

INSTITUT FOR
MENNESKE
RETTIGHEDER

JURIDISK
NOTAT –
TVANG I
PSYKIATRIEN

BILAG TIL ANBEFALINGER

Dennis Toft Sørensen, september 2013

© 2013 Institut for Menneskerettigheder
Danmarks Nationale Menneskerettighedsinstitution

Wilders Plads 8K
1403 København K
Telefon 3269 8888
www.menneskeret.dk

Institut for Menneskerettigheders publikationer kan frit citeres med tydelig angivelse af kilden.

Vi tilstræber, at vores udgivelser bliver så tilgængelige som muligt. Vi bruger f.eks. store typer, korte linjer, få orddelinger, løs bagkant og stærke kontraster. Vi arbejder på at få flere tilgængelige pdf'er og letlæste resumeer. Læs mere om tilgængelighed på www.menneskeret.dk

INDLEDNING

Psykiatriloven (lovbekendtgørelse nr. 1729 af 2. december 2010 om anvendelse af tvang i psykiatrien) giver mulighed for at tvangsindlægge en borger. Loven giver også mulighed for en række andre tvangsforanstaltninger. For eksempel tvangsbehandling og tvangsfiksering.

Spørgsmål om tvang opstår, fordi det kan hævdes at være et civiliseret samfunds pligt at drage omsorg for mennesker, der ikke kan klare sig selv. Traditionelt har tvangsomsorg over for mennesker med psykisk sygdom haft to formål: hensynet til den berørte borger og hensynet til omgivelserne (andre borgere).

Tvangsomsorg berører samtidig nogle af de mest grundlæggende menneskerettigheder: borgerens ret til personlig frihed og til respekt for den fysiske og psykiske integritet. Derfor sætter menneskerettigheder en række begrænsninger for brugen af tvang. Disse rettigheder gør at tvang aldrig må blive en rutinemæssig løsning af problemerne, og kun må anvendes i klart definerede undtagelsessituationer.

Tvangsindlagte borgere er på grund af deres tilstand ikke altid i en position, hvor de selv kan sige fra eller gøre opmærksom på fejl, mangler osv. Derfor er der tale om en gruppe borgere, som har krav på en helt særlig menneskeretlig opmærksomhed. Dette er mange gange udtrykt i praksis fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol:

“the position of inferiority and powerlessness which is typical of patients admitted on an involuntary basis to psychiatric hospitals calls for increased vigilance in reviewing whether the Convention has been complied with.”ⁱ

Menneskerettighederne er i konstant udvikling bl.a. som følge af ny praksis fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol. For tiden er der en klar tendens til en øget beskyttelse af borgere, der udsættes for tvang i psykiatrien.

Tendensen skyldes ikke mindst FN's handicapkonvention. Konventionen kommer med en nyt syn på personer med handicap, og peger på en udvikling hen mod ikke-diskrimination, inklusion og selvbestemmelse.

Menneskerettigheder er i første omgang et spørgsmål om hvordan dansk lovgivning skal udformes, dvs. et lovgivningsspørgsmål. Menneskerettigheder er imidlertid også mere end det.

Den Europæiske Menneskerettighedskonvention har en særstilling i dansk ret i og med at konventionen – som den eneste konvention – er inkorporeret. Konventionen kan derfor anvendes direkte af borgerne. De ikke-inkorporerede konventioners status i dansk ret kan ifølge Betænkning nr. 1407/2001 "næppe anses for fuldt ud afklaret i alle situationer". Det kan give anledning til tvivl om hvor grænserne for anvendelsen af sådanne konventioner går, ikke mindst i tilfælde af en konflikt med dansk ret. Sikker er det dog, at de skal ses som en rettesnor for forståelsen af de danske regler, herunder psykiatriloven.ⁱⁱ

I den juridiske litteratur taler man i den sammenhæng om fortolkningsreglen, formodningsreglen og instruktionsreglen, uden at der er tale om en udtømmende beskrivelse af, hvilken status ikke-inkorporerede menneskerettigheder m.m. har i dansk ret.

Efter fortolkningsreglen skal danske retsregler ved fortolkningstvivil fortolkes på en måde, der bringer dem i overensstemmelse med landets internationale forpligtelser.

Formodningsreglen indebærer at de retsanvendende myndigheder og domstolene skal tage deres udgangspunkt i, at Folketinget må formodes ikke at ville handle i strid med Danmarks folkeretlige forpligtelser, og at de retsanvendende myndigheder og domstolene derfor skal anvende de nationale regler på en måde, der undgår brud på den internationale ret.

Endelig beskriver instruktionsreglen hvordan administrative myndigheder skal forholde sig, når de på et relativt skønsmæssigt retsgrundlag skal træffe afgørelse eller regulere, og hvor international regulering kan have betydning for udnyttelsen af den administrative beføjelse. Reglen er udtryk for at administrative myndigheder har pligt til at inddrage folkeretlige forpligtelser ved udnyttelsen af skønsmæssige beføjelser.

Dette notat er delt op i tre områder: 1) Tvangsindlæggelse, 2) Tvangsbehandling og 3) Tvangsfiksering. På hvert område gennemgås betydningen af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention samt FN's Handicapkonvention.

Hovedvægten ligger på at beskrive de materielle menneskeretlige krav, dvs. på hvad der kræves før tvang er lovlige. Kun i mindre omfang omtales formelle menneskeretlige krav, herunder f.eks. ret til at klage osv.

KAPITEL 1

1 TVANGSINDLÆGGELSE

1.1. Den Europæiske Menneskerettighedskonvention

Artikel 5, stk. 1, i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention giver enhver ret til personlig frihed og sikkerhed. Bestemmelsen indeholder dog en række undtagelser – bl.a. kan der ske frihedsberøvelse af "sindssyge" (persons of unsound mind).

Hvornår der lovligt kan ske frihedsberøvelse af "persons of unsound mind", må vurderes i lyset af en meget omfattende praksis fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol.

Mange sager for domstolen har handlet om en given borgers ophold på et givent sted, har været en frihedsberøvelse omfattet af artikel 5. Domstolen foretager en konkret vurdering, og lægger vægt på kriterier som "the type, duration, effects and manner of implementation of the measure in question".ⁱⁱⁱ Det spiller naturligvis også en væsentlig rolle om borgeren opholder sig det givne sted mod sin vilje.^{iv}

Domstolen forstår frihedsberøvelse meget bredt. Følgende tilfælde er alle blevet anset for omfattet af artikel 5:

I Shtukurov-sagen var en borger blevet erklæret umyndig og indlagt på et psykiatrisk hospital efter anmodning fra værgeren. Borgeren forsøgte at forlade hospitalet, men fik ikke lov. I samme retning er D.D. v Lithuania og Sykora. I Storck-sagen havde en borger indledningsvis samtykket til et ophold på en klinik, men havde senere forsøgt at flygte fra klinikken. I H. L. v. the United Kingdom var der tale om en borger der ikke var i stand til at give samtykke til et ophold på en psykiatrisk institution. Borgeren havde aldrig forsøgt at forlade institutionen. Under særlige omstændigheder kan også et ophold på en social institution anses som frihedsberøvelse efter artikel 5. Et nøgleelement er i disse tilfælde om der udøves en "complete and effective control" over borgerens "treatment, care, residence and movement" uden inddragelse af borgeren selv. Et eksempel er Stanev-sagen, hvor blev der bl.a. lagt vægt på at borgeren var under konstant

supervision og ikke var fri til at forlade den sociale institution midlertidigt uden tilladelse. Se også Kedzior-sagen.^v

Ved fortolkningen af "frihedsberøvelse" i artikel 5 er det værd at være opmærksom på den definition som findes i artikel 4.2. i protokollen til FN's konvention mod tortur og anden grusom, umenneskelig og nedværdigende behandling eller straf. Frihedsberøvelse defineres her som "enhver form for tilbageholdelse eller fængsling eller anbringelse af en person i et offentligt eller privat forvaringssted, som den pågældende ikke har tilladelse til frit at forlade, ved en retskendelse eller afgørelser fra en administrativ eller anden myndighed".

Hvis en frihedsberøvelse er omfattet af EMRK artikel 5, skal en række betingelser være opfyldt.

Først og fremmest skal borgeren falde indenfor den persongruppe som kan opfattes som "persons of unsound mind". Spørgsmålet blev sat på spidsen i Winterwerp-sagen. Winterwerp mente ikke selv at han var "a person of unsound mind". Domstolen lagde sig i sagen ikke fast på nogen entydig definition af begrebet. Det skyldtes at domstolen var af den opfattelse, at den løbende udvikling inden for psykiatrien og i samfundet havde betydning for begrebet. Domstolen fastsatte dog tre minimumsbetingelser, de såkaldte Winterverkriterier:

- 1) Medmindre der foreligger uopsættelighed, skal det være godtgjort på en overbevisende måde, at vedkommende er sindssyg.
- 2) Den mentale tilstand må have en sådan karakter eller omfang, at tvangsmæssig frihedsberøvelse er nødvendiggjort.
- 3) En sådan frihedsberøvelse må ikke opretholdes, medmindre den pågældende mentale forstyrrelse vedvarende består.^{vi}

Kriterierne er udtryk for, at frihedsberøvelse af en sindssyg kun vil være lovlig, hvis den virkelig er nødvendig, og hvis mindre indgribende foranstaltninger er utilstrækkelige, dvs. hvis frihedsberøvelsen er proportional.

En vurdering af om Winterverkriterierne er opfyldte, må altid ske på basis af aktuelle og relevante lægelige oplysninger. To år gamle oplysninger har f.eks. efter praksis ikke kunnet danne grundlag for en frihedsberøvelse. I Kedzior-sagen accepterede domstolen en undersøgelse som var en måned og 17 dage gammel, men kritiserede til gengæld, at undersøgelsen ikke specifikt havde haft til formål at vurdere, om den omhandlede borgers tilstand krævede, at borgeren blev anbragt på en social institution.

Der er givet de nationale myndigheder et vidt skøn når det skal vurderes om de lægelige oplysninger berettiger til en tvangsindlæggelse. En begrænsning ligger dog i at skønnet må foretages ud fra en række anerkendte standarder. Heri ligger et krav om forudsigelighed; en klar standard er en forudsætning for, at forskellige læger vil reagere nogenlunde ens på identiske sager. Det er reelt også en forudsætning for, at det giver mening at tale om en juridisk efterprøvelse i tilfælde af en klage.^{vii}

Der stilles naturligvis også krav til begrundelse og dokumentation. En lægelig undersøgelse, der f.eks. konkluderer, at der bør ske tvangsindlæggelse, må udførligt beskrive hvorfor.^{viii}

Winterwerp-kriterierne er ikke kun relevante, når det skal vurderes om en borger kan frihedsberøves eller ikke. Det ligger også i artikel 5, at myndighederne af egen drift, og med jævnlige mellemrum skal vurdere, om borgeren fortsat opfylder betingelserne for frihedsberøvelse.^{ix} Spørgsmålet har i praksis navnlig været aktuelt, hvor en frihedsberøvet borger har fået konstateret en bedring af sin tilstand.

I stedet for umiddelbart at udskrive borgeren, kan der i sagens natur opstå spørgsmål om fortsat observation, nye undersøgelser eller tilbud om anden behandling. Hvis borgeren stadig opfylder Winterwerp-kriterierne er der ikke et problem i relation til artikel 5. Noget andet er, hvis borgeren tilsyneladende ikke længere opfylder Winterwerp-kriterierne. I så fald skal personen udskrives. Det kan dog give anledning til tvivl, hvor lang tid der må gå fra det tidspunkt, hvor de lægelige oplysninger indikerer, at vedkommendes mentale tilstand ikke længere kan begrunde frihedsberøvelse, og indtil udskrivelsen gennemføres. Domstolens praksis synes ikke helt klar på dette punkt.

Det kan ikke lægges til grund, at borgeren har et krav på umiddelbart at blive udskrevet. Domstolen har vist forståelse for, at det ofte er vanskeligt at vurdere en persons mentale tilstand, ligesom flere modsatrettede hensyn skal inddrages i vurderingen. Det kan være sagligt med flere undersøgelser af borgeren for at sikre sig, at bedringen er reel og varig. Domstolen har også anerkendt, at der efter omstændighederne kan ske en gradvis overgang til frihed, f.eks. hvor den omhandlede person tidligere har været til fare for andre. Det vil således være sagligt at opstille mål, der skal opfyldes inden en udskrivelse kan ske. Den ansvarlige myndighed skal dog i sådanne tilfælde arbejde uden unødigt forsinkelse. Hvis det eneste, der begrundet fortsat frihedsberøvelse, er praktiske vanskeligheder med at finde et egnet sted for borgeren, vil den fortsatte frihedsberøvelse hurtigt blive konventionsstridig, jf. også nedenfor.^x

Artikel 5 kræver også at en frihedsberøvelse formelt og materielt er i overensstemmelse med national lov. Formålet med beskyttelsen af den personlige frihed i artikel 5, stk. 1, skal desuden tages i betragtning. Det betyder at frihedsberøvelsen skal opfylde et forholdsmæssighedskrav. Mindre indgreb end frihedsberøvelse skal have været overvejet og være blevet fundet utilstrækkelige. Frihedsberøvelsen skal altså i den konkrete situation være nødvendig. I Plesó v. Ungarn udtalte domstolen:

"...the Court stresses that involuntary hospitalisation may indeed be used only as a last resort for want of a less invasive alternative, and only if it carries true health benefits without imposing a disproportionate burden on the person concerned." ^{xi}

Efter domstolens praksis kan en nødvendig frihedsberøvelse af "persons of unsound mind" efter Winterwerp-kriterierne være tilfælde, hvor en borger behøver terapi, medicin eller anden behandling for at helbrede eller lempe borgerens tilstand (et behandlingskriterium). Det kan også være for at hindre en borger i at skade sig selv eller andre (et farekriterium). Frihedsberøvelse er altså ikke betinget af, at sygdommen eller tilstanden er af en sådan karakter, at den kan behandles. ^{xii}

Menneskeretligt set er en tvangsindlæggelse på et behandlingskriterium mere bekymrende end en tvangsindlæggelse på et farekriterium. Det skyldes ikke mindst retten til selvbestemmelse. Tvangsindlæggelse uden at borgeren er til fare for sig selv eller andre har et meget paternalistisk præg. Domstolen er opmærksom herpå:

I Plesó v. Ungarn udtalte domstolen at de nationale myndigheder ved tvangsindlæggelse efter et behandlingskriterium, skal være omhyggelige med at ramme den rigtige balance mellem på den ene side samfundets ansvar for at sikre borgerne den bedste sundhedsbehandling, og på den anden side borgerens ret til selvbestemmelse, herunder borgerens ret til at afvise indlæggelse og behandling ("right to be ill"). Det skyldes ifølge domstolen også at tvangsindlæggelse ofte følges op med tvangsbehandling. Retten til respekt for den personlige integritet i artikel 8 bliver derfor også relevant. ^{xiii}

Artikel 5 stiller efter sin ordlyd ikke krav om, at en given medicinsk behandling skal være tilstrækkelig, eller at de fysiske rammer skal kunne understøtte behandlingen. Alligevel kræves der i praksis en vis sammenhæng mellem på den ene side det grundlag hvorpå frihedsberøvelsen sker, og på den anden side de konkrete forhold, som frihedsberøvelsen sker under. Med andre ord vil en frihedsberøvelse af "persons of unsound mind" kun være i overensstemmelse

med artikel 5, hvis frihedsberøvelsen finder sted på et hospital, en klinik eller en egnet institution. Frihedsberøvelse under forhold som må betegnes som "anti-terapeutiske" er ikke tilladt:

I Aerts-sagen blev en borger holdt frihedsberøvet på et psykiatrisk afsnit i et fængsel. Der var på fængselsafsnittet meget ringe muligheder for at give borgeren den nødvendige terapeutiske behandling, og der var beviser på at forholdene var skadelige for borgerens tilstand. Domstolen mente at artikel 5 var blevet krænket. Se i samme retning L.B. v. Belgien.

Efter omstændighederne kan der i sådanne tilfælde også være tale om krænkelse af EMRK artikel 3. Det var tilfældet i Claes v. Belgien, hvor blev der statueret krænkelse af både artikel 3 og 5. En borger havde tilbragt mange år i et psykiatrisk afsnit i et fængsel, fordi det ikke havde været muligt at finde en velegnet institutionsplads el. lign. uden for fængslet. Borgeren havde et svært intellektuelt handicap, og var i forbindelse med en voldtægtssag blevet erklæret utilregnelig. Domstolen pegede på at borgerens situation var udtryk for et strukturelt problem: Fængsel – som ikke var den rette løsning for borgeren – blev anvendt på grund af pladsmangel i specialiserede institutioner eller mangelfuld lovgivning. Selv om borgerens adfærd m.m. satte grænser for hvor borgeren kunne placeres, fritog det ikke staten for ansvaret for at sikre at borgeren modtog passende behandling og hjælp til at kunne genvinde sin frihed.^{xiv}

Et andet vigtigt element i artikel 5 er at borgeren skal høres og dennes mening tillægges vægt, før der træffes beslutning om frihedsberøvelse. De krav, der gælder hertil, må navnlig ses i lyset af handicapkonventionen. I Stanev-sagen udtalte domstolen, efter netop at have henvist til denne konvention, følgende:

"[states are] obliged to note the growing importance which international instruments for the protection of people with mental disorders are now attaching to granting them as much legal autonomy as possible.

...

The Court considers that any protective measure should reflect as far as possible the wishes of persons capable of expressing their will. Failure to seek their opinion could give rise to situations of abuse and hamper the exercise of the rights of vulnerable persons. Therefore, any measure taken without prior consultation of the interested person will as a rule require careful scrutiny"^{xv}

I samme retning er førnævnte Plesó v. Ungarn. I sagen havde de nationale myndigheder som grundlag for beslutningen om at tvangsindlægge borgeren i

væsentlig grad lagt vægt på borgerens afvisning af at modtage behandling. Afvisningen var blevet taget som et tegn på, at borgeren manglede indsigt i sin helbredstilstand, og ikke som et udtryk for borgerens brug af sin ret til selvbestemmelse. Med andre ord var borgerens afvisning i sig selv blevet opfattet som et argument for, at der kunne ske tvangsindlæggelse. Domstolen kunne ikke acceptere dette. Også denne dom indeholder en henvisning til handicapkonventionen.

Den Europæiske Menneskerettighedskonventions artikel 5 indeholder i stk. 2-5 en række processuelle krav. En borger skal informeres om grundene til at han eller hun frihedsberøves (stk. 2). Borgeren skal have mulighed for at få en juridisk efterprøvelse af frihedsberøvelsen (stk. 4), og der skal være ret til erstatning i tilfælde af ulovlig frihedsberøvelse. Domstolens praksis om disse bestemmelser samler sig især om indholdet af og kravene til den juridiske efterprøvelse. Gennemgående hensyn er, at en mental lidelse ikke er en statisk tilstand. Derfor har borgeren – hvis det ikke sker automatisk – ret til efter rimelige intervaller at få prøvet en frihedsberøvelses lovlighed. Det gælder uanset om der er tale om beslutninger som borgerens værge har givet tilladelse til. I Sykora-sagen blev det anset som en krænkelse af artikel 5, at en borger blev afskåret fra at få prøvet sin sag, fordi borgerens værge havde givet tilladelse til indlæggelse, og indlæggelsen derfor juridisk set blev opfattet som frivillig. Se også D.D. v. Lithuania og Mihailovs v. Latvia.

Andre gennemgående hensyn i domstolens praksis er som tidligere nævnt, at frihedsberøvelse er et alvorligt indgreb mod en skrøbelig gruppe borgere. Det betyder bl.a. at den berørte borger skal have adgang til repræsentation. Den juridiske efterprøvelse skal være grundig og ske inden for rimelig tid. Vigtigt er at der ikke kun skal ses på om frihedsberøvelsen er i overensstemmelse med den nationale lovgivning, men også med de menneskeretlige krav.^{xvi}

1.2. FN's Handicapkonvention

Handicapkonventionen indeholder en ny forståelse af, hvad det vil sige at have et handicap. Traditionelt er handicap blevet set som en egenskab ved det enkelte individ. Konventionen lægger i stedet op til, at et handicap også skal ses som en følge af samfundets manglende tilpasning til en eksisterende mangfoldighed i befolkningen. Mens den traditionelle opfattelse kan give det indtryk at personer med handicap er en særlig gruppe borgere, som samfundet primært skal tilbyde behandling og kompensation, tydeliggør den nye opfattelse, at personer med handicap er ligeværdige borgere. Det er samfundets opgave at tilpasse sig den variation, der er i borgernes forudsætninger. Kun sådan kan man sikre at alle kan deltage i samfundet på lige fod.

I relation til tvangsindlæggelse i psykiatrien slås det i konventionens artikel 14 fast, at staten skal sikre, at personer med handicap har ret til frihed og personlig sikkerhed. Personer med handicap må ikke berøves deres frihed på ulovlig eller uvilkårlig måde. Eksistensen af et handicap kan i intet tilfælde berettige en frihedsberøvelse.

Artikel 14 forstås overvejende som en bestemmelse mod diskrimination, og ikke en bestemmelse, der som sådan forbyder frihedsberøvelse. Personer med handicap, som udgør en fare for andre, kan frihedsberøves på samme måde som andre personer. Der er dog også nogle som mener, at artikel 14 er udtryk for at tvangsindlæggelse inden for psykiatrien ikke er tilladt under nogen omstændigheder. Det hænger sammen med et synspunktet om at handicapkonventionen udfordrer det nuværende paradigme i psykiatrien og samfundet, der består i, at "psykisk sygdom" defineres som en individuel hjernesygdom. I stedet må man efter den nye opfattelse tale om et "psykosocialt handicap", som det således også er samfundets opgave at tilpasse sig efter, jf. ovenfor.^{xvii}

Det har ud fra den opfattelse at § 14 ikke som sådan forbyder tvang, men alene diskrimination, især været diskuteret om artikel 14 forbyder særbestemmelser om tvangsindgreb over for personer med handicap. Fordi sådanne særbestemmelser udgør en forskelsbehandling sammenlignet med retstilstanden for personer uden handicap. Med andre ord er spørgsmålet, om § 5 i den danske psykiatrilov om tvangsindlæggelse eller tvangstilbageholdelse af "sindssyge" eller af andre, der befinder sig i en tilsvarende tilstand, er konventionsstridig. Problemstillingen er navnlig, at der kan være personer omfattet af definitionen, som ikke har brug for hjælp. En alvorlig sindslidelse må jo efter handicapkonventionen ikke sidestilles med behov for brug af tvang. Hertil kommer at det kan hævdes, at særbestemmelser stigmatiserer personer med handicap.

Problemstillingen kan også rejses i forhold til ordlyden af § 5 i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention. Bestemmelsen giver som nævnt ovenfor mulighed for frihedsberøvelse af "persons of unsound mind".

Der er ikke enighed om svaret på dette spørgsmål.

På den ene side har for eksempel FN's Højkommissær for Menneskerettigheder udtalt, at ulovlig frihedsberøvelse efter handicapkonventionen også omfatter situationer begrundet i en kombination mellem et mentalt eller intellektuelt handicap, og andre elementer såsom farlighed, behov for omsorg eller behandling. Handicap skal, ifølge højkommissæren, frigøres fra de betingelser,

som en frihedsberøvelse skal opfylde. Betingelserne skal defineres neutralt sådan at de gælder for alle og på lige fod.

I tillæg hertil kan nævnes, at det i en nyere undersøgelse udarbejdet af Det Europæiske Agentur for Grundlæggende Rettigheder, er peget på at meget taler for en udvikling på vej væk fra særbestemmelser i lovgivningen om tvangsindgreb over for personer med handicap. Det nævnes dog også, at der endnu ikke foreligger nogen autoritative fortolkninger af artikel 14 fra den handicapkomite, som overvåger de ratificerende staters efterlevelse af handicapkonventionen.^{xviii}

På den anden side har en lang række ratificerende lande, herunder bl.a. Danmark, lagt en mere restriktiv fortolkning af artikel 14 til grund. Denne fortolkning indebærer at særlige tvangsbestemmelser for personer med alvorlige psykiske lidelser ikke er i strid med handicapkonventionen. Synspunktet hos disse lande er at artikel 14 er begrænset til at angå forbud mod situationer, hvor et handicap i sig selv udgør et selvstændigt og tilstrækkeligt grundlag for frihedsberøvelse. Tankegangen kan illustreres af en kommentar i en norsk dom fra 2001:

"Det følger av lovteksten at det må være en sammenheng mellom den alvorlige sinnslidelsen og det tillegsvilkåret [f.eks. fare for andre, min tilføjelse] som får anvendelse. Desutten må frivillig behandling ha vært prøvd, og etter en helhedsvurdering må tvungen behandling finnes at være til pasientens beste. Min forståelse av uttrykket "alvorlig sinnslidelse" innebærer således ikke at en diagnostisert kronisk psykose i sig selv gir adgang til tvungent psykisk helsevern."^{xix}

I Norge blev der i 2010 nedsat et udvalg med opgave at kigge på balancen mellem selvbestemmelsesret og omsorgsansvar inden for psykiatrien, bl.a. i lyset af handicapkonventionen. I udvalgets afsluttende rapport blev det diskuteret om kriteriet "alvorlig sinnslidelse" skulle udgå af den norske psykiatrilov. Udvalgets flertal mente at det faglige grundlag for at skelne mellem mennesker med psykoselidelser og andre mennesker ikke var så godt. Udvalget mente også at der ud fra et diskrimineringshensyn var en række argumenter, der talte for at ændre lovgivningen. På den anden side gav reglerne i sin nuværende form en vigtig afgrænsning mod brug af tvang ved personlighedsforstyrrelser og andre psykiske lidelser uden psykose. Altså var der en risiko for mere tvang, hvis man ikke opretholdt den gældende afgrænsning. Dette mente udvalget ikke var ønskeligt, og udvalget kunne derfor ikke anbefale en ændring.^{xx}

Problemstillingen er ingenlunde enkel:

"If it is dangerousness that is of concern, for example, a disability-neutral law could be introduced to detain people who are perceived as dangerous, irrespective of disability. While this might satisfy the problems of interpretation of article 14, it is difficult to see that it is a good idea. It is difficult to see that it would be wise in human rights terms to encourage autocratic regimes to introduce laws allowing detention of people perceived as dangerous (whether mentally disabled or not), as such law invites political abuse. At the same time, this re-phrases the question of discrimination that is at the core of the CRPD. If the law is open to abuse if applied to the general population, presumably because "dangerousness" is such an unclear category and may be open to abuse or misuse, why would it be acceptable to apply it to people with mental disabilities?

...

If people are actually acting in fashion dangerous to others, criminal law could presumably be invoked to control them; but this will result in detention in a police cell or prison – not a particularly humane place to detain someone with a mental disability. It is also fair to ask whether in these circumstances it really makes sense to process someone through the criminal system, giving them a criminal record that will affect their prospects in the community on release: potential landlords and employers are not necessarily sympathetic to people with criminal records. Is it really the intention of article 14 to make it harder for people with mental disabilities to integrate into the community upon release, when such community is meant to be the heart of the Convention?" ^{xxi}

I den juridiske litteratur er der også peget på at hvis handicap frigøres fra de betingelser som en tvangsindlæggelse skal opfylde, bliver det i stedet en diskussion om symptomer. Skizofreni vil f.eks. efter en sådan forståelse ikke være et sagligt kriterium, mens en manglende impuls kontrol vil være det. Det stiller ikke personer med handicap meget bedre, og de som i dag taler om diskrimination må i stedet begynde at tale om indirekte diskrimination. ^{xxii}

Det er vanskeligt at tale om handicapneutrale betingelser for anvendelse af tvang over for sindssyge eller psykisk syge personer. Selvom alle sindssyge ikke har et handicap, så vil en stor del af dem have en længerevarende funktionsnedsættelse og dermed et handicap. Med andre ord så vil kriterier for tvang derfor nemt kunne udgøre indirekte diskrimination over for personer med handicap, selvom de ikke er direkte nævnt. Se i den forbindelse EU-Domstolens nyligt afsagte dom i den danske sag C-335/11 Ring og Werge (<http://curia.europa.eu/juris/documents.jsf?num=C-335/11>), hvor EMD både slår fast, at handicap under henvisning til FN's Handicapkonvention skal forstås bredt, og at den danske funktionærlovs 120-dages regel om forkortet

opsigelsesvarsel kan være indirekte diskrimination, fordi den rammer personer med handicap uforholdsmæssigt bredt.

Handicapbegrebet i handicapkonventionen er bredt defineret og bygger på det samfundsrelaterede handicapbegreb i modsætning til et medicinsk handicapbegreb. Det fremgår af formuleringen af artikel 1 og har været fremhævet mange gange af handicapkomiteen.

Det er derfor måske ikke så meget at forsøge at lave handicapneutrale kriterier, men i stedet af sikre at kriterier for tvang lovgivningsmæssigt udformes så restriktivt som overhovedet muligt. Der skal være større respekt for den enkeltes selvbestemmelse og personlige integritet, end der traditionelt har været for til fulde at leve op til FN's handicapkonvention. Løsningen er også at de relevante klage- og tilsynsmyndigheder påser, at reglerne om tvangsindlæggelse i psykiatriloven sådan som de er i dag, bliver efterlevet i overensstemmelse med handicapkonventionen.

I den sammenhæng er ikke kun artikel 14 relevant.

Artikel 5 indeholder en forpligtelse til at sikre rimelig tilpasning, dvs. nødvendige og passende ændringer og justeringer til gavn for en person med handicap.

I artikel 12 understreges det, at stater har en pligt til at anvende støttet beslutningstagning fremfor at fratage personer med handicap deres retlige handleevne. En tvangsbehandling udgør en form for fratagelse af den retlige handleevne på et snævert område, nemlig i forhold til behandlingen af en psykisk sygdom. Det følger derfor, at staterne har pligt til i videst muligt omfang at støtte den enkelte person til at træffe beslutninger om behandlingen af hans eller hendes sygdom, frem for at anvende tvang. Se mere herom i kapitel 2.

Artikel 17 fastslår en ret til respekt for den fysiske og psykiske integritet. Artikel 25 giver personer med handicap ret til samme sundhedsydelse og pleje af samme kvalitet, som alle andre mennesker, på grundlag af et frit og informeret samtykke.

De ovenfor nævnte domme fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol, *Stanev v. Ungarn* ("growing importance of international conventions") samt *Plesó v. Ungarn* (ekstra omhyggelighed ved tvang på behandlingskriterium), afspejler med udgangspunkt i handicapkonventionen en øget vægt på selvbestemmelse og ikke-diskriminering. Praksis viser også at domstolen efter omstændighederne stiller ganske store krav til myndighedernes pligt til "rimelig tilpasning" i kommunikationen med borgeren. ^{xxiii}

Det kan få betydning ved vurderingen af kravet i f.eks. psykiatrilovens § 4, om at tvang ikke må benyttes, før der er gjort, hvad der er muligt, for at opnå borgerens frivillige medvirken. Konventionen skærper vurderingen af om der er gjort nok for at få en borgers samtykke, før der er truffet afgørelse om tvang. Hvordan er en eventuel nægtelse fra borgerens side blevet overvejet? Er kravet om "rimelig tilpasning" og støtte til beslutningstagning i kommunikationen med borgeren opfyldt?

Myndighederne må også være opmærksomme på de gældende standarder, vejledninger, værktøjer osv., der udvikles i lyset af handicapkonventionen. Se mere herom kapitel 2.2.

KAPITEL 2

2 TVANGSBEHANDLING

2.1. Den Europæiske Menneskerettighedskonvention

Efter artikel 8, stk. 1, i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention har enhver "ret til respekt for sit privatliv og familieliv, sit hjem og sin korrespondance". Kernen i beskyttelsen af privatlivet er menneskets fysiske og psykiske integritet. Det omfatter ifølge domstolen også tvangsbehandling, herunder tvangsmedicinering:

"a person's body concerns the most intimate aspect of private life. Thus, a compulsory medical intervention, even if it is of minor importance, constitutes an interference with this right."^{xxiv}

og

"...forced administration of medication represents a serious interference with a person's physical integrity..."^{xxv}

Et andet relevant element omfattet af artikel 8 er retten til selvbestemmelse, om end der kan blive tale om vanskelige afvejsninger over for andre rettigheder og andre interesser.^{xxvi}

Artikel 8, stk. 2, opstiller regler for, hvornår der kan gøres undtagelse fra beskyttelsen i stk. 1. Tvangsbehandling er lovlig, hvis behandlingen forfølger et tilladt formål (typisk beskyttelse af andres rettigheder eller den berørte borgers sundhed), er hjemlet i lov og "nødvendig" i et demokratisk samfund. Har en tvangsbehandling ikke hjemmel i lov, er der tale om en krænkelse af artikel 8. I praksis har det centrale i vurderingen efter artikel 8 dog været nødvendighedskravet. Kravet betyder ifølge domstolen:

"...that the interference corresponds to a pressing social need and, in particular, that it is proportionate to the legitimate aims pursued."^{xxvii}

Domstolen har indtil for nylig ikke foretaget nogen særlig indgående prøvelse af nødvendighedskravet i forhold til tvangsbehandling af tvangsindlagte borgere.

Domstolen har ment at behandlingen af en alvorlig psykisk lidelse i høj grad må opfattes som et lægefagligt spørgsmål. Herfor gælder der et vidt skøn. Det er vanskeligt for domstolen at tage stilling, når det fra lægelig side er blevet vurderet, at det i en konkret situation har været nødvendigt at gribe ind.^{xxviii}

Derfor har domstolen i stedet haft fokus på øvrige materielle og formelle krav. Navnlig har domstolen slået ned på mangler i nationalt regi ved den juridiske efterprøvelse af en tvangsbehandling.

I den juridiske litteratur er der peget på, at konsekvensen af domstolens tilbageholdenhed over for tvangsbehandling af alvorlige psykiske lidelser, har været en svag menneskeretlig beskyttelse af borgere, som er tvangsindlagte. Der har været talt om forskelsbehandling i forhold til tvungne somatiske behandlinger. Et svagt værn har til en vis grad haft støtte i andre menneskeretlige regler, der giver borgere med samtykkekompetence en stærkere beskyttelse, end borgere uden samtykkekompetence. Tvangsbehandlinger i psykiatrien er desuden også indtil for nylig blevet vurderet ud fra artikel 3. Denne artikel giver imidlertid ikke den samme beskyttelse som artikel 8, jf. nedenfor om tvangsfiksering.

Et svagere menneskeretligt værn for tvangsbehandling af psykiske lidelser i forhold til somatiske tvangsbehandlinger er dog vanskeligt at forsvare i lyset af diskriminationsforbuddet i handicapkonventionen. Der er da heller ikke grund til at tro, at domstolens tilbageholdenhed vil fortsætte i samme udstrækning som hidtil. Der er flere grunde hertil:

For det første har Domstolen i anden sammenhæng vist vilje til at fortolke artikel 8 i overensstemmelse med handicapkonventionen, og udtalt, at konventionen er udtryk for eksistensen af en europæisk og universel konsensus om behovet for at beskytte personer med handicap fra diskriminerende behandling.^{xxix}

For det andet kan nævnes den førnævnte dom Pleso v. Ungarn, afsagt den 2. oktober 2012, og som også indeholder en henvisning til handicapkonventionen. Det følger af dommen at hvis et behandlingskriterium anvendes, skal der gøres meget for at ramme den rigtige balance mellem på den ene side samfundets ansvar for at sikre borgerne den bedste sundhedsbehandling, og på den anden side borgerens ret til selvbestemmelse, herunder borgerens ret til at afvise indlæggelse og behandling ("right to be ill"). Myndighederne skal passe på med at opfatte en borgers afvisning af behandling som et tegn på at borgeren

manglede indsigt i sin helbredstilstand, i stedet for som et udtryk for borgerens brug af sin ret til selvbestemmelse. Borgerens afvisning af behandling må ikke være et argument for, at der kan ske tvangsindlæggelse og tvangsbehandling.

For det tredje kan nævnes X v. Finland, afsagt af domstolen den 3. juli 2012. I den sag blev tvangsmedicinering af en tvangsindlagt borger anset for en krænkelse af artikel 8, uden at selve tvangsindlæggelsen udgjorde en krænkelse af artikel 5. Domstolen kunne bl.a. ikke acceptere at en tvangsindlæggelse af en borger efter finsk ret indebar en automatisk tilladelse til også at tvangsbehandle borgeren, hvis borgeren afviste behandlingen. Domstolens synspunkt skal ses i sammenhæng med at dommen indeholder en henvisning til § 41, kapitel 3 i Den Europæiske Torturforebyggelseskomité's standarder:

"41. Patients should, as a matter of principle, be placed in a position to give their free and informed consent to treatment. The admission of a person to a psychiatric establishment on an involuntary basis should not be construed as authorising treatment without his consent. It follows that every competent patient, whether voluntary or involuntary, should be given the opportunity to refuse treatment or any other medical intervention. Any derogation from this fundamental principle should be based upon law and only relate to clearly and strictly defined exceptional circumstances."

Meget tyder derfor på at domstolen er begyndt at tage tvangsindlagte borgeres rettigheder alvorligt, og i øget grad vil kontrollere om en tvangsbehandling "only relate to clearly and strictly defined exceptional circumstances". Udviklingen må forventes at fortsætte hen mod en menneskeretlig beskyttelse, der ligger på niveau med hvad der gælder for frihedsberøvelse efter artikel 5.^{xxx}

I hvert fald må det antages at de under artikel 5 beskrevne krav om aktuelle og relevante lægelige oplysninger, samt om begrundelse og dokumentation, også gælder ved en vurdering af en tvangsbehandling efter artikel 8. Det samme gælder de beskrevne krav til høring af borgeren, krav til myndighedens udfoldelser for at indhente borgerens samtykke til en behandling, krav til vægtning af borgerens selvbestemmelse og krav til rimelig tilpasning i kommunikationen med borgeren.^{xxxi}

Det må også antages at tvangsmedicinering, der udgør et klart og alvorligt brud på vedtagne standarder for medicinering osv., vil kunne udgøre en krænkelse af artikel 8. Se nedenfor om afgrænsningen i forhold til artikel 3.

2.2. FN's handicapkonvention

Artikel 25 i handicapkonventionen giver personer med handicap ret til samme sundhedsydelser og pleje af samme kvalitet, som alle andre mennesker får. Reelt er der tale om et forbud mod diskrimination. Desuden siger bestemmelsens stk. 1, punkt d), følgende:

"(deltagerstaterne skal i særdeleshed) kræve, at sundhedsfagligt personale yder pleje af samme kvalitet til personer med handicap som til andre, herunder på grundlag af frit afgivet og informeret samtykke, ved gennem uddannelse og udbredelse af kendskabet til etiske standarder for offentlig og privat sundhedspleje bl.a. at øge bevidstheden om de menneskerettigheder, den værdighed og autonomi og de behov, som personer med handicap har".

Det anførte om samtykke hænger sammen med handicapkonventionens artikel 12 om lighed for loven. Det fremgår af denne bestemmelse at mennesker med handicap har retlig handleevne på lige fod med andre. Der skal træffes passende foranstaltninger til at give personer med handicap adgang til den støtte, de måtte have behov for at kunne udøve denne evne. Det betyder en adgang til støttet beslutningstagen. Målet er at gøre op med tilfælde, hvor personer med handicap ikke har indflydelse på egen situation. Ved at tage udgangspunkt i støttet beslutningstagen, og ikke i f.eks. substitueret beslutningstagen, sikres det at formodningen er for de tiltag som den berørte borger selv ønsker. Gennem udvikling af processer der støtter borgeren, er fokus mere på den enkelte beslutning end på borgeren.^{xxxii}

Udgangspunktet illustreres af den allerede nævnte Stanev-sag, hvor domstolen efter en henvisning til handicapkonventionen udtaler, at "...any protective measure should reflect as far as possible the wishes of persons capable of expressing their will. Failure to seek their opinion could give rise to situations of abuse and hamper the exercise of the rights of vulnerable persons..."^{xxxiii}

I praksis er der ikke altid tale om nogen let øvelse. Det siges da også i Stanev-sagen at:

"The Court observes in this connection that there are situations where the wishes of a person with impaired mental faculties may validly be replaced by those of another person acting in the context of a protective measure and that it is sometimes difficult to ascertain the true wishes or preferences of the person concerned. However, the Court has already held that the fact that a person lacks legal capacity does not necessarily mean that he is unable to comprehend his situation."

Det følger også af Pleso v. Ungarn at myndighederne skal passe på med at opfatte en borgers afvisning af behandling som et tegn på at borgeren mangler indsigt i sin helbredstilstand, i stedet for som et udtryk for borgerens brug af sin ret til selvbestemmelse. Borgerens afvisning af behandling må ikke være et argument for at der kan ske tvangsindlæggelse og tvangsbehandling.

Det har også stor betydning, at der i henhold til handicapkonventionen gælder et krav om rimelig tilpasning for personer med handicap. Tilpasning består i, at man i en konkret situation tager hensyn til den enkeltes særlige behov. Det kan f.eks. være, at der ved information om en påtænkt behandling gives information på en måde, der fuldt og helt højde for den enkeltes særlige behov, sprog osv. Manglende tilpasning i rimeligt omfang for særlige behov, som har forbindelse til et handicap, kan udgøre diskrimination.^{xxxiv}

Artikel 17 i handicapkonventionen giver ret til respekt for den fysiske og psykiske integritet. Oprindeligt var et af formålene med bestemmelsen at tage stilling til tvangsbehandling. I et tidligt udkast til konventionen var bestemmelsen derfor mere detaljeret, og indeholdt en begrænsning af tvangsbehandlinger. Der kunne dog ikke opnås enighed herom, og i sin nuværende udformning hverken forbyder eller tillader artikel 17 tvangsbehandling.

Tvangsbehandling er dog eksplicit omfattet af konventionen, når artikel 17 læses i sammenhæng med artikel 12 og 25.^{xxxv} FN's handicapkomite beder da også i sine Reporting Guidelines om at staterne giver oplysninger om beskyttelsen mod medicinsk og anden behandling uden samtykke, og om de uafhængige instanser, som yder beskyttelse af denne ret.^{xxxvi}

I en rapport vedrørende Tunesien har komiteen udtrykt "bekymring" (men altså ikke statueret en krænkelse af konventionen) over manglende klarhed i lovgivningen om beskyttelsen af personer med handicap mod behandling uden deres samtykke. Det er usikkert hvor langt denne bekymring går, og flere lande har givet udtryk for at de forstår konventionen sådan at den ikke udelukker tvangsbehandling af sindslidelser, hvor en sådan behandling er nødvendig og er sidste udvej.^{xxxvii}

Usikkerheden går især på tvangsbehandlinger, der sker ud fra et behandlingskriterium, dvs. hvor borgeren ikke er til fare for sig selv eller andre. Efter dansk ret kan der – som tilfældet er i mange andre lande – ikke alene ske tvangsbehandling, hvis borgeren udgør en nærliggende og væsentlig fare for sig selv og andre (farekriterium), men også hvis udsigten til helbredelse eller til en betydelig og afgørende bedring af tilstanden ellers vil blive væsentlig forringet (behandlingskriterium). Frihedsberøvelse på behandlingskriteriet kan være indiceret, selv om der ikke er udsigt til en egentlig helbredelse af

sindssygdommen som sådan, men der skal være et klart grundlag for, at behandling vil medføre en væsentlig bedring eller dog forebygge en betydelig og akut forringelse af tilstanden. Behandlingskriteriet kan altså, som det ses, deles op i en bedringsdel (en offensiv intervention) og en forværringsdel (en defensiv intervention).

Det norske udvalg som kiggede på balancen mellem selvbestemmelsesret og omsorgsansvar inden for psykiatrien, lagde i sin afsluttende rapport fra 2011 – efter overvejelser for og imod – op til at behandlingskriteriet i norsk ret burde opretholdes.

Udvalget mente, at der fandtes en række tilfælde, hvor det sundhedsmæssigt ville være urimeligt ikke at kunne gribe ind, og at det ville ramme de mest sårbare patienter. Navnlig frygtede udvalget for konsekvenserne, hvis der ikke kunne gribes tidligt ind i et sygdomsforløb for at hindre en psykose i at udvikle sig. På det somatiske område er der i norsk ret kun mulighed for tvang, hvis en undladelse vil medføre fare for en væsentlig helseskade (defensiv intervention). Udvalget overvejede derfor at anbefale en ligestilling af psykiatrien og somatikken. Udvalget endte dog med at mene at de velfærdsmæssige konsekvenser af en manglende indgriben kan være mere dramatiske inden for det psykiatriske område sammenlignet med somatikken.^{xxxviii}

Udvalgets anbefaling er blevet kritiseret af Norsk Senter for Menneskerettigheter og af et mindretal i udvalget. Det norske center peger bl.a. på at behandlingsvilkårets bedringsdel (offensiv intervention) står i et tvivlsomt forhold til Oviedo-konventionens artikel 7. Efter denne artikel kan behandling uden eget samtykke kun iværksættes, hvis manglende behandling mest sandsynligt vil føre til en væsentlig helseskade. Centeret mener derfor, at der kun er adgang til defensive interventioner (behandlingskriteriets forværringsdel). Centret peger også på, at anvendelsen af tvang kan påføre den enkelte store skader og negative oplevelser, som kan være mere alvorlige end det der behandles for. Centret mener ikke det kan ignoreres, at op mod halvdelen af alle tvangsindlagte borgere i Norge beskriver tvang som dybt krænkende, og fortsætter:

”Senteret understreker at det i utgangspunktet er tale om inngrep i individeres grunnleggende rettigheter til frihet, sikkerhet og personlige integritet. Som utvalgets mindretall påpeger, bør spørsmålet være om slike inngrep unntaksvis kan være legitime, ikke hvorvidt inngrepet oppfyller individets rett til helse. Inngrep i menneskerettigheter må være i samsvar med lov, ha et legitimt formål og det må være et rimeligt forhold mellom mål og middel. Tvangsinngrep kan eksempelvis anses legitimt dersom det er nødvendig for å beskytte helse eller

moral eller andres rettigheter og friheter. Helsehjelp etter behandlingsvilkåret er begrunnet i hensynet til individets egen helse.

I forholdsmessighetsvurderingen skal det tas hensyn til om det er tale om inngrep i andre grunnleggende menneskerettigheter, og inngrepet må dessuten være egnet til å oppnå det ønskede formålet. Som utvalget påpeker, er det tale om en interesseavveining mellom pasientens integritet og selvbestemmelse, og det offentlige omsorgsansvar.

I en slik interesseavveining må det tas i betraktning at tvungen innleggelse er inngangsporten for adgangen til å behandle personer med medisiner uten samtykke, for å benytte remmer og andre svært inngripende tvangstiltak. Det råder betydelig uenighet og usikkerhet om den terapeutiske effekten av slike inngrep, herunder effekten og målene for slik behandling. På den annen side foreligger det dokumentert risiko for flere svært alvorlige bivirkninger, som kan innebære alt fra kraftig vektøkning til motoriske bivirkninger og varige hjerneskader. Selv om effekten av behandling stort sett vurderes som medisinsk betydelig, er det i et menneskerettslig perspektiv problematisk å oprettholde tvang begrunnet i behandlingshensyn når konsekvensene av inngrep kan være minst like alvorlige.

...

Videre mener SMR at det er grunnlag for at vektlegge ikke-diskrimineringsprinsippet i større grad. ...I lys av de sterke føringer CRPD [handicapkonventionen; min tilføjelse] gir, er det etter senterets opfatning tvivlsomt om det foreligger saklige og rimelige grunner til at å oprettholde særlige tvangsregler for personer med psykiske lidelser som ikke gjelder inden for somatikken...." ^{xxxix}

Uanset den aktuelle usikkerhet af rækkevidden af bestemmelserne i forhold til tvangsbehandling er konventionen dog utvivlsomt udtryk for en styrket menneskeretlig beskyttelse. Flere af de allerede nævnte domme fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol er eksempler herpå. Denne udvikling må myndighederne naturligvis være opmærksomme på, når der skal tages stilling til en tvangsbehandling. Myndighederne må også være opmærksom på standarder, vejledninger, værktøjer osv., der udvikles i lyset af handicapkonventionen.

For eksempel har verdenssundhedsorganisationen, WHO, i anledning af handicapkonventionen udgivet en praktisk vejledning om, hvordan kvaliteten kan styrkes på området. Med udgangspunkt i bl.a. handicapkonventionens artikel 12

og 14 indeholder vejledningen en række konkrete kriterier med tilhørende spørgsmål som bør undersøges nærmere på enhver institution, hvor der kan opstå spørgsmål om bl.a. tvangsbehandling. Når der skal ses på om der på en institution el. lign. gives rum for at borgeren kan udnytte sin legale kapacitet, og om nødvendigt få støtte hertil, er et af kriterierne f.eks. om personalet kommunikerer med borgeren på en respektfuld måde, og accepterer borgerens kapacitet til at forstå information, og træffe egne valg og beslutninger. I den sammenhæng spørges der til, om personalet lytter til borgeren og engagerer denne i diskussioner om deres valg og beslutninger. Et andet kriterium er om der både mundtligt og skriftligt og på en klar og dækkende måde gives borgeren information om dennes rettigheder. Her spørges i vejledningen om informationen gives på en forståelig måde, dvs. om informationen er fri for juridiske, lægelige og tekniske udtryk og tager hensyn til borgerens forudsætninger.^{x1}

Vejledningen viser mulighederne i en konventionsbaseret tilgang til tvang i psykiatrien. Konventionen kan bruges aktivt til at evaluere eksisterende vejledninger og retningslinjer, og til at udvikle nye systemer, der maksimerer borgerens selvbestemmelse m.m.

Det er i Danmark en ganske veletableret tanke at arbejde med inddragelse af borgeren i behandlinger inden for sundhedsvæsenet. På psykiatriområdet har ikke været den samme tradition for brugerinddragelse, men også her tales der nu om et paradigmeskifte. Nyere forskning viser at mennesker med alvorlige psykiske lidelser, herunder skizofreni, i mange tilfælde er åbne overfor og i stand til at deltage i fælles beslutningstagen. Generelt ønsker de mere indflydelse til at kunne tage del i de beslutninger, der skal tage vedrørende deres sygdom. F.eks. fordi de ønsker at fremme egen recovery-proces eller har dårlige erfaringer fra tidligere behandlinger. Større inddragelse har en positiv effekt.

Der mangler dog viden om "decision aids", dvs. konkrete redskaber, der sætter den enkelte patient i stand til at opnå det nødvendige beslutningsgrundlag. Som et eksempel på udviklingen kan det nævnes, at Region Hovedstadens Psykiatri pt. barsler med en ny strategi for inddragelse og samarbejde med patienter og pårørende i psykiatrien.^{x2}

KAPITEL 3

3 TVANGSFIKSERING

3.1. Den Europæiske Menneskerettighedskonvention

Tvangsfikseringer har traditionelt været bedømt efter artikel 3 i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention. Bestemmelsen er dog ikke kun relevant i forhold til hertil. Også tvangsindlæggelser og tvangsbehandlinger kan efter omstændighederne udgøre en krænkelse af artikel 3. For eksempel hvis de fysiske rammer er for ringe.

Artikel 3 slår fast at "ingen må blive udsat for tortur eller for umenneskelig eller nedværdigende behandling eller straf". Der er ikke mulighed for at gøre undtagelse fra bestemmelsen, som er formuleret i absolutte termer.

Praksis er navnlig udviklet i relation til afsoningsforhold i fængsler og tortur eller nedværdigende behandling af fanger. Derfor har bestemmelsen stor betydning for denne gruppe, men bestemmelsen omfatter naturligvis også tvangsindlagte borgere i psykiatrien.^{xlii}

Med hensyn til definitionen af "tortur" henvises til definitionen i FN's konvention mod tortur.

"Umenneskelig behandling" kan f.eks. være en uretmæssig behandling med stærk fysisk eller psykisk smerte til følge.

Domstolen har i særlig grad søgt at definere "nedværdigende behandling" fordi det er den mindst alvorlige form for ulovlig behandling i artikel 3. Det er derfor vigtigt at afgrænse denne form for ulovlig behandling over for legitim magtanvendelse.

Det er da heller ikke enhver nedværdigende behandling der falder ind under artikel 3. En lovlig tvangsindlæggelse – som kan føles meget ydmygende – rejser for eksempel ikke i sig selv spørgsmål efter artikel 3. Efter domstolens praksis

skal der være tale om "a minimum level of severity", dvs. behandlingen skal have en vis alvorlig karakter:

"As regards the types of "treatment" which fall within the scope of Article 3 of the Convention, the Court's case-law refers to "ill-treatment" that attains a minimum level of severity and involves actual bodily injury or intense physical or mental suffering. Where treatment humiliates or debases an individual, showing a lack of respect for, or diminishing, his or her human dignity, or arouses feelings of fear, anguish or inferiority capable of breaking an individual's moral and physical resistance, it may be characterized as degrading and also fall within the prohibition of Article 3"

Der er – som tilfældet også er med "tortur" og "umenneskelig behandling" – tale om en konkret vurdering, hvori kan indgå formålet med behandlingen, behandlingens varighed, de fysiske og mentale virkninger af behandlingen, borgerens køn, alder og sundhedstilstand, kulturel og etnisk baggrund mv.

At borgerens tilstand spiller en rolle skyldes, at en behandling som vil påføre en person en stærk lidelse, f.eks. en ældre person, vil måske ikke have samme effekt på en anden person. Skrøbelighed eller manglende tilpasning til et handicap kan f.eks. betyde at en person med handicap kommer til at lide mere end andre. Sommetider i sådan grad at det kan bringe artikel 3 i anvendelse:

Price v. United Kingdom drejede sig om en fængselsindsat kvinde, som sad i kørestol. Hun havde svært ved at nå toilettet, og hun kunne heller ikke komme til at vaske sig selv. Det var også svært for hende at komme til at ligge på sengen i hendes celle. Der var ikke overvejet tilpasning m.m. Domstolen statuerede krænkelse af artikel 3. ^{xliii}

På tilsvarende vis blev der i D.G. v. Polen der statueret en krænkelse af artikel 3. Også denne sag handlede om fængslet borger i kørestol. Borgeren havde tilbragt 18 måneder i et fængsel som var uegnet til personer med fysiske handicap. Domstolen mente ikke at der i forhold til borgeren var gjort nok for at "reasonably accommodate his special needs". ^{xliv}

Tankegangen findes også i Jasinskis v. Letland. Sagen handlede om en døv dreng, der døde i politiets varetægt, som følge af manglende lægebehandling efter et fald. Drengen var af politiet blevet frataget den kuglepen og det papir, han brugte til at kommunikere med folk, som ikke kunne tegnsprog. Han kunne derfor ikke selv gøre opmærksom på sin tilstand eller bede om lægehjælp. Domstolen udtalte følgende:

“Where the authorities decide to place and maintain in detention a person with disabilities, they should demonstrate special care in guaranteeing such conditions as correspond to his special needs resulting from his disability” .^{xlv}

I forhold til tvangsfiksering er den ledende dom Herczegfalvy fra 1992. I sagen havde en borger i over to uger været tvangsfikseret. Der var også sket tvangsbehandling med beroligende medicin. Domstolen gav udtryk for bekymring ift. varigheden af tvangsfikseringen, men mente ikke at der var tale om en krænkelse af artikel 3. Det skyldtes at domstolen accepterede at tvangsfikseringen som følge af borgerens aggressivitet, trusler og voldelige episoder havde haft et terapeutisk formål:

“While it is for the medical authorities to decide, on the basis of the recognised rules of medical science, on the therapeutic methods to be used, if necessary by force, to preserve the physical and mental health of patients who are entirely incapable of deciding for themselves and for whom they are therefore responsible, such patients nevertheless remain under the protection of Article 3, whose requirements permit of derogation. The established principles of medicine are admittedly in principle decisive in such cases; as a general rule, a measure which is a therapeutic necessity cannot be regarded as inhuman or degrading. The Court must nevertheless satisfy itself that the medical necessity has been convincingly shown to exist.”^{xlvi}

Dommen har betydet at artikel 3 ikke har spillet nogen stor rolle hverken ved tvangsfiksering eller tvangsbehandling, når behandlingen har fremstået som medicinsk eller psykiatrifagligt begrundet.^{xlvii}

Domstolen har i senere praksis stået fast på denne tilbageholdenhed efter artikel 3 i forhold til tvangsbehandling og tvangsfiksering. Nyere eksempler er D.D. v. Lithuania og X v. Finland. I sidstnævnte sag blev det gjort gældende at en tvangsmedicinering af en borger var i strid med artikel 3. Domstolen besluttede i stedet på eget initiativ at tvangsmedicineringen skulle vurderes under artikel 8.

Umiddelbart synes der at være gode grunde til at vurdere tvangsbehandlinger i psykiatrien i lyset af artikel 8 i stedet for artikel 3. Artikel 3 er som nævnt formuleret i absolutte termer - der tillades ikke undtagelser – og bestemmelsen indeholder ud fra sin formulering et element af moralsk fordømmelse. Strukturen i artikel 8 er anderledes. Retten til privatliv kan indskrænkes på grund af en række hensyn. Der skal ske en afvejning. Det åbner op for en bredere og mere nuanceret vurdering af tvangsbehandling, der kan betyde en højere menneskeretlig beskyttelse.

Der er uvist om artikel 8 også kommer til at spille en rolle ved tvangsfikseringer. Nyeste praksis tyder dog ikke på det:

I domstolens dom af 18. oktober 2012 i sagen Bures v. Tjekkiet udtalte domstolen med støtte i ECT's standarder samt Europarådets rekommandationer, at tvangsfiksering kun må anvendes i exceptionelle tilfælde, og som en sidste udvej, når det er den eneste måde at forhindre en umiddelbar skade på borgeren eller andre. I den konkrete sag mente domstolen ikke at dette var tilfældet, og at artikel 3 derfor var krænket. Tvangsfiksering var i sagen sket "as a matter of routine". Den omhandlede borger havde været urolig, men var ikke voldelig eller aggressiv. Domstolen mente ikke at dette var nok til tvangsfiksering, og lagde bl.a. vægt på, at det ikke på anden vis var forsøgt at berolige borgeren. Det faktum at borgeren gjorde modstand mod at blive tvangsfikseret, kunne ikke være et argument for at tvangsfiksering kunne ske. Domstolen kritiserede desuden at borgeren ikke under tvangsfikseringen havde været under tæt opsyn. På dette grundlag fandt EMD, at der var sket en krænkelse af EMRK artikel 3 og kom ikke ind på artikel 8.

Det kan også diskuteres om dommen er et tegn på at domstolen fremover ikke vil være så tilbageholdende som bemærkningerne i Herczegfalvy-dommen hidtil har lagt op til. Praksis er dog formentlig fortsat sådan at artikel 3 finder anvendelse, hvor brug af tvang kommer for langt væk fra at have et terapeutisk formål, og har de kendetegn, som definerer en nedværdigende eller umenneskelig behandling. Særligt handlinger, der til formål at kontrollere eller berolige borgeren, er i fokus. Herunder falder bl.a. unødvendige tvangsfikseringer, som altså i Bures v. Tjekkiet, eller en helt overdreven brug af sedativer.^{xlviii}

Det er dog vigtigt at huske at forståelsen af artikel 3 ligesom de øvrige artikler i konventionen undergår en løbende udvikling. Domstolen har for eksempel med henvisning til en stadig højere beskyttelse af de mest grundlæggende frihedsrettigheder lagt op til "a harsher classification under Article 3 ... that certain acts previously falling outside the scope of Article 3 might in future attain the required level of severity."^{xlix}

Som nævnt i indledningen til dette kapitel kan artikel 3 bl.a. også komme på tale hvis de fysiske rammer for en tvangsindlæggelse er for ringe. Her findes ikke den samme tilbageholdenhed fra domstolens side. Snarere giver det mere mening at tale om en skærpet bedømmelse. De fysiske rammer hænger naturligvis sammen med de økonomiske ressourcer. Uanset dette har staten en forpligtelse til at sørge for, at de fysiske rammer for frihedsberøvelsen respekterer borgerens

værdighed. Samtidig er der som nævnt ofte tale om skrøbelig gruppe borgere, der ikke altid selv kan klage eller i hvert fald ikke udførligt.

Et nyere og markant eksempel på en krænkelse af artikel 3, er Stanev-sagen om et ufrivilligt ophold på en social institution. Domstolen mente at de fysiske rammer på institutionen var udtryk for en umenneskelig og nedværdigende behandling af borgeren.

Stanev-sagen indeholder henvisninger til rapporter fra Den Europæiske Torturforebyggelseskomité (CPT). Komiteen er en integreret del af det europæiske system for beskyttelsen af menneskerettigheder, og spiller derfor en væsentlig rolle i sager efter artikel 3¹. Der er dog ikke nogen automatik i vurderingerne, forstået på den måde at tvangsfikseringer el. lign. som CPT finder "nedværdigende", også af domstolen vil blive fundet i strid med artikel 3. Det skyldes at CPT ud fra sit formål fungerer som en proaktiv mekanisme ved siden af domstolen.

3.2. FN's Handicapkonvention

Handicapkonventionens artikel 15 bestemmer at ingen må underkastes tortur eller grusom, umenneskelig eller nedværdigende behandling eller straf. I særdeleshed må ingen uden sit frit afgivne samtykke underkastes medicinske eller videnskabelige eksperimenter.

På grund af de menneskeretlige krænkelse som personer med handicap historisk set, og stadig i dag oplever, overvejede man ved tilblivelsen af konventionen en mere detaljeret udformning af artikel 15. Det blev dog opgivet af frygt for at underminere – og dermed svække – definitionen på tortur i andre konventioner, f.eks. i FN's torturkonvention og i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention. Artikel 15 læner sig derfor op af disse konventioner og får næppe stor selvstændig betydning.ⁱⁱ

Også konventionens artikel 16 kan nævnes. Bestemmelsen indeholder en forpligtelse til at beskytte personer med handicap mod enhver form for udnyttelse, vold og misbrug. Artikel 16 indeholder i stk. 2-5 en række yderligere forpligtelser. Det gælder f.eks. i relation til at forebygge udnyttelse, vold og misbrug. Desuden skal det sikres at uafhængige myndigheder effektivt fører tilsyn med alle tilbud og ordninger, der er beregnet til personer med handicap. Konventionen indeholder bl.a. i artikel 14, stk. 2, og som et gennemgående princip en forpligtelse til at sørge for "rimelig tilpasning", herunder f.eks. hjælpemidler. Det sker for at sikre at personer med handicap menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder på lige fod med andre. Opfyldes kravet om

rimelig tilpasning ikke, er der tale om diskrimination. Manglende tilpasning vil også kunne spille ind i vurderingen af om der er tale om nedværdigende behandling. Se til eksempel Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols dom i sagen Price v. United Kingdom omtalt ovenfor.

NOTER

ⁱ Se f.eks. EMD D.D. v. Lithuania, nr. 13469/06, § 173

ⁱⁱ Se Betænkning nr. 1407/2001 om inkorporering af menneskerettighedskonventioner i dansk ret, side 27-28.

ⁱⁱⁱ EMD Ashingdane v. the United Kingdom, nr. 8225/78, pkt. 41.

^{iv} EMD Mihailovs v. Latvia, nr. 35939/10, § 131

^v Se EMD H.M. v Switzerland, nr. 39187/98, EMD Storck v. Germany, nr. 61603/00, EMD H. L. v. the United Kingdom, nr. 45508/99, EMD D.D. v. Lithuania, nr. 13469/06, EMD Stanev v. Bulgaria, nr. 36760/06, EMD Sykora v. The Czech Republic, nr. 23419/07 og EMD Kedzior v. Poland, nr. 45026/07. Eksempler på sager der faldt uden for artikel 5 er EMD Nielsen v. Denmark, nr. 44034/07 og EMD H.M. v Switzerland, nr. 39187/98.

^{vi} Se EMD Winterwerp v. the Netherlands, 6301/73, og Jon Fridrik Kjølbro, "Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – for praktikere", 3. udgave, 2010, s. 299f.

^{vii} Se EMD Stanev v. Bulgaria, nr. 36760/06, § 156. Se også D.D. v. Lithuania, nr. 13469/06. Om forudsigelighed se EMD Sunday Times v. the United Kingdom, nr. 6538/74, § 49.

^{viii} Se EMD Mihailovs v. Latvia, nr. 35939/10, § 131

^{ix} Se EMD, Stanev v. Bulgaria, nr. 36760/06, § 158

^x Se EMD Johnson v. the United Kingdom, nr. 22520/93 og EMD Kolanis v. the United Kingdom, nr. 517/02. For en diskussion af dommene se Peter Bartlett m.fl. "Mental disability and the European Convention on Human Rights", 2007, side 56ff. Se desuden Jon Fridrik Kjølbro, "Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – for praktikere", 3. udgave, 2010, s. 301.

^{xi} EMD, Plesó v. Hungary, nr. 41242/08, § 66. Se også EMD Herczegfalvy v. Austria, nr. 10533/83, § 63 og EMD Witold Litwa, nr. 26629/95, § 78.

^{xii} EMD, Hutchison Reid v. the United Kingdom, nr. 50272/99, § 52.

^{xiii} EMD, Plesó v. Hungary, nr. 41242/08

^{xiv} EMD Aerts v. Belgium, 25357/94, EMD L.B. v. Belgium, 22831/08 og EMD Claes v. Belgium, nr. 3795/11. Se også EMD Ashingdane v. the United Kingdom, nr. 8225/78

^{xv} EMD, Stanev v. Bulgaria, nr. 36760/06, § 153.

- ^{xvi} Se bl.a. EMD, *Stanev v. Bulgaria*, nr. 36760/06, § 168ff, EMD *Megyeri v. Germany*, nr. 13770/88
- ^{xvii} Se Tina Minkowitz, "Abolishing mental health laws to comply with the Convention on the Rights of Persons with Disabilities", i B. McSherry og P. Weller, "Rethinking rights-based mental health laws" 2010, s. 151-177.
- ^{xviii} European Union Agency for Fundamental Rights, "Involuntary placement and involuntary treatment of persons with mental health problems", 2012, side 16.
- ^{xix} RT. 2001, s. 1481. Dommen er omtalt hos Aslak Syse, "Menneskeretlige aspekter ved tvangsmæssig frihedsberøvelse, herunder lovopsatte vilkår. Kort om brug af tvang i behandlingsøymed i psykisk helsevern, i og udenfor institution", januar 2009, side 54.
- ^{xx} Norges offentlige udredninger 2011:9 "Økt selvbestemmelse og rettssikkerhet – Balansegangen mellom selvbestemmelsesrett og omsorgsansvar i psykiatrisk helsevern", side 164f. Anbefalingen er kritiseret af Norsk Senter for Menneskerettigheter i et høringssvar til NOU 2011:9, den 8. februar 2012.
- ^{xxi} Se Peter Bartlett, "The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities and Mental Health Law", *The Modern Law Review*, 2012 75(5), s. 752-778 (s. 773f).
- ^{xxii} Se Peter Bartlett, "A mental disorder of a kind or degree warranting confinement: examining justifications for psychiatric detention", *The International Journal of Human Rights*, Vol. 16, No. 6, August 2012.
- ^{xxiii} EMD *Z.H. v. Hungary*, 28973/11 og EMD *Jasinskis v. Latvia*, nr. 45744/08.
- ^{xxiv} EMD *Y. F. v. Turkey*, nr. 24209/94, § 33.
- ^{xxv} EMD *X. v. Finland*, nr. 34806/04, § 220.
- ^{xxvi} Peer Lorenzen m.fl., *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention med kommentarer*, 3. udgave, 2011, s. 650 og 661f
- ^{xxvii} EMD *X. v. Finland*, nr. 34806/04, § 213.
- ^{xxviii} Se f.eks. EMD *Herczegfalvy v. Austria*, nr. 10533/83, EMD *Schneiter v. Switzerland*, nr. 63062/00, EMD *Matter v. Slovakia*, nr. 31534/96, §§ 71-72.
- ^{xxix} EMD *Glor c. Suisse*, nr. 13444/04
- ^{xxx} EMD *X v. Finland*, nr. 34806/04, se særligt §§ 132, 218 og 220.
- ^{xxxi} I *Stanev-sagen* afviste et flertal af dommerne at tage stilling til artikel 8. En dissenterende dommer erklærede sig uenig heri, og udtalte at "In this regard the lack of respect for the applicant's recognised personal autonomy violated Mr Stanev's right to personal life and dignity as guaranteed by Article 8 and failed to meet contemporary standards for ensuring the necessary respect for the wishes and preferences he was capable of expressing".
- ^{xxxii} Betydningen af artikel 12 er nærmere diskuteret i Peter Bartlett, "The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities and Mental Health Law", *The Modern Law Review*, 2012 75(5), s. 752-778.
- ^{xxxiii} EMD, *Stanev v. Bulgaria*, nr. 36760/06

^{xxxiv} Se f.eks. D.G. v. Poland, EMD nr. 45705/07

^{xxxv} Marianne Schulze, "Understanding the UN convention on the rights of persons with disabilities", 2010, side 109.

^{xxxvi} Comitee on the Rights of Persons with Disabilities: "Guidelines on treaty-specific document to be submitted by states parties under article 35, paragraph 1, of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, Second Session 19-23 October 2009, doc CRPD/C/2/3 of 18 November 2009.

^{xxxvii} Concluding observations of the Committee on the Rights of Persons with Disabilities – Tunesia, Fifth Session 11 – 15 April 2011, CRPD/C/TUN/CO/1. Se også s.22 i European Union Agency for Fundamental Rights, "Involuntary placement and involuntary treatment of persons with mental health problems", 2012.

^{xxxviii} Norges offentlige utredninger 2011:9 "Økt selvbestemmelse og rettssikkerhet – Balansegangen mellom selvbestemmelsesrett og omsorgsansvar i psykiatrisk helsevern", side 18ff.

^{xxxix} Høringssvar fra Norsk Senter for Menneskerettigheter til NOU 2011:9, den 8. februar 2012. Kritisk er overfor behandlingskriteriet er også Peter Bartlett, i "A mental disorder of a kind or degree warranting confinement: examining justifications for psychiatric detention", The International Journal of Human Rights, Vol. 16, No. 6, August 2012.

^{xl} WHO QualityRights Toolkit "Assessing and improving quality and human rights in mental health and social care facilities", 2012

^{xli} Se f.eks. www.vibis.dk og oplæg af Lisa Korsbæk, seniorforsker, Region Hovedstadens Psykiatri:

<http://www.regioner.dk/Aktuelt/Arrangementer/Afholdte+arrangementer/Arrangementer+2012/-/media/Arrangementer/Sundheds%20og%20Socialpolitisk%20kontor/Brugerinddragelse%20i%20sundhedsv%C3%A6senet%2030.%20oktober%202012/Lisa%20Korsbek%20-%20A.ashx>

^{xlii} Se Aslak Syse, "Menneskeretlige aspekter ved tvangsmessig frihedsberøvelse, herunder lovopsatte vilkår. Kort om brug af tvang i behandlingsøymed i psykisk helsevern, i og udenfor institution", januar 2009, side 15.

^{xliii} EMD Price v. the United Kingdom nr. 33394/96

^{xliv} D.G. v. Poland, EMD nr. 45705/07

^{xlv} EMD Jasinskis v. Latvia, nr. 45744/08, § 59. Se også EMD Keenan v. the United Kingdom, nr. 27229/95 samt EMD Z.H. v. Hungary, 28973/11.

^{xlvi} EMD Herczegfalvy v. Austria, nr. 10533/83, § 82

^{xlvii} Se f.eks. EMD Gorobet v. Moldova, nr. 30951/10

^{xlviii} Peter Bartlett m.fl., "Mental disability and The European Convention of Human Rights", 2007, side 95ff og 116ff. Eksempler på artikel 3 sager er bl.a. Valasinas v. Lithuania, nr. 5090, § 117 og Van der Ven v. the Netherlands, nr. 50901/99, § 62.

^{xlix} EMD Henaf v. France, nr. 65436/01, § 55.

^l Se EMD D.D. v. Lithuania, nr. 13469/06

^{li} Marianne Schulze, "Understanding the UN convention on the rights of persons with disabilities", 2010, side 99.

**INSTITUT FOR
MENNESKE
RETTIGHEDER**