

Responsum om tvang i nye socialpsykiatriske afdelinger

Ifølge *Handlingsplan til forebyggelse af vold på botilbud*¹ og lovforslaget² kan borgere indskrives på de nye afdelinger både med og uden samtykke. Det foreslås desuden lovfæstet i § 42 d, at afdelingsledelsen til stadighed skal forsøge at opnå patientens samtykke til opholdet, ligesom det fremgår af aftalen, at "[b]orgerens handlekommune samt øvrige fagpersoner (herunder læger og psykiatere) [...] i videst muligt omfang [skal] søge at motivere den enkelte til et ophold på afdelingen".³

Adgangen til tvangsindskrivning på de socialpsykiatriske afdelinger skal vurderes i relation til grundlæggende frihedsrettigheder, som i dansk ret er beskyttet i grundloven og EMRK, ligesom det forhold, at målgruppen er voksne med nedsat psykisk funktionsevne og/eller svære sociale problemer, gør det relevant at vurdere, om forslaget er i overensstemmelse med FN's Handicapkonvention.⁴

Afsnit 1 beskæftiger sig med reglerne om tvangsindskrivning. Men når man ifølge forslaget vil lovfæste en pligt til at forsøge at *afværge* indskrivning med tvang *gennem overtalelse til frivillig indskrivning*, så bliver afgrænsningen mellem tvang og frivillighed afgørende. Spørgsmålet om, hvorvidt personer omfattet af persongruppen *overhovedet vil være i stand til at give et bindende samtykke til indskrivning*, bliver samtidig afgørende. Begge disse emner behandles derfor i afsnit 2. I afsnit 3 behandles spørgsmålet om udvidelse af personkredsen, der kan flyttes med tvang, og afsnit 4 behandler kort de retssikkerhedsmæssige problemer, der kan være forbundet med vanskeligt gennemskuelige klageregler.

1. Indskrivning uden samtykke (tvangsindskrivning)

Tvangsindskrivning, grundloven

Det følger af grundlovens § 71, at den personlige frihed er ukrænkelig, og af § 71 stk. 2 at frihedsberøvelse kun kan finde sted med hjemmel i loven. § 71 stk. 6 angiver, at lovligheden af administrativt bestemt frihedsberøvelse skal forelægges domstolene til prøvelse, såfremt den frihedsberøvede eller en repræsentant for den frihedsberøvede beder om det.

¹ Delaftale om udmøntning af satspuljen for 2017-2020: Handleplan til forebyggelse af vold på botilbud af 14. oktober 2016, herefter blot "aftalen".

² Lovforslag om specialiserede socialpsykiatriske afdelinger, herefter blot "lovforslaget".

³ Aftaleteksten s. 10

⁴ Lov nr. 169 af 5. juni 1953, Danmarks Riges Grundlov (grundloven), Konvention af 4. november 1950 til beskyttelse af Menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder med tillægsprotokoller, jf. lbkg. nr. 750 af 19. oktober 1998 (EMRK) samt United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities (Handicapkonventionen).

Grundloven beskytter kun fuldstændigt mod frihedsberøvelse som følge af afstamning samt politisk eller religiøs overbevisning.

For andre persongrupper gælder det, at man kun er beskyttet mod *ulovhjemlet* frihedsberøvelse i grundloven. Med lovforslaget foreslås en lov, der skaber lovhjemmel til frihedsberøvelse, og dermed vil man skabe den hjemmel, der kræves i grundlovens § 71 stk. 2

Med forslagets § 42 n foreslås en bestemmelse, der skal sikre adgang til domstolsprøvelse, sådan som det kræves i grundlovens § 71 stk. 6. Bestemmelsen tager kun højde for adgang til domstolsprøvelse af afgørelser om anbringelse og tilbageholdelse med tvang. Bestemmelsen tager ikke højde for, at patienterne ville kunne opleve en indskrivning eller et ophold på stedet som tvungent, selvom myndighederne definerer det som frivilligt – en situation, der ofte vil kunne opstå, når den samme ledelse, som skal varetage en eventuel tvangstilbageholdelse, også har pligt til at forsøge at overtale patienterne til at lade sig indskrive og forblive på den specialiserede socialpsykiatriske afdeling frivilligt. (Nærmere om muligheden for frivillig indskrivning nedenfor i afsnit 2.)

Adgangen til prøvelse efter grundlovens § 71 er i øvrigt ikke begrænset til de situationer, der er defineret som frihedsberøvelse i speciallovgivningen. Opholdet på en specialiseret socialpsykiatrisk afdeling må således kunne prøves af domstolene, såfremt patienten oplever det som et tvungent ophold, eller som om der er sket en tvungen tilbageholdelse, også selvom myndighederne er uenige heri, og der ikke er truffet en afgørelse af den art, som lovforslagets § 42 n omtaler.⁵ Hvis ikke situationer, som myndighederne ikke har klassificeret som tvang, men som borgeren oplever som tvang, kan prøves direkte af domstolene, udhules beskyttelsen i grundlovens § 71 stk. 6.

Ved siden af kravet om lovhjemmel er det et implicit krav efter dansk forfatnings- og forvaltningsret, at afgørelsen skal træffes på et sagligt grundlag. De foreslåede kriterier giver ikke anledning til bekymring om usaglighed i begrundelserne.

Delkonklusion, tvangsindskrivningens overensstemmelse med grundloven:

Lovforslaget synes at skabe den lovhjemmel til indgreb i den personlige frihed, som er nødvendig for at være i overensstemmelse med grundlovens § 71, men det er uheldigt, at lovforslaget (nøjagtig som psykiatriloven og serviceloven i øvrigt) udelukkende beskriver adgangen til prøvelse af *trufne afgørelser* om tvang. Når loven ikke beskriver adgangen til at få prøvet et ophold, *der af patienten opleves som tvungent*, men som myndighederne ikke har defineret som tvangsindskrivning, så kan det føre til den fejlslutning hos patienter, pårørende, ledelse og klageorganer, at der ikke er adgang til direkte domstolsprøvelse.

Det må understreges, at behovet for prøvelse efter domstolens § 71 ikke er mindre (snarere tværtimod), hvis der er tale om en tvangstilbageholdelse, der er foretaget, uden at der er truffet behørig afgørelser herom.

⁵ Helle Bødker Madsen, (sammen med Jens Garde), *Psykiatritret*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2013, s. 188 ff.

Tvangsindskrivning, handicapkonventionen

Idet aftalen og lovforslaget særligt udpeger "personer med nedsat psykisk funktionsevne" som målgruppen for de specialiserede socialpsykiatriske afdelinger, er der en risiko for overtrædelse af handicapkonventionen. *Det skal bemærkes, at handicapkonventionen ikke er inkorporeret i dansk ret, og derfor ikke kan anvendes direkte. Det betyder også, at et brud på handicapkonventionen ikke automatisk gør, at de af lovforslagets elementer, der strider mod handicapkonventionen, vil blive bortfortolket af domstolene.*

Handicapkonventionens artikel 5 forbyder diskrimination med henvisning til handicap, medmindre der er tale om bestemmelser, der har til formål at skabe øget ligestilling for handicappede, hvilket ikke kan siges at være tilfældet her. Selve det, at handicap overhovedet anvendes som et kriterium (af flere) ved vurderingen af, om man kan indskrives på en specialiseret socialpsykiatrisk afdeling, kan være i strid med handicapkonventionens forbud mod forskelsbehandling som følge af handicap.

Hermed adskiller handicapkonventionen sig fra f.eks. EMRK, der accepterer, at der kan gøres indgreb i den personlige frihed med henvisning til den enkeltes *unsound mind*, hvilket betyder, at flere indgreb vil kunne være acceptable efter EMRK end efter handicapkonventionen, idet den nedsatte psykiske funktionsevne i EMRK artikel 5 anses som et sagligt kriterium i vurderingen af en frihedsberøvelses lovlighed, mens det ikke anses som et sagligt kriterium i handicapkonventionen.

Det taler imod at betragte lovforslaget som diskriminerende over for personer med handicap, at målgruppen er personer med "nedsat psykisk funktionsevne", men ikke nødvendigvis med en *varigt* nedsat psykisk funktionsevne. Det vil sige, at lovforslaget omfatter personer med en på indskrivningstidspunktet *aktuelt* nedsat psykisk funktionsevne, som ikke behøver at følge af et handicap i traditionel forstand, men som kan følge af misbrug af alkohol eller stoffer eller af (ubehandlet) psykisk eller fysisk sygdom eller lignende. Dermed er lovforslaget ikke begrænset til mennesker, der falder ind under en almindelig handicapdefinition.

Desuden har lovforslaget ikke udelukkende personer med nedsat psykisk funktionsevne som målgruppe, men også personer med svære sociale problemer, der vil falde helt uden for enhver handicapdefinition. Dertil kommer, at ingen foreslås indskrevet som automatisk følge af nedsat psykisk funktionsevne. Indskrivning er en mulig konsekvens af flere faktorer, hvoraf kun én mulig faktor har at gøre med den enkeltes funktionsnedsættelse. Der skal være tale om (flere) forudgående tvangsindlæggelser, svære psykiske lidelser, nedsat psykisk funktionsevne og/eller svære sociale problemer. Kravet om forudgående indlæggelse(r) er desuden en retssikkerhedsgaranti, der skal sikre, at der ikke indskrives patienter, som er for velfungerende, eller som må formodes at kunne behandles tilstrækkeligt i det almindelige psykiatriske system.

Delkonklusion, tvangsindskrivningens overensstemmelse med handicapkonventionen :

Der kan argumenteres både for og imod et synspunkt om, at lovforslaget strider mod handicapkonventionen, men idet handicapkonventionen ikke er inkorporeret i dansk ret, og idet diskriminationssynspunktet ikke er helt indlysende i nærværende lovforslag, sammenholdt med at *unsound mind* er en relevant faktor efter EMRK (jf. nedenfor), som er inkorporeret i dansk ret, så vil den mulige konflikt med handicapkonventionens forbud mod diskrimination næppe betyde noget for anvendelsen af reglerne, såfremt lovforslaget vedtages.

Tvangsindskrivning, EMRK

De relevante bestemmelser i den europæiske menneskerettighedskonvention, for så vidt angår tvangsindskrivning, er bestemmelsen om frihedsberøvelse efter EMRK's artikel 5.

Der vil også være tale om et potentielt brud på artikel 8 om retten til privatliv og en indskrænkning i retten til bevægelsesfrihed efter artikel 2 i 4. tillægsprotokol, men beskyttelsesniveauet i artikel 5 er højere end både artikel 8 i konventionen og artikel 2 i tillægsprotokollen, hvorfor det udelukkende er interessant at bedømme overensstemmelsen med artikel 5 i sager om frihedsberøvelse, der er omfattet af alle bestemmelser.

EMRK's artikel 5 indeholder mulighed for, at personer kan frihedsberøves uden for strafferetsplejen. Det er artikel 5 e, der giver mulighed for frihedsberøvelse af den gruppe af personer, der er omfattet af lovforslaget, idet bestemmelsen gør det muligt at frihedsberøve *persons of unsound mind*.

Bemærkning: Her anvendes den autoritative engelske tekst, idet den danske oversættelse er utilstrækkelig – begrebet er oversat til "sindssyge", men den danske definition af "sindssyge" er snævrere end EMRK's definition "persons of unsound mind". Oversættelsen er derfor uheldig og kan ikke tillægges betydning. Det relevante begreb er "unsound mind" og ikke "sindssyge".

Indespærring/frihedsberøvelse er defineret af Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol (EMD) i flere domme. Domstolen definerer frihedsberøvelse som andet og mere end fysisk tilbageholdelse.⁶ Det afgørende ifølge EMD er, om personalet havde til hensigt at tilbageholde den pågældende, såfremt han eller hun skulle forsøge at forlade stedet.⁷ Denne definition må antages også at være afgørende for fortolkningen af grundlovens frihedsberøvelsesbegreb, da den europæiske menneskerettighedskonvention er gældende dansk ret.

Uddybende: I 1985 udtalte domstolen, at Ashingdane var frihedsberøvet, også da han opholdt sig på en åben institution, selvom han ikke oplevede at blive tilbageholdt fysisk gennem låste døre eller fysisk magtanvendelse. Konklusionerne fra Ashingdane blev gentaget og uddybet i 2005 i H.L. mod United Kingdom, hvor H.L. vurderedes at have været indespærret, selvom der ikke havde været nogen konfrontationer mellem ham og personalet, og han ikke havde forsøgt at forlade den psykiatriske afdeling.

EMRK artikel 5 e giver mulighed for lovlig frihedsberøvelse af persongruppen uden for strafferetsplejen, såfremt det har hjemmel i national lov og overholder konventionens krav om saglighed, proportionalitet og adgang til domstolskontrol.

EMRK-kravene til frihedsberøvelse af personer af *unsound mind* er:⁸

- **At** den pågældendes psykiske tilstand lever op til kravet om *unsound mind*, og dette begreb omfatter mere end den traditionelle danske sindssygedefinition. Servicelovens og

⁶ De Wilde, Ooms og Versyp mod Belgien, 18/06/1971; Ashingdane mod United Kingdom, 28/05/1985; H.L. mod United Kingdom, 05/01/2005.

⁷ Se redegørelse herfor Eva Naur, *Magtanvendelse over for voksne*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2015, kapitel 6.

⁸ Se grundigere gennemgang af personkredsen i Eva Naur, *Magtanvendelse over for voksne*, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 2015, kap. 6 og 8.

lovforslagets begreber "personer med nedsat psykisk funktionsevne" og "personer med betydelig og varigt nedsat psykisk funktionsevne" vil i flere tilfælde være omfattet. Funktionsnedsættelsen må dog ikke være helt ubetydelig.

- **At** tilstanden er vurderet af fagpersoner. Det er formentlig et krav, at der foretages en lægefaglig undersøgelse, og det er tvivlsomt, om det vil være lovligt at frihedsberøve mennesker efter artikel 5 e, hvis vedkommende ikke er af *unsound mind* efter en lægefaglig vurdering, selvom en socialfaglig vurdering fører til den modsatte konklusion. Spørgsmålet om diagnosticering af den pågældende fremgår af H.M. mod Schweiz 26/02/2002.⁹ Det er tvivlsomt, om den pågældende skal udredes af en (psykiatrisk) læge, eller om det kan være tilstrækkeligt, at vedkommende er udredt af personer med anden – relevant – faglig indsigt. Men det kan ikke antages, at EMD vil acceptere frihedsberøvelse af personer, hvis der foreligger en lægefaglig bedømmelse, der konkluderer, at personen *ikke* er af *unsound mind*. Det er derfor mere end tvivlsomt, om det vil være i overensstemmelse med artikel 5 e at indskrive personer på en specialiseret socialpsykiatrisk afdeling, hvis det lægefaglige medlem af komitéen ikke mener, vedkommende er af *unsound mind*. Dette gælder, selvom lovforslaget lægger op til, at kommunalbestyrelsen kan beslutte indskrivning, på trods af det lægefaglige medlems uenighed. Det stiller store krav til, at man i kommunalbestyrelsen kan vurdere baggrunden for det lægefaglige medlems uenighed. Herunder at kommunalbestyrelsen er i stand til at vurdere, om det lægefaglige medlem modsætter sig, fordi de lægefaglige kriterier for *unsound mind* ikke er opfyldt. Hvis det er tilfældet, kan der formentlig ikke ske (lovlig) indskrivning. Hvis det lægefaglige medlems uenighed skyldes andre elementer, må det vurderes, om indvendingen viser, at kriterierne om nødvendighed, adækvat tilbud og mindsteindgreb er opfyldt. Betydningen af det lægefaglige medlems uenighed afhænger helt af grundlaget for uenigheden, og stiller krav til en vanskelig juridisk analyse af det lægefaglige medlems begrundelse.
- **At** den mentale funktionsnedsættelse eller tilstand har en sådan alvor, at det kan begrunde tvangsindskrivning. Det er uklart, hvad der ligger heri, men de foreslåede krav om, at den pågældende patient skal være til "nærliggende og væsentlig fare" for andre, og at "opholdet vurderes at have afgørende betydning for at kunne imødekomme den pågældendes særlige behov for behandling, rehabilitering og støtte", opfylder antagelig EMRK's krav til proportionalitet. De yderligere krav i lovforslaget om, at vedkommende skal have gentagne indlæggelser eller én længerevarende indlæggelse bag sig, samt for tvangsindskrivning skal have været tvangstilbageholdt eller tvangsindlagt på psykiatrisk afdeling inden for de sidste 6 måneder, må anses for betingelser, der skal sikre, at lidelsens alvor lever op til kravene om *unsound mind* af en ikke ubetydelig karakter.
- **At** frihedsberøvelsen kan prøves ved domstolene eller ved en domstolslignende instans.

Delkonklusion, tvangsindskrivningens overensstemmelse med EMRK:

⁹ Problemerne i H.M. mod Schweiz og spørgsmålet om, hvorvidt lægefaglig bedømmelse er nødvendig, er uddybende beskrevet og analyseret i Eva Naur, *Magtanvendelse over for voksne*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2015, kap. 6.

Det er muligt at frihedsberøve personkredsen gennem indskrivning på specialiserede socialpsykiatriske afdelinger som de foreslåede, uden at dette strider mod EMRK, men retssikkerhedsgarantierne i artikel 5 skal overholdes. Det betyder, at alle rådgivende parter skal være helt klar over, at også indskrivninger, som myndighederne ikke opfatter som tvangsindskrivninger, er underlagt direkte adgang til domstolskontrol. Som det fremgår nedenfor, bør alle indskrivninger – også dem, som patienten ikke modsætter sig – foregå med behørig information om, at indskrivningen kan prøves, også ved domstolene.

Samlet konklusion vedrørende lovligheden af tvangsindskrivning, herunder anvendelse af kriteriet nedsat psykisk funktionsevne og risikoen for anbringelse på ubestemt tid

Det er ikke efter gældende dansk ret ulovligt at tvangsanbringe voksne med nedsat psykisk funktionsevne i en bestemt bolig. Heller ikke selvom denne er en permanent bolig i modsætning til indlæggelse på psykiatrisk sygehus, der er midlertidige indlæggelser.

Der er både i grundlovens § 71 stk. 6 og i EMRK artikel 5 direkte adgang til, at man kan frihedsberøve voksne – herunder kan bestemme, at de skal bo et bestemt sted. EMRK's kriterier er, at personen skal være af *unsound mind* i en ikke ubetydelig grad, at lidelsen skal diagnosticeres af fagpersoner, at frihedsberøvelsen skal være nødvendig og proportional, og at den skal kunne prøves af domstolene. Grundloven stiller tilsvarende krav om direkte adgang til domstolsprøvelse. Alle betingelser synes at være opfyldt i det udarbejdede lovforslag, så selvom det kan diskuteres, om det er i strid med handicapkonventionen, er det efter den her foretagne analyse ikke i strid med gældende dansk ret. Det skal i øvrigt kort bemærkes, at frihedsberøvelse på ubestemt tid af den her omhandlede art allerede eksisterer i dansk ret i servicelovens §§ 129 og 127. Adgangen til administrativ frihedsberøvelse af personer af *unsound mind* er således allerede udnyttet i et vist omfang.

Det, der adskiller det her fremsatte lovforslag fra den frihedsberøvelse, der er hjemlet i servicelovens §§ 127 og 129, er dels **måden, man frihedsberøver på** – herunder at det kan ske med låste døre og vinduer, dels ved **ikke at tilbyde en varig bolig**, og sluttelig ved at rumme **adgang til en række tvangsindgreb under det tvungne ophold**. (Disse tvangsbeføjelser er i øvrigt nok betydeligt mere problematiske ud fra et juridisk perspektiv, end selve tvangsindskrivningen er, se punkt 5.)

Det er klart, at etableringen af boligtilbud med et tvangselement i indskrivningen er en forringelse af de berørte borgeres retsstilling. Deres retssikkerhed – forstået som sikkerheden for ikke at blive indskrevet i strid med frihedsrettighederne i grundloven og den europæiske menneskeretskonvention samt i den almindelige danske forvaltningsret – beskyttes med basis i de krav, som grundlov, menneskeretskonvention og forvaltningsret stiller til saglighed, proportionalitet, prøvelsesadgang osv.

2. Frivillig indskrivning – er det en skjult tvangsindskrivning?

Lovforslaget og aftalen taler om frivillig indskrivning på specialiserede socialpsykiatriske afdelinger som den foretrukne indskrivningsform, og i udgangspunktet lyder det også som en mindre indgribende foranstaltning at indskrive en borger, der selv ønsker det, fremfor at indskrive en borger mod hans eller hendes vilje.

Der er dog en række problemer med begrebsanvendelsen – herunder især anvendelsen af begrebet *frivillig* om en indskrivning, som den pågældende ikke modsætter sig. At dømme efter lovforslaget forventes den manglende modstand fra den pågældende, at bringe indskrivningen uden for eksempelvis grundlovens § 71 stk. 6 og EMRK's artikel 5's beskyttelse mod frihedsberøvelse. At lovforslaget synes at bygge på en forventning om, at frivillig indskrivning efter § 42 c bringer indskrivningen uden for tvangsområdet, fremgår af lovforslagets § 42 n, der udelukkende angiver klageadgang med direkte adgang til domstolsprøvelse for afgørelser, der træffes uden samtykke.

Det er yderst tvivlsomt, om dette udgangspunkt er korrekt. Der er flere forhold, der skal tages i betragtning. For det første skal det vurderes, om den enkelte overhovedet er kompetent til at kunne give et gyldigt samtykke til en frivillig indskrivning. Dernæst skal det vurderes, om det, loven behandler som en frivillig indskrivning, alligevel skal overholde de retssikkerhedsgarantier, der i dansk ret (herunder den europæiske menneskeretskonvention) stilles til frihedsberøvelse.

Den enkeltes egen habilitet – kompetencen til at indgå bindende aftaler om indskrivning vurderet ud fra den enkeltes forhold:

For det første er der tale om personer med "nedsat psykisk funktionsevne" eller "svære sociale problemer", begge dele kombineret med "svære psykiske lidelser". Det betyder, at målgruppen ganske ofte vil mangle evnen til at handle fornuftsmæssigt efter dansk ret, hvorfor de personer, der er i målgruppen til de specialiserede socialpsykiatriske afdelinger, ganske ofte vil mangle evnen til at indgå bindende aftaler. Fornuftsevnen som grundlag for aftalehabilitet har fundet udtryk i en lang række bestemmelser, herunder værgemålslovens § 46, der gælder for både personer under værgemål og personer, der ikke er under værgemål, og som i stykke 1 anfører: "En aftale er ikke bindende, hvis det må antages, at den er indgået af en person, der på grund af sindssygdom, herunder svær demens, hæmmet psykisk udvikling, forbigående sindsforvirring eller en lignende tilstand manglede evnen til at handle fornuftmæssigt."¹⁰

Fornuftsevnen skal stå mål med omfanget af den beslutning, den pågældende forventes at træffe, så for den her omhandlede persongruppe vil det være yderst tvivlsomt, om de kan indgå reelle, bindende aftaler med et så indgribende indhold, som der lægges op til i den offentliggjorte aftale og

¹⁰ Lovbekendtgørelse nr. 1015 af 20. august 2007, værgemålsloven.

det efterfølgende lovforslag. Indskrivning (frivilligt eller med tvang) forventes ifølge aftaleteksten også at betyde, at patienten opgiver sin hidtidige bolig, hvis den hidtidige bolig er i et botilbud efter serviceloven. Dette element er i sig selv ekstremt indgribende. Dertil kommer, at opsigelsen af den tidligere bolig får den følgekonsekvens, at en fraflytning fra den specialiserede socialpsykiatriske afdeling, såfremt vedkommende ombestemmer sig, ikke vil være en reel mulighed. Og endelig er der tale om indskrivning på en afdeling med udprægede magtbeføjelser til personalet.

Det betyder, at hvis den pågældende overhovedet skal kunne indgå en bindende aftale om indskrivning, skal vedkommende være i stand til at overskue konsekvenserne af at binde sig til et ophold af længerevarende karakter, som ikke uden problemer kan afbrydes med timers eller dags varsel, og hvor personalet via lovforslaget er tiltænkt en række beføjelser til at gribe ind i beboernes helt personlige forhold og personlige frihed. Og en sådan fornuftsevne vil være urealistisk, når der henses til den persongruppe, der er målgruppen for afdelingerne, selvom det ikke er umuligt. Men man skal huske på, at kravet om fornuftsevne som grundlag for at indgå bindende beslutninger er et krav om aktuel fornuftsevne på aftaleindgåelsestidspunktet. Det betyder i praksis, at personen skal være i stand til at handle fornuftsmæssigt, selv når han eller hun er så præget af sin funktionsnedsættelse, sit misbrug, sine sociale problemer og sin psykiske sygdom, at indskrivning kommer på tale.

Det er med den gældende værgemålslov uklart, om værger vil kunne træffe beslutningen for en person, der ikke modsætter sig, men det er helt klart, at værger ikke har kompetence til at træffe afgørelser om flytning, som den pågældende modsætter sig i tale eller gennem fysisk modstand, da værger ikke efter dansk ret har kompetence til at træffe beslutninger, der skal gennemføres ved magt.

Delkonklusion, er persongruppen habil til at indgå aftaler om boligforhold:

Det er ganske tvivlsomt, om der overhovedet er nogen af de personer, der er omfattet af personkredsen, som samtidig er habile til at indgå en aftale om indskrivning på disse afdelinger på det tidspunkt, hvor de opfylder kriterierne til indskrivning. Det er derfor tvivlsomt om patientens accepterende medvirken til indskrivning, kan bringe indskrivningen uden for det område, som er beskyttet af grundlovens § 71 stk. 6 og EMRK's artikel 5.

"Frivillig indskrivning", aftalens karakter og betydningen for gyldigheden

Aftalelovens almindelige ugyldighedsgrunde finder også anvendelse på disse aftaler til trods for lovens titel, der henviser til aftaler på formuerettens område. Det er endda almindeligt anerkendt, at aftalelovens ugyldighedsgrunde ændrer karakter i retning af en højere grad af beskyttelse af en svag aftalepart, såfremt der indgås aftaler uden for formuerettens område, hvor der ikke er et hensyn at tage til en anden (godtroende) aftalepart. Det gælder klart på familie- og arverettens område og må også forventes at gælde for aftaler indgået af en borger med myndighederne med henblik på at levere hjælp til borgeren. Det betyder her i særlig grad, at aftalelovens § 36 beskytter også habile voksne mod at indgå "urimelige aftaler", ligesom hensynet til at beskytte myndighederne mod, at borgeren ombestemmer sig, ikke kan indtage nogen vægt. Med andre ord må borgeren kunne vælge ydelsen fra med timers – eller dags – varsel, når der er tale om en ensidig ydelse, som skal leveres fra myndigheden, sådan som der er tale om med de specialiserede socialpsykiatriske afdelinger. Der kan

måske accepteres en opsigelsesperiode i relation til betaling af husleje, men borgeren må kunne fraskrive sig personalets hjælp og indblanding i beslutninger vedrørende privatlivet fra det ene øjeblik til det næste, såfremt plejen hviler på et aftalegrundlag. Det betyder, at i det omfang man mener, at indskrivningen hviler på et aftalegrundlag, så er der tale om en aftale, borgeren straks kan træde tilbage fra (hvis den overhovedet har været gyldig fra starten, jf. ovenfor).

Allerede med henvisning til aftalelovens § 36 er det tvivlsomt, om en aftale om indskrivning på en specialiseret socialpsykiatrisk afdeling med udvidede magtbeføjelser og med opgivelse af den hidtidige bolig er gyldig. Denne overvejelse understøttes af fortolkningen af frihedsberøvelse hos Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol i EMRK's artikel 5.

Ifølge EMRK's artikel 5 er der tale om frihedsberøvelse, såfremt det ikke er myndighedernes intention at lade den pågældende vælge en anden bolig, hvis han eller hun skulle ønske det. På samme måde må en person anses for at være frihedsberøvet i boligen, hvis myndighederne ikke vil lade den pågældende forlade boligen på egen hånd og eget initiativ. Der kan altså være tale om frihedsberøvelse, selvom der ikke anvendes låste døre, hegn eller fysisk magtanvendelse til at tilbageholde den enkelte (jf. ovenfor).

Hvad der yderligere er væsentligt her, er, at der kan være tale om frihedsberøvelse helt uden synlige konfrontationer mellem personalet og den enkelte patient. Og selv hvis man har været personligt kompetent (i stand til at handle fornuftsmæssigt) ved indskrivningen, så betyder det, at man uden modstand har ladet sig indskrive på eksempelvis en socialpsykiatrisk afdeling, ikke nødvendigvis, at der ikke er tale om en frihedsberøvelse, der skal overholde EMRK artikel 5. EMRK's artikel 5 har også til formål at beskytte borgere mod at blive presset til at acceptere en frihedsberøvelse, fordi de ikke tør modsætte sig. I denne sammenhæng betyder det, at bestemmelsen også skal beskytte borgere mod at indskrive sig uden modstand, selv om de faktisk ikke ønsker det, men fordi de føler sig presset dertil af myndighederne. Lovforslagets udtrykkelige krav til ledelsen om konstant at forsøge at overbevise beboerne om, at de skal lade sig indskrive frivilligt, er formentlig tænkt som en respekt for den enkeltes selvbestemmelse, men risikoen for et urimeligt pres betyder, at det i sig selv må så tvivl om frivilligheden af en eventuel accept fra borgeren til at lade sig indskrive eller til at konvertere en tvangsindskrivning til en frivillig indskrivning.

At borgerens manglende modstand ikke fører en sådan indskrivning uden for beskyttelsen i EMRK's artikel 5, gælder i særlig grad, når der er tale om personer med nedsat psykisk funktionsevne, såsom personkredsen til de specialiserede socialpsykiatriske afdelinger. Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol har udtalt: "The Court reiterates that the right to liberty is too important in a democratic society for a person to lose the benefit of Convention protection for the single reason that he may have given himself up to be taken into detention ... especially when ... that person is legally incapable of consenting to, or disagreeing with, the proposed action."¹¹

Det er således tvivlsomt, om nogen i persongruppen vil kunne lade sig indskrive frivilligt med den konsekvens, at de skærpede krav, der skal opfyldes for lovlig frihedsberøvelse, bortfalder.

¹¹ H.L. mod United Kingdom, 05/01/2005, punkt 90 (oprindeligt udtalt af Domstolen i De Wilde, Ooms og Versyp mod Belgien, 18/06/1971).

Der foretages allerede nu i praksis i vidt omfang indskrivninger i midlertidige botilbud efter servicelovens § 107 på grundlag af en samtykkekonstruktion. Der kan ikke anvendes tvangstilbageholdelser på botilbud efter § 107. Der har udviklet sig en to-delt praksis for anvendelse af § 107-tilbud. Bestemmelsen anvendes for det første som hjemmel til relativt kortvarige ophold af aflastnings- eller genoptræningstypen, som kan vare i alt fra en weekend til et eller to år, men hvor den midlertidige karakter er indlysende for alle. For det andet anvendes bestemmelsen som hjemmel til reelt langvarige botilbud, hvor beboerne kan have boet i både ti og tyve år, og hvor ingen forventer, at de senere skal flytte. Ofte har kommunerne valgt at etablere botilbud for eksempelvis udviklingshæmmede som 107-tilbud, fordi man på oprettelsestidspunktet har haft en intention om, at stedet skulle være et første botilbud, når en ung udviklingshæmmet flyttede hjemmefra, men siden har stedet og beboerne så at sige præget hinanden, og beboerne er blot blevet boende. Andre gange er stederne oprettet bevidst som 107-tilbud med det formål, at det skal være muligt at udvisitere beboerne, hvis de senere bliver dårligere, og man f.eks. ønsker at flytte en udviklingshæmmet med senere tilstødt demens eller fysisk funktionsnedsættelse til et traditionelt somatisk botilbud.

Det største retssikkerhedsmæssige problem med etableringen af 107-tilbud er nok netop den uklare tidshorisont – man ved ikke som beboer med sikkerhed, om man på et tidspunkt bliver revisiteret, og derved nødt til at flytte. Omvendt er det klart, at der ikke er adgang til tilbageholdelse med magt i et botilbud efter § 107, idet opholdet kræver beboerens velvillige indstilling. Der er altså ikke den mulighed for tvangsanvendelse, som foreslås indført på de specialiserede sociapsykiatriske afdelinger. Omvendt er der i 107-tilbuddene en udvidet adgang til at fastsætte og håndhæve husregler, hvis man sammenligner med 108-tilbud og botilbud efter almenboliglovens § 105. De problemer, der er forbundet med både tvangsmæssig og især frivillig indskrivning i de foreslåede specialiserede socialpsykiatriske afdelinger, er med andre ord noget større, end de retssikkerhedsmæssige problemer forbundet med botilbud efter servicelovens § 107.

Delkonklusion, skal frivillige indskrivninger overholde de retssikkerhedsgarantier, som gælder frihedsberøvelse:

Den grundlæggende beskyttelse mod frihedsberøvelse – herunder mod at blive pålagt at bo i en bestemt bolig – kan ikke fratages borgere med nedsat funktionsevne gennem en såkaldt frivillig indskrivning. En indskrivning af den karakter, som lovforslaget kalder frivillig, er blot en indskrivning *uden modstand* og skal derfor stadig leve op til lovens forskellige krav til lovlig frihedsberøvelse. Herunder skal der gives adgang til direkte domstolsprøvelse. Det ændrer ikke på, at der kan være god mening i at stille skærpede krav til indskrivninger, som patienten modsætter sig, men det sætter et bundniveau for retssikkerhedsgarantier, der skal opfyldes.¹²

¹² Se om krav til frivillighed og omfanget af grundlovsbeskyttelsen bl.a.: Helle Bødker Madsen og Jens Garde i Psykiatritret, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2013, a afsnit 1.2.5., siderne 20 og frem, samt Jon Andersen i bogen Socialforvaltningsret, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 6. udgave, s. 223 der understreger, at frivillighed kræver, at man har adgang til at sige nej, og at frivillighed kræver, at den pågældende er personligt habil. Se også samme bog s. 62 om frivillighed og adgangen til at fastsætte anstaltsanordninger.

Samlet konklusion vedrørende muligheden for frivillig indskrivning

De såkaldt frivillige indskrivninger er ikke frivillige i juridisk forstand, da persongruppen dels ikke kan indgå aftaler om noget så indgribende, dels er i risikozonen for et betydeligt pres fra myndighederne pga. kombinationen af deres afhængighed af myndighedernes hjælp og den implicitte trussel, der følger med risikoen for at blive tvangsindskrevet, hvis man ikke går med til den frivillige indskrivning.

Samlet set er det således illusorisk at tale om frivillighed i forbindelse med fraskrivelse af anden bolig og samtidig indskrivning på en afdeling med så omfattende tvangsbeføjelser. Ud fra en retssikkerhedsmæssig vurdering må det derfor understreges, at også frivillige indskrivninger skal overholde grundlovens og EMRK's krav til lovlig frihedsberøvelse. Det vurderes, at alene risikoen for, at en person føler sig presset til at samtykke i først indskrivning og senere til at forblive inden for rammerne af den specialiserede socialpsykiatriske afdeling, er så stor, at indflytningen har karakter af ufrivillig frihedsberøvelse i EMRK's forstand. Dette gælder så meget desto mere i det omfang, vedkommendes eksisterende bolig i et botilbud efter servicelovens §§ 107 eller 108 eller efter almenboliglovens § 105 ikke opretholdes sideløbende med indskrivningen, idet vedkommende i så fald vil være afskåret fra straks at forlade stedet og flytte hjem i sin egen bolig.

Der er med en indskrivning efter reglerne om indskrivning med samtykke altså både tale om et indgreb i de berørtes frihedsrettigheder og om et anslag mod deres retssikkerhed, forstået som beskyttelse mod uberettigede indgreb (dvs. indgreb i strid med grundloven, Den Europæiske Menneskeretskonvention og den almindelige danske forvaltningsret). Det er et anslag mod de berørtes retssikkerhed, fordi der ikke er nogen beskyttelse i det fremlagte lovforslag mod utilbørligt pres af borgerne til at lade sig indskrive uden modstand.

Det er muligt at lave indskrivninger, som med henvisning til fravær af modstand – herunder accept – kan foretages efter mildere betingelser end indskrivninger, der skal foregå trods patientens modstand. Men sådanne indskrivninger skal *også* opfylde kravene i grundlovens § 71 stk. 6 om direkte adgang til prøvelse samt betingelserne i EMRK's artikel 5 til lidelsens alvor, dokumentationen herfor, saglighed, proportionalitet og adgang til domstolsprøvelse.

3. Vurdering af punktet "Justering af reglerne for flytning af borgere med psykiske lidelser uden samtykke"

"Reglerne for flytning af borgere uden samtykke justeres, så det fremover bliver muligt at flytte en borger fra et botilbud uden dennes samtykke, såfremt vedkommende er til fare for andre eller udviser særligt truende og chikanerende adfærd." ¹³ I aftaleteksten omtaler overskriften flytning af borgere med "psykiske lidelser", mens der i tekststykket blot står "borgere". På nuværende tidspunkt er det i dansk ret kun voksne med betydelig og varigt nedsat psykisk funktionsevne, der kan flyttes uden samtykke (servicelovens § 129), og de kan kun flyttes til et botilbud fra en ejer- eller

¹³ Aftaleteksten s. 5.

almindelig lejebolig. De kan derimod som udgangspunkt ikke flyttes fra botilbud til botilbud, medmindre der er tale om en af servicelovens § 129 stk. 3-situationer, hvor flytningen har til formål at sikre bedre kontakt med familien. Herunder eksempelvis hvis en dement mand bor på plejehjem i Roskilde, men hele familien er bosat i Nørresundby.

Det er uklart, om man har til hensigt at udvide personkredsen, der kan flyttes uden samtykke. Som det er nu, er det udelukkende voksne med betydelig og *varigt* nedsat psykisk funktionsevne, som er en ret begrænset personkreds, der kan flyttes uden samtykke. Hvis man i stedet vil gøre det muligt at flytte borgere med psykiske lidelser uden samtykke, så udvides personkredsen for flytninger uden samtykke, idet så også personer med periodevis funktionsnedsættelse vil kunne omfattes. Måske endda personer uden funktionsnedsættelser i klassisk forstand, men med psykiske lidelser af anden art. Det vil føre for vidt at gætte på, hvad denne del af aftaleteksten vil føre til, men det skal understreges, at enhver lovgivning om flytning uden samtykke til en bolig, som man ikke frivilligt må flytte ud af igen, skal leve op til kravene i EMRK artikel 5, idet der i en flytning og etablering af en fast bolig i et botilbud, man ikke selv har valgt, ligger en frihedsberøvelse, også selvom man ikke tvangstilbageholdes i boligen.

4. Komplicerede klagemuligheder og betydningen for retssikkerheden

De klageadgange, man har foreslået etableret i forbindelse med de forskellige indgrebsbeføjelser i lovforslaget, er komplicerede og skifter fra indgreb til indgreb. Dette forhold er formentlig uundgåeligt, da frihedsberøvelse eksempelvis skal kunne indbringes for domstolene, mens besøgsrestriktioner ikke er omgærdet af samme beskyttelse.

Man har foreslået at afhjælpe problemet med de komplicerede klageadgange ved at garantere tildeling af en patientrådgiver i lovforslagets § 42 p. Patientrådgiveren skal ifølge § 42 p stk. 2 bistå med iværksættelse og gennemførelse af klager.

Dette synes at være en fornuftig løsning, såfremt patientrådgiveren sikres tilstrækkelig uafhængighed af ledelsen på de specialiserede socialpsykiatriske afdelinger, men det forudsætter, at patientrådgiveren er tilstrækkeligt uddannet. Det betyder bl.a., at patientrådgiveren skal kende grundlovens § 71 stk. 6 og kende muligheden for at kræve domstolsprøvelse af sager, hvor patienten føler sig frihedsberøvet, selv om myndighederne har klassificeret indgrebet som "frivilligt".

5. Yderligere bemærkninger til aftaleteksten

Indgreb i privatlivet, personlig frihed og ejendomsret. De facto tvungen misbrugsbehandling.

Det formentlig allerstørste indgreb i beboernes personlige rettigheder i den fremlagte aftale er den implicite – og i realiteten tvungne – misbrugsbehandling, som samtidig er det element, der er omgærdet af færrest – for slet ikke at sige ingen – retssikkerhedsgarantier.

Da beboernes anden bolig ikke opretholdes, er det en illusion at tale om frivillig forbliven på de specialiserede socialpsykiatriske afdelinger, når man først er indskrevet. Og da aftaleteksten og lovforslaget indeholder vid adgang til beslaglæggelse af både alkohol, medicin og forbudte stoffer, er det helt indlysende, at de specialiserede socialpsykiatriske afdelinger indebærer en overhængende risiko for en tvungen misbrugsbehandling. Også i sager, hvor borgerens misbrug er fuldkommen legalt, sådan som alkoholmisbrug f.eks. er det, og sådan som diverse former for medicin-afhængighed kan være det. At aftaleteksten på s. 8 påstår, at misbrugsbehandling er frivillig, virker helt uigennemtænkt, når det sammenholdes med, at der på s. 7 står, at det er et led i indsatsen at skærme patienten fra rusmidler og farlige genstande. På s. 11 nævnes "skærmning fra rusmidler" som en af de magtbeføjelser, personalet skal gives, og dette er udmøntet i lovforslagets 42 i, hvor afdelingslederen får udprægede skønsmæssige beføjelser til at tage rusmidler og medikamenter i forvaring. Det fremgår ikke, at dette kun skal omfatte ulovlige medikamenter eller rusmidler. Tværtimod er det indføjet som en mulighed (men ikke en pligt), at afdelingslederen kan konferere med politiet om lovligheden af rusmidler m.m.

Hermed etableres adgang til indgreb i både privatlivet, som er beskyttet af EMRK artikel 8, i boligen, hvis ukrænkelighed er beskyttet i grundlovens § 72, og i ejendomsretten, der er beskyttet af grundlovens § 73. Lovligheden af disse ret voldsomme indgreb i det, der almindeligvis er grundlæggende og beskyttede rettigheder, er ikke vurderet i det udsendte aftalemateriale eller i bemærkningerne til lovteksten.

Disse indgreb kendes også fra anbringelsessteder for børn og unge, men hvor man for børn og unge accepterer en række modifikationer til de almindelige frihedsrettigheder med henvisning til barnets behov for beskyttelse, er det mere tvivlsomt om det samme kan accepteres over for voksne, der ikke er domsanbragte, og som ikke har et reelt frit valg – altså som ikke kan rejse sig og forlade den socialpsykiatriske afdeling for at fortsætte den (lovlige) misbrugs-livsstil, som man på den specialiserede socialpsykiatriske afdeling skærmer ham eller hende fra.

Dette skal ses i sammenhæng med, at selv de frivillige indskrivelser ikke er frivillige i juridisk forstand og heller ikke er det i praktisk forstand, såfremt borgerens hidtidige bolig er opsagt og fraflyttet. Når man kan iværksætte lignende indgreb i forbindelse med indskrivning til frivillig rusmiddelbehandling, så hænger det uløseligt sammen med adgangen til at forlade behandlingsstedet, såfremt man ombestemmer sig og ikke længere ønsker at modtage stedets behandling. På samme måde gælder det, at når man kan foretage disse indgreb i et vist omfang på psykiatriske hospitaler (bl.a. med henvisning til anstaltsforholdet), så hænger det uløseligt sammen med, at patienten kun opholder sig der midlertidigt, og at midlertidigt ikke indbefatter en risiko for årelangt ophold, ligesom det ikke omfatter en fraflytning af hidtidig bolig.

Det er muligt, at disse indgreb kan foretages lovligt (jeg har ikke analyseret dette, da det ligger uden for det aftalte), men jeg mener, det er vigtigt at påpege, at der er en risiko for væsentlige indgreb i retsstilling og retssikkerhed forbundet med disse elementer i forslaget.

Forholdet til indlæggelser på psykiatrisk sygehus

Under overskriften "En generel voldsforebyggende indsats" på s. 4 i aftaleteksten fremgår det, at patienter, der har behov herfor, skal sikres indlæggelse på psykiatrisk sygehus. Derved fremgår det implicit, at de specialiserede socialpsykiatriske afdelinger ikke skal aflaste de psykiatriske sygehuse.

Aftaleteksten forholder sig dog ikke til det ofte opståede problem, at personer med psykiatriske lidelser og misbrugsproblemer ofte falder mellem to stole og ikke tilbydes hverken adækvat sygehusbehandling eller adækvat misbrugsbehandling, idet der ofte henvises til, at man ikke kan varetage misbrugsbehandling i psykiatri-regi og ikke kan varetage psykiatrisk behandling i misbrugsbehandlingsregi. Denne patientgruppe er netop målgruppen for de foreslåede specialiserede socialpsykiatriske afdelinger med vide tvangsbeføjelser, og det kan ikke forventes, at de, blot med en bemærkning om, at "de skal sikres indlæggelse på psykiatrisk sygehus" i aftaleteksten, faktisk er sikret en adækvat, tværfaglig behandling, når de har behov for indlæggelse.

Tilknytning af fast læge til botilbud

Det fremgår af aftaleteksten på s. 4, at der skal gennemføres forsøg med fast tilknyttede læger til botilbud efter servicelovens § 108. Da servicelovens § 108 kun omhandler botilbud i en kommunal bygningsmasse, må det formodes, at aftaleparterne mener, at forsøgene skal køre i alle botilbud med fast tilknyttet hjælp og pleje.¹⁴

Styrket samarbejde og koordinering mellem Arbejdstilsynet og socialtilsynene

Det fremgår på s. 4 i aftaleteksten, at man ønsker et styrket samarbejde mellem de forskellige former for tilsyn, for at eksisterende botilbud og forsorgshjem kan få et klart billede af "hvordan de kan leve op til kravene i arbejdsmiljøloven og serviceloven, og samtidig oplever en sammenhæng mellem de to tilsyn." At tro, at der kan etableres en sammenhæng og et klart billede af, hvordan man lever op til de indbyrdes modstridende krav, blot ved at koordinere samarbejde mellem tilsynene, er udtryk for manglende forståelse for reglerne og tilsynenes funktion. Det er udelukkende muligt at skabe et klart billede og en sammenhæng, hvis reglerne er udarbejdet sådan, at der er sammenhæng mellem arbejdsmiljømæssige krav og servicelovens krav til ydelse af adækvat omsorg. Og den sammenhæng er der ikke altid. Tilsynene kan ikke ændre på det lovgrundlag, de fører tilsyn med, så de kan ikke ændre deres anbefalinger eller påbud til botilbud og forsorgshjem blot ved at samarbejde bedre.

Såfremt man oplever misforhold mellem arbejdsmiljøkrav og socialtilsynenes krav, så må de to regelsæt og deres indbyrdes snitflader analyseres med henblik på en evt. tilpasning af lovgrundlaget.

Vejledning om reglerne for videregivelse af oplysninger om borgerne

Der planlægges ifølge s. 5 i aftaleteksten en vejledning, der tydeligt klarlægger reglerne for videregivelse af oplysninger mellem sundhedsmyndigheder, sociale myndigheder og Kriminalforsorgen vedrørende den relevante gruppe af borgere. Det fremgår ikke, om man er villig til at ændre regelsættet, såfremt de problemer, personalet oplever, ikke skyldes ukendskab til reglerne, men skyldes, at reglerne er utilstrækkelige til opnåelse af de mål, personalets fag-etik sætter for personalet.

¹⁴ Se nærmere om denne definition, Eva Naur Jensen i Sten Schaumburg-Müller (red.) og Jens Vedsted-Hansen (red.), *Ret, individ og kollektiv*, Jurist og Økonomforbundets Forlag, 2011, s. 237 ff.

Aarhus d. 15. januar 2017

Eva Naur Jensen

Adjunkt, post. doc.

Cand.jur., ph.d.

Tlf: 8716 5669

Mobil: 2426 1775

Mail: ena@law.au.dk

Web: <http://au.dk/ena@law.au.dk>