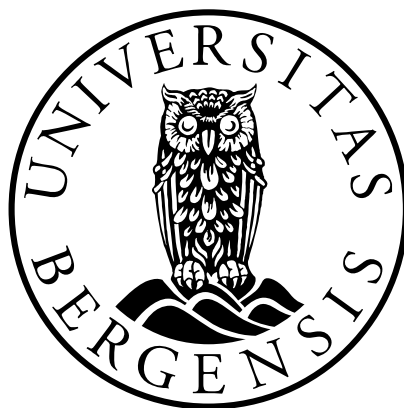


Bruk av GPS og digitalt tilsyn overfor menneske med psykisk utviklingshemming og menneske med demens

*Om dei rettslege grensene for bruk av GPS og digitalt tilsyn i helse-
og omsorgstenesta der det ikkje ligg føre gyldig samtykke*

Kandidatnummer: 8

Ord: 14987



JUS399 Masteroppgåve

Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10.12.2020

Innholdsliste

Innholdsliste	2
1 Innleiing	4
1.1 Problemstilling	4
1.1.1 Rettslege problemstillingar	4
1.1.2 Framstillinga vidare.....	5
1.2 Omgrepsavklaring	6
1.2.1 Innleiing	6
1.2.2 Demens.....	6
1.2.3 Psykisk utviklingshemming	7
1.2.4 Enkelte fellestrekk hos menneske med demens og menneske med psykisk utviklingshemming	7
1.2.5 Pasient, brukar og helsehjelp.....	7
1.2.6 Tvang.....	8
1.3 Velferdsteknologi	8
1.3.1 Innleiing	8
1.3.2 Digitalt tilsyn.....	9
1.3.3 GPS.....	10
1.4 Rettskjeldemessige problemstillingar og grunnleggande verdiar	10
1.4.1 Innleiing	10
1.4.2 Rettskjeldebiletet og problemstillingane det medfører	11
1.4.3 Grunnleggjande verdiar	13
2 Høvet til å bruke GPS og digitalt tilsyn etter pbrl. og hol.....	17
2.1 Samtykke – hovudsakleg om tap av samtykkekompetanse	17
2.1.1 Innleiing	17
2.1.2 Kort om kva som er eit gyldig samtykke	17

2.1.3	Tap av samtykkekompetanse	18
2.2	Verkeområdet til pbrl. kapittel 4 og 4A og hol. kapittel 9	20
2.2.1	Innleiing	20
2.2.2	Kva typar tiltak omfattast av kva regelverk?	21
2.2.3	For kva typar tenester gjeld regelverka?	24
2.2.4	Kva typar samhandling omfattar regelverka?	27
2.3	Når vedkommande ikkje motset seg tiltaket – særleg om pbrl. § 4-6a	30
2.3.1	Innleiing	30
2.3.2	Risiko for skade.....	30
2.3.3	Tiltaket må vere nødvendig.....	31
2.3.4	Tiltaket må vere i personens interesse.....	32
2.3.5	Antatt samtykke.....	33
2.4	Når personen motset seg tiltaket	33
2.4.1	Innleiing	33
2.4.2	Betydinga av samtykke og samtykkekompetanse	34
2.4.3	Krav om å prøve andre alternativ enn tvang	35
2.4.4	Kravet om at det må ligge føre fare for skade	38
2.4.5	Kravet om at tiltaket må vere nødvendig	40
2.4.6	Kravet om at tiltaket må vere forholdsmessig.....	42
2.4.7	Heilskapsvurdering.....	45
3	Avsluttande merknader	48
	Litteraturliste	49

1 Innleiing

1.1 Problemstilling

1.1.1 Rettslege problemstillingar

Den digitale og demografiske utviklinga gjer at vi står overfor eit helse- og omsorgstenestetilbod i endring. Velferdsteknologi som GPS og digitalt tilsyn skal vere med på å løyse utfordringane helse- og omsorgstenesta står framføre. Teknologiane vert nærare forklart i punkt 1.3.2 og 1.3.3, men kort fortalt er GPS teknologi som kan spore opphaldsstaden til den som nyttar seg av teknologien, medan digitalt tilsyn er eit system som fangar opp personens rørsler ved hjelp av sensorar i rommet, og sender varsel til helsepersonell. Teknologien er aktuell ved yting av helse- og omsorgstenester overfor menneske med psykisk utviklingshemming og menneske med demens. Denne oppgåva skal belyse nokre av dei rettslege problemstillingane som oppstår når ein tek i bruk GPS og digitalt tilsyn overfor desse persongruppene.

Det rettslege utgangspunktet ved yting av helsehjelp er pasient- og brukarrettslovas (pbrl.)¹ § 4-1 første ledd som seier at helsehjelp berre kan gjevast «med pasientens samtykke, med mindre det foreligger lovhjemmel eller annet gyldig rettsgrunnlag for å gi helsehjelp uten samtykke». Dette kan vere tvangsreglar, eller reglar om yting av helsehjelp i naudstilfelle. Den praktiske situasjonen er ofte at folk med nedsett kognitiv funksjon har vanskar med å forstå konsekvensane av eigne val, slik at det må vurderast om ein skal gi helsehjelp utan gyldig samtykke. Eit sentralt spørsmål vert kva heimel det finst for helse- og omsorgstenesta til å ta i bruk slik teknologi der personen ikkje har gitt gyldig samtykke. For å svare på dette spørsmålet må ein ta stilling til fleire underproblemstillingar, som korleis innhaldet i helsetenesta – altså bruk av velferdsteknologi – påverkar dei rettslege vurderingane av om vedkommande har avgjerdskompetanse, vurderingane av kva som utgjer det minst inngripande middelet, og kva som er forholdsmessig. Dette er aktuelt ved bruk av GPS og

¹ Lov 02. juli 1999 nr. 63 om pasient- og brukerrettigheter (pasient- og brukerrettighetsloven – pbrl).

digitalt tilsyn, fordi dette er teknologi som kan erstatte meir tradisjonelle tvangstiltak, som dømesvis fysiske hindringar eller innelåsing.

Eg har vald å ta utgangspunkt i GPS og digitalt tilsyn fordi begge opnar for meir sjølvråderett, så lenge ein godtar ei viss form for overvaking. Teknologiane inneber ein ny form for inngrep ved at det er ein mellomting mellom å bevege seg fritt på eiga hand eller vere innlagd med fysiske restriksjonar.

Dagens helselovgiving er fragmentert, og det finst fleire regelsett som regulerer yting av helse- og omsorgstenester utan gyldig samtykke. Ein og same person kan ha eit samansett sjukdomsbilete, slik at fleire regelsett vert aktuelle. Oppgåva legg opp til ei internrettsleg samanlikning av reglane i pbrl. § 4-6a og kapittel 4A, samt reglane i helse- og omsorgstenestelova (hol.)² kapittel 9. Det avgrensast mot tilfelle der vedkommande har eit sjukdomsbilete som gjer at tvang etter psykisk helsevernlova er aktuelt. Oppgåva tek utgangspunkt i at pasient eller brukar er 18 år eller eldre, slik at det avgrensast mot dei særlege problemstillingane som oppstår når pasient eller brukar er eit barn.

1.1.2 Framstillinga vidare

Oppgåva startar med ei avklaring av sentrale omgrep, samt informasjon om velferdsteknologi i kapittel 1.2 og 1.3. I kapittel 1.4 vil metodiske spørsmål bli drøfta. Oppgåva tek utgangspunkt i tiltak som ikkje er basert på gyldig samtykke, fordi dette er mest problematisk samstundes som det er ei vanleg utfordring når det gjeld yting av helsehjelp overfor menneske med kognitiv svikt. Det vert difor innleiingsvis i hovuddelen, i kapittel 2.1, sagt noko om tap av samtykkekompetanse. Hovuddelen av oppgåva byrjar med eit kapittel om verkeområdet til dei ulike regelsetta i punkt 2.2. I punkt 2.3 vert pbrl. § 4-6a drøfta, deretter vert pbrl. § 4A-3 samanlikna med hol. § 9-5 i kapittel 2.4. På grunn av det fragmenterte regelverket har det stundom vore utfordrande å halde god struktur i oppgåva. Eg har forsøkt så godt eg kan å gjennomføre ei laupande samanlikning for å illustrere likskapar og forskjellar på best mogleg måte.

² Lov 24. juni 2011 nr. 30 om kommunale helse- og omsorgstjenester m.m. (helse- og omsorgstjenesteloven – hol).

Bruk av digitale løysingar som GPS og digitalt tilsyn krev at kommunen har på plass dei teknologiske systema som bruken krev. I tillegg må helsepersonellet ha nødvendig kompetanse til å handtere teknologien, samt rutinar til å respondere på ulike varsel då det ikkje er forsvarlig å nytte slik teknologi der dette ikkje er på plass. Det er ein føresetnad for den vidare framstillinga at desse krava er tilfredsstilt.

1.2 Omgrepsavklaring

1.2.1 Innleiing

Innleiingsvis skal sentrale omgrep definerast. Oppgåva tar føre seg bruken av tvang overfor menneske med psykisk utviklingshemming og menneske med demens, så desse tilstandane skal forklarast. Deretter skal enkelte sentrale rettslege omgrep bli definert, som «pasient», «brukar», «helsehjelp» og «tvang».

1.2.2 Demens

Demens er i det store medisinske leksikonet omtala som eit samleomgrep på «organiske sykdommer i hjernen som fører til en generell intellektuell svikt, glemsomhet, desorientering og sviktende dømmekraft. [...] De fleste hjernesykdommer som fører til demens er progredierende, som vil si at de fører til større og større ødeleggelser i hjernen og funksjonssvikt.»³ Sidan ein vanlegvis forverrast over tid, vert demens gradert i tre ulike stadier; mild, moderat og alvorlig demens. Ved mild demens vil personen vanlegvis klare seg i dagleglivet med påminningar og rettleiing, medan ved moderat demens vil personen behøve fysisk hjelp til praktiske handlingar som påkleding, matlaging, vasking o.l. Ved alvorleg demens vil personen vere heilt avhengig av hjelp frå andre heile døgnet, og det er vanlegvis på dette stadiet at ein får plass i sjukeheim.⁴

³ Knut Engedal, «Demens» i Store medisinske leksikon, sist oppdatert 9. april 2019, <https://sml.snl.no/demens>, lest 08.12.20.

⁴ Engedal, «Demens» i Store medisinske leksikon (2019).

1.2.3 Psykisk utviklingshemming

Omgrepet psykisk utviklingshemming vert nytta om ein «medfødt eller tidlig oppstått, varig kognitiv funksjonsnedsettelse.»⁵ Det finst mange ulike årsaker til psykisk utviklingshemming. Generelt vil psykisk utviklingshemming innebere ei langsamare kognitiv utvikling enn hos andre. WHO har definert det som «betydelig nedsatt evne til å forstå ny eller sammensatt informasjon og til å tilegne seg og anvende nye ferdigheter.»⁶

Det har tidlegare vore vanleg å dele utviklingshemming inn i ulike nivå basert på målt intelligens, men fagmiljø og organisasjonar for utviklingshemma er samde om at det verken er mogleg eller rett å gjere. Ei slik inndeling gir ikkje ei dekkande skildring for funksjonsnivå, læringspotensial og moglegheit for utvikling.⁷

1.2.4 Enkelte fellestrekk

Felles for menneske med demens og menneske med psykisk utviklingshemming er at begge tilstandar inneber nedsett kognitiv funksjon i varierende grad. Ei følgje av dette er at det er vanskelig for enkelte å innhente og forstå ny informasjon, slik at dei ikkje alltid ser konsekvensane av eigne val, og handlar på ein måte kor dei ikkje klarer å ivareta eigne interesser på best måte. Det er her velferdsstaten kjem inn for å yte helsehjelp, og spørsmålet om samtykkekompetanse vert aktualisert jf. pbrl. § 4-3 andre ledd.

Eg vil nytte «menneske med kognitiv svikt» i staden for «menneske med psykisk utviklingshemming og menneske med demens» når eg omtaler begge gruppene.

1.2.5 Pasient, brukar og helsehjelp

Dei to regelverka operer med omgrepa «pasient» og «bruker».

⁵ Eva Simonsen, «Utviklingshemming» i Store norske leksikon, sist oppdatert 21. januar 2019, <https://snl.no/utviklingshemming>, sist lest 08.12.20.

⁶ Simonsen, «Utviklingshemming» i Store norske leksikon (2019).

⁷ Simonsen, «Utviklingshemming» i Store norske leksikon (2019).

I pbrl. § 1-3 bokstav a er «pasient» definert som ein «person som henvender seg til helse- og omsorgstjenesten med anmodning om helsehjelp, eller som helse- og omsorgstjenesten gir eller tilbyr helsehjelp i det enkelte tilfelle».

Ein «bruker» er «en person som anmoder om eller mottar tjenester omfattet av helse- og omsorgstjenesteloven som ikke er helsehjelp etter bokstav c» jf. pbrl. § 1-3 bokstav f. Om det er tale om ein pasient eller brukar i det konkrete tilfellet avhenger altså av om det er yting av helsehjelp eller andre tenester, dømesvis reine omsorgstenester.

«Helsehjelp» er i lova definert som «handlingar som har forebyggende, diagnostisk, behandlende, helsebevarende, rehabiliterende eller pleie- og omsorgsformål, og som er utført av helsepersonell» jf. Pbrl. § 1-3 bokstav c. Denne definisjonen er ganske vid, som gjer det vanskelig å trekke ei tydelig grense mellom kven som er «pasient» og «bruker». ⁸ Dette vert ikkje drøfta nærmare i denne oppgåva. Skiljet mellom helsetenester og omsorgstenester vert drøfta i punkt. 2.3.3.

1.2.6 Tvang

Tvangsomgrepet er ikkje eintydig definert i norsk helselovgivning. Det finst eit stort spenn i omgrepsbruken, kor tvang i eine ytterkant er definert som overvinning av motstand, og i den andre ytterkant definert som fråvær av gyldig samtykke. Tvangsomgrepet i den aktuelle lovgivinga vert drøfta i punkt 2.4.4. I oppgåva nyttar eg tvangsomgrepet om tilfella der inngrep vert gjort utan samtykke, fordi konflikten mellom sjølvråderetten og paternalismen oppstår allereie her. Konflikta aktualiserast særleg når det gjeld inngrep overfor menneske med kognitiv svikt fordi dei står i større fare for å miste samtykkekompetansen enn andre, og ikkje alltid har høve til å protestere fordi dei ikkje forstår kva som skjer.

1.3 Velferdsteknologi

1.3.1 Innleiing

⁸ Sjø NOU 2019:14 s. 548-549.

Som eit bakteppe for oppgåva er det nødvendig å seie noko om kva velferdsteknologi er. Teknologiane som oppgåva fokuserer på vil bli forklart nærmare. I NOU 2011:11 på s. 99 er velferdsteknologi definert slik:

«Med velferdsteknologi menes først og fremst teknologisk assistanse som bidrar til økt trygghet, sikkerhet, sosial deltakelse, mobilitet og fysisk og kulturell aktivitet, og styrker den enkeltes evne til å klare seg selv i hverdagen til tross for sykdom og sosial, psykisk eller fysisk nedsatt funksjonsevne. Velferdsteknologi kan også fungere som teknologisk støtte til pårørende og ellers bidra til å forbedre tilgjengelighet, ressursutnyttelse og kvalitet på tjenestetilbudet.» (Mi kursivering.)

På konkret nivå kan velferdsteknologi være så mangt. Det har skjedd store teknologiske framsteg sidan den klassiske komfyrvakta, og teknologi som digitalt tilsyn og GPS har blitt anbefalt integrert i det ordinære helse- og omsorgsteneseteilbodet til kommunane av Helsedirektoratet.^{9,10}

1.3.2 Digitalt tilsyn

Digitalt tilsyn, også kalla passiv varslings teknologi, er avanserte sensorar som kan registrere visse typar aktivitet i eit rom, og sende varsel til tenesta ved utvalde rørsler. Døme er varsel om at personen går ut av senga, fell, eller passerer eit område.¹¹ Tidlegare var det vanlegare med teknologi som krev aktiv handling frå pasient eller brukar, som å dra i snor eller matte som utløyser alarm når dei vert trødd på. Digitalt tilsyn sender varsel automatisk ved registrering av rørsler, slik at ein ikkje kan «omgå» å varsle med å dømesvis trække utanfor

⁹ Helsedirektoratet, «Første gevinstrealiseringsrapport med anbefalinger», desember 2015, https://www.helsedirektoratet.no/rapporter/gevinstrealiseringsrapporter-nasjonalt-velferdsteknologiprogram/Første%20gevinstrealiseringsrapport%20-%20Nasjonalt%20velferdsteknologiprogram.pdf/_attachment/inline/c879e5ef-715a-4277-9e89-e88f81e3b862:bbe6388b148899c2855be38afc2e163ce8065740/Første%20gevinstrealiseringsrapport%20-%20Nasjonalt%20velferdsteknologiprogram.pdf på s. 4 for bruk av GPS.

¹⁰ Helsedirektoratet, «Andre gevinstrealiseringsrapport med anbefalinger», januar 2017, https://www.helsedirektoratet.no/rapporter/gevinstrealiseringsrapporter-nasjonalt-velferdsteknologiprogram/Andre%20gevinstrealiseringsrapport%20-%20Nasjonalt%20velferdsteknologiprogram.pdf/_attachment/inline/76ae5535-037f-4387-a92f-3e5e96e477f4:4544b853573c3d2454da1b40afe4a74544940035/Andre%20gevinstrealiseringsrapport%20-%20Nasjonalt%20velferdsteknologiprogram.pdf, på s. 5 for bruk av digitalt tilsyn.

¹¹ Helsedirektoratet, «Andre gevinstrealiseringsrapport med anbefalinger» (2017), på s. 5.

alarmmatta på golvet. Digitalt tilsyn kan supplerast med kameraovervaking, der helsetenesta kan gå inn ved avtalte tidspunkt og sjå, eller at det vert overført bilete ved utløyst alarm.¹² Slik teknologi kan nyttast både i institusjon og heime hos pasient/brukar.

1.3.3 GPS

GPS står for Global Positioning System, og er teknologi som kan berekne og opplyse om den geografiske posisjonen til den som nyttar seg av teknologien. GPS er i denne oppgåva forstått som ein eigen type velferdsteknologi – lokaliseringsteknologi – utanfor kategorien digitalt tilsyn/passivt varslingsteknologi. I helsetenesta vert lokaliseringsteknologi nytta som hjelpemiddel for menneske med orienteringsvanskar, slik at dei kan bli funnen om dei treng det. Sjølv GPS-eininga finst i ulike former, som til dømes eit smykke (som ein tryggleiksalarm), ei klokke eller ein skosåle. Nokon av innretningane har tovegs-talefunksjon slik at brukaren av GPS og mottakaren av varselet kan kommunisere. Det kan enten vere slik at pårørande eller helsepersonell kan gå inn å sjå kor vedkommande er, eller at dei får varsel når vedkommande beveger seg utanfor eit bestemt område, såkalla GeoFence.¹³

Der eg omtaler begge teknologiane i lag vil eg nytte «slik teknologi» eller «teknologien» som samleomgrep.

1.4 Rettskjeldemessige problemstillingar og grunnleggande verdiar

1.4.1 Innleiing

Utgangspunktet for ein kvar rettsleg analyse er rettskjeldene, og dette rettsområdet stiller særlege krav til heimelen. Først vil dei aktuelle rettskjeldene presenterast, og særlege utfordringar diskuterast. Deretter skal eg seie noko om dei grunnleggande verdiane. Sidan oppgåva tar utgangspunkt i ei internrettsleg samanlikning er det er ikkje høve til å gå grunding inn på problemstillingar knytt til internasjonale forplikingar, men tvangsreglane er

¹² Helsedirektoratet, «Andre gevinstrealiseringsrapport med anbefalinger» (2017), på s. 15.

¹³ Helsedirektoratet, «Andre gevinstrealiseringsrapport med anbefalinger» (2017), på s. 11.

vurdert til å vere i samsvar med menneskerettane.¹⁴ Nokre av dei vil likevel nemnast kort som eit bakteppe.

1.4.2 Rettskjeldebiletet og problemstillingane det medfører

1.4.2.1 Lovtekst

Bruk av velferdsteknologi er lovregulert i pbrl. §§ 4-6a og 4A-4 tredje ledd, samt hol. § 9-2 andre ledd. Alle reglane er nye og har eit moderne språk. Sjølv om pbrl. er i frå 1999 vert §4-6a tilføyd i 2013, og kapittel 4A i 2006. Helse- og omsorgstenesetelova er i frå 2011.

1.4.2.2 Forarbeid

I samband med lovendringa i 2013 kor § 4-6a vert innført i pbrl., kom det eit forarbeid, Prop. 90 L (2012-2013), som tar stilling til bruk av varslings- og lokaliseringsteknologi, både etter lovas kapittel 4 og 4A, samt omtalar forholdet til reglane i kapittel 9 i hol. Eldre forarbeid som seier noko om innhaldet i dei generelle reglane er også av betydning. Kapittel 9 i hol. er ei vidareføring av den gamle sosialtenestelova kapittel 4A jf. Prop. 91 L (2010-11) s. 501, slik at desse forarbeida og har relevans.

1.4.2.3 Rettspraksis

Det finst ingen rettspraksis knytt til grensene for bruk av slik teknologi, verken generelt eller overfor menneske med kognitiv svikt. Dette byr på utfordring når lovteksten ikkje er klar.

1.4.2.4 Rundskriv

Det finst to rundskriv som seier noko om bruk av velferdsteknologi: rundskriv IS-10/2015 «Rettsikkerhet ved bruk av tvang og makt overfor enkelte personer med utviklingshemming – Lov av 24. juni 2011 nr. 30 om kommunale helse- og omsorgstjenester kapittel 9» og rundskriv IS-8/2015 «Pasient- og brukerrettsloven med kommentarer». Rundskriv er ei rettskjelde med låg autoritet, men kan fungere som tolkingsbidrag der dei

¹⁴ Prop. 90 L på s. 16 under punkt 5.5.

andre rettskjeldene er uklare. Dette forutset at løysinga i rundskrivet har gode grunnar for seg, og er i samsvar med rådande omsyn på rettsområdet.

1.4.2.5 Legalitetsprinsippet

Legalitetsprinsippet, som er stadfesta i Grunnlova § 113, seier at styresmaktene må ha «grunnlag i lov» for å «gripe inn» ovanfor einskildmennesket. Kravet om heimel i lov er ikkje problematisk i oppgåvas samanheng sidan denne typen tiltak er lovregulert.

Legalitetsprinsippet stiller også krav om at heimelen må vere vere tilstrekkelig «klar og uomtvistelig» jf. Rt. 1995 s. 530 A på s. 537. Der heiter det at kravet om klar heimel må nyanserast ut i frå «hvilket område en befinner seg på, arten av inngrepet, hvordan det rammer og hvor tyngende det er overfor den som rammes. Også andre rettskildefaktorer enn loven selv må etter omstendighetene trekkes inn.»

Spørsmålet er kor sterkt legalitetsprinsippet står på dette rettsområdet, og følgelig kva krav som vert stilt til rettskjeldebruken og tolkinga av reglane som heimlar å ta i bruk slik teknologi utan samtykke.

Eit tradisjonelt synspunkt i litteraturen er at legalitetsprinsippet står sterkt på helserettens område, særleg ved utøving av tvang overfor menneske med kognitiv svikt på grunn av deira «særlege trong for vern mot overgrep».¹⁵ Det har vore diskutert om legalitetsprinsippet på helserettens område generelt har blitt svekka, etter at Høgsterett har tolka tvangsreglar utvidande.¹⁶ Synspunktet vert forsterka då Høgsterett avsa Rt. 2010 s. 612 A (Sårstelldommen). Fleirtalet konkluderte med at helsetenesta hadde høve til å nytte tvang mot ein samtykkekompetent pasient, basert på kumulasjon av fleire rettsgrunnlag, fordi det ikkje låg føre heimel i lov. Østenstad sin artikkel¹⁷ viser dei ulike synspunkta som har vore diskutert: somme meiner at dommen inneberer ei svekking av legalitetsprinsippet på helseretten, medan andre meiner at dommen ikkje er eit prejudikat for dette på grunn av den

¹⁵ Bjørn Henning Østenstad, *Heimelsspørsmål i behandling og omsorg overfor psykisk utviklingshemma og aldersdemente: Rettslege og etiske problemstillingar ved bruk av tvang og inngrep utan gyldig samtykke*, Fagbokforlaget (2011), på s. 305.

¹⁶ Rt. 1993 s. 249 A, Rt. 1998 s. 937 A og Rt. 2000 s. 23 A. Sjå også Østenstad, *Heimelsspørsmål i behandling og omsorg overfor psykisk utviklingshemma og aldersdemente* (2011) på s. 305-310.

¹⁷ Bjørn Henning Østenstad, «Sårstelldommen (Rt. 2010 s. 612) – Prejudikat for kva?» i *Lov og Rett*, 08/2014, (53. årgang), s. 485-501.

unike sakstilfellet.¹⁸ Etter ei nærare analyse av dommen konkluderer forfattere med at avgjerla ikkje har noko vesentlig å tilføre når det gjeld endring i legalitetsprinsippet si stilling på helserettens område, fordi argumentasjonen i domspremissane er uklår og saksforholdet var så spesielt.¹⁹ Eg konkluderer difor med at legalitetsprinsippet fortsatt stiller strenge krav til heimel, tolking og rettskjeldebruk på helserettens område.

Bruk av slik teknologi utan samtykke overfor menneske som har vanskar med å hevde sin rett eller ytre motstand er objektivt sett inngripande. Vi er fortsatt i kjerneområdet av legalitetsprinsippet, slik at rettskjelder med høg demokratisk legitimitet og autoritet må få stor vekt, og det er mindre rom for å tolke lovteksten utvidande eller innskrenkande. Lovtekst, tolka i samsvar med ei alminnelig forståing av ordlyden, vert den viktigaste rettskjelda. Deretter må forarbeid nyttast for å presisere innhaldet ved behov. Rundskriv kan fungere som tolkingsbidrag, men ein kan ikkje legge denne kjelda ukritisk til grunn der innhaldet strir mot lovtekst og forarbeid.

1.4.3 Grunnleggjande verdiar

1.4.3.1 Menneskerettar og internasjonale plikter

Menneskerettane varetar einskildmenneskets grunnleggande rettar i møte med styresmaktene, og er viktige på helserettens område. Dei menneskerettslege forplikingane kjem til syne i Grunnlovas kapittel E, og i menneskerettslova § 2 som slår fast at EMK gjeld som norsk lov. Bruk av slik teknologi er ei form for overvaking, sidan personens rørsler eller opphaldsstad kontinuerleg vert registrert og andre har tilgang til informasjonen. Overvaking er eit inngrep i retten til personvern, som er omfatta av retten til privatliv i Grl. § 102 og EMK artikkel 8. Ein får heller ikkje bevege seg fritt uovervåka, slik at ein kan spørje om teknologien også utgjer eit inngrep i retten til rørslefridom, som kjem av Grl. § 106 og EMK protokoll nr. 4. artikkel 2.

Menneskerettane må nemnast fordi dei stiller krav til utforminga av dagens tvangsreglar, ved at inngrep i menneskerettane stiller krav om at inngrepet har heimel, eit legitim føremål og er

¹⁸ Østenstad, «Sårstelldommen (Rt. 2010 s. 612) - Prejudikat for kva?» (2014), på s. 486-488.

¹⁹ Østenstad, «Sårstelldommen (Rt. 2010 s. 612) - Prejudikat for kva?» (2014), på s. 500-501.

forholdsmessig jf. til dømes EMK artikkel 8 andre ledd. Menneskerettane i Grunnlova har ikkje den same opninga for inngrep som reglane i EMK, men er inspirert av reglane i EMK, slik at innhaldet i desse må få betydning for tolkinga av reglane i Grunnlova jf. Dok. nr. 16 (2011-2012) på s. 90. Høgsterett har og lagt dette til grunn og tolka inn høvet til å gjere inngrep i menneskerettane i Grunnlova dersom dei tre nemnde vilkåra er innfridd, jf. Rt. 2015. s. 93 A i avsnitt 90. Dei same grensene kjem indirekte fram av inngrepsheimlane, som vi skal sjå på seinare.

1.4.3.2 Konkrete verdiar ved bruk av velferdsteknologi i tvangstilfelle

Det rettslege utgangspunktet for yting av helsehjelp er samtykke. Personen er i sin fulle rett å avvise helsehjelp, sjølv om dette kan reknast som eit «dårleg val».

Sjølvråderetten/autonomien er soleis eit sterkt prinsipp i helseretten. Tvangsreglane skaper ei klar spenning til sjølvråderetten. Tvangsreglane gir uttrykk for såkalla velferdspaternalisme – tvang med ein god intensjon om at «vi veit kva som er best for deg».²⁰ Sjølvråderetten og velferdspaternalismen er to motstridande, men rådande omsyn i den generelle debatten om tvang, som er vanskeleg å balansere. I følge Aasen strever dei nordiske statane med å finne ein passende balanse mellom velferdspaternalisme og respekt for individuell autonomi og medverknad når det gjeld personar med nedsett kognitiv funksjon.²¹ På den eine sida peikast det på at velferdsstaten sin innebygde paternalisme medfører ein fare for at omsynet til individuell autonomi og sjølvråderett tilleggast for lite vekt. På den andre side peikast det på at ein overdriven respekt for sjølvråderetten og den enkeltes moglegheit til å ivareta egne interesser kan føre til at menneske vert overlatt til seg sjølv i større grad enn dei ønskjer, eller enn kva som er forsvarlig ut i frå akseptable faglege standardar for god omsorg.²²

Spørsmålet er kva omsyn og verdiar reglane for bruk av velferdsteknologi varetek.

Velferdsteknologi kan gi personen eit meir sjølvstendig liv, og inneberer ein ny form for inngrep som syner å vareta sjølvråderetten meir enn å bli låst inne eller fysisk tilbakehaldt.

²⁰ Asbjørn Kjønstad, Aslak Syse og Morten Kjelland, *Velferdsrett I: Grunnleggende rettigheter, rettsikkerhet og tvang*, 6. utgåve, Gyldendal juridisk (2017), på s. 29 og 456.

²¹ Henriette Sinding Aasen, «Forsvarlig edreomsorg? Et kritisk blick på dom avsagt av Oslo tingrett», i *Selvbestemmelse og tvang i helse- og omsorgstjenesten*, av Bjørn Henning Østenstad, Caroline Adolphsen, Eva Naur og Henriette Sinding Aasen (red.), Fagbokforlaget 2018, side 105–135 på s. 111.

²² Aasen, 'Forsvarlig edreomsorg? Et kritisk blick på dom avsagt av Oslo tingrett' (2018), på s. 111.

Velferdspaternalismen er likevel sterkt til stades, fordi føresetnaden for at ein kan vere sjølvstendig er at andre har overordna kontroll og kan gripe inn ved behov. Paternalismen vert særleg rådande når bruk av slik teknologi er vedtatt av andre, utan personens medverknad, fordi vedkommande ikkje forstår kva teknologien går ut på eller motset seg bruken.

Teknologien er abstrakt og avansert i sitt innhald. For menneske med kognitiv svikt vil dette vere vanskeligare å forstå enn for andre. Teknologien i seg sjølv vil frårøve enkelte menneske med kognitiv svikt moglegheita til å medverke. Dette er viktig å ikkje miste av syne, sjølv om konsekvensen for personen ofte vil vere auka sjølvstende og sjølvråderett.

Tenesteytinga kan bli meir effektiv ved bruk av slik teknologi fordi ressursane kan plasserast der det trengst. Helsepersonellet treng ikkje gå på regelmessige tilsyn, for ein får varsel når assistanse trengs. Det trengs ikkje ekstra tilsette til å bli med på tur, eller bruke tid til å leite etter personen som ikkje er komen tilbake frå tur til avtalt tidspunkt. Slike omsyn kan ikkje vere rådande i avgjersla om teknologien skal nyttast. Det er omsynet til kva som er best for den enkelte pasient og brukar som skal vege tyngst.²³ Det er viktig økonomiske- og effektivitetsomsyn ikkje vert kamouflert bak ei ytring om at teknologien er til pasienten eller brukarens beste. Sjølv sagt må kommunen ta prioriteringar ut i frå dei midla dei har, men det er viktig å ikkje miste fokus på pasienten eller brukaren. Eit anna argument i den retning er at teknologien ikkje kan erstatte menneskeleg kontakt og omsorg. Teknologien får ikkje med seg alt, og det er ikkje sjølv sagt at kvaliteten på tenestene vert betre for den enkelte ved at dei er meir effektive. Bruk av teknologi må

Eit anna spørsmål er om bruk av digitalt tilsyn og GPS er mindre inngripande enn alternativa. Auka sjølvstende gjennom bruk av velferdsteknologi kan gjere det mindre nødvendig med andre tvangstiltak.²⁴ Der alternativet er klassisk fysisk tvang i form av innlåsing eller tilbakehalding, vil digitalt tilsyn eller GPS opplevast mindre inngripande og krenkande for personen ved at ein slepp tvangsinngrep som går direkte på kroppen, samt at personen får større handlingsrom. På den andre sida inneberer teknologien meir eller mindre kontinuerleg overvaking. Dette er også inngripande, særleg der overvakinga skjer utan at personen er klar over det. Det er tale om eit meir «abstrakt» inngrep ved at ein ikkje kan sjå og føle det, men det tyder ikkje at det er mindre inngripande. Tvert i mot tyder det kanskje at ein bør utvise

²³ Prop. 90 L (2012-13) på s. 33.

²⁴ Helsedirektoratet, «Andre gevinstrealiseringsrapport med anbefalinger» (2017), på s. 12.

ekstra varsemd. Overvaking reiser fleire personvernrettslege spørsmål og utfordringar som det ikkje er høve til å gå nærmare inn på i denne oppgåva. Verdt å nemne er at Datatilsynet har stilt seg positiv til bruk av slik teknologi så lenge det har eit godt innebygd personvern frå starten av, samt at det gir auka livskvalitet.²⁵

²⁵ Datatilsynet, «GPS-sporing av demente må gi økt livskvalitet (høringsuttalelse), publisert 14.01.2013, <https://www.datatilsynet.no/regelverk-og-verktoy/lover-og-regler/hoeringsuttalelser/tidligere-uttalelser/gps-sporing-av-demente-ma-gi-okt-livskvalitet/>, sist lest 08.12.20

2 Høvet til å bruke GPS og digitalt tilsyn etter pbrl. og hol.

2.1 Samtykke – hovudsakleg om tap av samtykkekompetanse

2.1.1 Innleiing

Det har ikkje vore tid og rom for ei fullstendig dekking av alle problemstillingane om samtykke som bruk av GPS og digitalt tilsyn reiser. Eg har vald å fokusere på problemstillingane som oppstår i tilknytning til tap av samtykkekompetanse, for dette er ein føresetnad for at pbrl. §§ 4-6a og 4A-3 kjem til bruk.

Samtykke eller tap av samtykkekompetanse er verken eit vilkår eller eit vurderingsmoment etter reglane i hol. kapittel 9. Dette vert kommentert nærmare i kapittel 2.4.2.

2.1.2 Kort om kva som er eit gyldig samtykke

For å sei noko om tap av samtykkekompetanse er det hensiktsmessig å først nemne kva som er eit gyldig samtykke. Eit gyldig samtykke krev at pasienten har fått «nødvendig informasjon om sin helsetilstand og innhaldet i helsehjelpen» jf. pbrl. § 4-1 første ledd andre setning. Dette inneberer at ein har fått dekkande informasjon om føremål, metodar, forventade fordelar og mulige farar knytt til tiltaket.²⁶ Ein skal vere så informert at ein kan ta eit forsvarleg val av om ein vil ta i mot helsehjelp eller ikkje. Særleg viktig for folk med nedsett kognitiv funksjon er at informasjonen skal tilpassast pasienten jf. pbrl. § 3-5. Dette er for å i størst grad ivareta personens sjølvråderett, og soleis unngå tvang.

At ein har høve til å samtykke til helsehjelp inneberer og at ein har høve til å avslå helsehjelp, samt det å trekke tilbake eit gyldig samtykke jf. pbrl. § 4-1 andre ledd. Dette tyder at å inneha

²⁶ Ot.prp. nr. 12 (1998-99) på s. 133

Samtykkekompetanse inneberer retten til å nekte. Å yte motstand mot helsehjelp er eit uttrykk for ei nekting. Likevel vert ikkje denne nektinga «akseptert» når ein vert vurdert til å ikkje ha samtykkekompetanse.

2.1.3 Tap av samtykkekompetanse

Nedsett kognitiv funksjon medfører i somme tilfelle at evna til å innhente og prosessere ny og samansett informasjon er svekka, slik at det vert vanskeligare for vedkommande å sjå og forstå konsekvensane av eigne val. Denne situasjonen har lovgivar tatt høgd for. Etter pbrl. § 4-3 andre ledd kan samtykkekompetansen bortfalle «helt eller delvis» dersom pasienten «på grunn av» «senil demens» eller «psykisk utviklingshemming» «åpenbart ikke er i stand til å forstå hva samtykket omfatter». Lovteksten opnar også for fråfall av samtykkekompetanse for andre grupper, men det er dei siterte gruppene som er av betydning for oppgåva.

At personen mister samtykkekompetansen «helt eller delvis» tyder at ein ikkje automatisk mister samtykkekompetansen i alle framtidige spørsmål om helsehjelp. Denne tolkinga er støtta opp av forarbeida kor det står at ein må vurdere på kva område det er «utilrådelig» at pasienten har samtykkekompetanse.²⁷ Regelen inneheld eit sjukdomsvilkår, eit årsakskrav og eit krav til manglande evne til å forstå.²⁸ Sjukdomsvilkåret går ut på at vedkommande må ha «senil demens» eller «psykisk utviklingshemming». Årsakskravet kjem fram av ordlyden «på grunn av» , og tyder at det er demensen eller den psykiske utviklingshemminga som gjer at ein ikkje forstår kva samtykker omfattar.²⁹

Det siste kravet er at pasienten «åpenbart ikke er i stand til å forstå hva samtykket omfatter». At ein ikkje forstår kva samtykket omfattar er ei tilvising tilbake til kravet om at ein må ha fått og forstått informasjon om helsehjelpa sitt innhald og sin eigen helsetilstand i § 4-1 første ledd jf. HR-2018-2204-A avsnitt 61, slik at det er denne informasjonen personen ikkje forstår. I nektingstilfelle tyder dette at ein har motteke og forstått dei eventuelle konsekvensane av å ikkje ta i mot helsehjelpa for at samtykket skal vere gyldig. Beviskravet er høgt, og det skal ganske mykje til for å miste samtykkekompetansen jf. ordlyden «åpenbart». Dette er også lagt

²⁷ Ot.prp. nr. 12 (1998-99) på s. 133.

²⁸ HR-2018-2204-A avsnitt 39.

²⁹ Ot.prp. nr. 12 (1998-99) på s. 133.

til grunn i forarbeid og rundskriv.³⁰ Pasienten skal ha rett til å samtykke og å nekte helsehjelpa dersom helsepersonellet er i tvil om personen «åpenbart» ikkje forstår kva samtykket omfatter.³¹ Dette inneberer at «mange med redusert evne til å forstå hva helsehjelpen omfatter, [vil] vurderes som samtykkekompetente.»³²

Spørsmålet er kor mykje ein skal krevje at ein person med kognitiv svikt forstår av velferdsteknologien for å ivareta samtykkekompetansen. Eg vil vurdere spørsmålet i lys av eit eksempel av ein GPS-brukar som kjem fram i ein artikkel av Lisbet Grut, Tone Øderud og Silje Bøthun.³³ Artikkelen handlar om føresetnader for at GPS skal vere eit godt hjelpemiddel, og funna er basert på dybdeintervju med fem personar med kognitiv svikt og orienteringsvanskar som har brukt GPS over ei viss tid.

Jan er 80 år, har demens og bur aleine i omsorgsbustad. Han er i god form og likar å gå lange turar kvar dag aleine. Før han fekk GPS hadde han forårsaka fleire leiteaksjonar. På tidspunktet for intervjuet har han nytta GPS i over eitt år, og tek den på sjølv kvar gong han går ut. Dei tilsette ved omsorgsbustaden sender melding til borna hans om han ikkje er heime om kvelden. Slik kan borna lokalisere han på mobilen sin, og bestemme om og når dei hentar han og køyrer han heim.³⁴ Jan klarer ikkje forklare korleis GPS-en fungerer når han vert spurt om dette, og forklarar at han ikkje har opplevd korleis den er nyttig for han, for den berre heng der. Han beskriver GPS-en som eit verkemiddel som hindrar konflikt mellom han og borna, for når han nytter GPS-en kan han gå ut utan å bli kritisert av borna. Teknologien spelar ein rolle i hans liv ved «at den harmoniserer forholdet mellom ham og barna. [...] Jan er tilsynelatende ikke opptatt av at enheten gjør det mulig for barna å lokalisere ham. Han synes

³⁰ Ot.prp. nr. 12 (1998-99) på s. 133 og Rundskriv IS-8/2015 på s. 85.

³¹ Ot.prp. nr. 12 (1998-99) på s. 133.

³² Rundskriv IS-8/2015 på s. 85 og Aslak Syse, *Pasient- og brukerrettighetsloven med kommentarer*, 4. utgåve, Norsk Gyldendal Forlag 2015, på s. 410 under pkt. 4.0.8.

³³ Lisbet Grut, Tone Øderud, og Silje Bøthun, «GPS som hjelpemiddel for personer med orienteringsvansker», i *Tidsskrift for omsorgsforskning* nr. 02/2017 (3. årgang), s. 127–36.

³⁴ Grut, Øderud, og Bøthun, «GPS som hjelpemiddel for personer med orienteringsvansker» (2017), på s. 130.

det er veldig hyggelig at de av og til kommer kjørende og plukker ham opp, men gir ikke uttrykk for at han setter dette i forbindelse med lokaliseringseenheten.»³⁵

Spørsmålet er om Jan «åpenbart» ikkje har forstått innhaldet i helsehjelpa, i dette tilfellet kva bruk av GPS inneberer. Ein kan naturlegvis ikkje krevje at ein på detaljnivå kan greie ut om korleis GPS fungerer ved at det vert sendt signal til satellittar som går i bane rundt jorda, men her verkar det som at Jan ikkje forstår det heilt sentrale – nemleg at han vert spora og at andre, i dette tilfellet barna, har tilgang til denne informasjonen. Det kan tenkast at han ikkje har fullstendig innsikt i eige sjukdomsbilete sidan det har oppstått kranglar i samband med at han vil gå tur. Dette kan tyde at han ikkje har akseptert at han har eit problem, men dette vert spekulasjon. Sjølv om terskelen er høg vil eg kanskje konkludere med at han «åpenbart» ikkje forstår innhaldet i helsehjelpa når det er klart at han ikkje har forstått dei sentrale funksjonane til GPS-en. Bruken vil fortsatt vere lovleg sjølv om Jans samtykke ikkje er gyldig fordi han tek den på frivillig, sidan pbrl. § 4-6a gir høve til å ta i bruk varslings- og lokaliseringsteknologi der vedkommande ikkje motset seg dette.

2.2 Verkeområdet til pbrl. kapittel 4 og 4A og hol. kapittel 9

2.2.1 Innleiing

Reglane i pbrl. er dei einaste aktuelle for menneske med demens, fordi kapittel 9 i hol. er avgrensa til å gjelde menneske med «psykisk utviklingshemming». For menneske med psykisk utviklingshemming er det noko overlapp i regelverket, då ein har spesialreglane i hol., men også dei generelle reglane i pbrl. Kva reglar som kjem til bruk har betydning fordi dei prosessuelle rettstryggleiksgarantiane er annleis. Vedtak om tvang etter kapittel 9 i hol. skal overprøvast av Fylkesmannen, og kan ikkje setjast i verk før han har godkjent det jf. § 9-7 fjerde ledd. Regelens tredje ledd stiller strenge krav til innhaldet i vedtaket. Det skal også fattast vedtak om bruk av tvang etter pbrl. § 4A-5, men lova stiller ikkje krav om innhaldet i vedtaket, og at Fylkesmannen må godkjenne vedtaket på førehand. Lova gir Fylkesmannen

³⁵ Grut, Øderud, og Bøthun, «GPS som hjelpemiddel for personer med orienteringsvansker» (2017), på s. 131-132.

høve til å overprøve vedtak av eige tiltak jf. § 4A-8 første ledd, samt krev at han skal vurdere om det fortsatt er behov for tvangen, men ikkje før tre månadar etter at vedtaket vert fatta jf. § 4A-8 andre ledd. Kapittel 9 i hol. gir altså eit betre prosessuelt vern enn kapittel 4A i pbrl.

Det skal klarleggast kva reglar som gjeld i kva tilfelle, medan vilkåra i reglane vert drøfta i kapittel 2.3 og 2.4. For å klarlegge verkeområdet vert kapittelet delt opp i tre underkapittel, kor eg skal forsøke å svare på spørsmåla kva typar tiltak, tenester og samhandling som omfattast av kva regelverk.

2.2.2 Kva typar tiltak omfattast av regelverka?

2.2.2.1 Innleiing

Først skal det klarleggast kva tiltak det er høve å nytte seg av etter regelverka. Spørsmålet er i kva grad bruk av slik teknologi er heimla i dei ulike regelverka.

2.2.2.2 For menneske med demens

Etter pbrl. § 4-6a er det høve til å ta i bruk «tekniske innretninger for varsling og lokalisering» om dei nærmare vilkåra er innfridd. Etter pbrl. § 4A-4 tredje ledd er det høve til å nytte «varslings- og lokaliseringssystemer med tekniske innretninger». Pbrl. § 4-6a regulerer ikkje tvangstilfelle, medan § 4A-4 gjer det. Sjølv om rekkefølga er noko annleis er det dei same orda, så det presumerast det at innhaldet er det same.

I forarbeida kjem det fram at med varslings- og lokaliseringsteknologi meinast «teknologi for å varsle helse- og omsorgspersonell om endringer i situasjonen eller behov for enkeltpasient eller bruker som gir grunn til å anta at det foreligger risiko for skade på vedkommende.

Videre menes teknologi som kan beregne og opplyse om brukers eller pasients geografiske posisjon og som tas i bruk for å hindre skade. Eksempler på slik teknologi kan vere fallalarmer, bevegelsesalarmer og GPS.»³⁶ Digitalt tilsyn omfattar både fallalarm og rørslealarm. Ein har altså høve til å ta i bruk digitalt tilsyn og GPS etter reglane i pbrl. kapittel

³⁶ Prop. 90 L (2012-13) på s. 26.

4 og 4A. Reglane i kapittel 4 og 4A gjeld utanfor nødssituasjonar, for desse situasjonane er regulert i helsepersonellova § 7.

2.2.2.3 For menneske med psykisk utviklingshemming

Ifølge hol. § 9-2 andre ledd skal «inngripende varslingsystemer med tekniske innretningar» alltid reknast som tvang og makt. Det er klart at digitalt tilsyn er eit varslingsystem. Spørsmålet er om det er «inngripende».

I forarbeida til den gamle sosialtenestelova kjem det fram at inngripande varslingsystem er dei som utgjer eit inngrep i den alminnelige retten til privatliv og rørslefridom.³⁷

Varslingsystem som bare kan aktiverast etter initiativ frå personen sjølv, som tryggleiksalarm, fell utanfor ordlyden.³⁸ Dette kjem og fram i dei nyare rundskriva, som seier at det først og fremst er varslingsystem som sender automatiske varsel basert på endringar i omgivnadane som reknast som «inngripende».³⁹ Vidare heiter det at fallalarm og passeringssalarm er døme på «inngripende varslingsystem», medan varslingsystem som ikkje er knytt til pasient eller brukar sin person, som brannalarm eller innbrotssalarm, og alarm som vedkommande utløyser sjølv, ikkje er inngripande. Digitalt tilsyn reknast altså som eit «inngripende varslingsystem» sidan det varsler automatisk.

Neste spørsmål er om det er heimel til å ta i bruk lokaliseringsteknologi etter reglane i kapittel 9. Det har tidlegare vore diskutert om så inngripande overvakingstiltak kan heimlast i reglane i kapittel 9 når det ikkje kjem klart fram av lovteksten. Dette er forståelig sidan legalitetsprinsippet krev klarare heimel dess meir inngripande tiltaket er, samstundes som det er mindre rom for utvidande tolkingar. I forarbeida står det at lokaliseringssystem fell utanfor det som meinast med varslingsystem, men at «bruk av slike systemer vil imidlertid etter departementets vurdering normalt regnes så inngripande at de uansett motstand må regnes som bruk av tvang eller makt. [...] [Hol. kapittel 9] gir, dersom lovens vilkår er oppfylt, adgang for kommunen til å treffe vedtak om bruk av varslings- og lokaliseringsteknologi.»⁴⁰

³⁷ Ot.prp. nr.58 (1994–95) på s. 27.

³⁸ Ibid.

³⁹ Is-10/2015 på s. 56-57.

⁴⁰ Prop. 90 L (2012-13) på s. 14.

Rundskrivet legg det same til grunn.⁴¹ Sjølv om ordlyden er utforma annleis heimlar reglane i kapittel 9 bruk av lokaliseringsteknologi, altså GPS. Dette heng saman med at «inngrepande varslingsystem» er ei kartlegging av den nedre grensa for kva som er tvang og makt, og ikkje ei uttømmende liste over kva tiltak reglane i kapittelet kan gi heimel til.⁴²

Konklusjonen er at begge regelverk heimlar bruk av slik teknologi.

Sjølv om vilkåra for bruk av tvang er innfridd er det grenser for kva typar tiltak ein kan fatte jf. § 9-5 tredje ledd bokstav a til c. Ein kan nytte teknologi som «skadeavvergende tiltak i nødssituasjonar» jf. bokstav a, «planlagte skadeavvergende tiltak i gjentatte nødssituasjonar» jf. bokstav b og «tiltak for å dekke brukarers eller pasientens grunnleggjende behov for mat og drikke, påkledding, hvile, søvn, hygiene og personleg trygghet, herunder opplærings- og treningstiltak» jf. bokstav c.

Regelverket gjeld altså både i og utanfor nødssituasjonar, til forskjell i frå pbrl. kapittel 4A som berre gjeld utanfor nødssituasjonar. Det skal først kort konstaterast kva som er ein naudssituasjon i lovas forstand.

I forarbeida kjem det fram at det må «foreligge en nærliggende og påregnelig skademulighet», men det er ikkje krav til at skade allereie har skjedd.⁴³ Deretter heiter det at det ikkje kan vere ein kva som helst lita moglegheit for at skade skjer, men ein «konkret faresituasjon som innebærer at risikoen må ha gitt seg konkrete uttrykk. Videre må det være sannsynlig at skaden vil oppstå i den enkelte situasjonen. Det er imidlertid ikke nødvendig at faren er overhengende, slik den er i en akutt nødssituasjon».⁴⁴ For planlagde nødssituasjonar kjem det fram at tvang i slike tilfelle skal vere «forberedte og gjennomtenkte og at det skal treffes vedtak.»⁴⁵

⁴¹ IS-10/2015 på s. 57.

⁴² Ot.prp. nr. 58 (1994-95) på s. 27 og Østenstad, *Heimelsspørsmål i behandling og omsorg overfor psykisk utviklingshemma og aldersdemente* (2011), på s. 458.

⁴³ Ot.prp.nr. 55 (2002-03) på s. 39.

⁴⁴ Ibid.

⁴⁵ Ot.prp.nr. 55 (2002-03) på s. 39.

Det aktuelle spørsmålet i oppgåvas samanheng er i kva tilfelle ein kan nytte seg av slik teknologi. Ved første augekast er bokstav b og c mest aktuell, fordi det i ein einskild naudssituasjon sjeldan er tid og rom for å sette opp bruken av GPS eller digitalt tilsyn. I forarbeidet kjem det fram at varslingsystem kan nyttast både i planlagde naudssituasjonar og for å dekke pasienten eller brukarens grunnleggande behov (bokstav b og c), men at det også unntaksvis kan vere aktuelt i naudssituasjonar etter bokstav a.⁴⁶ Det kan for eksempel tenkast ein situasjon der helsepersonellet akkurat får til å feste ei sporingsbrikke på ein person som held på å rømme frå institusjonen. Der det er eit gjentakande problem at personen stikk av eller rømmer kan digitalt tilsyn i form av passeringsalarm vere aktuelt etter bokstav b.

Føresetnaden for tiltak etter bokstav c er at motstanden over lenger tid vil føre til vesentlig skade og andre løysingar ikkje nyttar.⁴⁷ Tiltak etter bokstav c kan berre nyttast for å forhindre skade på personen sjølv jf. «dekke brukeren eller pasientens grunnleggande behov». Dette skil seg frå bokstav a og b, som også kan nyttast for å forhindre vesentlig skade på andre. Der ein nyttar digitalt tilsyn for å forhindre nattevandring vil tiltaket kunne dekke det grunnleggande behovet for søvn og kvile. Det er ikkje klart kva som ligg i alternativet «personlig trygghet», og dette er heller ikkje kommentert i forarbeida. Det kan tenkast at GPS og passeringsalarm kan falle innunder dette, der det skal forhindre at personen går ut aleine og potensielt frys ihjel eller vert påkøyrd. Det er noko problematisk ut i frå legalitetsprinsippet at ein har slik uklar lovtekst i ein tvangsregel.

2.2.3 For kva typar tenester gjeld regelverka?

2.2.3.1 Innleiing

Det neste spørsmålet er for kva typar tenester regelverka heimlar bruk av slik teknologi.

2.2.3.2 For menneske med demens

Etter regelen i § 4-6a kan helse- og omsorgstenesta treffe vedtak om bruk av varslings- og lokaliseringsteknologi «som ledd i helse- og omsorgstjenester». Helse- og omsorgstenesta er i

⁴⁶ Ot.prp.nr. 55 (2002-03) på s. 39

⁴⁷ IS-10/2015 på s. 87.

lovas § 1-3 bokstav d definert som «den kommunale helse- og omsorgstjenesten, spesialisthelsetjenesten, tannhelsetjenesten og private tilbydere av helse- og omsorgstjenester». Omslagsfeltet til regelen er altså ganske vidt, og omfatter utøving av helse- og omsorgstjenester i heile sektoren. Ifølge forarbeida er regelen arenauavhengig fordi det avgjerande for bruk av slik teknologi er den enkeltes behov, og ikkje kva arena tenestene vert gitt på.⁴⁸

Når ein er over i 4A tilfella kan ein ta i bruk teknologien når «helsepersonell yter helsehjelp» jf. pbrl. § 4A-2 første ledd. I følgje regelens andre ledd gjeld det ikkje for undersøking og behandling av psykiske lidingar då dette er heimla i psykisk helsevernlova. Som nemnd tidlegare er «helsehjelp» vidt definert i lova jf. § 1-3 bokstav c, og omfattar både behandling av somatisk sjukdom samt pleie- og omsorgstiltak.

2.2.3.3 For menneske med psykisk utviklingshemming

Reglane i kapittel 9 kjem til bruk som «ledd i tjenester etter [hol.] §3-2 nr. 6 bokstavene a til c og § 3-6 første ledd nr. 2 til personer med psykisk utviklingshemming» jf. § 9-2 første ledd. Dette er kommunale tenester som helsetenester i heimen (§ 3-2 nr. 6 bokstav a), personleg assistanse (§3-2 nr. 6 bokstav b), plass i institusjon (§3-2 nr. 6 bokstav c) og avlastningstiltak (§3-6 første ledd nr. 2). Alle tenestene har eit utprega pleie- og omsorgsformål. Det kjem av forarbeida at helsetenester i heimen etter § 3-2 nr. 6 bokstav c skal tolkast innskrenkande til å berre omfatte pleie og omsorg i heimesjukepleie jf. Prop. 91 L (2010-11) s. 501.

Verkefeltet til reglane i kapittel 9 er utøving av pleie- og omsorgstjenester på kommunalt nivå. Sidan pbrl. § 4-6a gjeld for heile helse- og omsorgssektoren, også for dei kommunale tenestene, vil denne regelen kunne heimle bruk av varslings og lokaliseringsteknologi overfor menneske med psykisk utviklingshemming sidan den gjeld for både pasient og brukar. På dette punktet i lovverket har ein altså overlappende reglar. Spørsmålet blir når ein skal nytte kapittel 9 i hol. eller pbrl. § 4-6a.

Reglane i kapittel 4 i pbrl. er generelle reglar, medan reglane i kapittel 9 er spesialreglar for menneske med psykisk utviklingshemming. Lex specialis talar for at reglane i kapittel 9 gjeld i dei situasjonane kor begge regelverka er aktuelle – altså når kommunen utøver pleie- og

⁴⁸ Prop. 90 L (2012-13) på s. 27.

omsorgstenester. Dette kjem og av Prop. 90 L (2012-13) s. 34 som seier at reglane i kapittel 9 går føre reglane i pbrl. dersom det er utøving av tenestene som kapittel 9 gjeld for. Vidare gjer forarbeida det klart at reglane i kapittel 4 i pbrl. bare gjeld helsetenester, og ikkje reine omsorgstenester som fell utanfor lovas definisjon av helsehjelp.⁴⁹ Konklusjonen vert at reine pleie- og omsorgstiltak skal heimlast i kapittel 9 i hol. medan tiltak som er «helsehjelp» skal heimlast etter reglane i pbrl. kap 4 og 4A for personar med utviklingshemming.

Spørsmålet er følgeleg om slik teknologi er eit pleie- og omsorgstiltak, eller om det er utøving av «helsehjelp». Som nemnd tidlegare er «helsehjelp» vidt definert i lova jf. pbrl. § 1-3 bokstav c. Det er ikkje enkelt å trekke grensa mellom reine pleie- og omsorgstiltak og utøving av helsehjelp. Spørsmålet må vurderast konkret i kvar situasjon.

Helsedirektoratet har kome med vurderingstema og seier ein kan sjå på «hva som skaper behovet for tiltaket, herunder om tiltaket har som direkte formål å avhjelpe en somatisk sykdomstilstand. Videre vil det kunne sees hen til om det er helsepersonell som har vurdert at det er behov for tiltaket, og om tiltaket må utføres av helsepersonell eller av personer med noe helsefaglig kompetanse. Det vil også kunne ha betydning hva slags hjelp som ville vært alternativet dersom tiltaket ikke hadde kunnet benyttes.»⁵⁰ Dei har definert tiltak som hovudsakleg har pleie- og omsorgsformål som hjelp til å oppretthalde eit best mogleg liv til tross for sjukdom, funksjonssvikt eller alderdom.⁵¹ Sjølv om vurderingstema kjem frå eit rundskriv, og difor har mindre rettskjeldemessig vekt, er momenta av relevans. Elementet med helsepersonell kjem implisitt fram av lova ved at om handlinga utførast av «helsepersonell» har betydning for om noko er helsehjelp eller ikkje jf. pbrl. § 1-3 bokstav c. Årsak til tiltaket er eit naturleg moment ved vurderinga av om ein treng medisinsk behandling eller berre pleie og omsorg.

Hovudformålet med GPS er at personen skal få eit mest mogleg normalt liv ved at dei kan bevege seg fritt på eiga hand, men at dei kan få enkelt hjelp ved behov. Det er ikkje tale om tileigning av nye eigenskaper, men å støtte opp under bruk av eigenskaper ein allereie har. Det er difor ikkje heilt treffande å seie at årsaken til behovet for GPS er somatisk sjukdom. Å

⁴⁹ Prop. 90 L (2012-13) på s. 27.

⁵⁰ IS-10/2015 på s. 53.

⁵¹ IS-08/2015 på s. 15.

vedta bruk av GPS skjer ofte i samråd med helsepersonell, men helsefagleg kompetanse er nok ikkje nødvendig. Tradisjonelt har alternativet til bruk av GPS vore tilbakehalding i institusjon eller å gå ut med følge. Dette er ikkje handlingar av medisinsk karakter, eller som ber preg av å krevje helsefaglig kompetanse. Det er difor mest nærliggande å konkludere med at bruk av GPS har eit pleie- og omsorgsformål, og difor skal heimlast etter reglane i hol. kapittel 9.

Digitalt tilsyn er eit meir allsidig hjelpemiddel som kan ha forskjellige formål. Poenget med teknologien er å varsle helsepersonell om konkrete endringar i situasjonen til individet, som dømesvis varsel om at ein person har gått ut av rommet, eller satt seg opp i eller forlate senga. Dette vert gjort slik at hjelpebehovet til vedkommande kan bli dekt på ein meir effektiv måte. Om det vert nytta for å avhjelpe ein somatisk sjukdom må vurderast i kvar enkelt tilfelle.

Ifølge rundskrivet kan eit hjelpebehov bestå av fleire fasar.⁵² Dømet er at etter ein stomioperasjon vil stell av operasjonssåret fram til det er grodd bli rekna som medisinsk behandling. Då er det «helsehjelp» og pbrl. skal nyttast. Etter at operasjonssåret er grodd, vil vask, stell og skifte av stomiposar vere eit pleie- og omsorgstiltak, slik at ein må nytte kapittel 9 i hol. dersom tvang er nødvendig for å utføre stellet.⁵³

Der digitalt tilsyn nyttast for å varsle om aktivitet hos ein som har knekt foten og ikkje skal belaste den, eller har utført ein operasjon som krev at personen ligg i ro, kan dette reknast som «helsehjelp». Her er det ei somatisk tilstand som skaper behovet for assistanse, og som må behandlast dersom personen påfører seg meir skade med aktivitet. Om det gjeld varig funksjonsnedsetjing eller nattevandring må det reknast som pleie- og omsorgstiltak. I desse tilfella skal digitalt tilsyn assistere kvardagen, og alternativa er ikkje andre medisinske behandlingsformer, men regelmessige tilsyn eller andre typar varsling.

2.2.4 Kva typar samhandling omfattar regelverka?

2.2.4.1 Innleiing

⁵² IS-10/2015 på s. 51.

⁵³ Ibid.

Dei to lovene opererer med ulike tvangsomgrep. Dette betyr at det kan vere ulike typar samhandlingar mellom person og helsetenesta som utgjer tvang i følgje lovverket. Spørsmålet er i kva tilfelle bruk av slik teknologi er tvang etter dei to lovverka.

2.2.4.2 Tvangsomgrepet i pasient- og brukarrettslova

Helsepersonell kan nytte varslings- og lokaliseringsteknologi etter regelen i § 4-6a dersom dei øvrige vilkåra er innfridd, så lenge personen ikkje «motsetter seg tiltaket» jf. regelens tredje ledd. Dersom personen «motsetter seg» helsehjelpa kan helsepersonell fortsatt fatte vedtak om bruk av varslings- og lokaliseringsteknologi dersom dei nærare vilkåra i § 4A-3 er innfridd jf. §4A-4 tredje ledd. Det sentrale vilkåret for kva samhandlingar som vert omfatta av reglane i pbrl. er altså motstandsvilkåret. Tvang er her definert som overvinning av motstand. Spørsmålet er kva som ligg i dette motstandsvilkåret.

Ei naturleg språkleg forståing av «motsetter seg» tyder at personen må uttrykke at ein ikkje ønsker den aktuelle helsehjelpa. På same måte som eit samtykke kan uttrykkjast uttrykkjeleg eller gjennom konkludent åtferd jf. pbrl. § 4-2, kan ein ytre at ein ikkje ønsker helsehjelpa på same måte. Dette støttast av forarbeida som seier at motstand kan ytrast verbalt eller fysisk.⁵⁴ I Prop.90 L (2012-13) på s. 33 kjem det fram at sjølve uttrykksforma ikkje er avgjerande, og «i praksis vil spørsmålet ofte bero på en tolkning av reaksjonene til pasienten, noe som kan kreve god kjennskap til vedkommende.» Det står og at motstand kan vere eit vanskelig kriterium å nytte når det gjeld personar med kognitiv svikt, fordi dei ofte ikkje vil «kunne gi uttrykk for egenvilje og være konsistente i hva de uttrykker.»⁵⁵ I dette tilfellet må avgjersla av om pasienten viser motstand baserast på eit konkret skjøn. Om ein er i tvil av om vedkommande yter motstand skal ein konkludere med at det ligg føre motstand.⁵⁶

Eit problem i tilknytning digitalt tilsyn er at sensorane er ganske usynlege. Då er risikoen for at personen ikkje får med seg at det er i bruk stor, og difor ikkje ytrer motstanden sin. Problemet er ikkje like stort ved bruk av GPS fordi inneberer at personen må ha på seg eller ha med seg ei sporingsbrikke som gjer at det vert enklare å kommunisere motstanden med å ta den av

⁵⁴ Ot.prp. nr. 64 (2005-2006) på s. 85.

⁵⁵ Prop. 90 L (2012-13) på s. 33.

⁵⁶ Ibid.

eller nekte å ta den på. Dette er likevel ikkje heilt uproblematisk då personen kan vere likegyldig fordi dei ikkje forstår kva det er, eller det nyttast sporingsbrikke som vedkommande ikkje er klar over at er i bruk fordi brikka er gøymd.

Teknologien er altså tvang der personen motsett seg tiltaket. Ein må forsøke å klarlegge kvifor personen eventuelt ikkje yter motstand. Dersom ein ikkje er sikker må ein konkludere med at det ligg føre motstand, og bruken må heimlast etter kapittel 4A.

2.2.4.3 Tvangsombrepet i helse- og omsorgstenestelova

Ifølge hol. § 9-2 første ledd kjem reglane i kapitlet til bruk der det er bruk av «tvang og makt». I andre ledd er tvang og makt definert som «tiltak som brukeren eller pasienten motsetter seg, eller tiltak som er så inngripande at de uansett motstand må regnes som bruk av tvang eller makt.» Denne regelen har ei subjektiv side, som regelen i pbrl. ved at det fokuserast på korleis personen stiller seg til tiltaket ved at ein har eit motstandsvilkår.⁵⁷ Til forskjell frå pbrl. har denne regelen ei objektiv side, ved at det også fokuserast på tiltak som i seg sjølv er så inngripande at det må reknast som tvang.⁵⁸ Grunngevinga er at manglande motstand kan ha mange grunner, som til dømes tillært passivitet eller at ein ikkje forstår innhaldet i tiltaket og følgelig ikkje yter motstand. Omsynet til tenestemottakaren seier at ein skal føreta ei objektiv vurdering av om tiltaket er så inngripande at ein person normalt ville ha motsett seg det jf. Ot.prp. nr. 58 (1994-95) på s. 17.

Det kan spørjast ved om ikkje også dette omsynet er relevant når det gjeld menneske med demens, og difor også burde ha vore eit vurderingsmoment i pbrl. kapittel 4A.

Problemstillingane som grunnjev omsynet, altså at det er vanskelig å forstå om vedkommande motset seg helsehjelpa eller ikkje, gjeld og for folk med demens. Det er kanskje meir naturleg at det objektive vilkåret kjem spesifikt til uttrykk i hol. kapittel 9 fordi kapitlet er retta mot folk med psykisk utviklingshemming, medan kapitlet i pbrl. er diagnoseuavhengig. Dette inneberer jo at reglane må vere meir generelt utforma.

⁵⁷ Bjørn Henning Østenstad i *Helse- og omsorgstenesteloven – med kommentarer* av Alice Kjellevoid, Fagbokforlaget 2016, på s.134.

⁵⁸ Østenstad, *Helse- og omsorgstenesteloven – med kommentarer* (2016), på s.135.

Rettstryggleiken vil uansett vere ivaretatt ved at pbrl. § 4-6a stiller visse krav til bruken av slik teknologi der personen ikkje yter motstand.

Som sett i punkt 2.2.2.3 vil GPS og digitalt tilsyn alltid vere å rekne som bruk av tvang og makt på grunn av den inngripande karakteren av tiltaket jf. forarbeid og rundskriv.⁵⁹ Det har altså ikkje betydning for spørsmålet om bruk av slik teknologi er tvang om personen yter motstand eller ikkje. Dette til stor forskjell frå regelverket i pbrl. kor spørsmålet om vedkommande yter motstand eller ikkje er heilt avgjerande for om bruken av slik teknologi er tvangstiltak som må heimlast etter 4A eller ikkje-tvang som kan heimlast i §4-6a.

2.3 Når vedkommande ikkje motset seg tiltaket – særleg om pbrl. § 4-6a

2.3.1 Innleiing

I dette kapittelet skal eg sjå på kva vilkår som må vere innfridd for å nytte slik teknologi når personen ikkje motset seg bruken. Det finst ein egen regel for dette i pbrl. § 4-6a. Sidan bruk av teknologien uansett er rekna som tvang etter kapittel 9 i hol. jf. førre avsnitt, vil vilkåra for bruk av slik teknologi vere dei same for tilfella der vedkommande yter motstand og ikkje. Desse vilkåra skal drøftast i neste kapittel, og det faktum at personen ikkje yter motstand kjem inn som moment der for å unngå dobbeltbehandling. Framstillinga her fokuserer difor bare på pbrl. § 4-6a.

Regelen gir helse- og omsorgstenesta høve til å ta i bruk GPS og digitalt tilsyn ovanfor pasient eller brukar som ikkje har «samtykkekompetanse» jf. pbrl. § 4-6a første ledd. Regelen er bygd opp som dei andre tvangsreglane, med at bruken må forhindre skade, vere nødvendig og forholdsmessig jf. punkt 2.4.1.

2.3.2 Risiko for skade

⁵⁹ Prop. 90 L (2012-2013) på s. 14 og IS-10/2015 på s. 57.

For det første krev regelen at ein føretek ei risikovurdering sidan det må ligge føre ein «risiko for skade på pasienten eller brukeren» som skal avgrensast eller hindrast ved bruk av varslings- eller lokaliseringsteknologi. Dette er det legitime formålet slike inngrep må tene jf. punkt 1.4.3.1. At tiltaket skal «hindre eller begrense» tilseier at det ikkje er nødvendig at skade allereie har skjedd tidlegare. Etter Prop.90 L (2012-2013) på s. 28 kjem det fram at det likevel må vere nokre objektive årsakar til at eit slikt tiltak er nødvendig, som t.d at ein har erfaring med at pasienten vandrar mykje i nærleiken av trafikkerte vegar, slit med å finne vegen heim eller er ustø til beins slik at det er risiko for fall. Både pasient og pårørande sin utryggheit bør vere ein del av risikovurderinga.⁶⁰

2.3.3 Tiltaket må vere nødvendig

Ein må deretter vurdere kor «nødvendig» teknologien er for å bøte på skaderisikoen. Det er i nødvendighetsvurderinga momenta i andre ledd andre setning kjem inn. At tiltaket «står i rimelig forhold til den aktuelle risikoen» er eit krav til at tiltaket er forholdsmessig, medan at det må vere det «minst inngripande alternativet» viser til det minste-middels-prinsipp. Dette er ei brei og konkret vurdering av kva som objektivt sett er til det beste for vedkommande, og ein må vurdere fordeler og ulemper med utgangspunkt i den konkrete situasjonen.⁶¹

Om personen ikkje kan ferdast trygt i trafikken vert ikkje risikoen for at personen går ut i vegen og blir påkøyrd, eller ferdast i utrygt terreng og skader seg, mindre ved bruk av GPS. Då er ikkje GPS eigna til å «hindre eller begrense» risikoen for skade, og teknologien vil ikkje vere nødvendig. GPS vil heller ikkje stå i rimelig forhold til risikoen der personen ikkje har eit stort aktivitetsbehov, men bare treng litt aktivitet eller noko å fylle dagen med. Då vil andre tiltak minske skaderisikoen, samt være langt mindre inngripande, som for eksempel turgruppe, dagtilbod hos kommunen eller eit tilrettelagt uteområde som personen kan bevege seg fritt i.⁶² Dersom personen har eit større behov for å styre livet sjølv, og alternativet er å gå

⁶⁰ Prop. 90 L (2012-2013) på s. 28.

⁶¹ Ibid.

⁶² Ibid på s.28-29.

med følgje eller bli låst inne, vil GPS opplevast mindre inngripande. Dette føreset at personen til ein viss grad kan vurdere temperatur, vær, terreng, trafikkbilete osv.⁶³

Digitalt tilsyn skal effektivisere varsling, slik at personen kan få dekt sitt hjelpebehov så fort som mogleg. Dersom fallrisikoen til pasienten ikkje er stor, og personalet bare er der for støtte og tryggleik kan det tenkast at mindre inngripande varslingssystem bør nyttast. For eksempel ei alarmmatte som berre registrerer vekt på matta, og ikkje andre rørsler. Dersom personen klarer å utløyse alarm sjølv ved å dra i ei snor eller trykke på ein knapp på ei klokke, vil dette alltid være føretrekt for det er mykje mindre inngripande.

At ein skal nytte det minst inngripande middelet tyder også at ein skal velje den minst inngripande teknologien.⁶⁴ For digitalt tilsyn kan dette innebære at sensorane berre overfører varsel, og ikkje bilete. Dersom biletoverføring vert nytta kan dette avgrensast ved at ein ikkje har konstant tilgang til bilete/film, men berre på bestemte tidspunkt eller ved utløyst alarm. For GPS tyder dette at ein berre kan sjå posisjonen på avtalte tidspunkt, og ikkje kontinuerleg.

2.3.4 Tiltaket må vere i personens interesse

Eit viktig vilkår er at tiltaket skal vere i pasienten eller brukaren «si interesse». Dette tilseier at sjølv om dei andre vilkåra er innfridd, kan ein ikkje ta i bruk teknologien for å gjere det enklare for helse- og omsorgstenesta. Det er pasient eller brukar som skal stå i fokus. Dette tilseier at andre tiltak heller skal prøvast først fordi det kan vere mindre inngripande, og er meir samanfallande med kva som er i pasient eller brukar si interesse. Ei slik tolking er støtta i Helsedirektoratet sitt rundskriv kor det står at formålet med regelen er å understøtte eit mest mogleg sjølvstendig liv til folk med nedsett kognitiv funksjon, og ikkje «påtvinge velferdsteknologi uten at dette fremstår som et gode for pasienten».⁶⁵

I lys av døma i førre underkapittel tyder dette at ein først bør prøve dagtilbod eller turgruppe før ein tar i bruk GPS. Der personen har eit sosialt nettverk, men er redd for å gå ut på grunn av orienteringssvikt vil GPS være ein tryggleik, og soleis i personens interesse. Dette stiller

⁶³ Ibid på s. 28.

⁶⁴ Ibid på s. 29.

⁶⁵ Prop. 90 L (2012-13) på s. 33 og IS-08/2015 på s. 101.

seg annleis der personen ikkje har eit sosialt nettverk å gå til. GPS-en vil fortsatt kunne vere ein tryggleik når ein beveger seg ute, men dagtilbod eller turgruppe vil kanskje vere meir i vedkommandes interesse enn ein GPS.

2.3.5 Antatt samtykke

Ei anna problemstilling er korleis ein skal avgjere om «det er sannsynlig at pasienten eller brukeren ville ha gitt tillatelse til tiltaket». Ein må basere bruk av teknologien på ei tru av om vedkommande ville ha godkjent det, altså antatt samtykke. Dette krev god kjennskap til personens haldningar og standpunkt, og vil kunne vere vanskelig å seie med sikkerheit.⁶⁶ Det er difor ei plikt for helsepersonellet å innhente informasjon frå pårørande der ein kan det jf. ordlyden «skal det innhentes informasjon» frå nærmaste pårørande. I dei tilfella kor ein ikkje klarer å konkludere med sikkerheit kva personen mest sannsynleg ville ha ønska, enten fordi vedkommande ikkje har pårørande eller har pårørande som ikkje kan eller vil medverke, må ein gå tilbake til den objektive vurderinga av kva som er til det beste for pasienten.⁶⁷

2.4 Når personen motset seg tiltaket

2.4.1 Innleiing

Sjølv om reglane i kapittel 4A i pbrl. og kapittel 9 i hol. er ulike inneheld dei dei same elementa. Dette er ikkje så rart sidan begge regelsetta omhandlar bruk av tvang ved utøving av helse- og omsorgstenester ovanfor menneske i sårbare situasjonar. Tvangs utgjer eit inngrep i dei grunnleggande rettane, slik at menneskerettane set krav til innhaldet i reglane jf. punkt 1.4.3.1

Begge regelsetta inneheld eit skadeelement, altså at tvang berre kan nyttast for å avverje eller forhindre skade. Dette er det legitime formålet tvangen må tene. Begge regelsetta krev at ein forsøker andre tiltak først, at tvangen er nødvendig og forholdsmessig, og at tvangen etter ei heilskapleg vurdering står fram som det beste alternativet.

⁶⁶ Prop. 90 L (2012-13) på s. 28.

⁶⁷ Ibid.

Drøftinga tar utgangspunkt i desse elementa. Vilkårå frå dei ulike regelsetta som varetek dei ulike elementa vil bli satt opp mot kvarandre og drøfta for å best få fram likskapar og forskjellar. Sidan vilkårå for bruk slik teknologi er dei same i og utanfor motstandstilfella etter kapittel 9 vil det kommenterast undervegs korleis vurderinga vert dersom det ikkje er ytt motstand. Det varierer om samanlikninga under kvart element starter med vilkår frå pbrl. eller hol. Dette kan verke rotete, men er gjort ut i frå kva eg har vurdert som mest hensiktsmessig. For enkelte vilkår er den konkrete vurderinga ganske lik, sidan teknologien er den same. For å unngå dobbeltbehandling vil først innhaldet i dei to vilkårå presenterast, deretter kjem ei konkret vurdering. Dette er tilfellet i punkt 2.4.4, 2.4.5, og 2.4.6.

2.4.2 Betydinga av samtykke og samtykkekompetanse

Den første forskjellen viser seg allereie i kapitteloverskrifta til kapittel 4A i pbrl.: «Helsehjelp til pasienter uten samtykkekompetanse som motsetter seg helsehjelpen mv.» Det er ein føresetnad for at reglane i kapittel 4A skal kome i bruk at vedkomande ikkje har samtykkekompetanse vedrørande det aktuelle spørsmålet jf. § 4A-2 første ledd. Samtykke, eller tap av samtykkekompetanse vert ikkje nemnt i kapittel 9 i hol, verken som vilkår eller vurderingsemne.

Etter reglane i pbrl. vil eit gyldig samtykke innebere at tiltaket ikkje lenger er tvang. Dette er ikkje tilfellet etter reglane i kapittel 9 i hol. fordi teknologien alltid vil vere bruk av tvang jf. punkt 2.2.2.3. Eit uavklart spørsmål er om ein person med psykisk utviklingshemming med samtykkekompetanse kan samtykke til bruk av slik teknologi utan at vilkårå for tvang i § 9-5 er innfridd. Ifølge utforminga til reglane i kapittel 9 verkar det ikkje slik, sjølv om dette er eit grunnleggande synspunkt i helseretten jf. pbrl. § 4-1.

Eit anna spørsmål er kva betyding haldninga til tiltaket til ein person med psykisk utviklingshemming har, der personen har samtykkekompetanse. Helsedirektoratet har teke til orde for at synspunktet til ein samtykkekompetent person må få stor vekt i vurderinga av om eit tiltak etter § 9-5 tredje ledd bokstav c er etisk forsvarleg og forholdsmessig.⁶⁸ Eit bokstav c-tilfelle er utanfor nødssituasjon, og det er meir tid og rom for å legge vekt på kva personen sjølv syns. Det vil og tenkast uforsvarlig og uforholdsmessig å ikkje vektlegge kva personen

⁶⁸ IS-10/2015 på s. 29.

sjølv ønsker ut i frå omsynet til sjølvråderetten. Det kan spørjast om sjølvråderetten til menneske med psykisk utviklingshemming vert ivaretatt i ein tilstrekkelig grad av lovverket slik det er no. I forslaget til nye tvangsreglar er fråvær av samtykkekompetanse eit vilkår for å nytte tvang også overfor menneske med psykisk utviklingshemming.⁶⁹ Der personen ikkje har samtykkekompetanse må vedkommandes haldning til tiltaket også få betyding, fordi det vil opplevast meir inngripande å gjennomføre tiltaket når personen ikkje ønskjer det.

2.4.3 Krav om å prøve andre alternativ enn tvang

2.4.3.1 Innleiing

Begge regelsetta krev at andre tiltak skal vere prøvd før ein nyttar tvang. Dette harmoniserer godt med det eine formålet med tvangsreglane, nemleg å førebygge og avgrense bruken av tvang jf. pbrl. § 4A-1 og hol. § 9-1. Begge reglane har ein hovudregel med eit unntak, og vert presentert i den rekkefølga. Spørsmålet er kva andre løysingar ein må ha nytta før ein kan ta i bruk GPS eller digitalt tilsyn i motstandstilfelle.

2.4.3.2 Hovudregelen om å prøve andre løysingar i hol. § 9-5

Helse- og omsorgstenestelovas § 9-4 slår fast at kommunen har ei plikt til «å sørge for at forholdene legges til rette for minst mulig bruk av tvang og makt.» Dette skal skje gjennom tilrettelegging av tenestetilbodet jf. § 9-1 andre ledd og § 9-5 første ledd, samt gjennom nødvendig opplæring, som i samband med utøving av makt og tvang er «faglig veiledning og oppfølging i gjennomføring av tiltak». Vidare er det eit vilkår for å ta i bruk tvang og makt at «andre løsningsalternativ enn bruk av tvang eller makt» «skal» vere prøvd før ein sett i gong tvangstiltak.

Det kjem tydelig fram av lovteksten at det er ei plikt jf. ordlyden «skal» og «kravet». Ei naturleg forståing av «andre løsningsalternativ enn bruk av tvang eller makt» er at ein må nytte eit alternativt frivillig basert tiltak, eller tiltak som får personen til å medverke til det aktuelle tiltaket, altså gi opp motstanden. Sidan slik teknologi alltid er bruk av tvang på grunn av den inngripande karakteren vil ikkje det at personen endrar haldning til tiltaket gjere det til ikkje-tvang. Ein må altså uansett forsøke andre tiltak som ikkje reknast som tvang etter § 9-2. I

⁶⁹ NOU 2019: 14 på s. 760, § 6-5 nr. 4.

forarbeida kjem det fram at det er «tilrettelegging i forhold til den enkeltes behov og tjenester *uten* bruk av tvang og makt som skal være det sentrale i tjenesteytingen. Bruk av tvang og makt skal være en siste utvei, og dermed det egentlige alternative tiltaket dersom ikke de ordinære tiltakene er tilstrekkelige.»⁷⁰ (Mi eiga utheving.)

Døme på eit anna tiltak som ikkje er tvang er tiltak som skal hjelpe eller lære vedkommande å orientere seg ute, eller andre tiltak som kan lære personen å mestre situasjonane som krev slik teknologi.

2.4.3.3 Unntak frå hovudregelen i “særlege tilfeller”

Det er høve til å fråvike kravet om å prøve andre tiltak i «særlege tilfeller» jf. § 9-5 første ledd, andre setning. Spørsmålet blir i kva «særlege tilfeller» ein ikkje treng å forsøke andre tiltak før ein tar i bruk slik teknologi. Forarbeida seier ikkje noko konkret om kva eit særlig tilfelle er, men det står at vilkåret er vald for å vise at ein bare «unntaksvis» kan fråvike kravet.⁷¹ Sidan tvang er ein siste utveg presumerast det at det må gode grunnar til for å ikkje prøve alternative tiltak. I rundskrivet heiter det at grunngjevinga for å ikkje prøve andre løysingar må bygge på «en faglig og etisk vurdering hvor både hensynet til tjenestemottaker og den aktuelle risikoen for vesentlig skade vil være tungtveiende.»⁷² Døme på dette er gjentekne naudssituasjonar som alvorleg sjølvskading eller utagering mot andre, kor ein ikkje har tid til å prøve andre løysningar. Ressursomsyn eller tilvising til tidsfaktoren kan ikkje åleine vere ei legitim grunngjeving.⁷³

Den aktuelle teknologien er ikkje særleg eigna i akutte situasjonar med dårleg tid, sidan teknologien må setjast opp. Den passive karakteren til teknologien gjer at den og er lite eigna i naudssituasjonar kor det er meir aktuelt med fysiske inngrep som tilbakehalding eller å legge vedkommande i bakken. Der vedkommande sjølv vil ta i bruk teknologien kan det vere etisk uforsvarleg å bruke tid på andre tiltak. Dette kan vere eit «særlig tilfelle» til å fråvike kravet.

⁷⁰ Ot.prp.nr. 55 (2002-03) på s. 37-38.

⁷¹ Ot.prp.nr. 55 (2002-03) på s. 57.

⁷² IS-10/2015 s. 72.

⁷³ Ibid.

Dersom det ligg føre eit særleg tilfelle som gir grunn til å fråvike hovudregelen skal dette grunngevast jf. § 9-5 første ledd, andre setning.

2.4.3.4 Hovudregelen om å prøve «tillitsskapende tiltak» i pbrl. § 4A-3

I pbrl. § 4A-3 første ledd kjem det fram at før ein yter «helsehjelp som pasienten motsetter seg» «må» «tillitsskapende tiltak» ha vært forsøkt, «med mindre det åpenbart er formålsløst å prøve dette».

At ein «må» forsøke tillitsskapende tyder at det også her ligg føre ei plikt for helsetenesta til å prøve andre tiltak. Eit «tillitsskapende tiltak» er eit anna ordval enn kravet om «andre løysningar» i hol. § 9-2. Spørsmålet er om innhaldet i «tillitsskapende tiltak» inneber noko anna enn det å prøve andre løysingar.

Ordlyden i seg sjølv krev ikkje å finne eit alternativt tiltak enn bruk av teknologien, men heller at ein utfører tiltak som får personen til å gje opp motstanden. Ifølge forarbeida skal helsetenesta legge «best mogleg til rette, slik at pasienten får grunnlag for å gi opp motstanden, for slik å førebyggje og avgrense bruken av tvang. Helsepersonellet må prøve å få pasienten til å forstå at det er i hans eller hennar interesse å ta imot helsehjelpa.»⁷⁴ Døme på dette er å undersøke den demente pasienten tidlegare på dagen, fordi han då er «klårare», eller la personen med psykisk utviklingshemming som nektar tannbehandling bli trygg på behandlingssituasjonen i håp om at dei ombestemmer seg.⁷⁵ Om ein får personen til å gi opp motstanden vil ikkje bruk av teknologien vere rekna som tvang i følgje pbrl. § 4A-3 første ledd. Dette til forskjell frå kapittel 9 i hol., kor teknologien alltid er rekna som tvang, slik at ein alltid må prøve eit anna tiltak.

At det er vald ein anna ordlyd i regelen i pbrl. § 4A-3 første ledd er kommentert i forarbeidet. Der kjem det fram at det ikkje er meininga at «tillitsskapende tiltak» skal tolkast snevert, men at det er viktig å eksplisitt framheve det tillitsskapende elementet.⁷⁶ At vilkåret ikkje skal tolkast snevert tyder at «tillitsskapende tiltak» også inneber eit krav om å tilrettelegge

⁷⁴ Ot.prp.nr. 64 (2005-06) på s. 86.

⁷⁵ Ot.prp.nr. 64 (2005-06) på s. 36.

⁷⁶ Ibid.

helsehjelpa etter behovet til den enkelte utan å nytte tvang, slik at tvang vert siste utveg.⁷⁷

Innhaldet skal altså vere det same som det i hol. § 9-5 første ledd, men det kjem til uttrykk på ein anna måte.

2.4.3.5 Unntaket frå hovdregelen der det er «åpenbart formålsløst»

Også i kapittel 4A finst det eit unntak frå kravet, nemleg der det er «åpenbart formålsløst» å prøve slike tiltak jf. § 4A-3 første ledd. Ordlyden «åpenbart» går igjen i loven, og viser til ein høg terskel. I forarbeida står det at unntaket gjeld der «det er opplagt at det ikkje fører nokon stad.»⁷⁸ Dette krev ein viss kjennskap til personen eller til situasjonen. Ein forskjell frå regelen i hol. § 9-5 er at det ikkje er krav til at unntaket skal grunngjevast. Ei grunngjeving krev at ein tar aktivt stilling til kva dei alternative tiltaka er, og kvifor ein ikkje prøver dei. Dette gjer at ein sett seg grundigare inn i situasjonen, og vurderinga av om tvang er det rette.

2.4.4 Kravet om at det må ligge føre fare for skade

2.4.4.1 Innleiing

Eit anna formål med tvangsreglane er å forhindre skade jf. pbrl. § 4A-1 og hol. § 9-1. For at tvang skal kunne nyttast stiller begge regelsetta opp eit vilkår om at det må ligge føre ein risiko for skade av eit slag. Det er her paternalismen kjem inn som rådande omsyn i staden for sjølvråderetten.

2.4.4.2 Kravet om fare for «vesentlig helseskade» i pbrl. § 4A-3

Ifølge pbrl. § 4A-3 andre ledd bokstav b) kan ein berre nytte tvang der ei unnlating «kan» føre til «vesentlig helseskade».

At ei unnlating «kan» føre til skade tyder ikkje at skade tidlegare må ha skjedd, men at det er eit visst sannsyn for at skade kjem til å skje i framtida om det ikkje blir gripe inn. At det finst ein risiko er tilstrekkelig. Vidare må det vere skade av eit visst omfang jf. at den må vere

⁷⁷ Ibid.

⁷⁸ Ibid.

«vesentlig». Dette er strengare enn «skade» i pbrl. § 4-6a. Ifølge forarbeida er det ein «vesentlig helseskade» der skaden har eit betydelig omfang og/eller inneber alvorlege konsekvensar.⁷⁹ Dette tilseier ein relativt høg terskel for inngrep på grunn av risiko for skade. Rundskrivet legg og ei slik tolking til grunn, og seier at terskelen er høg, men at det «likevel [vil] være en viss adgang for helsepersonellet til å utøve skjønn. For eksempel *kan* et ubehandlet sår [...] i noen tilfeller føre til vesentlig helseskade dersom lidelsen ikke blir behandlet.»⁸⁰ Regelen gir eit visst høve til å nytte tvang for førebyggjande, helsebevarandreg og pleie- og omsorgstiltak.⁸¹ Dette er i tråd med ordlyden, sidan ein kan gripe inn der unnlatinga «kan» føre til skade. Regelen omfattar bare skader på personen sjølv jf. «helseskade for pasienten»., og ikkje skade på andre menneske og ting.⁸²

2.4.4.3 Kravet om fare for “vesentlig skade” i hol. § 9-5

Etter hol. § 9-5 andre ledd, fjerde setning, kan tvang og makt berre nyttast for å avgrense eller hindre «vesentlig skade». Ordlyden skil seg i frå «helseskade» i pbrl. § 4A-3, som tyder at regelen i hol § 9-5 omfattar fleire typar skadar enn skade på personens eiga helse. Det er heller ikkje gjort personelle avgrensingar, som tyder på at regelen omfattar skader på andre menneske og ting. Dette vert støtta i forarbeida til den tilsvarande regelen i den tidlegare sosialtenestelova kor det kjem fram at det ikkje er meininga å avgrense i forhold til skadetype.⁸³ I tillegg til skade på eigen og andre si helse og skade på ting omfattar den også skade på sosialt omdøme.⁸⁴ Denne regelen er altså mykje vidare enn regelen i pbrl. Det er fortsatt eit krav om at det gjeld skade av eit visst omfang, då denne skaden også skal vere «vesentlig».

Ifølge hol. § 9-5 andre ledd skal tvangen «hindre eller begrense» skade. I pbrl. § 4A-3 andre ledd, bokstav a er det tale om at ei unnlating av å gi helsehjelp «fører til» skade. Utforminga

⁷⁹ Ot.prp. nr. 64 (2005-06) på s. 86.

⁸⁰ IS-08/2015 på s. 118.

⁸¹ Ibid.

⁸² Ibid.

⁸³ Ot.prp. nr. 57 (1995-96) s. 16.

⁸⁴ Ot. prp. nr. 57 (1995-96) s. 13 og IS-10/2015 på s. 73-77.

av lovregelen er noko annleis, men formålet presumerast å vere det same, altså å unngå eller minske potensiell skade.

2.4.4.4 Konkret vurdering

GPS kan forhindre skader som oppstår ved at personen går seg vill og ikkje finn vegen heim, for eksempel fryse ihel. GPS kan forhindre påkøyrse ved å varsle om at personen går ut i frå det mindre trafikkerte området til eit område med eit trafikkbilete personen ikkje handterer. For menneske med psykisk utviklingshemming kan GPS bidra til å minske skade på sosialt omdømme ved at ein ikkje er avhengig av følgje. For enkelte vil det vere nødvendig med følgje for å forhindre skade på sosialt omdømme, nettopp på grunn av eiga åtferd i enkelte situasjonar.

Digitalt tilsyn kan nyttast for å forhindre at menneske med nedsett rørsleevne står opp aleine, fell og knekk noko. Dette gjeld særleg eldre som er meir skjøre. Passeringsalarm kan forhindre påkøyrse ved at ein får varsel når personen som ikkje klarer seg aleine ute er på veg ut. Passeringsalarm kan og avdekke nattevandring. Søvn er eit grunnleggande behov, og vedvarande dårleg nattesøvn kan få somatiske og psykiske konsekvensar. For eksempel ved at personen vert irritabel og nektar å ta viktige medisinar ved lite søvn. Dette er eit preventivt eller helsebevarande tiltak, som det er høve til etter ordlyden i pbrl. § 4A-3 andre ledd bokstav b og hol. § 9-5 tredje ledd bokstav c. For menneske med psykisk utviklingshemming kan passeringsalarm forhindre skade på sosialt omdømme der det er fare for at personen går ut utan klede, eller i andre situasjonar der det er upassande. Der dette er ein gjentakande fare vil nok låste dører til visse tidspunkt vere meir tenleg.⁸⁵

Verken digitalt tilsyn eller GPS er særleg eigna til å forhindre skader på andre personar eller ting, fordi teknologien knytt seg spesifikt til personen det gjeld. Det store omslagsfeltet for skadevilkåret i § 9-5 får difor berre betyding for bruk av slik teknologi der den kan nyttast for å forhindre skade på sosialt omdømme, som ikkje er heimla etter pbrl. § 4A-3.

2.4.5 Kravet om at tiltaket må vere nødvendig

⁸⁵ Sjø klagesak hos Fylkesnemnda for barnevern og sosiale saker i Møre og Romsdal for døme: FNV-2016-3322-MRO under punktet «Låsing av dører og port – tiltak 4,5 og 6» i «Nemndas vurdering».

2.4.5.1 Innleiing

Begge regelsetta inneheld krav om at tiltaket må vere nødvendig, samt at det må vere forholdsmessig. Dei to krava overlappar ofte kvarandre, då unødvendige tiltak sjeldan er forholdsmessige, og omvendt. I hol. § 9-5 er dei to krava presentert i same setning, men dei handsamast likevel kvar for seg.

2.4.5.2 Kravet i hol. § 9-5

Kravet om nødvendigkeit er formulert som at «tiltakene må ikke gå lenger enn det som er nødvendig for formålet» jf. § 9-5 andre ledd, tredje setning. Kravet skal ivareta minste middels prinsipp jf. Ot.prp. nr. 58 (1994-95) på s. 22, altså at ein skal nytte det minst inngripande middelet for å forhindre skaden. Dette må vurderast konkret.

2.4.5.3 Kravet i pbrl. § 4-A3

Kravet til at tvang må være nødvendig kjem fram av regelens andre ledd bokstav b) kor det står at «helsehjelpen anses nødvendig». Ifølge forarbeida er det ved avgjersla om helsehjelpa er nødvendig vere “naturleg å ta utgangspunkt i omgrepet “nødvendig helsehjelp”, som er vilkåret i [no pbrl. §§ 2-1 a, 2-1 b], men likevel avgrensa til slik helsehjelp som er nødvendig for å forhindre vesentlig helseskade.»⁸⁶ Dette er ei tilvising til kravet om at pasienten må ha rettskrav på helsehjelpa.⁸⁷ Dette er ein føresetnad for oppgåva vidare. Eit krav om å nytte det minst inngripande middelet gjeld og etter kapittel 4A jf. seinare i forarbeidet kor det står at «bruken av tvang [ikkje skal] gå lenger enn nødvendig.»⁸⁸

2.4.5.4 Konkret vurdering

⁸⁶ Ot. prp. nr. 64 (2005-06) på s. 40.

⁸⁷ Østenstad, *Heimelspørsmål i behandling og omsorg overfor psykisk utviklingshemma og aldersdemente* (2011) på s. 636 og 711.

⁸⁸ Ot.prp. nr. 64 (2005-06) på s. 40.

Der alternativet til bruk av GPS er innlåsing eller fysisk tilbakehalding kan GPS vere mindre inngripande fordi det ikkje inneberer eit direkte inngrep på kroppen og i rørslefridomen.⁸⁹ Ein må ta stilling til kva motstand personen yter mot tiltaket. Om vedkommande ikkje motsett seg tiltaket aktivt kan det tenkast å vere meir inngripande å nytte dei tiltaka som går på den fysiske integritet. Dette vil vippe enda meir over til å vere mest inngripande der personen stiller seg positiv til bruk av den aktuelle teknologien, også der vedkommande ikkje er samtykkekompetent og slik ikkje eigentleg forstår kva vedkommande er positiv til.

Digitalt tilsyn kan gi vedkommande meir rørslefridom innanfor eit avgrensa område. I staden for å stenge avdelinga fullstending kan ein ha passeringsalarm. Der ein nyttar det på grunn av nedsett rørsleevne vil alternative tiltak – her føresett gjennomført med tvang – vere andre alarmar, sengehest eller bruk av belte på rullestol. Der personen ikkje forstår kvifor desse tiltaka vert nytta, kan dei opplevast som ei fysisk hindring og tydelig innskrenking av rørslefridomen, som kan vere meir belastande enn digitalt tilsyn.

Eit viktig poeng i rundskrivet til hol. er at eit tiltak ikkje skal nyttast lengre eller oftare enn det som er nødvendig for å hindre eller avgrense skaden.⁹⁰ Om det gjeld gjentakande situasjonar må ein lage rutinar for bruken som sikrar at tiltaket ikkje går lenger enn nødvendig.⁹¹ Dette kan for eksempel bety at ein ikkje skal ha sporingsbrikka til GPS-en på heile dagen, men bare når vedkommande går ut. Det er heller ikkje nødvendig at sensorane registrerer og varslar om rørsle til personen heile dagen dersom nattevandring er problemet. Det presumerast at det same gjeld etter pbrl. kapittel 4A som ein del av minste-middels-prinsipp.

2.4.6 Kravet om at tiltaket må vere forholdsmessig

2.4.6.1 Innleiing

I tillegg til kravet om at tiltaket må vere nødvendig, må det også vere forholdsmessig. Dette kravet finn vi også i menneskerettane. Forholdsmessigheit har eit litt anna fokus enn kravet til

⁸⁹ Østenstad, *Heimlspørsmål i behandling og omsorg overfor psykisk utviklingshemma og aldersdemente* (2011) på s. 457.

⁹⁰ IS-10/2015 på s. 78.

⁹¹ Ibid.

nødvendighet, og ser på om konsekvensane samla sett taler for eller i mot at ein tar i bruk tiltaket sjølv om det er rekna som nødvendig. Spørsmålet er når bruk av slik teknologi er forholdsmessig.

2.4.6.2 Kravet i pbrl. § 4A-3

I § 4A-3 andre ledd bokstav c står det at «tiltakene [må stå] i forhold til behovet for helsehjelpen». Ein må vurdere kor inngripande tiltaket er opp mot kva behov for helsehjelp personen har. Å avgjere om tiltaka står i forhold til behovet er ei vurdering av om tiltaka er «klart meir positivt enn dei negative konsekvensane av å bruke tvang».⁹² Dette må vurderast konkret. Grensa mellom dette kravet, og heilskapsvurderinga i tredje ledd er uklar, men dette kommenterast i punkt 2.4.7.2.

2.4.6.3 Kravet i hol. § 9-5

I § 9-5 andre ledd tredje setning står det at tiltaka «må stå i forhold til det formålet som skal ivaretas.» I forarbeida kjem det fram at det er konsekvensane av å ikkje gripe inn som gjer tvang rettmessig, og at inngrep i dei alminnelige rettane berre kan forsvarast om tiltaket skal verne om rettar av større verdi.⁹³ Vidare står det at det vil variere kor nødvendig det er å få stoppa og/eller endra åtferda til personen, sjølv om åtferda har uakseptable konsekvensar. Nokre «konsekvenser er så uakseptable at det, dersom mildere virkemidler ikke fører fram, vil måtte tillates brukt svært inngripende virkemidler. Det vil f.eks gjelde atferd som innebærer fare for liv og helse. For atferd med mer begrensede konsekvenser vil forsvarlige tiltak snevres inn.»⁹⁴ Konsekvensane utan tvang må vere meir negative enn konsekvensane av tvang, som i essens er det same som kravet etter pbrl. § 4A-3 andre ledd bokstav c.

2.4.6.4 Konkret vurdering

Digitalt tilsyn kan gi varsel tidlegare enn t.d ei alarmmatte, slik at personen kan få hjelp tidlegast mogleg. Då kan ein unngå at personen rekk å bevege seg vekk frå senga og ramle før

⁹² Ot.prp. nr. 64 (2004-05) på s. 40.

⁹³ Ot.prp. nr. 58 (1994-95) på s. 22.

⁹⁴ Ibid.

helsepersonellet kjem til stades, og totalopplevinga slik sett vert betre. Ein må og vurdere kor stor motstand personen yter mot alternative tvangstiltak, som sengehest eller belte på rullestol. Der dette blir noko personen heng seg opp i og bruker mykje av sine krefter på å forsøke å komme seg over eller ut av fordi dei ikkje forstår kvifor er der, vil digital tilsyn vere mindre belastande, sjølv om dette inneberer risiko for at personen ikkje veit det er i bruk.

Om GPS er forholdsmessig må og nyanserast ut i frå behovet og den ytra motstanden. For personen med eit høgt aktivitetsnivå vil det vere klart meir positivt å ha moglegheita til å gå lange turar enn å bli tilbakeholdt i institusjon. For den med eit lågt aktivitetsbehov kan det hende andre tvangstiltak er meir forholdsmessig enn overvaking, som for eksempel følgje av personell eller at ein får nytte eit avgrensa uteområde, sjølv om personen eigentleg vil lenger ut eller ikkje forstår at ein kan gå lenger ut. Akkurat kor grensa går er vankelig å seie.

Gjennomføring av tiltak som personen aktivt motset seg inneberer ei tydelegare overskriding av personens sjølvråderett. Der personen ikkje motset seg tiltaket er ikkje denne overskridinga like stor, fordi det inneberer ikkje ei like tydelig tilsidesetjing av vedkommandes vilje. Konsekvensen vert at det skal mindre til for å konstatere at tiltaket er forholdsmessig. Der personen stiller seg positiv til tiltaket må ein ta høgde for dette i vurderinga.

Særleg aktuelt for menneske med demens er «der slutfaseperspektivet kjem inn og aukar fokuset på situasjonen her og no, [slik at mykje talar for] at personvernomsyn, som gjerne vil ha ein meir abstrakt karakter og ikkje noko umiddelbar betydning for den hjelpetrengande sin livssituasjon på kort sikt, ofte må reknast som mindre viktige enn det å kunne redusere meir konkrete og subjektivt opplevbare skrankar i rørslefridomen.»⁹⁵ Sjølv om overvakingstiltak objektivt sett kan reknast som så inngripande at ein helst skal unngå det vil det vere meir positivt for personen i augeblikket å kunne bevege seg fritt enn å bli låst inne eller konstant møte på fysiske hindringar ein ikkje forstår noko av.

Der demens ofte rammar eldre, kan psykisk utviklingshemming vere medfødt, eller ramme personen tidlegare i livet. Då gjer fokuset på heile livsløpet seg meir gjeldande enn slutfaseperspektivet. Inngrepet i personvernet vert større der overvakinga skal pågå over lengre tid, slik at dette igjen kan stille strengare krav til dei positive konsekvensane av

⁹⁵ Østenstad, *Heimelsspørsmål i behandling og omsorg overfor psykisk utviklingshemma og aldersdemente*, (2011), på s. 456.

tvangen. Samstundes er behovet for moglegheita til å leve mest sjølvstendig større når det er tale om eit livslangt perspektiv, for å ivareta den fysiske og psykiske helsa over lengre tid.

2.4.7 Heilskapsvurdering

2.4.7.1 Innleiing

Sjølv om dei kumulative vilkåra er innfridd må tvang etter ei heilskapsvurdering vere den beste løysinga. Begge reglane krev slike vurderingar, men innhaldet i lovteksten forskjellig. Spørsmålet er om innhaldet i vurderinga er annleis.

2.4.7.2 Tiltaket må vere fagleg og etisk forsvarlig jf. hol. § 9-5

I § 9-5 andre ledd finst kravet om at tvang og makt berre kan nyttast når det er «faglig og etisk forsvarlig». I vurderinga skal det «legges særleg vekt på hvor inngripende tiltaket er for den enkelte bruker eller pasient. Tiltakene må ikke gå lenger enn det som er nødvendig for formålet, og må stå i forhold til det formål som skal ivaretas. Tvang og makt kan bare brukes for å hindre eller begrense vesentlig skade.» jf. andre ledd.

Det ser ut som om kravet til at tiltaket må vere nødvendig og forholdsmessig, samt at tvangen må avgrense eller forhindre skade, inngår i ei større vurdering av om tiltaket er faglig og etisk forsvarlig. Ifølge forarbeida går den etiske vurderinga går ut på ei totalvurdering av kor inngripande tiltaket er i personens integritet og verdigheit⁹⁶, som liknar på innhaldet i vurderinga av om tiltaket er forholdsmessig. Dette er og lagt til grunn i teorien.⁹⁷ Personens haldning til tiltaket må få stor vekt her.⁹⁸ Om personen aktivt motset seg GPS er det risiko for at teknologien nyttast feil, ved at personen øydelegger GPS-en eller kaster den vekk undervegs. Om vedkommande ikkje klarer seg på eiga hand er ikkje GPS forsvarlig. På den andre sida er det kanskje uforsvarlig å ikkje nytte teknologien der personen ønskjer det, fordi det er å tilsidesetje sjølvråderetten.

⁹⁶ Ot.prp. nr. 58 (1994-95) på s. 22.

⁹⁷ Østenstad i *Helse- og omsorgstjenesteloven med kommentarer* (2016) på s. 151.

⁹⁸ IS-10/2015 på s. 57.

Fagleg forsvarlegheit går ut på kva metodar som er vitenskapleg akseptable, som tyder at metodane er godt dokumentert med tanke på verknader og biverknader.⁹⁹ Teknologien har vore i bruk over ein lengre periode og fordeler og ulemper har blitt undersøkt.

Helsedirektoratet har anbefalt at teknologien integrerast i det ordinære helse- og omsorgstenestetilbodet, slik at den reknast som faglig forsvarlig.

2.4.7.2 Tiltaket må vere den klart beste løysinga jf. pbrl. § 4A-3

Sjølv om dei kumulative vilkåra i andre ledd er innfridd kan tvang berre nyttast der det «etter en helhetsvurdering fremtrer som den klart beste løsningen for pasienten.» jf. tredje ledd første setning. Dette høyrer og høyrer ut som ei formulering av kravet til at tiltaket skal vere forholdsmessig slik det var formulert i forarbeida.¹⁰⁰ I NOU 2019:14 på s. 120 kjem det fram at dette er ei formulering av kravet til at tiltaket må vere forholdsmessig, men at det markerer ein terskel ved at løysinga må vere «den klart beste». Ein høg terskel er og lagt til grunn i forarbeida.¹⁰¹ Terskelen må klarleggast konkret etter ei vurdering av dei motstridande omsyna. På den eine sida står pasientens sjølvråderett og oppleving av situasjonen mot pasientens objektive behov for helsehjelp på den andre sida.¹⁰² I vurderinga «skal det blant annet legges vekt på graden av motstand samt om det i nær fremtid kan forventes at pasienten vil kunne gjenvinne sin samtykkekompetanse» jf. tredje ledd andre setning.

For menneske med demens vil evna til å forstå sin eigne situasjon variere med dagsformen. Dersom ein trur personen kan ta stilling til spørsmålet på eit seinare tidspunkt må ein vurdere om behovet for helsehjelp kan vente til då. Av og til vil det objektive behovet for helsehjelp, samt personen si oppleving av situasjonen rettferdiggjere bruk av tvang, fordi teknologien ofte opplevast som mindre inngripande i augneblinken ved at den er meir passiv.

Sjølv om det ikkje er inntatt i lovteksten gjeld det også eit krav til at helsehjelpa må vere fagleg forsvarlig jf. helsepersonelllova § 4. Regelen i pbrl. § 4A-3 stiller også krav til at tiltaket er nødvendig, forholdsmessig og er eigna til å forhindre eller avgrense skade, som er

⁹⁹ Ot.prp. nr. 58 (1994-95) på s. 22.

¹⁰⁰ Sjø punkt 2.4.6.2.

¹⁰¹ Ot.prp. nr. 64 (2005-06) på s. 41.

¹⁰² Ibid.

innholdet i vilkåret «etisk forsvarlig» i hol. § 9-5. Til tross for ulik utforming inneheld dei to heilskapsvurderingane overlapping av andre vilkår, og formålet synast å vere det same, nemleg forsikre seg om at tvang ikkje nyttast utan å vere til personens beste.

3 Avsluttande merknader

Det finst klart høve til å ta i bruk slik teknologi utan gyldig samtykke jf. pbrl. §§ 4-6a, 4A-4 tredje ledd og hol. § 9-2 andre ledd. Sjølv om reglane er bygd opp på same måte med utgangspunkt i krava menneskerettene stiller, finst det nokre sentrale forskjellar. Det er enklare å ta i bruk teknologien etter pbrl. fordi samtykke eller manglande motstand gjer at tvangsreglane i kapittel 4A ikkje kjem til bruk, til forskjell frå kapittel 9 i hol. kor bruk av slik teknologi alltid er tvang, med den konsekvens at ein alltid må forsøke andre tiltak, og alltid innfri vilkåra i § 9-5. Kapittel 9 opnar for bruk i fleire tilfelle, ved at skadeomgrepet er vidare og tvangsheimelen gjeld i og utanfor nødtilfelle. Sjølvrådetretten vert betre varetaken i pbrl. kapittel 4 og 4A, medan kapittel 9 i hol. tar større høgde for at kognitiv svikt medfører redusert evne til å forstå situasjonen med det objektive elementet i tvangsomgrepet. Sjølv om regelesetta stort sett skal vareta dei same omsyna vil det vere nyansar når det eine regelsettet er spesielt og det andre generelt. Dette er forsøkt endra på i forslaget til nye tvangsreglar som slår saman dagens regelverk til eit samla, diagnoseuavhengig regelverk, kor det objektive elementet i tvangsomgrepet gjeld menneske med «store formildingsvansker».¹⁰³

Denne nye typen inngrep påverkar dei rettslege vurderingane, ved at enkelte menneske med kognitiv svikt vert fråteken høvet til å medverke gjennom å samtykke eller nekte tenester fordi teknologien er framand. For mange er det enklare å akseptere eit abstrakt inngrep i personvernet og privatlivet enn fysiske restriksjonar, slik at teknologien vert rekna som mindre inngripande. Nettopp dette gjer at den kanskje er meir inngripande, ved at tvang føregår utan at ein føler eller veit det, som igjen krev at teknologien gir meir positive konsekvensar.

Til tross for innvendingar mot regelverket er rettstryggleiken betre ivaretatt no enn før lovendringa i 2013 som gjorde at bruk av teknologi blei særskilt regulert. Dette er nok berre byrjinga på den teknologiske utviklinga i helse- og omsorgstenesta. Førebels veit ingen kva framtida bringer, verken av ny teknologi eller nye lovreglar.

¹⁰³ NOU 2019: 14 på s. 753, § 1-3 tredje ledd.

Litteraturliste

Lover

Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven – mrl).

Lov 02. juli 1999 nr. 63 om pasient- og brukerrettigheter (pasient- og brukerrettighetsloven – pbrl).

Lov 02. juli 1999 nr. 64 om helsepersonell m.v (helsepersonelloven – hpl).

Lov 24. juni 2011 nr. 30 om kommunale helse- og omsorgstjenester m.m. (helse- og omsorgstjenesteloven – hol).

Konvensjonar

Den europeiske menneskerettskonvensjon med protokoller. Inkorporert som vedlegg 1, oversett til norsk i vedlegg 2 i lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven – mrl).

Forarbeid

Odelstingsproposisjonar

Ot.prp. nr. 58 (1994-1995) Om lov om endringer i sosialtjenesteloven og kommunehelsetjenesteloven (bruk av tvang og makt m.v overfor personer med psykisk utviklingshemming).

Ot.prp. nr. 57 (1995-1996) Om lov om endringer i sosialtjenesteloven og kommunehelsetjenesteloven (begrensning og kontroll med bruk av tvang og makt m.v overfor enkelte personer med psykisk utviklingshemming – tilleggsproposisjon til Ot.prp. nr. 58 (1994-1995)).

Ot.prp. nr. 12 (1998-1999) Lov om pasientrettigheter (pasientrettighetsloven).

Ot.prp. nr. 55 (2002-2003) Om lov om endringer i lov om sosiale tjenester m.v og lov om helsetjenesten i kommunene (rettssikkerhet ved bruk av tvang og makt overfor enkelte personer med psykisk utviklingshemming).

Ot.prp. nr. 64 (2005-2006) Om lov om endringer i pasientrettslova og biobanklova (helsehjelp og forskning – personar utan samtykkekompetanse).

Stortingsproposisjonar

Prop. 91 L (2010-2011) Lov om kommunale helse- og omsorgstjenester m.m. (helse- og omsorgstjenesteloven).

Prop. 90 L (2012-2013) Endringer i pasient- og brukerrettighetsloven mv. (bruk av varslings- og lokaliseringsteknologi).

Norges offentlige utredninger

NOU 2011: 11 Innovasjon i omsorg.

NOU 2019: 14 Tvangsbegrensingsloven – Forslag til felles regler om tvang og inngrep uten samtykke i helse- og omsorgstjenesten.

Avgjersler

Høgsterett

Rt. 1993 s. 249 A.

Rt. 1995 s. 530 A (Fjordlaks).

Rt. 1998 s. 937 A.

Rt. 2000 s. 23 A.

Rt. 2010 s. 612 A (Sårstell).

Rt. 2015 s. 93 A.

Fylkesnemnda

Fylkesnemnda for barnevern og sosiale saker i Møre og Romsdal – vedtak, FNV-2016-3322-MRO.

Rundskriv og offentlege rapportar

Rundskriv

Helsedirektoratets rundskriv I-08/2015, «Pasient- og brukerrettighetsloven med kommentarer», utgitt 04/2015, sist oppdatert 01/2018.

Helsedirektoratets rundskriv I-10/2015, «Rettsikkerhet ved bruk av tvang og makt overfor enkelte personer med psykisk utviklingshemming – Lov av 24. juni 2011 nr. 30 om kommunale helse- og omsorgstjenester kapittel 9», utgitt 07/2015, sist oppdatert 01.10/2015.

Rapportar

Helsedirektoratets rapport IS-2416, «Første gevinstrealiseringsrapport med anbefalinger», 12/2015, https://www.helsedirektoratet.no/rapporter/gevinstrealiseringsrapporter-nasjonalt-velferdsteknologiprogram/Første%20gevinstrealiseringsrapport%20-%20Nasjonalt%20velferdsteknologiprogram.pdf/_attachment/inline/c879e5ef-715a-4277-9e89-e88f81e3b862:bbe6388b148899c2855be38afc2e163ce8065740/Første%20gevinstrealiseringsrapport%20-%20Nasjonalt%20velferdsteknologiprogram.pdf.

Helsedirektoratets rapport IS-2557, «Andre gevinstrealiseringsrapport med anbefalinger», 01/2017, https://www.helsedirektoratet.no/rapporter/gevinstrealiseringsrapporter-nasjonalt-velferdsteknologiprogram/Andre%20gevinstrealiseringsrapport%20-%20Nasjonalt%20velferdsteknologiprogram.pdf/_attachment/inline/76ae5535-037f-4387-a92f-3e5e96e477f4:4544b853573c3d2454da1b40afe4a74544940035/Andre%20gevinstrealiseringsrapport%20-%20Nasjonalt%20velferdsteknologiprogram.pdf.

Litteratur og nettbaserte kjelder

Litteratur

Grut, Lisbet, Øderud, Tone og Bøthun, Silje, «GPS som hjelpemiddel for personer med orienteringsvansker», *Tidsskrift for omsorgsforskning* nr. 02/2017 (3. årgang), s.127-136.

Kjønstad, Asbjørn og Syse, Aslak og Kjelland, Morten, *Velferdsrett I: Grunnleggende rettighetsrett, rettssikkerhet og tvang*, 6. utgåve, Gyldendal Juridisk 2017.

Syse, Aslak, *Pasient- og brukerrettighetsloven med kommentarer*, 4.utgåve, Norsk Gyldendal Forlag 2015.

Østenstad, Bjørn Henning, *Heimelsspørsmål i behandling og omsorg overfor psykisk utviklingshemma og aldersdement: Rettslege og etiske problemstillinger ved bruk av tvang og samtykke utan gyldig samtykke*, Fagbokforlaget 2011.

Østenstad, Bjørn Henning, «Sårstelldommen (Rt. 2010 s. 612) – Prejudikat for kva?», *Lov og rett*, 08/2014, (53. årgang), s. 485-501.

Østenstad, Bjørn Henning, «Kapittel 9 Rettssikkerhet ved bruk av tvang og makt overfor enkelte personer med psykisk utviklingshemming» i *Helse- og omsorgstjenesteloven – med kommentarer*, av Kjellebold, Alice, Fagbokforlaget 2016, s. 125-173.

Aasen, Henriette Sinding, «Forsvarlig edreomsorg? Et kritisk blikk på dom avsagt av Oslo tingrett» i *Selvbestemmelse og tvang i helse- og omsorgstjeneste* av Østenstad, Bjørn Henning, Adolphsen, Caroline, Naur, Eva og Aasen, Henriette Sinding, Fagbokforlaget 2018, s. 105-135.

Nettsider

Datatilsynet, «GPS-sporing av demente må gi økt livskvalitet (høringsuttalelse)», <https://www.datatilsynet.no/regelverk-og-verktoy/lover-og-regler/hoeringsuttalelser/tidligere-uttalelser/gps-sporing-av-demente-ma-gi-okt-livskvalitet/>, publisert 14.01.2013, sist lest 08.12.20.

Engedal, Knut, «Demens» i Store medisinske leksikon, sist oppdatert 9. april 2019, <https://sml.snl.no/demens>, lest 08.12.20.

Simonsen, Eva, «Utviklingshemming» i Store norske leksikon, sist oppdatert 21. januar 2019, <https://snl.no/utviklingshemning>, sist lest 08.12.20.