



Helse- og omsorgsdepartementet
Postboks 8011 Dep
0030 Oslo

Også sendt pr. e-post til postmottak@hod.dep.no

Deres ref.:
201102469

Dok. nr.: 129824

Saksbehandler: Trude Hafslund

08.02.2012

T +47 22035061

Høringsuttalelse – NOU 2011:9 Økt bestemmelse og rettssikkerhet

I. Innledning

Vi viser til departementets høringsbrev av 25. august 2011 vedrørende ovennevnte høring.

Det er en prioritert oppgave for Advokatforeningen å drive rettspolitisk arbeid gjennom høringsuttalelser. Advokatforeningen har derfor en rekke lovutvalg inndelt etter fagområder. I våre lovutvalg sitter advokater med særskilte kunnskaper innenfor det aktuelle fagfelt og hvert lovutvalg består av advokater med ulik erfaringsbakgrunn og kompetanse innenfor fagområdet. Arbeidet i lovutvalgene er frivillig og ulønnet.

Advokatforeningen ser det som sin oppgave å være en uavhengig høringsinstans med fokus på rettssikkerhet og på kvaliteten av den foreslåtte lovgivningen.

I saker som angår advokaters rammevilkår vil imidlertid regelendringen også bli vurdert opp mot advokatbransjens interesser. Det vil i disse tilfellene bli opplyst at vi uttaler oss som en berørt bransjeorganisasjon og ikke som et uavhengig ekspertorgan. Årsaken til at vi sonderer mellom disse rollene er at vi ønsker å opprettholde og videreutvikle den troverdighet Advokatforeningen har som et uavhengig og upolitisk ekspertorgan i lovgivningsprosessen.

I den foreliggende sak uttaler Advokatforeningen seg som ekspertorgan. Saken er forelagt lovutvalget for velferdsrett. Lovutvalget består av Wenche Dahl Elde (leder), Helene Braanen, Knut Lindboe, Endre S. Refsdal og Monica Solberg-Leinebø.

Advokatforeningen avgir følgende høringsuttalelse:

II. Sakens bakgrunn

Ved siste lovrevisjon av psykisk helsevernloven fremkom et ønske ved behandlingen i Stortinget om en grundigere vurdering av behovet for behandlingsskriteriet i loven, jfr. Innst. O. nr. 66 2005-2006.

På denne bakgrunn ble det nedsatt en arbeidsgruppe av Helsedirektoratet som ble ledet av professor Jan Fridtjof Bernt, som leverte en rapport i juni 2009. På bakgrunn av anbefalingene i rapporten ble det nedsatt et lovutvalg med mandat å vurdere etiske, faglige og rettslige sider av dagens regler og praksis innen psykisk helsevern.

Utvalget har særlig sett på forholdet mellom psykisk helsevernloven og samtykkebestemmelsene i pasientrettighetsloven og menneskerettigheter, behandlingstvilkåret for etablering av tvungen psykisk helsevern, vilkårene for iverksetting av behandling under tvang (herunder tvangsmedisinering) og bruk av tvangsmidler, samt gjeldende kontrollordninger for overprøving av tvangsvedtak.

III. Kommentarer til de enkelte forslagene

1. Generelt

Advokatforeningen mener utvalget har foretatt en grundig gjennomgang på kort tid av flere spørsmål i et omfattende mandat som inneholder både verdikonflikter, dilemmaer og vanskelige faglige og rettslige avveininger.

Advokatforeningen støtter utvalgets hovedanbefaling om å styrke selvbestemmelsesretten og rettsikkerhetsgarantier for pasienten innen psykisk helsevern, samtidig som regelverket må sikre nødvendig helsehjelp til personer som på grunn av alvorlig psykisk lidelse ikke er i stand til å ivareta seg selv. Utredningens undertittel, som indikerer at utfordringen ligger i å finne balansegangen mellom individets selvbestemmelsesrett og samfunnets omsorgsansvar, er treffende.

Samtidig anses det uheldig at utvalget ikke har blitt satt i stand til å utføre oppdraget fullt ut, men at det er foretatt en del avgrensninger mot viktige områder under henvisning til tidsrammer og utvalgets sammensetning.

Det er særlig uheldig at det er avgrenset helt mot tvangsproblematikk knyttet til barn og unge. Mandatet er ikke begrenset til å gjelde personer over 16 år, selv om barn og unge heller ikke nevnes spesielt. Når en del av oppgaven er å se på forholdet til samtykkereglene, hører også barn og unge naturlig hjemme i en vurdering av forholdet mellom frivillighet og tvang innen psykisk helsevern. Advokatforeningen mener det er en vesentlig svakhet at utvalget ikke ble satt sammen til å se på tvangsproblematikk også når det gjelder barn og unge innen psykisk helsevern. Vi er enig med utvalget i at det her er flere forhold som ikke er tiltrekkelig regulert i dagens lovgivning, bl.a. når det gjelder forholdet mellom foreldresamtykke og tvang overfor barn og unge under 16 år, manglende rettsikkerhetsgarantier ved poliklinisk og ambulant behandling, og forholdet til barnevernslovens tvangsbestemmelser særlig når det gjelder adferdsproblematikk. Dette må etter Advokatforeningens vurdering følges opp, noe også utvalget anbefaler.

Videre påpeker utvalget at det er et behov for å foreta en gjennomgang av de ulike tvangsreglene i velferdsretten, herunder vurdere om det kan være hensiktsmessig å samle reglene om bruk av tvang i helse- og omsorgstjenesten i en felles lov. Utvalget ser flere argumenter som peker i den retning, men har ikke fått mandat og tidsramme til å vurdere dette nærmere. Det foreslås at det settes i gang et arbeid med sikte på å utrede spørsmålet om et felles lovverk.

Advokatforeningen er enig i at det er behov for å utrede forholdet mellom de ulike tvangsreglene i velferdsretten nærmere, både når det gjelder materielle vilkår og rettsikkerhetsgarantier. Dette ble særlig aktualisert da vi fikk generelle, diagnoseuavhengige regler om helsehjelp uten samtykke i pasientrettighetsloven § 4A. Det vises videre til at det i forarbeidene (Prop. 91 L (2010-2011)) til ny helse- og omsorgstjenestelov uttales konkret at målet på sikt er å oppnå en samordning av de forskjellige tvangsreglene.

Det fremstår etter Advokatforeningens oppfatning ikke hensiktsmessig å innføre omfattende endringer i psykisk helsevernloven, samtidig som det settes i gang et arbeid med sikte på å utrede spørsmålet om et felles lovverk for tvangsregler på velferdsrettens område. Det må være bedre å gjøre arbeidet fullstendig når man er i gang med det, før omfattende lovendringer på et særlig område vedtas.

Utredning av et felles regelverk harmoniserer også best med FNs konvensjon om rettigheter til personer med funksjonsnedsettelse (CRPD) med økt vektlegging av ikke-diskriminering, og gir en anledning til å avklare nærmere den rettsusikkerhet som foreligger om rekkevidden av konvensjonens bestemmelser. Det gir også en mulighet til å utrede modellen for "supported decision making" nærmere.

Det vises videre til at utvalgets forslag om grunnleggende endringer i kontroll- og overprøvingssystemet uansett ikke er ferdig utredet. Sammen med de avgrensninger som er foretatt må utredningen anses ufullstendig på flere viktige områder til alene å danne grunnlag for lovendringer.

På denne bakgrunn foreslår Advokatforeningen at det nedsettes et lovutvalg med tilstrekkelig kompetanse og nok tid til å foreta en gjennomgang av samtykkereglene i pasient- og brukerrettighetsloven kap 4, generelle og spesielle tvangsregler om helsehjelp uten samtykke, og vurdere om det kan være hensiktsmessig å samle reglene om bruk av tvang i helse- og omsorgstjenesten i en felles lov. NOU 2011:9 vil her bli et viktig grunnlagsdokument.

Dersom departementet velger å fremme lovforslag innen psykisk helsevern på basis av utredningen, vil Advokatforeningen i det følgende knytte noen kommentere til de konkrete forslagene.

2. Forholdet til menneskerettighetene, særlig CRPD

Et sentralt argument for å nedsette lovutvalget var behovet for å avklare betydningen av menneskerettslige krav, og særlig vurdere om CRPD krever endringer i psykisk helsevernloven.

Advokatforeningen forstår utvalget slik at det mener CRPD ikke forhindrer ethvert tvangsinngrep, men at konvensjonen gir uttrykk for en internasjonal utvikling i retning av økt vektlegging av selvbestemmelse og ikke-diskriminering som bør gjenspeiles i den norske lovgivningen. Samtidig legger utvalget til grunn at det eksisterer usikkerhet om det rettslige innholdet i konvensjonen.

Etter Advokatforeningens vurdering har utvalget med sin gjennomgang og vurderinger gitt et viktig bidrag til forståelsen av konvensjonens rekkevidde, og kommet med noen anbefalinger. Samtidig har man ved dette fortsatt ikke fått en tilfredsstillende rettslig avklaring av spørsmålet om konvensjonens betydning innen psykisk helsevernområdet. Forholdet til CRPD er også hovedargumentasjonen i dissensen, men uten at argumentene her fullt ut blir drøftet i utredningen. På denne måten blir spørsmålet om konvensjonens betydning fortsatt stående dels uavklart.

Så vidt Advokatforeningen er kjent med er CRPD fortsatt under ratifisering, og det forutsettes at det i forbindelse med dette arbeidet kommer en nærmere avklaring av konvensjonens rettslige betydning for psykisk helsevernloven.

3. Styrking av pasientens selvbestemmelse

Som et hovedgrep for å styrke pasientens selvbestemmelse foreslår utvalget en overgang til et kompetansebasert system for psykisk helsevernloven, ved at det innføres som et vilkår at pasienten mangler beslutningskompetanse for å etablere tvungent psykisk helsevern ved behandlingsbehov.

Advokatforeningen er enig i at begrepet beslutningskompetanse er mer dekkende enn dagens begrep samtykkekompetanse, ved at det blir tydeligere at retten til å nekte helsehjelp omfattes. Det er også en forbedring at vurderingstema inntas i forslag til ny § 4-3 i pasientrettighetsloven.

Videre støtter Advokatforeningen at det stilles krav om manglende beslutningskompetanse for å vedta tvungen observasjon eller tvungent psykisk helsevern på behandlingsindikasjon.

Dette vurderes å være i tråd med hensyn bak tvangsreglene om å verne om de som ikke selv kan ivareta egne interesser på grunn av psykisk lidelse. Dersom en person har kompetanse til å ta egne helsebeslutninger, bør som utgangspunkt ikke tvangsreglene få anvendelse.

Dette hensyn er dels utvannet ved Høyesteretts fortolkning av begrepet alvorlig sinnslidelse i flere saker gjennom årene, hvor også personer i symptomfrie perioder fortsatt kan være underlagt tvungent vern når symptomfriheten settes i sammenheng med inntak av antipsykotisk medikasjon pga faren for forverring. Dette innebærer at også personer som har gjenvunnet sin kompetanse til å ta valg som ikke er sykdomsbasert kan være underlagt tvungent psykisk helsevern, noe som må sies å bryte med de grunnleggende hensyn bak vernereglene.

Det er etter Advokatforeningens vurdering en klar forbedring at den rettslige betydning av individets kompetanse – og mulighet til å nekte – kommer tydelig frem som et eget vilkår. Selv

om forholdet til frivillighet og samtykke også i dag er en del av vurderingen av om vilkårene for tvangsvern samlet sett er oppfylt, er det ikke et konkret vilkår. I praksis er det vanskelig å få gjennomslag for at personens kompetanse skal få avgjørende betydning, så lenge begrepet alvorlig sinnslidelse objektivt sett er oppfylt, slik det er fortolket i rettspraksis.

En slik regulering harmoniserer også med vilkårene i pasient- og brukerrettighetsloven kap 4A og ikke-diskrimineringshensyn. Det er vanskelig å se hvilke særlige hensyn ved psykisk helsevern som skulle legitimere så ulike vurderinger av betydningen av en persons kompetanse, avhengig av om det fattes vedtak om somatisk eller psykisk helsehjelp.

Advokatforeningen støtter også prinsipielt at det innføres et krav om antatt samtykke, men ser at dette kan medføre utfordringer med hensyn til å klargjøre den faktiske situasjon før vedtak fattes, samt bevisvurderinger. Advokatforeningen er enig i at forhåndserklæringer ikke skal anses direkte juridisk bindende.

Advokatforeningen er enig i at de situasjoner hvor pasienter uten beslutningskompetanse ikke motsetter seg helsehjelpen defineres som frivillig innleggelse, men med tilsvarende rettssikkerhetsgarantier som for tvangsinnlagte.

4. Vilkår for tvungent psykisk helsevern

Advokatforeningen er enig i at hovedvilkåret videreføres, og har ingen innvendinger mot at begrepet "alvorlig sinnslidelse" av tidsmessige hensyn erstattes med "alvorlig psykisk lidelse".

Når det gjelder tilleggsvilkårene er Advokatforeningen enig i at et behandlingvilkår bør videreføres, men finner at utvalget er uklare i forhold til hvilke situasjoner hensynet til pasienten selv skal tilsi inngripen på behandlingsindikasjon. Det kan fremstå som om dagens regulering i hovedsak er videreført noe justert i forslaget § 4-2 nr 5 bokstav a), b) og c).

Etter Advokatforeningens vurdering er ikke forholdet mellom de ulike alternativene tilstrekkelig klarlagt. Det fremstår noe "overregulert", og de ulike alternativene vil være dels overlappende. Det synes heller ikke som om utformingen av et nytt behandlingvilkår ses tilstrekkelig i sammenheng med konsekvenser av å innføre et krav om fravær av beslutningskompetanse.

Fremfor å justere dagens regulering fremstår det ut i fra ikke-diskrimineringshensyn mer naturlig å ta utgangspunkt i pasient- og brukerrettighetsloven kap 4As regulering. Her kan det ytes helsehjelp med tvang hvis unnlattelse kan føre til "vesentlig helseskade". Dette omfatter også psykisk skade. Et helseskadebegrep er også benyttet i Oviedokonvensjonen art 7 og Europarådets rekommandasjon om beskyttelse av menneskerettigheter og verdighet til personer med psykisk sykdom, 10. Som utvalget påpeker er det lagt til grunn at dagens behandlingvilkår er i samsvar med Oviedokonvensjonen, ved at både tap av muligheten til bedring eller en forverring vil kunne anses som en alvorlig skade på vedkommendes helse, og dermed omfattes av et helseskadebegrep. Etter dette kan bokstav b) og c) fremstå overflødig.

Advokatforeningen er enig i at hensynet til pasienten selv og hensynet til fare for andre skilles tydeligere i utformingen av vilkårene.

Advokatforeningen støtter adgangen til tvungen observasjon i inntil tre dager ved alvorlig selvmordsforsøk eller nærliggende og alvorlig selvmordsfare.

5. Styrking av prosessuelle rettigheter ved etablering av tvungent vern

Advokatforeningen støtter utvalgets forslag om generelt å styrke de prosessuelle rettighetene for å sikre en betryggende etableringsprosess, og vurderer at de konkrete forslagene er hensiktsmessige.

Det er positivt at det innføres en rett til fri advokat uavhengig av om det fremsettes klage. Det antas å styrke den enkeltes rettssikkerhet at det gis tilgang til en uavhengig advokat på et tidlig tidspunkt med mulighet for å få informasjon og råd om sine rettigheter mv. herunder vurdere om det skal fremsettes klage.

6. Gjennomføring av tvungent psykisk helsevern

Advokatforeningen støtter utvalgets forslag til rettssikkerhetsmessige endringer vedrørende behandling uten eget samtykke, herunder medikamentell behandling og bruk av tvangsmidler og skjerming.

Det anses som en klar rettssikkerhetsmessig forbedring at pasienten gis rett til fri advokat og adgang til rettslig overprøving etter tvisteloven kap 36 av tvangsbehandlingsvedtak.

7. Kontroll- og overprøvningsordninger

Etter utvalgets vurdering bør det foretas grunnleggende endringer i kontroll- og overprøvingssystemet for det psykiske helsevern, og det anbefales at Fylkesnemndene etableres som en felles kontroll- og overprøvningsinstans for alle vedtak som påklages og at det i tillegg opprettes egne tilsynsutvalg for å ivareta "velferdskontrollen".

Advokatforeningen er enig i at dagens ordning med kontrollkommisjoner har klare svakheter, særlig når det gjelder de administrative sider. Det er et opplagt behov for modernisering.

Samtidig er det etter Advokatforeningens syn også slik at kontrollkommisjonene har bestått gjennom alle år nettopp på grunn av ordningens sterke sider, og det stilles derfor spørsmål ved om det er behov for så grunnleggende endringer som utvalget legger opp til.

Sterke sider er særlig balansen mellom uavhengighet og nærhet til pasientene. Videre gir kontrollkommisjonens ulike oppgaver grunnlag for å ha en god oversikt over forholdene ved institusjonen, ved både etterprøving av alle vedtak, klagebehandling, kontroll av tvangsprotokoller, anmeldte og uanmeldte besøk, fremleggelse av tre mnd kontroller og samtale med pasienter og personell. En styrke er nettopp at alle disse oppgavene er samlet hos samme

instans med ulik kompetanse. Dette gir kontinuitet i oppfølging av pasienter ved at en ikke bare ser det som skjer i klagemøter, men også får en fortløpende kunnskap om miljøet på de ulike postene. Særlige tilsynsutvalg fremstår ikke som en god ide. Disse funksjonene bør derfor ikke deles på flere instanser. Videre sitter i dag medlemmer på åremål og har dette som bierverv, noe som forebygger at medlemmene "stivner" i funksjonen og sikrer uavhengighet til institusjonen.

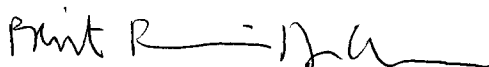
Advokatforeningen er enig med utvalget i at det må foretas en gjennomgang av dagens ordning med kontrollkommisjoner ved en revisjon av psykisk helsevernloven. Det er imidlertid viktig at de sterke sider ved dagens system ivaretas i en revisjon, slik at det ikke etableres en ordning som innebærer en dårligere rettssikkerhetsmessig løsning for en særlig sårbar pasientgruppe.

Dette anses ikke utredet av utvalget på en slik måte at det gir grunnlag for å trekke noen konklusjoner, herunder om Fylkesnemndene er en egnet løsning eller om Kontrollkommisjonsordningen kan videreføres i en modernisert form.

Utsatt iverksettelse

Advokatforeningen støtter at det i psykisk helsevernloven lovfestes at Kontrollkommisjonen kan gi vedtak om opphør utsatt virkning dersom det foreligger tungtveiende grunner, på samme måte som domstolene i tvisteloven § 36-9 andre ledd. Fire uker anses imidlertid å være altfor lang tid på bakgrunn av legalitetsprinsippet og hovedregelen om at opphør av tvangsvedtak skal få virkning straks. To uker må anses mer enn tilstrekkelig for å tilrettelegge en forsvarlig utskrivelse.

Vennlig hilsen



Berit Reiss-Andersen
leder



Merete Smith
generalsekretær