



NORGES HØYESTERETT

Den 25. mai 2010 avsa Høyesterett dom i

HR-2010-00902-A, (sak nr. 2010/6), sivil sak, anke over dom,

A (advokat Helge Hjort – til prøve)

mot

X kommune (Kommuneadvokaten i X
v/advokat Espen Hansen – til prøve)

S T E M M E G I V N I N G :

- (1) Dommer **Bårdsen**: Saken gjelder spørsmålet om et kommunalt sykehjem kan skifte sengetøy, utføre kroppsvask og skifte sårbandasjer på en pasient, mot hans vilje. En sentral problemstilling er om pasienten ved å takke ja til sykehjemsplass også aksepterer institusjonens alminnelige krav til personlig hygiene og at pleiepersonalet gjennomfører disse, eller om pasienten med utgangspunkt i pasientrettighetsloven § 4-1 kan nekte vask og stell – også der dette medfører slik sjenanse for de ansatte at forholdene ikke lar seg forene med hensynet til et forsvarlig arbeidsmiljø.
- (2) A er født i 1953. Han ble 7. juli 2006 – med hjemmel i kommunehelsetjenesteloven § 2-1 – etter søknad innvilget langtidsopphold ved Y sykehjem, under Sykehjemsetaten i X kommune. I vedtaket er det vist til at As permanente funksjonstap tilsa at pleie- og omsorgsbehovet ble ivaretatt i sykehjem. Helsetilstanden har i hovedsak vært uforandret siden innleggelsen. A er konstant sengeliggende, har omfattende sårddannelser på begge bena og i underlivet, vesentlige bevegelseshemminger og feilstillinger i bena og i noen grad i armene. Han er inkontinent for urin og avføring – og som følge av tarmsykdom er avføringen flytende. A var før innleggelsen uteligger, og har etter innleggelsen stort sett

motsatt seg aktiv medisinsk behandling. Herunder har han avslått en rekke tilbud om undersøkelser av sårene – som etter det opplyste er nærmest kronisk betente og væskende. Han har også motsatt seg bruk av antibiotika som behandling mot infeksjon i sårene.

- (3) I desember 2006 ble A innlagt akutt på Z sykehus. Ved utskrivning 19. januar 2007 nektet han å la seg tilbakeføre til Y sykehjem. Han ble derfor fraktet på bære med politieskorte. Spesielt etter dette tidspunktet oppstod det stadige konflikter knyttet til vask og stell. Sykehjemsledelsen henvendte seg til ulike hold – blant annet Fylkesmannen i X – for en avklaring av hvilken grad av tvang man hadde adgang til å anvende, og hvordan man nærmere skulle gå frem. Den 30. januar 2007 traff sykehjemmet vedtak om at det skulle utføres ”vanlig stell samt sårstell”, og at dette skulle skje ”uavhengig av pasientens ønsker”.
- (4) Situasjonen ble tiltakende vanskelig utover høsten 2007. I et tverrfaglig drøftingsmøte 24. september – hvor blant annet ledelsen i Y sykehjem, Sykehjemsetaten, Helse- og velferdsetaten og bydelsoverlegen deltok – tok man opp problemene forbundet med at A ”nektet å medvirke til kroppsvask og stell, skifting av sengetøy samt sårstell av sår som antas å være infiserte”. Det ble i denne forbindelse særlig vist til at personalet opplevde situasjonen som ”svært belastende”. I den skriftlige oppsummeringen fra møtet heter det blant annet:

”Det vil ... ikke være aktuelt å gi aktiv medisinsk behandling mot hans ønske. Det kan tillegges at sykehjemmet ikke har gitt A legemidler eller andre medisinske tiltak selv om dette har vært ansett medisinsk indisert. Videre vil sårstell skje ved skifte av bandasjer og uten bruk av mer aktive behandlingstiltak som salver etc.

Vi tar også til etterretning As rett til å bestemme over egen kropp, selv om de valg han foretar kan virke vanskelig forståelig for andre. En respekterer As rett til å utøve kontroll eller manglende kontroll over kroppsvæsker som urin og avføring, men når kroppsvæskene har forlatt kroppen vil sykehjemmet anse seg berettiget til å håndtere disse i henhold til institusjonens rutiner, gjennom nødvendig skifte av klær og sengetøy. Det samme gjelder for sårsekret og bandasjemateriell.

Sykehjemmet vil gjennomføre nødvendig vask og sårstell slik det også gjøres for andre beboere. Arbeidet må kunne gjennomføres på en hensiktsmessig måte, og dette gjelder også i forhold til tidsbruk ... Sykehjemmet vil ikke kreve at sårstell skal skje på et bestemt tidspunkt, men vil gi A 2-3 ulike alternative tidspunkter han kan velge mellom.”

- (5) Den 5. oktober 2007 krevde det lokale verneombudet i samarbeid med hovedverneombudet at As rom på sykehjemmet måtte stenges for vasking og desinfisering. A ble flyttet til badet, og ble der vasket og stelt mot sin vilje. I rapporten om hendelsesforløpet heter det blant annet:

”Pasienten hadde bandasjer på begge legger og føtter som måtte fjernes før vi kunne heise ham ned i karet. Pasienten motsatte seg dette. Vi tok allikevel av bandasjene. På grunn av at pasienten over lengre tid hadde nektet personalet på avdelingen å skifte bandasjer, hadde disse satt seg fast i sårene slik at vi måtte løse de opp med dusj. Sårene er infiserte og svært omfattende. De startet å blø når bandasjene ble fjernet. Det ble så mye blod og sårsekret i badevannet slik at vi valgte å dusje pasienten liggende på heisinnretningen over badekaret.

Hår og skjegg (som han også i lengre tid har nektet å vaske og som var tilgriset med mat og var meget skittent), ble vasket med sjampo. Resten av kroppen, som også var svært skitten, ble vasket med vanlig såpe. Pasientens underliv og sete var tilgriset av urin,

avføring og sårsekret, ble vasket med Lactacyd ... Når pasienten var vasket og tørket, ble alle sårene tildekt med nye, rene kompresser. Dette også mot pasientens vilje.

Før vi skulle kjøre pasienten opp på det renvaskede og desinfiserte rommet, ville vi ta på ham en ren skjorte. Dette motsatte han seg, han ville ha skjorten som var våt, skitten og full av sårsekret. Dette anså vi ikke som forsvarlig, så vi satte på ham en ren skjorte. Denne rev han av seg. Siden vi skulle ut i avdelingen dekket vi han til med flere badelaken ...”

- (6) A henvendte seg 13. november 2007 til Helsetilsynet i X, med en rekke spørsmål knyttet til behandlingen av ham, herunder om det var adgang til å vaske og stelle ham mot hans vilje. I svarbrev 11. desember 2007 uttales det blant annet:
- ”Ut fra opplysninger i saken, er hans manglende personlige hygiene og illeluktende bandasjer til stor sjenanse for andre på avdelingen, både for beboere, pårørende og personell. Helsetilsynet i X finner også at hans atferd er til hinder for å gi ham nødvendig helsehjelp og at det derfor kan settes vilkår til hans atferd så den blir forenlig med den medisinske behandling som er nødvendig, drift av boformen og hensynet til andre beboere, jf. sykehjemsforskriften § 4-4.”**
- (7) A begjærte 14. november 2007 midlertidig forføyning, med påstand om at ansatte ved Y sykehjem – senere endret til X kommune – skulle ”forbys å utføre stell eller pleie av ham uten hans samtykke”. Ved Oslo byfogdembetes kjennelse 15. november 2007 ble begjæringen forkastet. A påkjærte kjennelsen til Borgarting lagmannsrett, som i kjennelse 15. januar 2008 – under dissens – tok begjæringen til følge.
- (8) Lagmannsrettens kjennelse ble anket til Høyesteretts ankeutvalg, som i kjennelse 7. mars 2008 opphevet de tidligere retters kjennelser under henvisning til at det skulle ha vært holdt muntlige forhandlinger, jf. Rt. 2008 side 354. Oslo byfogdembete avsa 20. mai 2008 ny kjennelse i saken, der begjæringen om midlertidig forføyning ikke ble tatt til følge. As anke ble ved Borgarting lagmannsretts kjennelse 14. oktober 2008 forkastet, med den begrunnelse at det ikke forelå sikringsgrunn. Det ble vist til at man etter april 2008 ikke hadde hatt samarbeidsvansker omkring vask og stell. As videre anke ble ved kjennelse 5. desember 2008 forkastet av Høyesteretts ankeutvalg.
- (9) Den 13. januar 2009 fremsatte A ny begjæring om midlertidig forføyning. I begjæringen ble det gjort gjeldende at tvangsstell gjennom hele 2008 var blitt gjennomført ved enkelte anledninger i to typer situasjoner; vask etter avføring og skifte av fuktige bandasjer. Etter initiativ fra rettens side begjærte A samtidig pådømmelse av hovedkravet, jf. tvisteloven § 32-9. Oslo byfogdembete avsa 25. februar 2009 – etter muntlige forhandlinger – dom og kjennelse om at X kommune ikke kunne pleie eller stelle A uten hans samtykke. Kommunen anket dommen og kjennelsen. Ved Borgarting lagmannsretts dom og kjennelse 27. oktober 2009 ble kommunen frifunnet.
- (10) Høyesteretts ankeutvalg tillot 2. februar 2010 As anke over lagmannsrettens dom – bevisbedømmelsen og rettsanvendelsen – fremmet. For Høyesterett har rettsanvendelsen stått i sentrum. Anken over lagmannsrettens kjennelse er ved kjennelse samme dag avvist, ettersom denne innholdsmessig i sin helhet måtte anses konsumert av anken over dommen i hovedsaken.
- (11) For Høyesterett er det fremlagt noen nye dokumenter, herunder skriftlig erklæring fra institusjonssjef ved Y sykehjem, Lena Sand, fra avdelingsoverlege og sykehushygieniker

professor dr. med Bjørg Marit Andersen, fra As tidligere fastlege, Tina Jakobsen, og fra A selv. Men saken står i det helt vesentlige i samme stilling som for de tidligere instanser.

- (12) Ankende part – A – har i korte trekk gjort gjeldende:
- (13) Pasientrettighetsloven § 4-1 slår fast at samtykke som hovedregel er nødvendig for at helsehjelp – herunder i form av pleie og stell – kan iverksettes. Noe generelt samtykke foreligger ikke. At han har akseptert opphold på Y sykehjem kan ikke sidestilles med samtykke. Han har uansett, og utvetydig, trukket et eventuelt slikt samtykke tilbake.
- (14) Det foreligger ikke lovhjemmel for å tvinge A til å tåle pleie og stell, og det er heller ikke annet rettsgrunnlag for dette. Han har krav på helsehjelp i form av opphold på institusjon med heldøgns omsorgstilbud. Man kan ikke begrense denne lovbundne rettigheten ved å stille vilkår. Slike vilkår er ut fra As bakgrunn og situasjon i alle tilfeller uforholdsmessig tyngende for ham. Uansett er vilkår ikke stilt i forbindelse med tildelingen av sykehjemsplassen, og introduksjonen av slike vilkår i ettertid ville representere en uhjemlet omgjøring.
- (15) A har lagt ned slik påstand:
- ”1. X kommune kan ikke utføre stell og pleie av A uten hans samtykke.
 2. A tilkjennes saksomkostninger for byfogdembetet og lagmannsretten.
 3. Det offentlige tilkjennes saksomkostninger for Høyesterett.”
- (16) Ankemotparten – X kommune – har i korte trekk gjort gjeldende:
- (17) Verken tjenestens art, den pleietrengendes begrensede faktiske valgfrihet eller øvrige regler er til hinder for at det ved tildeling av sykehjemsplass forutsettes at den som velger å motta ytelsen også aksepterer rimelige krav til personlig hygiene, jf. den uttrykkelige henvisningen til ”annet gyldig rettsgrunnlag” i pasientrettighetsloven § 4-1. Forvaltningens adgang til å stille vilkår ved ellers begunstigende vedtak er et slikt alternativt rettsgrunnlag.
- (18) Vilkår knyttet til stell og pleie er fullt ut i tråd med helsetilbudets formål, og er ikke uforholdsmessig tyngende. Ved å takke ja til sykehjemsplassen forplikter derfor A seg til å akseptere sykehjemmets retningslinjer for skifte av sengetøy, kroppsvask og sårpleie. Han må ut fra sin helsesituasjon og mangel på førlighet også tåle at de hygieniske behov ivaretas for ham, om nødvendig i strid med hans egne ønsker. De hygieniske tiltakene er påkrevd av hensyn til et forsvarlig arbeidsmiljø for pleierne.
- (19) Forutsetningene knyttet til den personlige hygiene må anses underforstått i selve tildelingsvedtaket, og er derfor virksomme selv om vedtaket ikke uttrykkelig nevner slike forutsetninger. Det må i hvert fall være rom for omgjøring etter alminnelige forvaltningsrettslige regler.
- (20) X kommune har lagt ned slik påstand:
- ”1. Anken forkastes.
 2. X kommune tilkjennes saksomkostnader for samtlige instanser.”

- (21) *Jeg er kommet til at anken ikke fører frem.*
- (22) Jeg legger til grunn at det i hvert fall siden A ble flyttet tilbake til Y sykehjem i januar 2007 har vært konflikter knyttet til ulike sider av hans hygieniske forhold. I noen perioder har vanskelighetene vært moderate. Men samlet sett har As vegring mot vask, sengetøyskift og sårpleie skapt atskillige utfordringer for sykehjemmet. Ikke minst plagene med lukt fra betente sår – eventuelt i kombinasjon med avføring – har representert en betydelig arbeidsmiljømessig belastning, og krevd betraktelige tilpasninger. Jeg nevner som en illustrasjon at det i avtale mellom Sykehjemsetaten og Bydel Æ vedrørende dekning av kostnader for ekstra ressurskrevende bruker A, er fastsatt et månedlig bidrag på 110 000 kroner for ekstra lønn, i tillegg til en grunnpris på 70 000 kroner – samlet 180 000 kroner per måned. Sykehjemmet har utarbeidet egne rutiner for håndtering av tilspissede situasjoner omkring As hygieniske forhold, som blant annet innebærer at en overordnet – avdelingssykepleier eller institusjonssjefen – skal kontaktes når A ikke samtykker.
- (23) For så vidt gjelder den aktuelle situasjonen, heter det i lagmannsrettens dom blant annet:

”Normalsituasjonen er at A blir vasket og stelt daglig. Stellet skjer på et tidspunkt på dagen som er nærmere avtalt mellom A og sykehjemmet. Lagmannsretten legger til grunn at sykehjemmets personale ved gjennomføring av stell og pleie generelt legger stor vekt på å rette seg etter As ønsker, selv om disse ofte kan være av noe særegen karakter.

Sårstell, herunder skifte av bandasjer, gjennomføres ved behov. Personale fra sykehjemmet har for lagmannsretten forklart at man i utgangspunktet har lagt til grunn en plan som går ut på sårstell to ganger pr. uke. De journalnotater som er lagt frem for lagmannsretten for perioden etter byfogdembetets avgjørelse, kan gi inntrykk av at sårstell er gjennomført oftere enn dette. Forklaringen på dette kan være at ikke alle sårene stelles samme dag, at det er enkelte sår som stelles oftere fordi de ikke er bandasjert og at sårstell i denne perioden er skjedd etter As ønske. Lagmannsretten legger imidlertid til grunn at i den utstrekning X kommune ønsker å foreta sårstell ved tvang, er det begrenset til situasjoner der bandasjer er gjennomtrukne og dermed åpenbart bør skiftes ...

Etter bevisførselen, herunder avhøret av A, legger lagmannsretten til grunn at han i utgangspunktet aksepterer nødvendigheten av å skifte bandasjer og å stelle hans omfattende kroppssår. Dette gjelder selv om han på generelt grunnlag er skeptisk til sykehjemmets kompetanse når det gjelder behandlingen av sårene. Det A gjør gjeldende, er at han selv ønsker å bestemme når sårstell [skal] skje, også slik at han kan motsette seg skifte av bandasjer selv om disse er gjennomtrukne og etter personalets oppfatning må skiftes umiddelbart.

Partene er enige om at i perioden frem til Oslo byfogdembetes kjennelse forelå ble det i enkelte tilfeller gjennomført skift av bandasjer og sårstell mot As vilje, dvs. handlinger som må defineres som tvang. En optelling som er foretatt ut fra journalen, viser at det i månedene oktober 2008 – januar 2009 oppsto situasjoner som kan betegnes som tvang mellom én og seks ganger pr. kalendermåned. Lagmannsretten legger til grunn at personalet i slike situasjoner ikke har utøvd fysisk makt utover det selve sårstellet kan sies å innebære. Det er således ikke tale om å holde A fast eller på annen måte motarbeide noen form for fysisk motstand fra As side. As protest består i verbal motstand. I mange tilfeller er heller ikke protesten kommet tydelig til uttrykk under selve gjennomføring av stellet. Motviljen er da bare kommet tydelig frem ved at A etter at et stell er gjennomført, har gitt uttrykk for at stellet er gjennomført mot hans vilje.

I perioden etter at Oslo byfogdembetes kjennelse forelå, dvs. fra månedsskiftet

februar/mars 2009, har det, i samsvar med beslutningen om midlertidig forføyning, ikke vært gjennomført sårstell eller annet stell mot As vilje. A har i denne perioden ved en rekke anledninger gitt uttrykk for at han ikke har ønsket sårstell. Personalet har da unnlatt å skifte bandasjer. I de fleste av disse tilfellene har A akseptert skifte av bandasjer og sårstell den påfølgende dag eller to dager etter, og stell har da blitt gjennomført.

Personale fra sykehjemmet har som vitner for lagmannsretten forklart at situasjonen i mai og juni 2009 tilspisset seg ved at A i stor utstrekning motsatte seg stell, og at han i denne perioden ved én eller flere anledninger motsatte seg stell av gjennomtrukne bandasjer i opp mot en uke. Lagmannsretten kan ut fra den fremlagte journalen ikke se at sårstell som personalet har funnet nødvendig, har vært utsatt en så lang periode. Det fremgår imidlertid at A ved flere anledninger har motsatt seg sårstell over flere dager til tross for at personalet har gitt uttrykk for at bandasjer har vært gjennomtrukne.

...

Lagmannsretten legger videre til grunn at det foreligger en betydelig luktplage ved As sår, og at denne plagen øker vesentlig når sårstell utsettes slik at bandasjer blir gjennomtrukne. Lagmannsretten legger til grunn at det for personalet innebærer en meget betydelig belastning å gjennomføre stell og pleie av A i situasjoner der gjennomtrukne bandasjer ikke er blitt skiftet. Dette gjelder selv om man gjennomfører de tiltak som er praktisk mulig for å redusere luktplagen.

Lagmannsretten legger dessuten til grunn at det oppstår en meget betydelig luktplage i alle situasjoner der klær og sengetøy som er tilgriset med flytende avføring, ikke blir skiftet fordi A motsetter seg dette. Vitner fra sykehjemmet har for lagmannsretten beskrevet lukten fra gammel avføring når den kommer i tillegg til lukten fra sårene som 'uutholdelig'. Lagmannsretten finner ikke grunn til å tvile på en slik beskrivelse.

Når avføring ikke fjernes fra sengen, skaper det en risiko for at avføringen, med en omfattende flora av tarmbakterier, kommer i kontakt med As sår. Lagmannsretten legger etter bevisførselen til grunn at dette innebærer en klar risiko for forverring av sårene.

Lagmannsretten legger til grunn at i den utstrekning sykehjemmet har gjennomført og vil gjennomføre stell og pleie mot As vilje, er det begrenset til situasjoner der sårbandasjer er gjennomtrukne eller der klær eller sengetøy er tilgriset med avføring. I slike situasjoner fremstår gjennomføring av stell og pleie som åpenbart nødvendig både av hensyn til de ansatte og av hensyn til A selv."

- (24) Det fremgår av lagmannsrettens dom at A i og for seg aksepterer behovet for vask, skift og sårstell. Hans motstand består i at han selv ønsker å bestemme når dette skal skje, og at dette i så fall vil føre til at bandasjeskift mv. må utsettes til en senere dag. Jeg har også festet meg ved at det i følge lagmannsretten ikke brukes fysisk makt mot A, utover det stellet i seg selv innebærer.
- (25) I erklæring for Høyesterett uttaler institusjonssjef ved Y sykehjem, Lena Sand, følgende om behovet for stell og om gjennomføringen av dette:

"Det er en meget sterk og plagsom lukt inne hos A. Det er en blanding av avføringslukst og infektøst sårsekret. I tillegg bruker pasienten røkelse inne på rommet. I perioder er bandasjene gjennomtrukket av blodtilblandet sårsekret. I tillegg har pasienten en tarmlidelse som gjør at det siver avføring ut i bleie og sengetøy. Hvis da ikke personalet får fjernet kroppsvæskene og vasket og skiftet på A, blir det en uutholdelig lukt. De ansatte opplever dette som svært belastende og det er innrapportert at flere har måttet forlate rommet for å kaste opp. Vi har ansatte som har bedt om å få slippe å gå inn til A på grunn av ubehag. Mange sier at lukten sitter i nesen i flere timer, og føler seg kvalme

og uvel etter å ha vært inne hos A.

...

Y sykehjem ønsker å få anledning til å stelle A når han har avføring og urin i seng og bleie. Vi ønsker å få anledning til å skifte sengetøy og nattøy når der er tilgriset av urin, avføring og sårsekret. Videre ønsker vi å få skifte på gjennomtrukne, illeluktende bandasjer. Sykehjemmet aksepterer at A takker nei til aktiv og adekvat behandling.

Stellet vil bli utført på følgende måte: det er alltid 2 personer under stell av sengeliggende pasienter. Personalet forsøker å få pasienten til å samtykke ved motivasjon. Videre gir pleierne pasienten løpende informasjon om hva som gjøres og hvorfor. Vi vil til enhver tid utføre vask, stell og sårstell så skånsomt som mulig, og ikke ved bruk av fysisk makt.”

(26) Spørsmålet i saken er om Y sykehjem under disse omstendigheter er avskåret fra å foreta det stell og den pleie av A som er beskrevet i det jeg nettopp siterte, med mindre A i hvert enkelt tilfelle gir sin tillatelse.

(27) Jeg tar utgangspunkt i at det i norsk rett gjelder et alminnelig krav om hjemmel eller rettsgrunnlag ikke bare for vedtak, men også for faktiske handlinger som kan sies å virke inngripende for enkeltpersoner – herunder i tilknytning til offentlig pleie og helsehjelp. Dette kravet springer ut av det alminnelige legalitetsprinsippet. Det har også forankring i menneskerettslige regler, blant annet Den europeiske menneskerettskonvensjon artikkel 8 om beskyttelse av privatlivet, herunder den fysiske integritet. Jeg viser til dom fra Den europeiske menneskerettsdomstolen i saken Pretty mot Storbritannia 29. april 2002, hvor det i avsnitt 63 nettopp fremholdes at:

” ... the imposition of medical treatment, without the consent of a mentally competent adult patient, would interfere with a person's physical integrity in a manner capable of engaging the rights protected under Article 8 § 1 of the Convention.”

(28) Skal pålegg uten samtykke være konvensjonsmessig, må det etter artikkel 8 nr. 2 foreligge hjemmel. Tiltaket må dessuten være nødvendig av hensyn til nærmere angitte mål, og ikke uforholdsmessig.

(29) Hjemmelskravet kommer for øvrig også direkte til uttrykk i pasientrettighetsloven § 4-1, hvor det i første ledd første punktum heter:

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

(30) Pasientens samtykke ved medisinsk behandling, pleie og omsorg, er altså helt sentralt – dels slik at samtykke ofte vil være eneste aktuelle hjemmel, og dels slik at samtykke etter forholdene også vil kunne hjemle meget vidtrekkende fysiske inngrep. Retten til selvbestemmelse omfatter også det å treffe avgjørelser for sin egen helse som fra et faglig ståsted er lite rasjonelle eller sågar direkte skadelige. Men jeg finner samtidig grunn til å understreke at hensynet til pasientens autonomi nødvendigvis må veie mindre der klart uheldige valg også får betydelige negative følger for andre, eller kommer i konflikt med andres rettigheter. Ut fra de valg pasienten tar, vil det dessuten – i mer ekstreme tilfeller – kunne oppstå spørsmål om bortfall av selve samtykkekompetansen, jf. pasientrettighetsloven § 4-3 og § 4-7. I vår sak er det enighet om at A er samtykkekompetent, så jeg lar dette tema ligge.

- (31) Det meget vidtrekkende helserettslige utgangspunkt om selvbestemmelse og samtykke har nødvendigvis en rekke begrensninger og unntak. Mer generelt gjelder at autonomien innenfor vide rammer – blant annet de som følger av Den europeiske menneskerettskonvensjon artikkel 8 nr. 2 – kan begrenses ved lov eller forskrift. Men også annet rettsgrunnlag kan gi hjemmel; herunder må man også på denne sektoren kunne stille vilkår ved ellers begunstigende vedtak, så langt disse har en saklig sammenheng med vedtaket og ikke er uforholdsmessig tyngende. Det er ganske riktig, som den ankende part har pekt på, at A har rett til å få et heldøgns omsorgstilbud, jf. Rt. 1990 side 874 og Høyesteretts dom 19. februar 2010, HR-2010-00313-A, (sak nr. 2009/1434) avsnitt 32-34. Men ettersom det nærmere innholdet i tjenestetilbudet i stor grad beror på et såkalt fritt skjønn, stenger denne retten ikke for at det stilles vilkår, herunder vilkår med tvangselementer.
- (32) Ved tilbud om sykehjemsplass vil søkerens reelle valgfrihet ofte være høyst begrenset, og adgangen til å stille vilkår vil være forholdsvis snever. Ut fra omstendighetene må det også stilles strenge krav blant annet til bevis for at søkeren var kjent med vilkårene da han takket ja til plassen, med mindre det er tale om naturlige konsekvenser av institusjonsoppholdet. Spørsmål om grensene her kommer imidlertid ikke på spissen i vår sak. Det som kreves fra sykehjemmets side er ikke mer enn at A til en viss grad underlegger seg alminnelige og faglig funderte rutiner for personlig hygiene, altså forutsetninger direkte knyttet til selve det lovpålagte omsorgstilbudet som tilbys ham, og som det åpenbart ikke var grunn til å nevne særskilt i tilbudet om plass.
- (33) Det står for øvrig som helt klart for meg at gjennomføring av vask, skifting av sengetøy og sårstell ikke er urimelig byrdefullt for A. I denne forbindelse har det interesse at sykehjemmet har strukket seg svært langt for å legge forholdene til rette, at stellet gjennomføres så skånsomt som forholdene tillater, og at man fra sykehjemmets side har etablert betryggende rutiner for situasjoner der A motsetter seg stell.
- (34) Jeg viser i denne forbindelse også til forskrift for sykehjem og boform for heldøgns omsorg og pleie 14. november 1988 nr. 932 § 4-4, hvor det fremgår at beboerne må akseptere de begrensninger som følger av hensynet til ”medisinsk behandling, drift av boformen og hensynet til andre beboere”. Uttrykket ”drift av boformen” favner nokså vidt, og omfatter klart også institusjonens forpliktelser overfor sine ansatte for så vidt gjelder et forsvarlig arbeidsmiljø, jf. arbeidsmiljøloven § 4-4, jf. § 4-1. Jeg viser til det jeg tidligere har sagt om de hygieniske forholdene omkring A, og hvilke betydelige belastninger særlig pleiepersonellet har vært påført ved hans vegring.
- (35) As holdning gir sykehjemmet grunnlag for å si ham opp. Ut fra hans helsetilstand vil imidlertid utskrivning – uten tilbud om tilsvarende pleietilbud annet sted – være uforenlig med kommunens plikter etter kommunehelsetjenesteloven § 2-1. Til dette kommer – og det er det enighet mellom partene om – at utskrivning nokså umiddelbart vil skape behov for øyeblikkelig hjelp, jf. helsepersonelloven § 7. Slik hjelp skal etter den nevnte bestemmelsen gis ”selv om pasienten motsetter seg” denne.
- (36) Disse reglene sett i sammenheng gir etter mitt syn det nødvendige rettsgrunnlag, ikke bare for å kreve at A forholder seg til sykehjemmets krav om et minstemål av hygienetiltak, men også for at disse om nødvendig gjennomføres mot hans vilje.

- (37) Anken må etter dette forkastes.
- (38) Saken har reist noen prinsipielle spørsmål som det også har vært i kommunens interesse å få avklart. Jeg er derfor etter en samlet vurdering kommet til at sakskostnader ikke bør tilkjennes for noen instans, jf. tvisteloven § 20-2 tredje ledd.
- (39) Jeg stemmer for denne

D O M :

1. Anken forkastes.
 2. Sakskostnader tilkjennes ikke for noen instans.
- (40) Dommer **Webster**: Jeg har kommet til et annet resultat enn førstvoterende, fordi det etter min mening ikke er hjemmel for å anvende tvang overfor A.
- (41) Jeg er ikke uenig i at det er en viss adgang til å oppstille vilkår i forbindelse med at en pasient tilbys en sykehjemsplass. Når en pasient søker seg til et sykehjem må man kunne forutsette at pasienten skjønner – og aksepterer – at det, ut fra hensynet til driften av sykehjemmet og hensynet til andre pasienter, gjelder visse normer for oppholdet. Det rettslige grunnlaget for pasientens forpliktelse er den private autonomi. I det man aksepterer plassen, aksepterer man å innrette seg.
- (42) Med samme begrunnelse som førstvoterende mener også jeg at adgangen til å stille vilkår vil være forholdsvis snever. Sykehjemsforskriften § 4-4 kan ses som et utslag av begrensningene som gjelder – både for institusjonens rett til å oppstille regler – og pasientens rett til å få leve etter egne ønsker. Bestemmelsen fastsetter at beboerne skal ha rett til å dyrke sine interesser og forme sin tilværelse som de ønsker i den utstrekning det er forenelig med blant annet driften av boformen og hensynet til andre beboere. Den alminnelige forvaltningsrettslige vilkårlæren setter også grenser for hvilke regler som kan oppstilles, ved at vilkårene må ha saklig sammenheng med tilbudet pasienten får og ikke være uforholdsmessig tyngende. Avveiningen av hva som er uforholdsmessig tyngende vil måtte være preget av de særlige hensynene som foreligger for personer som er innlagt i institusjoner og ikke har noe annet reelt valg.
- (43) I dette tilfellet er det i første rekke spørsmål om A må innordne seg underforståtte hygienekrav. Først etter at problemene oppsto, utformet sykehjemmet skrevne regler som retter seg mot de særlige problemene As ønsker representerer. Jeg tar ikke stilling til om disse underforståtte eller skrevne reglene ligger innenfor det sykehjemmet vil være berettiget til, selv om jeg nok mener det er forskjell på behandling av As sår, som han beskriver som meget smertefullt, og på den annen side kroppsvask og klesskift. Kroppsvask og klesskift mot As vilje oppfatter han som plagsomt og krenkende. Sårstellet er åpenbart langt mer belastende og beskrives av As i hans erklæring for Høyesterett slik:

”Stell av mine sår kan gjøre vondt, noen ganger svært vondt. Noen ganger orker jeg ikke belastningen det innebærer å gjennomføre sårstell, herunder skift av bandasjer, rensing av sår med videre. Dessuten opplever jeg min almenntilstand som svært varierende. Når jeg ikke føler meg vel, orker jeg i alle fall ikke merbelastningen det medfører å skulle skifte bandasjer, samt rense sårene. Når pleierne skifter bandasjer,

innebærer det for meg at de river opp hud/vev. Grunnen er at bandasjen oftest sitter fast i såret. Dette er forferdelig vondt, noen ganger så vondt at jeg føler at jeg skal besvime”

- (44) As forklaring får på dette punktet støtte av professor dr. med. Bjørg Marit Andersen, som i en erklæring til bruk for Høyesterett bekrefter at stell av sår kan være forbundet med sterke smerter.
- (45) Når jeg ikke går nærmere inn på om det er stillet krav til A som går utover det sykehjemmet er berettiget til, er det fordi det etter min mening uansett ikke foreligger rettslig grunnlag for å bruke tvang for å sørge for at A opptrer i forhold til de underforståtte hygienekravene. At det kan oppstilles vilkår for et opphold, gir ikke i seg selv grunnlag for tvang. Tvang krever en særlig hjemmel, og det kan jeg ikke se at det er i dette tilfellet. Tvert i mot er det en rekke rettsregler som taler tydelig imot at det foreligger tvangsadgang.
- (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. Partene er enige om at det ikke er aktuelt å bygge på noen av disse unntakene i vår sak.
- (47) At man ikke kan anvende tvang mot pasienter, selv om de må anses å ha akseptert regler for oppholdet i institusjonen, støttes også av at pasientrettighetsloven fastsetter at ”helsehjelp” bare kan gis med pasientens samtykke, jf. § 4-1 første ledd. Det er ikke tvilsomt at den pleie og omsorg A mottar er helsehjelp i lovens forstand. Begrepet er i § 1-3 gitt et vidt innhold. I Ot.prp. nr. 12 (1998–1999) side 80 heter det om bakgrunnen for lovfestingen av kravet til samtykke:

”Kravet til pasientens samtykke understreker respekten for pasientens menneskeverd og integritet.”

- (48) I § 4-1 første ledd er det oppstilt unntak fra samtykkekravet der det foreligger lovhjemmel eller annet gyldig rettsgrunnlag. Nødrett kan være et slikt annet gyldig rettsgrunnlag, jf. helsepersonelloven § 7. Men til og med i nødrettssituasjoner har pasienten i visse tilfeller rett til å nekte å motta helsehjelp ettersom § 7 er begrenset av pasientrettighetsloven § 4-9:

”Pasienten har på grunn av alvorlig overbevisning rett til å nekte å motta blod eller blodprodukter eller til å nekte å avbryte en pågående sultestreik.

En døende pasient har rett til å motsette seg livsforlengende behandling. (...)”

- (49) Selv om pasienten har gitt samtykke til å motta helsehjelp, står pasienten fritt til når som helst å trekke sitt samtykke tilbake, jf § 4-1 annet ledd.
- (50) Frivillighet er med andre ord et helt sentralt prinsipp i pasientrettighetsloven. Det er ikke gjort unntak i dette prinsippet ut fra hensynet til for eksempel dem som yter helsehjelpen. Problemstillingen har så vidt jeg kan se overhodet ikke vært drøftet i forarbeidene.
- (51) Når frivillighet står så sentralt ved ytelse av helsehjelp, blir det for meg ytterligere vanskelig å se at underforståtte vilkår kan gi grunnlag for å gjennomføre helsehjelp med tvang overfor personer som er innlagt i institusjon uten nærmere hjemmel.

- (52) Et enda viktigere moment er imidlertid at i de tilfellene hvor lovgiver har åpnet for bruk av tvang i institusjoner, for eksempel i lov om psykisk helsevern og i pasientrettighetsloven kapittel 4 A – for pasienter som ikke har samtykkekompetanse – er det fastsatt vilkår for når tvang kan benyttes. Kriteriene er strenge. Overfor en ikke samtykkekompetent person som motsetter seg helsehjelp, kan tvang bare benyttes der unnlattelse kan føre til alvorlig skade for pasienten, helsehjelpen anses nødvendig og tiltakene står i forhold til behovet. I tillegg skal det foretas en overordnet proporsjonalitetsvurdering. Jeg viser til pasientrettighetsloven § 4A-3. Videre er det oppstilt formkrav og kontrollregler for utøvelse av tvang. Til sammen gir dette relativt omfattende rettsikkerhetsgarantier for pasientene.
- (53) Ved utøvelse av tvang overfor A er det ingen lovbestemte vilkår, formkrav eller kontrollregler. Man må være svært tilbakeholden med å innfortolke rett til å benytte tvang, hvor disse rettsikkerhetsgarantiene ikke er etablert. Jeg kan heller ikke se noen reell grunn til at det skulle være større adgang til å benytte tvangstiltak overfor personer med samtykkekompetanse, enn overfor dem som ikke har slik kompetanse.
- (54) Den vanlige konsekvensen av at man ikke oppfyller vilkår, eller følger regler, er at man kan miste retten til det aktuelle godet. I dette tilfellet ville det innebære at A mistet sykehjemsplassen sin. Imidlertid følger det av kommunehelsetjenesteloven § 2-1 at A har rett til helsehjelp, og sykehjemsforskriften § 4-11 annet ledd fastsetter at en beboer bare kan flyttes mot sitt ønske når det er ordnet med annet opphold. Det er dermed ikke et alternativ for kommunen å trekke sitt tilbud om helsehjelp til A. Når jeg også kommer til at det ikke er grunnlag for å benytte tvang, er jeg fullt på det rene med at dette setter institusjonen i en vanskelig stilling.
- (55) Sykehjemmet har åpenbart behov for å kunne tvinge A til alminnelig hygiene, særlig ut fra hensynet til de ansatte. As beveggrunner for å nekte å motta helsehjelp kan ikke – i alle fall ikke fullt ut – oppveie de ulempene de ansatte påføres. Jeg mener imidlertid at det å benytte tvang mot A – og andre personer som er i institusjon – må bygge på et tilstrekkelig klart hjemmelsgrunnlag. I dette tilfelle foreligger ikke tilstrekkelig hjemmel, og det er en lovgiveroppgave å gi hjemmel – og fastsette de vilkårene og rettsikkerhetsgarantiene som skal gjelde for slik tvangsbruk. Jeg stemmer etter dette for at anken tas til følge.
- (56) Dommer **Stabel:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med annenvoterende, dommer Webster.
- (57) Dommer **Matheson:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende, dommer Bårdsen.
- (58) Dommer **Matningsdal:** Likeså.

(59) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

1. Anken forkastes.
2. Sakskostnader tilkjennes ikke for noen instans.

Riktig utskrift bekrefte: