

Vilkåret vesentlig skade vs. selvbestemmelse

Noen prinsipielle diskusjoner

v/seniorrådgiver
prosessfullmektig og
fagkoordinator
Liv-Sara Birkeland



Fylkesmannen i Oslo og Viken



29. mai
2019

**Hvordan er det lagt til rette for selvbestemmelse
når det gjelder helse- og omsorgstjenester
generelt og kapittel 9 spesielt?**



Pasient- og brukerrettighetsloven

- § 3-1. Pasientens eller brukers rett til medvirkning

Pasient eller bruker har rett til å medvirke ved gjennomføring av helse- og omsorgstjenester. Pasient eller bruker har blant annet rett til å medvirke ved valg mellom tilgjengelige og forsvarlige tjenesteformer og undersøkelses- og behandlingsmetoder. Medvirkningens form skal tilpasses den enkeltes evne til å gi og motta informasjon. Barn som er i stand til å danne seg egne synspunkter, skal gis informasjon og høres. Det skal legges vekt på hva barnet mener, i samsvar med barnets alder og modenhet.

Tjenestetilbudet skal så langt som mulig utformes i samarbeid med pasient eller bruker. Det skal legges stor vekt på hva pasienten eller brukeren mener ved utforming av tjenestetilbud etter helse- og omsorgstjenesteloven §§ 3-2 første ledd nr. 6, 3-6 og 3-8.



- § 9-1: «Tjenestetilbudet skal tilrettelegges med respekt for den enkeltes fysiske og psykiske integritet, og så langt som mulig i overensstemmelse med brukerens eller pasientens selvbestemmelsesrett.»
- Beslutningskompetanse kan være relevant for:
 1. Vurderingen av om et tiltak er «så inngripende», at det uansett motstand må regnes som tvang: utgjør objektiv tvang.
 2. Om et tiltak som skal hindre eller begrense skade på personen selv utenfor nødsituasjoner («c-tiltak») er forholdsmessig når personen motsetter seg. Punkt 4.5.6.5

Beslektet med samtykkekompetanse, men viktig å understreke:

Samtykkekompetanse har ingenting med kapittel 9 å gjøre!



Hva er vesentlig skade?

§ 9-5 annet ledd siste setning: Tvang og makt kan bare brukes for å hindre eller begrense vesentlig skade, jf. § 9-1 første ledd.

En av fire hovedvilkår i kapittel 9:

1. Det må foreligge en **vesentlig skade**
2. Tiltaket må være forholdsmessig
3. Tiltaket må være faglig og etisk forsvarlig
4. Andre løsninger må være forsøkt (henger sammen med forebyggende tiltak)



Krav til situasjonen

1. Sannsynligheten av en viss størrelse

- Samlet skaderisiko betydelig høyere enn dagliglivets risiko.

2. Kan ikke avverges på en annen måte

- I den konkrete situasjonen: er frivillige tiltak nok?
- Det minst inngripende tiltaket skal benyttes i valget mellom tiltak

Krav til handlingen

Selve handlingen skal ikke gå lengre enn det som er nødvendig for å nå formålet (§ 9-5 annet ledd tredje punktum)



Fysisk skade på egen person

- Skader på egen person
- Nekte å ta imot tjenester
- Et liv som ikke er i samsvar med alminnelige oppfatninger om sunn og god livsførsel *normalt ikke vesentlig skade.*

Men:

« Dette kan stille seg annerledes hvis det er en nærliggende sammenheng mellom en aktuell helsefare og røykingen, men hvor tjenestemottakeren ikke selv har forutsetninger for å vurdere dette. Måteholdent alkoholforbruk vil normalt heller ikke medføre uakseptabel skade eller ulempe. For øvrig må det komme an på vedkommendes atferd under innflytelse av alkohol.» Ot.prp. 58 s. 40

Materielle skader

Sosial fornedring



Psykisk skade

- Internett, dataspill, søvn, isolasjon
- Nekte å ta imot tjenester – langtidsvirkningen- omsorgssvikt fra tjenesteytere- FM kan opprette tilsynssak!
- Mange er i krysningfeltet psykiatri/rus/kriminalitet. Har «gått under radaren» og har vært vanskelige å hjelpe da de har motsatt seg å motta tjenester. Med et kapittel 9- vedtak kan enkelte bli sett for utviklingshemmingen, ikke som kriminell.

Seksuell atferd: Utnyttelse. Kommer ofte på toppen av rus og psykiatri

Skade på andre personer

- Samme vurdering som med skader på seg selv, men skal mindre til for at skaden er vesentlig
- Også kriminelle handlinger, men ikke automatisk.



- «Nå har loverket i stor grad motsatt funksjonen og legitimerer uakseptabel og unødig bruk av tvang og makt. Lovverket skygger over de etiske utfordringene som loven var ment å løse. Spørsmålet er ikke lenger om de spesifikke tvangsvedtakene er etisk akseptable, men om de er lovlige. Vi fikk loverket som følge av samfunnets etiske normer. Med tiden ble loven til en rettesnor for etikken.»

- Gitlesen i NFU-bloggen 23.12.17-



**Fattes det vedtak rettet mot en vesentlig skade
som ikke lovgiver tenkte på?**



Særskilt om kriminelle handlinger som en vesentlig skade

- Enkelte vil mene at kapittel 9 favner om for mye, inkludert kriminalitet.
- Ulik praksis mellom embetene
- Forarbeidene: Ot.prp 58 s. 24:

«Røkke-utvalget la til grunn at ivaretagelse av andre formål enn «hensyn til beboers livssituasjon» måtte hjemles i straffelovens bestemmelser om nødsituasjoner, §§ 47 og 48. Departementet ga i høringsnotatet uttrykk for at dette ville være en for snever formålsavgrensing. Også hensynet til vern av tjenesteytere, andre personer og andres eiendeler bør fanges opp av lovbestemmelsene. Mangel på tiltak mot skadelig atferd rettet mot omgivelsene vil kunne føre til at politiet og strafferettspleien blir involvert, og at vedkommende pådrar seg erstatningsansvar. Departementet kan ikke se at dette er en ønskelig løsning. Også psykisk utviklingshemmede må stå til ansvar så langt dette følger av strafferettens regler, men i den grad handlingene skjer mens vedkommende mottar tjenester - og tjenesteutøverne har muligheter for å gripe inn - bør lovutkastet følge opp dette.»

- Avklart med nytt rundskriv: kriminalitet, samt å motsette seg tjenester kan være vesentlig skade
- Farlighetsvurdering hos helseforetakene. Se RS punkt 3.5.2.



Dokumentasjon på vesentlig skade

- Oversikt over alvorlighet og forekomst; tallfesting
- Politirapporter
- Journalnotater
- Epikriser
- Beviskrav i fylkesnemnda
 - ikke krav til kvalifisert sannsynlighetsovervekt (Ot. Prp 58 s. 24), men nemnda har lagt seg forholdsvis langt over 50 %.
 - Fylkesmannen har lært av å føre sakene selv som eneste embete: har ført til skjerpet fokus på selve vilkåret og dokumentasjonen hos oss



Erfaringer fra fylkesnemnda

Sak 1

- Vektøkning, sprekkdannelser i bena og respirasjonsproblemer.
- Klager ikke gitt medhold.

Sak 2:

- Fysisk skade på andre og seg selv
- Bestilte varer, fremsatte trusler og ringte nødetater
- Lite søvn og risiko for epilepsianfall
- At skade er påført ble brukt som argumentasjon for at truslene er desto verre
- Klager ikke gitt medhold

Sak 3:

- Fysisk skade på andre og seg selv
- Knivstikking, bilbrukstyveri, kjøring i feil kjørefelt, biljakt med kollisjon, mangelfull impulskontroll eks: trusler og sjikane, kjent strafferettslig tilregnelig
- Selvmedisinering
- Klager ikke gitt medhold. Anket til Tingretten. Kommunen trakk saken.



Sak 4:

Begrenset kontakt med familie, psykisk lidelse, vektnedgang/spiseforstyrrelse
Vilkårene ikke prøvd da klager gitt medhold i at han ikke var puh (virkeområde)

Sak 5

- Utdanningskravet bestridt, ikke kravet til vesentlig skade.
- Skadeavverging. Vilkårene for Fylkesmannen sin overprøving påklaget: vilkår om å tilsette flere høgskoleutdannede.
- Vist til at det ikke stilles krav om kvalifisert sannsynlighetsovervekt
- Klager ville beholde ansatte.
- Klager ikke gitt medhold.

To lagmannsrettsdommer

Frostating lagmannsrett 2017 LF- 2017-85157

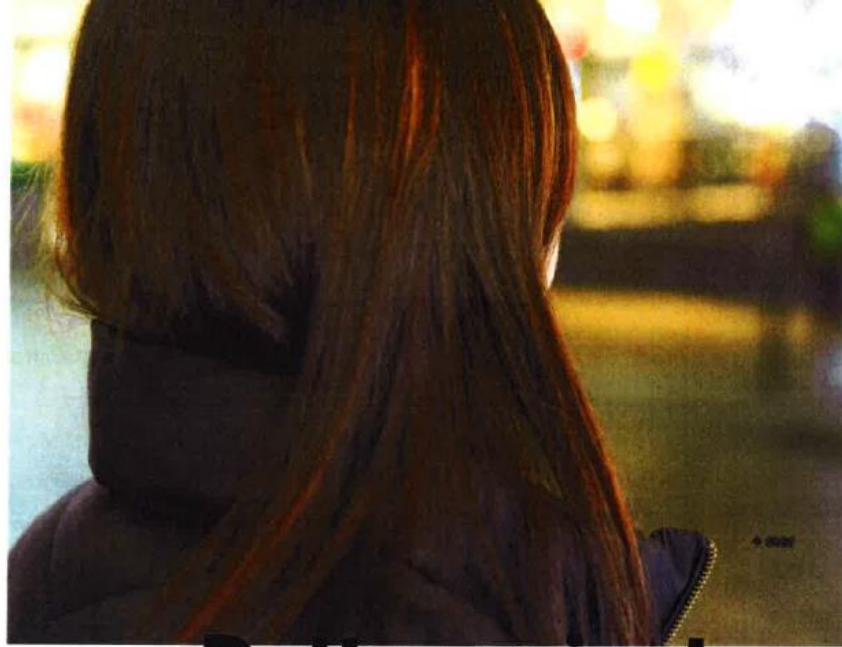
Agder lagmannsrett 2016 LA-20116-80832



Er kommunene kjent med at det kan fattes vedtak etter kapittel 9 for å forhindre en vesentlig skade på grunn av rus eller kriminelle handlinger?

- Hva er alternativene?





– Dottera mi set narkosprøyter i bufellesskapet

BERGEN (NRK): Mor skuldar kommunen for omsorgssvikt etter at dei flytta den utviklingshemma dottera hennar til eit mindre bemanna bufellesskap. Sidan har ho kome stadig lenger inn i eit tungt rusmiljø.



Bergen kommune uttaler i artikkelen:

«Kommunen slår fast at dei sjølv sagt har omsorgsansvar for henne, men samstundes at ho er vaksen og myndig. Ho har sjølv råderett og står fritt til å ta egne avgjerder.»

Videre:

«Hvis vi skulle unngått at hun skulle ferdes i farlig miljø og utsette seg selv for vesentlig skade, ville bruk av tvang medført frihetsberøvelse (..) som vi ikke har mulighet til ifølge Helse- og omsorgstjenesteloven.»

Verge: «Menneske med lettare utviklingshemming er svakare stilt enn dei fleste. Likevel skal det mykje til før det er lov å bruka tvang mot denne gruppa, også når vala er klart til skade for dei sjølv. Grunnen er at dei i større grad enn alvorleg psykisk utviklingshemma må ta ansvar for egne val.»



– 1000 fanger i norske fengsler er utviklingshemmet

Rundt én av ti innsatte i norske fengsler er psykisk utviklingshemmede, og i de aller fleste tilfellene har ingen oppdaget at de er det.



OPPDAGES IKKE: I de fleste tilfellene der utviklingshemmede soner, vet ikke de fengselsansatte at den innsatte er utviklingshemmet. Det er et alvorlig rettsikkerhetsproblem, mener en av Norges fremste eksperter på feltet.

FOTO: ROALD BERIT / NTB SCANPIX

Ola Flyum Journalist

Pedja Kalajdzic Journalist

Marco Vaglieri Grafikk

Publisert 25. mai 2016 kl. 18:02



Fra artikkelen: «Ifølge Søndena blir dømte utviklingshemmede ofte overlatt til seg selv og deltar ikke i aktiviteter som begünstiger innsatte i fengsler. Hans studier viser at det er tre ganger så stor sannsynlighet for at utviklingshemmede begår nye kriminelle handlinger når de slipper ut av fengsel.»

Randi Rosenqvist i samme artikkel:

«– Omkring ti prosent av våre fanger er lettere utviklingshemmede. Dette er en veldig problematisk gruppe å forholde seg til, sier hun.

Ifølge Rosenqvist skjønner de veldig lite av sin rolle i fengsel, sin kriminalitet og systemet i fengsel.

– Det som er mest bekymringsfulle for de forvaringsdømte er jo at de ikke slutter å være psykisk utviklingshemmede under soningen slik at vi må jobbe veldig med å få gode tilbud før de kan løslates. Det er en lang prosess, sier hun.»



- Konklusjon: Mange brukere i krysningsfeltet rus/psykiatri/kriminalitet/utviklingshemming blir for første gang sett for utviklingshemmingen med et kapittel 9-vedtak.



Selvbestemmelse vs. vesentlig skade

§ 9-5: Tiltaket må *stå i forhold* til det formålet som skal ivaretas.

Hvor stor skade må tåles i forholdsmessighetsvurderingen?



Forholdsmessighetsvurderingen i praksis

Fylkesnemndsavgjørelse fra Oslo og Akershus 2016:

«Det fremgår av sakens opplysninger at * også har fremsatt flere alvorlige trusler, herunder skriftlige drapstrusler, mot personale, behandlere og andre. Nemnda vil kort bemerke at flere av truslene også er egnet til å gjøre vesentlig skade i lovens forstand. Per i dag er det ikke vedtak om tvangstiltak rettet spesifikt mot å avverge at slike trusler fremsettes, slik man som nevnt i punkt II hadde i en periode.»

Fylkesnemdssak fra Møre og Romsdal 2012:

«Tiltakene om helsepersonell døgnet rundt, fotfølging av bruker når hun er utenfor leiligheten og regulering av mat og drikke er tiltak som er svært inngripende i personlige integritet og verdighet. De begrenser i stor grad hennes rett til selvbestemmelse, til å treffe egne valg og rett til et privatliv. Når nemnda likevel er kommet fram til at tiltakene hver for seg og samlet er faglig og etisk forsvarlig, er det lagt avgjørende vekt på at skaderisikoen er meget stor. Det er en nærliggende fare for at vedkommende uten tiltakene vil utsettes seksuelle overgrep, rusmiddelmisbruk, alvorlig forverring av de psykiske lidelsene og livsfare. Det er også fare for at hun utsetter andre for fare.»



- **Lagmannsrettsavgjørelse fra Frostating lagmannsrett LF-85157:**
«Tiltak nr 1 og 2, som begge er sikkerhetstiltak i bil, har en åpenbar trafikksikkerhetsmessig begrunnelse. Dette gjelder både i forhold til A selv, tjenesteyterne og øvrige trafikkantene. Sikkerhetsrisikoen ved utagerende og aggressiv adferd i bilen, under kjøring, er åpenbar. Etter lagmannsrettens syn er skadepotensialet svært stort, og de aktuelle tiltak må anses lite inngripende i relasjon til den foreliggende risiko. At det ikke har vært mer enn fire tilfeller av utagerende adferd i bilen siden 2011, er etter lagmannsrettens syn ikke ensbetydende med at risikoen ikke lenger er til stede. As evnemessige begrensninger, hans impulsivitet og historikk knyttet til utageringer, gjør det påkrevet med en forsiktig tilnærming til det å fjerne slike tiltak.»

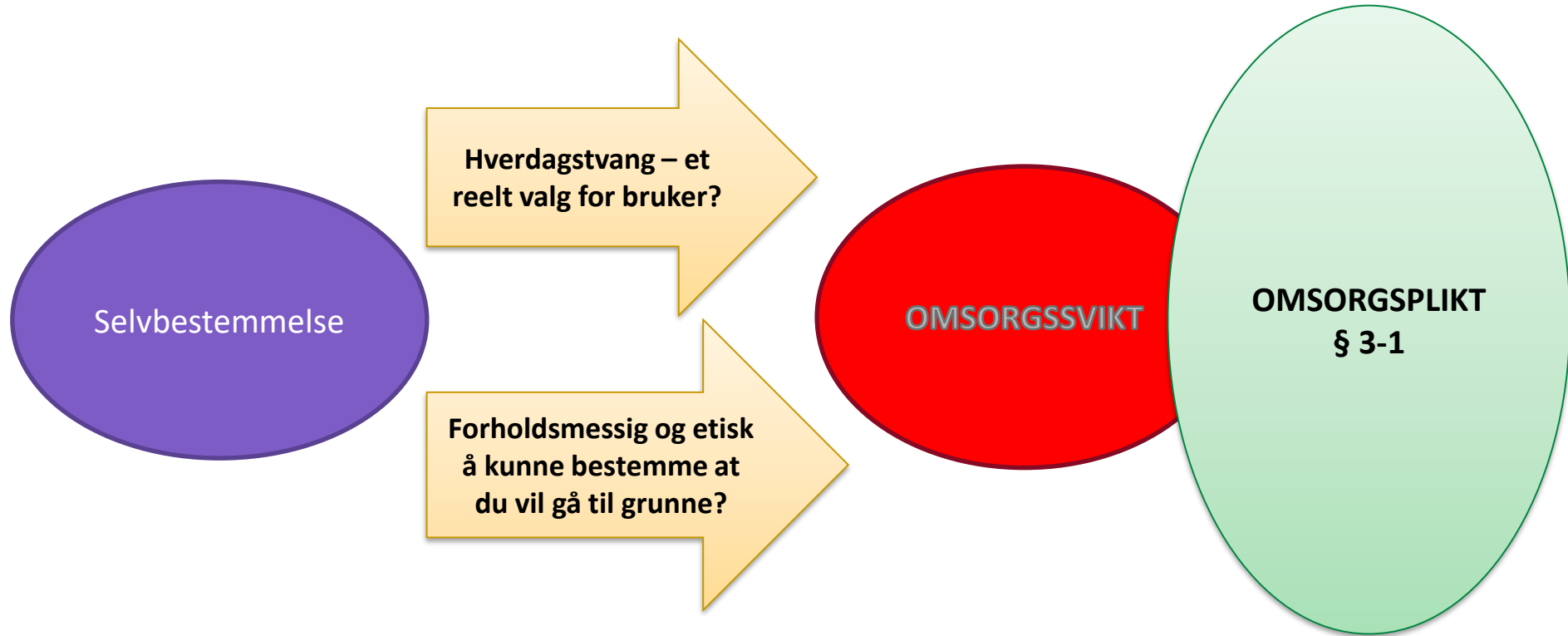
Min erfaring: hvis det er en *vesentlig* skade, ikke bare skade, er som oftest tvungen vurdert som forholdsmessig



Vil for tung vektning av brukers selvbestemmelse kunne føre til lovbrudd?



Rettsikkerhetsbetraktninger – hva kan skje om man legger for mye vekt på selvbestemmelse



TM



Tilsynssak 1 – alvorlig puh, 30 kg vektøkning, passivitet, isolasjon

«Brukeren har gradvis lagt på seg i perioden hvor han har hatt tjenester hos bydelen. Bydelen har i hele perioden hatt rutiner som har hatt som hensikt å veilede og påvirke til å ta sunne valg på området ernæring. Disse har dessverre hatt kortvarig eller liten effekt. Bydelen har ikke sett at kriteriene for å skulle benytte tvang og makt, jfr. Helse- og omsorgstjenesteloven kapitel 9, har vært tilstede. Medarbeidere har hatt bevissthet rundt forhold som retten til selvbestemmelse, retten til å treffe egne valg, retten til å være seg selv, retten til fravær av tvang mv. som omtales i rundskriv IS-10/2015 Rettsikkerhet ved bruk av tvang og makt ovenfor enkelte personer med psykisk utviklingshemming>>. Tidligere rundskriv IS-10/2004, vedrørende rettsikkerhet ved bruk av tvang og makt ovenfor enkelte personer med psykisk utviklingshemming hadde sammenfallende veiledning som gjeldende rundskriv på dette området. Bydelen har ønsket å arbeide med forebygging og andre løsninger der disse forholdene har vært ivaretatt. Rundskrivet sier at «Retten til selvbestemmelse er et grunnleggende prinsipp som er beskyttet av menneskerettighetene, og de gjelder på samme måte for personer med nedsatt funksjonsevne som for alle andre». Det har vært viktig for bydelen å utarbeide tiltak i forhold til aktiviteten <<ernæring>> som kan forsvares faglig og etisk.»

Videre:

«Alvorligheten i situasjonen rundt vekt og ernæring har økt gradvis. Således har den etiske og faglige vurderingen rundt problematikken gradvis endret seg. Vurderingene rundt hvorvidt en person med denne brukerens grad av kognitiv fungering skal ha rett til å gjøre usunne valg, på linje med den normalfungerende befolkningen, er en balansegang. Bydelen mener at det har vært riktig å arbeide med å finne tiltak som har vært basert på frivillighet. Dette mener vi å finne støtte til i Rundskriv IS-10/2015 i kapittel 4.2.4.2 der det sies at i tilfeller der bruker over tid motsetter seg å motta nødvendige tjenester må det jobbes for å finne frivillige tiltak for å nå frem. Basert på alvorlighetsgraden i brukers ernærings- og vekstsituasjon per i dag, samt erfaringer med tidligere forsøkte tiltak, ser vi imidlertid at det nå er nødvendig å se på tiltak med større grad av styring og kontroll.»

Tilsynssak 2

Moderat mot alvorlig puh med autisme som bodde hjemme isolerte seg i hjemmet i to år på tross av oppfølging fra miljøarbeidertjenesten og hjemmetjenesten (totalt over 80 ansatte). Ble funnet i svært dårlig forfatning:

«Undertegnede og miljøterapeut forsøker å motivere bruker til å sette seg opp i sengen ved å tilby 2 kjeks og kaffe som forsterkere, men han reagerer ikke på dette. Dynetrekket er skittent og flekkete, fullt av matrester og saft. Jeg løfter forsiktig dyna, han har på seg ullsokker, er tørr og varm i underekstremiteter, ingen ødemer. Han ligger i skitten og flekkete joggebukse, han har ikke på seg bleie og lukter urin. Øynene er hovne, muligens på grunn av øyekatarr. Det er grønt snørr i neseborene og venstre side av ansiktet er dekket av snørr og matrester. Puta er også full av matrester og antakelig snørr, neglene er ikke stelt da det er kjent at pasienten motsetter seg dette. Huden er tørr og varm, men jeg har ikke mistanke om feber. Det er kaldt i huset. Termometeret på veggen viser 15 minusgrader ute og 10 plussgrader inne. Det er uklart hvorfor bruker ligger under dyna idag, men det mistenkes at han fryser. I løpet av besøket som varer i 45 min gir pasienten ikke kontakt. Han står ikke opp og han fremviser stereotyp gynging hele tiden.»

Kommunen hadde utelukkende lagt vekt på at bruker og verge mente at bruker måtte bo hjemme: «Bruker selv har uttrykt ønske om å bo hjemme og dette har blitt ivare tatt.»



Er kapittel 9 et diskriminerende regelverk?



NOU 2016:2017 På lik linje

«I vurderingen av om reglene om tvang er diskriminerende eller ikke, vil det være avgjørende om forskjellsbehandlingen av personer med utviklingshemming kan anses for nødvendig for å oppnå et saklig formål, og ikke uforholdsmessig inngripende. Det er avgjørende om reglene har en fornuftig og holdbar begrunnelse. Etter utvalgets vurdering er ikke den direkte forskjellsbehandlingen knyttet til diagnose saklig begrunnet.»

«Utvalgets flertall mener at adgangen til bruk av omsorgstvang for å ivareta brukers liv, helse eller grunnleggende behov, bør baseres på en vurdering av brukers beslutningsevne i den konkrete situasjonen.»

«Utvalget mener det bør åpnes for en generell adgang til bruk av tvang i nødrettstilfeller. Denne adgangen bør bygge på bestemmelsene om nødrett i straffeloven.»



Likestillings- og diskrimineringsombudet

Fra Likestillings og diskrimineringsombudets rapport til CRPD- komitèen 2015: Fra s. 26:

«Både personer med utviklingshemning og personer med demens utsettes for betydelig bruk av tvang i Norge. Eksempler på tvang er fysisk fastholding, fastbinding, isolering, nekting av mat, trusler om straff og fratakelse av klær eller privilegier for å tvinge frem en bestemt atferd.»

Videre fra s. 29:

«Til tross for at tilsynsrapporter og utredninger har vist tilsvarende funn over mange år har det skjedd liten endring. Ombudet er derfor bekymret for om det foreligger tilstrekkelig effektive kontroll- og overprøvningsmekanismer for å hindre ulovlig tvangsbruk.»

- Seminar om tvang arrangert av LDO 13.desember: LDO foreslår følgende:
 - 1) Endre helse- og omsorgstjenesteloven slik at diagnosen psykisk utviklingshemning ikke er inngangskriteriet for bruk av tvang og makt
 - 2) Strengere vilkår for tvang for å dekke grunnleggende behov?



Er diagnosekriteriet diskriminerende eller ikke?

- Har «diskrimineringen» på diagnose et saklig formål?
- Regulert i CRPD, EMK og lov om likestilling og forbud mot diskriminering:

§ 7. Direkte forskjellsbehandling

Med direkte forskjellsbehandling menes at en person behandles dårligere enn andre blir, har blitt eller ville blitt behandlet i en tilsvarende situasjon, på grunn av forhold som nevnt i § 6 første ledd.

§ 8. Indirekte forskjellsbehandling

Med indirekte forskjellsbehandling menes enhver tilsynelatende nøytral bestemmelse, betingelse, praksis, handling eller unnlattelse som vil stille personer dårligere enn andre, på grunn av forhold som nevnt i § 6 første ledd.

§ 9. Lovlig forskjellsbehandling

Forskjellsbehandling er ikke i strid med forbudet i § 6 når den

- a) har et **saklig formål**
- b) er nødvendig for å oppnå formålet og
- c) ikke er uforholdsmessig inngripende overfor den eller de som forskjellsbehandles.



- Norges forhold til CRPD: ratifisert, men ikke inkorporert. Sak om rettslig handleevne HR-2016-2591.
- Vil det være i strid med CRPD art 19 (Retten til et selvstendig liv og til å være en del av samfunnet), art 22 (Respekt for privatlivet) art 25 (Rett til helsehjelp) og 27 om retten til arbeid og sysselsetting å *ikke* gripe inn?
- Meld. St. melding 39 (2015-2016) om individklageordningen til blant annet konvensjon om nedsatt funksjonsevne. Tilsluttet ikke klageordningen. Begrunnet i:
 - Kommiteens sammensetning
 - arbeidsmetoder og ressurser (sterk vektlegging av selvbestemmelse fremfor andre rettigheter
 - tolkningsmetode og suverenitetsprinsippet (økonomiske konsekvenser for Norge).



- -Fra samme stortingsmelding: «Det er ingen tvil om at den klare hovedregelen er at personer med nedsatt funksjonsevne har rettslig handleevne på lik linje med andre. Det kan imidlertid være tilfeller der en person opptrer på måter som er i strid med egne interesser, og som kan få alvorlige konsekvenser for personens egen helse og velferd eller finansielle situasjon. Selv om delvis fratakelse av rettslig handleevne er et alvorlig inngrep som kun skal forekomme unntaksvis, finnes det tilfeller der dette anses absolutt nødvendig. Retten til selvbestemmelse må balanseres mot andre grunnleggende rettigheter som frihet fra utnyttning, rett til nødvendig helsehjelp og rett til en tilfredsstillende levestandard for seg selv og sin familie. Dersom man ikke åpner for begrenset fratakelse av rettslig handleevne i tilfeller der det er strengt nødvendig for å hindre en person i å påføre seg selv alvorlig skade, risikerer man at personens øvrige rettigheter blir skadelidende.»



Relevant tolkningserklæring ved ratifikasjon av CRPD

«Norge anerkjenner at ethvert menneske med nedsatt funksjonsevne har rett til frihet og personlig sikkerhet og en rett til respekt for sin fysiske og psykiske integritet på lik linje med andre. Norge erklærer videre som sin forståelse at konvensjonen tillater tvungen omsorg og behandling av mennesker, herunder tiltak iverksatt for å behandle psykiske lidelser, når omstendighetene gjør slik behandling nødvendig som en siste utvei, og behandlingen er undergitt rettssikkerhetsgarantier.»



Dom som illustrerer at vilkårene blir prøvet:

Agder lagmannsrett - LA - 2016 - 80832

Forholdet til [EMK art. 5](#) er ikke påberopt hverken for tingretten eller lagmannsretten. Spørsmålet er likevel drøftet av tingretten, jf. dommens s. 14, der det heter:

«EMK art 5 (1) lyder slik i norsk språkdrakt:

«Enhver har rett til personlig frihet og sikkerhet. Ingen må bli berøvet sin frihet unntatt i følgende tilfelle og i samsvar med en framgangsmåte foreskrevet ved lov..»

Fra [Ot.prp.nr.57 \(1995–1996\)](#) hitsettes:

«EMK art 5 definerer ikke nærmere hva som ligger i begrepet «personlig frihet»..»

Og «Det vil være en flytende grense mellom ulovlig frihetsberøvelse og andre frihetsinnskrenkninger som faller utenfor. Fastleggelsen av om det foreligger en krenkende frihetsberøvelse i konvensjonens forstand, skal skje konkret ut fra intensiteten av restriksjonen, jf dommene Guzzardi A no 39 av 06.11.80 og Ashingdane A no 93 av 28.05.85. Om en krenkende frihetsberøvelse foreligger, må avgjøres ut fra en samlet vurdering av inngrepets art, virkning, varighet og gjennomføringsmåte.»

Retten finner at tiltakene ikke innebærer en frihetsberøvelse som rammes av EMK art 5 (1), selv om de innebærer frihetsinnskrenkninger.»



«Lagmannsretten er enig med det som her er uttalt med følgende tilføyelse: Konvensjonsbestemmelsen har som hovedsiktemål å sikre en forsvarlig saksbehandling og etterkontroll av administrative vedtak om tvang og maktbruk. Saksbehandlingsreglene i omsorgstjenesteloven sikrer at vedtakene treffes i samråd med faglige organer med påfølgende obligatorisk etterkontroll fra fylkesmannens side. Det er klagerett til fylkesnemnda og vedtaket er gjenstand for årlig fornyet vurdering. Vedtakene kan bringes inn for rettslig etterkontroll ved domstolene med en omfattende prøvelsesadgang og med pålegg om høy prioritet i saksbehandlingen, jf. [tvisteloven § 36-5](#) første ledd. Det er lagmannsrettens oppfatning at den som rammes av tvangsvedtak derfor sikres en forsvarlig behandling innen rammen av [menneskerettsloven § 2](#) og [§ 3](#), jf. EMK art.5 (1) og 6 (1). Det vises til [NOU 2001:32 A s. 516](#) flg. og Schei, Tvistloven. 2. utg. s. 1300 – 1307.»



Vil beslutningsstøttende tiltak med en funksjonstest, samt nødrettliggende bestemmelser kunne erstatte kapittel 9?

Hvilke brukere er bak tvangsvedtakene?



Oversikt 43 overprøvede vedtak med tiltak etter bokstav c- hindring av tilgang til vann/eiendeler

- Antall personer som kun har diagnosen utviklingshemming – 4
- Antall personer som har diagnosen utviklingshemming og en tilleggsdiagnose som ikke er rent somatisk –39

Grad av utviklingshemming

- Uspesifikk - 11
- Lett - 11
- Moderat - 5
- Alvorlig - 16
- Dyp – 0

Tilleggsproblematikk

- Autisme diagnoser – 21
- ADHD og lignende – 4
- Bipolar lidelse og lignende – 14
- Andre syndromer – 11
- Andre nevrologiske, organiske psykiske lidelser - 9
- Til sammen andre diagnoser - 58



Oversikt 43 overprøvde vedtak med tiltak etter bokstav c- hindring av tilgang til mat/drikke

- Antall personer som kun har diagnosen utviklingshemming – 6
- Antall personer som har diagnosen utviklingshemming og en tilleggsdiagnose som ikke er rent somatisk –34

Grad av utviklingshemming

- Uspesifikk - 8
- Lett - 13
- Moderat - 7
- Alvorlig - 12
- Dyp – 0

Tilleggsproblematikk

- Autisme diagnoser – 17
- ADHD og lignende – 1
- Bipolar lidelse og lignende – 11
- Andre syndromer – 10
- Andre nevrologiske, organiske psykiske lidelser - 5
- Til sammen andre diagnoser - 44



Vil de endringer som foreslås i lys av prinsippet om selvbestemmelse svekke rettsikkerheten til de brukerne som er bak vedtakene etter kapittel 9?



Høringsuttalelse fra Fylkesmannen i Oslo og Akershus til NOU 2016:17

På lik linje:

«Et større antall utviklingshemmede med moderat eller alvorlig utviklingshemming som har skadeavvergende tiltak for å forhindre selvskading eller angrep på andre vil kognitivt vanskelig kunne ta stilling til hvordan deres egen utfordrende atferd skal reguleres. For begge disse gruppene med utviklingshemmede svekkes rettsikkerheten betraktelig ved at fokus flyttes over til selvbestemmelse. Lovendringen som utvalget foreslår kan få utilsiktede konsekvenser ved at lovbestemmelser som skal sørge for kontroll med tiltak de ikke kan uttale seg til, bortfaller.»

Vil vurdering av beslutningsevne treffe målgruppen?

Kan det være i tråd med brukers selvbestemmelse å legge vekt på andre forhold enn den uttalte?



- Forts. «Tallene som avdekker en økning i tvangsbruk slik det vises til under kapittel 12 blir tatt til inntekt for at det brukes mer og mer tvang overfor utviklingshemmede. Vår oppfatning er at det fremdeles er slik at økningen representerer økning i registrert tvangsbruk, ikke en økning i reell tvangsbruk. Jevnlig får Fylkesmannen informasjon om brukere som har hatt begrensninger som faller innunder kapittel 9 i flere år uten at det er fattet vedtak. Vår oppfatning er heller ikke at det i tjenesten er slik at man ikke har forsøkt andre løsninger eller iverksatt forebyggende tiltak før det fattes vedtak. I mange saker har man over tid unnlatt å bruke tvang og makt med den konsekvens at brukere har påført seg selv, medbeboere eller ansatte vesentlig skade i kommunens omsorg. Dette er både i strid med den plikten kommunen har til å yte bistand og omsorg overfor sine innbyggere etter § 3-1 og kravet til forsvarlighet i § 4-1 og vil kunne stride med internasjonale konvensjoner Norge er forpliktet av.»



Hvorfor er det så store variasjoner i antall vedtak etter kapittel 9?

Tilsynsmeldingen for 2018 viser store variasjoner (lysark 1)

Det er også store variasjoner innad i regionen (lysark 2)



Fylkesmennene i Østfold, Oslo og Akershus, Buskerud

Behandlet i perioden: 01.01.2018 - 31.12.2018

Sakstype: Helse- og omsorgstjenesteloven kap. 9

	Beslutninger om tvang i nødssituasjoner				Vedtak om bruk av tvang for skadeavverging / dekking av grunnleggende behov						
	Antall meldte beslutninger	Antall personer beslutningene gjaldt	Antall klagesaker	Gitt helt eller delvis medhold i klagesakene	Antall overprøvde vedtak	Antall godkjente vedtak UTEN endring	Antall godkjente vedtak MED endring	Antall godkjente vedtak med innvilget dispensasjon	Personer med godkjent vedtak per 31.12.2018	Antall påklagde vedtak	Antall sted-lige tilsyn
Fylkesmannen i Østfold (t.o.m. 2018)	1608	53			38	36	0	26	36		8
Oslo og Akershus (t.o.m. 2018)	5409	414	1		242	202	29	199	223		37
Buskerud (t.o.m. 2018)	530	77			98	80	7	52	84		6
I alt	7547	544	1	0	378	318	36	277	343	0	51



	Beslutninger om tvang i nødssituasjoner				Vedtak om bruk av tvang for skadeavverging / dekking av grunnleggende behov						
	Antall meldte beslutninger	Antall personer beslutningene gjaldt	Antall klagesaker	Gitt helt eller delvis medhold i klagesakene	Antall overprøvede vedtak	Antall godkjente vedtak UTEN endring	Antall godkjente vedtak MED endring	Antall godkjente vedtak med innvilget dispensasjon	Personer med godkjent vedtak per 24.05.2019	Antall påklagde vedtak	Antall sted-lige tilsyn
Fylkesmannen i Oslo og Viken	914	128			75	55	18	52	68		3
Innlandet	503	54			53	48	5	48	53		7
Vestfold og Telemark	200	49			54	43	7	48	44		1
Agder	134	40			54	46	8	43	116		9
Rogaland	2573	62			58	44	10	51	113		
Vestland	480	84			78	72	4	49	62		18
Møre og Romsdal	172	33			33	16	7	15	92	1	2
Trøndelag	774	51			49	43	0	18	117		5
Nordland	58	21			22	21	1	19	46		4
I alt	5808	522	0	0	476	388	60	343	711	1	49



Til sammenligning med Vestland og Møre og Romsdal er Oslo og Viken ikke i mål når det gjelder å rulle opp tvangsbruk.

Fylkesmannen i Oslo og Viken intensiverer arbeidet med å avdekke tvang som allerede er iverksatt eller som burde iverksettes på grunn av en vesentlig skade.



Hva kan høye tall skyldes?

- Lite forskning på dette
- Høye tall blir noen ganger tatt til inntekt for at det brukes mer faktisk tvang
- Er det slik eller vil mer kompetanse på kapittel 9 kunne medføre at flere vedtak kommer frem i lyset?
- Hvorfor må Fylkesmannen jobbe mer for å «få ut vedtak» i noen bydeler og kommuner enn andre?
- Flere kommuner og bydeler har de siste årene bygget opp kompetansen på kapittel 9
- Rapportering fra Lørenskog kommune av 1. april er illustrerende:



«Lørenskog kommune har fattet totalt 10 vedtak etter kap. 9. Eksempler på bruk av tvang/makt i disse vedtakene er redusert tilgang på mat, redusert tilgang på gjenstander, ulike varianter av fysisk holding/føring, og fotfølging utenfor eget hjem. Det har vært en økning i antall vedtak de siste årene. Det er nok flere årsaker til det. Bo- og omsorgstjenesten ansatte i 2014 to rådgivere som skulle bistå avdelingene på faglige områder, deriblant kap. 9. Begge rådgiverne hadde lang erfaring fra spesialisthelsetjenesten (habiliteringstjenesten for voksne), og dette førte nok til et større fokus mot blant annet tvang og makt. Det er opprettet kommunal ressursgruppe i tvang og makt der alle avdelinger har representanter. Gruppen møtes hver 4. uke til drøftinger og refleksjoner. Gruppen har også hatt ansvar for kurs og work-shops i kap. 9 til ansatte i kommunen, og har utarbeidet materiell som brukes i avdelingene (sjekklister, internkontroll mm). Gruppen holder også work-shop om kap. 9 på nasjonale seminarer.

I løpet av siste halvår har Bo- og omsorgstjenesten innført felles fagmøtemal der tvang/makt/kap. 9 er fast tema uavhengig av om det er vedtak etter kap. 9 på avdelingene, eller ikke. På denne måten holdes temaet varmt også på steder der kap. 9 ikke er en del av hverdagen. Fra 2019 har kommunen inngått avtale om bruk av ekurs i kap. 9 for alle ansatte i Bo- og omsorgstjenesten. I 2018 sendte Lørenskog kommune 132 enkeltmeldinger om bruk av tvang/makt. Omtrent halvparten av disse ble skrevet av Bårlikogen 9, avlastning. Det var to avdelinger som ikke sendte noen enkeltmeldinger. »



«Lørenskog kommune gir, gjennom opplæring, kursing og bruk av ressursgruppen, tjenesteyterne kjennskap til de juridiske rettigheter som ligger til grunn for kap. 9. Gjennom refleksjon og work-shops tas grensetilfeller opp til diskusjon, og man har en åpen dialog omkring grensetilfeller. Det er ingen kommunal føring på om vi har for mange eller for få vedtak. Det fattes vedtak der det er fare for vesentlig skade og forebygging eller alternative tiltak ikke er tilstrekkelig. Vi mener derfor å ha tatt de vedtak vi bør, ut i fra den enkeltes situasjon. De ansatte oppfordres til å tilkjenne utfordringer som kan omfatte kap. 9, og dette tas opp i alle fagmøter.»

«Utover det ser det ut til at Lørenskog kommune med stor sannsynlighet kommer til å fornye eksisterende vedtak da de forhindrer/reduserer vesentlig skade. Kommunen ser det ikke som negativt å ha en høy prosentandel vedtak. Vi mener heller at det viser at vi har gode tjenester som fanger opp når det er fare for vesentlig skade. Og når forebyggende eller alternative tiltak ikke fungerer, gir kommunen god omsorg til tjenestemottakerne ved å benytte den tvang/makt som er nødvendig for at de ikke skal påføre seg selv eller andre vesentlig skade.

Det vil alltid være en sjanse for at det benyttes mer eller mindre tvang og makt enn hva som rapporteres eller fattes i vedtak. Lørenskog kommune jobber hver dag for å redusere sjansen for at det skjer, gjennom opplæring, veiledning, og faglig og etisk refleksjon.»



Hva kan lave tall skyldes? Tre delvis overlappende teser:

- Det er stort fokus på arbeid med forebyggende tiltak og bemanning slik at det ikke er nødvendig med planmessig tvang.
- Det er et tegn på underrapportering: man bruker tvang som det ikke er fattet vedtak om.
- Det oppstår en praksis for at man i forholdsmessighetsvurderingen legger avgjørende vekt på brukers autonomi. (Konsekvensen kan bli at bruker påfører seg selv eller andre en vesentlig skade fordi man ikke griper inn med et systematisk vedtak, jf. tilsynssaker).



Synet på tvang og fremtiden til regelverket (Østenstad-NOU- en)

- Hvordan spiller synet på tvang inn på spørsmålet om man skal bruke tvang?
 - Heller ikke mye forskning på dette.
 - Tilsynserfaring: mange er redde for å bruke tvang.
 - Fokus på omsorgstvang som utelukkende negativt kan påvirke opinionen.
- Vil et kapittel 9 – vedtak kunne være med på sikre bedre kommunale helse- og omsorgstjenester?
- Hvordan vil fremtiden til regelverket se ut?
- Vil kommunene være tjent med et regelverk? Se klipp fra Kommunal rapport
- Oppfordring: Skriv uttalelse til NOU fra Østenstad-utvalget. Dere kjenner brukergruppen bedre enn noen andre!



Kommunal rapport 28. februar

- Om samtykkekompetanse som et vilkår for vergemål



«Fylkesmannen i Innlandet peker på at han ikke er kjent med at noen av de andre nordiske landene tolker konvensjonen på samme måte som departementet.

«Norge er etter FN-konvensjonen CRPD forpliktet til å ivareta rettighetene og beskyttelsesbehovet til personer som selv ikke er i stand til dette, på lavest mulig nivå», skriver fylkesmennene.

– Vi er engstelige for at resultatet av lovendringen er at en gruppe mennesker, som ikke klarer seg selv, blir stående igjen uten nødvendig bistand. Dette utfordrer forpliktelsene vi har til å hjelpe disse personene, og vi mener at lovendringen blir gjennomført uten noen utredning av konsekvensene, sier Eldbjørg Sande.»

«KS var ikke klar over at den nye lovtolkningen vil kunne påvirke kommunenes økonomi, og har ikke vært høringsinstans til lovendringen. Fylkesmennene mener at et resultat av endringen av lovforståelsen vil føre til at mange personer som ikke klarer å ivareta egne interesser, men som motsetter seg vergemål, vil miste muligheten til å få den hjelpen de trenger. På denne måten kan de bidra til å forringe sin egen levestandard, og faren er at de mister kontrollen over egen økonomi. Dette mener fylkesmennene vil kunne ramme kommunene.

– Mange av personene som ikke klarer å ivareta egne interesser vil ikke klare å holde kontroll over egen økonomi. Disse vil bli ført over til kommunale sosialtjenester, og på denne måten belaste kommunens økonomi ved at de får behov for sosialhjelp, sier avdelingsdirektør for vergemålsavdelingen i Oslo Viken, Eldbjørg Sande»

«Jeg synes det er interessant å registrere at fylkesmennene mener at lovendringen kan ha en effekt på kommunene, og dette tilsier at vi kanskje burde vært hørt i denne saken. Dette må vi ta en diskusjon på internt, sier KS-leder Gunn Marit Helgesen.»



Hvordan kan bydelen jobbe med kvalitetssikring på kapittel 9 ?

- Skal bydelene/kommunen overta Fylkesmannen sin jobb?
- Nei, men det er fordeler med å være mer på: kontroll på tvangen gir bedre tjenester. Kapittel 9 -vedtak koster, men noen brukere *kan* gå til 3:1, 4:1 og 5:1 uten kapittel 9 vedtak.
- Kvalitetsrådgivere er bra, men også stedlige ledere må kurses i internkontroll.
- Verktøy i veileder til forskrift om ledelse- og kvalitetsforbedring
- Utarbeide egne systemer for internkontroll.
- Egentilsyn: legge fra seg silkehanskene og be om dokumentasjon, dokumentasjon, dokumentasjon.

Er det ikke dokumentert er det ikke gjort!



Diskusjon om kapittel 9

- Er det fremdeles mørketall på kapittel 9?
- Er det slik at tvang legitimerer tvang? Fostrer vedtak flere vedtak?
- Hva skyldes de geografiske forskjellene når det gjelder tvang?
- Hvordan utførlig opplever du at kommunene gjør rede for forholdsmessighetsvurderingen i sine vedtak?
- Hvilken vesentlig skade kan tolereres dersom bruker er imot tiltak som skal sikre vedkommendes grunnleggende behov?
- Bør det i fremtiden være mulighet for å bruke tvang for å forhindre rusmisbruk eller kriminalitet slik det er i dag?
- Har du opplevd at selvbestemmelse har blitt brukt som forklaring når en bruker har blitt utsatt for vesentlig skade ved at det ikke har blitt fattet vedtak etter kapittel 9?
- Er kapittel 9 et diskriminerende regelverk? (Eller ivaretar diagnosekriteriet et saklig formål?)
- Hvis ja, hva skal det erstattes av?
- Hvilke utfordringer, hvis noen, ser du når det gjelder å måle brukers evne til å ta beslutninger i eget liv?
- Vil de endringer som foreslås i lys av prinsippet om selvbestemmelse svekke rettsikkerheten til de brukerne som er bak vedtakene etter kapittel 9?
- Hvordan skal brukers beslutningsevne måles dersom bruker ikke har muligheter til å kommunisere eller vedkommende ut ifra sin fungering ikke kan ta stilling til spørsmålet?
- Kan det være i tråd med brukers selvbestemmelse å legge vekt på andre forhold enn den uttalte?
- Er det noen saker selvbestemmelse i realiteten vil være «pårørendebestemmelse»?

