

REGJERINGSADVOKATEN

Helse- og omsorgsdepartementet
Postboks 8011 Dep
0030 OSLO

Deres ref

Vår ref
2011-0651 ES/IHK

Dato
10.02.2012

NOU 2011:9 - ØKT SELVBESTEMMELSE OG RETTSSIKKERHET

1 INNLEDNING

Jeg viser til departementets høringsbrev av 25.08.2011, og telefonsamtale med Marianne Sælen 06.02.2012 vedrørende fristen for høringsuttalelsen.

Utvalgets utredning er omfattende og berører en rekke spørsmål. Regjeringsadvokaten har vurdert lovforlaget ut fra sitt ansvarsområde. Min uttalelse er derfor knyttet til de materielle vilkårene for å etablere eller opprettholde tvungent psykisk helsevern. Jeg har også merknader til lovutkastet kap. 8, domstolskontrollen med vedtakene.

Generelt vil jeg peke på at de materielle reglene allerede i dag kan være vanskelige å anvende i praksis. Utkastets § 4-2 – de materielle reglene for etablering og opprettholdelse av tvungent psykisk helsevern ved behandlingsbehov – er bygd opp slik at det trinnvis må foretas en rekke kompliserte skjønnsmessige vurderinger, og flere enn etter gjeldende lov. En særlig utfordring ligger det i vilkåret om at pasienten ville ha samtykket til helsehjelpen dersom vedkommende hadde hatt beslutningskompetanse, se nedenfor under pkt 2.

Enkelte endringer foreslås uten at det klart fremgår hvilke konsekvenser endringen vil få i praksis. Eksempler på dette er dels innføring av kvalifisert beviskrav, se punkt 3 nedenfor, dels endring av vilkårene for å etablere eller opprettholde tvungent psykisk helsevern der pasienten har utsikt til å få bedret sin tilstand ved behandling, se nedenfor under pkt 4.

Regjeringsadvokaten vil fraråde at anvendelsesområdet for tvisteloven kap. 36 blir utvidet slik utvalget foreslår, se punkt 5 nedenfor.

REGJERINGSADVOKATEN

2 MANGLENDE BESLUTNINGSKOMPETANSE OG ANTATT SAMTYKKE SOM VILKÅR FOR Å ETABLERE OG OPPRETTOLDE TVUNGENT PSYKISK HELSEVERN.

Mange av vilkårene for å etablere eller opprettholde tvungent psykisk helsevern er videreført fra gjeldende psykisk helsevernlov, men enkelte vilkår er nye med det siktemål å øke pasientens selvbestemmelse. Et gjennomgående trekk ved formuleringen av vilkårene, er at disse dels er svært skjønnsmessige og dels stiller beviskrav som forutsetter vanskelige sannsynlighetsvurderinger, noe som gjør at konsekvensene av at det innføres nye vilkår blir vanskelig å forutse. Et eksempel er kravet om at det er *"sannsynlig at pasienten ville ha samtykket til helsehjelpen dersom vedkommende hadde hatt beslutningskompetanse"*.

Et nytt vilkår i forhold til dagens lov er at pasienten mangler beslutningskompetanse, jf § 4-2 nr 3. Ved helhetsvurderingen skal det etter nr 8 legges vekt på om det i nær fremtid kan forventes at pasienten vil kunne gjenvinne sin beslutningskompetanse. I tillegg er det et vilkår at det er sannsynlig at pasienten ville ha samtykket til helsehjelpen dersom vedkommende hadde hatt beslutningskompetanse.

Den faglig ansvarlige/kontrollkommisjonen/domstolen skal med andre ord både vurdere om pasienten har beslutningskompetanse, når pasienten vil gjenvinne beslutningskompetansen, og om vedkommende ville ha samtykket dersom vedkommende hadde hatt slik kompetanse.

Slik jeg forstår lovutkastet skal beslutningskompetansen vurderes i relasjon til den konkrete helsehjelpen. Dette innebærer at beslutningskompetansen må vurderes både i forhold til frihetsberøvelsen knyttet til tvungent vern, og til den behandlingen som eventuelt skal gis uten eget samtykke, jf § 5-4, herunder behandling med legemidler/ernæring.

Jeg antar at særlig lovutkastets vilkår om at det er sannsynlig at pasienten ville ha samtykket dersom vedkommende hadde hatt beslutningskompetanse, kan innebære at vilkårene for å etablere/opprettholde vernet er tilstede, samtidig som vilkårene for å behandle pasienten med legemidler/ernæring ikke er tilstede.

Jeg nevner at behandling med legemidler/ernæring ofte vil være en forutsetning for at pasienten i nær fremtid skal kunne gjenvinne sin beslutningskompetanse, samtidig som pasientens forhistorie i mange tilfeller klart viser at pasienten ikke ønsker behandling med legemidler/ernæring.

Slik jeg forstår merknadene til § 4-2 nr 9 (NOU'en side 244), mener utvalget at den objektive interesseavveiningen som skal skje etter nr 8 gir en presumpsjon for antatt samtykke. Jeg antar imidlertid at det i svært mange saker vil være slik at pasienten har en forhistorie som viser at han eller hun ikke ønsker behandling med legemidler, og at pasientens subjektive oppfatning klart er en annen enn det utenforstående vil ha etter en mer objektiv vurdering. Jeg viser i denne forbindelse til at pasienten etter lovforslaget vil kunne ha beslutningskompetanse selv om den kognitive eller psykiske funksjonen er sterkt redusert, og at man i vurderingen skal legge vekt på om vedkommende har tidligere erfaring med den aktuelle typen helsehjelp.

Utvalget uttaler i de særskilte kommentarene til § 4-2 nr 5 (side 242 venstre spalte) at avgrensning av virkeområdet for § 4-2 til personer uten beslutningskompetanse antas å føre til en klar reduksjon i antallet pasienter som det er aktuelt å bruke tvang overfor, med den begrunnelse at pasienten trenger vedlikeholdsbehandling for å unngå forverring.

Regjeringsadvokaten er enig i dette vil være konsekvensen av lovforslaget. Det er i tillegg grunn til å peke på at den ytterligere begrensning av virkeområdet for §§ 4-2 og 5-4 til personer uten beslutningskompetanse som sannsynligvis ville ha samtykket til helsehjelpen (jf § 4-2 nr 9 og § 5-4 nr 9), må antas å føre til en reduksjon i antallet pasienter som det er aktuelt å bruke tvang

REGJERINGSADVOKATEN

overfor med den begrunnelse at behandling vil føre til vesentlig bedring. Mange pasienter har behov for gjentatt behandling under tvungent psykisk helsevern, og for en del av disse pasientene vil gjenvinning av beslutningskompetanse etter en tids behandling erfaringsmessig innebærer at vedkommende avslutter behandling med legemidler. For disse pasientene vil man vanskelig kunne si at det er sannsynlig at de ville ha samtykket i helsehjelpen (medisinering) om de hadde hatt beslutningskompetanse.

Regjeringsadvokaten tar ikke stilling til om det er ønskelig med redusert bruk av tvang ovenfor disse pasientene, men antar at konsekvensene bør vurderes nærmere dersom loven endres i tråd med utvalgets forslag.

3 BEVISKRAV

Utvalget foreslår ulike beviskrav, og har valgt å benytte uttrykket "overveiende sannsynlig" i pasientrettighetsloven § 4-3 annet ledd om manglende beslutningskompetanse. Også i § 4-2 nr 5 foreslår utvalget beviskravet "overveiende sannsynlighet". Dette er nytt sammenlignet med gjeldende lov.

I følge merknadene til pasientrettighetsloven § 4-3, NOU'en side 235, innebærer beviskravet "overveiende sannsynlig" at det kreves mer enn alminnelig sannsynlighetsovervekt for å konkludere med at beslutningskompetansen er bortfalt. Det er altså et krav om at det må foreligge kvalifisert sannsynlighetsovervekt, uten at kravet presiseres nærmere. Det fremgår imidlertid av side 243, venstre spalte, siste avsnitt, at "overveiende sannsynlig" i § 4-2 nr 5 er svakere enn "stor sannsynlighet" som er det beviskravet som gjeldende lov § 3-3 nr 3 a) benytter for så vidt gjelder forverringsalternativet.

Regjeringsadvokaten stiller spørsmål ved hensiktsmessigheten av å innføre et beviskrav som for de fleste praktikere vil være uklart og dermed vanskelig å praktisere. Dersom det innføres krav om kvalifisert sannsynlighetsovervekt, bør det fremgå klarere hva slags beviskrav man i så fall mener å lovfeste.

4 BEHANDLINGSMULIGHETENS POSITIVE SIDE

Forslaget til ny § 4-2 nr 5, bokstav b) angir det tilleggsvilkåret som etter gjeldende lov omtales som behandlingstilstandens positive side.

Etter forslaget kan tvungent psykisk helsevern etableres eller opprettholdes når det er nødvendig, og med overveiende sannsynlighet sikre vesentlig bedring av den psykiske helsetilstanden.

I gjeldende § 3-3 nr 2 er ordlyden slik: "... etablering av tvungent psykisk helsevern er nødvendig for å hindre at vedkommende på grunn av sinnslidelsen får sin utsikt til helbredelse eller vesentlig bedring i betydelig grad redusert"

REGJERINGSADVOKATEN

I de særskilte kommentarene til lovforslaget heter det at formuleringen er ment å representere en skjerping av beviskravet i forhold til gjeldende praksis. Det er vanskelig å ha noen bestemt oppfatning om hva det innebærer at ordlyden endres i tråd med utvalgets forslag. Utvalget overlater til domstolene å definere det nærmere innholdet i beviskravet (side 243 venstre spalte, nest siste avsnitt). Dersom det skjer en lovendring i tråd med utvalgets forslag bør forarbeidene etter Regjeringsadvokatens syn ikke bare klargjøre beviskravet, men gå nærmere inn på hva formålet er med å endre ordlyden, og hvilke utslag endringen er antas å gi i praksis. Dersom den foreslåtte bestemmelsen er ment å skjerpe vilkårene for etablering og opprettholdelse av tvungent psykisk helsevern der behandling kan føre til vesentlig bedring, bør dette komme klarere frem.

5 DOMSTOLSKONTROLLEN.

5.1 Anvendelsesområdet for tvisteloven kapittel 36

I det foreslåtte lovutkastet er anvendelsesområdet for tvisteloven kap 36 utvidet til også å gjelde domstolskontroll med andre typer avgjørelser enn etablering og opprettholdelse av tvungent psykisk helsevern, f eks vedtak om tvangsmedisinering.

Reglene i tvisteloven kap. 36 forutsetter at domstolen skal foreta hensiktsmessighetsvurderinger på områder hvor deres faglige kompetanse er begrenset. Når det gjelder tvangsmedisinering, vil domstolen i liten grad være egnet til å vurdere antatt helseskade uten medisinering, hvilke legemidler som har gunstig virkning og hvilke ulemper pasienten vil få av de aktuelle medisinene m.v. Hertil kommer at behandling av sakene i domstolene vil ta tid – selv om denne type saker skal påskyndes. Vedtak om tvangsmedisinering kan påklages til fylkesmannen. Etter lovforslaget vil klage på vedtak inngitt innen 48 timer ha oppsettende virkning, men dette gjelder ikke dersom pasienten ved utsettelse vil lide vesentlig helseskade. Et vedtak om tvangsmedisinering vil være tidsbegrenset, og spørsmålet om rettskraftsvirkninger må eventuelt utredes nærmere dersom utvalgets forslag følges opp.

Utvalget drøfter ikke de mange problemstillingene som knytter seg til lovforslaget. Jeg bemerker at tidligere forslag om å utvide anvendelsesområdet for tvisteloven kap. 36 (tidligere tvml kap 33) ikke er fulgt opp. Dette har etter Regjeringsadvokatens syn gode grunner for seg. Jeg viser til ot.prp. nr 11 (1998-99) om lov om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern side 140, og NOU 2001:32 Rett på sak, ny tvistelov, side 522.

Det er Regjeringsadvokatens syn at utvalget undervurderer de økonomiske og administrative konsekvensene av lovforslaget.

Det er vanskelig å ha en bestemt oppfatning av hvor mange saker som kan være en følge av den foreslåtte utvidelsen av anvendelsesområdet for tvisteloven kap. 36, men Regjeringsadvokaten antar for sin del at antallet saker som bringes inn for domstolene vil øke betydelig. I svært mange saker er det ikke det tvungne helsevernet i seg selv som er årsak til at saken bringes inn for retten, men at saksøker ikke ønsker medisinering. Mange av sakene som i dag bringes inn for retten, vil bli utvidet til også å gjelde vedtak om tvangsmedisinering – hvilket vil føre til behov for flere rettsdager, med de konsekvenser dette har for domstolene og for advokatutgiftene. I tillegg er det grunn til å anta at mange tvangsmedisineringsvedtak vil bli brakt inn for retten uten et samtidig krav om utskrivning.

Utvalget går ikke inn på bruken av medisinsk sakkyndighet i disse sakene. Det følger av tvistelovens kap. 36 at retten skal settes med en sakkyndig meddommer. Dersom domstolen skal

REGJERINGSADVOKATEN

ha kompetanse til å prøve vedtak om tvangsmedisinering, vil det være nødvendig å oppnevne en psykiater – ikke en psykologspesialist. Det vil også være helt nødvendig at behandlende lege forklarer seg for retten i disse sakene. Det er grunn til å vurdere denne ressursbruken nøye. Disse konsekvensene av lovforslaget er ikke først og fremst av administrativ eller økonomiske art, men gjelder prioritering av de ressursene som er tilgjengelig innen det psykiske helsevernet.

Virkningen av en regel som utvider anvendelsesområdet for kap. 36 kan for domstolene være omfattende, og bør – hvis det er aktuelt og gå videre med den – drøftes særlig med Justisdepartementet.

5.2 Frist for å reise ny sak

Utvalget foreslår ny §7-4 åttende ledd, der det settes frist på 3 måneder for ny klage til Kontrollkommisjonen. Fristen regnes fra siste vedtak i Kontrollkommisjonen og fra siste rettskraftige dom. Fristen gjelder ikke for saksanlegg som senere heves, enten ved at saksøker trekker saken eller ved at det tvungne vernet opphører som følge av utviklingen i saksøkers helsetilstand. Uavhengig av fristen, kan Kontrollkommisjonen treffe nytt vedtak av eget tiltak.

Utvalget har ikke foreslått særskilt frist for å reise ny sak for domstolen. Dette innebærer at ny sak alltid kan reises som følge av at Kontrollkommisjonen har truffet vedtak. Dersom anvendelsesområdet for tvisteloven kapittel 36 utvides slik utvalget har foreslått, er det grunn til å anta at både antallet og hyppigheten av saksanlegg kan få stor betydning for domstolens virksomhet og kostnadene forbundet med advokatbistand. På denne bakgrunn bør det vurderes å innføre en frist for nytt saksanlegg etter at det foreligger rettskraftig dom.

5.3 Domstolens "adgang til tilbakehold"

Det følger av dagens tvistelov § 36-9 (1) at en dom får "virkning straks" dersom "dommen (går) ut på at tvangsvedtaket skal opphøre". Det eneste unntaket etter dagens lov følger av adgangen til å gi dom for såkalt utsatt iverksetting etter regelen i § 36-9 (2) – det vil si at dommen "ikke skal få foregrepet virkning" før den er rettskraftig. Dette betyr at staten fortsatt kan holde saksøker på tvang inntil spørsmålet om anke er avgjort - innenfor rammen av ankefristen på en måned. Dersom staten anker dommen, har ankedomstolen en særskilt adgang til ved kjennelse å bestemme "at tvangsvedtaket likevel skal stå ved lag til det foreligger en rettskraftig avgjørelse", jf § 36-10 (2) andre punktum.

Utvalget foreslår ingen endring i disse bestemmelsene i tvisteloven. Utvalget foreslår imidlertid en ny bestemmelse i § 4-8 femte ledd, som gir Kontrollkommisjonen adgang til å bestemme at vedtak om opphør av tvungent vern "skal få utsatt virkning i inntil fire uker dersom det foreligger tungtveiende grunner". Det fremgår av utvalgets merknader i punkt 16.6 (på side 216) og 19.2 (side 247) at forslaget er foranlediget av Høyesteretts dom inntatt i RT-2001-752, og at det er meningen at bestemmelsen også skal få anvendelse for domstolen. Det fremgår at eksempler på slike "tungtveiende grunner" kan være "der tilrettelegging av bolig er en nødvendig forutsetning for at utskrivning ikke skal føre til en rask og betydelig forverring av helsetilstanden" eller "tyngende omsorgsoppgaver som pasienten måtte ha" (side 247).

Det fremgår av premissene i Høyesteretts dom fra 2001 at domsresultatet var forankret i helhetsvurderingen etter psykisk helsevernloven § 3-3 tredje ledd. Det kan derfor reises spørsmål om dommen gikk ut på at "tvangsvedtaket skal opphøre". Det kan også reises spørsmål om det er behov for at domstolen skal ha en slik særskilt kompetanse etter at den nye

REGJERINGSADVOKATEN

tvisteloven uttrykkelig har regulert domstolens adgang til å beslutte utsatt iverksetting av dommer som går ut på at tvangsvedtak skal opphøre.

Det er også et prinsipielt spørsmål om domstolen bør ha adgang til å gi dom for et fremtidig forhold. Den alminnelige domstolskontrollen med forvaltningens vedtak skjer ut fra forholdene på vedtakstidspunktet, mens den særlige domstolskontrollen etter tvisteloven kapittel 36 skal skje ut fra forholdene på domstidspunktet. Det er vanskelig å se at våre alminnelige domstoler har forutsetning for å ta stilling til saksøkers situasjon etter domstidspunktet, spesielt på et område som gjelder saksøkers helsesituasjon der erfaringen tilsier at situasjonen raskt kan endre seg. Hensynet til saksøkers krav på omsorg ut fra en løpende faglig vurdering kan tilsi at domstolen ikke bør ha adgang til å gi dom for situasjonen fremover. Domstolens oppgave bør derfor fortsatt være å ta stilling til om vilkårene for tvungent vern er oppfylt på domstidspunktet, og gi dom for det, eventuelt med tillegg av dom for utsatt iverksetting etter § 36-9 (2). Dette vil også samsvare best med tvisteloven § 36-9 (1) der det fremgår at dommen skal få "virkning straks". En annen sak er at domstolen i premissene kan gi uttrykk for sitt syn på videre behandling og oppfølging av pasienten.

Med hilsen

REGJERINGSADVOKATEN



Sven Ole Fagemæs

Regjeringsadvokat