

Mastergradsoppgave

Høsten 2013

Universitetet i Bergen

Det juridiske fakultet

JUS 399



**Adgangen til å begrense bevegelsesfriheten til
psykisk utviklingshemmede og senil demente**

En sammenligning mellom pasient- og brukerrettighetsloven
kapittel 4A og helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9

Kandidatnummer: 182457

Antall ord: 14 797

Veileder: Bjørn Henning Østenstad

1 Innholdsfortegnelse

2 INNLEDNING	3
2.1 OM TEMAET OG PROBLEMSTILLINGEN	3
2.2 PROBLEMSTILLINGENS AKTUALITET	3
2.3 BEGREPSAVKLARING.....	5
2.3.1 Psykisk utviklingshemming og senil demens	5
2.3.2 Bevegelsesfrihet.....	6
2.4 RETTSKILDER OG METODE	7
2.5 PERSPEKTIVER	9
2.5.1 Legalitetsprinsippet	9
2.5.2 Selvbestemmelsesrett	10
2.5.3 Samtykkekompetanse	11
2.6 VEIEN VIDERE	13
3 ADGANGEN TIL Å BEGRENSE BEVEGELSESFRIHETEN TIL PSYKISK UTVIKLINGSHEMMEDE OG SENIL DEMENTE	14
3.1 OVERSIKT OVER REGULERINGEN I DE TO LOVENE	14
3.2 LOVVALG DER TJENESTEMOTTAKER BÅDE ER PSYKISK UTVIKLINGSHEMMET OG SENIL DEMENT	14
3.3 TVANGSBEGREPET I DE TO LOVENE.....	15
3.4 ADGANGEN TIL Å TILBAKEHOLDE PASIENTER OG BRUKERE	17
3.4.1 Pasient- og brukerrettighetsloven	17
3.4.2 Helse- og omsorgstjenesteloven	17
3.5 KRAV OM FRIVILLIGE ALTERNATIVER.....	19
3.5.1 Hovedregel	19
3.5.2 Unntak	20
3.5.3 Spørsmål om rettskrav på frivillige alternativer	20
3.5.4 Ressurshensyn.....	21
3.6 SKADE VS. HELSESKADE	22
3.7 VESENTLIGHETSKRAVET	24
3.8 RETTSKRAV PÅ NØDVENDIG HELSEHJELP	25
3.9 KRAV TIL FORHOLDMESSIGHET	25
3.9.1 Om forholdsmessighet	25
3.9.2 Nødvendighet.....	27
3.9.3 Særlig om GPS-merking	27
3.10 FAGLIG OG ETISK FORSVARLIGHET	29
3.11 FATTING AV VEDTAK.....	30
3.12 KONTROLL VED BRUK AV TVANG	31
4 AVSLUTNING	32
5 LITTERATURLISTE	34

2 Innledning

2.1 Om temaet og problemstillingen

Av Norges befolkning lider ca. 70 000 personer av demens,¹ mens ca. 60 000 personer omfattes av begrepet psykisk utviklingshemming.²

Gjennom media og egne erfaringer har jeg observert at flere bosteder som er tilrettelagt for senil demente eller psykisk utviklingshemmede, benytter seg av ulike metoder for å hindre at beboerne forlater bostedet. I tillegg til direkte låsing av dører, hindres beboernes bevegelsesfrihet ved for eksempel å ha ”doble håndtak” på utgangsdøren, slik at man må holde begge håndtakene nede for å komme seg ut. Et annet eksempel er å ha kodelås på døren og opplyse om koden på en plakat ved siden av. Mange av beboerne har ikke forutsetninger, mentalt eller motorisk, til å klare å åpne disse dørene. Selv om dørene formelt sett ikke er låst, vil de reelt sett være det for enkelte. Disse beboerne er da, praktisk talt, stengt inne bak lukkede dører, uten mulighet til å komme seg ut på egen hånd.

Å begrense bevegelsesfriheten til et menneske uten dets samtykke er svært inngripende. Det er imidlertid grunn til å tro at helsepersonell av omsorgshensyn velger å låse dører, eller på annen måte hindre pasienter og brukere i å vandre ut, i frykt for at de skal gå seg bort, bli påkjørt, eller fryse i hjel utendørs. Det foreligger her en spenning mellom individets selvbestemmelsesrett og helsepersonellens omsorgsplikt. For å ivareta rettssikkerheten til individet er det viktig at slik helsehjelp ikke skjer uten hjemmel. Dette er et viktig rettsstatsprinsipp.³

Formålet med oppgaven er å finne ut hva som er gjeldende rett på området, og hvilke hjemler som legaliserer bruk av frihetsberøvelse på denne måten. Hovedproblemstillingen i oppgaven er ”Adgangen til å begrense bevegelsesfriheten til psykisk utviklingshemmede og senil demente”. Oppgaven skal, gjennom en sammenligning av pasient- og brukerrettighetsloven⁴ (pbrl.) og helse- og omsorgstjenesteloven⁵ (hol.), søke å kaste lys over gjeldende rett. Avslutningsvis ønsker jeg også å komme med noen rettspolitiske betraktninger.

Oppgaven vil være avgrenset til å gjelde tilfeller der beboere blir tilbakeholdt, enten i egen bolig, eller på institusjon, typisk i form av låste dører. Andre former for bevegelsehindrende tiltak, som bruk av sengehest og belter, vil ikke bli vurdert nærmere. Dette på grunn av de tids- og ordmessige rammene for oppgaven, samt det faktum at tilbakeholding er et særs inngripende tiltak både fysisk og symbolsk.

2.2 Problemstillingens aktualitet

Oppgavens problemstillingen vedrørende adgangen til å begrense bevegelsesfriheten til

¹ Se folkehelseinstituttets internettsider (fhi.no) <http://www.fhi.no/tema/eldres-helse/demens>

² Se Store norske leksikons internettsider (snl.no) <http://snl.no/utviklingshemning>

³ Se Jan Fridthjof Bernt og Synne Sæther Mæhle, *Rett, samfunn, og demokrati*, Oslo 2007 s. 146 flg.

⁴ Lov 2.juli 1999 nr. 63 om pasient- og brukerrettigheter.

⁵ Lov 24. juni 2011 nr. 30 om kommunale helse og omsorgstjenester m.m.

psykisk utviklingshemmede og senil demente er svært aktuell. I en tilsynsrapport⁶ fra Helsetilsynet og Fylkesmannen i Aust-Agder i 2010 ble det avdekket at det på 14 av 15 sykehjem var låste utgangsdører, dører til fellesareal, hageareal med mer, uten at det forelå vedtak på dette etter pasientrettighetsloven kap. 4A.

I en nylig studie⁷ foretatt av blant annet lege Reidar Pedersen, ble 65 sykehjemansatte intervjuet vedrørende bruk av tvang, herunder frihetsberøvelse, på norske sykehjem. Deltakerne var fordelt på tolv grupper. I alle gruppeintervjuene kom det frem at tvang forekom hyppig, men at det ble fattet få vedtak. I studien blir det påpekt at de nye lovhjemlene for bruk av tvang, altså pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4A, trolig var bevissthetsskjerpene, men at det var et stort potensial for feiltolkning og vegring for å fatte vedtak. Et av eksemplene på situasjoner der det ble benyttet tvang var tilbakeholdelse i sykehjemmet ved for eksempel låste dører eller heisknapper skjult med papir.

Studien viser til flere årsaker til at ulovlig tvang blir utført i norske sykehjem. Mangel på tid ble oppgitt som en av de viktigste grunnene til at det ikke ble fattet vedtak. Saksbehandlingskravene ble videre vurdert som alt for omfattende for de aktuelle tvangssituasjonene. Videre ble utfordrende juridiske begreper og usikkerhet knyttet til hvordan samtykkekompetanse skulle vurderes anført som en av hovedgrunnene til bruk av tvang uten vedtak. Deltakerne opplyste om at sykehjemmene hadde fått tilbud om undervisning om tvangslovgivningen, men at mange av de ansatte ikke hadde deltatt. Noen av dem som hadde deltatt opplyste at undervisningen hadde vært tung og kjedelig, og at det var vanskelig å følge med eller å huske innholdet. At hensynet til andre pasienter og hensynet til ressurser ikke defineres som relevante i pasient- og brukerrettighetsloven, ble påpekt som en av hovedutfordringene til de sykehjemsansatte. Videre ble det fremhevet et ønske om at lovgiver burde fokusere større på hvilke krav som skal stilles til ressurser, kompetanse og alternativer til tvang. Studien hevder at nye og kompliserte lover kan skape større usikkerhet omkring hva som er lov og hva som er riktig å gjøre.

Hva gjelder begrensninger i bevegelsesfrihet til psykisk utviklingshemmede er Rosehagen, et bofelleskap for psykisk utviklingshemmede i Bergen, et aktuelt eksempel. Bergens Tidende⁸ avdekket i sommer at to beboerne i over et halvt år hadde vært stengt inne bak porten til bofellesskapet. Årsaken til innlåsing skal ha vært at en av beboerne ved flere anledninger hadde oppsøkt et nærliggende sykehjem og oppført seg på en måte som gjorde at hovedverneombudet truet med å stenge hele sykehjemmet. Jeg vil komme tilbake til lovligheten av dette inngrepet senere i oppgaven.

De overnevnte eksempler viser det praktiske behovet av en klargjøring av adgangen til å begrense bevegelsesfrihet til psykisk utviklingshemmede og senil demente.

⁶ Se Helsetilsynets nettsider på <http://www.helsetilsynet.no/no/Tilsyn/Tilsynsrapporter/Aust-Agder/2010/Generelle-forhold-observasjoner-tilsyn-laaste-doerer-2010/#Toc270503164>

⁷ Se Tidsskrift for Den norske legeforening nr. 18/2013 på <http://tidsskriftet.no/article/3067360/>

⁸ Se Bergens Tidendes nettsider på <http://www.bt.no/nyheter/lokalt/Vinduene-er-spikret-igjen-2924701.html#.UJKrqL9Iuvs>

2.3 Begrepsavklaring

2.3.1 Psykisk utviklingshemming og senil demens

2.3.1.1 Psykisk utviklingshemming

Psykisk utviklingshemming er en form for funksjonsnedsettelse. Verdens Helseorganisasjon definerer utviklingshemming i klassifikasjonssystemet ICD-10 som:

*“Tilstand av forsinket eller mangelfull utvikling av evner og funksjonsnivå, som spesielt er kjennetegnet ved hemming av ferdigheter som manifesterer seg i utviklingsperioden, ferdigheter som bidrar til det generelle intelligensnivået, f.eks kognitive, språklige, motoriske og sosiale. Utviklingshemming kan forekomme med eller uten andre psykiske og somatiske lidelser”.*⁹

2.3.1.2 Senil demens

Demens er i ICD-10 definert som ”et syndrom som skyldes sykdom i hjernen, vanligvis kronisk eller progressivt, der flere høyere kortikale funksjoner blir forstyrret, herunder hukommelse, tenkeevne, orienteringsevne, forståelse, regneferdighet, læringskapasitet, språk og dømmekraft. Bevissthetsnivået er ikke redusert. Svekkelsen i kognitive funksjoner blir vanligvis ledsaget av, men kan også komme etter, svekkelser i følelsesmessig kontroll, sosial atferd eller motivasjon. Demens forekommer ved Alzheimers sykdom, karsykdom i hjernen og andre tilstander som primært eller sekundært påvirker hjernen”.¹⁰ Ofte opptrer demens ved høy alder og kalles da senil demens eller aldersdemens.¹¹ I Store medisinske leksikon fremgår det at tilstanden “(v)anligvis er (...) av progressiv natur og fører til økende hjelpeløshet og behov for pleie og omsorg”.¹²

2.3.1.3 Om de to gruppene - likheter og forskjeller

Som vi ser av de ovennevnte definisjoner er svikt i kognitive funksjoner et likhetstrekk mellom de to gruppene. Dette innebærer at flere av dem som er tyngst rammet ikke klarer å ivareta seg selv på en tilfredsstillende måte. Ofte blir løsningen at disse blir plassert i en eller annen form for tilrettelagt bolig hvor de får nødvendig helsehjelp eller pleie og omsorg. For senil demente dreier dette seg ofte om sykehjem, mens psykisk utviklingshemmede, etter HVPU-reformen, stort sett bor i egne, men tilrettelagte, boliger.

*Reformen vedørende Helsevernet for Psykisk Utviklingshemmede (HVPU) ble vedtatt av Stortinget i 1987. Hovedhensikten med reformen var å avvikle institusjonene for å bedre de psykisk utviklingshemmedes levkår, integrering og normalisering. Målet var at de psykisk utviklingshemmede skulle få mulighet til å leve et så normalt liv som mulig.*¹³ En oppsummeringsrapport¹⁴ fra Sosial- og

⁹ Se Helsedirektoratets medisinske kodeverk, ICD-10, på <http://finnkode.kith.no/#|icd10|ICD10SysDel|2596295|flow>

¹⁰ WHO ICD-10 på <http://finnkode.kith.no/#|icd10|ICD10SysDel|2599459|flow>

¹¹ Jeg har valgt å benytte begrepet ”senil demens”, men begrepet ”aldersdemens” er også vanlig.

¹² Se Store medisinske leksikon på <http://sml.snl.no/aldersdemens>

¹³ Se NOU 2001: 22, *Fra bruker til borger*, s. 398.

helsedirektoratet i 2007 viser imidlertid at reformen ikke ble så vellykket som en hadde håpet. Riktignok bor de som bodde på institusjon når reformen ble innført nå i egne boliger, men disse boligene ”merker seg ut” i følge rapporten, og de aller fleste bor i en kommunal bolig i et bofellesskap. Direktorat skriver at ”(p)rinsippet om at det skulle være en bolig i et vanlig boligmiljø, kan man vel ikke si er ivaretatt i tilstrekkelig grad”.

En viktig forskjell mellom de to gruppene er at psykisk utviklingshemmede ikke skal regnes som pasienter på lik linje med senil demente. Dette kan sies å ha bakgrunn i målet om inkludering og normalisering som er nevnt ovenfor. Det foreligger ulike lovregler hva gjelder omsorg og pleie overfor de to gruppene. Et av håpene etter HVPU-reformen var at man ved avvikling av institusjonene, også ville avskaffe det meste av tvangsbruken. Dette kommer blant annet til uttrykk i forarbeidene¹⁵ til midlertidig lov om avvikling av fylkenes HVPU. Dette ønsket har vist seg å være lite realistisk, og vi har i dag, gjennom helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9, lovregulert adgangen til å benytte tvang også overfor psykisk utviklingshemmede. Kapitlet regulerer kun adgangen til å benytte tvang overfor mennesker med psykisk utviklingshemming, og da bare overfor enkeltpersoner som oppfyller de nærmere, strenge vilkårene. For tvang i forbindelse med helsehjelp til senil demente på sykehjem, gjelder pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4A. Denne lovreguleringen er diagnosenøytral og kan således også benyttes overfor psykisk utviklingshemmede. Hva slags lovregulering som gjelder for personer som både er psykisk utviklingshemmet og senil dement vil jeg problematisere senere i oppgaven.

I oppgaven vil jeg bruke både begrepet “pasient” og “bruker” slik disse blir brukt i henholdsvis pasient- og brukerrettighetsloven og helse- og omsorgstjenesteloven. Pasient- og brukerrettighetsloven bruker bare begrepet ”pasient”, mens helse- og omsorgstjenesteloven bruker begge begrepene. Dette må sees i sammenheng med at psykisk utviklingshemmede ikke skal regnes som pasienter, med mindre de i tillegg har en annen diagnose som gjør dem til dette. Innimellom vil jeg bruke begrepet “tjenestemottaker” som en samlebetegnelse for personene i disse to gruppene.

2.3.2 Bevegelsesfrihet

Med bevegelsesfrihet i denne oppgaven forstås at en kan ferdes fritt hvor en vil uten fysiske stengsler. På institusjon eller tilrettelagt bolig kan denne bevegelsesfriheten bli begrenset ved for eksempel at pasienten eller brukeren ikke kommer seg ut fra avdelingen eller rommet de bor på. Dette kan være fordi døren er låst, eller fordi tjenestemottaker på andre måter ikke får mulighet til å bevege seg dit vedkommende ønsker. Dette kan eksempelvis være ved bruk av kodelås eller doble håndtak som tjenestemottaker ikke makter å håndtere.

Å kunne bevege seg dit en selv ønsker er en viktig frihet for individet. Alvorlig begrensninger i dette, som ved tilbakeholding på institusjon eller i egen bolig, vil være frihetsberøvelse.

Vi har et alminnelig forbud mot både tvang og frihetsberøvelse i straffeloven.¹⁶

¹⁴ Rapport IS-1456, Sosial- og helsedirektoratet, 2007, *vi vil, vi vil, men får vi det til?*, s. 5. Hentet fra [http://helsedirektoratet.no/publikasjoner/vi-vil-vi-vil-men-far-vi-det-til.pdf](http://helsedirektoratet.no/publikasjoner/vi-vil-vi-vil-men-far-vi-det-til/Publikasjoner/vi-vil-vi-vil-men-far-vi-det-til.pdf)

¹⁵ Ot.prp. nr. 49 (1987-1988) s. 13.

¹⁶ Lov 22. Mai 1902 nr.10 Almindelig borgerlig Straffelov.

Forbudet mot tvang fremgår av straffeloven § 222 (1):

“Med bøter eller med fengsel inntil 3 år straffes den, som ved rettsstridig adferd eller ved å true med sådan tvinger nogen til å gjøre, tåle eller undlate noget, eller som medvirker hertil. Under særdeles skjerpene omstendigheter, jf. § 232 tredje punktum, kan fengsel inntil 6 år idømmes.”

Forbudet mot frihetsberøvelse fremgår av straffeloven § 223 (1):

“Den som ulovlig berøver en anden Friheden eller medvirker til saadan Frihedsberøvelse, straffes med Fængsel indtil 5 Aar.”

Videre oppstiller også Den europeiske menneskerettskonvensjon¹⁷ (EMK) artikkel 5 et forbud mot frihetsberøvelse med formuleringen “No one shall be deprived of his liberty”. Artikkelen oppstiller videre noen unntak fra dette forbudet. Hvorvidt frihetsberøvelse av senil demente og psykisk utviklingshemmede faller inn under disse unntakene vil, på grunn av oppgavens rammer, ikke bli behandlet nærmere.

Det avgjørende er om frihetsberøvelsen er “rettsstridig” eller “ulovlig”. I det følgende søker derfor oppgaven å redegjøre for adgangen til tvang og frihetsberøvelse som kan utgjøre rettmessige inngrep.

2.4 Rettskilder og Metode

Da vi er på legalitetsprinsippets område vil lovtekst være primære rettskilde, samt forarbeidene til lovteksten. Jeg vil i det følgende presentere de to mest aktuelle lovene vedrørende oppgavens problemstilling, før jeg deretter redegjør for andre relevante kilder.

Før pasientrettighetsloven kap. 4A trådte i kraft i 2009 var det, foruten straffelovens regler om nødrett og nødverge, lite hjemmel for å kunne benytte tvang overfor psykisk utviklingshemmede eller senil demente som ikke samtykket til helsehjelp. Dette under forutsetning av at de allerede eksisterende tvangshjemlene vedrørende smittevern, rusmisbrukere, psykisk utviklingshemmede, eller sinnslidende ikke kom til anvendelse. Det er grunn til å tro at helsepersonalet i mange tilfeller da valgte å benytte ulovlig tvang, da det strider mot deres virke og visjon å ikke hjelpe den, som ut i fra deres betraktninger, ikke klarer å ta vare på seg selv. Dette må også sees i sammenheng med kravet til ”faglig forsvarlighet og omsorgsfull hjelp” i helsepersonelloven¹⁸ (hlspl.) § 4. Slik sett må det legges til grunn at formålet med opprettelsen av pasientrettighetsloven kapittel 4A var å gi nødvendig hjemmel for bruk av tvang, og at en ved å ha slik hjemmel søker ”å forebygge og begrense bruk av tvang” slik ordlyden i formålsparagrafen § 4A-1 uttrykker det.

Loven endret navn til pasient- og brukerrettighetsloven i 2012. Navneendringen har sammenheng med samhandlingsreformen av 2012 hvor det juridiske skillet mellom helsetjenester og omsorgstjenester ble opphevet slik at loven også skulle omfatte tjenester til

¹⁷ Den europeiske menneskerettskonvensjon. Inkorporert som vedlegg nr. 1 i lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven).

¹⁸ Lov 2.juli 1999. nr. 64 om helsepersonell m.v.

personer som ikke nødvendigvis er pasienter. Pasient- og brukerrettigheter knyttet til kommunale helse- og omsorgstjenester er derfor nå samlet i det som tidligere het pasientrettighetsloven.¹⁹

I den nye loven er §§ 4A-1 - 4A-5 identiske med paragrafene til den tidligere pasientrettighetsloven. For §§ 4A-6 - 4A-8 er klageinstans endret fra "helsetilsynet i fylket" til "Fylkesmannen". Rettstilstanden, hva gjelder adgangen til å begrense bevegelsesfriheten til pasienter, vil etter dette kapitelet være den samme som før navnendringen. Rettskildene til den tidligere pasientrettighetsloven vil derfor fortsatt være relevante.

For psykisk utviklingshemmede hadde vi fra 1. januar 1999 sosialtjenesteloven²⁰ kapittel 6A som regulerte bruk av tvang, herunder frihetsberøvelse overfor psykisk utviklingshemmede. Fra 1. januar 2004 til 1. januar 2012 ble denne videreført i sosialtjenesteloven kap. 4A. Denne er nå erstattet av helse- og omsorgstjenesteloven, hvorav kap. 9 viderefører rettstilstanden fra sosialtjenestelovens kap. 4A, med unntak av noen små begrepsendringer. Dette er imidlertid endringer som ikke har betydning for oppgaven. Begrepe "spesialisthelsetjenestene" og "de spesialisthelsetjenestene som de regionale helseforetakene skal sørge for" er erstattet med "spesialisthelsetjenesten". I tillegg er "tjenestemottaker" erstattet med "bruker eller pasient". Det følger av forarbeidene²¹ at de nye begrepene ikke innebærer noen realitetsendringer, slik at forarbeider og andre kilder til tidligere sosialtjenesteloven vil være av relevans.

Det er svært lite rettspraksis på området. Etter søk på Lovdata har jeg ikke funnet noen domsavgjørelser vedrørende adgangen til å låse dører overfor psykisk utviklingshemmede eller senil demente. En hovedgrunn til dette kan være at personene i denne gruppen kan ha vansker med å forstå adgangen til å klage på den tvangen de blir utsatt for. I noen tilfeller er det ikke en gang sikkert de forstår at de blir utsatt for frihetsberøvelse eller vet hvilke rettigheter de har krav på. Videre er det grunn til å tro at pårørende i denne gruppen ofte ikke ønsker å klage på frihetsberøvelsen, da de føler trygghet ved at tjenestemottaker blir forvart på et trygt sted uten mulighet til å gå seg bort.

Det foreligger imidlertid noe rettspraksis av relevans, herunder den omstridte "Sårstelldommen"²² inntatt i Rt. 2010. s.612. Denne vil jeg behandle noe nærmere med tanke på legalitetsprinsippets styrke på helserettens område. Videre vil Fusa-dommen, Rt.1990 s.874, være relevant i spørsmålet om en har rettskrav på at bestemte helse- og omsorgstjenester benyttes fremfor tvang.

Foruten lovtekst og forarbeider, har jeg også tatt utgangspunkt i rundskrivene til de aktuelle lovkapitlene. Rundskriv gir kun uttrykk for forvaltningens praksis, og er derfor ikke bindende på lik linje som lovtekst eller forarbeider. Den rettskildemessige vekten av rundskrivene er derfor i utgangspunktet lav. Dette må også sees i sammenheng med hvilket rettsområde vi befinner oss på.²³ Bernt uttaler i sin artikkel i TFR 1989²⁴ at det "på noen saksområder, som

¹⁹ Se Store norske leksikon på internett, hentet fra http://snl.no/pasient-og_brukerrettighetsloven

²⁰ Lov 13. desember 1991 nr. 81 om sosiale tjeneste m.v.

²¹ Prop. 91 L (2010-2011) på s. 501.

²² Dommen er ofte blitt omtalt som "Huleboerdom II". På bakgrunn av argumentasjonen til Syse i LoR -2011-628 ønsker jeg imidlertid å omtale dommen som "Sårstelldommen".

²³ Bjørn Henning Østenstad, *Heimelsspørsmål i behandling og omsorg overfor psykisk utviklingshemmede og aldersdemente*, Bergen 2009 s. 54.

tvangsinngrep innen sosial- og helse retten, ligger det innebygget både i den alminnelige rettskultur og i de særlige regler om full domstolsprøving at forvaltningspraksis neppe vil bli forsøkt påberopt med særlig styrke som et selvstendig rettskildemessig argument”. Likevel er det på det rene at rundskrivene ofte spiller en stor retningsgivende rolle for rettsanvendelsen og at adressatene ofte føler seg bundet av dem.²⁵

I tillegg til de ovennevnte kilder, har jeg tatt utgangspunkt i juridisk teori, herunder står en doktoravhandling om temaet sentralt. Rapporter fra tilsyn og forskning har også vært relevante kilder for å kaste lys over faktiske problemstillinger.

I sommer avdekket Bergens Tidende en sak om ulovlig bruk av låst port på et bofelleskap for to psykisk utviklingshemmede i Bergen. Jeg søkte Fylkesmannen i Hordaland om innsyn i sakens faktum, men fikk avslag. Anonymisering og sladding ble vurdert, men Fylkesmannen avslo innsynet med hjemmel i offentleglova²⁶ § 12 c, og taushetsbestemmelsene i forvaltningsloven²⁷ og helsepersonelloven. Jeg har derfor valgt å gjengi faktum slik dette er beskrevet i Bergens Tidende, men tar herved forbehold om eventuelle feilkilder som følge av dette.

2.5 Perspektiver

2.5.1 Legalitetsprinsippet

Utgangspunktet i norsk rett er at individet har full handlefrihet vedrørende sitt eget liv. Dette utgangspunktet kommer blant annet til uttrykk via et prinsipp om at ethvert inngrep overfor individet krever at det foreligger lovhjemmel. Prinsippet er nærmere kjent som legalitetsprinsippet, og den tradisjonelle lære har vært at inngripende tiltak fra statens side krever hjemmel i eller i medhold av formell lov. Legalitetsprinsippet er i all hovedsak ulovfestet, men regnes som et rettsprinsipp av grunnlovs rang på forvaltningsrettens område.²⁸

Foruten hjemmel i lov vil også et gyldig samtykke kunne gi myndighetene adgang til å utføre handlinger som ellers ville vært forbudt. Hva gjelder helsepersonells adgang, som er denne oppgavens tema, følger det imidlertid av forarbeidene²⁹ til pasient og brukerrettighetsloven at selvbestemmelsesretten ”ikke (kan) strekkes så langt at helsepersonellens plikt til bl.a å utføre sin virksomhet forsvarlig, oppheves”. Det fremgår blant annet at “(e)t samtykke fra pasienten om å ta pasientens liv er ugyldig og handlingen vil være straffbar etter vurdering av forsvarlighetskravet og etter straffeloven”. Hva gjelder samtykke til frihetsberøvelse på helserettens område, ser vi at det foreligger hjemmel til dette blant annet overfor personer med psykiske lidelser etter psykisk helsevernloven³⁰ (phlsvl.) § 2-2 jf. § 3-5 og overfor rusmiddelavhengige etter helse og omsorgstjenesteloven § 10-4. Samtykke til frihetsberøvelse med tanke på denne oppgavens problemstilling er likevel lite praktisk. Verken pasient- og

²⁴ Jan Fridthjof Bernt, ”Rettskildebruk for forskeren”, *Tidsskrift for rettsvitenskap (TFR)*, 1989 s. 282.

²⁵ Torstein Eckhoff og Eivind Smith, *Forvaltningsrett*, 9. utgave, Oslo 2010 s. 153.

²⁶ Lov 19. mai 2006 nr. 16 om rett til innsyn i dokument i offentlig verksemd.

²⁷ Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker.

²⁸ Bernt og Mæhle 2007 s. 149.

²⁹ Ot.prp. nr. 12 (1998-1999) på s. 76.

³⁰ Lov 2. juli 1999 nr. 62 om psykisk helsevern.

brukerrettighetsloven kapittel 4A eller helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 åpner for forhåndssamtykke til dette.

En del teoretiker, herunder Eckhoff og Smith,³¹ har tatt til ordet for at også andre rettsgrunnlag kan gi hjemmel for inngrep fra myndighetens side. De hevder at hjemmel i lov er nødvendig dersom det ikke foreligger et annet kompetansegrunnlag. Frihetsberøvelse i form av låsing og lignende tiltak, er imidlertid et betydelig inngrep i individet rettssfære og er i kjernen av legalitetsprinsippets område. Det har vært en alminnelig oppfatning at slike alvorlige negative inngrep krever hjemmel i lov eller i form av samtykke.³²

I Rt. 2010 s. 612 (Sårstelldommen) kom imidlertid Høyesterett til at tvang kunne anvendes uten hjemmel i lov eller samtykke. Saken gjaldt spørsmålet om et kommunalt sykehjem kunne skifte sengetøy, utføre kroppsvask og skifte sårbandasjer på en pasient, mot hans vilje. Pasienten var ikke fratatt sin samtykkekompetanse. Flertallet i Høyesterett (dissens 3-2) kom frem til at tvang kunne gjennomføres med hjemmel i den forvaltningsrettslige vilkårlæren. Førstevoterende uttaler i avsnitt 31 at ”også på denne sektoren (må man) kunne stille vilkår ved ellers begunstigede vedtak” (...) ”herunder vilkår med tvangselementer”. At det forelå nødvendig rettsgrunnlag ble også begrunnet med at pasientens holdning ga sykehjemmet grunnlag for å si ham opp, men at utskrivning ville skape behov for øyeblikkelig hjelp etter helsepersonelloven § 7, som etter bestemmelsen skal gis ”selv om pasienten motsetter seg” denne, jf. dommens avsnitt 35.

Spørsmålet er om denne dommen har medført en endring av legalitetsprinsippet styrke på helse- og sosialrettens område..

Høyesteretts uttalelser har høy rettskildemessig vekt, og deres uttalelser blir prejudikat for lignende saker.³³ Sakens faktum er imidlertid såpass sjeldent og konkret at vi mest sannsynlig vil få lignende saker i fremtiden. Videre svekkes prejudikatsverdien av at dommen er avsagt med dissens 3-2.³⁴ Dommen er også svært kritisert i det juridiske miljø³⁵, da det å hjemle tvang på bakgrunn av forvaltningens frie skjønn står i strid med det tradisjonelle legalitetsprinsippet. Det kan også stilles spørsmål om avgjørelsen er i strid med lovskravet i EMK art. 8, men dette vil ikke bli behandlet nærmere.

Etter dette er det min mening at dommen ikke har medført en endring av legalitetsprinsippet styrke på helse- og sosialrettens område, og at inngrep fortsatt krever hjemmel i lov.

2.5.2 Selvbestemmelsesrett

Utgangspunktet for helsehjelp er at den skal være frivillig. Dette innebærer at pasienten eller brukeren selv skal samtykke til helsehjelpen. Ettersom vi befinner oss på legalitetsprinsippet område må det foreligge et rettsgrunnlag som kan gi hjemmel til helsehjelpen dersom pasienten eller brukeren ikke samtykker. Dette kommer blant annet til uttrykk i pbrl. § 4-1 (1):

³¹ Eckhoff og Smith 2010 s. 364 flg.

³² Se blant annet Eivind Smith, *Konstitusjonelt demokrati*, 2. utgave, Bergen 2012 s. 384.

³³ Se blant annet Bernt og Mæhle 2007 s. 253.

³⁴ Torstein Eckhoff, *Rettskildelære*, 5. utgave ved Jan E. Helgesen, Oslo 2001 s. 184.

³⁵ Se blant annet artikkel av Njål Wang Andersen og Karl O. Wallevik, ”Huleboerdommen” (Rt.2010 s. 612)- riktig diagnose, feil medisin?, *Lov og rett*, 2011 nr. 05 s. 283 flg.

“Helsehjelp kan bare gis med pasientens samtykke, med mindre det foreligger lovhjemmel eller annet gyldig rettsgrunnlag for å gi helsehjelp uten samtykke”.

Å bli utsatt for tvang, herunder å bli fratatt sin bevegelsesfrihet, er svært inngripende. Følelsen av å være sperret inne vil kunne oppleves som svært ubehagelig, kanskje til og med i større grad for senil demente og psykisk utviklingshemmede, da deres kognitive svikt kan gjøre det vanskelig å forstå begrunnelsen for inngrepet.

Som hovedregel utføres imidlertid tvang i den hensikt å beskytte eller ivareta vedkommende selv eller dem rundt ham eller henne. Spenningen som oppstår her er i litteraturen omtalt som spenningen mellom privat autonomi (selvbestemmelsesrett) og samfunnets paternalisme. Paternalisme kommer av det greske ordet pater som betyr far. I denne oppgavens sammenheng har jeg valgt å legge til grunn Østenstad forståelse av begrepet. I hans doktoravhandling bruker han paternalisme som en ”nemning for at hjelpeapparatet ønsker å gjennomføre tiltak med den motivasjon å verne eller beskytte den hjelpetrengende, uavhengig av kva vedkomande sjølv måtte meine”.³⁶

Å kunne bestemme over sin egen kropp og sitt eget liv er grunnleggende. Samtidig kan helsevesenet risikere å gjøre seg skyldig i omsorgssvikt dersom de ikke griper inn overfor en person som ikke forstår konsekvensene av å motsette seg helsehjelp.

Å ha klare lovreguleringer for når en kan benytte tvang, herunder tilbakeholdelse av pasienter eller brukere, øker rettssikkerheten, da tvangstiltakene kun kan skje på nærmere gitte strenge vilkår. Dessuten sørger lovregulering for særskilte saksbehandling- og overprøvningsregler som sikrer pasientene ytterligere. Videre unngår helsepersonalet i større grad å bli utsatt for dilemmaet om å benytte ulovlig tvang eller å unnlate å gi nødvendig helsehjelp. Spørsmålet er imidlertid om reguleringen er god nok. Ved legitimering av tvang vil også faren for maktmisbruk være til stede. Å utføre handlinger mot en persons egen vilje er stort inngrep i vedkommendes autonomi. Herunder vil det å begrense bevegelsesfrihet til et menneske være spesielt inngripende.

Når tvang likevel blir iverksatt, skyldes dette ofte at pasienten eller brukeren blir vurdert til ikke å klare å ta valg og vurderinger på egenhånd. Etter pasient- og brukerrettighetsloven beror dette på om pasienten eller brukeren har samtykkekompetanse, mens det etter helse- og omsorgsloven tilsynelatende beror på om vedkommende har diagnosen psykisk utviklingshemming. Dette vil jeg behandle nærmere i neste punkt.

2.5.3 Samtykkekompetanse

2.5.3.1 Generelt

Når helsepersonell, på tross av hensynet til pasientens eller brukerens personlige autonomi, velger å utføre handlinger mot personens vilje, hjemles dette ofte i at vedkommende er fratatt sin samtykkekompetanse. Å bli fratatt ens samtykkekompetanse innebærer blant annet at ens samtykke ikke lenger er et vilkår for å motta helsehjelp slik pbrl. § 4-1 krever.

³⁶ Østenstad 2009 s.63.

Det finnes ingen legaldefinisjon på samtykkekompetanse, men det følger av pbrl. § 4-3 (1) at myndige personer og mindreårige over 16 år som hovedregel har slik kompetanse, jf. bokstav a og b. Spørsmålet videre blir hva som skal til for å miste ens samtykkekompetanse, og hvilken rolle fravær av samtykkekompetanse spiller etter de to regelsettene.

2.5.3.2 Tap av samtykkekompetanse etter pasient- og brukerrettighetsloven § 4-3

For å kunne iverksette tvang etter pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4A er det et krav at pasienten eller brukeren er fratatt sin samtykkekompetanse, jf § 4A-2 (1).

For å bli fratatt ens samtykkekompetanse oppstiller pbrl. § 4-3 (2) vilkår knyttet til pasientens funksjonsnivå. Samtykkekompetansen kan falle bort ”helt eller delvis dersom pasienten på grunn av fysiske eller psykiske forstyrrelser, senil demens eller psykisk utviklingshemming åpenbart ikke er i stand til å forstå hva samtykket omfatter”.

Ordlyden ”helt eller delvis” tilsier at samtykkekompetansen ikke nødvendigvis faller bort for alle områder. En pasient eller brukers evne til å treffe avgjørelser om helsehjelp kan varierer etter hva slags tiltak det er snakk om. Dette må vurderes konkret.³⁷

Vilkåret ”åpenbart ikke i stand til å forstå” oppstiller en høy terskel og viser at de aktuelle diagnosene ikke er nok til å bli fratatt samtykkekompetansen. Selv om diagnosen må være årsaken til den manglende evnen til å forstå, er det er selve vurderingsevnen til pasienten eller brukeren som er avgjørende.

At det foreligger en høy terskel følger klart av både ordlyd og forarbeider.³⁸ Er helsepersonellet i tvil, følger det av forarbeidene at hovedregelen om at pasienten har rett til å samtykke, eventuelt til å nekte å motta behandling, skal legges til grunn.³⁹

2.5.3.3 Manglende avgrensning etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9

Avgrensning mot samtykkekompetente fremgår ikke av helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9. For at helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 skal komme til anvendelse er diagnosen ”psykisk utviklingshemning” det avgjørende. Spørsmålet er da om psykisk utviklingshemning automatisk medfører at vedkommende mister sin rett til å nekte tiltak etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9, uten at vedkommendes samtykkekompetanse er vurdert.

Ettersom kapittel 9 ikke oppstiller noe krav om at vedkommende person må være fratatt sin samtykkekompetanse, er den naturlige forståelsen at tvang etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9, så sant lovens øvrige vilkår er oppfylt, kan iverksettes på grunnlag av diagnosen ”psykisk utviklingshemning”, uavhengig av vedkommendes vurderingsevne. Ettersom graden av psykisk utviklingshemning vil variere sterkt fra person til person (noen vil ligge helt i grensen mot fungeringsevnen til funksjonsfriske), kan dette virke svært urimelig. Forarbeidene til helse- og omsorgstjenesteloven sier lite om dette.

Rettsutviklingen, herunder pasientrettighetsloven kapittel 4A, går imidlertid i retning av at

³⁷ Ot.prp. nr. 12 (1998-1999) s. 133.

³⁸ Ot.prp. nr. 64 (2005-2006) s. 20-21.

³⁹ Ot.prp. nr. 64 (2005-2006) s. 20-21.

hensynet til pasientens selvbestemmelsesrett skal vektlegges i større grad enn tidligere. Dette taler for at det må stilles krav til at det fortas en vurdering av den psykisk utviklingshemmedes evne til å vurdere og treffe beslutninger, før tiltak mot vedkommendes viljes iverksettes. Med andre ord: at den psykisk utviklingshemmede har rett til å nekte tiltak etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 dersom vedkommende er samtykkekompetent. At samtykkekompetanse bør legges til grunn kom også til uttrykk i en lovutredning⁴⁰ til psykisk helsevernloven. Her uttaler utvalget på s. 156:

“Det fremstår uklart for utvalget hvordan man etisk kan legitimere tvungent vern og behandling overfor mennesker som har beslutningskompetanse, så lenge omsorgen og behandlingen bare skal ha pasientens beste for øye. Selv om pasienten har en alvorlig psykisk lidelse, vil dette etter utvalgets mening ikke være et tilstrekkelig grunnlag for å overprøve pasientens vurderinger. Pasienter med alvorlige psykiske lidelser kan ha god innsikt i egen situasjon, og en avgjørelse om tvangsbruk kan dermed ikke bygge utelukkende på en diagnostisk vurdering og et påstått behandlingsbehov.”

Likevel kan tiltak etter psykisk helsevernloven fortsatt settes i verk selv om en pasient med samtykkekompetanse motsetter seg dette. Av psykisk helsevernloven § 4-4 fremgår det at en ”(p)asient under tvungent psykisk helsevern kan uten eget samtykke undergis (...) undersøkelse og behandling”. Av utredningen⁴¹ følger det at ordlyden ”uten eget samtykke” omfatter ”både pasienter som mangler samtykkekompetanse, og de som direkte motsetter seg behandling, uavhengig av deres beslutningsevne”.

Rettstilstanden vedrørende helse- og omsorgstjenesteloven må etter dette sies å være usikker. Det kan argumenteres for at vurderingsevnen til den psykisk utviklingshemmede kan være vanskelig å vurdere. Reelle hensyn taler imidlertid for at et slikt kompetansespørsmål må legges til grunn, og at tvang etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 ikke kan iverksettes dersom vedkommende er samtykkekompetent. Dette må sees i sammenheng med det juridiske utgangspunktet om individets autonomi og samfunnets intensjon om å likestille og normalisere psykisk utviklingshemmede i størst mulig grad. Den ovennevnte redegjørelsen vedrørende samtykkekompetanse i pasient- og brukerrettighetsloven vil da være aktuell også etter helse- og omsorgstjenesteloven. Et mulig unntak fra dette kan tenkes å burde være der det er fare for andre enn pasienten eller brukeren selv. I slike tilfeller bør hensynet til vedkommendes autonomi avveies mot hensynet til andres sikkerhet. Her kan straffelovens bestemmelser om nødrett og nødverge tenkes å komme til anvendelse.

2.6 Veien videre

I den videre delen av oppgaven vil jeg først, i et sammenlignende perspektiv, redegjøre generelt om helse- og omsorgstjenesteloven og pasient- og brukerrettighetsloven, og deres anvendelsesområde. Deretter vil jeg foreta en sammenligning hva gjelder adgangen til å tilbakeholde henholdsvis psykisk utviklingshemmede og senil demente etter disse. Jeg vil også kort behandle saksbehandlingsreglene knyttet til fatting av vedtak etter de to regelsettene. Avslutningsvis vil jeg søke å svare kort på oppgavens problemstilling, samt komme med noen rettspolitiske betraktninger de lege ferenda.

⁴⁰ NOU 2011: 9 s. 156

⁴¹ NOU 2011: 9 s. 45.

3 Adgangen til å begrense bevegelsesfriheten til psykisk utviklingshemmede og senil demente

3.1 Oversikt over reguleringen i de to lovene

Helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 og pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4A blir ofte omtalt som ”søsterkapitler”. Det er på det rene at formålet med de to lovene er like: Å hindre vesentlig skade/helseskade, samt å forebygge og begrense bruk av tvang, jf. pbrl. § 4A-1 og hol. § 9-1. Herunder må forstås det å gi nødvendige hjemler for tvang.

Pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4A er diagnosenøytral⁴² og regulerer adgangen til å benytte tvang ovenfor pasienter og brukere uten samtykkekompetanse som motsetter seg helsehjelp, typisk senil demente. Loven gjelder imidlertid bare somatisk sykdom, for psykisk sykdom gjelder psykisk helsevernloven, jf. pbrl. § 4A-2 (2).

Det foreligger tre kumulative vilkår for å kunne benytte tvangstiltak etter pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4A. For det første må en unnlåtelse av tiltaket kunne føre til ”vesentlig helseskade” for pasienten, for det andre må helsehjelpen anses som ”nødvendig”, og for det tredje må tiltaket ”stå i forhold til behovet for helsehjelpen” jf. § 4A-3.

For å benytte tvang etter pasient- og brukerrettighetsloven kap 4A må det treffes vedtak om dette jf. forutsetningsvis ordlyden i § 4A-3 (2) om at det ”kan (...) treffes vedtak om helsehjelp” på nærmere bestemte vilkår. Dersom helsehjelpen innebærer et ”alvorlig inngrep for pasienten” skal vedtak treffes etter nærmere bestemte regler i § 4A-5 (2).

Helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 er lex specialis ovenfor pasienter med psykisk utviklingshemming hva gjelder bruk av tvang og makt som ledd i tjenester etter hol. § 3-2 nr.6 bokstav a til d. Dette medfører at disse reglene i utgangspunktet skal gå foran reglene i pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4A på sitt område.⁴³

Tvang og makt etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 kan bare anvendes ”for å hindre eller begrense vesentlig skade”. Det skal bare brukes når det er ”faglig og etisk forsvarlig”, og tiltaket ”må ikke gå lenger enn det som er nødvendig for formålet”. Videre må tiltaket ”stå i forhold til det formålet som skal ivaretas”. Jf. § 9-5. Foruten disse vilkårene nevner bestemmelsen tre tilfeller hvor det kan anvendes tvang og makt. Dette er ved ”skadeavvergende tiltak i nødssituasjoner” jf. bokstav a, ved ”planlagte skadeavvergende tiltak i gjentatte nødssituasjoner” jf. bokstav b, og ved ”tiltak for å dekke brukerens eller pasientens grunnleggende behov for mat og drikke, påkledning, hvile, søvn, hygiene og personlig trygghet, herunder opplærings- og treningstiltak” jf. bokstav c.

3.2 Lovvalg der tjenestemottaker både er psykisk utviklingshemmet og senil dement

Utgangspunktet er at helse- og omsorgstjenesteloven kommer til anvendelse ved bruk av tvang og makt overfor psykisk utviklingshemmede, der dette skjer i forbindelse med helse- og omsorgstjenester jf. hol. § 9-2 jf. § 3-2 nr. 6 bokstavene a-d.

⁴² Ot.prp. nr. 64 (2005-2006) på s. 30.

⁴³ Se Prop. 91 L (2010-2011) s. 413.

At pasient- og brukerrettighetsloven er diagnosenøytral innebærer imidlertid at denne loven også vil kunne komme til anvendelse overfor psykisk utviklingshemmede dersom de trenger behandling eller pleie og omsorg for somatisk sykdom. Dette tilsier at en psykisk utviklingshemmet med senil demens følgelig kan bli utsatt for tvangsvedtak, herunder begrenset bevegelsesfrihet, med hjemmel i pasient- og brukerrettighetsloven. Dette er ikke tvilsomt der dette skjer på grunn av somatisk behandling og brukeren er innlagt på sykehus eller sykehjem.

Problemet er der personen blir innlagt på sykehjem fordi vedkommende på grunn av psykisk utviklingshemming og senil demens ikke klarer å ivareta seg selv (pleie og omsorg). Ettersom senil demens er en somatisk sykdom er det naturlig at tvang og makt, herunder frihetsberøvelse, da reguleres av pasient- og brukerrettighetsloven.

Østenstad skriver imidlertid i sin doktoravhandling⁴⁴ at det kan være vanskelig å vite om det er utviklingshemmingen eller demenssykdommen som er årsaken til eventuelle atferdsproblemer som nødvendiggjør tvangstiltak. Etter hans synspunkt gjør det faktum at sosialtjenesteloven (nå helse- og omsorgstjenesteloven) er lex specialis overfor psykisk utviklingshemmede, samt at de prosessuelle og personelle kontrollordningene, etter hans mening, er langt bedre enn pasientrettighetsloven (nå pasient- og brukerrettighetsloven) at helse- og omsorgstjenesteloven må regulere de tilfeller hvor psykisk utviklingshemmede også er demente.

Jeg er enig i Østenstads argumentasjon, spesielt fordi helse- og omsorgstjenesteloven har status som lex specialis ovenfor psykisk utviklingshemmede. Videre tilsier det faktum at virkeområdet til helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 er tvang og makt overfor psykisk utviklingshemmede som ledd i helse- og omsorgstjenester etter hol. § 3-2 nr. 6 bokstav a til d, en slik konklusjon. Bokstav c gjelder ”plass i institusjon, herunder sykehjem”.

En positiv side ved å anvende pasient- og brukerrettighetsloven er at denne er diagnosenøytral. Dette innebærer at avgjørelsen om det skal benyttes tvang eller ikke skal vurderes ut fra hvor stor grad av manglende innsikt vedkommende har til å ta avgjørelser, og ikke om vedkommende har en diagnose som psykisk utviklingshemmet. Graden av innsikt kan være svært forskjellig i gruppen av psykisk utviklingshemmede. Det å basere tvang på diagnose kan derfor være uheldig.⁴⁵ Slik sett kan rettssikkerheten til den psykisk utviklingshemmede bli bedre ivaretatt ved å anvende pasient- og brukerrettighetsloven. Som nevnt tidligere i oppgaven kan det imidlertid tenkes at helse- og omsorgstjenesteloven uansett må tolkes i samsvar med pasient- og brukerrettighetsloven slik at det foretas en vurdering av den psykisk utviklingshemmedes vurderingsevne. Rettstilstanden her er imidlertid usikker.

3.3 Tvangsbegrepet i de to lovene

Helse- og omsorgstjenesteloven § 9-2 definerer tvang og makt som ”tiltak som brukeren eller pasienten motsetter seg, eller tiltak som er så inngripende at de uansett motstand må regnes som bruk av tvang eller makt”.

⁴⁴ Østenstad 2009 s. 345-346.

⁴⁵ Østenstad 2009 s. 338.

Pasient- og brukerrettighetsloven har ikke en lignende definisjon av tvang og makt, men gir som helse- og omsorgstjenesteloven adgang til å gi helsehjelp som pasienten ”motsetter seg”, jf. § 4A-2.

Hva som ligger i begrepet ”motsetter seg” kan være vanskelig å definere.

At det å låse en dør er mot tjenestemottakerens vilje er klart i de tilfellene vedkommende eksplisitt uttrykker dette. Det at en tjenestemottaker fysisk prøver å komme seg ut må også tolkes som et uttrykk for at vedkommende ikke ønsker å være låst inne. At disse situasjonene må regnes som motstand, støttes av forarbeidene⁴⁶ til pasient- og brukerrettighetsloven hvor det uttales at ”(p)asienten kan på ulike måtar gi uttrykk for motstanden sin mot helsehjelpa, anten verbalt eller fysisk”. Det samme fremgår av forarbeidene⁴⁷ til tidligere sosialtjenesteloven hvor det står at ”(m)ed «motsetter seg» menes både verbal og fysisk motstand”. Det fremgår videre at også ”tiltak som griper direkte inn i personens handlinger ved stopping eller korreksjon gjennom bruk av fysisk makt” omfattes.

Foruten de situasjoner hvor pasienten uttrykker sin motstand, kan tvang etter pbrl. § 4A-3 også iverksettes ved forventet motstand, jf. formuleringen i 2.ledd hvor det fremgår at tvang kan iverksettes dersom helsepersonellet ”vet (...) at vedkommende med stor sannsynlighet vil opprettholde sin motstand”. Ordlyden ”stor sannsynlighet” tilsier at det skal en del til før forventet motstand kan likestilles med motstand som uttrykkes verbalt eller fysisk. At det her foreligger en relativt høy terskel fremgår også av forarbeidene⁴⁸ hvor det står at ventet motstand ”unntaksvis” kan omfattes av virkeområdet for reglene. Dette kan være helsehjelp som helsepersonellet vet at pasienten tidligere har gitt uttrykk for han eller hun motsetter seg, og som de erfaringsmessig vet vil opprettholde sin motstand til. At en pasient er lite samarbeidsvillig generelt sett kan ikke legges til grunn.⁴⁹

Situasjonen er vanskeligere dersom tjenestemottakeren forholder seg passiv. Det kan være at vedkommende er sterkt i mot å bli fratatt sin bevegelsesfrihet, men på grunn av ulike årsaker ikke vil, eller har mulighet til å, uttrykke sin motstand. Tvil kan også oppstå der vedkommende bare rister på døren, uten å uttrykke noen klar vilje. Det følger av forarbeidene⁵⁰ til pasient- og brukerrettighetsloven at før det blir truffet en avgjørelse om helsehjelp, som hovedregel skal innhentes informasjon fra pårørende for å få opplysninger om hva pasienten ville ha ønsket dersom hun eller han hadde vært i stand til å sette seg inn i situasjonen sin. Dette følger også av § 4A-5 (4). På den måten kan helsehjelpen tilrettelegges i best mulig samsvar med pasienten eller brukerens ønske, og kaster således lys over tvangsspørsmålet. Det fremgår av rundskrivet⁵¹ til pasient- og brukerrettighetsloven at ”utgangspunktet for kapittel 4A er at pasienten i størst mulig grad skal få den helsehjelpen som de antas å ville ha takket ja til dersom de hadde hatt samtykkekompetanse”.

Helse- og omsorgslovens definisjon av tvang og makt kan synes å ivareta rettssikkerheten til tjenestemottaker på en bedre måte. Istedenfor å kun regulere adgangen til å benytte tvang og makt overfor pasienter som ”motsetter” seg helsehjelp, regnes også tiltak som pasienten eller

⁴⁶ Ot.prp. nr. 64 (2005-2006) s. 85.

⁴⁷ Ot.prp. nr.58 (1994-1995) s. 37.

⁴⁸ Ot.prp. nr.54 (2005-2006) s. 85.

⁴⁹ Helsedirektoratets rundskriv til lov om pasientrettigheter kapittel 4A, IS-10/2008, *Helsehjelp til pasienter uten samtykkekompetanse som motsetter seg helsehjelpen*, s. 28.

⁵⁰ Ot.prp. nr. 64 (2005-2006) s. 85.

⁵¹ IS-10/2008 s. 27.

brukeren ikke motsetter seg, som bruk av tvang og makt dersom tiltakene er ”så inngripende at de uansett motstand må regnes som bruk av tvang eller makt”. Det følger av forarbeidene⁵² at det her skal foretas en objektiv vurdering av om tiltaket er ”så inngripende at en person normalt ville ha motsatt seg dette”.

Det er på det rene at det å bli fratatt ens bevegelsesfrihet er noe enhver person normalt ville ha motsatt seg. Forarbeidene⁵³ nevner nettopp bevegelseshindringer som eksempel på inngrep som uansett motstand må regnes som tvang eller makt. Selv om hovedregelen i norsk rett er at man har selvbestemmelsesrett, og følgelig kompetanse til å akseptere inngrep, vil helse- og omsorgstjenesteloven kunne gi en større grad av rettssikkerhet, da særlig inngripende tiltak, herunder frihetsberøvelse, under alle omstendigheter må følge lovens vilkår, uavhengig av om pasienten motsetter seg inngrepet eller ikke. Dette er særlig viktig med tanke på at det kan være vanskelig å vurdere graden eller realiteten av samtykket, eventuelt motstanden, fra pasienten eller brukeren. Hvorvidt helse- og omsorgstjenesteloven i det hele tatt gir hjemmel til frihetsberøvelse kan imidlertid være mer tvilsom. Jeg kommer tilbake til dette nedenfor.

3.4 Adgangen til å tilbakeholde pasienter og brukere

3.4.1 Pasient- og brukerrettighetsloven

Det fremgår av pbrl. § 4A-4, (2) at pasienten kan ”holdes tilbake” på helseinstitusjon dersom det er ”nødvendig for å få gjennomført helsehjelpen”. Dette under forutsetning av at vilkårene i 4A-3 for øvrig er oppfylt, jf. bestemmelsens 1-ledd, som vil bli behandlet senere.

En naturlig språklig forståelse av ”holdes tilbake” er at man blir hindret i å bevege seg ut fra et sted. Det fremgår av forarbeidene til pasientrettighetsloven kapittel 4A at det sentrale er om noen blir hindret i å forlate institusjonen, ikke hvordan det blir gjort. Dette innebærer at alle tiltak som hindrer en pasient eller bruker i å komme seg ut omfattes. Det spiller ingen rolle om bevegelsesfriheten blir hindret ved bruk av dører låst med nøkkel på tradisjonelt vis eller ved bruk av skjulte eller kompliserte døråpnere. Også det at helsepersonellet selv stopper en beboer i døren vil falle inn under begrepet.⁵⁴

Eksempler på at det kan være ”nødvendig” å holde en pasient eller bruker tilbake er når disse er så desorientert at de ved å vandre fritt står i fare for å gå seg bort. Faren for at de kan skade seg, eksempelvis ved å fryse i hjel, er da til stede.

3.4.2 Helse- og omsorgstjenesteloven

Adgangen til tilbakeholdelse etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 fremgår av § 9-6 (2). Etter denne bestemmelsen kan man skjerme en bruker eller pasient fra andre personer ”dersom en nødssituasjon etter § 9-5 tredje ledd bokstav a og b gjør det nødvendig”.

Skjermingen skal som hovedregel foregå i et ”ordinært beboelsesrom med ulåst dør”. Av andre ledd, andre setning fremgår det imidlertid at ”sikkerhetsmessige hensyn (...) unntaksvis (kan) tilsi at døren låses”.

⁵² Ot.prp. nr. 58 (1994-1995) s. 17.

⁵³ Ot.prp. nr. 58 (1994-1995) s. 17.

⁵⁴ Ot.prp. nr. 64 (2005-2006) s. 47.

Begrepet ”nødsituasjon” er blitt endret fra begrepet ”konkret faresituasjon” i den tidligere sosialtjenesteloven § 6A-4. Når det gjelder hva som menes med begrepet ”nødsituasjon”, følger det av forarbeidene⁵⁵ at innholdet i begrepet er ment å være det samme. Forarbeidene viser her til rundskrivet⁵⁶ til sosialtjenesteloven kapittel 6A, hvor innholdet i begrepet ”konkret faresituasjon” er utdypet på følgende måte:

”Det gjelder ikke noe krav om at skaden har oppstått. Det må imidlertid foreligge en nærliggende og påregnelig skademulighet. Det kan ikke dreie seg om hvilken som helst liten mulighet for at noe kan skje. Det må være en 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 nødsituasjon”.

Av dette ser vi at terskelen for at det foreligger en nødsituasjon er høy, men likevel ikke så høy at det må være snakk om en overhengende fare. Slik sett må det legges til grunn at situasjonen ikke alltid må være akutt, og at spørsmålet om det skal foretas tvangsinngrep, herunder frihetsberøvelse, må baseres på faregraden for skade. Det fremgår av forarbeidene til tidligere sosialtjenesteloven kapittel 6A at det ikke er mulig å gi nøyaktige anvisninger på hvilken faregrad som gir grunnlag for inngrep, men at det må foretas en konkret vurdering basert på faglig skjønn og kjennskap til personen og de konkrete forholdene. At det kan oppstå en skade i fremtiden dersom situasjonen får bygge seg opp over tid, er i utgangspunktet ikke tilstrekkelig som grunnlag for inngrep. Det fremgår imidlertid at man for handlinger som gjentar seg noenlunde regelmessig kan gripe inn på et tidlig tidspunkt fordi man kjenner tjenestemottakeren og dermed lettere kan vurdere når det bygger seg opp til en faresituasjon.⁵⁷

Det å benytte skjerming som skadeavvergende tiltak er imidlertid svært inngripende, og bør bare brukes ved akutte situasjoner med høy faregrad. Det kan tenkes tilfeller der tjenestemottaker for eksempel får et raserianfall hvor vedkommende står i fare for å skade seg selv eller andre. På bakgrunn av kravet til forholdsmessighet i § 9-5⁵⁸ bør skjerming da bare vurderes brukt der raserianfallet er av et slikt omfang at andre tiltak ikke er eller har vært tilstrekkelige.

Det kan stilles spørsmål om også hol. § 9-5 c kan gi hjemmel for frihetsberøvelse. Etter denne bestemmelsen kan tvang og makt anvendes ved ”tiltak for å dekke brukerens eller pasientens grunnleggende behov for mat og drikke, påkledning, hvile, søvn, hygiene og personlig trygghet, herunder opplærings- og treningstiltak”.

Alternativet ”personlig trygghet” kan her tenkes å hjemle bruk av låste dører for å hindre at brukeren utsetter seg selv for fare, for eksempel ved å løpe ut i en bilvei, eller ved å gå seg bort. At adgangen til å låse dører fremgår under overskriften ”(s)ærlige grenser for bruk av enkelte tiltak” i § 9-6 taler imidlertid i mot en slik forståelse. Selv om overskrifter i en lov

⁵⁵ Ot.prp. nr. 55 (2002-2003) s. 39

⁵⁶ Arbeidsdepartementets rundskriv til lov om sosiale tjenester, 1-41/98, *Rettigheter for og begrensning og kontroll med bruk av tvang og makt mv overfor enkelte personer med psykisk utviklingshemming*, s. 42.

⁵⁷ Ot.prp. nr. 58 (1994-1995) s. 39.

⁵⁸ Kravet til forholdsmessighet vil bli behandlet nærmere senere i oppgaven.

ikke har status som lovtekst, gir den en orienterende retningslinje for regelinnholdet.⁵⁹ Det må også vektlegges at adgangen til å benytte låste dører etter § 9-6 kun gjelder i ”nødsituasjon”. Denne avgrensningen tilsier at det ikke er adgang til å benytte låste dører for å dekke tjenestemottakerens ”grunnleggende behov”, etter § 9-5 bokstav c. Dette følger også av forarbeidene.⁶⁰

Etter dette synes det klart at det ikke foreligger hjemmel til å låse dører i boliger for psykisk utviklingshemmede permanent eller over et lengre tidsrom. Det er heller ikke et tvangsmiddel som ordinært skal benyttes. Dette kommer til uttrykk ved at det i oppramsingen i hol. § 9-5 over hvilke tilfeller det kan anvendes tvang og makt, ikke foreligger en direkte hjemmel for å kunne begrense bevegelsesfriheten til brukerne. Det følger tvert i mot av § 9-6 (2) andre setning at låste dører kun skal benyttes ”unntaksvis”. Videre bestemmer § 9-6 (2) siste setning at vedkommende som blir skjernet skal ”holdes under oppsyn, og skjermingen skal avbrytes straks situasjonen er brakt under kontroll”.

Dette viser at Rosehagens bruk av permanent stengt port i over et halvt år ikke var lovlig.

3.5 Krav om frivillige alternativer

3.5.1 Hovedregel

Begge lovene har krav om utprøving av frivillige alternativer før tvangstiltak kan iverksettes. I pasient- og brukerrettighetsloven er dette formulert som at ”tillitsskapende tiltak (må) ha vært forsøkt” jf. § 4A-3 (1), mens det av hol. § 9-5 (1) fremgår at ”(a)ndre løsninger” skal være prøvd før det settes i verk tiltak ved bruk av tvang eller makt. Formålet må nok sies å være det samme, nemlig å forebygge og begrense bruk av tvang. Likevel gir de ulike formuleringene indikasjoner på noen forskjeller.

Ordlyden ”tillitsskapende tiltak” peker i retning av å overtale eller på annen måte prøve å få pasienten eller brukeren til å oppgi sin motstand, slik at helsehjelpen kan iverksettes uten tvang. Et eksempel kan være å be den demente på kaffe i stedet for at han eller hun forlater institusjonen.

Formuleringen i helse- og omsorgstjenesteloven er videre enn pasient- og brukerrettighetsloven. Ordlyden ”(a)ndre løsninger enn tvang og makt” tilsier en bredere tilrettelegging av helsehjelpen, slik at tvang og makt kan unngås på et høyere plan enn bare det å ”godsnakke” med pasienten. I forarbeidene⁶¹ til pasient- og brukerrettighetsloven fremgår det imidlertid at departementet ikke har ønsket å legge en snever tolkning til grunn, men at de fant det viktig å eksplisitt fremheve det tillitsskapende aspektet. Det følger videre at vilkåret innebærer ”krav om først å leggje til rette helsehjelpa etter behovet til den enkelte, utan å bruke tvang”. Det presiseres videre at ”helsetenesta pliktar å leggje forholda best moleg til rette, slik at pasienten kan samtykkje til helsehjelp”. På lang sikt kan det for eksempel tenkes at flere atferdsproblemer, herunder atferd som resulterer i innelåsing av pasienter eller brukere, kan løses med bedre personelldekning.

⁵⁹ Nils Nygård, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgave 2005, Bergen 2004 s. 188.

⁶⁰ Ot.prp. nr. 55 (2002-2003) s. 57

⁶¹ Ot.prp. nr. 64 (2005-2006) s. 36.

Som Østenstad uttrykker i sin avhandling⁶² er det et problem at presiseringen i forarbeidene ikke kommer direkte til uttrykk i lovteksten. En presisering i forarbeidene gir en svakere styrende kraft enn lovtekst. Østenstad tror årsaken til dette kan skyldes at utformingen av (daværende) pasientrettighetsloven har vært på somatisk medisinsk undersøkelse og behandling, og ikke helsehjelp i form av pleie- og omsorg.

3.5.2 Unntak

Begge lovene har unntak for kravet om alternative tiltak. I hol. § 9-5 (1) andre setning er dette formulert som at "(k)ravet kan bare fravikes i særlige tilfeller", mens vilkårene for fravikelse i pasient- og brukerrettighetsloven er oppfylt dersom tillitsskapende tiltak er "åpenbart formålsløst", jf. § 4A-3 (1).

Ordlyden "særlige tilfeller" skal i følge forarbeidene⁶³ til helse- og omsorgstjenesteloven tolkes som at vilkåret om alternative tiltak bare "unntaksvis kan fravikes", og at bruk av tvang og makt skal være "siste utvei".

Hva som ligger i uttrykket "åpenbart formålsløst" er ikke spesifisert i pasient- og brukerrettighetslovens forarbeider. Ordlyden tilsier imidlertid at det skal mye til for at tvang skal kunne iverksettes uten at tillitsskapende tiltak har vært forsøkt. Dette støttes også av rundskrivet⁶⁴ til pasient- og brukerrettighetsloven kap. 4A.

Selv om formuleringene i de to lovtekstene gir uttrykk for ulike siktepunkt, slik jeg har nevnt ovenfor, ser vi at terskelen for unntak fra kravet om alternative tiltak er tilnærmet like høye etter begge regelsettene. Sett i sammenheng med de ovennevnte forarbeidsuttalelser tyder dette på at lovbestemmelsene vedrørende alternative tiltak skal tolkes noenlunde likt etter pasient- og brukerrettighetsloven og helse- og omsorgstjenesteloven.

3.5.3 Spørsmål om rettskrav på frivillige alternativer

Det kan stilles spørsmål om pasienter og brukere har et rettskrav på at helsetjenesten blir utført på en slik måte at man kan unngå bruk av tvang.

Utgangspunktet er at plikten til å yte nødvendig helsehjelp er begrenset til det som er mulig med hensyn til økonomi, tilgang på helsepersonell og utstyr, jf. blant annet forarbeidene⁶⁵ til tidligere kommunehelsetjenesteloven⁶⁶. Dette innebærer at det er opp til forvaltningens frie skjønn å bestemme innholdet av de tjenester som skal gis, og at tjenestemottaker ikke har et rettskrav på bestemte former for helsehjelp. Dette skjønnet ble imidlertid moderert av Høyesterett i Rt. 1990 s. 874, FUSA-dommen, hvor det fremgår at kommunen er forpliktet til å gi et helsetilbud som holder en viss minstestandard. Minstestandarden utgjør med andre ord det tjenestetilbudet som mottaker har et rettskrav på.

⁶² Østenstad 2009 s. 374 og 375.

⁶³ Ot.prp. nr. 55 (2002-2003) s. 57.

⁶⁴ IS-10/2008 s. 25.

⁶⁵ Ot.prp. nr. 66 (1981-1982) s. 31.

⁶⁶ lov 19. november 1982 nr. 66 om helsetjenesten i kommunene.

Ettersom både helse- og omsorgstjenesteloven og pasient- og brukerrettighetsloven så tydelig angir at andre tiltak enn tvang og makt skal være forsøkt, kan dette tyde på at tjenestemottaker har et rettskrav på tiltak som kan medføre at tvang kan unngås. Dette støttes blant annet i rundskrivet⁶⁷ til tidligere sosialtjenesteloven hvor det fremgår at ”(k)ravet om at alternative tiltak skal være prøvd før det fattes vedtak om bruk av tvang, kan føre til at tjenestemottakeren får krav på tjenester utover det som følger av de alminnelige reglene. Kommunen skal aktivt tilrettelegge for å unngå bruk av tvang”.

I forarbeidene⁶⁸ til pasient- og brukerrettighetsloven fremgår det at vilkåret innebærer ”krav om først å leggje til rette helsehjelpa etter behovet til den enkelte, utan å bruke tvang” (min kursivering). Det presiseres videre at ”helsetenesta *pliktar* å leggje forholda best mogleg til rette, slik at pasienten kan samtykkje til helsehjelp” (min kursivering).

Konklusjonen må etter dette bli at pasienter og brukere har et rettskrav på at helsetjenesten blir utført på en slik måte at man kan unngå bruk av tvang.

3.5.4 Ressurshensyn

Det kan tenkes at flere av situasjonene hvor personellet føler de er nødt til å benytte tvang uten å først benytte alternative tiltak, skyldes mangel på ressurser. Det kan være tilnærmet umulig å ha kontroll på alle pasienter eller brukere til enhver tid. Dette må sees i sammenheng med at funksjonsnivået til psykisk utviklingshemmede og senil demente kan by på særlige utfordringer. Herunder kan tenkes utfordringer knyttet til at pasienter eller brukere vandrer bort. At tvang i form av låste dører da ulovlig blir benyttet kan, selv om det ikke er akseptabelt, fremstå som forståelig. Dersom tjenestemottaker har et rettskrav på at andre alternativer enn tvang skal forsøkes først, kan imidlertid ikke ressurshensyn trekkes inn som et legitimt grunnlag for å unnlate dette.⁶⁹

Ordlyden i de aktuelle lovene er taus hva gjelder spørsmålet vedrørende om mangel på ressurser kan utgjøre et legalt hensyn for å kunne benytte tvang. Et slikt hensyn blir imidlertid avvist både i forarbeidene og rundskrivene til de aktuelle kapitlene. Dette kommer blant annet til uttrykk i forarbeidene⁷⁰ til hol. § 9-6 vedrørende adgangen til skjerming etter 2.ledd. Her fremgår det at ”(m)angelfull bemanning ikke (er) et relevant moment” i vurderingen. Også i rundskrivet⁷¹ til sosialtjenesteloven kapittel 4A fremgår det at det “ikke er adgang til bruk av tvang ut fra økonomiske hensyn” og videre at det “ikke (er) adgang til å legge vekt på økonomiske konsekvenser ved vurderingen av om alternativer til bruk av tvang er tilstrekkelig utprøvd”.

I forarbeidene⁷² til pasient- og brukerrettighetsloven fremgår det at ”(t)vangstiltak (...) aldri (skal) nyttast berre for å spare ressursar eller på grunn av mangelfull kompetanse”. Som

⁶⁷ Rundskriv I-41/98 s. 19.

⁶⁸ Ot.prp. nr. 64 (2005-2006) s. 36.

⁶⁹ Asbjørn Kjønstad og Aslak Syse, *Velferdsrett I*, 4. utgave 2010, Oslo 2008 s. 221.

⁷⁰ Ot.prp. nr. 55 (2002-2003) s. 57.

⁷¹ Helsedirektoratets rundskriv til lov om sosiale tjenester kapittel 4A, IS-10/2004, *Rettsikkerhet ved bruk av tvang og makt overfor enkelte personer med psykisk utviklingshemming*, s. 45.

⁷² Ot.prp. nr. 64 (2005-2006) s. 29.

Østenstad påpeker i sin doktoravhandling⁷³ gjør valget av ordet ”berre” at en ikke kan utelukke at hensynet til å spare ressurser kan være aktuelt. Ordlyden viser bare at det ikke kun skal tas hensyn til ressursene. Østenstad peker imidlertid videre på forarbeidenes⁷⁴ uttalelser vedrørende bruk av tekniske varslingsystemer:

”Formålet med å bruke teknisk utstyr skal ikkje vere å erstatte nødvendig personleg hjelp. Omsynet til den fysiske og psykiske integriteten til den enkelte må leggjast vekt på her som elles, jf. formålsføresegna i § 4 A-1 i lovutkastet. Det som skal avgjere om ein skal bruke slikt utstyr, skal vere kva behov pasienten har for tilsyn og hjelp, ikkje kva behov tenesteapparatet har for å spare pengar, effektivisere eller liknande.”

Alt i alt taler dette for at hensynet til ressurser ikke er relevant, eller i alle tilfeller ikke skal vektlegges, vedrørende adgangen til å benytte tvang, verken etter helse- og omsorgstjenesteloven eller pasient- og brukerrettighetsloven. Likevel er dette mindre klart etter pasient- og brukerrettighetsloven, og begge lovene ville vært tjent med en presisering i lovteksten. Dette ble også fremsatt som et ønske i høringsuttalelsen fra Fylkesmannen i Telemark, gjengitt i forarbeidene.⁷⁵

At hensynet til ressurser ikke skal vektlegges, støtter argumentasjonen om at tjenestemottaker har et rettskrav på tjenester som kan unngå bruk av tvang. Det at kommunens økonomi ikke skal tillegges vekt dersom man har et rettskrav på en tjeneste må imidlertid nyanseres noe. Selv om tjenestemottaker har et rettskrav på at det blir igangsatt tiltak som kan forhindre bruk av tvang, vil det være naturlig, med bakgrunn i Fusa-dommen, at det er opp til forvaltningens frie skjønn å bestemme hvilke slike tiltak som skal iverksettes, så lenge tilbudet ikke er ”åpenbart urimelig”.⁷⁶

3.6 Skade vs. helseskade

Mens helse- og omsorgstjenesteloven hjemler bruk av tvang for å hindre vesentlig ”skade” jf. § 9-5 (2) siste setning, kan tvang og makt etter pasient- og brukerrettighetsloven kun benyttes for å hindre og begrense vesentlig ”helseskade for pasienten” jf. 4A-3 (2) bokstav a. Denne ulike begrepsbruken medfører noen vesentlige forskjeller.

Det naturlige språklige forståelsen av ”helseskade ” innbefatter både fysisk og psykisk skade. Når det gjelder formuleringen ”for pasienten” (min kursivering) tilsier dette at det kun er ved fare for skade på pasienten selv at tvang hjemlet i pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4A kan benyttes. En slik tolkning støttes også av rundskrivet⁷⁷ til pasientrettighetsloven kap. 4A.

Spørsmålet er imidlertid om det svake hjemmelskravet som ble lagt til grunn i Rt. 2010 s.612 må endre denne forståelsen. Som nevnt innledningsvis kom Høyesterett frem til at den forvaltningsrettslige vilkårlæren ga hjemmel for tvangsinngrep. Bakgrunnen for tvangen, foruten at det rent objektivt fremstod som det beste for pasienten, var at pasientens nekting av sengetøysskift, kroppsvask og sårstell medførte slik sjenanse for de ansatte at forholdene ikke lot seg forene med hensynet til et forsvarlig arbeidsmiljø. Førstevoterende uttaler i avsnitt 30

⁷³ Østenstad 2009 s. 377.

⁷⁴ Ot.prp. nr. 64 (2005-2006) s. 48.

⁷⁵ Ot.prp. nr. 64 (2005-2006) s. 29.

⁷⁶ Jf. Rt. 1990 s. 874 på s. 888.

⁷⁷ IS-10/2008 s. 28.

at ”jeg finner (...) grunn til å understreke at hensynet til pasientens autonomi nødvendigvis må veie mindre der klart uheldige valg også får betydelige negative følger for andre, eller kommer i konflikt med andres rettigheter”.

I tillegg til min drøftelse og konklusjon under oppgavens punkt 2.5.1 om at dommen ikke har medført en endring av legalitetsprinsippets styrke på helse- og sosialrettens område, er det et poeng at pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4A ikke kom til anvendelse ettersom pasienten ikke var fratatt sin samtykkekompetanse. Etter dette er det min oppfatning at førstevoterendes uttalelse ikke kan vektlegges i tolkningen av § 4A-3 (2) bokstav a. Dette til tross for at adgangen til å benytte tvang overfor dem som ikke har samtykkekompetanse må anses som større enn overfor dem med samtykkekompetanse.

Det er etter dette ikke adgang til å benytte tvang, herunder frihetsberøvelse, for å forhindre skade på gjenstander eller andre personer etter pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4A. Her kan det oppstå konflikter knyttet til andre hensyn enn pasienten selv, herunder hensynet til andre pasienters eller helsepersonellens rett til trygghet. Ettersom pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4A ikke gir adgang til å benytte tvangstiltak på grunn av fare for skade på andre enn pasienten selv, må straffelovens §§ 47 og 48 om henholdsvis nødrett og nødverge vurderes anvendt i slike tilfeller.

Ordlyden ”skade” i helse- og omsorgstjenesteloven må tolkes videre enn pasient- og brukerrettighetsloven og innbefatter mer en fysisk eller psykisk skade bare på pasienten selv. Av forarbeidene⁷⁸ fremgår ”omfattende fysisk skade som tjenestemottakeren påfører seg selv eller andre og ødeleggelse av gjenstander av betydelig verdi” som eksempler. Det følger videre at ”(b)egrepet skade skal dekke ulike former for påvirkning på legeme eller gjenstander i tillegg til tap av sosial aktelse på grunn av støtende atferd og liknende immaterielle forhold”.

I rundskriv⁷⁹ til sosialtjenesteloven kapittel 4 fremgår det samme som i forarbeidene. I tillegg presiseres det at begrepet omfatter både fysisk og psykisk skade samt påføring av smerte, både på egen person og andre personer. Dette innebærer at en tjenestemottaker kan få begrenset sin bevegelsesfrihet, ikke bare for å vernes mot seg selv, men for å verne andre personer og gjenstander.

Her ser vi at helse- og omsorgstjenesteloven oppfyller ett av de ønskene som ble fremhevet vedrørende pasient- og brukerrettighetsloven i den ovennevnte studien foretatt av blant annet lege Reidar Pedersen, nemlig at hensynet til andre kan gi grunnlag for tvang. For at en frihetsberøvelse etter helse- og omsorgstjenesteloven skal være lovlig må imidlertid lovens øvrige vilkår være oppfylt, herunder vilkåret om at det må foreligge en ”nødsituasjon” jf. § 9-6 (2), se oppgavens punkt 3.5.2, samt at den eventuelle skaden må være ”vesentlig” hvilket jeg vil komme inn på nedenfor. Et eksempel der skjerming etter § 9-6 kan være aktuelt kan være der en bruker utagerer voldelig mot en annen beboer, på en slik måte at denne står i fare for å bli alvorlig skadet. Dette kan for eksempel være i form av slag spark eller biting. Å få den utagerende brukeren ut av situasjonen og inn på et eget rom kan da være hensiktsmessig. Dette er imidlertid under forutsetning av at mildere tvangsalternativer, herunder holdning, ikke er tilstrekkelig for å avverge situasjonen jf. kravet om forholdsmessighet nedenfor.

⁷⁸ Ot.prp. nr. 57 (1995-1996) s. 16.

⁷⁹ IS-10/2004 s. 53.

3.7 Vesentlighetskravet

Som vist i punktet ovenfor setter begge lovene som vilkår at den eventuelle helseskaden/skaden en ønsker å forhindre må være ”vesentlig”, jf. henholdsvis pbrl. § 4A-3 (2) bokstav a, og hol. § 9-5 (2). Dette viser at det foreligger en høy terskel i begge lovene for når tvangstiltak kan iverksettes.

Det følger av forarbeidene til både helse- og omsorgstjenesteloven⁸⁰ og pasient- og brukerrettighetsloven⁸¹ at skaden må ha et betydelig omfang og /eller innebære alvorlige konsekvenser. Det foreligger her en høy terskel hvor det blir stilt krav til konsekvensene av at helsehjelpen uteblir. I forarbeidene til pasient- og brukerrettighetsloven avgrenses det mot helseplager.

Sett i sammenheng med anvendelseområdet, foreligger det likevel noen forskjeller. Dette fordi de ulike lovene regulerer helt ulike problemsituasjoner. For mens pasient- og brukerrettighetsloven kun regulerer fare for ”helseskade for pasienten”, opererer helse- og omsorgstjenesteloven, som nevnt ovenfor, med det videre begrepet ”skade” som også verner andre personers interesser. Dette må få betydning i vurderingen av terskelen for vesentlighetskravet.

Terskelen for når en handling medfører ”vesentlig” skade/helseskade vil være forskjellig ut fra om det gjelder skade på egen person eller skade på andre personer. Fysiske angrep på andre personer er ulovlig. Det følger av rundskrivet⁸² til helse- og omsorgstjenesteloven at ”(i) den grad det er snakk om straffbare handlinger vil som hovedregel kravet til vesentlig skade være oppfylt”. For eksempel vil det å spytte på en annen person etter en vanlig språklig forståelse ikke regnes som en vesentlig skade. Ettersom dette er handling som kan straffes som en legemsfornærmelse etter straffeloven, kan det tenkes at dette likevel faller inn under vesentlighetskravet i helse- og omsorgstjenesteloven. For ordens skyld bemerkes at en person med psykisk utviklingshemming ofte ikke vil kunne straffes, jf. straffeloven § 44 (2).

Å låse inne en pasient er imidlertid såpass inngripende at det bør kreves noe mer enn spyting. Her vil nok de andre vilkårene i loven hindre bruk av skjerming, jf. blant annet kravet om forholdsmessighet, samt at det må foreligge en nødssituasjon. Dersom en pasient eller bruker kan skade andre personer med for eksempel sparking eller slåing, kan nok skjerming anses som legitimt. Dette er atferd som kan innebære fare for liv og helse, og strenge virkemidler for å forhindre dette må da kunne tillates.

Når det gjelder helseskade på egen person må terskelen bli noe høyere enn hva som kan tåles av skade på uskyldige tredjeparter. Rundskrivet⁸³ til sosialtjenesteloven nevner skader av varig karakter, samt hull på huden som eksempler på skader som kan anses som vesentlige. Som nevnt ovenfor må terskelen imidlertid legges ytterligere høyere når det gjelder tvangsbruk i form av frihetsberøvelse. Her vil nok ikke faren for hull på huden være nok. Tenkt eksempel på hvor unnlattelse av å låse dørene kan føre til ”vesentlig helseskade” er den demente damen som alltid løper ned til bilveien for å finne veien hjem, og som da i stor grad utsetter seg for faren å bli påkjørt. Dette må regnes som ”vesentlig”.

⁸⁰ Ot.prp. nr. 57 (1995-1996) s. 16.

⁸¹ Ot.prp. nr. 64 (2005-2006) s. 37 og 39.

⁸² IS-10/2004 s. 55.

⁸³ IS-10/2004 s. 54.

Av dette ser vi at terskelen for at vesentlighetsvilkåret er oppfylt, i gitte situasjoner vil være lavere etter helse- og omsorgstjenesteloven enn etter pasient- og brukerrettighetsloven, da helse- og omsorgstjenesteloven også gjelder skade på annet og andre enn pasienten/brukeren.

3.8 Rettskrav på nødvendig helsehjelp

Det følger av pbrl. § 4A-3 bokstav b at det kun er adgang til å gi helshjelp som pasienten motsetter seg hvis ”helsehjelpen er nødvendig”.

Av forarbeidene⁸⁴ uttales det at vurderingen av hva som i det enkelte tilfellet er nødvendig helsehjelp etter § 4A-3 bokstav b, må avgjøres ut fra et forsvarlig medisinsk skjønn. Når det gjelder terskelen, fremkommer det at det som et utgangspunkt kreves mindre enn det som er tilfellet for akutt hjelp, der kravet etter helsepersonelloven § 7 er at hjelpen må være ”påtrengende nødvendig”. Videre fremkommer det at kravet vil være nært knyttet opp til det som ligger i begrepet ”nødvendig helsehjelp” i (tidligere) pasientrettighetsloven §2-1, jf. tidligere kommunehelsetjenesteloven § 2-1.

Tidligere pasientrettighetsloven § 2-1 er erstattet med nåværende pasient- og brukerrettighetsloven § 2-1 a. Begrepet ”nødvendig helsehjelp” er her byttet ut med ”nødvendige helse- og omsorgstjenester”. Bestemmelsen er en videreføring og harmonisering av tidligere pasientrettighetsloven § 2-1 første ledd andre punktum, tidligere kommunehelsetjenesteloven § 2-1 første ledd og tidligere sosialtjenesteloven § 4-3.⁸⁵ I forarbeidene til⁸⁶ nåværende helse- og omsorgstjenesteloven fremgår det at begrepet skal tolkes slik at det gir krav på ”nødvendig helsehjelp med forsvarlig standard, basert på individuell helsefaglig og/eller sosialfaglig vurdering av behov”. Det fremgår videre at omfanget og nivået på hjelpen skal vurderes konkret, da det er vanskelig å presist angi hva som er nødvendig hjelp på et overordnet nivå. Det avgjørende skal være ”den hjelpetrengendes behov ut i fra en helse- og sosialfaglig vurdering”.

Utredningen ovenfor viser at en har rettskrav på nødvendig helsehjelp, og at helsepersonell kan gjennomføre slik helsehjelp med tvang dersom de øvrige vilkårene i loven er oppfylt. Slik sett blir terskelen for når en har rettskrav på nødvendig helsehjelp avgjørende for når tvang kan benyttes for å gjennomføre denne helsehjelpen.

3.9 Krav til forholdsmessighet

3.9.1 Om forholdsmessighet

I begge lovene ser vi at det stilles krav til forholdsmessigheten av det eventuelle inngrepet. I pasient- og brukerrettighetsloven er dette formulert som at ”tiltakene (må stå) i forhold til behovet for helsehjelpen” jf. § 4A-3 bokstav c, mens det i helse- og omsorgstjenesteloven er formulert som at ”(t)iltakene (...) ikke (må) gå lenger enn det som er nødvendig for formålet, og må stå i forhold til det formålet som skal ivaretas” jf. § 9-5 (2).

⁸⁴ Ot.prp. nr. 64 (2005-2006) på s. 86.

⁸⁵ Prop. 91 L (2010-2011) s. 514.

⁸⁶ Prop. 91 L (2010-2011) på s. 514.

At et inngrep i borgernes rettssfære må være forholdsmessig står sentralt både i norsk forvaltningsrett og i internasjonal rett. Spesielt formuleringen til helse- og omsorgstjenesteloven ligner de vilkårene for inngrep som vi finner i EMK-retten.⁸⁷

Selv om formuleringene i de to ulike bestemmelsene er noe ulike, må hovedinnholdet sies å være det samme: tiltaket må virke klart mer positivt enn de negative konsekvensene av å benytte tvang. Dette støttes både av forarbeidene⁸⁸ til pasientrettighetsloven kapittel 4A, samt av rundskrivene⁸⁹ til både pasient- og brukerrettighetsloven og helse- og omsorgstjenesteloven. Kravet kan etter pasient- og brukerrettighetsloven videre utledes av ordlyden i § 4A-3 (3) hvor det fremgår at helsehjelp bare kan gis der ”dette etter en helhetsvurdering fremtrer som den klart beste løsningen for pasienten”. Kravet om ”klart beste løsning” fremgår ikke av helse- og omsorgstjenesteloven. Til syvende og sist blir det likevel, etter begge regelsettene, en vurdering hvor en veier de negative konsekvensene av å benytte tvang opp mot formålet med tvangstiltaket.⁹⁰

3.9.1.1 Særlig om forholdsmessigheten av tilbakeholdelse

Å begrense bevegelsesfriheten til et menneske er svært alvorlig, både rent faktisk og symbolsk. Det bør derfor kreves alvorlige konsekvenser av å unnlate frihetsberøvelse før inngrep som for eksempel å låse utgangsdører kan anses som forholdsmessig. Av forarbeidene til tidligere sosialtjenesteloven kapittel 6A fremgår det at ”alle virkemidler kan ikke stå til rådighet for å ivareta hele spekteret av atferdsavvik”. Dersom det er fare for liv og helse vil likevel bruk av svært inngripende virkemidler, dersom mildere virkemidler ikke fører fram, måtte tillates.⁹¹ Herunder kan tenkes tilbakeholding i form av låste utgangsdører.

Når det gjelder bruk av låste utgangsdører, for eksempel for å forhindre inntrengning fra uvedkommende, kan en løsning der personalet låser opp når noen ønsker å gå ut tenkes å senke terskelen for når det vil være forholdsmessig med et slikt tiltak. Med et slikt system kan hensynet til sikkerhet ivaretas samtidig som pasienter og brukere kan bevege seg fritt etter eget ønske. Dette fordrer at personalet er påpasselig og følger med på om noen ønsker å gå ut. Problemet oppstår der en pasient eller bruker prøver å komme seg ut, men ikke får til dette. Vedkommende vil da være utsatt for ulovlig frihetsberøvelse, så sant det ikke foreligger gyldig vedtak om tilbakeholdelse. En alternativ løsning kan være at døren er låst fra utsiden, men at pasienter og brukere har mulighet til å komme seg ut fra innsiden.

Å låse utgangsdøren uten å sikre at pasienter og brukere har mulighet til å komme seg ut etter eget ønske, ut i fra et formål om å hindre inntrengning fra andre, vil etter mitt syn ikke være forholdsmessig. Som nevnt ovenfor er innesperring et svært alvorlig tiltak hvor det bør kreves

⁸⁷ Kravet til forholdsmessighet i EMK er utformet slik at inngrep i borgernes rettigheter bare kan skje dersom dette er “necessary in a democratic society”. Av EMDs dom 24. mars 1988, *Olsson mot Sverige* avsnitt 67, fremgår det at “necessary” viser til to vurderingstema. Det første er at det må foreligge “a pressing social need”, det andre er at tiltaket må være “proportionate to the legitimate aim pursued”, altså forholdsmessighet mellom mål og middel.

⁸⁸ Ot.prp. nr. 64 (2005-2006) på s. 86.

⁸⁹ IS-10/2008 s. 31 og IS-10/2004 s. 52.

⁹⁰ Se også Østenstad 2009 s. 606 flg.

⁹¹ Ot.prp. nr. 58 (1994-1995) s. 22.

fare for meget alvorlige konsekvenser, som fare for liv og helse, før tiltaket kan anses som forholdsmessig. Faren for inntrenging av uvedkommende, for eksempel innbruddstyver, oppfyller etter min mening ikke denne terskelen.

3.9.2 Nødvendighet

En side av forholdsmessighetsvurderingen er kravet om nødvendighet. I helse- og omsorgstjenesteloven kommer dette direkte frem som et vilkår etter § 9-5 (2) hvor det står at tiltakene ikke må gå lenger ”enn det som er nødvendig for formålet”. Kravet om forholdsmessighet må altså vurderes ut fra en avveining av hvilke tiltak som kan benyttes for å oppnå det bestemte formål, eksempelvis å hindre skade på andre personer. Når det gjelder formuleringen ”ikke lenger enn det som er *nødvendig*” (min kursivering) er det naturlig å tolke dette som et prinsipp om å anvende det minst inngripende middel.⁹² Det kan tenkes at man kan oppnå det samme formålet, for eksempel å verne en annen person mot spark, ved å holde fast føttene til den som sparker frem til situasjonen har roet seg, fremfor å låse den aggressive brukeren inne. Det må her foretas en konkret vurdering, jf. § 9-5 om at det skal ”legges særlig vekt på hvor inngripende tiltaket er for den enkelte bruker eller pasient”.

Det følger ikke direkte et krav om formålmessighet i lovteksten til pasient- og brukerrettighetsloven. Det følger imidlertid av forarbeidene¹⁴ at bruken av tvang ikke må gå lenger enn nødvendig, og at hvilke tiltak som skal benyttes må vurderes ut fra pasientens situasjon og behov. Her kan vi med andre ord tolke inn nødvendighet og formålmessighet som elementer i forholdsmessighetsvurderingen. Det må vurderes hvorvidt et tvangstiltak er nødvendig for å oppnå et ønsket formål, herunder om mindre inngripende tiltak kan benyttes for å oppnå det samme formålet. Slik sett kan det måtte legges til grunn at det å hindre en dement pasient å komme seg ut fra sykehjemmet, i frykt for at hun vil kunne gå seg bort, kan være et for strengt tiltak i enkelte tilfeller. Kanskje finnes det mindre inngripende alternativer enn frihetsberøvelse, eksempelvis GPS eller adresselapp, som hindrer at pasienten ikke finner veien hjem igjen.

3.9.3 Særlig om GPS-merking

Et aktuelt alternativ til frihetsberøvelse er GPS-merking. Helse- og omsorgsdepartementet fremmet i Prop. L (2012-2013) forslag om endringer i pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 og 4A som gjør det mulig å ta i bruk lokaliseringsteknologi, herunder GPS, overfor demenssyke. Endringen ble vedtatt av Stortinget i sommer og trådte i kraft 1. september i år (2013).⁹³

Dersom tjenestemottaker samtykker til slik bruk av lokaliseringssystem kan GPS-merking iverksettes etter pbrl. § 4-6 a. Dersom tjenestemottaker ikke samtykker, hvilket er det aktuelle etter denne oppgavens tema, kan lokaliseringssystem igangsettes etter § 4A-4 (3) som lyder som følger:

“Dersom lovens vilkår er oppfylt, kan videre varslings- og lokaliseringssystemer med tekniske innretninger (...) anvendes”.

⁹² Ot.prp. nr. 58 (1994-1995) s. 38.

⁹³ Lov 14. juni 2013 nr. 36 om endringer i pasient- og brukerrettighetsloven mv. (bruk av varslings- og lokaliseringsteknologi).

Som vi ser av ordlyden må lovens øvrige strenge vilkår og saksbehandlingsregler i kapittel 4A være oppfylt for å kunne iverksette lokaliseringssystemer, herunder GPS-merking. Det følger av forarbeidene⁹⁴ at hjemmelen er ment å være en sikkerhetsventil i de tilfeller det er vanskelig å avgjøre om pasienten eller brukeren viser motstand eller ikke.

Av dette ser vi at GPS-merking som hovedregel ikke skal benyttes der pasienten uttrykkelig motsetter seg dette. Overfor de pasientene som er likegyldige, kan bruk av lokaliseringsteknologi imidlertid fremstå som et mindre inngripende tiltak enn tilbakeholdelse i institusjon.

Hva gjelder adgangen overfor psykisk utviklingshemmede følger det av § 9-2 at bruk av ”inngripende varslingssystemer med tekniske innretninger” alltid skal regnes som bruk av tvang eller makt. I følge proposisjonen⁹⁵ faller GPS-merking utenfor det som regnes som varslingssystemer etter hol. § 9-2. Det fremgår imidlertid at bruk av slike systemer, etter departementets vurdering, ”normalt regnes som så inngripende at de uansett motstand må regnes som bruk av tvang eller makt”. Det følger videre at bruk av GPS-merking overfor psykisk utviklingshemmede ”derfor (må) fylle vilkårene i loven og hjemles som tiltak etter helse- og omsorgstjenesteloven § 9-5”. Departementet legger etter dette til grunn at Helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 gir adgang for kommunen til å treffe vedtak om bruk av varsling- og lokaliseringsteknologi, dersom lovens vilkår er oppfylt.

En adgang til å benytte lokaliseringsteknologi kan bidra til at flere tjenestemottakere kan bevege seg fritt. Dette vil kunne gi dem bedre livskvalitet og en økt trygghet både for dem selv og deres pårørende. Samtidig er det på det rene at potensialet for overvåking av mennesker knytter en del utfordringer og etiske problemstillinger med tanke på hensynet til personvernet. Hvorvidt GPS-merking er mer forholdsmessig enn innesperring kan derfor diskuteres. I proposisjonen⁹⁶ bemerkes det at formålet er å hindre eller begrense risiko for skade på pasienten eller brukeren. Det presiseres at hensikten ikke er å lagre vedkommendes bevegelser over tid, men å kunne lokalisere vedkommende når det er risiko for skade. Det fremgår videre at dette vil innebære at “lagringen av personopplysninger vil være kortvarig med en fortløpende sletteplikt etter hvert som personopplysningene ikke lenger er relevante for formålet”. Dette vil bidra til at overvåkingen får en mindre inngripende karakter. Videre kan det tenkes løsninger basert på at tjenestemottaker utformer en viljeserklæring vedrørende eventuell bruk av GPS før vedkommende er blitt så dement at han eller hun ikke har evne til å vurdere inngrepet. Dette vil imidlertid være vanskelig med tanke på den gruppen av tjenestemottakere som er psykisk utviklingshemmede.

En annen utfordring vedrørende GPS-merking er faren for at ressurshensyn kan føre til at teknologi erstatter bruk av menneskelig omsorg. Dette til tross for at det i forarbeidene⁹⁷ er presisert at varslings- og lokaliseringsteknologi ikke skal brukes for å erstatte menneskelig kontakt, men for å supplere og effektivisere denne.

Alt i alt vil nok de fleste, både psykisk utviklingshemmede og senil demente, likevel oppleve GPS-merking som mindre inngripende enn det å bli tilbakeholdt, dersom tilbakeholding er det eneste alternativet. GPS-merking kan da fremstå som mer forholdsmessig, med tanke på å forhindre at tjenestemottaker går seg bort eller fryser i hjel ute. Det kan imidlertid tenkes at

⁹⁴ Prop. 90 L (2012-2013) s. 31.

⁹⁵ Prop. 90 L (2012-2013) s. 14.

⁹⁶ Prop. 90L (2012-2013) s. 18.

⁹⁷ Prop.90. L (2012-2013) s. 25.

økt menneskelig kontakt kan være et bedre og mer forholdsmessig alternativ enn bruk av GPS.

3.10 Faglig og etisk forsvarlighet

Helse- og omsorgstjenesteloven § 9-5 (2) setter som vilkår for bruk av tvang og makt at det er ”faglig og etisk forsvarlig”. I vurderingen av dette skal det ”legges særlig vekt på hvor inngripende tiltaket er for den enkelte bruker eller pasient”.

I forarbeidene⁹⁸ fremgår det at ”et grunnleggende element i faglig forsvarlighet er at de metoder som skal anvendes, er vitenskapelig aksepterbare. Med det menes at de er godt dokumentert med hensyn til virkninger og bivirkninger, og at det er alminnelig enighet i fagmiljøene om denne dokumentasjonen”.

Hva gjelder etisk forsvarlighet fremgår det av de samme forarbeidene at det skal tas utgangspunkt i alminnelige grunnleggende rettigheter. Av rundskrivet⁹⁹ presiseres det at ”(u)tgangspunktet er respekt for enkeltmennesket og dets autonomi. Beskyttelsen av enkeltindividets rettigheter skal være sterk”. Videre følger det at tiltaket som hovedregel må være ”akseptable ut fra alminnelige sosial normer for mellommenneskelig samhandling”.

Det er ikke en lignende direkte lovfesting av faglig og etisk forsvarlighet i pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4A. Det følger imidlertid av forarbeidene¹⁰⁰ at kravet i helsepersonelloven § 4 om at alt helsepersonell plikter å utøve forsvarlig virksomhet, setter grenser for hvilke tiltak som kan benyttes, og at bruk av tvang setter særlig store faglige og etiske krav. I likhet med forarbeidene til tidligere sosialtjenesteloven fremgår det videre at et grunnleggende element i kravet om faglig forsvarlighet er at tiltakene som blir brukt er alminnelig anerkjent i fagmiljøet.

Av dette ser vi at kravet om faglig og etisk forsvarlighet er tilnærmet likt i de to søsterkapitlene. Likevel kan vilkåret fremstå sterkere etter helse- og omsorgstjenesteloven, da kravet følger direkte av lovteksten.

På den annen side kan pbrl. § 4A-3 tredje ledd sees på som en slags lovfesting av kravet om faglig og etisk forsvarlighet. Etter denne bestemmelsen følger det at helsehjelp mot pasientens vilje kun skal gis dersom dette etter en ”helhetsvurdering framtrer som den klart beste løsningen for pasienten”. Det følger av siste setning at det i vurderingen må legges vekt på ”graden av motstand samt om det i nær fremtid kan forventes at pasienten vil kunne gjenvinne sin samtykkekompetanse”. I pasient- og brukergruppen senil demente og psykisk utviklingshemmede vil det være en stor variasjon med tanke på muligheten til å få tilbake ens samtykkekompetanse. For den psykisk utviklingshemmede kan det tenkes at den svekkede vurderingsevnen ofte vil være konstant. For den senil demente vil imidlertid vurderingsevnen kunne svinge fra time til time. Helsepersonellet bør da vurdere om de kan utsette tilbudet om helsehjelp til et senere tidspunkt. Under alle hensyn følger det av forarbeidene¹⁰¹ at helsepersonellet alltid skal ta utgangspunkt i behovene til pasienten, og at motstridene hensyn må veies opp mot hverandre.

⁹⁸ Ot.prpr. nr. 58 1994-1995 s. 22

⁹⁹ IS-10/2004 s. 50.

¹⁰⁰ Ot.prp. nr. 64 (2005-2006) s. 86.

¹⁰¹ Ot.prp. nr. 64 (2005-2006) s. 86.

Dersom vilkårene i § 4A-3 er oppfylt, kan det settes i gang helsehjelp mot pasientens vilje. Det følger imidlertid av § 4A-4 (4) at helsehjelpen skal “vurderes fortløpende og avbrytes straks lovens vilkår ikke lenger er til stede”. Det følger videre at det “særlig (skal) legges vekt på om helsehjelpen viser seg å ikke ha ønsket virkning, eller ha uforutsette negative virkninger”. Dette kan sees på som en sikkerhet for at helsehjelpen blir utført på en forsvarlig måte og kan sees i sammenheng med helsepersonelloven § 4.¹⁰² Bestemmelsen må også sees i sammenheng med 4A-3 (1) om at helsepersonellet fortløpende skal vurdere om en kan unngå tvang ved å benytte andre tillitsskapende tiltak.

At det stilles krav til faglig forsvarlighet er naturlig og er som nevnt allerede lovfestet for helsepersonell i helsepersonelloven § 4. Hva gjelder kravet til etisk forsvarlighet synes vurderingene å ha nære bånd til kravene om forholdsmessighet som er nevnt tidligere i oppgaven. Hvorfor en slik presisering er valgt i lovteksten til helse- og omsorgstjenesteloven kan diskuteres. På den ene siden kan det sies å ha en symboleffekt vedrørende synliggjøring av etiske skranker for bruk av tvang. Som Østenstad skriver i sin avhandling¹⁰³ kan det imidlertid være vanskelig å se at noe nytt blir tilført. Dette må sees i sammenheng med at det i lovteksten presiseres at det i vurderingen særlig skal vektlegges hvor inngrepene er. Vi kommer da lett tilbake til en ny rimelighetsvurdering basert på forholdsmessigheten av inngrepet. En slik dobbelvurdering synes lite hensiktsmessig. Dette kan også være grunnen til at faglig og etisk forsvarlighet ikke fremgår av lovteksten til pasient- og brukerrettighetsloven. Kravet til faglig forsvarlighet fremgår allerede av hlspl. § 4, men etisk forsvarlighet på mange måter blir ”smør på flesk” etter forholdsmessighetsvurderingen.

3.11 Fattning av vedtak

For å benytte tvang etter pasient- og brukerrettighetsloven kap 4A må det treffes vedtak om dette jf. forutsetningsvis ordlyden i § 4A-3 (2) om at det ”kan (...) treffes vedtak om helsehjelp” på nærmere bestemte vilkår. Dersom helsehjelpen innebærer et ”alvorlig inngrep for pasienten” skal vedtak treffes etter nærmere bestemte regler i § 4A-5 (2).

Det følger av pbrl. § 4A-5 (1) at vedtak om helsehjelp som pasienten motsetter seg skal ”treffes av det helsepersonellet som er ansvarlig for helsehjelpen”. Den som er ansvarlig for helsehjelpen på en helseinstitusjon vil hovedsakelig være en lege, men det følger av forarbeidene¹⁰⁴ at også annet helsepersonell kan bli regnet som kvalifisert i visse situasjoner. På et sykehjem vil det for eksempel ofte være en sykepleier eller en hjelpepleier som har den daglige kontakten med pasienten, og det kan derfor tenkes at disse vet best hvilke tvangstiltak som er mest hensiktsmessig å gjennomføre overfor den konkrete pasienten hva gjelder pleie og omsorg. Når det gjelder oppgavens tema, tilbakeholding, er dette et så inngrepene tiltak at vedtaket uansett må treffes i ”samråd med annet kvalifisert helsepersonell” jf. § 4A-5 (2) første setning og siste setning. Da er det en fordel at dette er helsepersonell som kjenner pasienten godt. Det følger av forarbeidene¹⁰⁵ at det også er naturlig at det blir søkt råd hos annet kvalifisert helsepersonell dersom det oppstår uenighet om hvorvidt det skal treffes vedtak om helsehjelp eller ikke. Under alle tilfeller innebærer kravet om rådføring med annet

¹⁰² Se Ot.prp. nr.64 (2005-2006) s. 86.

¹⁰³ Østenstad 2009 s. 612 og 613.

¹⁰⁴ Ot.prp. nr. 64 (2005-2006) s. 87.

¹⁰⁵ Ot.prp.nr.64 (2005-2006) s. 87.

kvalifisert helsepersonell at det alltid skal være to fagpersoner som vurderer om helsehjelpen skal gis, hvilket styrker rettsikkerheten til pasienten.

Hva gjelder helse- og omsorgstjenesteloven skal tvang og makt etter § 9-5 bokstav b og c treffes som vedtak jf. § 9-7 (2), mens tvang og makt etter bokstav a, etter sin karakter som nødsituasjon, treffes ved beslutning og nedtegnes skriftlig i ettertid jf. § 9-7 (1).

Dette innebærer at bruk av skjerming ved ”planlagte skadeavvergende tiltak i gjentatte nødssituasjoner” jf. § 9-5 (3) bokstav b jf. § 9-6 (2) skal treffes som vedtak ”av den som har det overordnede faglige ansvaret for tjenesten” jf. § 9-7 (2). Det fremgår av forarbeidene¹⁰⁶ at kommunen skal peke ut en bestemt tjenestemann som skal ha dette ansvaret. Det følger videre at det ”vil være nærliggende at dette blir etatsjefen for den aktuelle tjenesten, men ansvaret kan også f.eks legges til kommunelegen”.

Når det gjelder bruk av skjerming ved ”skadeavvergende tiltak i nødsituasjoner” jf. § 9-5 (3) bokstav a jf. § 9-6 (2) skal dette treffes som beslutning ”av den som har det daglige ansvaret for tjenesten”. Det er kommunen som skal ta stilling til hvem som skal ha dette ansvaret.¹⁰⁷ Ettersom beslutning om et slikt skadeavvergende tiltak må tas på stedet, må denne treffes av den aktuelle tjenesteyteren dersom den som har det daglige ansvaret for tjenesten ikke er til stede, eller det ikke er tid til å vente på at vedkommende skal treffe slik beslutning.¹⁰⁸ Dette fulgte direkte av lovteksten til tidligere sosialtjenesteloven § 4A-7. Ettersom det av forarbeidene til nye helse- og omsorgstjenesteloven § 9-7 fremgår at bestemmelsen er en videreføring av sosialtjenesteloven § 4A-7, må det antas at rettsstilstanden er den samme.

Hva gjelder varigheten av vedtakene følger det av pbrl. § 4A-5 (1) at det bare kan fattes vedtak for ”inntil ett år av gangen”. Den samme tidsavgrensningen finner vi i helse- og omsorgstjenesteloven hvor det av § 9-7 (2) andre setning følger at det kan treffes vedtak ”for inntil tolv måneder om gangen”. Dette hindrer tidsubestemte tvangsvedtak og sikrer at det blir gjennomført ny formell saksbehandling ved jevne mellomrom. Når det gjelder skjerming av psykisk utviklingshemmede etter hol. § 9-6 (2) minner jeg imidlertid om at ”skjermingen skal avbrytes straks situasjonen er brakt under kontroll” jf. siste setning.

Av det ovennevnte ser vi at adgangen til å begrense bevegelsesfriheten til pasienter etter pasient- og brukerrettighetsloven kap. 4A kun kan skje dersom det foreligger vedtak for dette. Vedtaket skal treffes for det enkelte individ. Å stenge utgangsdørene på en avdeling for demente generelt og permanent fordi demente generelt sett er desorienterte og kan gå seg bort, er følgelig ikke lovlig. Det samme gjelder overfor psykisk utviklingshemmede etter helse- og omsorgstjenesteloven, men her er vilkårene for frihetsberøvelse i tillegg mye strengere.

3.12 Kontroll ved bruk av tvang

En viktig rettssikkerhetsgaranti for pasienter og brukere er at det føres kontroll ved bruk av tvangstiltak. Østenstad tar i sin doktorgradsavhandling til orde for at helse- og

¹⁰⁶ Ot.prp.nr.58 (1994-1995) s. 41.

¹⁰⁷ Ot.prp. nr. 55 (2002-2003) s. 57

¹⁰⁸ Ot.prp. nr. 58 (1994-1995) s. 43, se også rundskriv IS-10/2004 s. 64.

omsorgstjenesteloven oppstiller bedre prosessuelle og personelle rettssikkerhetsgarantier enn det som fremgår av pasient- og brukerrettighetsloven.¹⁰⁹

En av hovedgrunnene til dette standpunktet er plasseringen av den personelle vedtakskompetansen i de respektive lovene. For mens det av pasient- og brukerrettighetsloven følger at vedtakskompetansen ligger hos det ”helsepersonellet som er ansvarlig for helsehjelpen” jf. § 4A-5 (1), følger det av helse- og omsorgstjenesteloven, foruten nødsituasjoner, at vedtak om tvang skal treffes av ”den som har det overordnede faglige ansvaret for tjenesten” jf. § 9-7 (2). Videre skal tvangstiltak etter helseomsorgstjenesteloven alltid overprøves av fylkesmannen jf. § 9-8, mens det av pasient- og brukerrettighetsloven bare følger at ”(f)ylkesmannen *kan* av eget tiltak overprøve vedtak” (min kursivering) jf. § 4A-8. Det fremstår etter dette at rettssikkerheten ved overprøving av tvangstiltak derfor er bedre ivare tatt etter helse- og omsorgstjenesteloven.

4 Avslutning

Det er på det rene at det foreligger hjemmel både til å begrense bevegelsesfrihet overfor psykisk utviklingshemmede etter helse- og omsorgstjenesteloven, samt overfor senil demente etter pasient- og brukerrettighetsloven. Adgangen til å tilbakeholde senil demente er imidlertid større enn overfor psykisk utviklingshemmede. Dette må sees i sammenheng med at psykisk utviklingshemmede ikke skal regnes som pasienter, men i størst mulig grad normaliseres og inkluderes inn i samfunnet. Mens det etter helse- og omsorgstjenesteloven kun er adgang til å låse dører unntaksvis dersom sikkerhetsmessig hensyn i en nødsituasjon tilsier dette, er det i pasient- og brukerrettighetsloven direkte hjemmel for vedtak om tilbakeholdelse i institusjon for å få gjennomført helsehjelp. Tilbakeholdelse i form av låste dører etter pasient- og brukerrettighetsloven kan følgelig strekke seg over et betydelig lengre tidspunkt enn det som er mulig etter helse- og omsorgstjenesteloven. Videre er reglene i helse- og omsorgstjenesteloven mer detaljerte og setter strengere saksbehandlingsregler. Slik sett kan helse- og omsorgstjenesteloven synes å ivareta rettssikkerheten til tjenestemottaker på en bedre måte enn pasient- og brukerrettighetsloven. På den annen side stiller pasient- og brukerrettighetsloven strengere krav til at tjenestemottakers vurderingsevne skal være avgjørende for bruk av tvang. På dette punktet er følgelig tjenestemottakers rettssikkerhet bedre ivare tatt etter pasient- og brukerrettighetsloven.

Å skulle åpne for større adgang til frihetsberøvelse av psykisk utviklingshemmede vil være svært kontroversielt, spesielt med tanke på faren for misbruk. Også historisk sett, hvor psykisk utviklingshemmede tidligere skulle ”gjemmes bort”, er det i dag et ideologisk fokus på å normalisere og integrere psykisk utviklingshemmede i størst mulig grad. Å gi hjemmel til å frihetsberøve psykisk utviklingshemmede, også utenfor nødsituasjonene, vil derfor være et tilbakesteg rent etisk og ideologisk. Samtidig er det et faktum at bruk av låste dører over lengre tid, utenfor nødsituasjoner, blir benyttet i praksis, og at frihetsberøvelse derfor er aktuelt også overfor denne gruppen, jf. blant annet Rosehagen-saken. Videre kan det tenkes at en konsekvens av å ha snever hjemmel for tilbakeholdelse, kan være at personalet øker bruken av andre tvangsmidler, f.eks. holding. Ved å ha en hjemmel som sikrer nødvendigheten, formåls- og forholdsmessigheten av tilbakeholdelse, vil rettssikkerheten til de psykisk utviklingshemmede være større, og faren for maktmisbruk mindre. Også muligheten til å føre kontroll med slike inngrep, herunder sørge for klage- og

¹⁰⁹ Østenstad 2009 s. 434 flg.

overprøvningsmuligheter, vil øke rettssikkerheten til de psykisk utviklingshemmede.

I studien foretatt av blant annet lege Reidar Pedersen, nevnt innledningsvis, ble det etterspurt en enklere og mer praktisk lovregulering. Det er klart en uheldig situasjon dersom lovreglene er så upraktiske at de ikke blir fulgt. Det er imidlertid et problem dersom reglene skal forenkles og tøyes så langt at rettssikkerheten til pasienter og brukere blir redusert. På den annen side er det bedre å ha et enkelt lovverk som blir fulgt, med den mulighet til klage og overprøving som følger av dette, enn at tvang, herunder frihetsberøvelse, blir utført på ulovlig vis.

5 Litteraturliste

Lover:

Forvaltningsloven:	Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker.
Helse- og omsorgstjenesteloven:	Lov 24. juni 2011 nr. 30 om kommunale helse og omsorgstjenester m.m.
Helsepersonelloven:	Lov 2. Juli 1999 nr. 64 om helsepersonell m.v.
Ikrafts. av lov 2013:36, endr i pasrl.	Lov 14. juni 2013 nr. 36 om endringer i pasient- og brukerrettighetsloven mv. (bruk av varslings- og lokaliseringsteknologi).
Kommunehelsetjenesteloven:	Lov 19. november 1982 nr. 66 om helsetjenesten i kommunene (opphevet).
Offentleglova:	Lov 19. mai 2006 nr. 16 om rett til innsyn i dokument i offentlig verksemd.
Pasient- og brukerrettighetsloven:	Lov 2. juli 1999 nr. 63 om pasient- og brukerrettigheter.
Psykisk helsevernloven:	Lov 2. juli 1999 nr. 62 om psykisk helsevern.
Sosialtjenesteloven:	Lov 13. desember 1991 nr. 81 om sosiale tjenester m.v. (opphevet).
Straffeloven:	Lov 22. mai 1902 nr. 10 Almindelig borgerlig Straffelov.
<u>Konvensjoner:</u>	
EMK:	Den europeiske menneskerettskonvensjon. Inkorporert som vedlegg nr. 1 i lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven).

Forarbeider

Odelstingsproposisjoner:	Ot.prp. nr. 66 (1981-1982).
	Ot.prp. nr. 49 (1987–1988).
	Ot.prp. nr. 58 (1994-1995).
	Ot.prp. nr. 57 (1995-1996).

Ot.prp. nr. 12 (1998-1999).

Ot.prp. nr. 55 (2002-2003).

Ot.prp. nr. 54 (2005-2006).

Ot.prp. nr. 64 (2005-2006).

Stortingsproposisjoner:

Prop. 91 L (2010-2011).

Prop. 90 L (2012-2013).

Utredninger:

Norges offentlige utredninger:

NOU 2001: 22.

NOU 2011: 9.

Rettspraksis:

Avgjørelser fra Høyesterett:

Fusa-dommen:

Rt. 1990 s. 874.

Sårstell-dommen:

Rt. 2010 s. 612.

Avgjørelser fra Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD):

Olsson-dommen:

EMDs dom 24. mars 1988, *Olsson mot Sverige*, avsnitt 67.

Litteratur:

Bernt:

Eckhoff, Torstein, *rettskildelære*, 5. utgave ved Jan E. Helgesen (Oslo 2001).

Bernt og Mæhle:

Bernt, Jan Fridthjof og Synne Sæther Mæhle, *Rett, samfunn, og demokrati* (Oslo 2007).

Eckhoff og Smith:

Eckhoff, Torstein og Eivind Smith, *Forvaltningsrett*, 9. utgave (Oslo 2010).

Kjønstad og Syse:

Kjønstad, Asbjørn og Aslak Syse, *Velferdsrett I*, 4. utgave 2010 (Oslo 2008).

- Nygård:** Nygård, Nils, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgave 2005 (Bergen 2004).
- Smith :** Smith, Eivind, *Konstitusjonelt demokrati*, 2. utgave (Bergen 2012).
- Østenstad:** Østenstad, Bjørn Henning, *Heimelspørsmål i behandling og omsorg overfor psykisk utviklingshemma og aldersdemente*, Avhandling for graden philosophiae doctor (Universitetet i Bergen 2009).
- Artikler i tidsskrift:**
- Andersen og Wallevik:** Andersen, Njål Wang og Karl O. Wallevik, ” ”Huleboerdommen” (Rt.2010 s. 612) - riktig diagnose, feil medisin?”, *Lov og rett*, 2011 nr. 05 s. 283 flg.
- Bernt:** Bernt, Jan Fridthjof, ”Rettskildebruk for forskeren”, *Tidsskrift for rettsvitenskap (TFR)*, 1989 s. 265-294.
- Syse:** Syse, Aslak, ” ”Huleboerdommen” (LoR-2011-283) - feil navn og uklart innhold?”, *Lov og rett*, 2011 s. 628 flg.
- Rundskriv:**
- I-41/98:** Arbeidsdepartementets rundskriv til lov om sosiale tjenester, 1-41/98, *Rettigheter for og begrensning og kontroll med bruk av tvang og makt mv overfor enkelte personer med psykisk utviklingshemming*.
- IS-10/2004:** Helsedirektoratets rundskriv til lov om sosiale tjenester kapittel 4A, IS-10/2004, *Rettsikkerhet ved bruk av tvang og makt overfor enkelte personer med psykisk utviklingshemming*.
- IS-10/2008:** Helsedirektoratets rundskriv til lov om pasientrettigheter kapittel 4A, IS-10/2008, *Helsehjelp til pasienter uten samtykkekompetanse som motsetter seg helsehjelpen*.

Kilder fra internett:

Bergens Tidende:

Link til Bergens tidendes omtale om tvangsbruk på Rosehagen bofellesskap, *Vinduene er spikret igjen*, av journalist Hans K. Mjeva. Publisert på bt.no 01.07.2013. Sist besøkt 08.12.2013.

<http://www.bt.no/nyheter/lokalt/Vinduene-er-spikret-igjen-2924701.html#.UIKrqL9Iuvs>

Folkehelseinstituttet:

Link til folkehelseinstituttets faktaark om demens, skrevet av forsker Ellen Melbye Langballe og faktaarkredaktør Hanna Hånes. Publisert 23.01.2009, faglig gjennomgått 18.05.2010. Sist besøkt 08.12.2013.

<http://www.fhi.no/tema/eldres-helse/demens>

Helsedirektoratet:

Link til Helsedirektoratets medisinske kodeverk, ICD-10, (F70-F79) *Psykisk utviklingshemming*. Sist besøkt 08.12.2013.

<http://finnkode.kith.no/#|icd10|ICD10SysDel|2596295|flow>

Link til Helsedirektoratets medisinske kodeverk, ICD-10, (F00-F09) *Organiske, inklusive symptomatiske, psykiske lidelser*, (F00-F03) Demens. Sist besøkt 08.12.2013.

<http://finnkode.kith.no/#|icd10|ICD10SysDel|2599459|flow>

Helsetilsynet:

Link til Helsetilsynet og Fylkesmannen i Aust-Agders vedlegg til tilsynsrapport, *Generelle forhold omkring, og observasjoner etter tilsyn med låste dører 2010*, 26.08.2010. Sist besøkt 08.12.2013.

<http://www.helsetilsynet.no/no/Tilsyn/Tilsynsrapporter/Aust-Agder/2010/Generelle-forhold-observasjoner-tilsyn-laaste-doerer-2010/#Toc270503164>

Sosial- og helsedirektoratet

Link til rapport fra Sosial- og helsedirektoratet om levekår, tjenestetilbud og rettssikkerhet for personer med utviklingshemning, IS-1456, *Vi vil, vi vil, men får vi det til?*, utgitt juni 2007. Sist besøkt 08.12.2013.

<http://helsedirektoratet.no/publikasjoner/vi-vil-vi-vil-men-far-vi-det-til/Publikasjoner/vi-vil-vi-vil-men-far-vi-det-til.pdf>

Store medisinske leksikon:

Link til Store medisinske leksikons omtale om aldersdemens. Forfatter Knut Engedal. Sist besøkt 08.12.2013.

<http://sml.snl.no/aldersdemens>

Store norske leksikon:

Link til Store norske leksikons omtale om utviklingshemning. Forfatter Anne Marit Godal og Store norske leksikon (2005-2007). Sist besøkt 08.12.2013.

<http://snl.no/utviklingshemning>

Link til Store norske leksikons omtale om pasient- og brukerrettighetsloven. Forfatter Marianne K. Bahun. Sist besøkt 08.12.2013.

<http://snl.no/pasient- og brukerrettighetsloven>

Tidsskrift for Den norske legeförening:

Link til studie foretatt av Pedersen, Reidar, Marit Helene Hem, Elisabeth Gjerberg, og Reidun Førde, *Bruk av tvang i sykehjem etter ny lovgivning*. Publisert i Tidsskrift for Den norske legeförening nr. 18, 1. oktober 2013. Sist besøkt 08.12.2013.

<http://tidsskriftet.no/article/3067360/>