

## **Psykiatrilovens tvangsdefinition**

- **Med fokus på de varigt inhabile patienters retsstilling efter reglerne om samtykke i sundhedsloven**

### **Mental Health Act Coercion Definition**

- **Focusing on the legal status of the permanently incapable patients according to the legislation about consent in the Danish Health Act**

af ANN KRISTIN GRANLI

*Specialet beskriver og analyserer samspillet mellem tvangsdefinitionen i psykiatrilovens § 1, stk. 2 og samtykkereglerne i sundhedslovens kapitel 5, med fokus på de varigt inhabile voksnes retsstilling og retssikkerhed ved indlæggelse og behandling på en psykiatrisk afdeling. Specialet behandler psykiatrilovens tvangsdefinition ud fra et historisk perspektiv, herunder psykiatrilovens tidligere motiver og lovforarbejder samt lovens anvendelse i praksis. Der bliver i denne sammenhæng sat spørgsmålstegn ved, om lovgivers intension om at styrke psykiatriske patienternes retsstilling og retssikkerhed er blevet opfyldt. Det søges herigennem også besvaret, om udformningen af psykiatrilovens nuværende tvangsdefinition er egnet til at sikre de varigt inhabile voksne patienters retssikkerhed i forbindelse med indlæggelse og behandling i psykiatrien. Specialet behandler også betydningen af grundlovens og menneskerettighedernes beskyttelse mod indgreb i den personlige frihed i relation til specialets problemstilling. Slutteligt perspektiveres der til den norske lovgivning på området. Det vurderes og konkluderes, at ligestillingen af samtykkereglerne i sundhedsloven og psykiatriloven ikke har styrket de varigt inhabile voksne patienters retssikkerhed, og at udformningen af psykiatrilovens nuværende tvangsdefinition ikke altid er egnet til at sikre denne patientgruppes retssikkerhed i forbindelse med indlæggelse og behandling i psykiatrien. Det vurderes således, at der er uhensigtsmæssigheder i den nuværende lovgivning som bør løses, og at dette kan ske ved at ændre lovgivningen med inspiration fra norsk ret.*

*The thesis describes and analyzes the interaction between the coercion definition of Psychiatry Act §1 Paragraph 2 and the consent provisions of the Health Act Chapter 5 – focusing on the legal status of the permanently incapable adults and their due process, when being admitted to and treated on a psychiatric ward. The thesis deals with the coercion definition of the Psychiatry Act seen from a historic perspective, including previous motives and legislative material of the Psychiatry Act such as the Act's existing praxis. In this context it's questioned, whether the intention of the legislature to strengthen the legal status and due process of the psychiatric patients has been achieved - thus questioning, whether the performance of the Psychiatry Act's present coercion definition is the appropriate way to secure legal certainty of the permanently incapable adult patients when these are being admitted to and treated in a psychiatric ward. The thesis also deals with the value of the Constitution's and the human rights' avoiding attacks of personal freedom in relation to the issue of the thesis. Finally, the whole issue is put into perspective with the corresponding Norwegian legislation. The equality of the consent provisions of the Health Act and the Mental Health Act is determined not to have strengthened the legal certainty for the*

*permanently incapable adults, and the performance of the Psychiatry Act's present coercion definition is not always appropriate for ensuring these patients' legal certainty when admitting to and treating within psychiatry. The inappropriateness of the current legislation should be dealt with by altering the law inspired by Norwegian Law.*

## **INDHOLDSFORTEGNELSE**

<b>1. Introduktion.....</b>	<b>3</b>
1.1. Præsentation af emne og problemformulering .....	3
1.2. Metodevalg, afgrænsning og opbygning .....	4
<b>2. Grundlovsbeskyttelsen.....</b>	<b>6</b>
<b>3. De varigt inhabiles retsstilling ved indlæggelse og behandling i psykiatrien.....</b>	<b>7</b>
3.1. Psykiatrilovens tvangsdefinition .....	7
3.1.1. Psykiatrilovens tvangsdefinition før 2007 .....	8
3.1.2. Psykiatrilovens tvangsdefinition efter 2007.....	9
3.2. Sundhedslovens tvangsbegreb.....	10
3.2.1. Det informerede samtykke i sundhedslovens § 15 .....	10
3.2.2. Det stedfortrædende samtykke efter sundhedslovens § 18.....	11
3.3. Psykiatrilovens formelle retssikkerhedsgarantier.....	12
<b>4. De varigt inhabiles retssikkerhed ved indlæggelse og behandling i psykiatrien.....</b>	<b>14</b>
4.1. Samspillet mellem sundhedsloven og psykiatriloven .....	15
4.2. Samspillets betydning for de varigt inhabiles retssikkerhed.....	18
4.2.1. Den varigt inhabile patient der udviser passivitet.....	18
4.2.2. Den varigt inhabile patient der modsætter sig .....	20
4.2.3. Grænsen mellem passivitet og modstand.....	23
4.2.4. Beslutningen om samtykkekompetence.....	24
4.3. De formelle retssikkerhedsgarantiens betydning .....	26
4.4. Menneskerettighedsbeskyttelsen .....	30
<b>5. Samtykke til behandling i psykiatrien efter norsk ret.....</b>	<b>31</b>
5.1. Tvangsdefinitionen i psykisk helsevernloven .....	32
5.2. Samtykkereglerne i pasient- og brugerrettighedsloven.....	33
5.3. Dansk retstilstand sammenholdt med norsk.....	35
<b>6. Konklusion og perspektivering .....</b>	<b>36</b>
Kildefortegnelse .....	39

## 1. Introduktion

Personlig frihed er en grundlæggende menneskerettighed. I Danmark er denne rettighed også en juridisk rettighed, som følger af såvel Grundloven som Den Europæiske Menneskeretskonvention (EMRK). Retten til selv at bestemme over eget liv gælder også, når vi bliver syge. Selvbestemmelsesretten og respekten for individets værdighed og ukrænkelighed er derfor grundlæggende i sundhedslovgivningen i Danmark. Dette ses ved, at det i sundhedsloven er bestemt, at al behandling hviler på frivillighed. Frivillighed i en behandlingssituation sikres ved, at det i sundhedslovens § 15 bestemmes, at ingen behandling må indledes eller fortsættes uden patientens informerede samtykke, medmindre andet følger af lov eller bestemmelser fastsat i henhold til lov eller af sundhedslovens §§ 17-19. Der er taget højde for, at ikke alle patienter er i stand til at give et informeret samtykke, da der er indsat bestemmelser om, at et samtykke kan gives som et stedfortrædende samtykke. Ligeledes er der mulighed for, at kravet om frivillighed fraviges i anden lovgivning, hvilket er tilfældet i psykiatriloven, hvor der er hjemmel til, at indlæggelse og behandling kan ske med tvang. Reglerne om det informerede samtykke er helt centrale for patienternes retsstilling i det danske sundhedsvæsen, da disse regler definerer, hvornår der er tale om frivillighed contra tvang. Reglerne gælder også i psykiatrien, hvor der er hjemmel til tvang, og for patienter, som ikke fuldt ud er i stand til at handle fornuftsmæssigt. Da disse patientgrupper må siges at have et særligt behov for retsbeskyttelse, er det vigtigt, at reglerne sikrer dem den bedst mulige retssikkerhed.

### 1.1. Præsentation af emne og problemformulering

Dette speciale omhandler de varigt inhabiles retsstilling og retssikkerhed i forbindelse med indlæggelse og behandling på en psykiatrisk afdeling. Baggrunden for specialet er, at psykiatrilovens tvangsdefinition blev ændret pr. 1. januar 2007, således at samtykkereglerne i sundhedsloven kom til at gælde ved behandling i psykiatrien. Det fremgår af lovforslagene, at et af lovforslagets overordnede formål var at styrke patienternes retsstilling og retssikkerhed på en række områder i forbindelse med anvendelsen af tvang i psykiatrien.<sup>1</sup> Lovændringen indebar, at patienter i psykiatrien blev sikret den samme selvbestemmelsesret, som patienter i somatikken havde efter samtykkereglerne i sundhedsloven.

Den selvbestemmelse, som patienter i sundhedsvæsenet har ret til, forudsætter dog i vid udstrækning, at personen, som bliver tillagt denne ret, har samtykkekompetence. Jeg har, gennem mit tidligere arbejde i psykiatrien og i mit nuværende arbejde i den kommunale social- og sundhedssektor erfaret, at der i praksis opstår tvivl og dilemmaer omkring, hvordan varigt inhabile borgere skal behandles i forhold til at give samtykke til at modtage pleje, omsorg og behandling. Faktum er, at mange voksne patienter i Danmark er varigt inhabile, og derfor ikke altid har evne til selv at give samtykke til indlæggelse og behandling. De varigt inhabile udgør et ikke ubetydeligt antal borgere i Danmark, som er anslået til ca. 30.000 mennesker.<sup>2</sup> Det antages således, at patienter, der varigt mangler evnen til at give informeret samtykke til behandling, omfatter en stor og uensartet gruppe mennesker.<sup>3</sup> Lovændringen i 2007 vedrørte også de varigt inhabile patienter, da reglerne om det stedfortrædende samtykke i sundhedsloven også kom til at gælde for psykiatrisk behandling. Hermed kom det stedfortrædende samtykke til at spille en rolle i en lov, der hjemler mulighed for tvang. Da patienter,

---

<sup>1</sup> LF nr. 140 2005/2006.

<sup>2</sup> Hartlev m.fl., s.143.

<sup>3</sup> LF nr. 15 1997/98, bemærkninger til lovforslagets enkelte bestemmelser, § 9.

som mangler evnen til at tage vare på egne interesser, og som kan blive underlagt behandling med tvang, må antages at have et særligt behov for retsbeskyttelse, har dette været motivationen for emnevalget i nærværende speciale.

Ligeledes viser den juridiske litteratur og offentlige debat, at emnet er aktuelt og relevant. Helle Bødker Madsen har f.eks. påpeget, at der foreligger et juridisk gråzoneområde i forhold til behandlingen af varigt inhabile, og at dette medfører en retstilstand, som ikke tilgodeser patienternes og sundhedspersonernes retssikkerhed.<sup>4</sup> Aslak Syse hævder også, at der utvivlsomt er en stor gråzone mellem klart frivillige og klart tvangsmæssige indlæggelser.<sup>5</sup> Endvidere har Indenrigs- og Sundhedsministeriet udarbejdet et notat, hvori det overvejes, om der bør indføres regler, som udvider muligheden for at gennemføre behandling med stedfortrædende samtykke til også at omfatte tilfælde, hvor en varigt inhabil patient har modsat sig behandling.<sup>6</sup> Etisk Råd har på denne baggrund taget stilling til, om der i lovgivningen bør være hjemmel til at behandle varigt inhabile patienter, der undlader at give samtykke til behandlingen og eventuelt også rent fysisk modsætter sig den.<sup>7</sup>

Ovenstående viser, at behandling af de varigt inhabile i sundhedssektoren rejser juridiske problemstillinger samt dilemmaer i praksis. Derimod ses det ikke, at reglerne om stedfortrædende samtykke i sig selv er genstand for en særlig debat. Min vurdering er, at der mangler en analyse af nogle juridiske problemstillinger i forhold til reglerne om stedfortrædende samtykke. Specialets hovedformål er derfor at beskrive og analysere samspillet mellem psykiatrilovens tvangsdefinition og samtykkereglerne i sundhedsloven med fokus på de varigt inhabiles retsstilling og retssikkerhed ved indlæggelse og behandling på en psykiatrisk afdeling. Det skal herudfra også søges besvaret, om ændringen af psykiatrilovens tvangsdefinition har styrket denne patientgruppes retsstilling og retssikkerhed. Jeg vil herunder undersøge, om de nuværende regler om stedfortrædende samtykke er egnede til at sikre de varigt inhabile patienters retssikkerhed i forbindelse med indlæggelse og behandling i psykiatrien, og i benægtende fald vurdere, om det giver anledning til overvejelser omkring uhensigtsmæssigheder i den gældende lovgivning.

## 1.2. Metodevalg, afgrænsning og opbygning

Da specialet beskriver og analyserer gældende ret ved hjælp af retskilder, anvendes den retsdogmatiske metode. Jeg vil se nærmere på reglernes indhold og deres forarbejder og retspraksis på området for at analysere og besvare specialets problemformulering. Da dansk retspraksis er sparsom på området, har jeg valgt at inddrage praksis fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol (EMD). Jeg vil også i et vist omfang inddrage eksempler fra sygehuspraksis, når jeg skal besvare de spørgsmål, som problemstillingen rejser. Dette vil jeg gøre ved at inddrage praksiseksempler, som beskriver den erfaring, sundhedspersoner og pårørende har gjort sig siden ændringen af psykiatrilovens tvangsdefinition. Juridisk litteratur vil ligeledes blive inddraget i såvel specialets teori- som analysedel. Jeg vil i specialet benytte mig af korthenvisninger til juridisk litteratur, retsakter og afgørelser, hvorfor der henvises til kildefortegnelsen bagerst i specialet og fodnoter for en fyldestgørende henvisning.

Af hensyn til specialets omfang har jeg valgt at foretage en afgrænsning af det emne og den problemstilling, som behandles. Afgrænsningen består i, at der fokuseres på samtykkereglernes anvendelse i de tilfælde, hvor en varigt inhabil voksen patient indlægges og behandles på en psykiatrisk afdeling. Ligeledes har jeg valgt, at analysen fokuserer på de situationer,

---

<sup>4</sup> Se Madsen og Garde, s. 51.

<sup>5</sup> Aslak Syse, note 11.

<sup>6</sup> Ministernotat 29. marts 2011.

<sup>7</sup> Etisk Råd 2011.

hvor varigt inhabile voksne sindssyge bliver underlagt foranstaltninger, som potentielt er administrativ frihedsberøvelse i grundlovens forstand. Juridiske problemstillinger vedrørende andre inhabile patienter såsom de mindreårige og de midlertidigt inhabile voksne, vil derfor ikke blive selvstændigt behandlet, men kun inddraget for at synliggøre den erfaring, man har gjort sig siden ændringen af psykiatrilovens tvangsdefinition. Specialet omhandler ikke akutte livstruende tilfælde, hvor der kan være behov for kortvarigt at anvende fysisk magt i behandlingsøjemed, derfor diskuteres ikke nødrets-betragtninger eller forholdets natur som hjemmel for tvangsanvendelse. På samme baggrund inddrages psykiatrilovens<sup>8</sup> § 1, stk. 3 ikke, da det fremgår af lovforarbejderne, at denne bestemmelse kun finder anvendelse for iværksættelse af foranstaltninger i meget akutte situationer.<sup>9</sup> Mit fokus vil være på psykiatri- og sundhedsret, derfor vil statsforfatningsret og forvaltningsret kun blive behandlet i det omfang, det vurderes nødvendigt for at analysere specialets problemformulering. Specialet fokuserer endvidere på de tilfælde, hvor det stedfortrædende samtykke gives af en patients pårørende, og derfor vil specialet ikke omfatte en redegørelse for værgemålsreglerne. I det omfang jeg finder det nødvendigt at definere anvendte begreber nærmere, vil dette ske i beskrivelsen af retsreglerne, da definitionen må findes i gældende ret.

For at gøre specialet overskueligt og give læseren det bedst mulige overblik, har jeg valgt at redegøre for specialets opbygning og plan for fremstilling i det følgende. Da Grundloven regulerer adgangen til administrativ frihedsberøvelse, og det følger af den retlige trinfølge, at anden lovgivning ikke må være i strid i grundlovens bestemmelser, har jeg valgt først at redegøre for grundlovens hjemmelskrav og beskyttelse i forbindelse med administrativ frihedsberøvelse. Herefter beskrives og analyseres de retsregler, som vedrører samtykke til behandling af voksne varigt inhabile patienter i psykiatrien, og som dermed fastlægger denne patientgruppes retsstilling. Med henblik på at skabe et fyldestgørende grundlag for en analyse og vurdering af samspillet mellem psykiatrilovens tvangsdefinition og sundhedslovens samtykkeregler, foretages først en beskrivelse af psykiatrilovens tvangsdefinition. Det anses for nødvendigt for sammenhængen og forståelsen af specialets problemstilling at medtage en gennemgang og analyse af psykiatrilovens tvangsdefinition i et historisk perspektiv, hvorfor dette vil blive gjort. Herefter redegøres der for sundhedslovens regler om stedfortrædende samtykke i forhold til de varigt inhabile voksne patienter. Efterfølgende redegøres der kort for psykiatrilovens formelle retssikkerhedsgarantier. Dette fører til en efterfølgende analyse af samspillet mellem sundhedsloven og psykiatriloven i relation til specialets problemstilling. I denne analyse diskuteres og vurderes det, hvilken betydning de gældende regler om stedfortrædende samtykke har for de varigt inhabile voksnes retssikkerhed ved indlæggelse og behandling i psykiatrien. I denne diskussion og vurdering af retssikkerheden inddrages betydningen af de formelle retssikkerhedsgarantier og menneskerettighedernes beskyttelse mod indgreb i den personlige frihed i de tilfælde, hvor indgrebet har karakter af administrativ frihedsberøvelse. Til sidst perspektiveres der til norsk ret ved, at de lovregler, som vedrører samtykke til psykiatrisk behandling fra varigt inhabile voksne, bliver beskrevet og sammenholdt med de danske lovregler. Den norske retstilstand på dette område inddrages, da Norge er et land, som vi normalt sammenligner os med, men som på dette område har en lovgivning, der er anderledes end den danske. Herunder vurderes det, om forskelligheder i de to landes lovgivning på dette retsområde også medfører en forskellig retsbeskyttelse af de varigt inhabile. Endelig konkluderes og perspektiveres der på specialets problemstilling, herunder vurderes det, om problemformuleringen er besvaret, samt om det giver anledning til overvejelser omkring uhensigtsmæssigheder i den gældende lovgivning.

<sup>8</sup> Lovbekendtgørelse nr. 1729 af 2. december 2010.

<sup>9</sup> LF nr. 140 2005/2006, bemærkninger til lovforslagets enkelte bestemmelser, § 1.

## 2. Grundlovsbeskyttelsen

I dette kapitel redegøres der kort for grundlovsbeskyttelsen i grundlovens § 71, i relation til specialets problemstilling. Først beskrives hjemmelskravet for administrativ frihedsberøvelse, og herefter beskrives de retssikkerhedsgarantier, der er forbundet med denne frihedsberøvelse.

Grundlovens § 71 beskytter den personlige frihed, ved at der etableres et værn mod frihedsberøvelser, som foretages af offentlige myndigheder.<sup>10</sup> Bestemmelsen omhandler således administrativ frihedsberøvelse. En frihedsberøvelse i grundlovens forstand er karakteriseret ved, at en person afskæres fra at forlade et givet sted eller område, men som anført af Zahle, så er der dog ikke tale om et begreb, der er entydigt bestemt hverken i teori eller praksis.<sup>11</sup> Helle Bødker Madsen anfører, at fysisk indespærring på en sygehusafdeling kan være omfattet af begrebet, og at der er tale om frihedsberøvelse, hvis indgrebet gennemføres mod den pågældendes vilje.<sup>12</sup> Selv om der er tale om anbringelse på et sted uden fysiske afspærringer, som f. eks. en åben psykiatrisk afdeling, vil der være tale om frihedsberøvelse i de tilfælde, hvor den pågældende person eftersøges og bringes tilbage, såfremt han eller hun forlader stedet. Truslen om at blive bragt tilbage med tvang kan således også være en administrativ frihedsberøvelse i grundlovens forstand. En indlæggelse på en psykiatrisk afdeling besluttet af den visiterende læge, dvs. af en administrativ myndighed.<sup>13</sup>

En tvangsindlæggelse eller en tvangstilbageholdelse af en patient på en psykiatrisk afdeling er derfor utvivlsomt et indgreb, som har karakter af frihedsberøvelse i grundlovens forstand. Grundlovens § 71, stk. 2, bestemmer, at frihedsberøvelse kun kan finde sted med hjemmel i loven. Dette betyder, at der er krav om, at frihedsberøvelsen sker på baggrund af en klar og utvetydig lovhjemmel.<sup>14</sup> Andre indgreb i den personlige frihed og integritet kræver også klart hjemmelsgrundlag.<sup>15</sup> En sådan lovhjemmel findes i psykiatriloven, mens der derimod ikke er hjemmel til frihedsberøvelse i sundhedsloven, se nærmere herom i afsnit 3.2.2.

En varigt inhabil patient er også beskyttet af grundloven. Dette betyder, at en varigt inhabil patient, som modsætter sig en indlæggelse eller tilbageholdelse på en psykiatrisk afdeling, ikke kan indlægges, hvis der ikke foreligger en klar og utvetydig lovhjemmel. Dette gælder, uanset om indlæggelsen måtte være tiltrådt af den legale repræsentant efter reglerne i sundhedsloven om stedfortrædende samtykke.<sup>16</sup> Da sundhedsloven ikke indeholder hjemmel til at tvangsindlægge eller tvangstilbageholde en patient, vil det udelukke, at der kan ske en sådan indlæggelse eller tilbageholdelse med hjemmel i reglerne om stedfortrædende samtykke i denne lov. Psykiatriloven indeholder derimod hjemmel til at foretage en administrativ frihedsberøvelse efter grundlovens § 71, stk. 2. Da kravet om en klar og utvetydig lovhjemmel skal være opfyldt, betyder dette, at en frihedsberøvelse kun kan ske, såfremt de materielle betingelser samt de processuelle betingelser i psykiatriloven er opfyldt. Dette indebærer således, at en varigt inhabil patient, som modsætter sig indlæggelse, kun kan indlægges under iagttagelse af psykiatrilovens regler om tvangsindlæggelse. Da sundhedslovens § 18 ikke indeholder en hjemmel til tvangsudøvelse, gælder dette også indenfor psykiatrien, da en

---

<sup>10</sup> Germer, s. 211.

<sup>11</sup> Se nærmere om begrebet frihedsberøvelse i Zahle, s. 433 ff.

<sup>12</sup> Se nærmere om begrebet frihedsberøvelse i Madsen og Garde, s. 21 ff.

<sup>13</sup> Ibid., s. 24.

<sup>14</sup> Zahle, s. 436.

<sup>15</sup> Madsen og Garde, s.19.

<sup>16</sup> Ibid., s. 22.

henvisning til sundhedslovens samtykkeregler i psykiatriloven naturligvis ikke kan udgøre en klar og utvetydig lovhjemmel for indgreb i den personlige frihed og integritet.

Udover den retsbeskyttelse, der ligger i hjemmelskravet i grundlovens § 71, stk. 2, beskyttes borgerne også ved, at de i forbindelse med administrativ frihedsberøvelse udenfor strafferetsplejen er tillagt nogle formelle retssikkerhedsgarantier. Denne retsbeskyttelse omfatter en ret til at få adgang til en kvalificeret, nem og effektiv domstolskontrol efter grundlovens § 71, stk. 6. Dette indebærer, at den frihedsberøvede ikke behøver at udtage en stævning, men kan nøjes med at fremsætte begæring om, at han eller hun ønsker en domstolskontrol af frihedsberøvelsens lovlighed. Dette gælder også for den, som handler på den frihedsberøvedes vegne, hvilket betyder, at de varigt inhabiles legale repræsentanter kan anmode om en sådan domstolskontrol med den samme retsvirkning som den frihedsberøvede. Ligeledes indebærer denne retssikkerhedsgaranti, at domstolene foretager en udtømmende prøvelse af lovligheden af administrative frihedsberøvelser. Dette indebærer bl.a., at domstolene prøver fuldt ud, om de formelle og materielle betingelser for frihedsberøvelsen er opfyldt. Grundlovens § 71, stk. 6 omfatter både frihedsberøvelsens iværksættelse og den forsatte opretholdelse, og adgangen til at kræve domstolsprøvelse efter denne bestemmelse kan ikke begrænses ved lov.<sup>17</sup> Grundlovens § 71, stk. 6, finder derfor anvendelse, selvom en lov ikke indeholder bestemmelser om en særlig domstolskontrol, eller hvis bestemmelserne er mangelfulde. Der er fastsat regler om fremgangsmåden ved domstolskontrollen i retsplejelovens<sup>18</sup> kapitel 43 a, hvori det f.eks. bestemmes, at forelæggelsen for retten skal finde sted inden 5 søgnedage efter begæringens fremsættelse.<sup>19</sup> Endvidere består retsbeskyttelsen af, at behandlingen af de personer, der administrativt bliver berøvet deres frihed, er underlagt et særligt parlamentarisk tilsyn efter grundlovens § 71, stk. 7.

På samme måde som den varigt inhabile patient er beskyttet af grundloven, er vedkommende person også beskyttet af EMRK's art. 5. Dette gælder for så vidt angår indgreb i den personlige frihed som tvangsindlæggelser og tvangstilbageholdelser, da EMRK art 5. beskytter den fysiske frihed. Dette indebærer også et krav om lovhjemmel, og at de processuelle regler skal være iagttaget. Nærmere herom i afsnit 4.4, hvor menneskerettighedsbeskyttelsen diskuteres.

### **3. De varigt inhabiles retsstilling ved indlæggelse og behandling i psykiatrien**

I dette kapitel behandles de retsregler, som vedrører samtykke til behandling af varigt inhabile voksne patienter i psykiatrien. Først redegøres der for psykiatrilovens tvangsdefinition i et historisk perspektiv. Herefter redegøres der for sundhedslovens tvangsbegreb, herunder reglerne om stedfortrædende samtykke i forhold til de varigt inhabile voksne patienter. Til sidst i dette kapitel redegøres der kort for de materielle betingelser for tvangsindlæggelse og tvangsbehandling, samt de formelle retssikkerhedsgarantier i loven.

#### **3.1. Psykiatrilovens tvangsdefinition**

Psykiatriloven, som er gældende i dag, er en revideret udgave af den psykiatrilov, der trådte i kraft 1. oktober 1989. Denne lov afløste en lov fra 1938 om sindssyge personers hospitalsophold.<sup>20</sup> Psykiatriloven fra 1989 havde til formål at styrke de sindslidendes retsstilling i

<sup>17</sup> Germer, s. 223-225.

<sup>18</sup> Lovbekendtgørelse nr. 1139 af 24. september 2013

<sup>19</sup> Se nærmere om domstolenes sagsbehandling i Zahle, s. 451-453.

<sup>20</sup> Lov nr. 118 af 13. april 1938.

forbindelse med frihedsberøvelse og tvangsbehandling m.v. Loven skulle endvidere sikre, at den sindslidende i videst muligt omfang blev inddraget i og fik indflydelse på behandlingen og på sine egne forhold i øvrigt. I forhold til loven om sindssyge personers hospitalsophold fra 1938 blev betingelserne for at anvende tvang i forbindelse med indlæggelse, ophold og behandling på en psykiatrisk afdeling skærpet og præciseret.<sup>21</sup>

### 3.1.1. Psykiatrilovens tvangsdefinition før 2007

Tvang blev defineret i psykiatriloven fra 1989 som *anvendelse af foranstaltninger, som patienten modsætter sig*.<sup>22</sup> Dette var en videreførelse af den retstilstand, der var gældende før 1989 på den måde, at det svarede til den praksis, man havde fulgt i henhold til 1938-lovens regler. Det udvalg, som Justitsministeriet nedsatte i 1983 med henblik på en revision af sindssygelovgivningen, behandlede tvangsdefinitionen i de betænkninger om tvang i psykiatrien, som udvalget afgav i 1986 og 1987. Det fremgår af disse betænkninger, der indgik i lovforarbejderne til 1989-loven, at udvalget ikke fandt grund til at anbefale en ændring af den tvangsdefinition, som var gældende i praksis på det tidspunkt. Udvalget argumenterede bl.a. med, at tvangsdefinitionen ikke havde givet anledning til kritik, og at en ændring måtte forventes at medføre, at mange pårørende ville stille sig uforstående overfor, at patienter ude af stand til at give et samtykke til indlæggelse i så fald skulle tvangsindlægges. Dette ville betyde, at patienter, der ikke opfyldte betingelserne for en tvangsindlæggelse, ikke ville kunne indlægges på et hospital, og dette forekom udvalget at være uacceptabelt.<sup>23</sup> Denne udtalelse skal ses i sammenhæng med, at der i den daværende psykiatrilovgivning ikke var indført regler om et stedfortrædende samtykke.

Udvalget argumenterede også med, at en ændring af tvangsdefinitionen, i form af at kræve et positivt samtykke fra patienten, ville medføre et omfattende lægeligt merarbejde, som ikke ville blive modsvaret af en dertil svarende øget retssikkerhed.<sup>24</sup> I udvalgets principbetænkning om tvang i psykiatrien udtaler udvalget følgende om overvejelser om en ændring af tvangsdefinitionen: *"En ændret begrebsbestemmelse ville stille lægerne på de psykiatriske afdelinger over for den næsten uløselige opgave dagligt at tage stilling til, om hver enkelt indlagt patient er så dårlig, at fortsat behandling skal ske som tvangsbehandling, og om fortsat ophold nu kun kan ske som tvangstilbageholdelse, fordi vedkommende ikke længere er i stand til at tage stilling til valg af opholdssted. Denne vurdering af hver enkelt patient kan være særdeles vanskelig, men selv om man løste opgaven, gælder det også her, at der for de bevidsthedsslørede og uklare patienter, så længe denne tilstand består, ikke er noget alternativ til fortsat ophold på psykiatrisk sygehusafdeling eller anden psykiatrisk institution, hvorfor tvangstilbageholdelse måtte blive resultatet. Det forekommer herefter rigtigt ikke at påtvinge lægerne et sådant sæt af besværlige afgørelser, som vil blive truffet til ingen verdens nytte ud over opfyldelse af de krav, en ny definition måtte stille. Det turde være en selvskabt plage at indføre den form for bureaukratisering af psykiatrien".*<sup>25</sup>

Folketinget valgte at følge udvalgets anbefalinger vedrørende en definition af tvang i psykiatrien. Dette betød, at retstilstanden efter 1989-loven blev, at hvis patienten hverken med ord eller i sin adfærd protesterede mod foranstaltningen, anså den som frivillig, selv om der ikke forelå udtrykkeligt samtykke eller accept. Denne definition var gældende for anvendelse af foranstaltninger og midler i forbindelse med indlæggelse på en psykiatrisk afdeling, det vil

<sup>21</sup> LSF nr. 76 1988/1, almindelige bemærkninger, afsnit 1.1.

<sup>22</sup> Lov nr. 331 af 24. maj 1989, § 1, stk. 2.

<sup>23</sup> Betænkning nr. 1109/1987, s. 39.

<sup>24</sup> Ibid., s. 40.

<sup>25</sup> Betænkning nr. 1068/1986, s. 495.



sige ved indlæggelse, fortsat ophold, behandling, fiksering m.v. Det blev i lovforarbejderne bemærket, at det i hvert enkelt tilfælde skulle afgøres, om en patient, der ikke protesterer verbalt, alligevel i kraft af en afvisende adfærd må anses for at modsætte sig indlæggelse, fortsat ophold, behandling m.v. Ligeledes blev det bemærket, at der ikke kunne stilles store krav til tilkendegivelsen, før en protest fra patientens side måtte antages at foreligge med den virkning, at man måtte afstå fra at gennemføre den påtænkte foranstaltning, medmindre betingelserne for tvangsmæssig gennemførelse var til stede.<sup>26</sup>

Da udvalgets holdning var, at tvang skulle begrænses mest muligt, kom udvalget også med forslag til, hvorledes der gennem lovbestemmelser kunne opnås en styrkelse af mulighederne for patientens frivillige medvirken til gennemførelse af den nødvendige behandling. I psykiatriloven fra 1989 blev der derfor indsat en bestemmelse, som pålagde lægen en pligt til at søge at opnå patientens samtykke efter behørig vejledning om formålet med indlæggelsen, opholdet og behandlingen samt om udsigterne til en bedring af tilstanden. Denne pligt til at forsøge at indhente et informeret samtykke hos patienten gjaldt alle patienter i forbindelse med indlæggelse, ophold og behandling på psykiatrisk afdeling, det vil sige både tvangsindlagte og frivilligt indlagte patienter, og er blevet videreført i de senere lovrevisioner.

### **3.1.2. Psykiatrilovens tvangsdefinition efter 2007**

Den tvangsdefinition, som blev lovfæstet i psykiatriloven fra 1989, blev først ændret ved en lovrevision i 2006.<sup>27</sup> Tvang i psykiatriloven defineres fra 1. januar 2007 som *anvendelse af foranstaltninger, for hvilke der ikke foreligger et informeret samtykke*. Dette betød, at tvangsdefinitionen i psykiatriloven, efter denne lovrevision, blev bragt i overensstemmelse med reglerne om samtykke i sundhedsloven.

Baggrunden for lovændringen, som vedrørte psykiatrilovens tvangsdefinition, var bl.a. at regeringen fandt, at det forekom utidssvarende, at der for psykiatriske patienter kunne være en lavere tærskel for et gyldigt samtykke end for patienter med somatiske lidelser. Et argument var, at det kun giver mening at tale om "samtykke", hvis patienten har sin handleevne i behold og kan forstå og forholde sig til de påtænkte foranstaltninger. Til dette blev der anført, at f.eks. en dement patient kan udvise passivitet, fordi han eller hun ikke forstår, hvad der foregår omkring dem, og derfor kan denne patients passivitet ikke i alle tilfælde tolkes som en accept til f.eks. at lade sig indlægge eller til at påbegynde en behandling. Den tidligere tvangsdefinition kunne ifølge lovforarbejderne medføre, at en patient, som udviste passivitet, blev afskåret fra at få beskikket en patientrådgiver til at varetage sine interesser, eftersom der ikke ville være tale om tvang.

Et andet argument var, at uoverensstemmelse i frivillighedsbegreberne mellem regelsættene gav anledning til nogle uheldige grænsefladeproblematikker for psykiatriske patienter, der varigt mangler evnen til at give informeret samtykke. Indtil lovændringen var det således, at der var forskel på retstilstanden, når en varigt inhabil patient skulle indlægges på henholdsvis en somatisk afdeling og en psykiatrisk afdeling. Ifølge patientretsstillingsloven (nu sundhedsloven) skulle der indhentes et stedfortrædende samtykke fra en pårørende eller en værge, før behandling kunne iværksættes overfor en varigt inhabil patient indlagt på en somatisk afdeling. Efter den daværende tvangsdefinition i psykiatriloven, kunne det forekomme, at behandling af samme patient på en psykiatrisk afdeling kunne iværksættes uden et egentlig samtykke, da passivitet blev sidestillet med et samtykke til behandling. Tvangsdefinitionen i psykiatriloven fra 2007 er uændret videreført i den nuværende lovebekendtgørelse om Lov om

---

<sup>26</sup> LSF nr. 76 1988/1, bemærkninger til lovforslagets enkelte bestemmelser, § 1.

<sup>27</sup> LF nr. 140 2005/2006.

anvendelse af tvang i psykiatrien.<sup>28</sup> Denne tvangsdefinition henviser til sundhedslovens samtykkeregler. Psykiatrilovens tvangsbegreb skal således fastlægges ud fra sundhedslovens tvangsbegreb.

### **3.2. Sundhedslovens tvangsbegreb**

Sundhedslovens samtykkeregler, der er gældende i dag, er en videreførelse af de samtykke-regler, som tidligere var fastsat i patientretsstillingsloven.<sup>29</sup> Disse regler trådte i kraft den 1. oktober 1998. Formålet med loven var at medvirke til at sikre, at patienters værdighed, integritet (fysisk og psykisk ukrænkelighed) og selvbestemmelsesret respekteres. Lovens formål var endvidere at medvirke til at sikre tillids- og fortrolighedsforholdet mellem patient og sundhedsperson.<sup>30</sup> I forhold til tidligere blev reguleringen af patienternes retsstilling i forbindelse med behandling i sundhedsvæsenet samlet i én lovgivning. Loven indebar, at patienter fik en lovfæstet retten til informeret samtykke. Ligeledes blev det anført, at patienter, der varigt mangler evnen til at give informeret samtykke, blev sikret ved, at den/de nærmeste pårørende giver stedfortrædende samtykke til undersøgelse, behandling m.v.<sup>31</sup> Lovforarbejderne henviste også til den internationale udvikling på området, og henviste bl.a. til EMRK art. 5 om retten til frihed og personlig sikkerhed.

#### **3.2.1. Det informerede samtykke i sundhedslovens § 15**

Sundhedslovens § 15, stk. 1 bestemmer, at: *”Ingen behandling må iværksættes uden patientens informerede samtykke, medmindre andet følger af lov eller bestemmelser fastsat i henhold til lov eller af §§ 17-19.”* Ved behandling forstås efter sundhedslovens § 5 undersøgelse, diagnosticering, sygdomsbehandling, fødselshjælp, genoptræning, sundhedsfaglig pleje samt forebyggelse og sundhedspleje i forhold til den enkelte patient. Et informeret samtykke er i loven defineret som et samtykke, der er givet på grundlag af fyldestgørende information fra sundhedspersonens side. Sundhedslovens § 16 stiller krav til hvad denne information af patienten skal indeholde. Det er endvidere fastsat i loven, at et informeret samtykke kan være skriftligt, mundtligt eller efter omstændighederne stiltiende. Udgangspunktet er dog, at samtykket skal være udtrykkeligt, og et stiltiende samtykke er kun tilstrækkeligt, hvis det er utvivlsomt, at patienten er enig i behandlingen.<sup>32</sup> Passivitet er således ikke tilstrækkelig. Dette gælder dog ikke, hvis der foreligger et øjeblikkeligt behandlingsbehov, jf. sundhedslovens § 19. Samtykket til behandling skal endvidere være konkret, aktuelt og frivilligt.<sup>33</sup> At samtykket er frivilligt indebærer, at det er afgivet uden nogen form for pres, hvilket fremgik af lovens forarbejder.<sup>34</sup> Patienten kan til enhver tid tilbagekalde sit samtykke, jf. sundhedslovens § 15, stk. 2.

Sundhedslovens samtykkebegreb indebærer, at der som udgangspunkt foreligger tvang, hvis behandling, indlæggelse m.v. sker uden patientens informerede samtykke. Sundhedsrettens tvangsbegreb er således udvidet i forhold til strafferettens, som omfatter overvindelse af (offerets) faktiske modstand, dvs. magt-anvendelse, fysisk tvang, jf. straffelovens § 260 (mekanisk og fysisk tvang).<sup>35</sup>

<sup>28</sup> Lovbekendtgørelse nr. 1729 af 2. december 2010.

<sup>29</sup> LF nr. 74 2004/2005.

<sup>30</sup> LF nr. 15 1997/98, bemærkninger til lovforslagets enkelte bestemmelser, § 1.

<sup>31</sup> LF nr. 15 1997/98, bemærkninger til lovforslagets hovedindhold.

<sup>32</sup> Bekendtgørelse om information og samtykke og om videregivelse af helbredsoplysninger m.v., bek. nr. 665 af 14. september 1998, § 2, stk. 2 og 4.

<sup>33</sup> Bek. nr. 665 af 14. september 1998, § 2, stk. 1 og § 3, stk. 1.

<sup>34</sup> LF nr. 15 1997/98, bemærkninger til lovforslagets enkelte bestemmelser, § 6.

<sup>35</sup> Madsen og Garde, s. 29.

### 3.2.2. Det stedfortrædende samtykke efter sundhedslovens § 18

Et informeret samtykke forudsætter, at der skal foreligge beslutningshabilitet, frivillighed og fyldestgørende information. Hvis en behandling iværksættes uden et frivilligt, fuldt informeret samtykke, afgivet af en beslutningshabil person, er der derfor principielt tale om tvang. Som tidligere nævnt er der mange borgere i Danmark, der ikke er beslutningshabile. I sundhedslovens § 14 er der derfor indsat en bestemmelse om, at andre kan indtræde i patientens sted, og denne bestemmelse henviser også til samtykkereglerne: *”For en patient, der ikke selv kan varetage sine interesser, indtræder den eller de personer, som efter lovgivningen er bemyndiget hertil, i patientens rettigheder efter §§ 15-51, i det omfang det er nødvendigt for at varetage patientens interesser i den pågældende situation.”*

Herefter følger det af sundhedslovens § 18, at de nærmeste pårørende eller værger for de patienter, som er under værgemål, der omfatter personlige forhold, herunder helbredsforhold, jf. værgemålslovens § 5, kan give informeret samtykke til behandling på patientens vegne i de tilfælde, hvor en patient varigt mangler evnen til at give informeret samtykke. I samme bestemmelse er der også fastsat regler for, hvordan behandling kan iværksættes, såfremt den varigt inhabile patient ingen nærmeste pårørende eller værger har. I disse tilfælde kan sundhedspersonen gennemføre en påtænkt behandling, hvis en anden sundhedsperson, der har faglig indsigt på området, og som ikke tidligere har deltaget i eller skal deltage i behandlingen af den pågældende patient, giver sin tilslutning hertil. Såfremt behandlingen er af mindre indgribende karakter med hensyn til omfang og varighed, kan sundhedspersonen dog uden inddragelse af en anden sundhedsperson gennemføre en påtænkt behandling. Til sidst er der i sundhedslovens § 18, stk. 4, indsat en bestemmelse, der giver sundhedspersonen mulighed for at gennemføre en behandling uden et stedfortrædende samtykke, men med Sundhedsstyrelsens accept, i de tilfælde, hvor patientens legale repræsentant forvalter samtykket på en måde, der åbenbart vil skade patienten eller behandlingsresultatet.

Da begrebet ”en patient, der varigt mangler evnen til at give informeret samtykke” er afgørende for, om det er patienten selv eller en stedfortræder, der giver informeret samtykke til behandling m.v., er fastlæggelsen af denne tilstand i den konkrete behandlingssituation afgørende for patienten og varetagelsen af patientens interesser. Dette fremgik af lovforarbejderne, da reglerne om stedfortrædende samtykke blev indført, og begrebet blev defineret på følgende måde: *”Det drejer sig om mennesker med nedsat psykisk funktionsevne, hvad enten denne tilstand har eksisteret fra fødslen eller er opstået senere, som tilfældet er for demente. Endvidere må kroniske sindslidende og sindslidende med langvarige sygdomsforløb ofte henregnes til denne gruppe af patienter. Afgørende er, om de kan forholde sig fornuftsmæssigt til behandlingsforslag m.v. i en behandlingssituation, altså om de kan give et (meningsfyldt) informeret samtykke(...)”*<sup>36</sup> Det blev også anført, at Sundhedsministeriet i samarbejde med Sundhedsstyrelsen ville udarbejde en vejledning, der nærmere uddybede begrebet. Begrebet blev defineret i Vejledning om information og samtykke og om videregivelse af helbredsoplysninger m.v., vejl. nr. 161 af 16. september 1998, dog uden at der skete en uddybning af begrebet udover det, som fremgik af lovbemærkningerne. Vejledningen fremhæver dog, at selvom en patient generelt set mangler evne til at forstå en information og til at overskue konsekvenserne af et samtykke, kan den pågældende på enkeltområder være i stand til at give et gyldigt samtykke. Sundhedsstyrelsen anfører på denne baggrund, at der derfor, i så vid udstrækning som muligt, skal gives information til og indhentes samtykke fra patienten selv. Ligeledes anføres det, at *”Patientens beslutning om behandling bør accepteres*

<sup>36</sup> LF nr. 15 1997/98, bemærkninger til lovforslagets enkelte bestemmelser, § 9.

frem for et stedfortrædende samtykke. Det er vigtigt, at patientens selvbestemmelsesret ikke bortfalder i større udstrækning, end der er grundlag for.”<sup>37</sup> Sundhedslovens § 18 betyder, at det er de nærmeste pårørende eller en værge, som giver samtykke til behandling i sundhedsvæsenet på vegne af den varigt inhabile. Det er dog et krav, at den varigt inhabile informeres og inddrages i drøftelserne i det omfang, den pågældende forstår behandlingssituationen, medmindre dette kan skade. Den varigt inhabiles tilkendegivelser skal, hvis de er aktuelle og relevante, tillægges betydning. Dette følger af sundhedslovens § 20.

Da patientretsstillingsloven gav de nærmeste pårørende eller værgen en retlig kompetence til at give informeret samtykke til behandling, blev det samtidig fundet nødvendigt at indsætte en bestemmelse, som regulerer en situation, hvor denne legale repræsentant forvalter samtykket på en måde, der åbenbart vil skade patienten eller behandlingsresultatet. Dette fremgår af lovforarbejderne<sup>38</sup>, og det blev bestemt, at sundhedspersonen i en sådan situation kan gennemføre behandlingen, såfremt Sundhedsstyrelsen giver sin tilslutning hertil. Det skal bemærkes, at det også fremgår af lovbemærkningerne, at det er tale om en snæver undtagelsesbestemmelse.

Der foreligger således ikke tvang efter sundhedsloven, hvis behandling iværksættes uden den varigt inhabile patients informerede samtykke, men med et stedfortrædende samtykke efter § 18. Derimod foreligger der tvang i sundhedsrettens forstand, hvis behandling iværksættes overfor en varigt inhabil patient, der ikke kan give et (meningsfyldt) informeret samtykke, uden et stedfortrædende samtykke. Dette gælder med den modifikation, der følger af sundhedslovens § 19 om situationer, hvor der er et øjeblikkeligt behandlingsbehov. Hvis den varigt inhabile patient i ord eller handling tilkendegiver, at vedkommende ikke vil behandles, er der ikke i sundhedsloven hjemmel til at gennemføre behandlingen med tvang.<sup>39</sup> Det blev forudsat i lovforarbejderne til patientretsstillingsloven, at loven ikke hjemler magtanvendelse.<sup>40</sup>

### 3.3. Psykiatrilovens formelle retssikkerhedsgarantier

I psykiatrilovens kapitel 2 er der fastsat nogle almindelige bestemmelser, der er gældende for alle patienter i forbindelse med indlæggelse, ophold og behandling på psykiatrisk afdeling. Disse regler giver patienterne nogle rettigheder, som de har ved siden af de rettigheder, som patienterne er tillagt i den øvrige sundhedslovgivning og i forvaltningsretten. Ifølge ovenstående, er der tale om tvang såfremt der ikke foreligger et gyldigt samtykke til indlæggelse og behandling på en psykiatrisk afdeling. Der er i psykiatriloven, kun hjemmel til at indlægge og behandle en patient med tvang, såfremt de materielle betingelser for anvendelse af tvang er opfyldt. Herudover er patienter, der bliver underlagt tvangsforanstaltninger i psykiatrien, tillagt nogle særlige rettigheder, som har karakter af formelle retssikkerhedsgarantier. I det følgende beskrives, i hovedtræk, psykiatrilovens materielle betingelser for tvangsindlæggelse samt de særlige rettigheder som patienter, der bliver underlagt lovens tvangsforanstaltninger, har.

Tvangsindlæggelse må, jf. psykiatrilovens § 5, kun finde sted, såfremt patienten er sindssyg eller befinder sig i en tilstand, der ganske må ligestilles hermed. Sindssygdom er et ikke entydigt definerbart begreb, men lovforarbejderne til 1989-loven henviser til Retslægerådets definition i Betænkning nr. 1068/1986: ”Sindssygdom (synonymt med psykose) er en psykisk abnorm tilstand, i første række kendetegnet ved en ændring af realitetsvurderingen, et indgreb

<sup>37</sup> Vejl. nr. 161 af 16. september 1998, afsnit. 2.1.2.1.

<sup>38</sup> LF nr. 15 1997/98, bemærkninger i lovforslaget vedrørende lovens enkelte bestemmelser, § 9.

<sup>39</sup> Madsen, s.157 og vejl.nr.161 af 16.september 1998, afsnit. 2.1.2.1.

<sup>40</sup> LF nr. 15 1997/98, bemærkninger i lovforslaget vedrørende lovens afgrænsning og anvendelsesområde.

*i patientens muligheder for at opleve og vurdere sin omverden og sig selv, sin tilstand og handlinger i overensstemmelse med »virkeligheden«, dvs. i overensstemmelse med hans egen tidligere oplevelse af samme emner, respektive med omgivelsernes vurdering heraf.*<sup>41</sup> Det er tale om sindslidelser som f.eks. skizofreni, paranoide tilstande og svær demens. Tilstande der ganske må ligestilles med sindssygdom omfatter tilstande, der kvalitativt og/eller kvantitativt ganske kan ligestilles med sindssygdom, og som i undersøgelsesøjeblikket ikke lader sig skelne fra sindssygdom. Det er tale om et meget snævert begreb, og der er krav om at en analogislutning skal opfylde kravene til en fuldstændig analogi.<sup>42</sup> Det er tale om tilstande som f.eks. nervøs spisevægring og affektexplosive tilstande.

Det er endvidere en betingelse, at det vil være uforsvarligt ikke at frihedsberøve den pågældende med henblik på behandling. Frihedsberøvelsen kan ske ud fra en behandlingsindikation eller en farlighedsindikation. Ved behandlingsindikation er der krav om, at udsigten til helbredelse eller en betydelig og afgørende bedring af tilstanden ellers vil blive væsentlig forringet. Ved farlighedsindikation er der krav om, at den pågældende frembyder en nærliggende og væsentlig fare for sig selv eller andre. Psykiatriloven hjemler mulighed for at tvangstilbageholde, dvs. at nægte at udskrive, en indlagt patient, såfremt betingelserne for tvangsendlæggelse efter § 5 er opfyldt, jf. psykiatrilovens § 10, stk. 1. Der kan ske tvangstilbageholdelse af frivilligt indlagte, såfremt betingelserne i loven er opfyldt. På samme måde kan tvangsbehandling foretages ovenfor patienter, som ikke er tvangsendlagte eller tvangstilbageholdte. De materielle betingelser for tvangsbehandling er de samme som ved tvangstilbageholdelse, jf. psykiatrilovens § 12, stk. 1. En afgørelse om, hvorvidt betingelserne er opfyldt for at tvangsendlægge, tvangstilbageholde eller tvangsbehandle en patient, skal træffes af overlægen. Dette følger af de enkelte bestemmelser og af psykiatrilovens § 4a. Anvendelse af tvang i psykiatrien kan således ikke ske på baggrund af et stedfortrædende samtykke.

Patienter, der bliver underlagt tvangsforanstaltninger efter psykiatriloven, har krav på, at personalet følger nogle særlige procedureregler. Patienten har f.eks. krav på, at der sker underretning, at få klagevejledning og at få tilbud om eftersamtaler, jf. psykiatrilovens §§ 4, stk. 5, 31 og 32 og tilhørende bekendtgørelser<sup>43</sup> Der er i psykiatrilovens §§ 6-9 fastlagt specifikke regler om fremgangsmåden, som skal følges, såfremt en patient skal tvangsendlægges.<sup>44</sup> Det er endvidere et krav, at tvangsendgrebet indføres i en tvangsprotokol efter de regler, der er fastsat i psykiatriloven og en bekendtgørelse.<sup>45</sup> Det er i psykiatrilovens § 11 bestemt, at frihedsberøvelsen straks skal bringes til ophør, når betingelserne i § 5 ikke længere er til stede. Det fremgår også af de almindelige bestemmelser, at indlæggelse, ophold og behandling på psykiatrisk afdeling så vidt muligt skal finde sted med patientens samtykke, samt at tvang ikke må anvendes i videre omfang, end hvad der er nødvendigt for at opnå det tilsigtede formål. Der er derfor et krav om, at overlægen påser, at tvang ikke anvendes i videre omfang end nødvendigt. Der er i loven fastsat regler om, at overlægen skal foretage en obligatorisk efterprøvelse af visse tvangsforanstaltninger, hvilket er tilfældet med f.eks. frihedsberøvelser som tvangsendlæggelse og tvangstilbageholdelse. Overlægen er således pålagt at påse, om betingelserne for at frihedsberøve en patient fortsat er opfyldt, og dette skal

---

<sup>41</sup> LSF nr. 76 1988/1, almindelige bemærkninger, afsnit 3.2.1.

<sup>42</sup> Ibid.

<sup>43</sup> Bekendtgørelse om underretning og klagevejledning i forbindelse med anvendelse af tvang i psykiatrien, bek. nr. 1343 af 2. december 2010 og Bekendtgørelse om samtaler efter ophør af en tvangsforanstaltning på psykiatriske afdelinger, bek. nr. 1493 af 14. december 2006.

<sup>44</sup> Se også Bekendtgørelse om fremgangsmåden ved gennemførelse af tvangsendlæggelser, bek. nr. 1340 af 2. december 2010.

<sup>45</sup> Bekendtgørelse om tvangsprotokoller og optegnelser samt registrering og indberetning af tvang samt udskrivningsaftaler og koordinationsplaner på psykiatriske afdelinger, bek. nr. 1342 af 2. december 2010.

ske indenfor fastlagte tidsintervaller og tilføres tvangsprotokollen. Dette fremgår af lovens kapitel 6 om tvangsprotokol og obligatorisk efterprøvelse.

Patienter, der bliver underlagt tvangsforanstaltninger som f.eks. tvangsindlæggelse, tvangstilbageholdelse eller tvangsbehandling, har også et retskrav på at få beskikket en patientrådgiver, jf. psykiatrilovens § 24, stk. 1.<sup>46</sup> Patientrådgiveren skal vejlede og rådgive patienten med hensyn til alle forhold i forbindelse med indlæggelse, ophold og behandling på psykiatrisk afdeling. Patientrådgiveren skal endvidere bistå patienten med iværksættelse og gennemførelse af eventuelle klager. Det skal også nævnes, at en patient, der bliver tvangsfikseret med bælte, har krav på en fast vagt, jf. psykiatrilovens § 16. En fast vagt er en hertil udpeget sygeplejerske, plejeperson eller andet kvalificeret personale, som ikke samtidig har andre arbejdsopgaver end at tage sig af den eller de bæltefikserede patienter.<sup>47</sup>

Til sidst skal det nævnes, at patienter, som bliver underlagt tvangsforanstaltninger, er tillagt særlige klagerettigheder i form af, at de kan klage over anvendelsen af tvang til det psykiatriske patientklagenævn ved statsforvaltningen i 1. instans, og til Det Psykiatriske Ankenævn, eller domstolene i 2. instans efter reglerne i retsplejelovens kapitel 43 a. Dette følger af psykiatrilovens kapitel 10 om klageadgang og domstolsprøvelse. Reglerne sikrer, at patienter, som bliver underlagt tvang, får en nem adgang til at klage over indgrebet. Herudover har alle patienter, som bliver administrativt frihedsberøvet i psykiatrien, en grundlovssikret ret til at få prøvet frihedsberøvelsens lovlighed ved domstolene, som beskrevet i kapitel 2. Dette gælder ved siden af den bestemmelse, der er indsat om særlig domstolskontrol i psykiatrilovens § 37, og følger, som tidligere nævnt, af grundlovens § 71, stk. 6.

De specifikke procedureregler og de øvrige regler i psykiatriloven, der tillægger patienterne særlige rettigheder i forbindelse med anvendelse af tvang, har karakter af formelle retssikkerhedsgarantier. Hovedparten af procedurereglerne er garantiforskrifter, der har til formål at sikre, at afgørelsen får et materielt korrekt indhold. Overordnet er formålet med disse regler at sikre patienternes retsstilling og retssikkerhed. Dette betyder, at patienterne har et retskrav på, at sygehus-myndigheden og sundhedspersonerne følger reglerne. Såfremt dette ikke sker, medfører det som udgangspunkt, at afgørelsen om tvangsansværelsen er ugyldig pga. en væsentlig formel mangel.<sup>48</sup> Herudover vil det også kunne medføre tjenstlige sanktioner og kritik samt erstatningsansvar. Det er derfor af væsentlig betydning for den enkelte patient, at der klart kan skelnes mellem, hvornår der er tale om henholdsvis frivillighed og tvang i forbindelse med indlæggelse og behandling i psykiatrien.

#### **4. De varigt inhabiles retssikkerhed ved indlæggelse og behandling i psykiatrien**

I dette kapitel analyseres det, hvilken betydning de gældende regler om stedfortrædende samtykke har for de varigt inhabile voksnes retssikkerhed ved indlæggelse og behandling i psykiatrien. Først analyseres samspillet mellem sundhedsloven og psykiatriloven. Herefter diskuteres og vurderes det, hvilken betydning dette samspil har for retssikkerheden. Til sidst i dette kapitel inddrages betydningen af de formelle retssikkerhedsgarantier og menneskerettighedernes beskyttelse mod indgreb i den personlige frihed i relation til disse patienters retssikkerhed.

---

<sup>46</sup> Der er fastsat nærmere bestemmelser om patientrådgiverordningen i Bekendtgørelse om patientrådgivere, bek. nr. 1341 af 2. december 2010.

<sup>47</sup> Bekendtgørelse om anvendelse af anden tvang end frihedsberøvelse på psykiatriske afdelinger, bek. nr. 1338 af 2. december 2010, § 21.

<sup>48</sup> Dette følger af retspraksis, se til eksempel U 1995.529 V, U 1996.1242V, U 1998.127V og U.2004.2184V. Se nærmere om væsentlighedsvurderingen i Nørgaard m.fl., s. 321 ff.

#### 4.1. Samspelet mellem sundhedsloven og psykiatriloven

Sundhedslovens samtykkeregler blev udformet og trådte i kraft ca. otte år før psykiatrilovens nuværende tvangsdefinition blev vedtaget. Da samtykkereglerne blev udformet og beskrevet i lovforarbejderne til patientretsstillingsloven, blev forholdet til psykiatrilovens tvangsbegreb ikke behandlet, da det blev forudsat, at loven ikke skulle omfatte de tilfælde, hvor patienten er i en sådan særlig situation, at en særlig retsbeskyttelse er nødvendig, f.eks. efter loven om frihedsberøvelse og anden tvang i psykiatrien.<sup>49</sup> I forhold til samtykkereglerne, og dermed tvangsbegrebet, henviser psykiatriloven imidlertid til sundhedslovens regler. Det er således nødvendigt at forholde sig til begge disse loves forarbejder for at kunne fastlægge psykiatrilovens tvangsdefinition helt præcist. Det skal bemærkes, at psykiatritretten er en specialdisciplin indenfor sundhedsretten.<sup>50</sup> Dette betyder, at reglerne i psykiatriloven er specialregler, som går forud for de mere almindelige regler i sundhedsloven. Dette følger af *lex specialis* princippet, og på den måde suppleres de psykiatrispecifikke regler af de sundhedsretlige regler.<sup>51</sup> Dette betyder f.eks., sundhedslovens regler om information og samtykke supplerer psykiatrilovens regler om vejledningspligt i lovens § 3.

Som tidligere beskrevet er psykiatrilovens tvangsdefinition en henvisning til sundhedslovens samtykkeregler. I sundhedsloven er der ikke hjemmel til at behandle patienter med tvang, hvilket blev forudsat i lovforarbejderne til patientretsstillingsloven. Det fremgår af disse lovforarbejder, at loven ikke omhandler spørgsmålet om magtanvendelse i de tilfælde, hvor en patient, der er mindreårig eller varigt mangler evnen til at give informeret samtykke, modsætter sig en repræsentants (forældremyndighedsindehaveren, nærmeste pårørende, værger) og sundhedspersonens behandlingsforslag.<sup>52</sup> Det er ikke defineret, hvad det "at modsætte sig" indebærer, f.eks. om der er tænkt på både det at modsætte sig verbalt og det at modsætte sig rent fysisk. I umiddelbar tilslutning til denne bemærkning fremgår det imidlertid, at spørgsmålet om magtanvendelse – fysisk tvang – altid har eksisteret. Samtidig blev der i samme lov indsat en bestemmelse, som svarer til den nuværende bestemmelse i sundhedslovens § 20, om, at den varigt inhabile skulle informeres og inddrages i drøftelserne, og at denne patients tilkendegivelser skulle tillægges betydning, hvis de var aktuelle og relevante. Ud fra patientretsstillingslovens forarbejder er det derfor mest nærliggende at antage, at det "at modsætte sig", i denne sammenhæng skulle tolkes som fysisk modstand. Hvis det derimod også skulle forstås som det at modsætte sig verbalt, kan det være svært at se, i hvilken udstrækning sundhedslovens § 20 har en selvstændig betydning. Såfremt en verbal tilkendegivelse fra den varigt inhabile om, at vedkommende ikke ønsker den foreslåede behandling, altid bringer forholdet under begrebet magtanvendelse, vil det savne mening at skulle vurdere, om tilkendegivelsen skal tillægges betydning i denne situation.

Umiddelbart inden patientretsstillingsloven trådte i kraft, udsendte Sundhedsstyrelsen Vejledning om information og samtykke og om videregivelse af helbredsoplysninger m.v., vejl. nr. 161 af 16. september 1998. Vejledningens formål var bl.a. at præcisere og uddybe bestemmelser i patientretsstillingsloven vedrørende information og samtykke. I denne vejlednings afsnit om samtykkekompetencen for de voksne varigt inhabile patienter uden evne til at give samtykke understreges det, at hvis en patient i ord eller handling tilkendegiver, at vedkommende ikke vil behandles, er der, uanset samtykke fra værger eller pårørende, ikke hjemmel til at gennemføre behandlingen med tvang. Denne bemærkning i vejledningen

<sup>49</sup> LF nr. 15 1997/98, bemærkninger i lovforslaget vedrørende lovens afgrænsning og anvendelsesområde.

<sup>50</sup> Madsen og Garde, s. 13.

<sup>51</sup> Ibid., s. 55.

<sup>52</sup> LF nr. 15 1997/98, bemærkninger i lovforslaget vedrørende lovens afgrænsning og anvendelsesområde.

fremgår i beskrivelsen af sammenhængen mellem sundhedslovens § 18 og § 20. Det skal bemærkes, at vejledningen stadig er gældende, og retter sig mod sundhedspersoner.

Indtil psykiatrilovens tvangsdefinition blev ændret i 2007, var den gældende retstilling for den voksne varigt inhabile patient således, at en verbal protest fra patienten havde den virkning, at man måtte afstå fra at gennemføre den påtænkte foranstaltning, medmindre betingelserne for tvangsmæssig gennemførelse var til stede. Ligeledes skulle en anden afvisende adfærd fra patienten konkret vurderes i forhold til, om denne adfærd betød, at patienten modsatte sig indlæggelse, fortsat ophold, behandling m.v. på en psykiatrisk afdeling. Vedrørende dette henvises der til afsnit 3.1.1.

Da den nuværende tvangsdefinition henviser til sundhedslovens samtykkeregler, betyder dette, at indlæggelse, ophold og behandling på en psykiatrisk afdeling kan ske på baggrund af et stedfortrædende samtykke efter sundhedslovens § 18, hvad angår den varigt inhabile patient. Dette vil være tilfældet, såfremt det vurderes, at den varigt inhabile patient mangler evnen til at give et (meningsfyldt) samtykke. En varigt inhabil patient kan f.eks. være en svært dement eller en svært oligofren patient (psykisk udviklingshæmmet). Såfremt denne patient indlægges på baggrund af et informeret samtykke fra patientens legale repræsentant, vil der være tale om en frivillig indlæggelse. Det skal bemærkes, at et stedfortrædende samtykke altid skal være udtrykkeligt, hvorfor det ikke er nok, at den legale repræsentant stiltiende samtykker på den varigt inhabiles vegne.<sup>53</sup>

Psykiatrilovens tvangsdefinition henviser til sundhedslovens kap. 5, hvilket indebærer, at sundhedslovens § 20 også finder anvendelse. Dette betyder, at den varigt inhabile patient også skal have information og inddrages i drøftelserne omkring en evt. indlæggelse i psykiatrien i det omfang, han eller hun forstår den aktuelle behandlingssituation, medmindre det kan skade vedkommende. Ligeledes har den indlæggende læge pligt til at tillægge den varigt inhabiles tilkendegivelser vedrørende indlæggelsen betydning i det omfang, tilkendegivelserne er aktuelle og relevante, jf. ovenstående. Det fremgår af sundhedslovens § 21, at det er den behandlingsansvarlige sundhedsperson, som er forpligtet til at drage omsorg for, at et informeret samtykke er indhentet efter reglen i § 18. Det fremgår derimod ikke af hverken lov eller forarbejder, hvorledes vurderingen af den varigt inhabil patients tilkendegivelser skal foretages, eller hvad der ligger i begrebet ”tilkendegivelser” i sundhedslovens § 20. Dette kan give anledning til en uensartet praksis, og at der kan opstå tvivl om, hvor grænsen går i forhold til, hvornår et stedfortrædende samtykke i en sådan situation må betegnes som et gyldigt samtykke efter sundhedslovens § 18. Der tænkes her på de situationer, hvor den varigt inhabile patient i ord eller anden adfærd vægrer sig mod indlæggelse, ophold eller behandling på en psykiatrisk afdeling uden direkte og entydigt at modsætte sig foranstaltningen. Denne problemstilling diskuteres nærmere i det følgende.

Det fremgår, som tidligere nævnt, af lovforarbejderne til revisionen af psykiatriloven i 2006, at formålet med lovændringen var at styrke patienternes retsstilling og retssikkerhed. Der nævnes i forarbejderne vedrørende den foreslåede ændring af lovens tvangsdefinition et eksempel vedrørende en dement patient: ”*Demente patienter kan således udvise passivitet, simpelthen fordi de ikke forstår, hvad der foregår omkring dem. Derfor kan deres passivitet ikke i alle tilfælde tolkes som en accept (f.eks. til at påbegynde en behandling med psykofarmaka). Denne tolkning vil i øvrigt medføre, at disse patienter afskæres fra at få beskikket en patientrådgiver til at varetage deres interesser, eftersom der ikke vil være tale om tvang.*”<sup>54</sup> Det ses imidlertid ikke ud fra lovbemærkningerne, at man har haft tilsvarende overvejelser i

<sup>53</sup> Bek. nr. 665 af 14. september 1998, § 2, stk. 5.

<sup>54</sup> LF nr. 140 2005/2006, almindelige bemærkninger vedrørende tvangsdefinitionen.



forhold til et stedfortrædende samtykke. Her vil der, i den samme situation, heller ikke være tale om tvang men om frivillig behandling, som hviler på et informeret samtykke fra den legale repræsentant. Dette betyder, også efter lovændringen, at denne patient afskæres fra at få beskikket en patientrådgiver. I lovbemærkningerne til tvangsdefinitionens specifikke paragraf er der anført følgende: *”Der sker med lovændringen ikke en ændring af de materielle kriterier for anvendelsen af de enkelte tvangsforanstaltninger i henhold til loven, men det sikres, at en foranstaltning i forhold til en patient, der ikke selv har afgivet et informeret samtykke, betragtes som en tvangsmæssig foranstaltning, medmindre der foreligger stedfortrædende samtykke, jf. reglerne herom i kapitel 5 i sundhedsloven (...) Det sikres endvidere, at de retssikkerhedsgarantier i form af beskikkelse af patientrådgiver, klageadgang m.v., der er fastsat i psykiatriloven, dermed etableres i situationer, hvor der ikke foreligger et informeret samtykke.”*<sup>55</sup> Det anføres endvidere i disse lovbemærkninger, at lovændringen indebærer, at en patients passivitet over for en foranstaltning ikke udgør et tilstrækkeligt informeret samtykke til at iværksætte en foranstaltning på et frivilligt grundlag, men at der stadig vil være tale om frivillighed, hvis patienten ved en korrekt vejledning og information lader sig overbevise eller blot overtale til at medvirke. Om dette bemærkes der, at det i disse situationer må vurderes, om kriterierne for en tvangsmæssig etablering af den pågældende foranstaltning er til stede, eller om foranstaltningen evt. kan iværksættes på grundlag af et stedfortrædende samtykke. Det synes derfor forudsat, dog uden at det kan læses direkte ud af forarbejderne, at en legal repræsentant skal udgøre den samme retssikkerhedsmæssige tryghed for patienten, som en patientrådgiver vil gøre i en tilsvarende situation. Dette synspunkt ser også ud til at deles af det tidligere Indenrigs- og Sundhedsministeriet og Etisk Råd i forbindelse med drøftelserne om at udvide muligheden for at anvende tvang i forbindelse med sygdomsbehandling af demente.<sup>56</sup> Dette synspunkt mener jeg kan anfægtes, og dette vil blive gjort i den kommende diskussion af de varigt inhabiles retssikkerhed.

Ud fra en fortolkning af psykiatrilovens forarbejder kan det hermed udledes, at en indlæggelse af en voksen varigt inhabil patient, som mangler evnen til at give et informeret samtykke, skal betragtes som en frivillig indlæggelse i de tilfælde, hvor den nærmeste pårørende eller værger har givet et stedfortrædende samtykke. Dette gælder, uanset om patienten opfylder de materielle betingelser for en tvangsindlæggelse eller ej. Såfremt denne patient modsætter sig indlæggelsen i ord eller handling, kan der som udgangspunkt ikke ske en frivillig indlæggelse på baggrund af et stedfortrædende samtykke efter sundhedslovens § 18. Der er imidlertid tvivl om, hvilken betydning sundhedslovens § 20 har i en sådan sammenhæng. På baggrund af lovbemærkningerne til psykiatriloven om, at en foranstaltning i forhold til en patient, der ikke selv har afgivet et informeret samtykke, betragtes som en tvangsmæssig foranstaltning, medmindre der foreligger stedfortrædende samtykke, sammenholdt med den manglende præcisering af begreberne ”at modsætte sig”, i forarbejderne til sundhedsloven, og ”tilkendegivelser” i sundhedslovens § 20, må det overvejes, om der kan opstå tvivl om, hvorvidt en patients afvisende holdning i ord eller adfærd altid og ubetinget bringer situationen udenfor reglerne om frivillig indlæggelse på baggrund af et stedfortrædende samtykke. En sådan tvivl om afgrænsningen af psykiatrilovens tvangsbegreb overfor de inhabile, vil være retssikkerhedsmæssigt betænkelig, derfor undersøges og diskuteres problemstillingen nærmere i det følgende.

---

<sup>55</sup> LF nr. 140 2005/2006, bemærkninger til lovforslagets enkelte bestemmelser, § 1.

<sup>56</sup> Se Ministernotat 29. marts 2011, s. 7-8 og Etisk Råd 2011, s. 6.

## **4.2. Samspillets betydning for de varigt inhabiles retssikkerhed**

En patient, der er varigt inhabil, og på det grundlag mangler evnen til at give et sådant samtykke, kan ikke indlægges og behandles, uden at der foreligger et gyldigt stedfortrædende samtykke fra vedkommendes legale repræsentant, med mindre det er tale om en tvangsindlæggelse. Dette er retstilstanden efter at psykiatrilovens tvangsdefinition blev ændret i 2007, således at tvang i psykiatrien nu defineres efter sundhedslovens samtykkeregler. Da lovændringen har haft til formål at styrke de psykiatriske patienters retsstilling og retssikkerhed, er det derfor relevant at undersøge, om dette formål er opnået for de varigt inhabile patienters vedkommende.

### **4.2.1. Den varigt inhabile patient der udviser passivitet**

Før 1. januar 2007 var det muligt at indlægge en varigt inhabil patient, f.eks. en dement patient som udviste passivitet, uden et udtrykkeligt informeret samtykke. Da passivitet tidligere blev tolket som et samtykke til indlæggelse og behandling, blev indlæggelsen anset som en frivillig indlæggelse. I den situation blev det forudsat, at personalet skulle yde den fornødne vejledning og bistand til denne patient, som blev frivilligt behandlet. Udvalget, som afgav betænkning i forbindelse med lovrevisionen til 1989-loven, fandt på den baggrund ikke behov for, at der skulle beskikkes patientrådgivere til patienter, der blev frivilligt behandlet.<sup>57</sup>

Den samme patient kan efter lovændringen kun indlægges frivilligt, hvis det sker med et stedfortrædende samtykke efter sundhedslovens § 18. Denne patient er således nu sikret, at en person, som skal varetage vedkommendes interesser, informeres og inddrages i beslutninger om indlæggelse og behandling af patienten. Selv om en pårørende eller værge ikke altid har den fornødne faglige viden til at vurdere hensigtsmæssigheden og nødvendigheden af den foreslåede indlæggelse og behandling, må det antages, at denne person alligevel er mere "uvildig" i sin vurdering af, om det er i den varigt inhabiles interesse at modtage behandlingstilbuddet, end f.eks. den læge som fremsætter behandlingforslaget. Med dette tænker jeg på, at den pårørende f.eks. kan spørge nærmere ind til forskellige behandlingsmuligheder, evt. bivirkninger af foreslået medicin o.l. Ud fra dette kan det siges, at for de varigt inhabile patienter, der forholder sig passivt til en indlæggelse og behandling på en psykiatrisk afdeling, er der sket en vis styrkelse af deres retsstilling. Spørgsmålet er, om denne lovmæssige pligt til at indhente et stedfortrædende samtykke også har styrket de varigt inhabile patienters retssikkerhed?

Hvis vi ser på reglerne om det stedfortrædende samtykke i sundhedslovens § 18, er det forudsat, at de pårørende, som er berettiget til at samtykke på patientens vegne, varetager vedkommendes interesser. Det vil i praksis være den samme person, der giver samtykke til indlæggelse og en bestemt behandling, som også skal varetage den varigt inhabile patients interesser ved at klage over evt. fejl, som er begået i forbindelse med behandlingen. Jeg mener, at der kan stilles spørgsmål ved, om dette er hensigtsmæssigt, og om dette er en styrkelse af denne patients retssikkerhed. Det kan ikke afvises, at den pårørende, der nu har samtykket til behandlingen, og dermed antagelig føler sig medansvarlig for den iværksatte behandling, aktuelt har en højere tærskel for at iværksætte en klage eller i øvrigt sætte spørgsmålstejn ved, om behandlingen opfylder det beskrevne formål end tidligere, hvor den pårørende ikke blev involveret i behandlingen på samme formelle måde. Det kan i hvert fald tænkes, at det i praksis er nemmere for en pårørende at klage over en beslutning, som vedkommende ikke selv har givet sit samtykke til.

---

<sup>57</sup> LSF nr. 76 1988/1, almindelige bemærkninger, afsnit 6. 2.

Et andet faktum er, at lovgivningen vedrørende stedfortrædende samtykke som udgangspunkt sammenstiller alle typer af behandling. Det vil sige, at der stilles de samme krav til samtykket uanset hvor indgribende behandlingen er. Dog skal informationen være mere omfattende, når behandlingen medfører nærliggende risiko for alvorlige komplikationer og bivirkninger.<sup>58</sup> Den pårørende bliver således bedt om at give samtykke til både en simpel undersøgelse i ambulans regi såvel som til en mere indgribende foranstaltning, som en indlæggelse må siges at være. Det samme gør sig gældende for en korterevarende medicinsk behandling med en forholdsvis lille helbredsrisiko, såvel som en længerevarende medicinsk behandling med større risiko for alvorlige bivirkninger.

En indlæggelse på en psykiatrisk afdeling indebærer, at den varigt inhabile patient bliver underlagt en vis overvågning og kontrol, selv om indlæggelsen er frivillig. Dette vil ligge i den ramme, som er nødvendig for at drage omsorg for og tage ansvar for de patienter, som er indlagt. F.eks. vil en patient typisk blive bedt om at fortælle, hvornår vedkommende forlader afdelingen og kommer tilbage, personalet vil gå tilsyn på patienternes stuer om natten o.l. Selv om denne overvågning og kontrol er et udtryk for omsorg og ansvarlighed fra sundhedsvæsenets side, vil patienterne stadig kunne opleve det som overvågning og kontrol. Da man i psykiatrien mange steder har ændret de tidligere adskilte lukkede og åbne afdelinger til integrerede afdelinger, der kan låses, indebærer dette, at de frivilligt indlagte ofte vil kunne opleve, at yderdøren er aflåst af hensyn til medpatienter. Dette kan, for en varigt inhabil patient, der ikke selv er i stand til at bede om at komme ud, opleves som om vedkommende ikke kan forlade stedet. En indlæggelse indebærer også, at patienten skal skifte opholdssted fra kendte omgivelser til nye omgivelser, hvor vedkommende skal forholde sig til nye omsorgspersoner. På denne måde tænker jeg, at en indlæggelse må siges at være en indgribende foranstaltning set i forhold til f.eks. en ambulans undersøgelse, hvor vedkommende varigt inhabile patient bliver ledsaget af en pårørende eller en anden kendt kontaktperson.

Ligeledes er der ingen tvivl om, at en del medicinske behandlinger må siges at være mere indgribende for en patient, end andre medicinske behandlinger. Når habile patienter modtager medicinsk behandling, har disse patienter mulighed for at vurdere og give udtryk for, om behandlingens effekt er større end de bivirkninger, som behandlingen giver. Disse patienter kan også selv give udtryk for de fysiske og psykiske gener, som de oplever, og evt. få hjælp mod disse gener. En dement eller psykisk udviklingshæmmet patient, der er varigt inhabil, kan ikke nødvendigvis give udtryk for den samme oplevelse. Dette indebærer, at der følger et stort ansvar med at vurdere, om en indlæggelse og en behandling er i den varigt inhabiles interesse, og dermed give samtykke til dette på vedkommendes vegne. Dette rejser en etisk problemstilling, samtidig som det kan diskuteres, om det er retssikkerhedsmæssigt tilfredsstillende at lade en indgribende foranstaltning, der også potentielt er frihedsberøvelse, hvile på et stedfortrædende samtykke fra en pårørende.

Ud fra ovenstående ses det ikke, at retssikkerheden for de varigt inhabile patienter, som forholder sig passive, med rette kan siges at være blevet styrket. Det gælder dog efter såvel den tidligere som den nuværende retstilstand, at en indlæggelse anses som en frivillig indlæggelse i de tilfælde, hvor patienten forholder sig passiv. Dette gælder, uanset om indlæggelsen af den pågældende varigt inhabile patient opleves som en frihedsberøvelse. Forskellen består i, at efter den nuværende tvangsdefinition, hviler samtykket til indlæggelsen på den legale repræsentants tilkendegivelse, hvorimod det tidligere blev forudsat, at patienten selv havde givet samtykket. På denne måde er der måske sket en styrkelse af retsstillingen

---

<sup>58</sup> Bek. nr. 665 af 14. september 1998, § 4, stk. 2, 2. pkt.

ved, at de legale repræsentanter nu bliver involveret i behandlingen, og på den måde sikres det, at en person udenfor den psykiatriske afdeling varetager den varigt inhabile patients interesser. På den anden side er det svært at se, hvordan dette reelt set er en styrkelse af patientens retssikkerhed. Denne patients retssikkerhed afhænger af, at de pårørende, der giver samtykke til indlæggelsen, altid varetager den pågældendes interesse i denne forbindelse, netop fordi den pågældende på grund af sin nedsatte psykiske funktionsevne ikke selv er i stand til dette. Det vil, i sagens natur, være vanskeligt at varetage en patients interesser i forbindelse med alvorlige indgreb i vedkommendes liv i de tilfælde, hvor man ikke har fornøden faglig indsigt til at vurdere hensigtsmæssigheden af et foreslået indgreb. Ligeledes er det heller ikke altid givet, at de pårørende reelt og objektivt varetager den varigt inhabiles interesser i forbindelse med en sygdomsbehandling. Da Etisk Råd udtalte sig om muligheden for at udvide hjemlen for at behandle inhabile demente med tvang, fremgik det af udtalelsen, at rådets medlemmer ikke var enige i, hvorvidt de pårørende skulle have kompetence til at give et stedfortrædende samtykke: *”Andre medlemmer mener, at inddragelsen af de pårørende skal begrænses, fordi de ofte er meget personligt involveret i den dementes forhold og kan have målsætninger og planer for patienten, som ikke er i hans eller hendes interesse i den øjeblikkelige situation. Desuden er der ofte uenighed blandt de pårørende om, hvordan patienten skal forstås og behandles, hvilket gør inddragelsen problematisk og kompliceret. Endelig er det ikke givet, at der i det forudgående forløb har eksisteret en nær eller sund relation mellem de pårørende og den demente, hvilket er en forudsætning for at lægge vægt på de pårørendes tilstedeværelse og holdninger.”*<sup>59</sup> Det bemærkes her, at bestemmelsen i sundhedslovens § 18, stk. 4 kun vedrører tilfælde, hvor der foreligger en mulig konflikt mellem sundhedspersonen og de nærmeste pårørende, og at bestemmelsen giver hjemmel til, at den påtænkte undersøgelse eller behandling kan *udføres* uden et stedfortrædende samtykke. Bestemmelsen beskytter således ikke den varigt inhabile patient i de tilfælde, hvor den pårørende samtykker til sundhedspersonens behandlingsforslag, og hvor dette indebærer, at den pårørende ikke varetager den varigt inhabiles interesse i situationen.

#### **4.2.2. Den varigt inhabile patient der modsætter sig**

Tidligere skulle den ansvarlige sundhedsperson først og fremmest forholde sig til og vurdere, hvorvidt den varigt inhabile selv gav udtryk for, at han eller hun modsatte sig indlæggelsen og behandlingen i ord eller handling. Efter de gældende regler skal den ansvarlige sundhedsperson nu vurdere, hvorvidt den varigt inhabiles tilkendegivelser skal tillægges betydning. Spørgsmålet er, om den ændrede lovgivning har medført, at der er blevet ændret i, hvad der defineres som tvang i relation til begrebet ”at modsætte sig”. Det er et spørgsmål, om det efter lovgivningen er klart og tydeligt for de ansvarlige sundhedspersoner, hvor langt det stedfortrædende samtykke rækker, og dermed hvornår psykiatrilovens formelle retssikkerhedsgarantier bliver aktiveret i forbindelse med indlæggelse og behandling af de varigt inhabile patienter.

Når lovgrundlaget til psykiatrilovens tvangsdefinition analyseres, ses det ikke at der burde være tvivl om, at sundhedsloven ikke hjemler tvang. Dette følger også af hjemmelskravet til tvang, jf. kapitel 2. På den baggrund skulle det være klart, at enhver tilkendegivelse fra den varigt inhabile om, at vedkommende ikke vil indlægges eller behandles, vil bringe forholdet udenfor reglerne om stedfortrædende samtykke og dermed frivillighed. Praksis viser imidlertid, at dette ikke har været opfattelsen hos Ministeriet for Sundhed og Forebyggelse,

---

<sup>59</sup> Etisk Råd 2011, s. 12.

der skal bistå de psykiatriske afdelinger med at fortolke og vejlede omkring lovgivningen. Dette ses der eksempler på i den praksis, der har udviklet sig i forhold til de mindreårige, der bliver indlagt og behandlet i psykiatrien. Selv om denne gruppe af inhabile ligger udenfor afgrænsningen af den patientgruppe, som dette speciale behandler, vil jeg alligevel inddrage eksempler, som vedrører de mindreårige. Dette har jeg valgt, da der ikke er beskrevet tilsvarende eksempler fra praksis vedrørende de varigt inhabile voksne, og da retsgrundlaget er sammenligneligt. Med dette tænker jeg på, at hverken reglerne om stedfortrædende samtykke for de varigt inhabile eller de mindreårige i sundhedsloven hjemler brug af tvang i forbindelse med indlæggelse på en psykiatrisk afdeling.<sup>60</sup> Som nævnt i afsnit 3.2.2, blev dette forudsat i, og fremgår af lovforarbejderne til patientretsstillingsloven.

På trods af, at det klart fremgår af lovforarbejderne, at sundhedsloven ikke hjemler brug af tvang, og faktum er, at de inhabile er omfattet af beskyttelsen af den personlige frihed i Grundloven, har Ministeriet for Sundhed og Forebyggelse antaget en modstridende holdning. Ministeriet har i sin vejledning til de psykiatriske afdelinger anført, at foranstaltninger, der iværksættes mod den mindreåriges vilje, men med et informeret samtykke fra forældremyndighedsindehaveren, ikke skal betragtes som tvang i psykiatrilovens forstand.<sup>61</sup> Denne opfattelse har ministeren også gentaget ved svar på spørgsmål herom i Folketinget.<sup>62</sup> Det fremgår af eksempler fra praksis, at de psykiatriske afdelinger har rettet sig efter den vejledning, de er givet fra Ministeriet. Et eksempel fra Næstved, viser, at en mor til et 12-årigt barn ikke kunne klage til Patientklagenævnet over, at hendes barn var blevet sondeernæret flere gange om dagen i 16 dage. Patientklagenævnet afviste sagen, da moderen havde givet sit samtykke.<sup>63</sup> Af sagen fremgår det, at moderen havde givet samtykke til ernæring med sonde, men at hun senere fortrød sit samtykke. Det fremgår ikke af nævnets referat, i hvilket omfang barnet havde gjort modstand mod sondeernæringen. Det fremgår imidlertid af sagens referat, at sondeernæring blev besluttet på baggrund af vanskeligheder med fødeindtagelsen og et deraf følgende vægttab. Det fremgår ligeledes af sagens omtale i pressen, at moderen tøvende havde givet sit samtykke til sondeernæringen. Af nævnets afgørelse fremgår følgende: ” Ankenævnet lagde til grund, at en patient under 15 år ikke selv kan give sit informerede samtykke til behandling, da samtykkekompetencen tilkommer forældremyndighedens indehaver. Når et sådant samtykke foreligger, vil indgrebet ikke blive betragtet som et tvangsindgreb i psykiatrilovens forstand. Der er derfor ikke krav om registrering af indgrebet i afdelingens tvangsprotokol, men patientens tilkendegivelser, herunder modstand i forhold til behandlingen, skal registreres i patientens journal, jf. journalførings-reglerne. Sundhedsstyrelsen har dog henstillet, at disse tilfælde alligevel indføres i tvangsprotokollen, i henhold til Vejledning nr. 9034 af 20. december 2011 om udfyldelse af tvangsprotokoller (registrering af anvendelse af tvang i psykiatrien, herunder registrering af foranstaltninger over for mindreårige samt registrering af anvendelse af udskrivnings-aftaler/koordinationsplaner). Ankenævnet fandt herefter, at der var blevet givet et gyldigt informeret samtykke, hvorfor der ikke var tale om tvangsernæring af patienten i psykiatrilovens forstand.”

---

<sup>60</sup> Madsen og Garde, kapitel 1.2.5., s. 22-23.

<sup>61</sup> Vejledning om udfyldelse af tvangsprotokoller (registrering af anvendelse af tvang i psykiatrien, herunder registrering af foranstaltninger over for mindreårige) samt registrering af anvendelse af udskrivningsaftaler/koordinationsplaner, vejl. nr. 9713 af 20. december 2011, pkt. 1.2.

<sup>62</sup> Se for eks. svar på spørgsmål S 1831 2011-12 og S 1000 2012-13 offentliggjort af Folketingets Lovsekretariat på Folketingets hjemmeside, [www.ft.dk](http://www.ft.dk).

<sup>63</sup> Sagen er omtalt i en artikel i Politiken fra den. 3. juli 2010: Anoreksilæger: Børn skal sikres mod tvang. Afgørelsen er refereret i Årsberetning 2011, s. 24.

I et andet eksempel fra Aarhus, fortæller en far til pressen, at forældrene blev bedt om at samtykke til foranstaltninger som tvangsernæring og bæltefikseringer af en 12-årig pige.<sup>64</sup> Det fremgår af sagens omtale i pressen, at pigen i seks en halv uge var bæltefikseret 24 timer i døgnet. Ligeledes fremgår det, at dette skete under forældrenes protest, men at de i starten havde accepteret tvangsansværelsen. Faderen udtaler, at de fik at vide, at hvis de sagde nej til tvangen, ville datteren dø. Det vides ikke, om denne sag blev forsøgt indklaget for det psykiatriske patientklagenævn efter reglerne i psykiatriloven. Såfremt sagen var blevet afvist af klagenævnet, ville det følge af grundlovsbeskyttelsen, at barnet og forældrene havde ret til at få en domstolskontrol efter grundlovens § 71, stk. 6. Dette følger af, at en så omfattende bæltefiksering vil have karakter af administrativ frihedsberøvelse i grundlovens forstand. Det, at forældrene i starten har accepteret tvangsansværelsen, kan ikke ændre på dette, da det i den sidste ende er den behandlingsansvarlige læge, som træffer afgørelse om, hvorvidt en bæltefiksering skal iværksættes og opretholdes. Det følger også af retspraksis, at der bør ske indbringelse for retten i tilfælde af uenighed mellem en patient og en sygehusmyndighed om, hvorvidt der foreligger frivillighed eller administrativ frihedsberøvelse, jf. U 1994.192 V.

Disse eksempler fra praksis viser, at ændringen af psykiatrilovens tvangsdefinition i 2007, har medført tvivl om, hvor langt det stedfortrædende samtykke rækker i forhold til indlæggelse og behandling af de mindreårige i psykiatrien. Det kan derfor ikke udelukkes, at dette også gør sig gældende for de varigt inhabile, da det ved vedtagelsen af reglerne om stedfortrædende samtykke i begge tilfælde blev forudsat, at reglerne ikke gav hjemmel til brug af tvang. Forældreansvarsloven indeholder ikke en klar og utvetydig hjemmel til anvendelse af tvang i forbindelse med indlæggelse og behandling i psykiatrien, således at dette kan begrunde, at et stedfortrædende samtykke efter sundhedsloven i forhold til mindreårige ændrer den tvangsdefinition, som kan udledes af lovgrundlaget.<sup>65</sup>

Det er af stor betydning for den varigt inhabiles retssikkerhed, at der ikke er tvivl om, hvornår der er tale om tvang i psykiatrilovens forstand. Dette følger af, at den beskyttelse, som de formelle retssikkerhedsgarantier i psykiatriloven giver patienterne, gælder for foranstaltninger, der anses som og registreres som tvang. Eksemplerne fra praksis viser, at det kan forekomme, at tvangsforanstaltninger ikke bliver registreret som tvang på baggrund af, at de pårørende har givet et stedfortrædende samtykke. Den sag, som blev indklaget for Det Psykiatriske Ankenævn, viser også, at de særlige klageorganer i psykiatrien deler Ministeriets tolkning af tvangsdefinitionen. Der er grundlag for at kritisere Det Psykiatriske Ankenævn i denne sag. Nævnet er åbenbart ikke gået ind i vurderingen af, om der var tale om et samtykke givet under pres med den retsvirkning, at samtykket ikke kunne anses som et frivilligt samtykke. Som tidligere nævnt følger det af reglerne om samtykke, at et stedfortrædende samtykke altid skal være udtrykkeligt. Et tøvende samtykke kan ikke anses som værende udtrykkeligt.

Et stedfortrædende samtykke afskærer ikke kun den inhabiles klageadgang, men også den legale repræsentants klageadgang i de situationer, hvor denne ønsker at trække samtykket tilbage. Til dette kan det anføres, at såfremt den pårørende ønsker at trække sit samtykke til indlæggelsen og behandlingen tilbage, kan den inhabile patient blive udskrevet. Dette er selvfølgelig rigtigt, men det ændrer ikke på det faktum, at vedkommende allerede er blevet frihedsberøvet eller har været underlagt andre tvangsforanstaltninger. Situationen kan også resultere i, at den inhabile patient bliver tvangstilbageholdt, da den indlæggelse, der hvilede på de pårørendes samtykke, kan konverteres til en tvangsindlæggelse ved, at der træffes

<sup>64</sup> Eksemplet er omtalt på siden [www.psykisksaarbar.dk](http://www.psykisksaarbar.dk): Børn og unge skal ikke være discountbrugere i psykiatrien og i en artikel i Politiken fra den. 3. juli 2010: Anoreksilæger: Børn skal sikres mod tvang.

<sup>65</sup> Madsen og Garde, s.42.

afgørelse om, at patienten skal tvangstilbagesholdes. Dette betyder, at patienten fra det tidspunkt er beskyttet af de formelle retssikkerhedsgarantier i psykiatriloven. Pågældende patient har dog ikke mulighed for at få prøvet lovligheden af den del af indlæggelsen og behandlingen, som blev iværksat med et stedfortrædende samtykke. Dette udgør et retssikkerhedsmæssigt problem for de inhabile. Det er således vanskeligt at se, hvordan reglerne om stedfortrædende samtykke har styrket de inhabiles retssikkerhed i forbindelse med indlæggelse og behandling i psykiatrien.

#### 4.2.3. Grænsen mellem passivitet og modstand

Lovgivningen opstiller ingen grænse for, hvilke indgreb der kan gives et stedfortrædende samtykke til. Som det ses af eksemplerne fra børne- og ungdomspsykiatrien, kan dette resultere i den tolkning, at der også kan gives stedfortrædende samtykke til f.eks. bæltefiksering. Et sådant indgreb kan have karakter af en administrativ frihedsberøvelse i grundlovens forstand, og uanset vil en tvangsfiksering være et indgreb, som kræver en klar og utvetydig lovhjemmel.<sup>66</sup> I situationer, hvor en patient bliver bæltefikseret, må det antages, at vedkommende fremkommer med en form for protest, da det må antages at høre til sjældenhederne, at en person selv ønsker at blive hindret i sin bevægelsesfrihed på en sådan måde, som bæltefiksering medfører. Uanset om det efter lovgivningen er lægen, der træffer selve beslutningen om bæltefiksering, er det retssikkerhedsmæssigt betænkeligt, hvis en pårørende bliver bedt om at give samtykke til dette. Dette fordi der kan opstå tvivl om, hvorvidt patienten har modsat sig foranstaltningen, og om der derfor bliver udøvet tvang, uden at dette bliver registreret som tvang. På denne måde risikerer den inhabile patient at blive afskåret fra at opnå den retssikkerhedsmæssige beskyttelse, som psykiatriloven giver en patient, der bliver underlagt tvangsforanstaltninger efter loven. Nærmere herom i afsnit 4.3.

Eksemplerne fra praksis rejser spørgsmålet, om det er klart og tydeligt i lovgivningen, hvor meget en varigt inhabil skal modsætte sig, før sundhedspersonalet tillægger dette betydning med den konsekvens, at indlæggelse og behandling ikke kan finde sted uden iagttagelse af de materielle og processuelle regler om tvangsansvendelse i psykiatriloven. Denne problemstilling opstår, da ændringen af psykiatrilovens tvangsdefinition har medført, at der nu er muligt at iværksætte indlæggelse og behandling i psykiatrien med et stedfortrædende samtykke efter sundhedslovens § 18, og da det i sundhedslovens § 20 er bestemt, at den varigt inhabiles tilkendegivelser skal vurderes i relation til et stedfortrædende samtykke efter lovens § 18.

Da lovgivningen ikke opstiller klare retningslinjer for, hvad der ligger i begrebet ”tilkendegivelser” i sundhedslovens § 20, eller hvorledes vurderingen af den varigt inhabiles tilkendegivelser skal foretages, kan dette medføre en risiko for en uensartet praksis hos forskellige sundhedspersoner i forhold til, hvad man anser som en protest fra den varigt inhabile patients side. Dermed vil der kunne være forskel på, hvornår en indlæggelse og en behandling bliver anset som en tvangsforanstaltning eller ej. Lovændringen kan have haft den betydning, at grænsen for at tillægge en varigt inhabil patients modstand betydning kan tænkes at have ændret sig. Jeg mener i hvert fald, at dette ikke kan afvises helt.

Det fremgik af lovforarbejderne til psykiatriloven, at: ”*Det skal bemærkes, at den foreslåede ændrede tvangsdefinition formentlig vil medføre en stigning i antallet af registrerede tvangstilfælde i Sundhedsstyrelsens årlige tvangsstatistik, idet visse situationer, som i dag vil blive karakteriseret som frivillige, i fremtiden vil optræde i statistikken som et tvangsindgreb.*”<sup>67</sup> Hvis der derimod ses på statistikken over den registrerede og indberettede tvang i psykiatrien i årene 2007-2010, ses der ikke at være sket en stigning, som adskiller sig

<sup>66</sup> Ibid., s. 19 og s. 125.

<sup>67</sup> LF nr. 140 2005/2006, bemærkninger til lovforslagets enkelte bestemmelser, § 1.

fra årene før tvangsdefinitionen blev ændret.<sup>68</sup> Det er selvfølgelig svært at fremkomme med en valid forklaring på, at lovgivers forventning om en stigning i antallet af tvangsbegreb ikke blev realiseret i de efterfølgende år. Jeg mener dog, at det er nærliggende at få den tanke, at lovændringen har medført, at nogle tvangsindgreb, der tidligere blev registreret som tvang overfor de inhabile patienter, nu ikke bliver registreret, og at dette således kan have opvejet den forventede øgning i antallet af tvangsindgreb overfor de beslutningshabile, som man mente formentlig ville komme. I forhold til de mindreårige kan der nævnes et eksempel fra Landsforeningen Pårørende til Spiseforstyrrede. Foreningens næstformand gennemgik journalerne for syv unge under 15 år, der var indlagt på børnepsykiatriske afdelinger i Region Sjælland i de sidste fem måneder af 2009. I journalerne fandt hun 211 tilfælde af tvang, som der ikke var udarbejdet tvangsprotokoller på, og som dermed ikke var blevet indrapporteret til Sundhedsstyrelsen. I en konkret sag var der tale om indgreb som fastholdelse, tvangsernæring og bæltefiksering, hvor barnet gjorde ”massiv modstand”<sup>69</sup>. Da det ikke kan udelukkes, at indførelsen af den nuværende tvangsdefinition i psykiatriloven har medført, at et stedfortrædende samtykke betragtes som hjemmel for et indgreb trods en vis modstand fra den inhabile patient, kan der med rette stilles spørgsmål ved, om retssikkerheden for denne patientgruppe er blevet svækket i stedet for styrket.

#### 4.2.4. Beslutningen om samtykkekompetence

Lovreglerne om stedfortrædende samtykke i sundhedsloven indebærer, at der bliver truffet beslutninger om inhabilitet og samtykkekompetence. Da psykiatrilovens tvangsdefinition nu henviser til disse regler, er det relevant at diskutere og vurdere patienternes retssikkerhed i relation til disse beslutninger.

Begrebet ”en patient, der varigt mangler evnen til at give informeret samtykke” er ikke et objektivt fastlagt begreb. Det vil nok heller ikke være muligt at definere et sådant begreb helt præcist, da der altid vil indgå en individuel faglig vurdering i afgørelsen af, om et menneske i en konkret og aktuel situation er i stand til at forholde sig fornuftsmæssigt til et behandlingsforslag. Da det må siges at være en indgribende beslutning for et menneske at blive erklæret for varigt inhabil med manglende samtykkekompetence, må der med rette kunne stilles forholdsvis strenge krav til en sådan beslutning.

I mange tilfælde har en varigt inhabil person ingen værge efter værgemålslovens<sup>70</sup> bestemmelser. Dette betyder, at der ikke er truffet en afgørelse om inhabilitetsspørgsmålet af Statsforvaltningen eller en domstol. Denne afgørelse vil således typisk blive truffet af en læge i forbindelse med en aktuel behandlingssituation. Der er i sundhedslovgivningen ikke stillet særskilte processuelle krav til den behandlingsansvarlige sundhedspersons afgørelse af en patients varige inhabilitet eller samtykkekompetence. Der er dog fastsat regler om, at en patientjournal skal indeholde oplysning om, hvem der kan give stedfortrædende samtykke på patientens vegne i de tilfælde, hvor patienten ikke har samtykkekompetence. Dette fremgår af Bekendtgørelse om autoriserede sundhedspersoners patientjournaler.<sup>71</sup> Der stilles i sundhedslovgivningen imidlertid ikke krav om skriftlighed, begrundelse eller klagevejledning i forhold til sådanne beslutninger. Ligeledes er patienten heller ikke tillagt en særlig klageadgang. Sundhedsstyrelsens generelle tilsyn efter sundhedslovens § 215 udgør ikke en kontrol med sundhedspersonernes beslutninger på dette område. Det kan være vanskeligt for en varigt

<sup>68</sup> Sundhedsstyrelsen 2011, side 3.

<sup>69</sup> Sagen er omtalt i en artikel i Politiken fra den. 2. juli 2010: Tvang mod mindreårige holdes skjult.

<sup>70</sup> Lovbekendtgørelse. nr. 1015 af 20. august 2007.

<sup>71</sup> Bekendtgørelse om autoriserede sundhedspersoners patientjournaler, bek. nr. 3 af 2. januar 2013, § 10, stk. 2, nr. 1 c..



inhabil patient at udnytte den mulighed, der er for at klage over en tilsidesættelse af vedkommendes ret til selv at give et informeret samtykke efter reglerne i klage- og erstatningsloven.<sup>72</sup> Dette vil være en følge af vedkommendes nedsatte psykiske funktionsevne, som indebærer, at vedkommende ikke kan varetage sine interesser.

Beslutninger om varig inhabilitet og manglende samtykkekompetence må antages at være afgørelser i forvaltningslovens<sup>73</sup> forstand. Der kan ikke være tvivl om, at lægen på en psykiatrisk afdeling er en offentlig myndighedsperson i relation til en patient, så på den måde er vedkommende læge omfattet af forvaltningslovens bestemmelser. Det, der kan rejses tvivl om, er, hvorvidt sådanne beslutninger er afgørelser i forvaltningslovens forstand, eller om det er procesledende beslutninger i forbindelse med en afgørelse af, om patienten skal indlægges eller ej.<sup>74</sup> Dette må afgøres ud fra en vurdering af, hvorvidt det i disse tilfælde kan siges, at lægens udtalelser går ud på at fastslå, hvad der er eller skal være ret i det konkrete foreliggende tilfælde.<sup>75</sup> Hans Gammeltoft-Hansen har anført, at: *"Alt hvad en offentlig myndighed (og herunder en myndighedsperson) ensidigt tilkendegiver med bindende virkning for borgeren, må anses for retsakter og danner dermed udgangspunkt for fastlæggelsen af afgørelsesbegrebet."* Denne definition modificerer han med en væsentlighedsbetragtning og forbehold for, at andet følger af særlige lovbestemmelser.<sup>76</sup> Beslutningen om varig inhabilitet er i disse tilfælde en forudsætning for, at det bliver aktuelt at tage stilling til om, hvorvidt vedkommende patient har samtykkekompetence, og der kan derfor argumenteres for, at denne beslutning i sig selv ikke er en afgørelse i forvaltningslovens forstand, men derimod en procesledende beslutning i forbindelse med afgørelsen om samtykkekompetence. Beslutningen om tilstedeværelsen af samtykkekompetence må derimod siges at være en egentlig afgørelse, da dette afgør, hvilken retsstilling patienten har efter psykiatrilovens og dermed sundhedslovens samtykkeregler i forbindelse med indlæggelse og behandling. Det at blive frataget sin beslutningskompetence i forhold til selv at kunne give samtykke til indlæggelse på en psykiatrisk afdeling, må anses for at være af væsentlig betydning for den pågældende person, jf. tidligere diskussion om indgrebets alvorlighed. Denne beslutning indebærer, at personens interesser skal varetages af en anden person, og retten til at udtale sig, jf. sundhedslovens § 20, kan ikke medføre, at der ikke er tale om en væsentlig beslutning. Patienter, der har en nedsat psykisk funktionsevne, har ikke de samme ressourcer som en rask person uden funktionsnedsættelse, og de har af den grund også et særligt behov for retsbeskyttelse. Ud fra ovenstående mener jeg, at forvaltningslovens sagsbehandlingsregler er gældende for beslutninger om de varigt inhabiles samtykkekompetence. Heraf følger dog ikke et ubetinget krav om skriftlighed og dermed heller ikke et krav om begrundelse og klagevejledning. Da det, som tidligere nævnt, i praksis ofte vil være den samme pårørende, der både bliver bedt om at give et stedfortrædende samtykke og at varetage den varigt inhabiles interesser i forhold til at klage, vil det også være usikkert, hvorvidt den varigt inhabile kan siges at have en reel adgang til at klage over de beslutninger, der bliver truffet i forhold til spørgsmålet om samtykkekompetence.

Der ses heller ikke i retspraksis at være truffet afgørelser vedrørende klager over beslutninger om manglende samtykkekompetence i forbindelse med indlæggelse og behandling efter reglerne i sundhedsloven. Praksis fra Sundhedsvæsenets Patientklagenævn (nu Patientombud-

---

<sup>72</sup> Lov om klage- og erstatningsadgang inden for sundhedsvæsenet, jf. lovbekendtgørelse nr. 1113 af 7. november 2011.

<sup>73</sup> Forvaltningsloven, jf. lovbekendtgørelse nr. 433 af 22. april 2014.

<sup>74</sup> Se nærmere om forvaltningslovens afgørelsesbegreb i relation til beslutninger i tilknytning til patientbehandling i U.2011B.125.

<sup>75</sup> Jf. definitionen af afgørelsesbegrebet i Andersen, s. 226 og Nørgaard m.fl., s. 10.

<sup>76</sup> Gammeltoft-Hansen m.fl., s. 29 ff.

det) omfatter derimod enkelte sager, hvor de pårørende har klaget over ikke at skulle give et stedfortrædende samtykke til behandlingen.<sup>77</sup> I sammenfatningen af nævnets praksis fra 1998-2007 vedrørende informeret samtykke samt journalføring anføres det, at nævnet ikke har truffet afgørelser om inddragelse af den inhabile patient i behandlingsforløbet.<sup>78</sup> Ligeledes er beslutninger om manglende samtykkekompetence ikke et tema i nævnets (eller patientombuddets) årsberetninger eller praksissammenfatninger.

Den manglende praksis fra de forskellige klagenævn og domstolene kan tages som et udtryk for, at de varigt inhabiles interesser bliver varetaget på en tilfredsstillende måde i sundhedsvæsenet. Det følger ligeledes af autorisationslovens § 17, at autoriserede sundhedspersoner har pligt til at udvise omhu og samvittighedsfuldhed under udøvelsen af deres virksomhed.<sup>79</sup> Denne pligt til omhu og samvittighedsfuldhed gælder også ved beslutninger om inhabilitet og samtykkekompetence. Man kan hævde, at lovgivningen gør det muligt for disse patienter at have nem adgang til behandling i sundhedsvæsenet, og at såvel lægerne som de legale repræsentanter handler i disse patienters interesse, når beslutninger om indlæggelse og behandling træffes. Såfremt der blev stillet større lovgivningsmæssige krav til sådanne beslutninger, vil dette medføre en øget formalisering i form af en større detaljeregulering i loven og dermed risiko for unødigt bureaukratisering. Sådanne argumenter og betragtninger kan imidlertid være udtryk for en velfærdspaternalistisk eller en svag paternalistisk holdning<sup>80</sup>, som ikke harmonerer med det autonomiprincip, der ligger til grund for reglerne om patienternes retsstilling i sundhedsloven. Da reglerne om informeret samtykke til behandling blev vedtaget, var formålet at fastlægge en samlet lovgivning, der skulle regulere de grundlæggende og generelle principper for den enkelte patients selvbestemmelse og retssikkerhed i forhold til sundhedsvæsenet i forbindelse med undersøgelse, behandling og pleje.<sup>81</sup> Det fremgik, at de patienter, der varigt mangler evnen til at give informeret samtykke, blev sikret ved, at de nærmeste pårørende giver stedfortrædende samtykke til undersøgelse, behandling m.v., og at de i øvrigt sikres indflydelse på beslutningen i det omfang, de forstår behandlingssituationen. Det ses således, at lovgiver har forudsat, at ved at lade de pårørende få en lovfæstet mulighed for at give et stedfortrædende samtykke på vegne af den varigt inhabile patient, så har man samtidig sikret denne patientgruppes retssikkerhed. Det blev imidlertid ikke dengang forudsat, at disse samtykkeregler også skulle definere psykiatrilovens tvangsbegreb, snarere tværtimod, jf. beskrivelsen af samspillet mellem sundhedsloven og psykiatriloven i afsnit 4.1. Lovgiver har ved ændringen af psykiatriloven ønsket at ligestille de psykiatriske og somatiske patienter ved, at der er den samme tærskel for et gyldigt samtykke i psykiatrien som i somatikken. Der kan dog stilles spørgsmål ved, om denne ligestilling har medført en svækket retssikkerhed for gruppen af inhabile patienter. Noget kan i hvert fald tyde på, at psykiatrilovens formelle retssikkerhedsgarantier ikke altid bliver aktiveret i samme omfang for de varigt inhabile patienter som for de beslutningshabile.

### **4.3. De formelle retssikkerhedsgarantiens betydning**

Som beskrevet i afsnit 3.3. er der i psykiatriloven fastsat særlige regler, der gælder, hvis en patient bliver underlagt tvangsforanstaltninger efter loven. Disse regler giver patienten

---

<sup>77</sup> Se f.eks. PKN 0656423A, refereret i PKN 1998-2007, s. 68 og PKN 0021312, omtalt i Kristensen, s. 30.

<sup>78</sup> PKN 1998-2007, s. 75.

<sup>79</sup> Lov om autorisation af sundhedspersoner og om sundhedsfaglig virksomhed, jf. lovbekendtgørelse nr. 877 af 4. august 2011.

<sup>80</sup> For nærmere omtale af disse begreber, se Østenstad, s. 96.

<sup>81</sup> LF nr. 15 1997/98, bemærkninger i lovforslaget vedrørende lovforslagets hovedindhold, afsnit 1.2.

bestemte rettigheder og fastlægger således patientens retsstilling, såfremt han eller hun bliver underlagt tvang under indlæggelse på en psykiatrisk afdeling. Reglernes formål er at sikre patientens retssikkerhed i forbindelse med tvangsindgreb i psykiatrien. Reglerne vedrører både den materielle og den processuelle retssikkerhed. F.eks. er der opstillet materielle betingelser, som skal være opfyldt, inden en patient lovligt kan blive underlagt lovens forskellige tvangsindgreb. Da der i loven er fastsat klare regler for, hvornår tvang kan komme til anvendelse overfor en patient, er det således muligt for patienten at kende sine rettigheder. Dette sammenholdt med kravet om, at en afgørelse om tvangs-anvendelse skal have baggrund i en klar og tydelig hjemmel i loven, udgør en materiel retssikkerhed for patienten. Psykiatriloven indeholder derudover specifikke procedureregler, som skal følges i forbindelse med anvendelse af tvang. Derudover er patienter, der bliver underlagt tvang, tillagt en særlig klageadgang. Disse regler udgør således en processuel retssikkerhed for patienten.

Såfremt en patient indlægges og behandles på baggrund af et stedfortrædende samtykke i sundhedsloven, betragtes dette som en frivillig indlæggelse. Dette betyder, at der ikke er særlige materielle bestemmelser, som skal være opfyldt, inden patienten kan indlægges. De pårørende kan således give et stedfortrædende samtykke efter sundhedslovens § 18 til, at en varigt inhabil sindssyg patient bliver frivilligt indlagt, uden at der sker en prøvelse af, om de materielle betingelser for en tvangsindlæggelse er opfyldt. Det vil dog altid være lægen, der træffer beslutning om, at indlæggelse skal finde sted, da de pårørende kun kan anmode om det.

En sådan frivillig indlæggelse betyder, at den varigt inhabile ikke er omfattet af psykiatrilovens særlige retssikkerhedsgarantier. Det er derfor væsentligt for den varigt inhabile patients retssikkerhed, at dennes evt. modstand mod indlæggelse og behandling bliver tillagt betydning med den virkning, at det stedfortrædende samtykke ikke slår til. Det betyder f.eks., at han eller hun har krav på at få beskikket en patientrådgiver. Som nævnt tidligere kan det se ud som om, det i psykiatrilovens forarbejder er forudsat, at en legal repræsentant udgør den samme retssikkerhedsmæssige tryghed for en patient, som en patientrådgiver gør. Dette mener jeg ikke er rigtigt, og at det derfor har en retssikkerhedsmæssig betydning for den varigt inhabile at få beskikket en patientrådgiver i de tilfælde, hvor vedkommende modsætter sig indlæggelse og behandling. En patientrådgiver er antaget af Statsforvaltningen til at udføre særlige opgaver i forhold til en patient. Patientrådgivernes forpligtelser er fastlagt i loven og bekendtgørelsen, og de modtager et vederlag for de opgaver, de udfører. Ligeledes bliver de antaget på baggrund af egnethed, og må antages at kende patientens rettigheder efter loven. Herudfra må det antages, at en patientrådgiver er bedre kvalificeret end en pårørende til at hjælpe den varigt inhabile med at varetage dennes interesser i situationer, hvor den varigt inhabile underlægges foranstaltninger, der potentielt er frihedsberøvelse. En patientrådgiver har heller ikke været involveret i beslutningen om indlæggelse og behandling, og må derfor antages at være mere uvildig end en legal repræsentant, der har givet samtykke på den inhabiles vegne.

Et andet eksempel på en formel retssikkerhedsgaranti er de klagerettigheder, en tvangsindlagt patient har contra en frivilligt indlagt patient. Den klageadgang, som en tvangsindlagt patient har efter psykiatriloven, må uden tvivl siges at være af væsentlig retssikkerhedsmæssig betydning. Som vi så i den sag fra Det Psykiatriske Ankenævn, der er omtalt i afsnit 4.2.2., bliver patienten afskåret fra denne klageadgang i de tilfælde, hvor der er givet samtykke til indgrebet.

Ændringen af psykiatrilovens definition har ændret retsstillingen for den varigt inhabile patient, der forholder sig passivt til forslaget om indlæggelse og behandling ved, at det nu er den legale repræsentant, der giver samtykke på vegne af den inhabile. Der er dog ikke ændret

i den beskyttelse, som disse patienter har i kraft af psykiatrilovens formelle retssikkerhedsgarantier. Disse patienter havde heller ikke tidligere et retskrav på særlige klagerettigheder eller på at få beskikket en patientrådgiver. Det kan således ikke konkluderes, at retssikkerheden er blevet svækket for de varigt inhabile, der forholder sig passivt. På den anden side kan der heller ikke argumenteres for, at ændringen af psykiatrilovens tvangsdefinition har styrket disse patienters retssikkerhed.

Ændringen af psykiatrilovens definition har derimod ikke formelt ændret retsstillingen for den varigt inhabile patient, der modsætter sig forslaget om indlæggelse og behandling. Dette gælder så langt, at det er klart og tydeligt, hvor langt et stedfortrædende samtykke rækker. Såfremt lovændringen har medført en retstilstand, der indebærer, at der nu accepteres en vis modstand fra den inhabiles side, uden at dette bringer situationen udenfor reglerne om stedfortrædende samtykke, er situationen en anden. Som det fremgår af diskussionen tidligere i dette kapitel, kan dette ikke afvises. Dette betyder i så fald, at den varigt inhabile patients retssikkerhed er blevet svækket, da der nu f.eks. vil kunne forekomme indlæggelser, der bliver anset for at være frivillige på trods af, at den varigt inhabile patient fremviser en vis modstand mod foranstaltningen. Rent formelt kan det dog ikke hævdes, at retssikkerheden er blevet svækket i disse situationer, da den varigt inhabile efter loven stadig er beskyttet mod tvang i forhold til at have klageadgang m.v. på samme måde, som vedkommende patient er omfattet af grundlovs-beskyttelsen i henhold til administrativ frihedsberøvelse.

I forhold til at beslutte, om en indlæggelse af en varigt inhabil skal finde sted, skal lægen også træffe beslutningen i henhold til den faglige norm, som følger af autorisationslovens § 17. Dette betyder, at magtanvendelse i strid med psykiatriloven ikke må finde sted, og at indgreb generelt ikke må gå videre end formålet tilsiger. Udover dette er det heller ikke lovligt for en læge at indlægge en varigt inhabil patient, der modsætter sig en indlæggelse, efter reglerne om stedfortrædende samtykke i sundhedslovens § 18. Dette følger af, at dette i så fald sker uden en klar og utvetydig lovhjemmel. På den måde er den varigt inhabile patient stadig sikret mod at blive tvangsindlagt, uden at reglerne om tvangsindlæggelse bliver iagttaget, dvs. at de materielle betingelser for en tvangsindlæggelse er opfyldt, samtidig som de særlige procedureregler følges.

Uanset ovenstående får den uændrede retsbeskyttelse alligevel ikke karakter af en egentlig retssikkerhed for den inhabile, da vedkommende er afhængig af, at lovreglerne bliver fulgt af såvel de ansvarlige sundhedspersoner som af klageinstanser, før dette er tilfældet. Det, der er centralt, når lovreglerne om de varigt inhabile analyseres, er at holde sig for øje, at der er tale om en gruppe af mennesker, der ikke selv er i stand til at varetage deres interesser. De er netop varigt inhabile pga. deres nedsatte psykiske funktionsevne, og må derfor antages at være en sårbar gruppe, som har behov for en særlig retsbeskyttelse. På denne baggrund mener jeg, der kan stilles spørgsmål ved, om reglerne om stedfortrædende samtykke udgør den nødvendig retsbeskyttelse for disse mennesker i forbindelse med indlæggelse og behandling i psykiatrien. Det burde derfor genovervejes, om der alligevel er behov for beskikkelse af patientrådgivere til denne patientgruppe, selv om de behandles frivilligt. Dette kunne muligvis sikre, at disse patienter fik vejledning og bistand til at påse, om psykiatrilovens regler blev overholdt, og at de dermed fik den beskyttelse, som lovgiveren har tillagt dem.

Jeg mener også, at det bør overvejes, hvorvidt det er rimeligt og hensigtsmæssigt, at den varigt inhabile sindssyge patient, som ikke modsætter sig en indlæggelse i psykiatrien, ikke får den samme retsstilling og retssikkerhed som den, der modsætter sig indlæggelsen. Denne diskussion vil jeg vende tilbage til i næste afsnit om menneskerettighedsbeskyttelsen.

Som beskrevet i kapitel 2 er de varigt inhabile også beskyttet af Grundloven i tilfælde af, at de bliver administrativt frihedsberøvet. Såfremt en varigt inhabil patient modsætter sig

indlæggelse på en psykiatrisk afdeling, som den legale repræsentant har givet samtykke til, vil der være tale om en administrativ frihedsberøvelse i grundlovens forstand. Som Helle Bødker Madsen anfører, så kan hverken den pårørende eller værgeren beslutte en indlæggelse af en sindssyg patient mod dennes vilje.<sup>82</sup> Det samme vil også gøre sig gældende for en varigt inhabil, der ikke er sindssyg. Dette følger bl.a. af, at det i den sidste ende vil være den visiterende sygehuslæge, der træffer afgørelse om en indlæggelse.<sup>83</sup> Ligeledes er både sindssyge og ikke sindssyge beskyttet af hjemmelskravet i grundlovens § 71, stk. 2, i henhold til at blive udsat for administrativ frihedsberøvelse. Retsbeskyttelsen i form af en kvalificeret, nem og effektiv domstolskontrol og et særligt parlamentarisk tilsyn i grundlovens §§ 71, stk. 6 og 7, gælder for de personer, der administrativt bliver berøvet deres frihed udenfor strafferetsplejen. Dette betyder således, som anført af Helle Bødker Madsen, at grundlovsgiverne har forudsat, ”at det var forvaltningsmyndighederne, som skulle beslutte og gennemføre frihedsberøvelse udenfor strafferetsplejen”.<sup>84</sup> Ud fra dette er det grundlovsstridigt at lade pårørende eller andre legale repræsentanter give samtykke til en indlæggelse af en varigt inhabil patient, der modsætter sig indlæggelse på en psykiatrisk afdeling. Dette må indebære, at der efter lovgivningen ikke levnes plads til at fortolke en varigt inhabils modstand som andet end modvilje mod den foreslåede indlæggelse, således at indlæggelsen registreres som en tvangsindlæggelse. Såfremt en varigt inhabil, på trods af en vis modstand, indlægges i psykiatrien efter et stedfortrædende samtykke i sundhedslovens § 18 medfører dette, at grundlovsbeskyttelsen bliver gjort illusorisk for disse patienter. Dette vil betyde en kraftig svækkelse af disse patienters retssikkerhed, hvilket naturligvis ikke vil være acceptabelt.

Grundlovsbeskyttelsen gælder uafhængigt af den domstolskontrol, der er foreskrevet i psykiatrilovens § 37. Det vil således ikke være lovligt for hverken sygehusmyndigheden, eller klageinstanser efter psykiatriloven at afskære en patient eller dennes legale repræsentant fra at udnytte den domstolskontrol, som vedkommende har ret til efter grundlovens § 71, stk. 6. En varigt inhabil, som måtte blive ”frivilligt” indlagt på trods af modstand mod den legale repræsentants samtykke, må efter denne bestemmelse i grundloven have adgang til at få prøvet lovligheden af indlæggelsen efter reglerne i retsplejelovens kapitel 43 a. Den varigt inhabile vil, som tidligere nævnt, ofte være i den situation, at han eller hun er afhængig af, at den legale repræsentant bistår vedkommende med at forelægge en klage for domstolene. Da der er personsammenfald mellem den, der giver et stedfortrædende samtykke, og den, der skal bistå den varigt inhabile med at klage, er det tvivlsomt, om spørgsmålet om lovligheden af frihedsberøvelsen vil blive indbragt for domstolene. Herudfra kan det konkluderes, at det også i forhold til grundlovsbeskyttelsen er helt afgørende, at der ikke må herske tvivl om, hvor langt et stedfortrædende samtykke rækker. Såfremt der er usikkerhed i forhold til sondringen mellem en frivillig og en tvangsmæssig indlæggelse af en varigt inhabil i psykiatrien, kan dette medføre, at disse patienters grundlovsbeskyttelse i det enkelte tilfælde bliver tilsidesat.

Selv om der ikke kan henvises til domspraksis i henhold til at stille spørgsmål ved, om ændringen af psykiatriloven har medført, at der kan forekomme skjult tvang overfor de varigt inhabile patienter, mener jeg ikke, at dette kan tages som et udtryk for, at problemstillingen ikke eksisterer. Eva Naur Jensen skriver følgende om magtanvendelse overfor de varigt inhabile i den kommunale sektor: ”Kun meget sjældent forelægges intervention i selvbestemmelsesretten de almindelige domstole til pådømmelse, bl.a. fordi den pågældende borger sjældent selv evner at klage, og når de pårørende klager på den pågældendes vegne, ses en tendens til, at de tillægger frihedsrettighederne og selvbestemmelsesretten meget lille

---

<sup>82</sup> Madsen og Garde, s. 23.

<sup>83</sup> Ibid., s. 24.

<sup>84</sup> Ibid., s. 25.

betydning i forhold til det beskyttelsesbehov, de oplever hos den pågældende.” Hun henviser i den forbindelse til en landsretsdom og en afgørelse fra Ankestyrelsen.<sup>85</sup> Denne problemstilling mener jeg også er aktuel i forhold til tvang overfor den samme gruppe mennesker i det psykiatriske sygehusvæsen.

#### 4.4. Menneskerettighedsbeskyttelsen

Den Europæiske Menneskeretskonvention (EMRK) er inkorporeret ved lov i Danmark, og det forudsættes derfor, at Folketinget skal lovgive i tråd med de folkeretlige forpligtelser, som Danmark har påtaget sig at leve op til efter konventionen. Ligeledes forudsættes det også, at praksis fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol (EMD) har betydning for dansk ret, da domstolen fortolker konventionens rækkevidde.

EMRK tillægger, ligesom grundloven, individet en række frihedsrettigheder. I forhold til psykiatrilovens tvangsbegreb og lovens hjemmel for administrativ frihedsberøvelse er det især relevant at inddrage EMRK artikel 5, stk. 1, litra e. Dette er en af undtagelsesbestemmelserne til det generelle forbud mod frihedsberøvelse. De varigt inhabile, der er sindssyge, er utvivlsomt omfattet af undtagelsen i artikel 5, stk. 1, litra e, der omhandler ”persons of unsound mind”. Hvorvidt de varigt inhabile, der ikke er sindssyge, er omfattet af undtagelsesbestemmelsen vedrørende administrativ frihedsberøvelse er diskuteret i teorien.<sup>86</sup> Denne diskussion vil jeg ikke inddrage i dette speciale, da psykiatriloven fastlægger personkredsen for, hvem der kan underkastes administrativ frihedsberøvelse i den danske psykiatri, og min diskussion fokuserer på de sindssyge.

Det, der derimod har relevans for specialets problemstilling er den beskyttelse, som de varigt inhabile sindssyge har efter EMRK artikel 5 ved indlæggelse på en psykiatrisk afdeling. Denne beskyttelse består i, at der også i national ret skal være hjemmel for en administrativ frihedsberøvelse, og de processuelle regler skal være iagttaget. Beskyttelsen består endvidere i, at den, som er frihedsberøvet, har ret til domstolskontrol af frihedsberøvelsens lovlighed. Det forhold, at det i EMRK artikel 5 kræves, at frihedsberøvelsen skal være udført i overensstemmelse med de nationale processuelle regler betyder, at der skabes et værn mod vilkårlighed i forbindelse med frihedsberøvelsen. Dette har også EMD direkte udtalt.<sup>87</sup>

Som tidligere beskrevet så får en varigt inhabil sindssyg patient, der forholder sig passiv, ikke den samme retsbeskyttelse ved indlæggelse på en psykiatrisk afdeling som den varigt inhabile patient, der modsætter sig indlæggelsen. Patienten får f.eks. ikke beskikket en patientrådgiver og har ikke adgang til den særlige domstolskontrol. Dette gør sig gældende i de tilfælde, hvor indlæggelsen hviler på et stedfortrædende samtykke, og således anses for at være en frivillig indlæggelse. Der foretages således ikke en vurdering af, om patienten vil blive tvangstilbageholdt, såfremt han eller hun senere modsætter sig indlæggelsen.

I EMD’s dom i sagen H.L. mod Storbritannien fra 2004<sup>88</sup> fandt domstolen det ikke relevant at sondre mellem en faktisk tilbageholdelse af en person og den situation, hvor patienten var eftergivende men ville blive tilbageholdt, såfremt patienten forsøgte at forlade stedet. Sagen vedrørte en voksen mand med autisme, der også var psykisk udviklingshæmmet, og som ikke var i stand til at samtykke til indlæggelsen på en psykiatrisk afdeling. Indlæggelsen blev af myndigheden anset som frivillig, da manden ikke gav udtryk for modstand. EMD kom frem til, at indlæggelsen måtte anses som en frihedsberøvelse i artikel 5’s forstand, da det var klart,

---

<sup>85</sup> Naur Jensen, s. 3.

<sup>86</sup> Se nærmere herom i Østenstad, s. 451 ff. og Naur Jensen, s. 71 ff.

<sup>87</sup> Se bl.a. Winterwerp mod Holland 1979, refereret i Naur Jensen, s. 71.

<sup>88</sup> Se i øvrigt omtale af dommen i Østenstad, s. 221 ff. og Naur Jensen, s. 88 ff.

at manden ville være blevet tvangsindlagt, såfremt han havde modsat sig indlæggelsen. Domstolen fandt det uden betydning, om afdelingen var aflåst eller ej.

Det, som er værd at bemærke ved dommen er, at domstolen også vurderede lovlighedskravet i henhold til beskyttelsen mod vilkårlig behandling. Dette krav fandtes i den aktuelle sag ikke at være opfyldt. I den forbindelse bemærkede EMD sig manglen på processuelle regler i denne situation i forhold til det omfattende regelsæt, som sikrede de tvangsindlagte patienter efter den engelske psykiatrilov. De bemærkede sig også, at der ikke blev udpeget en repræsentant for den inhabile patient, selv om denne patient kunne have behov for dette i samme grad som de patienter, der blev tvangsindlagt.

Jeg mener, at der ud fra denne dom kan rejses spørgsmål ved, om reglerne om stedfortrædende samtykke i sundhedslovens § 18 opfylder formålet i EMRK art. 5. Jeg tænker her på formålet om at beskytte personer mod vilkårlig frihedsberøvelse, og på kravet i artikel 5 om passende retssikkerhedsgarantier. Der kan spørges, om der kan ske vilkårlighed pga. en manglende præcis definition af begreberne "varigt inhabil" og det "at modsætte sig". EMD tog delvis stilling til dette, idet de udtalte, at manglen på en klar definition af begrebet "eftergivende" ikke medførte, at tilbageholdelsen i den konkrete sag var vilkårlig. Derimod kan det ikke ud fra dommen udelukkes, at der kan siges at foreligge vilkårlighed pga. manglende processuelle regler, når en varigt inhabil patient indlægges til behandling på baggrund af et stedfortrædende samtykke. Der er ikke i den danske lovgivning krav om, at lægen skal vurdere tvangspotentialet, når en varigt inhabil sindssyg, der forholder sig passiv, indlægges på en psykiatrisk afdeling med et stedfortrædende samtykke. Indlæggelsen anses som frivillig og dermed ikke en administrativ frihedsberøvelse, selv om vedkommende ville være blevet tvangsindlagt, såfremt han eller hun modsatte sig indlæggelsen. Dette har den betydning, at patienten ikke bliver beskyttet af de formelle retssikkerhedsgarantier i psykiatriloven.

Det, at den passive varigt inhabile patient ikke bliver beskyttet af lovens retssikkerhedsgarantier, er ikke et resultat af ændringen af psykiatrilovens tvangsdefinition. Sådan var retstilstanden også inden ændringen af loven. Dette viser dog, at det er svært at se, hvordan ligestillingen af samtykkereglerne i sundhedsloven og psykiatriloven har styrket denne patientgruppes retssikkerhed. Det vurderes derimod, at der mangler en retssikkerhedsmæssig beskyttelse af de varigt inhabile patienter, der forholder sig passive eller kun protesterer så svagt, at deres tilkendegivelser ikke tillægges vægt. På den måde reglerne er udformet, kan det hævdes, at formålet med indlæggelsen, behandlingsmulighederne og omsorgsperspektivet vægtes i højere grad end retssikkerhedsbeskyttelsen.

## **5. Samtykke til behandling i psykiatrien efter norsk ret**

I dette kapitel perspektiveres der til norsk ret. Der redegøres for tvangsdefinitionen i den norske psykiatrilov og de relevante samtykkeregler i den norske lovgivning i relation til de varigt inhabile voksne patienter. Reglerne bliver sammenholdt med de danske lovregler, og til sidst vurderes det, om forskelligheder i de to landes lovregler medfører en forskellig retsbeskyttelse af de varigt inhabile.

### 5.1. Tvangsdefinitionen i psykisk helsevernloven

Norge har, ligesom Danmark, lovregler, der regulerer anvendelse af tvang i psykiatrien. Disse regler er lovfæstet i Lov om etablering og gennemføring av psykisk helsevern (psykisk helsevernloven).<sup>89</sup> I Norge er de generelle og almindelige gældende patientrettigheder lovfæstet i Lov om pasient- og brukerrettigheter (pasient- og brukerrettighetsloven).<sup>90</sup>

I psykisk helsevernlovens § 1-2, tredje led, defineres, hvad der menes med tvungent psykisk helsevern, altså tvang. Det fremgår af denne bestemmelse, at der med tvang i psykiatrien i Norge menes undersøgelse, behandling, pleje og omsorg af mennesker på grund af psykisk lidelse, uden at der er givet samtykke efter bestemmelserne i pasient- og brukerrettighetsloven. Det fremgår endvidere af psykisk helsevernlovens § 1-5, at pasient- og brugerrettighetsloven gælder for patienter i psykiatrien. Dette betyder, at patienterne i psykiatrien er omfattet af de regler om ret til inddragelse og information samt samtykke, som gælder almindeligt for sygehusbehandling i Norge. De undtagelser, som gælder for psykiatriske patienter, fremgår udtrykkeligt af pasient- og brugerrettighetslovens bestemmelser. Nærmere herom i næste afsnit.

Hovedreglen for samtykke er indsat direkte i psykisk helsevernlovens § 2-1. Heraf fremgår, at psykiatrisk behandling ydes på baggrund af samtykke efter bestemmelserne i pasient- og brugerrettighetsloven, med mindre andet følger af loven. Hovedreglen er således, at undersøgelse, behandling mv. i psykiatrien ydes på baggrund af patientens samtykke. Grænsen mellem frivillighed og tvang i psykiatrien fastlægges dermed af samtykkereglerne i pasient- og brugerrettighetsloven, på samme måde som tvangsdefinitionen i den danske psykiatrilov henviser til samtykkereglerne i sundhedsloven. Det skal nævnes, at der også i den norske psykiatrilov er krav om, at bestemte materielle betingelser skal være opfyldt, før en patient lovligt kan underkastes tvangsforanstaltninger som indlæggelse, tilbageholdelse, m.v. Ligeledes har patienterne i Norge, på samme måde som i Danmark, formelle retssikkerheds-garantier i form af processuelle regler for tvangsanvendelse, samt klagerettigheder. Disse regler beskrives ikke i dette speciale. Det skal dog nævnes, at klagesystemet i Norge er noget anderledes end i Danmark. Norge har f.eks. ikke en patientrådgiverordning, men patienten har i visse tilfælde krav på gratis advokatbistand i forbindelse med klager over tvangsanvendelse i psykiatrien. Den klageinstans, der svarer til det psykiatriske patientklagenævn, kontrollkommissionen, er derimod tillagt en kontrolfunktion, således at de af egen drift fører et vist tilsyn med konkrete afgørelser om anvendelse af tvang. Der er i den norske lovgivning også regler, der svarer til retsplejelovens kapitel 43 a om adgang til nem, hurtig og kvalificeret domstolskontrol for personer, der bliver underlagt administrativ frihedsberøvelse.<sup>91</sup>

En anden forskel i den norske psykiatrilov, i forhold til den danske psykiatrilov, er, at den indeholder en bestemmelse, som indebærer et forbud mod at konvertere en frivillig indlæggelse til en tvangstilbageholdelse. Dette fremgår af lovens § 3-4 og betyder, at en patient, som er frivilligt indlagt på en psykiatrisk afdeling, når som helst kan afslutte behandlingen og forlade afdelingen. Denne bestemmelse blev indsat i loven allerede ved lovens vedtagelse, og er begrundet i hensynet til, at patienter ikke skal undgå at opsøge behandling i psykiatrien af frygt for at blive tvangsindlagt. Ved en lovrevision i 2006 blev der indsat en undtagelsesbestemmelse til dette konverteringsforbud. Denne undtagelsesbestemmelse fastsætter, at konverterings-forbuddet ikke gælder i situationer, hvor udskrivelse vil indebære, at patienten på grund af sin sindslidelse vil udgøre en nærliggende og alvorlig fare for eget eller andres liv

<sup>89</sup> LOV 1999-07-02 nr. 62 Lov om etablering og gennemføring av psykisk helsevern.

<sup>90</sup> LOV 1999-07-02 nr. 63: Lov om pasient- og brukerrettigheter.

<sup>91</sup> LOV 2005-06-17 nr. 90, Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven), kapitel 36.



eller helbred. Det fremgår af forarbejderne, at der er tale om en snæver undtagelsesbestemmelse, og at der skal rigtigt meget til, før denne undtagelsesbestemmelse kan bringes til anvendelse.<sup>92</sup>

## 5.2. Samtykkereglerne i pasient- og brugerrettighedsloven

Som det fremgår af ovenstående, så gælder samtykkereglerne i den norske pasient- og brugerrettighedslov også ved indlæggelse, ophold, behandling m.v. på en psykiatrisk afdeling. Kapitel 4 i denne lov indeholder hovedreglerne om samtykke til behandling i sundhedsvæsenet, medens lovens kapitel 4 A fastsætter bestemmelser, der regulerer behandling af patienter uden samtykkekompetence, som modsætter sig behandlingen.

I pasient- og brugerrettighedsloven § 4-1 fastslås hovedreglen om, at behandling kun kan gives på baggrund af patientens informerede samtykke. På samme måde som i den danske sundhedsret er det bestemt, at et informeret samtykke kan være skriftligt, mundtligt eller efter omstændighederne stiltiende. Passivitet er således ikke tilstrækkelig. Lovens § 4-3 tager stilling til, hvem der har samtykkekompetence. Heraf fremgår det, at myndige personer og mindreårige over 16 år har samtykkekompetence, med mindre andet følger af særlige lovbestemmelser. Af selve lovteksten fremgår det, at samtykkekompetencen kan bortfalde helt eller delvist, såfremt patienten på grund af fysiske eller psykiske forstyrrelser, senil demens eller psykisk udviklingshæmning åbenbart ikke er i stand til at forstå, hvad samtykket omfatter. Der er tale om en snæver undtagelsesbestemmelse.<sup>93</sup> Ligeledes er det i samme bestemmelse fastlagt, at det er den behandlingsansvarlige sundhedsperson, som træffer afgørelse om, hvorvidt patienten mangler evnen til at give et gyldigt samtykke. Denne afgørelse skal være skriftlig og begrundet, og skal om muligt straks fremlægges for patienten og dennes nærmeste pårørende. En afgørelse om manglende samtykkekompetence kan påklages til Helsetilsynet i fylket, hvilket svaret til embedslægeinstitutionen under Sundhedsstyrelsen i Danmark. Dette fremgår af lovens § 7-1.

Pasient- og brugerrettighedslovens § 4-6 omhandler patienter over 18 år, som ikke har samtykkekompetence. Såfremt en voksen inhabil patient, som mangler evnen til at give et samtykke, har behov for behandling, kan den behandlingsansvarlige sundhedsperson træffe afgørelse om at give denne behandling. Dette gælder behandling, som er af mindre indgribende karakter med hensyn til omfang og varighed. Såfremt det drejer sig om behandling, som indebærer et alvorligt indgreb for den inhabile patient, stilles der nogle yderligere krav for, at behandlingen kan iværksættes. Dette kan f.eks. være indlæggelse eller indtag af medicin, der kan give alvorlige bivirkninger.<sup>94</sup> Der stilles i så fald krav om, at behandlingen må anses for at være i patientens interesse, og at det er sandsynligt, at patienten ville have givet tilladelse til en sådan behandling. Samtidig skal der, om muligt, indhentes information fra patientens nærmeste pårørende om, hvad patienten ville have ønsket. I disse situationer kan den behandlingsansvarlige sundhedsperson træffe afgørelse om at give behandlingen efter samråd med andre sundhedspersoner. Det skal fremgå af patientens journal, hvad de nærmeste pårørende har oplyst, samt hvad andre sundhedspersoner har udtalt. Det skal bemærkes, at efter ordlyden i § 4-6, andet led, har pårørende kompetence til at samtykke på patientens vegne til behandling af indgribende karakter. Under lovbehandlingen i Stortinget, blev det imidlertid udtalt, at bestemmelsens andet led tillægger pårørende en myndighed og et ansvar, de sandsynligvis ikke fuldt ud burde have.<sup>95</sup> I kommentarerne til psykisk helsevernloven

---

<sup>92</sup> Ot.prp.nr.65 (2005–2006), s. 64.

<sup>93</sup> Psykisk helsevernloven, s. 24.

<sup>94</sup> Pasientrettighedsloven, s. 34 f.

<sup>95</sup> Ibid., s. 35.

anføres det, at også behandling, som indebærer et alvorligt indgreb for patienten, beslutes af sundhedspersoner.<sup>96</sup> De pårørende er således ikke tillagt en egentlig samtykkekompetence på samme måde som i den danske sundhedslov.

Den afgørelseskompetence, som sundhedspersoner er tillagt efter pasient- og brugerrettighedslovens § 4-6, gælder ikke, såfremt patienten modsætter sig behandlingen. Dette betyder dog ikke, at bestemmelsen ikke finder anvendelse i forbindelse med behandling i psykiatrien. Sundhedspersoner kan beslutte at give behandling for psykiske lidelser efter bestemmelsen, såfremt patienten ikke har eller antages at have en alvorlig sindslidelse. Dette følger af lovens § 4-3 femte led, hvoraf det fremgår, at undersøgelse og behandling af psykiske lidelser hos personer, der mangler samtykkekompetence, og som har eller antages at have en alvorlig sindslidelse eller modsætter sig behandling, kun kan ske med hjemmel i psykisk helsevernloven. For patienter, som er under personligt værgemål, kan værgeren give samtykke til behandling, jf. lovens § 4-7.

I 2009 blev der indsat et nyt kapitel i pasient- og brugerrettighedsloven, kapitel 4 A, som regulerer adgangen til at give behandling til patienter uden samtykkekompetence, der modsætter sig behandlingen. Disse regler blev indsat for at sikre nødvendig behandling til denne målgruppe af patienter. Samtidig skal reglerne forebygge og begrænse brugen af tvang ved, at der er fastlagt strenge vilkår for at give behandling med tvang og gennem særlige sagsbehandlings, kontrol- og klageregler.<sup>97</sup> Bestemmelserne gælder somatisk behandling til personer med demens, udviklingshæmning og fysiske og psykiske forstyrrelser. De gælder derimod ikke for undersøgelse og behandling af psykiske lidelser uden eget samtykke, jf. lovens § 4 A-2, der fastslår, at dette kun kan ske med hjemmel i psykisk helsevernloven. Selv om bestemmelserne i kapitel 4 A ikke giver hjemmel for tvungen behandling af psykiske lidelser, kan patienter med psykiske lidelser alligevel få somatisk behandling efter disse regler. Det bemærkes, at det i vejledningen til loven nævnes, at såfremt der viser sig en konflikt mellem individets rettigheder efter loven og efter EMRK, da vil EMRK gælde.<sup>98</sup>

Som det ses af ovenstående gennemgang af den norske lovgivning, reguleres adgangen til at indlægge og behandle en voksen varigt inhabil patient, som mangler samtykkekompetence, efter forskellige bestemmelser i henholdsvis sundheds- og psykiatrilovgivningen. Såfremt denne patient ikke modsætter sig behandlingen, kan en eller flere sundhedspersoner træffe afgørelse om behandling, det gælder både somatisk og psykiatrisk behandling. Dette gælder dog ikke, hvis patienten har, eller må antages at have, en alvorlig sindslidelse. Hvis den samme patient modsætter sig behandling, er der hjemmel til somatisk tvangsbehandling i pasient- og brugerrettighedsloven. Psykiatrisk behandling, som patienten modsætter sig, kan derimod kun ske efter reglerne om tvang i psykisk helsevernloven. Det samme gælder også for al behandling af alle personer, som har, eller må antages at have, en alvorlig sindslidelse. Der er ikke tillagt de pårørende en egentlig ret til at give et stedfortrædende samtykke, og en personlig værger kan kun give samtykke til behandling, som patienten ikke modsætter sig. Det skal til sidst nævnes, at det i lovforarbejderne og vejledningerne til de norske samtykkeregler er beskrevet og uddybet, hvordan en vurdering af en patients samtykkekompetence skal foretages. På samme måde er der også givet vejledning til sundhedspersonerne i, hvilke momenter der skal tages hensyn til i vurderingen af, i hvilken grad en patient må siges at modsætte sig behandling. Ligeledes ses der i udvalgsarbejdet til revision af den norske

---

<sup>96</sup> Psykisk helsevernloven, s. 24.

<sup>97</sup> Rundskriv 07/08, s. 3.

<sup>98</sup> Ibid., s. 12.

psykiatrilov og andre lovdokumenter en relativt omfattende beskrivelse af forholdet til menneskerettighederne.<sup>99</sup>

### 5.3. Dansk retstilstand sammenholdt med norsk

Som det ses af det ovenstående, så har den norske lovgivning mange lighedstræk med den danske lovgivning, dog findes der også væsentlige forskelle i de to landes lovgivninger. En af disse forskelle er, at der i den norske psykiatrilov er indsat et forbud mod at konvertere en frivillig indlæggelse til tvang. Et sådant konverteringsforbud blev også diskuteret i forbindelse med forarbejderne til den danske psykiatrilov. Et af de argumenter, som udvalget fremførte for at indføre et konverteringsforbud var, *”at rene praktiske hensyn ikke bør spille nogen afgørende rolle, når der er tale om at indføre øget retssikkerhed, fordi opfyldelse af retsgarantier skal være besværlig”*. Udvalget fandt dog ikke grund til at indføre et sådant forbud. Udvalget fandt bl.a., at det ville være upraktisk og en ren formalitet, hvis man lod en tvangstilbageholdelig patient forlade afdelingen, for derefter at lade patienten blive modtaget af politi og eventuelt en anden læge umiddelbart uden for sygehuset, hvorfra tvangsindlæggelse da vil finde sted.<sup>100</sup> Det vurderes derfor, at udvalget valgte at lægge større vægt på, at reglerne ikke skulle blive for bureaukratiske og besværlige at håndtere i praksis, end at sikre patienternes retssikkerhed i alle tænkelige situationer. Denne holdning kan også udledes af udvalgets diskussion omkring en eventuel ændring af lovens tvangsdefinition, som refereret i afsnit 3.1.1.

Hvis konverteringsforbuddet sammenholdes med diskussionen om de varigt inhabiles retssikkerhed ved indlæggelse og behandling på en psykiatrisk afdeling, kan der argumenteres for, at et sådant forbud i loven medfører en styrkelse af retssikkerheden. Et konverteringsforbud i den danske psykiatrilov vil medføre, at en varigt inhabil patient, der er frivilligt indlagt på baggrund af et stedfortrædende samtykke, kan forlade afdelingen og, såfremt han eller hun skal tvangsindlægges, så skal de materielle og processuelle regler i psykiatriloven følges. Dette vil efter dansk lovgivning betyde, at den pågældende patient herefter skal vurderes af en læge, der ikke er ansat på den psykiatriske afdeling, og at politiet skal påse, om betingelserne for at tvangsindlægge vedkommende er opfyldt, herunder at de processuelle regler er fulgt. Dette i modsætning til den nuværende retsstilling som indebærer, at overlægen kan tvangstilbageholde den pågældende, uden at andre læger eller politi involveres i frihedsberøvelsen.

Når konverteringsforbuddet sammenholdes med EMD's udtalelser i H.L. mod Storbritanien, ses det, at konverteringsforbuddet har betydning i forhold til beskyttelsen i EMRK artikel 5. Såfremt en frivilligt indlagt varigt inhabil sindssyg patient, vil blive udskrevet, når han eller hun giver udtryk for, at vedkommende ikke fortsat vil være indlagt på den psykiatriske afdeling, bringer dette således indlæggelsen udenfor reglerne om administrativ frihedsberøvelse. Der foreligger på den måde ikke et tvangspotentiale med den virkning, at indlæggelsen på trods af patientens passivitet skal betragtes som en frihedsberøvelse i EMRK artikel 5's forstand. I Norge har konverteringsforbuddet dog ingen betydning i forhold til den varigt inhabile voksne patient, der er sindssyg, da indlæggelsen i alle tilfælde vil blive registreret som en tvangsindlæggelse.

I Norge har man ingen patientrådgiverordning, og dette kan umiddelbart vurderes som en svækkelse af retssikkerheden i forhold til i Danmark. Det er min vurdering, at dette ikke kan opvejes af reglerne i den norske psykiatrilov om ret til advokatbistand. Dette er begrundet i, at patienten først får bistand af en advokat i de tilfælde, hvor patienten vælger at klage. Dette er

<sup>99</sup> Se nærmere herom NOU 2011:09, s. 60 ff. og s. 143 ff.

<sup>100</sup> En nærmere redegørelse for udvalgets synspunkter om dette spørgsmål findes i betænkning nr. 1068/1986, s. 248 ff.

retssikkerhedsmæssigt betænkeligt i forhold til de varigt inhabile, der ikke selv er i stand til at udtrykke deres holdninger. Disse patienter bliver således, på samme måde som ved en frivillig indlæggelse i Danmark, afhængige af at have en værge eller pårørende, der varetager deres interesser på dette område. På den anden side er den formelle klageinstans i Norge tillagt en tilsynsfunktion og kan tage sager op af egen drift. Denne bestemmelse i loven har dog ikke karakter af en formel retssikkerhedsgaranti, som den enkelte patient kan påberåbe sig.

De norske samtykkeregler adskiller sig også væsentligt fra den danske lovgivning ved, at de pårørende ikke er tillagt en egentlig kompetence til at give et stedfortrædende samtykke på vegne af den varigt inhabile. I stedet træffer en eller flere sundhedspersoner en formel afgørelse om f.eks. indlæggelse. Den norske lovgivning sonderer her mellem, om en påtænkt behandling er af mindre indgribende eller mere alvorlig karakter i relation til de krav, der stilles til afgørelsen om iværksættelse af behandlingen. Denne sondring har vi ikke i de danske regler om stedfortrædende samtykke fra de pårørende, som må antages at være de regler, der oftest kommer i anvendelse når en varigt inhabil patient behandles i sundhedsvæsenet. Der er endvidere krav om, at sundhedspersonen træffer en skriftlig og begrundet afgørelse om, at den varigt inhabile mangler evnen til at give samtykke, og samtidig er klageadgangen vedrørende denne afgørelse direkte fastsat i samme lov. I Norge har man således valgt at fastsætte procedureregler vedrørende afgørelsen om samtykkekompetence i den lov, der regulerer patientens rettigheder på dette område. Hermed undgår man, at der skabes tvivl om, hvem der egentlig træffer beslutningen om indlæggelse, og hvor langt et stedfortrædende samtykke rækker, jf. min tidligere diskussion af denne problemstilling.

Endelig er der ikke i de almindelige samtykkeregler i den norske pasient- og brugerrettighedslov hjemmel til at behandle en patient med en alvorlig sindslidelse, uanset om patienten forholder sig passivt. På den måde bliver den varigt inhabile voksne patient, der er sindssyg og udviser passivitet, sikret, at indlæggelse og behandling i disse tilfælde bliver registreret som tvangsindgreb. Dette har en retssikkerhedsmæssig betydning, da patienten således er omfattet af de formelle retssikkerhedsgarantier, som er lovfæstet i den norske psykiatrilov. Det vurderes derfor samlet set, at de mere detaljerede norske samtykkeregler giver de varigt inhabile patienter en bedre retssikkerhed end de mere generelle samtykkeregler i den danske lovgivning.

## **6. Konklusion og perspektivering**

I dette sidste kapitel konkluderes og perspektiveres der på specialets problemstilling, herunder vurderes det, om problemformuleringen er besvaret, samt om det giver anledning til overvejelser omkring uhensigtsmæssigheder i den gældende lovgivning.

Specialets hovedformål har været at beskrive og analysere samspillet mellem psykiatrilovens tvangsdefinition og samtykkereglerne i sundhedsloven med fokus på de varigt inhabiles retsstilling og retssikkerhed ved indlæggelse og behandling på en psykiatrisk afdeling. Baggrunden for dette har været, at psykiatrilovens tvangsdefinition blev ændret ved en lovrevision i 2006, og at det her fremgik, at lovforslagets overordnede formål var at styrke patienternes retsstilling og retssikkerhed på en række områder i forbindelse med anvendelsen af tvang i psykiatrien. Da lovændringen indebar, at reglerne om stedfortrædende samtykke i sundhedsloven kom til at gælde for behandling i psykiatrien, har det også været ønsket at søge besvaret, om ændringen af psykiatrilovens tvangsdefinition har styrket denne patientgruppes retsstilling og retssikkerhed. Herunder har det også været et mål at undersøge, om de nuværende regler om stedfortrædende samtykke er egnede til at sikre de varigt inhabile patienters retssikkerhed i forbindelse med indlæggelse og behandling i psykiatrien og i

benægtende fald vurdere, om det giver anledning til overvejelser omkring uhensigtsmæssigheder i den gældende lovgivning. For at besvare de rejste spørgsmål har specialet inddraget grundlovsbeskyttelsen og menneskeretsbeskyttelsen samt sammenholdt den danske retstilstand med norsk ret. Specialet har fokuseret på indlæggelse af varigt inhabile sindssyge voksne på en psykiatrisk afdeling.

Analysen af samspillet mellem psykiatrilovens tvangsdefinition og samtykke-reglerne i sundhedsloven viser, at retsstillingen for de varigt inhabile patienter, der forholder sig passive er ændret, da lovændringen indebar, at de nu ikke kan indlægges frivilligt, uden at der foreligger et samtykke fra patientens legale repræsentant. Det synes forudsat i loven, at kravet om et stedfortrædende samtykke og patientens ret til at blive inddraget, skal udgøre en retssikkerhedsmæssig beskyttelse af den varigt inhabile. Herudfra ses det, at lovgiver har ønsket at styrke denne patientgruppes retssikkerhed. Det diskuteres, om dette ønske er opfyldt. I den forbindelse stilles der spørgsmål ved, om det er hensigtsmæssigt, at der er personsammenfald mellem den person, der giver samtykke til en indlæggelse eller anden foranstaltning i psykiatrien, og den person, der skal bistå patienten med at klage over eventuelle fejl og mangler ved behandlingen på den psykiatriske afdeling. Ligeledes stilles der spørgsmål ved, om det altid er givet, at de pårørende reelt og objektivt varetager den varigt inhabiles interesser i forbindelse med en sygdomsbehandling, og om deres kompetence til at give et stedfortrædende samtykke dermed kan siges at udgøre en retssikkerhedsmæssig beskyttelse af den varigt inhabile patient.

Analysen viser også, at der efter den gældende lovgivning kan ske en frivillig indlæggelse af en varigt inhabil patient, der potentielt er en administrativ frihedsberøvelse, uden at indlæggelsen behandles som sådan. Dette er et resultat af, at der ved en frivillig indlæggelse ikke sker en inddragelse af, hvorvidt der foreligger et tvangspotentiale, samt at der i den danske psykiatrilov ikke er et forbud mod at konvertere en frivillig indlæggelse til en tvangsindlæggelse. Selvom en varigt inhabil sindssyg patient, der forholder sig passiv ved indlæggelsen, vil blive tvangstilbageholdt, såfremt han eller hun vil ønske at forlade afdelingen, bliver indlæggelsen ikke registreret som en tvangsindlæggelse. Dette kan være i strid med beskyttelsen mod vilkårlig frihedsberøvelse og kravet om passende retssikkerhedsgarantier i EMRK artikel 5, jf. dommen H.L. mod Storbritannien afsagt af EMD i 2004. Dette er ikke konsekvens af lovændringen men viser, at udformningen af psykiatrilovens nuværende tvangsdefinition ikke altid er egnet til, at sikre de varigt inhabile patienters retssikkerhed i forbindelse med behandling i psykiatrien.

Analysen fastslår, at der ved lovændringen ikke er ændret på selve sondringen mellem frivillighed og tvang, udover at passivitet ikke længere kan udgøre et samtykke til indlæggelse og behandling. Loven definerer ikke imidlertid ikke en grænse mellem passivitet og modstand fra den varigt inhabiles side, og der kan derfor opstå en risiko for en uensartet praksis hos sundhedspersoner i forhold til, hvad man anser som en protest fra den varigt inhabiles side. Praksiseksempler fra børne- og ungdomspsykiatrien viser, at lovændringen har medført, at et stedfortrædende samtykke i nogle tilfælde accepteres som hjemmel for indgreb, som egentlig har karakter af tvang, og at der dermed forekommer en skjult tvang. Frivilligt indlagte, som ikke protesterer klart og tydeligt, kan dermed blive udsat for tvang, som ikke registreres, med den virkning, at de afskæres fra den beskyttelse, som de formelle retssikkerhedsgarantier i loven tillægger dem. Da det ikke kan udelukkes, at det samme gør sig gældende for de varigt inhabile, må det konkluderes, at lovændringen kan have svækket denne patientgruppes retssikkerhed.

Når samtykkereglerne sammenholdes med norsk ret bliver det tydeligt, at der i den danske lovgivning mangler processuelle regler og særlige klageregler i forbindelse med, at sundheds-

personer træffer afgørelse om, hvorvidt en varigt inhabil patient mangler samtykkekompetence. I Norge sondres der også mellem samtykke til og beslutninger om mindre indgribende behandling og mere alvorlige indgreb. I sundhedsloven sondres der ikke mellem hvilke indgreb, der kan gives stedfortrædende samtykke til. Dette medfører en risiko for, at indgreb, som har karakter af tvangsindgreb, som f.eks. bæltefiksering af en patient, ikke bliver registreret som tvang.

Det, at den passive varigt inhabile patient ikke bliver beskyttet af psykiatrilovens retssikkerhedsgarantier er ikke et resultat af ændringen af psykiatrilovens tvangsdefinition. Sådan var retstilstanden også inden ændringen af loven. Dette viser dog, at ligestillingen af samtykkereglerne i sundhedsloven og psykiatriloven ikke har styrket denne patientgruppes retssikkerhed. Det kan derfor konkluderes, at der mangler en retssikkerhedsmæssig beskyttelse af de varigt inhabile patienter, der forholder sig passive eller kun protesterer så svagt, at deres tilkendegivelser ikke tillægges vægt. Det vurderes derfor, at udformningen af psykiatrilovens nuværende tvangsdefinition ikke er egnet til at sikre de varigt inhabile patienters retssikkerhed i forbindelse med behandling i psykiatrien.

Det vurderes, at der er uhensigtsmæssigheder i den nuværende lovgivning, som bør løses, og at dette kan ske ved at ændre lovgivningen med inspiration fra norsk ret. Det bør overvejes, om der skal indføres et konverteringsforbud i den danske psykiatrilov, eller alternativt, om indlæggelse af en varigt inhabil sindssyg altid skal behandles som en tvangsindlæggelse. På den måde sikres det, at de varigt inhabile får den samme retsbeskyttelse som en beslutningshabil, der ikke samtykker til en indlæggelse. Det bør også overvejes, om reglerne om stedfortrædende samtykke i sundhedslovens § 18 skal erstattes af regler om, at det er en eller flere sundhedspersoner, der skal træffe afgørelse om behandling af en varigt inhabil, der ikke modsætter sig behandling, således at der ikke opstår tvivl om, at det er de professionelle sundhedspersoner, der træffer beslutningen om indlæggelse. Alternativt kan det i stedet overvejes, om ikke alle varigt inhabile, som indlægges i psykiatrien, burde have en patientrådgiver, uanset hvem der giver samtykke til behandling. På den måde vil de være sikret professionel og uvildig bistand i forbindelse med indlæggelse og behandling, uanset om de opfylder betingelserne for tvangsindlæggelse eller ej. Til sidst bør det overvejes at stille specifikke krav i lovgivningen til, hvordan sundhedspersonerne skal inddrage den varigt inhabile patient og vurdere dennes tilkendegivelser, samt indsætte processuelle retssikkerhedsgarantier i forbindelse med afgørelser om samtykkekompetence.

Overordnet set er det min vurdering, at specialets problemformulering besvares gennem analysen af gældende ret. Konklusionen kan dog siges at være behæftet med en vis usikkerhed, da der ikke kan henvises til konkret retspraksis, der kan bekræfte, at ændringen af psykiatriloven har medført, at der forekommer skjult tvang overfor de varigt inhabile patienter. Jeg mener imidlertid ikke, at dette kan tages som et udtryk for, at problemstillingen ikke eksisterer. Manglende kritik af lovreglerne eller manglende retspraksis må ikke være et argument for at undlade at sikre retssikkerheden. Den svage paternalistiske holdning om, at det er til deres eget bedste og skal sikre dem den nødvendige behandling kan blive en etisk retfærdiggørelse af manglende regler. Indlæggelse på en psykiatrisk afdeling kan både opleves som, og være, en frihedsberøvelse, uanset at der er givet et stedfortrædende samtykke til indlæggelsen. Tvangsindgreb overfor borgere er altid alvorligt, og alle borgerne er beskyttet af et forvaltningsretligt proportionalitetsprincip. Der bør ikke kunne stilles et omvendt proportionalitetsprincip op for at begrænse lovreguleringen i de tilfælde, hvor det ikke er sikkert, at dette modsvarer af en tilsvarende retssikkerhed for den varigt inhabile borger. Et ønske om at undgå bureaukratiske regler i lovgivningen harmonerer således ikke med den grundlæggende ret til personlig frihed og selvbestemmelse, som alle danske patienter

har. Bureautisering bør således ikke accepteres som et argument for at undlade at have en detaljeret lovgivning på et retsområde, hvor omfattende regler netop har til formål at beskytte den borger, der på grund af nedsat psykisk funktionsevne ikke kan tage vare på sig selv.

## Kildefortegnelse

Teksten markeret med kursiv er den i specialets fodnoter anvendte forkortelse.

## Litteratur

- Andersen:* Jon Andersen: Socialforvaltningsret, 4. udgave, Nyt Juridisk Forlag, 2012.
- Aslak Syse:* Det menneskerettslige vernet mot frihetsberøvelse og tvang i behandlingsøyemed innenfor psykiatrien, Nordic Journal of Human Rights 2006, nr. 04.
- Gammeltoft-Hansen m.fl.:* Hans Gammeltoft-Hansen, Jon Andersen, Morten Engberg, Kaj Larsen, Karsten Loiborg og Jens Olsen: Forvaltningsret, 2. udgave, Djøf Forlag, 2002.
- Germer:* Peter Germer: Statsforfatningsret, 3. udgave, Djøf Forlag, 2001.
- Hartlev m.fl.:* Mette Hartlev, Ulla Hybel og Peter Bak Mortensen: Sundhed og Jura, 1. udgave, Djøf Forlag, 2013.
- Kristensen:* Kent Kristensen: Sundhedsjura, 4. udgave, Gads Forlag, 2011.
- Madsen og Garde:* Helle Bødker Madsen sammen med Jens Garde: Psykiatiret, 1. udgave, Djøf Forlag, 2013.
- Madsen:* Helle Bødker Madsen: Sundhedsret, 2. udgave, Djøf Forlag, 2010.
- Naur Jensen:* Eva Naur Jensen: Magtanvendelse overfor voksne ved udførelse af opgaver på servicelovens område, Juridisk Institut, Aarhus Universitet, 2013.
- Nørgaard m.fl.:* Carl Aage Nørgaard, Jens Garde og Karsten Revsbech: Forvaltningsret Sagsbehandling, 5. udgave, Djøf Forlag, 2001.
- Zahle:* Danmarks Riges Grundlov med kommentarer, redigeret af Henrik Zahle, 2. udgave, Djøf Forlag, 2006.

- Østenstad:* Bjørn Henning Østenstad: Heimelsspørgsmål i behandling og omsorg overfor psykisk utviklingshemma og aldersdemente, Fagbokforlaget, 2011.
- U.2011B.125:* Helle Bødker Madsen: Forvaltningslovens afgørelsesbegreb - beslutninger i tilknytning til patientbehandling.
- Love, lovforslag, betænkninger m.v.:**
- Autorisationsloven:* Lov om autorisation af sundhedspersoner og om sundhedsfaglig virksomhed, jf. lovbekendtgørelse nr. 877 af 4. august 2011.
- Betænkning nr. 1068/1986* Principbetænkning om tvang i psykiatrien.
- Betænkning nr. 1109/1987* Afsluttende udtalelse vedrørende udformningen af en ny lov om frihedsberøvelse og anden tvang i psykiatrien.
- EMRK:* Lov om Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, Lov nr. 285 af 29. april 1992.
- LF nr. 140 2005/2006:* Revision af psykiatriloven.
- LF nr. 15 1997/98:* Forslag til lov om patienters retsstilling.
- LF nr. 74 2004/2005:* Forslag til Sundhedsloven.
- LSF nr. 76 1988/1:* Forslag til Lov om frihedsberøvelse og anden tvang i psykiatrien.
- Ministernotat 29. marts 2011:* Indenrigs- og Sundhedsministeriet: Notat om eventuel behandlingsmulighed i forhold til inhabile patienter som afviser at give samtykke til behandling.
- NOU 2011:09* Norges offentlige utredninger: Økt selvbestemmelse og rettssikkerhet.
- Ot.prp.nr.65(2005–2006):* Det Kongelige Helse- og Omsorgsdepartement: Om lov om endringer i psykisk helsevernloven og pasientrettighetsloven m.v.
- Pasientrettighetsloven:* Sosial- og helsedirektoratet: Lov om pasientrettigheter med merknader, IS-12/2004.



<i>Psykiatriloven:</i>	Lov om anvendelse af tvang i psykiatrien, jf. lovbekendtgørelse. nr. 1729 af 2. december 2010.
<i>Psykisk helsevernloven:</i>	Helsedirektoratet: Psykisk helsevernloven og psykisk helsevernforskriften med kommentarer, IS-9/2012.
<i>Retsplejeloven:</i>	Lov om rettens pleje, jf. lovbekendtgørelse nr. 1139 af 24. september 2013.
<i>Rundskriv 07/08:</i>	Helsedirektoratet : Lov om pasientrettigheder kapittel 4 A – Helsehjelp til pasienter uden samtykkekompetanse som motsetter seg helsehjelpen, IS-10/2008.
<i>Sundhedsloven:</i>	Sundhedsloven, jf. lovbekendtgørelse. nr. 913 af 13. juli 2010.
<i>Twisteloven:</i>	Lov om mækling og rettergang i sivile tvister, lov nr. 90 af 17. juni 2005.

## **Domme**

<i>H.L. mod Storbritannien:</i>	H.L. mod United Kingdom, 05/01/2005, Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol.
<i>U 1994.192 V:</i>	Vestre Landsrets kendelse af 1. december 1993, 3. afdeling, sag B-2496-93.
<i>U 1995.529 V:</i>	Vestre Landsrets dom af 28. marts 1995, 8. A afdeling, sag B-2354-94.
<i>U 1996.1242 V:</i>	Vestre Landsrets dom af 20. juni 1996, 5. afdeling, sag B-0431-96.
<i>U 1998.127 V:</i>	Vestre Landsrets dom af 15. oktober 1997, 10. afdeling, sag B-1293-97.
<i>U.2004.2184 V:</i>	Vestre Landsrets dom af 19. maj 2004, 7. afdeling, sag B-0723-04.

## **Årsberetninger, rapporter m.v.**

<i>Etisk Råd 2011:</i>	Sygdomsbehandling af inhabile demente, udtalelse fra Det Etiske Råd, 26. oktober 2011.
------------------------	--

<i>PKN 1997-2011:</i>	Praksissammenfatning vedrørende Psykiatriske ankesager 1997-2011 fra Det Psykiatriske Ankenævn.
<i>PKN 1998-2007:</i>	Sammenfatning af nævnets praksis vedrørende informeret samtykke samt journalføring heraf 1998-2007 fra Sundhedsvæsenets Patientklagenævn.
<i>Sundhedsstyrelsen 2011:</i>	Anvendelse af tvang i psykiatrien 2010, opgørelse fra Sundhedsstyrelsen, oktober 2011.
<i>Årsberetning 2011:</i>	Årsberetning 2011 fra Det Psykiatriske Ankenævn.

### **Bekendtgørelser og vejledninger**

Bekendtgørelse om anvendelse af anden tvang end frihedsberøvelse på psykiatriske afdelinger, bek. nr. 1338 af 2. december 2010.

Bekendtgørelse om autoriserede sundhedspersoners patientjournaler, bek. nr. 3 af 2. januar 2013.

Bekendtgørelse om fremgangsmåden ved gennemførelse af tvangsindlæggelser, bek. nr. 1340 af 2. december 2010.

Bekendtgørelse om information og samtykke og om videregivelse af helbredsoplysninger m.v., bek. nr. 665 af 14. september 1998.

Bekendtgørelse om patientrådgivere, bek. nr. 1341 af 2. december 2010.

Bekendtgørelse om samtaler efter ophør af en tvangsforanstaltning på psykiatriske afdelinger, bek. nr. 1493 af 14. december 2006.

Bekendtgørelse om tvangsprotokoller og optegnelser samt registrering og indberetning af tvang samt udskrivningsaftaler og koordinationsplaner på psykiatriske afdelinger, bek. nr. 1342 af 2. december 2010.

Bekendtgørelse om underretning og klagevejledning i forbindelse med anvendelse af tvang i psykiatrien, bek. nr. 1343 af 2. december 2010.

Vejledning om information og samtykke og om videregivelse af helbredsoplysninger m.v., vejl. nr. 161 af 16. september 1998.

Vejledning om udfyldelse af tvangsprotokoller (registrering af anvendelse af tvang i psykiatrien, herunder registrering af foranstaltninger over for mindreårige) samt registrering af anvendelse af udskrivningsaftaler/koordinationsplaner, vejl. nr. 9713 af 20. december 2011.

## **Hjemmesider**

<http://ugeskriftet.blogspot.dk/2012/05/behov-for-legal-tvang.html>

<http://www.psykisksaarbar.dk/subpage362.aspx>

<http://politiken.dk/indland/article1010284.ece>

<http://politiken.dk/indland/ECE1008799/tvang-mod-mindreaarige-holdes-skjult/>

<http://www.etiskraad.dk/da-dk/Nyhedsarkiv/2011/oktober/Sygdomsbehandling-af-inhabiledemente.aspx#sthash.bRJC1wvh.dpbs>

[www.ft.dk](http://www.ft.dk)

<http://lovdata.no/>

<http://www.helsetilsynet.no>

<http://helsedirektoratet.no/lover-regler>