretall på en foreslår at ECT uten samtykke gis lovhjemmel og iverksettes midlertidig for tre år og at det deretter skal foretas en grundig evaluering.

10.2 Ombudets vurdering

Ombudet støtter ikke flertallets forslag om å legalisere elektroshokk overfor personer som ikke har avgitt fritt og informert samtykke til slik behandling, jf. utkast til § 6-13.

Ombudet er for så vidt enig i at dagens rettstilstand der ECT behandling uten samtykke begrunnes i strafferettslig nødrett, ikke er tilfredsstillende. Vi mener imidlertid at å lovfeste bruk av elektroshokk også overfor personer som ikke har avgitt fritt og informert samtykke ikke er et tilfredsstillende svar på denne utfordringen.

Vi viser blant annet til at forslaget er for svakt utredet og at «gjennomgående er dokumentasjonen for effekt av lav kvalitet» jf. pkt. 10.1.4.2 på side 255 i utredningen.

Vi viser ellers til at i tillegg til at både CRPD-komiteen og ØSK-komiteen har anbefalt Norge å oppheve adgang til bruk av ECT uten fritt og informert samtykke. Videre har også FNs torturkomite i sine anbefalinger i Norge i 2018 uttrykt bekymring for at det mangler ressurser til mindre inngripende tiltak og uttrykker:

The Committee is concerned «About the weak procedural safeguards for patients and lack of recourse to less intrusive measures as a first resort in order to protect patients undergoing treatment without consent, in particular ECT» jf para 21 bokstav b) (vår utheving).

Vi viser for øvrig til at det foreligger to dissenser til flertallets forslag fra tre av utvalgets medlemmer, og de argumenter som er anført av mindretallet Erichsen og Gitlesen mot flertallets forslag når det gjelder regulering av ECT.

10.3 ombudets anbefaling:

Ombudet anbefaler at departementet ikke følger opp flertallets forslag om å lovfeste ECT uten fritt og informert samtykke.

Vi støtter mindretallet Erichsens og Gitlesens forslag om at det lovgiver kan legge til rette for at ønsket om ECT kan uttrykkes i en forhåndserklæring, hvor utgangspunktet er fritt og informert samtykke.

11. Forslag til forbud mot bruk av mekaniske innretninger i undersøkelse og behandling i psykisk helsevern.

11. 1 Utvalgets forslag

Utvalget er særlig kritisk holdning til bruk av mekaniske innretninger i nødssituasjoner og fortsatt hjemmel er foreslått tidsavgrenset til tre år etter iverksettelsen av lovutkastet, jf. § 4-3 tredje ledd.

Videre foreslår utvalget uttrykkelig forbud mot bruk av mekaniske innretninger, uansett om personen motsetter seg dette eller ikke for å gjennomføre behandling av psykiske helseproblemer jf. utkast til § 6-16.

Utvalget foreslår imidlertid hjemmel for bruk av mekaniske innretninger som hindrer bevegelsesfriheten med omsorgsformål utenfor nødssituasjon. Jf. utkast til § 6-8.

Imidlertid foreslår utvalget unntak for gjennomføring av tvungen behandling ernæring ved spiseforstyrrelser.

11.2 Ombudets vurdering og anbefaling:

Ombudet støtter forslag til uttrykkelig forbud mot bruk av mekaniske innretninger, uansett om personen motsetter seg dette eller ikke for å gjennomføre behandling av psykiske helseproblemer jf. utkast til § 6-16. Vi støtter også at hjemmel for bruk av mekaniske innretninger i nødssituasjoner lovfestes kun tidsavgrenset for tre år jf § 4-3.

Ombudet har merket seg at bruk av mekaniske innretninger som hindrer bevegelsesfriheten med omsorgsformål utenfor nødssituasjon, er særlig aktuelt for personer med demens i form av belter, sengegrind eller lignende, samt i omsorgen for utviklingshemmede ved alvorlig selvskading hos enkeltpersoner. Ombudet er skeptisk til at også ved selvskadingstilfellene kan vedtak om mekaniske innretninger med omsorgsformål ha en varighet på inntil ett år, jf utkast til § 6-8.

Ombudet mener at i selvskadingstilfellene bør vedtaks-periode være betydelig kortere.

12 Kort om kontrollorganer, saksbehandling overprøving og tilsyn.

Ombudet støtter forslaget til en felles ordning for saksbehandling, overprøving og kontroll.

Ombudet vil særlig fremheve støtte til tilgang til uavhengig psykiatrifaglig overprøving jf. utkast til paragraf 12-10. Vi stiller imidlertid spørsmål ved adgangen til kun å kreve overprøving en gang per år ved vedtak om tvangsmedisinering etter paragraf 6-10, jf utkast til § 12-10 siste pkt, I lys av hvor inngripende vedtak om tvangsmedisinering er, bla som følge av stor risiko for alvorlige bivirkninger, mener ombudet at dersom departementet

kommer til at hjemmel for tvangsmedisinering videreføres, bør det innføres en maksimal samlet lengde for hvor lenge en person kan være underlagt vedtak om tvangsmedisinering. En eventuell begrensning i tilgangen til psykiatrifaglig overprøving, må utformes i lys av maksimal samlet lengde for tvangsmedisineringsvedtak, for eksempel slik at det ikke kan bes om overprøving mer enn en gang i løpet av den tre måneders perioden vedtaket gjelder for.

Vi vil videre fremheve at tilgang til uavhengig psykiatrifaglig overprøving bør gjelde også tvang som personen ikke motsetter seg etter paragraf 6-4. Dette blir aktuelt dersom departementet, til tross for anbefalingen fra ombudet og andre høringsinstanser, følger opp flertallets forslag om å vurdere tvang som personen ikke motsetter seg etter paragraf 6-4.

13. Kort om de som anses å være til fare for andre og utkast til kapittel 15 og 16,

Ombudet har ikke hatt kapasitet til å vurdere nærmere de forslagene som omhandler personer som anses å være til fare for andre. Vi mener det er behov for eget lovutvalg for å vurdere endringer i tvangsregelverket ved fare for andre situasjonene. Vi viser til at utvalget ikke har vært sammensatt med sikte på å foreslå lovendringer som svarer på de særlige utfordringene som kan oppstå i disse tilfellene.

Hanne Inger Bjurstrøm
Likestillings- og diskrimineringsombud

Guri Hestflått Gabrielsen
Fagdirektør

Dokumentet er elektronisk godkjent, og gyldig uten signatur.