

Oppsummeringsrapport – Helsetilsynet i fylkenes saksbehandling ved mottak av kopi av vedtak hjemlet i pasientrettighetsloven kap. 4A – 2009-2010

Målgruppe: Helsetilsynet i fylkene

Saksbehandler: Randi Sigurdsen

Godkjent av: fung. ass. direktør Anne-Sofie Syvertsen, 18. februar 2011

Innhold

1	Bakgrunn for oppdraget	3
2	Metodisk tilnærming	3
3	Nærmere om det mottatte materialet.....	4
4	Pasientpopulasjonen	5
5	Helsetilsynet i fylkenes saksbehandling i lys av rettssikkerhetshensyn	5
5.1	Mottak av vedtak om bruk av tvang.....	5
5.2	Sikring av lovens formål.....	6
5.3	Personellkompetanse til å avgjøre bruk av tvang	7
5.4	Kravet om begrunnelse av vedtaket	8
6	Generelt om pasientrettighetsloven kapittel 4A	9
6.1	Kort om vilkårene i kapittel 4A.....	9
6.2	Grunnvilkårene.....	9
6.3	De materielle vilkårene i § 4A-3 andre ledd.....	10
6.4	Tillitskapende tiltak, jf. § 4A-3 første ledd	10
7	Vurdering av funnene.....	11
7.1	Grunnvilkårene.....	11
7.1.1	<i>Manglende samtykkekompetanse</i>	<i>11</i>
7.1.2	<i>Motsetter seg helsehjelpen.....</i>	<i>14</i>
7.1.3	<i>Somatisk helsehjelp.....</i>	<i>15</i>
7.1.4	<i>Tvang – av hensyn til pasienten selv.....</i>	<i>15</i>
7.1.5	<i>Krav til begrunnelse</i>	<i>16</i>
7.1.6	<i>Tillitskapende tiltak</i>	<i>17</i>
7.2	Andre gjennomgående funn.....	18
7.2.1	<i>”Se vedlegg”.....</i>	<i>18</i>
7.2.2	<i>Hvilke tiltak?.....</i>	<i>19</i>
7.2.3	<i>Hvem er vedtaksberettiget?.....</i>	<i>19</i>
7.2.4	<i>Pasientens representant?.....</i>	<i>20</i>
7.2.5	<i>Klage.....</i>	<i>21</i>
7.2.6	<i>Grensene mot annet lovverk.....</i>	<i>21</i>
7.2.7	<i>Opphevde vedtak.....</i>	<i>22</i>
8	Oppsummering.....	22

1 Bakgrunn for oppdraget

Som del av virksomhetsplanen for 2010 ble det besluttet at Statens helsetilsyn skal følge opp Helsetilsynet i fylkenes saksbehandling av saker som gjelder pasientrettighetsloven kapittel 4A.

Pasientrettighetsloven kapittel 4A trådte i kraft 1. januar 2009. Det er således et nytt regelverk og det er et regelverk som på nærmere vilkår gir adgang for helsepersonell til å gi pasienter helsehjelp til tross for at pasienten motsetter seg helsehjelpen. Lovens virkeområde gjelder pasienter som er uten samtykkekompetanse og som dermed i mindre grad kan ivareta egne interesser. I og med at dette er et regelverk som gir helsepersonell adgang til inngrep i en persons grunnleggende friheter, stiller det krav til riktig anvendelse av vilkårene for bruk av tvang og til korrekt saksbehandling. Uriktig lovanvendelse er en trussel mot den enkelte pasients rettssikkerhet og vil kunne påvirke befolkningens tillit til helsetjenesten. Helsetilsynet i fylkenes saksbehandling har en klar funksjon for å sikre den enkelte pasients rettssikkerhet, og gjennom sin tilbakemelding til virksomhetene bidra til kvalitetsforbedring av helsetjenestens saksbehandling.

Statens helsetilsyn besluttet å innhente saker fra samtlige fylker for å vurdere saksbehandlingen som Helsetilsynet i fylkene foretar når vedtak etter pasientrettighetsloven kapittel 4A mottas. I brev 12. mars 2010 ble fylkene anmodet om å oversende de fem siste sakene mottatt før 1. mars 2010, avgrenset til saker vedrørende innleggelse eller tilbakehold av pasient i institusjon. I tillegg ble det bedt om kopi av fylkenes etterfølgende korrespondanse i den enkelte sak.

Videre ble det besluttet å avholde et seminar 17. september 2010 der representanter fra Helsetilsynet i alle fylkene var invitert. Siktemålet med seminaret var bl.a. å gi en generell tilbakemelding om sentrale funn som var gjort ved gjennomgang av fylkenes praksis og ha en dialog om rettslige problemstillinger.

2 Metodisk tilnærming

Vi har til sammen mottatt 84 saker. Samtlige fylker har sendt inn saker, noen fylker etter purringer. Sakene er gjennomgått, og det er skrevet sammendrag med utgangspunkt i vilkårene som går frem av kapittel 4A, tilsvarende vedtaksmalen utarbeidet av Helsedirektoratet. Det er også gjort i de tilfellene malen ikke er benyttet, for gjøre det enklere å sammenligne funnene.

Det overordnede formålet med gjennomgangen av sakene har vært å ta stilling til om Helsetilsynet i fylkene i sin etterfølgende kontroll har sikret rettsriktig saksbehandling.

Oppdraget bestod opprinnelig i å vurdere Helsetilsynet i fylkene sin saksbehandling ved etterprøving av vilkåret om at tillitskapende tiltak skal være forsøkt før tvang anvendes, jf. pasientrettighetsloven § 4A-3 første ledd. Det ble imidlertid etter mottak av sakene besluttet at det skulle gjøres en vurdering av den samlede saksbehandling i fylkene og på dette grunnlaget avgjøre hvilke problemstillinger som skulle presenteres på samlingen 17.

september 2010. Dette er bakgrunnen for at denne rapporten i stor grad setter søkelyset på fylkenes vurdering av de grunnleggende vilkårene og hensynene bak disse, fremfor å ha et sterkere søkelys på oppfyllelsen av vilkåret om at tillitskapende tiltak skal være forsøkt.

Det kan ikke trekkes bastante slutninger på grunnlag av dette materialet. Til det er det for få saker fra hvert fylke og sakene er fra en begrenset tidsperiode. Materialet gir derfor ikke grunnlag for å se etter utviklingsmessige trekk i det enkelte fylket. Med dette begrensede antall saker er det heller ikke mulig å si om det kan foreligge ulike holdninger til bruk av tvang i så vel i helsetjenesten som hos Helsetilsynet i det enkelte fylket.

I de fleste fylker er det flere saksbehandlere involvert i saksbehandlingen bedømt ut fra hvem som har signert og parafert utgående brev. Om andre saksbehandlere eller andre profesjoner enn de navn som går frem av brevet, har tatt del i saksbehandlingen, har vi ingen opplysninger om. Vi har heller ikke bedt om informasjon om saksbehandlingsrutiner fra fylkene. Det er således ikke mulig å gjøre en fullstendig vurdering det enkelte fylkes saksbehandling med bakgrunn i hvilke personellmessige ressurser som er satt av til saker som gjelder pasientrettighetsloven kapittel 4A. Med personellmessige ressurser tenkes på både antall personer og den profesjonsmessige bakgrunn disse har.

Noen slutninger om gjeldende saksbehandlingspraksis kan imidlertid trekkes fra dette materialet. I de tilfeller denne avviker fra lovens normer, gir det grunnlag for nærmere refleksjon og analyse i det enkelte fylket.

I noen grad er det gjort en tallmessig oppsummering, men også dette materialet er så begrenset at det i liten grad kan trekkes klare konklusjoner. På noen områder kan det imidlertid gjøres, f.eks. med hensyn til forekomst av klagesaker.

3 Nærmere om det mottatte materialet

Vi har mottatt 84 ”saker”. Noen av disse sakene består av flere vedtak, slik at antall mottatte vedtak er høyere enn 84. Grunnen til det er at det i noen av sakene er mottatt etterfølgende vedtak som gjelder samme person og samme saksforhold, dels fordi tidligere vedtak er utløpt og dels fordi Helsetilsynet i fylket har opphevet første vedtaket, bl.a. pga. ugyldighet som følge av saksbehandlingsfeil.

Vi ba om å få tilsendt vedtak som gjaldt innleggelse eller tilbakeholdelse i institusjon, men har også fått noen andre vedtak, deriblant noen som gjelder bevegelseshindrende tiltak. Det ser ut til at virksomhetene som fatter vedtakene, ikke alltid klarer å skille mellom tvangsvedtak som gjelder innleggelse, tilbakeholdelse og bevegelseshindrende tiltak. Og det er ulikt hvordan Helsetilsynet i det enkelte fylket responderer på dette.

Det er anslagsvis dobbelt så mange vedtak som gjelder tilbakeholdelse i forhold til innleggelse i institusjon. Det er også forholdsvis mange vedtak som gjelder både og. I tillegg er det vedtak som inneholder flere typer tvang, f.eks. medisiner og varslingsystemer.

4 Pasientpopulasjonen

I vårt brev til Helsetilsynet i fylkene 15. mars 2010 ba vi om å få tilsendt anonymiserte vedtak, men med opplysninger om pasientens kjønn og fødselsår. På grunn av ulik praksis ved anonymisering er det ikke mulig å finne pasientens kjønn og fødselsår i alle vedtakene.

Gjennomgangen av vedtakene viser at den utvilsomt største andel av vedtakene gjelder personer eldre enn 70 år. Det er få vedtak som gjelder personer yngre enn 50 år. Yngste pasient som er registrert, er født i 1991.

Hovedvekten av sakene gjelder personer med demenssykdommer, jf. aldersgruppen. Det er imidlertid også vedtak som gjelder personer med blandingsdiagnoser demens/psykiatri, rus/somatikk og psykisk utviklingshemning. Det er i de to siste gruppene at de yngste pasientene finnes.

Gjennomgangen viser også at blandingsdiagnosene i mange tilfeller gir juridiske utfordringer med hensyn til hvilket regelverk som skal anvendes. Det gjelder ikke minst når det er yngre pasienter med rusavhengighetsproblematikk som motsetter seg somatisk helsehjelp.

5 Helsetilsynet i fylkenes saksbehandling i lys av rettssikkerhets hensyn

Det er tett forbindelse mellom materielle og prosessuelle regler. Pasientrettighetsloven kapittel 4A inneholder skjønnsmessige inngrepskriterier og hensynene som ligger til grunn for regelverket er verdiladet. Dette skaper behov for prosessuelle garantier for å motvirke vilkårlighet og overgrep.

På grunn av den rettssikkerhetsfunksjon Helsetilsynet i fylkene er forutsatt å ivareta, er det her valgt å fremheve noen problemstillinger som har betydning for deres saksbehandling.

5.1 Mottak av vedtak om bruk av tvang

Pasientrettighetsloven kapittel 4A inneholder få klare krav til den oppfølging som Helsetilsynet i fylket skal foreta. Av § 4A-8 første ledd går det frem at Helsetilsynet i fylket "kan" overprøve vedtak. Plikt til å vurdere vedtaket inntreffer når vedtaket består i mer enn tre måneder, jf. § 4A-8 andre ledd.

Stortingets helse- og omsorgskomite har imidlertid forutsatt at Helsetilsynet i fylket sikrer gjennomgang av mottatte vedtak før det er gått tre måneder.¹ At fylkene skal ha slike rutiner for gjennomgang av innkomne vedtak er understreket i Statens helsetilsyns rundskriv IK-3/2008.² Hovedformålet med Helsetilsynet i fylkenes gjennomgang av alle vedtak som mottas, er å avklare om vedtakene er gyldige eller ugyldige, dvs. en vurdering

¹ Innst. O. nr. 11 (2006-2007) s. 7 andre spalte

² IK-3/2008 punkt 3.1 på s. 6

av vedtakenes rettsriktighet. Dette er en helt grunnleggende rettssikkerhetsgaranti. Lovens ordlyd stiller ikke krav om at det skal gis tilbakemelding til virksomheten. Selv om Stortingets helse- og omsorgskomite understreker Helsetilsynet i fylkets rettssikkerhetsfunksjon³, er det ingen uttalelser om hvilke direkte krav som skal stilles til saksbehandlingstiden.

Det ser ut til å være ulikt hvor raskt de innkomne vedtakene blir vurdert. I noen fylker ser det ut til å være en løpende vurdering av mottatte vedtak, mens andre fylker har meget lang saksbehandlingstid. I ett fylke er det uklart hvilke rutiner som foreligger for gjennomgang av vedtakene.

I det mottatte materialet er det flere lovstridige vedtak, som aktualiserer spørsmålet om hvor raskt tilbakemelding skal gis. Et eksempel er en sak der en mann ble tvunget innlagt i en omsorgsbolig. Nærmere et halvt år etterpå ble vedtaket vurdert av Helsetilsynet i fylket. Vedtaket ble da opphevet fordi det var ugyldig. (Det følger av § 4A-4 andre ledd at innleggelse og tilbakehold av pasient i institusjon bare kan skje i en helseinstitusjon.)

Den rettssikkerhetsmessige verdien av at det gjøres en løpende vurdering av innkomne vedtak, viser seg bl.a. i saker som gjelder tvungen innleggelse av pasient i helseinstitusjon. Dersom den lovlighetskontroll som Helsetilsynet skal foreta skal være en realitet, må vedtaket vurderes før det settes i verk. Det forutsetter at vedtaket er fattet en viss tid før det skal gjennomføres. Det er flere eksempler på at vedtaket er gjort samtidig med innleggelsen eller i ettertid. Helsetilsynet i fylkene har ulik praksis når det gjelder å gi tilbakemelding på det som kan oppfattes som brudd på pasientenes rettssikkerhet.

5.2 Sikring av lovens formål

Siktemålet med regelverket er todelt, jf. § 4A-1. Loven skal sikre at pasienter får den helsehjelpen de etter en faglig vurdering har behov for og som de presumptivt ville takket ja til, selv om de er uten samtykkekompetanse og selv om de motsetter seg helsehjelpen. Årsaken til at pasienten er uten samtykkekompetanse, er uten betydning. Regelverket er diagnosenøytralt. Flere typer sykdommer kan påvirke samtykkekompetansen, deriblant ulike demenstilstander, psykisk utviklingshemning og forskjellige former for hjerneskader.⁴

Men formålet er også å unngå unødig bruk av tvang. Den enkelte pasients integritet og menneskeverd skal respekteres. Dette ble tydelig uttalt av så vel Helse- og omsorgsdepartementet som av Storkomiteen i forberedelsen av loven.⁵ I denne sammenheng ble det også vist til at den foreliggende kunnskapen tydet på at tvungne tiltak ble brukt i større grad enn det som var nødvendig og forsvarlig. Derfor sier departementet at

³ Innst. O. nr. 11 (2006-2007) s. 7 andre spalte

⁴ Ot.prp. nr. 64 (2005-2006) s. 30-31

⁵ Ot.prp. nr. 64 (2005-2006) s. 29 andre spalte og Innst. O. nr. 11 (2006-2007) s. 5 andre spalte

”Formålet med dei snevre vilkåra for å gi helsehjelp som pasientar motset seg, saksbehandlingsreglar og reglane om overprøving og kontroll er å bidra til å førebyggje og redusere bruk av tvang, ...”⁶

Departementets målsetting er at kapittel 4A skal føre til mindre bruk av tvang og at den tvangsbruk som forekommer skal skje etter lovens normeringer. Vilkårene for bruk av tvang skal være snevre, noe som er en tolkningsfaktor ved vurdering av lovens vilkår.

Lovgiver har imidlertid lagt mindre vekt på rettssikkerhetsgarantier i dette regelverket enn f.eks. i sosialtjenesteloven kapittel 4A og i psykisk helsevernloven. Forvaltningslovens anvendelsesområde er begrenset, ved at den gjelder ”så langt den passer”, jf. § 4A-9.

Målsettingen om mindre bruk av tvang, skal gjenspeiles i den saksbehandling som foretas av helsetjenesten og av Helsetilsynet i det enkelte fylket, bl.a. gjennom begrunnelsen for at lovens materielle vilkår er oppfylt. Det krever at de som behandler sakene i Helsetilsynet i fylket har dyptgående kunnskap om kapittel 4A, både dens ordlyd og de legislative hensyn loven bygger på. I tillegg kreves det forståelse for de kvalitetskrav som stilles til det hjemmelsgrunnlaget som gir adgang til å benytte tvang overfor enkeltpersoner. Manglende forståelse for lovens formål gir risiko for uriktig rettsanvendelse og dermed at personer som i liten grad kan hevde egne rettigheter ikke får et rettmessig vern i møte med offentlige helsemyndigheter.

5.3 Personellkompetanse til å avgjøre bruk av tvang

I henhold til § 4A-5 første ledd er den personelle kompetansen til å avgjøre bruk av tvang lagt til

”det helsepersonellet som er ansvarlig for helsehjelpen.”

Loven avgrensar den personelle kompetansen til personer som er ”helsepersonell”. Helsepersonellovens plikter for helsepersonell gjelder tilsvarende for denne loven, deriblant det grunnleggende kravet til forsvarlig yrkesutøvelse, jf. helsepersonelloven § 4. Den som fatter tvangsvedtak må ha sikkerhet for at hun eller han ikke går ut over sin faglige kompetanse.

I høringsuttalelsene til departementets forslag til lov var det flere som pekte på at det ikke skilles mellom den som treffer vedtaket og den som gjennomfører det. Departementet valgte å legge vekt på nærhet og kunnskap om pasienten.⁷ Disse ulike syn på hvilke hensyn som er viktig å legge vekt på, strider nødvendigvis ikke mot hverandre. En leder kan ha god kjennskap til pasientens situasjon og treffer derfor tvangsvedtaket, men lederen tar ikke del i den direkte tjenesteytingen. Men hensynene kan være motstridende.

⁶ Op.cit.

⁷ Se Ot.prp. nr. 64 (2005-2006) s. 51-52

Departementet viser til at det svært ofte skal gjøres medisinske eller odontologiske vurderinger, og at det derfor stort sett er lege/tannlege som skal ta avgjørelsen.⁸ Uttalelsen fra departementet kan forstås slik at utgangspunktet er at tvangsvedtaket normalt skal fattes av lege eller tannlege. Dersom det ikke gjøres, må det være en bevisst vurdering av om den faglige kompetansen hos det helsepersonell som avgjør bruk av tvang, er tilstrekkelig.

Videre må Helsetilsynet i fylket se den vedtaksansvarliges faglige kompetanse og organisatoriske plassering i sammenheng med kravet til tillitskapende tiltak. Den som treffer vedtaket må både ha faglig kompetanse til å kunne vurdere hvilke tillitskapende tiltak som skal prøves og ha myndighet til å beslutte tiltak som f.eks. krever ressurstilførsel.

Helsetilsynet i fylket kan videre, for å styrke pasientens rettssikkerhet, se til at en representant for pasienten alltid er trukket med i vedtaksprosessen og at det er innhentet opplysninger fra pasientens representant. Opplysninger fra denne personen kan være en motvekt til helsepersonellens vurdering av hva som er adekvate tiltak å møte pasientens problemer med.

5.4 Kravet om begrunnelse av vedtaket

I sin gjennomgang av begrunnelsen for tvangsvedtaket skal Helsetilsynet i fylket ikke være i tvil om at lovens vilkår er til stede. Begrunnelsen skal altså være så omfattende at den legger til rette for en effektiv etterprøving.

Pasientrettighetsloven kapittel 4A er et regelverk som uttrykker en klassisk spenning mellom velferdsmessig paternalisme og respekt for pasientens autonomi. Saksbehandlerne i Helsetilsynet i fylket må være bevisst verdispenningen i sitt arbeid ved gjennomgang, overprøving og klagebehandling av sakene. Uten denne forståelsen er det fare for at saksbehandlere vektlegger den ene eller den andre av disse bakenforliggende hensyn i for liten eller for stor grad. Å legge for stor vekt på den anledning regelverket gir til å benytte tvang, altså det velferdspaternalistiske aspektet, kan bety at tvang benyttes i urettmessig stor grad. Og motsatt, å legge for stor vekt på pasientens selvbestemmelse, kan føre til at pasient som har stort behov for helsehjelp, ikke får det. Tvangsvedtakets begrunnelse skal vise hvordan disse hensyn er balansert mot hverandre. Lovgiver har sagt at ressursbegrensninger og kompetansemangler ikke skal være begrunnelse for bruk av tvang.

”Komiteen understreker at tvang aldri skal brukes som følge av manglende ressurser i helse- og omsorgstjenesten. Bruk av tvang forutsetter tvert imot god ressurstilgang, ...”⁹

⁸ Se Ot.prp. nr. 64 (2005-2006) s. 52 andre spalte

⁹ Innst. O. nr. 11 (2006-2007) s. 6 andre spalte

Når virksomhetene i sin begrunnelse av tvangsvedtaket viser til hensyn som lovgiver sier er utenforliggende, krever det tilbakemelding fra Helsetilsynet i fylkene. Det er flere eksempler på at det ikke blir gjort.

6 Generelt om pasientrettighetsloven kapittel 4A

6.1 Kort om vilkårene i kapittel 4A

Gjennomgangen av det innhentede materialet viser ulik forståelse og anvendelse av både de grunnleggende vilkår og de spesifikke vilkårene. Her er det derfor valgt å gi en separat fremstilling av grunnvilkårene og av de materielle vilkårene i § 4A-3 andre ledd.

Kravet om at pasienten mangler samtykkekompetanse, at det gjelder pasienter over 16 år, at pasienten motsetter seg helsehjelpen, at det er somatisk helsehjelp som skal gis og at tvang benyttes for å gi pasienten nødvendig helsehjelp, kan regnes som de grunnleggende vilkår for å benytte pasientrettighetsloven kapittel 4A.

6.2 Grunnvilkårene

Kapittel 4A gjelder pasienter *over 16 år*, jf. § 4A-2 første ledd. Pasienter som er fylt 16 år er etter pasientrettighetsloven § 4-3 første ledd helserettslig myndige og har i utgangspunktet samtykkekompetanse. Denne kan bortfalle dersom pasienten ”*åpenbart ikke er i stand til å forstå hva samtykket omfatter*”, jf. § 4-3 andre ledd.

Det er en absolutt forutsetning for at regelverket skal komme til anvendelse, at pasienten *mangler samtykkekompetanse*, jf. § 4A-2 første ledd. Pasienter over 16 år som har samtykkekompetanse, står fritt til å velge, eventuelt velge bort helsehjelp, med mindre det finnes annet rettslig grunnlag for å gi helsehjelpen mot pasientens ønske, jf. pasientrettighetsloven § 4-1. Selvbestemmelsesretten gir mulighet til å gjøre valg som går på tvers av det andre mener er riktig. Dersom det er spørsmål om pasienten er samtykkekompetent, skal dette avgjøres ut fra reglene i pasientrettighetsloven § 4-3. At pasienten gjør ”feil” valg, f.eks. avslår tilbud om medisinsk behandling der de fleste ville takket ja, er ikke tilstrekkelig for å fastslå at det er mangler ved samtykkekompetansen. Kompetansemangel kan kun fastslås etter en faglig forsvarlig medisinsk vurdering. Det stiller krav til faglig kompetanse hos den som tar stilling til dette spørsmålet.

Neste grunnvilkår er at pasienten *motsetter seg helsehjelpen*, jf. § 4A-2 første ledd. En pasient som ikke er samtykkekompetent, men som ikke motsetter seg helsehjelpen, faller utenfor anvendelsesområdet for kapittel 4A. Det rettslige grunnlaget for helsehjelpen vil da kunne være representert samtykke etter pasientrettighetsloven § 4-6. I tillegg omfatter loven antasipert motstand. Det understreker betydningen av at det er innhentet opplysninger om hva pasienten tidligere har uttrykt av ønsker eller holdninger. Motstand kan fremkomme på mange måter. Det er helt klart at det ikke kreves at pasienten i et tydelig verbalt språk uttrykker motstand. Helse- og omsorgsdepartementet har lagt vekt på

at motstanden kan ha mange uttrykksformer og at det kreves god kjennskap til pasienten for å kunne tolke signalene.¹⁰ I et rettssikkerhetsperspektiv bør det ved tvil om det foreligger motstand, legges til grunn at motstand foreligger, slik at kapittel 4A kommer til anvendelse.¹¹

Videre kommer dette regelverket kun til anvendelse ved *somatisk helsehjelp*, jf. § 4A-2 andre ledd. Skillet mellom somatiske og psykiatriske sykdomstilstander kan i enkelte tilfeller være utfordrende å trekke. Det er imidlertid et medisinsk-faglig spørsmål.

Tvang etter pasientrettighetsloven kapittel 4A kan kun benyttes *av hensyn til pasienten selv*. Dette fremgår ikke direkte av lovens ordlyd. I forarbeidene er det klart forutsatt at regelverket kun kan anvendes når tvang tas i bruk for å sikre pasienten nødvendig helsehjelp. Tvang med hjemmel i pasientrettighetsloven kan ikke benyttes for å skåne andre pasienter eller personalet mot en pasients plagsomme eller krevende oppførsel, eller som følge av ressurs- eller kompetansemangler.¹²

6.3 De materielle vilkårene i § 4A-3 andre ledd

Det stilles strenge vilkår før helsehjelp kan gis ved bruk av tvang. Det er krav om at unnlatelse av helsehjelp kan føre til *vesentlig* helseskade, jf. § 4A-3 andre ledd bokstav a, helsehjelpen må være *nødvendig*, jf. § 4A-3 andre ledd bokstav b og det skal gjøres en *forholdsmessighetsvurdering* ved at tiltakene må stå i forhold til behovet for helsehjelpen, jf § 4A-3 bokstav c. Det skal også gjøres en *helhetsvurdering* i henhold til § 4A-3 tredje ledd, for å sikre at tvang er den *klart beste løsningen* for pasienten.

På et faglig objektivt grunnlag skal det tas stilling til om unnlatelse av å gi helsehjelp vil gi alvorlige helsemessige konsekvenser for pasienten, om helsehjelpen av denne grunn er nødvendig, dog ikke slik at situasjonen er så alvorlig at helsehjelpen er ”påtrengende nødvendig”, jf. helsepersonelloven § 7. Tiltakene skal ha en klart mer positiv virkning enn de negative effektene. Helsepersonellet som har ansvar for tvangsvedtaket må være i stand til å veie de motstridende hensynene mot hverandre.

Helsetilsynet i fylket skal gjøre en kritisk vurdering av begrunnelsen for at vilkårene er oppfylt. Begrunnelsen skal sannsynliggjøre at det er foretatt vurderinger med tilstrekkelig generelt, faglig grunnlag, og med tilstrekkelig kunnskap om den aktuelle pasienten.

6.4 Tillitskapende tiltak, jf. § 4A-3 første ledd

Tvang kan kun benyttes dersom det ikke er mulig å gjennomføre helsehjelpen uten tvangsbruk. En utfordring er å tilrettelegge helsehjelpen slik at pasienten i så stor grad som mulig kan gi samtykke til helsehjelpen eller at pasienten ikke viser motstand mot

¹⁰ Ot.prp. nr. 64 (2005-2006) s. 36

¹¹ Slik også Helsedirektoratet Rundskriv IS-10/2008 Lov om pasientrettigheter kapittel 4A s. 28

¹² Ot.prp. nr. 64 (2005-2006) s. 41

helsehjelpen, altså har tillit til helsepersonellet og den tjeneste som utføres. Det krever generell god faglig innsikt og kunnskap om den enkelte pasienten.

Begrepet ”tillitskapende tiltak” er skjønnspreget og verdibasert. Departementets intensjon med å benytte begrepet, er å vektlegge at tvang skal forebygges ved at helsehjelpen tilrettelegges ut fra individuelle behov. Det skal ikke legges en snever forståelse av begrepet til grunn.¹³

Det er valgt en annen begrepsbruk i søsterkapittelet i sosialtjenesteloven kapittel 4A, der det sies ”*Andre løsninger enn bruk av tvang eller makt skal være prøvd før tiltak etter dette kapittelet settes i verk.*”, jf. § 4A-5. Begge disse formuleringene er uttrykk for mildeste inngreps prinsipp; tvang er siste utvei og hvis tvang må anvendes, skal den gjennomføres minst mulig integritetskretnende for pasienten.

Hva som kreves av tilrettelegging av tiltak for å oppfylle kravet til ”tillitskapende tiltak”, er et medisinsk-faglig, evt. odontologisk- eller pleiefaglig spørsmål. Pasienten skal trygges, men dette skal skje på en måte som ivaretar personens integritet. Som ledd i å oppnå pasientens tillit, er det derfor ikke anledning til f.eks. å lyve for pasienten for å unngå motstand. Samtidig kan det være god omsorg å fjerne pasientens fokus ved å benytte avledningsteknikker. Men det er altså en grense mot urettmessig manipulering, som strider mot kravet til tillitskapende tiltak. Helsetjenesten, så vel som Helsetilsynet i fylket, skal se til at pasienten sikres en maksimal tilrettelegging for at tvang unngås.

7 Vurdering av funnene

7.1 Grunnvilkårene

Gjennomgangen av sakene gir grunn til usikkerhet om i hvilken grad saksbehandlerne i fylket (heretter saksbehandlerne) er bevisst målsettingene med regelverket, først og fremst målsettingen om at tvang skal benyttes i minst mulig grad, og har en forståelse av grunnvilkårene. Inntrykket er at det i for mange tilfeller ikke gjøres en kritisk vurdering av om vilkårene for bruk av tvang, er oppfylt. Virksomhetens opplysninger blir i stor grad ”kjøpt”, selv når det er en meget ufullstendig begrunnelse for at vilkårene er oppfylt. Pasientene får dermed helsehjelp, men med den mulighet at tvang benyttes i for stor grad.

Mangelfull vurdering av grunnvilkårene kan påvirke den etterfølgende vurdering av vilkårene i § 4A-3. Også på dette punktet er det spørsmål om det gjøres en reell kritisk vurdering. Når opplysninger blir etterspurt, først og fremst til tremånederskontrollen, er formuleringene ofte altfor generelle.

7.1.1 Manglende samtykkekompetanse

Hva det vil si at en pasient mangler samtykkekompetanse ser ut til å volde noen problemer. Forståelsen av at pasientens vilje ikke lovlig kan settes til side, med mindre det ikke er tvil

¹³ Ot.prp. nr. 64 (2005-2006) s. 36

om at pasienten er uten evne til å forstå hva saken gjelder, blir oversett av flere saksbehandlere. Spørsmålet om pasienten innehar samtykkekompetanse skal vurderes etter pasientrettighetsloven § 4-3 andre ledd. Ved tvil om pasienten er uten samtykkekompetanse er hovedregelen at pasienten er samtykkekompetent, jf. ordlyden i pasientrettighetsloven § 4-3 andre ledd. Ikke i noen sak der det er stilt spørsmål ved pasientens samtykkekompetanse, er det vist til pasientrettighetsloven § 4-3. Det kan synes som om det er problematisk å forholde seg til lovens fragmentariske system.

Det er tilfeller der Helsetilsynet i fylket ikke reagerer når virksomheten selv uttrykker usikkerhet om pasienten er samtykkekompetent. Helsetilsynet i fylket skal i et slikt tilfelle kreve at spørsmålet blir avklart og ikke gi aksept for at usikkerhet kan bestå. En av de mottatte sakene kan tjene som eksempel:

”Helsetilsynet har vurdert vedtaket og har funnet det til å være i samsvar med de vilkår som er fastsatt i loven. Helsetilsynet har merket seg at det har vært en viss usikkerhet hvorvidt pasienten mangler samtykkekompetanse. Kommunen har derfor ønsket å få dette vurdert på nytt i løpet av januar 2010. Dette gir Helsetilsynet sin tilslutning til. Vi ber derfor om å bli orientert når resultatet av den nye vurderingen foreligger.” (Vår understreking)

Saken gjelder en pasient i 60-årene som har vanskelig for å uttrykke seg verbalt. I virksomhetens vedtak sies det at det er vanskelig å vurdere samtykkekompetansen. Virksomheten sier videre at pasienten er innforstått med at hun ikke kan bo hjemme lenger, men hun ønsker ikke å være på den institusjonen som er foreslått. Ifølge vedtaket mener pasienten at medbeboerne er mye eldre enn henne og at hun ikke passer inn der. Virksomheten selv opplyser (i punkt om tillitskapende tiltak) at de med vanlig bemanning ikke kan tilby pasienten den aktivisering og hjelp som hun trenger. Pasienten er fysisk ute av stand til å forlate institusjon eller ringe ut. Legen foreslår at hun holdes i institusjon en tid for å se om hun trives og foreslår altså at samtykkespørsmålet tas opp om et par måneder.

I denne saken aksepterer altså Helsetilsynet i fylket at tvilen om pasientens samtykkekompetanse får bestå. Er en pasient som kan gi en tilsynelatende fornuftig begrunnelse for sin motstand, ”åpenbart” uten samtykkekompetanse? Samtidig sier Helsetilsynet i fylket i sin tilbakemelding til virksomheten at vilkårene for tvang er oppfylt. Denne manglende sammenheng i tilbakemeldingen kan være uttrykk for manglende kunnskap om kapittel 4A, i tillegg til at det er problematisk å forholde seg til et fragmentert regelverk.

Helsetilsynet i fylket reagerer heller ikke på opplysningene om at pasientens behov ikke kan dekkes i sykehjemmet. Det er grunn til å minne om at tvang aldri skal benyttes som følge av kompetanse- eller ressursmangel.¹⁴

¹⁴ Ot.prp. nr. 64 (2005-2006) s. 29 andre spalte

Når det i et vedtak sies at pasienten er delvis samtykkekompetent, krever det en tilstrekkelig beskrivelse av grunnen til at pasienten er uten samtykkekompetanse i den aktuelle saken. Det må altså stilles krav til underbygging av opplysningene om at kompetansen til å samtykke mangler i denne saken og hva som er gjort av tiltak for å legge til rette for at pasienten skal oppnå nødvendig kompetanse. I flere saker er ikke problematikken med pasienter som er delvis samtykkekompetente, identifisert av saksbehandlerne. Det stilles ingen oppfølgende spørsmål til virksomheten for å få avklart samtykkekompetanse-spørsmålet. Virksomhetens opplysninger blir lagt til grunn uten nærmere kritisk vurdering.

Det forhold at en pasient velger å ikke følge råd fra helsetjenesten, medfører ikke at pasienten av den grunn er uten samtykkekompetanse. Det gjelder også om det kan få store konsekvenser for pasienten om rådene ikke følges. Det er full anledning til å takke nei til helsehjelp, selv om andre stiller seg uforstående til det. Å skulle akseptere at en person sier nei til helsehjelp som er å anse som nødvendig, er sannsynligvis vanskeligere når det gjelder yngre pasienter.

Denne problematikken er spesielt illustrert i to saker fra to forskjellige fylker. I en sak har helsetjenesten (sykehus) besluttet tvungen innleggelse av en yngre kvinne (alder ikke oppgitt) for å gi henne medisinsk oppfølging av en alvorlig medisinsk tilstand. Det går frem at jenta tilhører et rusmiljø og hun ønsker seg tilbake dit. Jenta klaget på innleggelsen. Helsetilsynet i fylket mener at hun har et behov for nødvendig helsehjelp, og vurderer at hun ikke har samtykkekompetanse, fordi hun ikke har tilstrekkelig innsikt i sin helsetilstand. Ut fra den dokumentasjon som foreligger i saken, er det spørsmål om det er tilstrekkelig grunnlag for å konkludere med at pasienten er uten samtykkekompetanse. Her burde det vært innhentet spesifisert tilleggsinformasjon. (Sykehuslegen som gjorde samtykkevurderingen og besluttet tvungen innleggelse, hadde f.eks. ingen lang kjennskap til pasienten.) I tillegg skulle det vært reagert på at sykehusets vedtak om innleggelse og tilbakehold etter planen skal gjennomføres i kommunal bolig og i et DPS.

I en annen sak vedrørende en yngre pasient er det en liknende problematikk. Pasienten er lammet i store deler av kroppen og har flere sår av alvorlig karakter. Opplysningene i saken kan tyde på at pasienten har et rusmisbruksproblem, men det er ingen opplysninger om en kognitiv vurdering av pasienten. Problemet i saken synes å være at pasienten ikke følger opp avtaler med helsetjenesten og lever under forhold som bidrar til at sårene ikke tilheles. Fastlegen fattet vedtak (i form av en henvisning) om tvungen innleggelse i sykehus for behandling av sårene og etterfølgende tvungen sårbehandling av hjemmesykepleien. Det fremkom i opplysningene fra fastlegen at pasienten ikke motsatte seg innleggelsen, men det ble fattet tvangsvedtak for å hindre at pasienten skrev seg ut før behandlingen var avsluttet. Helsetilsynet opphevet vedtaket om innleggelse, pga. manglende motstand, men stadfestet den del av vedtaket som gjaldt tvunget sårstell. Det ble ikke stilt spørsmål ved om denne personen er samtykkekompetent.

I de sakene der det er stilt spørsmål ved pasientens samtykkekompetanse er det få, om noen, spor etter en argumentasjon som følger de linjer trukket opp i Helsedirektoratets rundskriv IS-10/2008. I seks saker har Helsetilsynet i fylket bedt om tilleggsopplysninger for å vurdere samtykkekompetansen, men det er ingen konkretisering av hvilke

opplysninger som etterspørres. Det er heller ikke vist til pasientrettighetsloven § 4-3 som er hovedbestemmelsen om samtykkekompetanse, eller annet relevant regelverk.

I til sammen 12 saker burde det absolutt vært stilt spørsmål ved om manglende samtykkekompetanse er tilstrekkelig sannsynliggjort.

Konklusjon: Sett i forhold til antall saker, er samtykkeproblematikken av et betydelig omfang. Det bør derfor stilles spørsmål ved den faglige kompetansen og de ressurser som er stilt til rådighet ved Helsetilsynet i fylkene for lovlighetskontrollen av kapittel 4A-vedtakene.

7.1.2 Motsetter seg helsehjelpen

De vedtakene Helsetilsynet i fylket får til vurdering, er de der det er funnet at pasienten utviser motstand. Vedtak der virksomheten ikke oppfatter at pasienten utøver motstand, og tilfeller der tvang utøves ulovlig, vil naturlig nok ikke bli oversendt tilsynsmyndigheten.

Kravet til motstand må ses i lys av den rettssikkerhet dette regelverket er ment å sikre pasienten. Det skal derfor være stor grad av sikkerhet for at pasienten ikke motsetter seg, før Helsetilsynet i fylket opphever et vedtak på grunn av manglende motstand. Dette gjelder bl.a. i saker der pasienter gir uttrykk for at de vil hjem. Denne problematikken ses i mange av sakene som gjelder pasienter med demenssykdommer. I flere av disse sakene er ikke opplysningene i vedtaket tilstrekkelig klargjørende til å fastslå at det ikke foreligger reell motstand hos pasienten. Det er en tendens til at virksomhetene innhenter informasjon om hva pårørende mener om tiltaket, men ikke opplysninger om hva pasienten selv ville ha ønsket, jf. § 4A-5 fjerde ledd, for å bedømme pasientens motstand på dette grunnlaget. Pasienter kan ha gode grunner for å ikke å ønske helsehjelp. En pasient som blir vurdert å ikke ha samtykkekompetanse, kan ha en rasjonell begrunnelse for sin motstand, f.eks. tidligere dårlige erfaringer med helsehjelp. Det er derfor vesentlig at det blir innhentet informasjon om pasientens tidligere holdninger og erfaringer, for at det skal være en del av beslutningsgrunnlaget. Dette er en type opplysninger som i liten grad ses i begrunnelsen av tvangsvedtaket og Helsetilsynet i fylkene påpeker i svært begrenset grad denne mangelen i saksbehandlingen.

Grensene mellom motstand – forventet motstand – ikke motstand, kan volde vanskeligheter. Det er ikke adgang til å bruke manipulasjon for å oppnå ikke-motstand. Det er imidlertid ikke grunnlag for fullstendig å utelukke at § 4-6 kan gi rettslig grunnlag for helsehjelp der det kan forventes motstand. I enkelte av tvangsvedtakene går det frem at pasienten i alle fall tilsynelatende blir stilt overfor et valg. F.eks. den demente pasienten som blir urolig når kvelden kommer og vil hjem, som får løfte om hjelp om hun eller han blir til i morgen. Det kan sies å være en utnyttelse av pasientens intellektuelle funksjonshemming, men samtidig kan det være en faglig forsvarlig måte å trygge pasienten. Om det er rettmessig eller urettmessig påvirkning av pasienten må avgjøres i det enkelte tilfellet. Det er derfor påfallende at det i så liten grad blir etterspurt utfyllende opplysninger, når det er uklareheter i virksomhetens begrunnelse.

Konklusjon: Det er usikkerhet i helsetjenesten og Helsetilsynet i fylkene om grensen for når pasientens motstand krever at det gjøres tvangsvedtak, og dette blir i liten grad avklart i etterfølgende saksbehandling.

7.1.3 Somatisk helsehjelp

Pasientrettighetsloven kapittel 4A gjelder gjennomføring av somatisk helsehjelp. Skadeavvergende tiltak overfor personer med psykisk utviklingshemning skal gjøres etter reglene i sosialtjenesteloven kapittel 4A. Behandling av rusmiddelavhengighet skal skje etter sosialtjenesteloven kapittel 6 og psykisk lidelse må enten behandles med samtykke fra pasienten selv eller med hjemmel i psykisk helsevernloven. Det følger av det rettslige prinsipp om *lex specialis*. Til tross for at dette er presisert i forarbeidene, i Helsedirektoratets rundskriv IS-10/2008 og i Helsetilsynets rundskriv IK-3/2008, er det eksempler på praksis i strid med dette.

Sosialtjenesteloven kapittel 4A legger større vekt på rettssikkerheten enn pasientrettighetsloven kapittel 4A. I de tilfeller et tiltak overfor en psykisk utviklingshemmet person kan gjøres med hjemmel i både sosialtjenesteloven kapittel 4A og pasientrettighetsloven kapittel 4A, skal førstnevnte regelverk benyttes, jf. prinsippet om *lex specialis*. Problemstillingen kan illustreres med en sak der det er fattet vedtak med hjemmel i pasientrettighetsloven § 4A-3 om døralarm hos en psykisk utviklingshemmet mann for å hindre at han går ut på sen kveld/natt, i stedet for med hjemmel i sosialtjenesteloven § 4A-5 tredje ledd. Det er ingen opplysninger om at Helsetilsynet i fylket har gitt tilbakemelding om uriktig rettslig grunnlag for vedtaket.

I sak referert ovenfor om ung rusmiddelavhengig kvinne, kan det være grunn til å stille spørsmål ved om det bare var somatisk helsehjelp som begrunnet vedtak om ett års tvungen helsehjelp. Helsehjelpen skulle gjennomføres dels ved "innleggelse" i kommunal bolig og dels ved opphold i et DPS. Her er det grunn til å spørre om ikke rusbehandling var en del av begrunnelsen for vedtaket. Det var et sterkt ønske fra foreldrene om tvungne tiltak som er klart vektlagt i helsetjenestens begrunnelse for tvangsvedtak.

I en annen sak ble spesialisthelsetjenestens vedtak om tvungen rusbehandling opphevet av Helsetilsynet i fylket. Pasienten hadde behov for somatisk behandling, men hans hovedproblem var rusavhengigheten. Hans foreldre hadde et sterkt ønske om at han måtte holdes borte fra rusmiljøet. Men som Helsetilsynet i fylket viste til, måtte saken behandles etter vilkårene i sosialtjenesteloven § 6-2.

Konklusjon: Grensen mellom virkeområdet for pasientrettighetsloven kapittel 4A og tilgrensende regelverk viser seg å være vanskelig å trekke.

7.1.4 Tvang – av hensyn til pasienten selv

Tvungen helsehjelp med hjemmel i pasientrettighetsloven kapittel 4A kan kun gis av hensyn til pasienten selv. Det er ikke adgang til å legge vekt på hensynet til medpasienter eller helsepersonellet.

I et mindre antall saker er det opplysninger om at pasienter blir holdt i egen skjermet enhet på en skjermet avdeling av hensyn til andre pasienter. I de sakene der dette er beskrevet, gjelder det pasienter med demenssykdom som gir utfordrende atferd. Praksis hos Helsetilsynet i fylkene med hensyn til hvilken tilbakemelding som gis, er ulik. Det er eksempler på at Helsetilsynet i fylket ikke har respondert på opplysningene og det er eksempler på at Helsetilsynet ganske riktig har påpekt at kapittel 4A kun gir tillatelse til å tilbakeholde pasienten ved at dør ut fra institusjonen eller mellom avdelinger holdes låst. Det er ikke adgang til å opprette egen skjermingsavdeling.

Misforståelsene av at det skal være mulig å anvende tvang av hensyn til medpasienter og at det kan benyttes skjermingstiltak, kan bero på en sammenblanding med psykisk helsevernlovens regler. Det er derfor viktig å få dette gjort tydelig for virksomhetene.

I forarbeidene er det presisert at tvungne tiltak aldri skal tas i bruk for å spare ressurser eller fordi det mangler kompetanse.¹⁵ Det skal derfor reageres når begrunnelsen for bruk av tvang inkluderer mangler i ressurstilgangen.

Det blir i flere vedtak opplyst at det som en følge av personellsituasjonen ikke er mulig å følge med på om noen av pasientene forlater avdelingen og at dør ut derfor låses. Når slik begrunnelse benyttes, må det avklares hvilken realitet dette har. Ikke i noen av disse sakene har Helsetilsynet i fylket etterspurt mer informasjon eller på noen måte gitt beskjed til virksomheten at det ikke er anledning til å begrunne vedtak om tvang med ressursmangler.

Konklusjon: Bestemmelsen om at tvang etter pasientrettighetsloven 4A bare kan benyttes av hensyn til pasienten selv må bli bedre kjent.

7.1.5 Krav til begrunnelse

Begrunnelsen for at vilkårene for å anvende tvungne tiltak er oppfylt, skal være så omfattende at de gir tilstrekkelig grunnlag for å etterprøve vurderingene.

I et større antall saker er begrunnelsen for at unnlatelse av helsehjelp kan føre til vesentlig helseskade, jf. bokstav a, så mager at det ikke er mulig å vurdere vesentlighetskravet. I mange tilfeller er det ufullstendig begrunnelse for at det aktuelle tiltaket er nødvendig og hvilke negative konsekvenser det har for pasienten dersom helsehjelpen ikke blir gitt, jf. bokstav b. Forholdsmessighetsvurderingen i bokstav c er ofte en repetisjon av det som er sagt i de foregående punktene. Den samlede helhetsvurderingen som skal gjøres i henhold til bokstav d, er lite spesifikk ut fra den enkelte pasients behov for helsehjelp.

Inntrykket er at Helsetilsynet i fylket for ofte tar helsetjenestens ståsted og i mindre grad pasientens. Det kan dermed være vanskelig å gjøre en adekvat forholdsmessighetsvurdering. Det blir i tillegg vanskelig å forklare hvorfor dette tiltaket vil være gunstigere sett fra pasientens ståsted enn et annet tiltak, og hva pasienten vinner og hva som tapes ved tiltaket.

¹⁵ Ot.prp. nr. 64 (2005-2006) s. 29

Kravet om forholdsmessighet i § 4A-3 andre ledd bokstav c) og helhetsvurdering understreker målsettingen om kun å benytte tvang der det ikke er mulig å yte den nødvendige helsehjelpen med mildere midler. Til grunn for vurderingen skal respekten for pasientens selvbestemmelsesrett og integritet ligge. Det er derfor betenkelig når en begrunnelse som den følgende er akseptert av Helsetilsynet i fylket:

”Gjennomføringstiltaket står i forhold til helsehjelpen: Hun er nå 92 år og har frem til nå klart seg i egen bolig og i serviceleilighet. Det vil ikke være et for stort inngrep å flytte henne til lokalt sykehjem.”

Saken gjaldt en dame som ikke ønsket å flytte på sykehjem, selv om dette var tilbudt henne flere ganger. Hun røykte og i leiligheten var det mange tegn på at hun ikke mestret å avverge brannfare. Ut fra opplysningene i vedtaket er det i tillegg grunn til å stille spørsmål ved om pasienten er uten samtykkekompetanse. Helsetilsynet i fylket har godtatt virksomhetens begrunnelse og heller ikke stilt spørsmål ved samtykkekompetansen.

Saksgjennomgangen viser at Helsetilsynet i fylket i liten grad vurderer vedtaket om tiltaket er målrettet og om tiltakene er egnet for å nå målsettingen. Det er ingen eksempler på at det er bedt om tilleggsopplysninger for å få klarhet på dette punkt.

De materielle vilkårene skal være oppfylt før tvang kan anvendes. Det er ikke tilstrekkelig at de synes å være oppfylt. Helsetilsynet i fylket må derfor være bevisst på begrepsbruken i sin tilbakemelding til virksomheten og ikke benytte ordvalg som kan gi tvil om hvilke krav som stilles. Et eksempel på svikt i lovlighetskontrollen:

”... er noe i tvil om det er i samsvar med de vilkår som er fastsatt i loven. Vedtak som gjelder innleggelse i helseinstitusjon skal alltid vurderes av et annet kvalifisert helsepersonell i tillegg til den som treffer vedtaket. Det kunne også vært ønskelig med en mer utfyllende vurdering om hvorfor det anses som nødvendig med innleggelse i sykehjem.” (Vår understreking)

Konklusjon: Begrunnelsen for at vilkårene for bruk av tvungne tiltak er til stede, er ofte utilstrekkelig for å foreta etterprøvende vurdering.

7.1.6 Tillitskapende tiltak

Helsetjenesten skal gi en beskrivelse av hvordan det er forsøkt å gi helsehjelp uten at pasienten motsetter seg den. Det er krav om at tillitskapende tiltak skal være forsøkt, med mindre det er ”åpenbart formålsløst”, jf. § 4A-3 første ledd. Det stilles med andre ord strenge krav til utprøving av tillitskapende tiltak. Disse kan ikke være reelle med mindre de tar utgangspunkt i den enkelte pasients behov.

Gjennomgangen av sakene viser også på dette punktet stor variasjon. Enkelte vedtak gir inntrykk av at det er satt i verk tiltak for å unngå bruk av tvang og at det er en bevisst strategi for å komme i forkant av situasjoner som kan føre til tvangsbruk, for dermed å

minimalisere tvangsbruken. Andre ser ikke ut til å klare å skille dette vilkåret klart nok fra de øvrige vilkårene i § 4A-3.

En gjennomgående problemstilling er hva som gjøres for at pasienter skal få komme ut, fremfor å gjøre vedtak om tilbakehold i institusjonen. Begrunnelse for tilbakehold i sykehjem er i det overveiende at pasienten pga. sin demenssykdom ikke er orientert for tid og sted og heller ikke kan gjøre rede for seg. Og fordi pasienten ikke kan kle seg etter værforholdene, passe seg for trafikken og risikerer å gå seg bort, er det nødvendig at pasienten er på en lukket avdeling. Det er imidlertid i få av vedtakene beskrevet at pasienten får følge ut. I enkelte vedtak går det frem at pasienten får tilbud om følge, men det er ingen opplysninger om dette skjer hver gang pasienten ønsker det eller om pasienten bestemmer hvor lenge han eller hun vil være ute. Noen steder er det beskrevet at det er (sanse)hage knyttet til avdelingen, som pasienten har fri adgang til. For øvrig er det ikke mulig å vurdere om pasienten får komme ut etter eget ønske eller når det passer for tjenesten.

Målsettingen om bruk av tvang som siste alternativ tilsier at Helsetilsynet i fylket etterspør i større grad hva som blir gjort for at gruppen demente pasienter som ønsker å komme ut har en reell mulighet til det.

I én sak ble vedtaket opphevet fordi det ikke var tilstrekkelig beskrevet hvilke tillitskapende tiltak som var prøvd. I sju saker er det etterspurt opplysninger om tillitskapende tiltak samtidig som det er bedt om opplysninger knyttet andre vilkår. I anslagsvis ytterligere 14 saker burde det vært bedt om nærmere opplysninger om tillitskapende tiltakene. I disse sakene er beskrivelsen av tillitskapende tiltak ikke tilstrekkelig individualisert eller inneholder for lite informasjon for en etterprøving. I tillegg er det i tre saker ikke gitt noen opplysninger om tillitskapende tiltak, uten at det har ført til konsekvenser for vedtakets gyldighet.

Konklusjon: Samlet er det et høyt antall av sakene der det er mangelfulle opplysninger om tillitskapende tiltak, noe som gir inntrykk av at det legges for liten vekt på å forsøke tillitskapende tiltak før vedtak om tvang treffes, og at det heller ikke vektlegges i Helsetilsynet i fylkets etterprøvende saksbehandling.

7.2 Andre gjennomgående funn

7.2.1 "Se vedlegg"

Det er helsetjenesten selv som skal vurdere om vilkårene for bruk av tvang er til stede. Vurderingene og de fakta som vurderingene bygger på må framkomme som en forutsetning for vedtaket. I seks saker er det i flere av skjemaets punkter vist til "se vedlegg". Virksomhetene overlater dermed til Helsetilsynet i fylket å sortere opplysningene som går frem av vedleggene, og plassere opplysningene inn i skjemaet. Dermed er det Helsetilsynet i fylket som skal foreta helhetsvurderingen av om det er grunnlag for tvang.

Dette er en rettsstridig saksbehandlingsprosess som fylkene responderer ulikt på. Helsetilsynet i fylket har til oppgave å over- og etterprøve vedtak som er gjort i

helsetjenesten, i tillegg til at Helsetilsynet i fylket er klageinstans. Pasientens rettssikkerhet blir forringet ved at Helsetilsynet i fylket overtar deler av helsetjenestens saksbehandling. Disse sakene skal derfor returneres til virksomheten, med beskjed om å gjennomføre fullstendig saksbehandling.

7.2.2 Hvilke tiltak?

For de fleste tvangstiltak kreves at det fattes *ett* vedtak. Dette fordi hvert tvangstiltak skal begrunnes for seg, ut fra lovens vilkår. Et vedtak om tilbakehold i institusjon krever en annen begrunnelse enn medisinerer mot pasientens vilje, og krever altså to vedtak.

Ikke sjelden blir det i samme vedtak besluttet innleggelse, tilbakehold, tvungen medisinerer eller annet. Her er praksis forskjellig i fylkene med hensyn til å påpeke at det må fattes flere separate vedtak.

Tilbakeholdelse i institusjon og bevegelseshindrende tiltak blir blandet sammen i påfallende mange saker. Meningen er å holde pasienten tilbake ved at pasienten ikke har fri utgang fra sykehjemmet, men enkelte anser dette for å være et bevegelseshindrende tiltak. Helsetilsynet i fylkene har også her forskjellig praksis om det blir gitt tilbakemelding til virksomheten om denne feilaktige lovforståelsen.

Noen virksomheter har også vansker med å skille mellom innleggelse og tilbakeholdelse. Vedtak om innleggelse skal gjøres før innleggelsen, hvis klagemuligheten skal være reell. I de tilfeller vedtak om tvungen innleggelse er fattet umiddelbart før innleggelsen, eventuelt samtidig med eller endog etter innleggelsen, er det betenkelig at Helsetilsynet i fylket ikke gir virksomheten veiledning i riktig lovanvendelse. Ikke i noen sak kan vi finne at denne problemstillingen er tatt opp med virksomheten.

7.2.3 Hvem er vedtaksberettiget?

Vedtak om bruk av tvang skal i henhold til § 4A-5 første ledd gjøres av den som er ansvarlig for helsehjelpen. Hvem det er skal fremgå av organiseringen av den aktuelle virksomheten og helsetjenesten der, jf. helsepersonelloven § 16 og forskrift om internkontroll i sosial- og helsetjenesten § 4 bokstav a). Den som skal vurdere om vilkårene for tvang er tilstede, må være faglig kvalifisert til å gjøre dette. Helsepersonellet må ha nødvendig faglig kompetanse og kjennskap til lovgivningen, for ikke å overskride forsvarlighetskravet i helsepersonelloven § 4. I kjernen til forsvarlighetskravet inngår plikten til ikke å gå ut over sin faglige kompetanse.

Helse- og omsorgsdepartementet sier på bakgrunn av innspill i høringsrunden at de vurderinger som skal gjøres, svært ofte vil være medisinske eller odontologiske vurderinger.¹⁶ Derfor skal det i praksis være lege eller tannlege som skal ta avgjørelsene. Departementet sier videre at det ikke utelukker at også annet personell i gitte problemstillinger kan være kvalifisert. Avgjørende for om annet helsepersonell kan treffe

¹⁶ Ot.prp. nr. 64 (2005-2006) s. 52 andre spalte

avgjørelsen om bruk av tvang, er om det vil være i samsvar med kravet til forsvarlig yrkesutøvelse, jf. helsepersonelloven § 4.

Vedtak etter pasientrettighetsloven kapittel 4A kan initieres, vedtas og gjennomføres av én og samme person. Dette er en løsning som gir pasienten liten sikkerhet mot at vedtaket bygger på utenforliggende hensyn. Helsetilsynet i fylket har derfor en sentral rettssikkerhetsfunksjon med å se til at vedtaket inneholder fyllestgjørende opplysninger på alle punkter, slik at det er mulig å gjøre den etterprøving Stortinget har forutsatt skal gjøres. Deriblant må Helsetilsynet i fylket se beskrivelsen av de tillitskapende tiltak i sammenheng med tvangens inngripende karakter. For at det skal være en realitet bak kravet om at tillitskapende tiltak skal være forsøkt, må den vedtaksansvarlige være i en faglig og organisatorisk stilling som gjør at denne personen har mulighet til å påvirke hvilke tillitskapende tiltak som forsøkes. Alternative, tillitskapende tiltak kan bl.a. kreve tilførsel av ressurser.

Ikke i en eneste sak er det stilt spørsmål ved den faglige kompetansen eller den organisatoriske plassering til den som står som vedtaksansvarlig. Dette burde vært gjort i flere saker.

En annen problemstilling er at spesialisthelsetjenesten har fattet vedtak med virkning for de kommunale tjenestene, og at Helsetilsynet i fylkene har ulik praksis for om dette aksepteres eller om det fører til opphevelse av vedtaket.

7.2.4 Pasientens representant?

I dette regelverket er det stilt mindre krav til deltakelse fra pasientens representant enn det er gjort i sosialtjenesteloven kapittel 4A. Grunnvilkåret er at pasienten er uten samtykkekompetanse. Det betyr normalt at pasienten helt eller i betydelig omfang vil mangle evne til å ivareta egne interesser. Likevel er det ikke stilt krav om at pasienten skal ha oppnevnt hjelpeverge, slik det er i sosialtjenesteloven § 4A-3.

Pasientens nærmeste pårørende er den som sammen med pasienten skal ha underretning om vedtaket, jf § 4A-6, og har adgang til å klage, jf § 4A-7. Det er derfor en plikt for virksomheten å avklare hvem som er pasientens nærmeste pårørende, jf. pasientrettighetsloven § 1-3. I de tilfeller pasienten ikke har noen nærmeste pårørende, sier departementet at det kan være nødvendig å oppnevne hjelpeverge.¹⁷ Departementet uttrykker seg ikke som om det er et absolutt krav om at pasienten alltid har en representant. Men det er en brist i pasientens rettssikkerhet dersom han eller hun ikke har noen som er rettslig legitimert til å representere seg i spørsmål om bruk av tvang, men også i andre personlige spørsmål. Departementets utsagn kan forstås som en oppfordring til helsetjenesten om å vurdere om det foreligger plikt til å melde fra om behov for å oppnevne hjelpeverge.¹⁸

¹⁷Ot.prp. nr. 64 (2005-2006) s. 56 første spalte

¹⁸Forskrift til sosialtjenesteloven (også hjemlet i kommunehelsetjenesteloven) § 6-3 andre ledd

I tilfeller der vedtaket ikke inneholder opplysninger fra nærmeste pårørende eller det går frem at pasienten ikke har noen i rollen som nærmeste pårørende eller hjelpeverge, skal Helsetilsynet i fylket bringe klarhet i om pasienten har pårørende som kunne ha uttalt seg i saken. Dersom pasienten har pårørende, er ikke hjelpevergen etter loven tillagt noen spesiell kompetanse.¹⁹ I det mottatte materialet er det saker der pasienten er representert med hjelpeverge uten at det er avklart om pasienten er uten nærmeste pårørende. Det er ikke, slik pasientrettighetsloven § 4A-5 fjerde ledd er formulert, et absolutt krav om at det skal innhentes informasjon fra pasientens nærmeste pårørende før vedtaket gjøres. Det er begrunnet med at det i enkelte situasjoner ikke er tid til å innhente informasjonen. I andre tilfeller kan det være at nærmeste pårørende ikke ønsker å gi informasjon.²⁰

En alminnelig oppfatning i både virksomhetene og Helsetilsynet i en del fylker, ser ut til å være at nærmeste pårørende er tillagt en rolle til å samtykke eller godkjenne tiltaket. Dette er feil. Pårørende skal uttale seg så langt som mulig om pasientens egne ønsker og vaner før samtykkekompetansen gikk tapt. Ut over det har ikke pårørende en formell rolle i beslutningsprosessen. Men det vil ikke være uriktig om pårørende i tillegg til å gi opplysninger om pasienten, også uttrykker egen mening.

Det er ingen eksempler på at det er gitt tilbakemeldning til virksomheten når det ikke går frem av vedtaket hva pasienten selv ville ønsket.

7.2.5 Klage

I tre av de 84 sakene foreligger det klager. Det gjelder to fylker. I to av disse sakene er det pasienten selv som har klaget, mens i den siste er det gjort av hjelpevergen. Det er her klart at pasienten aktivt ønsket at det skulle sendes klage.

Nærmeste pårørende har klageadgang etter loven, men gjennomgang av de mottatte vedtakene viser at pårørende i stor grad støtter tvangsvedtaket. Ikke i noen sak er det klart sagt at pårørende er negativ eller skeptisk til tiltaket. Det foreligger altså ingen klager initiert av pårørende.

Gjennomgangen viser også at det er ulik praksis med hensyn til om pasienten selv informeres ved kopi av tvangsvedtaket.

Det meget begrensede antall klager understreker betydningen av den lovlighetskontroll som skal utføres av Helsetilsynet i fylket. Om ikke Helsetilsynet i fylket reagerer på urettmessig tvangsbruk, er muligheten liten for at andre reagerer.

7.2.6 Grensene mot annet lovverk

Fire saker gjelder personer med kombinasjon somatisk helse-/rusproblematikk. Ett av vedtakene ble opphevet fordi hovedformålet var å få rettslig grunnlag for tvungen

¹⁹ Ot.prp. nr. 64 (2005-2006) s. 56 første spalte

²⁰ Ot.prp. nr. 64 (2005-2006) s. 56 andre spalte

rusbehandling. I to saker er det grunn til å stille spørsmål ved grensen mellom somatisk behandling og rusbehandling. Sakene er omtalt under punkt 7.1.3.

Tre saker gjelder personer med kombinasjon demens/ psykiatri. I to av disse sakene er det usikkert om rett regelverk er anvendt. Helsetilsynet i fylket skulle i disse sakene stilt spørsmål for å få klarlagt pasientens tilstand.

I fem saker er det sagt at pasienten er psykisk utviklingshemmet og av disse er det i en sak klart anvendt feil lovverk (omtalt under punkt 7.1.3).

7.2.7 Opphevede vedtak

Ni vedtak er opphevet av Helsetilsynet i fylket. To av disse er opphevet fordi det i vedtaket er opplyst at pasienten ikke viser motstand. I ett vedtak er tiltaket ikke å betrakte som tvang (håndledning av pasienten). I to saker mener Helsetilsynet at vedtaket bortfaller fordi tillitskapende tiltak har gjort vedtaket overflødig. To vedtak er opphevet fordi vedtaksorganet har gått utover personellkompetanse og i to saker måtte vedtaket oppheves fordi pasienten ikke bodde i institusjon, men i omsorgsbolig.

I tillegg er det flere saker der virksomheten i ettertid har gitt beskjed om at vedtaket er opphevet enten fordi pasienten har fallert og motstanden dermed er opphørt, eller fordi tillitskapende tiltak har hatt virkning.

8 Oppsummering

Helsetilsynet i fylket er tillagt en sentral funksjon for å ivareta rettssikkerheten til personer omfattet av regelverket i pasientrettighetsloven kapittel 4A. Gjennomgangen av det mottatte materialet viser stor variasjon i saksbehandlingen mellom fylkene. Inntrykket er at flere har mangelfull kunnskap om kapittel 4A og andre relevante bestemmelser. Det er flere eksempler på at Helsetilsynet i fylket ikke har reagert på helt klart materielt uriktige vedtak.

Mange vedtak har ufullstendige begrunnelser eller mangler andre opplysninger. Vedtakene skulle derfor vært opplyst bedre. Terskel for å etterspørre opplysninger synes å være høy og når det gjøres en henvendelse, er denne for lite konkret og målrettet med hensyn til hvilken informasjon det er behov for å innhente.

At Helsetilsynet i fylket har en sentral rettssikkerhetsfunksjon viser seg ved det lave antall klagesaker. I de tre klagesakene er det pasienten selv som har initiert klagen. Rettssikkerheten til pasienter uten evne til å ta initiativ til å klage på vedtak om bruk av tvang, er basert på at Helsetilsynet i fylket utøver sin myndighet som etterprøvingsorgan.

Pasientrettighetsloven kapittel 4A skal ivareta pasientens rettssikkerhet i de tilfeller det er nødvendig å anvende tvang. Helsetilsynet i fylket er tillagt en sentral funksjon for å sikre pasienten mot urettmessig tvangsbruk. Funnene her viser at flere utfordringer relatert til kvaliteten på saksbehandlingen.