

Rettslig grunnlag for bruk av tvang på sykehjem ved fare for andre

30.6.2021 (2020/577)

Saken gjelder Statsforvalteren i Innlandets, tidligere Fylkesmannen i Innlandets, behandling av en tilsynssak om bruk av tvang på sykehjem mot en dement pasient uten samtykkekompetanse. Pasienten hadde i flere tilfeller blitt holdt fast og ført inn på eget rom for skjerming, i noen tilfeller med låst dør, etter at han hadde opptrådt truende og aggressivt mot sykehjempersonalet og andre beboere. Ved avgjørelsen av tilsynssaken mente Statsforvalteren at disse tiltakene hadde tilstrekkelig hjemmel i forskrift for sykehjem og boform for heldøgns omsorg og pleie § 3-3.

Under sakens behandling her kom Statsforvalteren til at sykehjemsforskriften § 3-3 ikke ga rettslig grunnlag for tvangsbruken. Statsforvalteren mente nå at det var brukt tvang uten hjemmel i lov, og at konklusjonen i tilsynssaken skulle ha vært at det forelå brudd på forsvarlighetskravet etter helse- og omsorgstjenesteloven § 4-1. Statsforvalterens fornyede vurdering synes riktig, men saken gir likevel grunn til enkelte merknader.

Ombudsmannen er kommet til at sykehjemsforskriften § 3-3 ikke kan gi rettslig grunnlag for tvangstiltak. Det var derfor riktig av Statsforvalteren å endre sin vurdering. Tvangstiltakene i

denne saken hadde ikke hjemmel i sykehjemsforskriften, og den aktuelle tvangsbruken faller utenfor virkeområdet til pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4A.

Statsforvalteren kom til at heller ikke reglene om nødrett og nødverge fikk anvendelse. Ombudsmannen har ikke vurdert den konkrete lovmessigheten av de enkelte tiltakene opp mot disse reglene, men er enig i at hyppigheten av tiltakene tilsier at det kan være snakk om rutinemessig bruk av tvang.

Ombudsmannen bemerker generelt at tilsynssaker om vurdering av pliktbrudd som omhandler tvang «hjemlet» i straffelovens bestemmelser om nødrett og nødverge, bør undergis en særlig grundig og samvittighetsfull behandling hos tilsynsmyndigheten, da det i liten grad foreligger andre rettslige kontrollmekanismer.

Saken avsluttes her med disse merknadene.

Sakens bakgrunn

A, heretter pasienten, hadde en alvorlig grad av demens. Fra høsten 2017 ble han tildelt langtidsopphold ved Y sykehjem i X kommune. Han var ikke samtykkekompetent. Pasienten ga flere ganger uttrykk for at han ville forlate sykehjemmet. Senere samme høst ble han overflyttet til Z sykehjem. Pasienten hadde en uforutsigbar og utagerende atferd.

Mens pasienten var på Z, grep sykehjempersonalet flere ganger inn i situasjoner der han opptrådte truende og aggressivt mot personalet selv og andre sykehjemsbeboere. Det er dokumentert at pasienten gikk eller forsøkte å gå til fysisk angrep mot medbeboere og ansatte, og at pleiere ble sparket og slått. I slike situasjoner ble pasienten med makt holdt og ført inn på eget rom for skjerming til situasjonen roet seg. Det er blant annet journalført at personalet «tok godt tak i ham og fulgte ham på rommet», at pasienten ble «ført inn på rommet under tvang», og at han ble «løftet ... opp med et grep rundt armene og overkroppen» og båret inn på rommet. Det er også dokumentert at pasienten sparket og slo i døren, og «røsket» i dørhåndtaket. Noen ganger ble døren til rommet

hans låst utenfra. Pasienten var isolert på rommet sitt i opptil 30 minutter uten personell til stede i rommet. Ut fra journalen ser det ut til å ha vært seks tilfeller av skjerming på eget rom bare i perioden 5. desember 2017 til 15. januar 2018.

Pasient- og brukerombudet i Hedmark og Oppland anmodet på vegne av pasientens nærmeste pårørende, B, om en vurdering av mulig pliktbrudd, jf. pasient- og brukerrettighetsloven (pbrl.) § 7-4. Statsforvalteren i Innlandet opprettet tilsynssak. Saken gjaldt blant annet spørsmålet om pasienten hadde fått forsvarlige tjenester når det ikke var fattet vedtak om bruk av tvang.

I avgjørelsen 13. februar 2019 kom Statsforvalteren til at det skulle ha vært fattet vedtak om tilbakeholdelse i helseinstitusjon etter pasient- og brukerrettighetsloven § 4A-5 ved Y sykehjem. Kommunen hadde derfor brutt plikten til å gi forsvarlige helsetjenester etter helse- og omsorgstjenesteloven (hol.) § 4-1, jf. § 3-1.

Statsforvalteren fant derimot ikke at det burde ha vært fattet vedtak om tilbakeholdelse ved Z sykehjem, fordi de kom til at pasienten ikke hadde motsatt seg å være der. De tiltakene sykehjemmet hadde benyttet i situasjonene hvor pasienten hadde vært til fare for helsepersonellet og andre beboere var etter Statsforvalterens vurdering tilstrekkelig hjemlet i regelen om beskyttelsestiltak i forskrift for sykehjem og boform for heldøgns omsorg og pleie § 3-3. Statsforvalteren påpekte imidlertid at dette er inngripende tiltak som må være så korte som mulig, og at pasienten må holdes under oppsyn. Statsforvalteren kom dermed til at det ikke var grunnlag for å påpeke lovbrudd ved Z sykehjem.

Pasienten nærmeste pårørende klaget saken inn for ombudsmannen. Hun mente blant annet at pasienten urettmessig hadde blitt låst inne mot sin vilje.

Klage ble også fremsatt av Pasient- og brukerombudet i Hedmark og Oppland. Ombudet anførte at det var feil rettsanvendelse å vise til regelen om beskyttelsestiltak i forskrift for sykehjem og boform for heldøgns pleie og omsorg § 3-3. Ombudet fremhevet særlig at det i X kommunes interne prosedyrer gikk fram at nødrett kunne benyttes som rettsgrunnlag for å hindre pasienten i å skade seg selv eller andre, og mente at det av kommunens svar i tilsynssaken fremgikk at slike tiltak ble brukt regelmessig.

Våre undersøkelser

Etter å ha innhentet og gjennomgått sakens dokumenter, fant vi grunn til å undersøke den delen av tilsynssaken som rettet seg mot oppholdet ved Z sykehjem og bruk av tvang. Vi stilte blant annet flere spørsmål om Statsforvalterens vurderinger av aktuelle hjemmelsgrunnlag for de aktuelle tiltakene. Videre spurte vi om det er særskilt grunn til å prioritere saker om bruk av tvang som anføres hjemlet i nødrett/nødverge ved anmodning om tilsyn/pliktbruddvurdering etter pasient- og brukerrettighetsloven § 7-4.

I svar 14. desember 2020 på vår undersøkelse 6. oktober 2020, skrev Statsforvalteren i Innlandet blant annet at de ikke hadde vurdert pasientens utagerende atferd som motstand mot å være på Z sykehjem, men som en konsekvens av hans demenssykdom og manglende evne til å oppfatte hva som skjedde i sosiale situasjoner, og at det derfor ikke var grunnlag for å fatte vedtak om tilbakeholdelse i sykehjemmet.

Etter Statsforvalterens vurdering falt også den aktuelle holdingen og skjermingen utenfor virkeområdet til pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4A, fordi vedtak etter kapittel 4A bare kan begrunnes i hensynet til pasienten selv. Straffelovens bestemmelser om nødverge og nødrett kunne heller ikke komme til anvendelse i denne saken. Om bruk av forskrift for sykehjem og boform for heldøgns omsorg og pleie § 3-3 skrev Statsforvalteren blant annet i svaret hit:

«Vi vurderer dermed i ettertid at forskriften ikke gir rettsgrunnlag for skjermingen på rommet. Det var ikke tilstrekkelig hjemmel i forskriftens 3-3 til å føre pasienten inn på eget rom og låse han inne.»

I brev 21. desember 2020 herfra, stilte ombudsmannen spørsmål om svaret hit 14. desember 2020 innebar at Statsforvalteren nå mente at det i denne saken ble brukt tvang uten hjemmel i lov. Vi ba også om svar på hvilken betydning det i så fall hadde for avgjørelsen 13. februar 2019 og eventuell videre oppfølging.

Til dette svarte Statsforvalteren i brev 4. februar 2021 blant annet følgende:

«Statsforvalteren vurderer at det i denne saken ble brukt tvang uten hjemmel i lov.»

Statsforvalteren skrev at dette innebar at konklusjonen i avgjørelsen 13. februar 2019 skulle ha vært annerledes. Etter deres vurdering var uhjemlet bruk av tvang i denne saken et brudd på forsvarlighetskravet i helse- og omsorgstjenesteloven § 4-1, jf. helsepersonelloven § 4.

Statsforvalterens svar er nærmere omtalt under ombudsmannens syn på saken.

Klageren har ikke kommet med merknader.

Ombudsmannens syn på saken

1. Innledning

Saken gjelder Statsforvalteren i Innlandets behandling av en tilsynssak om bruk av tvang på sykehjem mot en dement pasient uten samtykkekompetanse.

Undersøkelsene herfra har rettet seg mot Statsforvalterens vurdering av bruk av tvang i form av holding, skjerming og isolering på pasientens rom i situasjoner der han var til fare for andre beboere og helsepersonellet selv. De sentrale spørsmålene for ombudsmannen har vært om det forelå rettslig grunnlag for tvangsbruken, og hvordan Statsforvalteren har behandlet anførselene om ulovlig tvang.

Under sakens behandling her har Statsforvalteren endret oppfatning. De har nå kommet til at det ble brukt tvang uten hjemmel i lov ved Z sykehjem, og at dette var brudd på forsvarlighetskravet. Statsforvalterens fornyede vurdering av de spørsmål Sivilombudsmannens undersøkelse særlig gjaldt, synes riktig. Ombudsmannen har likevel funnet grunn til å komme med noen merknader til saken.

2. Mulige rettslige grunnlag for tvang

Det forvaltningsrettslige legalitetsprinsippet, som er nedfelt i Grunnloven § 113, krever at det offentliges inngripen i borgernes rettssfære har hjemmel i lov. Tvang er et særlig integritetsinngripende tiltak og forutsetter en klar lovhjemmel.

Også menneskerettighetene setter strenge begrensninger for bruk av tvang i forbindelse med helse- og omsorgstjenester. Tvang kan kun brukes dersom det har hjemmel i lov, og er nødvendig og forholdsmessig i det enkelte tilfellet, jf. den europeiske menneskerettighetskonvensjonen artikkel 5 nr.1 e og artikkel 8. Jo mer inngripende et tiltak er, desto strengere krav stilles til beslutningstakernes vurderinger og begrunnelser.

Helse- og omsorgstjenesteloven § 12-4 gir særlige bestemmelser ved opphold i institusjon, herunder regler om hvilke innskrenkninger som kan gjøres i den enkeltes selvbestemmelsesrett og integritet. En yttergrense er fastsatt i § 12-4 tredje ledd, som fastslår at det ikke er tillatt å bruke innelåsing i enerom, andre tvangstiltak eller å føre kontroll med beboernes korrespondanse, med mindre det er tillatt ved lov eller forskrifter som nevnt i bestemmelsenes fjerde ledd. Det er kun gitt regler som gjelder tvang for institusjoner for personer med rusmiddelproblemer i medhold av fjerde ledd.

I en tilsynssak om tvang vil det være sentralt å vurdere om tvangen har tilstrekkelig rettslig grunnlag – eller om den er ulovlig. Ombudsmannen kommer nedenfor inn på de aktuelle grunnlagene for tvang og Statsforvalterens vurdering av dem.

2.1 Pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4A

Pasient- og brukerrettighetsloven § 4A-3 regulerer adgangen til å gi somatisk helsehjelp til pasienter uten samtykkekompetanse som motsetter seg helsehjelpen. Dersom vilkårene er oppfylt, kan helsehjelpen gjennomføres med tvang eller andre tiltak for å omgå motstand hos pasienten, jf. § 4A-4 første ledd.

Ombudsmannen deler Statsforvalterens vurdering av at tvangsbruken i denne saken faller utenfor virkeområdet til pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4A. Som påpekt i svaret hit 14. desember 2020, er et av vilkårene for at kapittel 4A kan komme til anvendelse at unnlattelse av å gi helsehjelp kan føre til vesentlig helseskade for pasienten selv.

Kapittel 4A gir ikke adgang til å fatte vedtak om tiltak for å ta vare på andre beboere ved et sykehjem, eller personalet. Det regulerer ikke nødssituasjoner. I forarbeidene til kapittel 4A, Ot.prp.

nr. 64 (2005-2006) pkt. 4.6.5.4, er det særskilt påpekt at lovverket ikke gir hjemmel for å bruke bevegelsehindrende tiltak for å redusere mobiliteten når pasienten er aggressiv, eller på annen måte kan oppleves som plagsom. Det er heller ikke adgang til å isolere pasienter på eget rom med grunnlag i kapittel 4A, jf. forarbeidene pkt. 4.6.5.3, se også hol. § 12-4.

2.2 Forskrift for sykehjem og boform for heldøgns omsorg og pleie § 3-3

Etter sykehjemsforskriften § 3-3 første punktum er det «ikke hjemmel for å benytte tvangstiltak i boformen». I andre punktum står det videre at «[v]ed behov kan beskyttelsestiltak benyttes for å beskytte beboerne mot å skade seg selv, og for å beskytte andre beboere». Forskriften definerer ikke nærmere hva som skal regnes som «beskyttelsestiltak». Beskyttelsestiltak er i utgangspunktet noe annet enn tvangstiltak, og en nærliggende tolkning av bestemmelsen er at forskriften kun hjemler beskyttelsestiltak som ikke innebærer noen tvang. Ut fra ordlyden alene er det likevel noe uklart om annet punktum kan være ment som et unntak fra første punktum – og dermed kunne gi grunnlag for beskyttelsestiltak som innebærer elementer av tvang.

Sykehjemsforskriften ble gitt i 1988 og § 3-3 er senere ikke endret. Opprinnelig var forskriften hjemlet i kommunehelsetjenesteloven § 1-3 femte ledd, som ga departementet myndighet til å treffe «nærmere bestemmelser» om blant annet drift av sykehjem og boform for heldøgns omsorg og pleie. Den er i dag hjemlet i helse- og omsorgstjenesteloven § 13-2 om eldre forskrifter mv. og § 3-2 annet ledd som gir adgang til å gi «nærmere bestemmelser om krav til innhold i tjenestene etter bestemmelsen her, herunder bestemmelser om kompetansekrav for ulike typer tjenester». Forskriften er ikke hjemlet i hol. § 12-4 fjerde ledd, som åpner for å gi regler om enkelte tvangstiltak.

Bruk av tvang ligger i kjerneområdet for legalitetsprinsippets krav om klar lovhjemmel. Adgangen til å gi bestemmelser om rett til å utøve tvang fremgår ikke av forskriftshjemmelen. Dette – sammenholdt med at bestemmelsen etter sin ordlyd er noe uklar – taler etter ombudsmannens syn klart for at sykehjemsforskriften § 3-3 ikke kan forstås å gi hjemmel for bruk av tvang.

At forskriften – i motsetning til pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4A og andre lovhjemler som uttrykkelig åpner for bruk av tvang – mangler rettsikkerhetsgarantier som formkrav til beslutninger om beskyttelsestiltak og regler om kontroll, taler også mot at bestemmelsen skal kunne anses å kunne gi rett til å benytte tiltak som innebærer elementer av tvang utover det som følger av annet rettsgrunnlag. Krav om nødvendighet og forholdsmessighet er grunnleggende både etter norsk rett og menneskerettighetene.

Adgang til bruk av tvang ved nødvendig helsehjelp ble nærmere regulert da kapittel 4A ble tilføyd pasient- og brukerrettighetsloven i 2006. Kapitlet regulerer adgangen til å yte nødvendig helsehjelp for å hindre vesentlig helseskade for pasienter uten samtykkekompetanse som motsetter seg helsehjelpen. Et viktig formål var samtidig å forebygge og begrense bruk av tvang, se § 4A-1. Reglene omfatter også helsehjelp som gis i sykehjem.

Sykehjemsforskriften gir etter sin ordlyd adgang til å iverksette beskyttelsestiltak for å beskytte beboeren fra å skade seg selv. Det er, i alle fall delvis, sammenfallende med virkeområdet for kapittel 4A. Også dette trekker i retning av at sykehjemsforskriften ikke kan forstås å gi adgang til å bruke beskyttelsestiltak som samtidig innebærer bruk av tvang. Det er vanskelig å se at forskriften skal kunne gi et alternativt grunnlag for bruk av tvang i sykehjem, som er helt løsrevet fra de reglene som ble gitt ved tilføyselsen av kapittel 4A. Forarbeidene til kapittel 4A, Ot.prp. nr. 64 (2005-2006), trekker heller ikke i den retning.

I omtalen av gjeldende rett i pkt. 4.2 sies det:

«Det kan dessutan nemnast at sjukeheimsforskrifta, gitt med heimel i kommunehelsetenestelova, gir rett til å nytte tiltak for å beskytte bebuarane mot å skade seg sjølve eller andre bebuarar. Ifølgje forskrifta er det likevel ikkje heimel for å bruke tvangstiltak i buforma.»

I omtalen av forslag til ny § 4A-4 tredje ledd (pkt. 4.6.5.4) er det sagt:

«I § 4 A-4 tredje ledd i forslaget er det presisert at rørslehindrande tiltak kan brukast dersom det er nødvendig for å få gjennomført helsehjelpa og dei andre vilkåra i lovforslaget er oppfylte. Lovforslaget dekkjer i all hovudsak dei tiltaka som i dag er omtalte som vernetiltak i § 3-3 i sjukeheimsforskrifta. Til forskjell frå sjukeheimsforskrifta gir ikkje forslaget heimel for å bruke vernetiltak for å ta vare på andre bebuarar. Slik departementet ser det, kan ein sikre andre personar gjennom førebygging og tilrettelegging utan bruk av tiltak som pasienten motset seg.»

De bevegelseshindrende tiltakene som omtales her må ut fra sammenhengen forstås som tvang, og departementet uttaler at disse i all hovedsak vil være de samme tiltakene som de som omfattes av beskyttelsestiltak i sykehjemsforskriften § 3-3. Uttalelsen er uklar, men kan synes å forutsette at sykehjemsforskriften i noen grad kunne gi grunnlag for bevegelseshindrende tiltak som innebærer tvang. Samtidig peker siste setning klart i retning av at departementet la til grunn at det måtte benyttes andre virkemidler enn tvang for å beskytte andre personer.

Det daværende Sosialdepartementet omtalte forskriften i et høringsnotat fra mai 2002 om rettigheter for og begrensnings og kontroll med bruk av tvang m.v. overfor personer med demens. Høringen var et av grunnlagene for lovforslaget til nytt kapittel 4A i pasient- og brukerrettighetsloven. I høringsnotatet punkt 1.5.4 står det blant annet:

«Sykehjemsforskriften gir ikke grunnlag for tvangstiltak utover det som følger av andre rettsgrunnlag. I praksis vil det særlig si straffelovens nødregler ... Bestemmelsene i forskriften er på flere punkter uklare, og bygger på et problematisk skille mellom tvangstiltak, som er forbudt, og beskyttelsestiltak, som er tillatt.»

Tvangsbegrensningslovutvalget (NOU 2019:14) antas å ha samme oppfatning, da de ikke nevner sykehjemsforskriften i sin redegjørelse for de ulike hjemmelsgrunnlag for tvang i helse- og

omsorgssektoren (utredningens kapittel 5), eller i utredningen forøvrig.

Helsedirektoratet har omtalt bestemmelsen i sitt rundskriv med kommentarer til pasient- og brukerrettighetsloven, IS-8/2015. I omtalen av lovens § 4A-4 tredje ledd understreker direktoratet at sykehjemsforskriften § 3-3 ikke åpner for bruk av tvangstiltak:

«Sykehjemsforskriften § 3-3 gir hjemmel til bruk av beskyttelsestiltak ved behov for å beskytte beboerne mot å skade seg selv, og for å beskytte andre beboere. Bestemmelsen i sykehjemsforskriften åpner ikke for bruk av tvangstiltak.»

Et argument som kan trekke i retning av at bestemmelsen om beskyttelsestiltak i § 3-3 annet punktum også kan hjemle enkelte tvangstiltak, er at Høyesteretts mindretall i Sårstelldommen, Rt. 2010 s. 612, har en uttalelse som synes å forutsette dette i avsnitt 46:

«I sykehjemsforskriften § 3-3 er det slått fast at det ikke er hjemmel for å bruke tvangstiltak i boformen. Det er gjort to unntak fra dette; hvor tvang er nødvendig for å beskytte beboeren mot å skade seg selv eller for å beskytte andre beboere.»

Uttalelsen er gitt av mindretallet og var heller ikke avgjørende for mindretallets standpunkt. Utsagnet bygger i tillegg på en forståelse av ordlyden i forskriften § 3-3 som ellers synes å stå i et visst spenn til mindretallets sterke vektlegging av legalitetsprinsippet og krav om tilstrekkelig klart hjemmelsgrunnlag for bruk av tvang. Det er også en mulighet at unntakene som nevnes kan forstås som en henvisning til mer nødrettslige betraktninger.

Etter ombudsmannens syn er det, på tross av mindretallets uttalelse i Sårstelldommen, relativt klart at sykehjemsforskriften § 3-3 ikke gir hjemmel for bruk av tvang. Det er mulig at en slik konklusjon ikke var like klar den gang sykehjemsforskriften ble gitt, men sett i lys av etterfølgende lovgivning, særlig pasient og brukerrettighetsloven kapittel 4A, finner ombudsmannen konklusjonen lite tvilsom i dag.

Statsforvalteren har i denne saken opplyst at de i utgangspunktet mente at «beskyttelsestiltak» kunne omfatte tiltak med elementer av tvang, og at forskriften derfor kunne anvendes som grunnlag for skjerming. I deres fornyede vurdering har de imidlertid vurdert det slik at det uttrykkelig fremgår av direktoratets rundskriv til pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4A at bestemmelsen i sykehjemsforskriften ikke åpner for bruk av tvangstiltak. Ombudsmannen er enig i at sykehjemsforskriften § 3-3 ikke gir en egen hjemmel for bruk av tvang, og er dermed enig i at den ikke kunne gi hjemmel for tvangstiltakene i denne saken.

2.3 Straffelovens bestemmelser om nødrett og nødverge – strl. §§ 17 og 18

X kommune viste i sin uttalelse i tilsynssaken til nødverge/nødrett som hjemmel for «tiltaket med å føre pasienten vekk fra situasjonen, dersom dette kunne oppfattes som tvang».

Statsforvalteren har i svaret hit 14. desember 2020 opplyst at de ved avgjørelsen av saken vurderte om reglene om nødrett og nødverge kunne brukes som hjemmelsgrunnlag, selv om det dessverre

ikke ble dokumentert. Statsforvalterens mente at det etter omstendighetene kan være aktuelt å anvende reglene i straffeloven om nødrett/nødverge dersom pasienten er til fare for andre, men at reglene ikke kom til anvendelse her. Dette ville ifølge Statsforvalteren i tilfelle være «rutinemessig bruk av nødrett/nødverge, som anses som lovstridig». Statsforvalteren imøteså ombudsmannens vurdering av rettslig grunnlag for nødvendig skjerming av enkeltpasienter på helseinstitusjon, da det kunne synes å være «et lovtomt rom».

De strafferettslige reglene om inngrep i nødssituasjoner kan etter omstendighetene komme til anvendelse på helse- og omsorgsfeltet. Straffeloven §§ 17 og 18 er imidlertid i utgangspunktet straffrihetsgrunner, og ikke inngrepshjemler. Selv om det kan tenkes at prinsippene bak bestemmelsene må anses som ulovfestede inngrepshjemler vil konsekvensene av å gå utenfor bestemmelsenes rekkevidde kunne være straffeansvar.

Ombudsmannen anser i likhet med Statsforvalteren at straffelovens bestemmelser om nødverge og nødrett etter forholdene kan få anvendelse og gi adgang til tvangstiltak der en pasient er til fare for andre, som i vår sak. Dette er blant annet også lagt til grunn i Helsedirektoratets kommentarer til pasient- og brukerrettighetsloven § 4A-4 tredje ledd.

Ettersom Statsforvalteren har foretatt en vurdering, og kommet til at straffelovens regler om nødrett og nødverge konkret i saken ikke fikk anvendelse, har ombudsmannen ikke gått nærmere inn på lovmessigheten av tiltakene i de enkelte nødssituasjonene.

Det bemerkes likevel at nødrett og nødverge særpreges av situasjoner med tidsnød. Terskelen for inngrep er høyere ved repeterende nødssituasjoner, da tidligere erfaring vil kunne gjøre det lettere å forutse nødssituasjoner og forebygge dem. Som nevnt ser det i denne saken ut til å ha vært seks tilfeller av skjerming på eget rom bare i løpet av en periode på seks uker. Det var dermed snakk om repeterende tilfeller, og ombudsmannen er enig med Statsforvalteren i at tvangen kan sees på som «rutinemessig».

Videre bemerkes at Tvangsbegrensningslovutvalget i NOU 2019:14 punkt 23.7.1.1 om skillet mellom nødrett og nødverge, skriver at «spørsmålene [ofte er] blitt behandlet under ett og da slik at nødretten har vært hovedtema». Utvalget har foreslått nye bestemmelser som uttømmende regulerer inngrep i nødssituasjoner i helse- og omsorgstjenesten. Forslaget vil innebære at andre rettsgrunnlag, som straffeloven, ikke kan brukes som hjemmel. Utvalgets forslag har foreløpig ikke ledet til at departementet har fremmet forslag til endringer overfor Stortinget.

3. Forsvarlighetskravet

Ombudsmannen er enig med Statsforvalteren i at det overordnede vurderingstemaet i tilsynssaken var om det forelå brudd på plikten til å gi forsvarlige helse- og omsorgstjenester, jf. helse- og omsorgstjenesteloven § 4-1, jf. § 3-1, jf. også helsepersonelloven § 4. Uhjemlet tvang vil imidlertid være klart uforsvarlig og må påpekes i en tilsynssak. Ombudsmannen deler derfor Statsforvalteren syn når de i svaret hit skriver at den uhjemlede bruken av tvang var brudd på forsvarlighetskravet.

Forsvarlighetskravet er en rettslig standard, og det lovmessige minstekravet til helse- og omsorgstjenesten. Det er kommunens ansvar å sørge for å tilby nødvendige – og forsvarlige – helse- og omsorgstjenester. Ansvarer innebærer en plikt til å planlegge, gjennomføre, evaluere og korrigere virksomheten, slik at tjenestenes omfang og innhold er i samsvar med krav fastsatt i lov eller forskrift. Det er gitt nærmere bestemmelser om pliktens innhold i forskrift om ledelse og kvalitetsforbedring i helse- og omsorgstjenesten. Som Statsforvalteren skriver i avgjørelsen 13. februar 2019, innebærer kravet en overordnet plikt til systematisk styring av virksomhetene i helse- og omsorgstjenesten.

Har hendelsesforløpet først kommet så langt at det kan sies å foreligge en nødssituasjon, vil alternativene for å unngå eller begrense bruken av tvang kunne være sterkt begrenset. Det er derfor viktig å arbeide systematisk for å identifisere hva som utløser den utagerende atferden, og hvordan dette kan håndteres best mulig for pasienten ut fra faglige forsvarlighetsvurderinger. Etter ombudsmannens syn er mulige tiltak for å forebygge enda viktigere, når Statsforvalteren nå har kommet til at de tiltakene man har måttet benytte ved utageringer mangler lovhjemmel.

Det foreligger imidlertid ingen nærmere vurdering av sykehjemmets prosedyrer og styringssystemer, og hvordan disse bidrar til å forebygge tvang, eller sikrer at bruk av tvang i nødssituasjoner skjer innenfor rammene av gjeldende lovverk. Det kunne det vært grunn til i en situasjon der den aktuelle tvangen kan synes å ha foregått rutinemessig, og fordi situasjoner med utagerende pasienter, som Statsforvalteren påpeker i svaret hit, «er svært krevende for både virksomheten og ansatt helsepersonell». Sivilombudsmannen legger til at det ikke minst også er krevende for pasienten selv.

4. Statsforvalterens prioritering av tvang ved behandling av tilsynssaken

I undersøkelsene herfra stilte vi spørsmål om Statsforvalterens prioritering av tilsynssaker der bruk av tvang er et tema. Herunder spurte vi om manglende klageadgang ved tvangstiltak som anføres hjemlet i nødverge/nødrett kan tilsi at det er særskilt grunn å prioritere slike saker ved anmodning om pliktbruddvurdering etter pasient- og brukerrettighetsloven § 7-4.

Til dette svarte Statsforvalteren at anmodninger som omhandler bruk av tvang skal prioriteres i henhold til retningslinjer fastsatt av Statens helsetilsyn 3. april 2020, og at de fulgte helsetilsynets retningslinjer.

Vi har tidligere uttalt oss om Statsforvalterens behandling av tilsynssaker som gjelder tvang. I ombudsmannens uttalelse 18. november 2019 (SOM-2018-1950), om mulig pliktbrudd i forbindelse med tvangsinnleggelse etter psykisk helsevernloven, uttalte ombudsmannen:

«Saker om tvang – som befinner seg i legalitetsprinsippets kjerneområde – krever en grundig og samvittighetsfull behandling. Av hensyn til både den som er utsatt for den påklagde tvangsbruken og fremtidige pasienter, er det viktig at Fylkesmannen foretar korrekte vurderinger og påpeker ulovlig bruk av tvang. Dersom Fylkesmannen feilaktig konkluderer

med at den påklagde tvangsbruken ligger innenfor lovens rammer, vil dette kunne bidra til å opprettholde – og i verste fall forsterke – en ulovlig praksis.»

Demente pasienter uten samtykkekompetanse er en sårbar gruppe, og tvang er et særlig inngripende tiltak. Når slike inngrep «hjemles» i straffelovens bestemmelser om nødverge/nødrett – i mangel av annet rettsgrunnlag – unndras det i tillegg rettslig kontroll. Det er ikke egne inngrepshjemler, det fattes ikke vedtak, og det foreligger ikke klageadgang. Tvangsbruken og situasjonene vil også i varierende grad kunne være dokumentert og beskrevet i pasientjournalen. Tvang som hjemles i nødverge/nødrett skiller seg derfor fra tvang som vedtas etter pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4A, helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 og 10, og psykisk helsevernloven, ved at mange av de sentrale rettsikkerhetsgarantiene som disse lovene gir, da ikke gjelder.

I besøksrapport fra Sivilombudsmannens forebyggingsenhets besøk til Åsgårdstrand sykehjem 1. – 11. desember 2020, er det under henvisning til straffelovens bestemmelser om nødrett og nødverge ved fare for skade på andre beboere eller ansatte, påpekt at regelverket gir lite veiledning til helsepersonell om hvilke situasjoner det kan gripes inn i, og med hvilke virkemidler. Ombudsmannen sier her at «[m]anglende regler om dette gir sårbare beboere et mangelfullt vern mot uforholdsmessig tvangsbruk».

Tvangsbegrensningsutvalget omtaler problemene med tvang hjemlet i nødrett, jf. NOU 2019:14 kapittel 23.3.2.3 og 23.3.2.4, hvor de blant annet uttaler:

«Etter dagens lovverk har en del tvang i praksis kunnet «gjemmes bort» gjennom diffuse henvisninger til nødrett ... En hovedutfordring er at enkeltpersoner kan bli utsatt for omfattende bruk av tvang i nødssituasjoner og ofte over tid.»

Ombudsmannen mener på denne bakgrunn at det er gode grunner til at vurdering av pliktbrudd som omhandler tvang «hjemlet» i straffelovens bestemmelser om nødrett og nødverge, undergis en særlig grundig og samvittighetsfull behandling hos tilsynsmyndigheten.

5. Statsforvalterens oppfølging av pliktbrudd

Når det gjelder videre oppfølging har Statsforvalteren i svaret hit 4. februar 2021 opplyst at de vil ta opp tilsynssaken i møte med kommunen. De vil orientere om at Statsforvalteren nå vurderer saken og konklusjonen i saken annerledes, og diskutere kommunens praksis på området. Statsforvalteren skriver at de på den måten vil sikre seg at kommunens praksis er i tråd med loven. De anser at dette er mer hensiktsmessig for å bidra til å styrke sikkerheten og kvaliteten i helse- og omsorgstjenesten, enn å behandle saken på nytt som en ordinær tilsynssak. Statsforvalteren viser blant annet også til at forholdet ligger langt tilbake i tid, og at «det ikke i seg selv er et mål å peke på ulovlige forhold».

Slik ombudsmannen forstår svaret hit, vil Statsforvalteren ikke foreta en ny behandling der hans nye vurdering og konklusjon vil fremgå av et avsluttende brev.

Ombudsmannen vil bemerke at når Statsforvalteren har tatt til behandling en anmodning om vurdering av mulig pliktbrudd, forutsetter pasient- og brukerrettighetsloven §§ 7-4 og 7-4a at det tas stilling til om det er begått pliktbrudd. Som ombudsmannen også tidligere har uttalt, er det viktig at Statsforvalteren påpeker ulovlig bruk av tvang.

Vi vil også vise til at Statens helsetilsyn har en egen retningslinje for oppfølging og avslutning av tilsyn ved lovbrudd i virksomheter, internserien 8/2011. Her står det blant annet under pkt. 2 at tilsynsmyndigheten i avsluttende brev tydelig skal beskrive hvilke aktiviteter som forventes av virksomheten i arbeidet med å bringe forholdene i samsvar med lovkrav.

Ombudsmannen vil imidlertid fremheve at det er positivt at Statsforvalteren i Innlandet, på bakgrunn av våre undersøkelser, selv har vurdert tvangsbruken og rettsanvendelsen på nytt og endret sin konklusjon, i stedet for å avvente en eventuell anmodning om dette herfra. Det er også positivt at Statsforvalteren vil følge opp saken overfor X kommune.

Ombudsmannen har etter dette kommet til at det ikke er noen grunn til ytterligere oppfølging av Statsforvalteren i denne saken.

Konklusjon

Statsforvalterens fornyede vurdering under ombudsmannssaken synes riktig, men saken gir likevel grunn til enkelte merknader.

Etter ombudsmannens syn gir ikke sykehjemsforskriften § 3-3 rettslig grunnlag for tvangstiltak. Det var derfor riktig av Statsforvalteren å endre sin vurdering. Tvangstiltakene i denne saken hadde ikke hjemmel i forskriften, og den aktuelle tvangsbruken falt utenfor virkeområdet til pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4A.

Statsforvalteren kom til at heller ikke reglene om nødrett og nødverge fikk anvendelse. Ombudsmannen har ikke vurdert den konkrete lovmessigheten av de enkelte tiltakene opp mot disse reglene, men er enig i at hyppigheten av tiltakene kan tilsi at det er snakk om rutinemessig bruk av tvang.

Ombudsmannen bemerker generelt at tilsynssaker om vurdering av pliktbrudd som omhandler tvang «hjemlet» i straffelovens bestemmelser om nødrett og nødverge, bør undergis en særlig grundig og samvittighetsfull behandling hos tilsynsmyndigheten, da det i liten grad foreligger andre rettslige kontrollmekanismer.

Ombudsmannen har etter dette kommet til at saken kan avsluttes her.