



Om vernepleieren som **HELSEPERSONELL OG RETTSANVENDER**

Den juridiske rammen for yrkesutøvelsen

Av vernepleier og jurist
Wenche Natland Dahlen



Innledning

Et kjennetegn ved velferdsstaten er at den ivaretar mennesker med nedsatt funksjonsevne som ikke kan ta vare *på seg selv. Dette gjøres ved at fellesskapet tar ansvar for at mennesker med hjelpebehov får nødvendig helse- og omsorgstjenester, både i institusjoner og private hjem. Ansvar for spesialisthelsetjenester som er organisert gjennom fem ulike helseforetak, er lagt til staten. De kommunale helsemyndighetene har ansvar for helse- og omsorgstjenesten i kommunene. Det er en rekke rettsregler som regulerer virksomheten og det helse- og sosialfaglige innhold i statlig og kommunal regi. De rettsreglene som gjelder innholdet i de ulike ytelser, kaller vi materielle regler, mens reglene som ivaretar rettigheter under saksgangen, kaller vi prosessuelle regler. Som helsepersonell er vernepleieren under utøvelse av sin helse- og sosialfaglige profesjon styrt av rettsregler.¹

Vernepleieren skal vurdere brukeren eller pasientens helhetlige tjenestetilbud. Dette innebærer en løpende vurdering av om bruker eller pasient får de tjenester vedkommende har rett og krav på opp i mot det behov vedkommende har for tjenester. I denne prosessen er vernepleieren en retts anvender. Hensikten med dette heftet er å klargjøre gjeldende rettslige rammer for vernepleierens yrkesutøvelse. Vernepleieren vil møte utfordringer som stiller krav til riktige beslutninger. Den enkelte vernepleier kan ikke treffe beslutninger på grunnlag av hva han eller hun finner mest hensiktsmessig eller formålstjenlig. Hva som skal gjøres, hvem som skal gjøre det og på hvilken måte må vurderes og avgjøres i henhold til gjeldende rettsregel.

Det har de seneste år vært gjennomført flere reformer i helse- og sosialsektoren. Målet med reformene er å bedre tjenestetilbud og behandlingstilbud for pasienter og brukere. Nye reformer fører til nye lover. Bærende elementer i ny lovgivning er respekt for individets grunnleggende rett til selvbestemmelse, valgfrihet, medvirkning, trygghet, respekt og tjenester av faglig god kvalitet. Samhandlingsreformen ble innført 1. januar 2012.² Som en følge av denne reformen ble det vedtatt en ny lov om kommunale helse- og omsorgstjenester. Helse- og omsorgstjenesteloven tydeliggjør kommunenes overordnede ansvar for helse- og omsorgstjenestene, uten at kommunene er påført nye plikter. Skillet mellom helsetjenester og omsorgstjenester er opphevet, og det er innført felles klageinstans. Samhandlingsreformen førte også til endringer i en rekke andre lover. Kommunehelsetjenesteloven og sosialtjenesteloven ble opphevet, og bestemmelsene i disse lovene er for en stor grad videreført i den nye helse- og omsorgstjenesteloven. Pasientrettighetsloven har skiftet navn til pasient- og brukerrettighetsloven. Pasient- og brukerrettigheter knyttet til kommunale helse- og omsorgstjenester er videreført, og er nå samlet i pasient- og brukerrettighetsloven. På denne måten blir rettighetene tydeligere for mottakere av helse- og omsorgstjenester uavhengig av hvor tjenestene mottas. Nye lover, og endringer i eksisterende lover, fører ofte til nye begreper. Helsepersonelloven og pasient- og brukerrettighetsloven anvender begrepet *pasient* eller bruker i denne rekkefølge. Helse- og omsorgstjenesteloven anvender samme begrep og rekkefølge der det er snakk om rene helsetjenester, men



snur om på begrepet til *bruker eller pasient* eksempelvis i kapittel 9. Det samme er gjort i dette heftet.

Helse- og omsorgstjenestene er en del av velferdstjenestene, og skal tildeles med respekt for den enkelte bruker og pasients integritet, verdighet og selvbestemmelse. Av beskyttelseshensyn har imidlertid velferdsstaten grepet inn med regler som innskrenker friheten til selv å bestemme. Dette gjelder blant annet pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4A og helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 og 10. Felles for disse er hensynet for å ivareta behovene til personer som helt eller delvis er ute av stand til å ivareta egne anliggender. Reglene har også beskyttelseshensyn i forhold til personen selv og andre personer som kan bli utsatt for fare. Rettssikkerhet er et hovedelement i ivaretagelsen av enkeltindividets menneskerettigheter,

og på mange måter en menneskerett i seg selv, og tvang gjør inngrep i denne retten. For alle regelsett om bruk av tvang i velferdstjenestene gjelder at man først skal forsøke frivillighet og samarbeid med bruker eller pasient, før tvangstiltak iverksettes. Bestemmelser om bruk av tvang skal alltid tolkes innskrenkende. Reglene som regulerer bruk av tvang, og andre viktige bestemmelser for øvrig i helsepersonelloven, helse- og omsorgstjenesteloven, og pasient- og brukerrettighetsloven vil bli behandlet, men dette heftet er ikke ment å være uttømmende. Det vil imidlertid kunne fungere som et oppslagsverk til hjelp i praktisk yrkesutøvelse, og forhåpentligvis være til hjelp ved besvarelsen av noen sentrale spørsmål. Heftet har med henvisning til ny lovgivning pr. 1. oktober 2013.

Wenche Natland Dahlen 2013

¹Se Hansen, H. (red.) *Faglig skjønn og brukermedvirkning*, (2010) s. 29, ² Se St.meld nr. 47 (2008-2009)

Helsepersonelloven³

Definisjon av vernepleiere som helsepersonell finner vi i helsepersonelloven § 3, første ledd, jf. § 48. Som helsepersonell plikter vernepleiere og følge lovens bestemmelser vedrørende krav til yrkesutøvelsen. Særlig viktig blir dermed kapittel 2, som på mange måter setter rammen for hva vernepleieren kan gjøre og ikke kan gjøre i yrkesmessig/ helsefaglig sammenheng. Alt helsepersonell plikter å utøve sitt yrke i henhold til forsvarlighetskravet i § 4. Dette må ses i sammenheng med virksomhetsleders ansvar til å tilrettelegge virksomheten slik at det enkelte helsepersonell settes i stand til å overholde sine lovplågte plikter. Dette følger av § 16, og vil bli nærmere omtalt nedenfor. I varetakelse av pasient- og brukerrettigheter må ses i sammenheng med helsepersonellens plikt til forsvarlig yrkesutøvelse, og vil også bli nærmere behandlet nedenfor.

§ 4. Kravet til faglig forsvarlighet og omsorgsfull hjelp.

Det individuelle forsvarlighetskravet som plikt til yrkesutøvelsen som helsepersonell, finner vi i helsepersonelloven § 4. Det fremgår av forarbeidene til regeloven av 1980 og helsepersonelloven av 1999 at kravet til faglig forsvarlighet er en rettslig standard. Med rettslig standard menes at lovteksten henviser til en målestokk og til andre former for atferd som ligger utenfor loven selv. Rettslig standard har en dynamisk karakter og endres av eksterne forhold som ikke ligger i loven. For å finne svar på innholdet i denne bestemmelsen må man derfor gå utenfor jussens område, det vil

si til legevitskapen, annen helseforskning, medisinske lærebøker og tidsskriftsartikler. I forsvarlighetskravet ligger en rettslig og en faglig norm for hvordan den enkeltes yrkesutøvelse bør innrettes i enhver sammenheng, og bestemmelsen er i hovedtrekk en videreføring av tidligere rett.

Dette betyr at vernepleierens kompetanse både følger av utdanningens innhold, egen praksis og erfaring, og plikten til å holde seg faglig oppdatert. Andre grunnprinsipper i helseretten må som regel vike dersom de kommer i strid med kravet til faglig forsvarlighet. Dette gjelder blant annet prinsippet om arbeidsgivers styringsrett og overordnede instruksjonsmyndighet.⁴ Som helsepersonell plikter man i utgangspunktet å etterfølge instruks fra overordnet, eksempelvis lege. Dersom denne instruksjonen strider mot forsvarlighetskravet ved at man settes til å utføre en prosedyre man ikke har hatt opplæring i, skal man si fra om dette, og avstå fra handlingen. Kravet om faglig forsvarlighet gjelder i alle situasjoner hvor vernepleieren opptrer. Vernepleiere er autorisert helsepersonell etter bestemmelsene i helsepersonelloven §§ 3, jf. 48 flg. I utgangspunktet gjelder helsepersonelloven for yrkesgrupper som er omfattet av autorisasjonsordningen, men også yrkesgrupper som ikke er helsepersonell slik som sosionomer, og assistenter uten formell utdanning, regnes som helsepersonell i lovens forstand dersom de arbeider der hvor helsehjelp ytes.⁵ Kravet til faglig forsvarlighet må også ses i sammenheng med de forventninger pasient eller bruker har til utøvelsen av faget. Forventningene vil være forskjellig alt

³ Lov av 2. juli 1999 nr. 64 om helsepersonell m.v., ⁴ Se Innst. O. nr.58 (1998-1999) s. 23, ⁵ Se Befring og Ohnstad, Helsepersonelloven med kommentarer (2001) s. 28,

avhengig av hvilken yrkesutdannelse tjenesteyter har. Som pasient eller bruker har man andre forventninger til fysioterapeuten, enn man vil ha til vernepleieren for eksempel. Kravet til faglig forsvarlighet får dermed ulikt innhold alt etter hvilken yrkesgruppe det gjelder.

Viktig for alt helsepersonell er imidlertid at man ikke går ut over egne faglige kvalifikasjoner eller lovbestemt kompetanse i forbindelse med helsehjelp, men bidrar til et forsvarlig helse-tjenestetilbud.⁶ I dette ligger også at vernepleieren må innhente «second opinion» av annet helsepersonell med samme eller annen kompetanse. Dette innebærer at vernepleierens valg av metode og tiltak må være alminnelig akseptert i fagmiljøet, og at man har nødvendig kunnskap for å kunne se hvorvidt tiltaket får uheldig effekt eller ikke. Vernepleieren må holde seg faglig oppdatert, for å kunne utføre de oppgaver som forventes ut fra den stilling og ansvarsområde man har.⁷ Viktig i all tjenesteyting blir imidlertid alltid å vite hvor egen kompetanse slutter!

Tidsfaktor og arbeidspress er ofte diskutert tema blant utøvende helsepersonell. Viktig å vite er imidlertid at man ikke kan unnskyldte uforutsigelig arbeid med at man hadde mye å gjøre og dårlig tid. Selv om man har dårlig tid, skal det være kvalitet på det arbeid som utføres også innenfor stram tidsramme. Det er viktig at vernepleieren i likhet med øvrig helsepersonell, melder fra til arbeidsgiver, dersom arbeidssituasjonen er av en slik art og grad at man står i fare for ikke å kunne følge lovens krav til faglig forsvarlig arbeid. I tillegg må det føres avvik slik at arbeidsgiver har dokumentasjon på faktisk forbrukt tid. Arbeidsgiver har da et ansvar

for å legge forholdene til rette på en slik måte at det er mulig å overholde lovens krav til faglig forsvarlig arbeid, jf. § 16. Vernepleieren kan etter dette ikke ilegges administrative reaksjoner etter helsepersonelloven § 57 flg. dersom arbeidsgiver på tross av at det er meldt fra om forhold som kan gjøre at det ikke er mulig å oppfylle lovens forsvarlighetskrav, ikke iverksetter tiltak for å rette på dette. I en høyesterettsavgjørelse fra 1997 ble det lagt avgjørende vekt på at ansvaret for skaden skyldtes manglende tilrettelegging fra arbeidsgiveren. Den aktuelle lege ble dermed ikke ilagt straff.

Viktig i forsvarlighetsvurderingen er også ivaretagelse av pasient- og brukerrettighetene, jf. pasient- og brukerrettighetsloven. Pasienter og brukere har i utgangspunktet full rett til å bestemme over seg selv, sin helse og sitt liv. Dette følger av pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4, § 4-1. Dette betyr at vernepleieren og øvrige helsepersonells handlefrihet, begrenses av samtykke fra pasienten eller brukeren. Dersom samtykke ikke er innhentet, vil dette være et brudd på forsvarlighetskravet i helsepersonelloven § 4. Dette forutsetter at pasienten eller brukeren har nødvendig samtykkekompetanse, og at det er gitt informasjon på en slik måte at vedkommende vet hva han eller hun samtykker til, jf. pasient- og brukerrettighetsloven § 3-2. Det helse-rettslige forsvarlighetskravet er noe strengere enn det erstatningsrettslige uaktsomhetskravet. Mens det i erstatningsretten kreves at det er forvoldt en skade, er det etter helsepersonelloven § 4 nok at det er **skapt risiko** for skade.⁸ Med dette menes at dersom bruker eller pasient eksempelvis har fått feil legemiddel fordi den som har

gitt denne ikke har forsikret seg om at det er riktig legemiddel som er gitt, vil denne handlingen kunne føre til at helsepersonellet får en tilrettevisning og handlingen vil bli ført som avvik. Er dette et grovt tilfelle, hvor man kan si at handlingen kunne ført til tap av liv for brukeren eller pasienten dersom den ikke var blitt oppdaget i tide, kan helsepersonellet få en advarsel eller i verste fall ved svært grove handlinger tap av autorisasjon og yrke, jf. helsepersonelloven kapittel 11, §§ 55flg. Brudd på forsvarlighetskravet fører også til at saken meldes til tilsynsmyndigheten.

Lovhjemlet krav til omsorg kom med helsepersonelloven i 1999. Dette innebærer at det i noen tilfeller vil være uforsvarlig ikke å yte omsorg. Et minimumskrav til omsorg vil være at pasienten eller brukeren får dekket sitt grunnleggende behov for ernæring, søvn og hygiene. I omsorgskravet ligger også hvordan vernepleieren og øvrig helsepersonell opptrer og kommuniserer med pasient eller bruker. I tillegg innebærer omsorgskravet at pasient eller bruker gis de tjenester vedkommende har krav på eller kan ha nytte av. Dette betyr at vernepleieren må ha kunnskap om kommunenes deltjenester utover den tjenesten han/hun selv arbeider innenfor. Det som ofte kjennetegner en person med ulik grad av fall i funksjonsnivå er at disse ikke evner selv å bestille de tjenestene de har krav på. I slike tilfeller må vernepleieren være bestiller av ulike ytelser i samarbeid med pasient eller bruker. Dette forutsetter nødvendig bestiller kompetanse.

Eksempel: Ola har hjelp til personlig hygiene, mat og medisiner hver morgen. Hjemmetjenesten mener Ola har et funksjonsnivå som gjør at han kan klare å bo hjemme med denne tjenesten. Ola selv er ikke enig i dette. Han mener hjelpen er mangelfull, og at de som kommer innom har det alt for travelt. Han virker stadig mer mistenksom og trist.

I slike tilfeller som nevnt her er det viktig å kunne gjenkjenne mulige årsaker til endringene hos Ola. Er han ensom, og har behov for å komme seg mer ut? Kan det være aktuelt med ett eller annet aktivitetstilbud, eller er Ola svekket av organiske årsaker slik at han må utredes i spesialisthelsetjenesten? Det kan være mye omsorg i måten vi kommuniserer på, og det kan være stort fravær av omsorg i måten vi kommuniserer på. Vernepleieren må ha kunnskap om den enkeltes evne til å oppfatte og selv formidle for å kunne yte omsorg via kommunikasjon. Sykdom/ulykke eller medfødt tilstand kan være årsak til redusert evne til å forstå det som blir sagt verbalt. Da er det viktig å gjøre kommunikasjonen visuell.

Eksempel 1: Anne er pasient på sykehjemmet. Hun har diagnose vaskulær demens. Personalet har merket seg at Anne ikke lenger forstår hva hun skal gjøre når hun står foran vasken og pleier sier at hun skal vaske hendene sine. Men dersom pleieren slår på vannet og gir Anne såpestykket, vasker hun hendene sine.

Eksempel 2: Peder er 90 år og trenger helsehjelp i hjemmet. Hjemmetjenesten melder om at Peder den senere tid har blitt kognitivt redusert. Han virker sint og mistenksom

⁶ Se Befring og Ohnstad s. 41, ⁷ Se Befring og Ohnstad s. 42, ⁸ Se Asbjørn Kjønstad, Helserett (2005) s. 227.

når de kommer på besøk. Kartlegging viser imidlertid at Peder har sterkt nedsatt hørsel. For at Peder skal kunne oppfatte hva som blir sagt til ham, må personalet sette seg ned med ansiktet vendt mot ham, og snakke tydelig. Samhandlingen mellom Peder og hjemmetjenesten ble straks bedret, og Peder sa han «hadde det godt igjen».

Eksempel 3: For mange utviklingshemmede vil lange setninger, eller setninger med abstrakt innhold, gjøre det vanskelig og til og med umulig å oppfatte meningsinnholdet i det som blir sagt. Da må setningene gjøres korte og konkrete. På den måten legges det til rette for samhandling og kommunikasjon slik at brukeren kan få en opplevelse av god omsorg.

Det er viktig å merke seg at kravet til omsorg øker, dersom pasienten eller brukeren er avhengig av bistand hele døgnet. Dette gjør seg særlig gjeldende der eksempelvis vernepleieren yter omsorg overfor utviklingshemmede eller demente i bolig med heldøgns omsorg. Her vil omsorg og trivsel være avhengig av den tilrettelegging vernepleieren foretar i samarbeid med brukeren, slik at denne får en opplevelse av omsorg og trivsel i sin hverdag. Motsatt blir det derfor vanskelig å påberope krav om omsorg i øyeblikkelig hjelp- situasjoner.

§ 7. Øyeblikkelig hjelp

Helsepersonell plikter å gi den helsehjelp de evner når det må antas at hjelpen er påtrengende nødvendig. Hva den enkelte plikter å yte varierer etter hva som kan forventes ut ifra kvalifikasjoner og bakgrunn, og den konkrete situasjonen. Påtrengende nødvendig betyr at det må skjønnesmessig vurderes om det er fare for liv eller fare for alvorlig forverring av en helsetilstand. Med andre ord skal det

ganske mye til for at plikten skal inntre. Som et utgangspunkt kan man si at øyeblikkelig-hjelp plikten blant annet vil omfatte situasjoner hvor det oppstår et akutt behov for undersøkelse og behandling, og livreddende innsats. Hjelpplikten innebærer også plikt til å tilkalle kvalifisert hjelp der dette er nødvendig. Eksempel på øyeblikkelig-hjelp behov er akutte og alvorlig skadesituasjoner, ulykker, farlige sykdommer og selvmordsforsøk. Øyeblikkelig-hjelp plikten er utvidet til å gjelde tilfeller der vedkommende ikke samtykker til hjelpen og motsetter seg denne. I de situasjoner som er beskrevet foran går hjelpeplikten foran bestemmelsene i pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4A.

§ 9. Forbudet mot gaver m.v. i tjenesten

Forbudet omfatter ikke bare gaver av en økonomisk verdi, men også ytelser som ikke har et økonomisk aspekt. Hensikten med forbudet er å hindre at ytelsen påvirker helsepersonellens utøvelse av yrket, slik at eksempelvis noen brukere eller pasienter får et «bedre tilbud» enn andre. Dette vil føre til en usaklig forskjellsbehandling uten helsefaglig begrunnelse. Forbudet gjelder ikke bare gaver eller ytelser til helsepersonellet selv, men også til nær familie eller nære relasjoner. Bestemmelsen rammer alle gaver eller ytelser som ikke er av en ubetydelig verdi. Hva som menes med ubetydelig verdi kan ofte være vanskelig å fastslå. Brukeren eller pasientens helsetilstand vil ha betydning, i tillegg til at det må utvises stor forsiktighet med tanke på at den enkelte kan føle at det er nødvendig å gi gaver for å sikre seg den hjelpen man har behov for. Et godt råd er å ikke ta i mot gaver som er personlige, uansett verdi. Man kan istedenfor oppfordre til at en blomst, konfekteske

eller liknende gis til den virksomhet man er ansatt i, dersom bruker eller pasient ønsker å gi noe eksempelvis til jul.

Kapittel 5. Taushetsplikt

Andre viktige bestemmelser i helsepersonelloven er bestemmelsene i kapittel 5 om taushetsplikt og opplysningsrett. Hovedregel om taushetsplikt finner vi i § 21. Bestemmelsen er knyttet til yrket som helsepersonell, og kalles derfor den yrkesmessige eller profesjonsbestemte taushetsplikt. Formålet med denne bestemmelsen er å skape tillit mellom befolkningen og helsepersonellet. Det skal bidra til at personer med behov for helsehjelp faktisk oppsøker helsevesenet, både for egen del og for sine barn. I tillegg skal taushetsplikten sikre at den som har behov for helsehjelp faktisk gir nødvendig informasjon om seg selv, og angir det faktiske hjelpebehovet.

Spørsmål som ofte reises er hva som regnes som taushetsbelagt informasjon. I utgangspunktet er opplysninger knyttet til legems- eller sykdomsforhold eller andre personlige forhold underlagt taushetsplikt, jf. § 21. Lovteksten gir ikke svar på alle spørsmål, men et utgangspunkt må være at dersom helsepersonell har grunn til å tro at pasient eller bruker ikke ønsker at informasjon gis, bør helsepersonell innrette seg etter dette. Det er ikke sikkert det vil være taushetsbelagt opplysning at en pasient er innlagt i sykehus, men årsaken til innleggelsen er taushetsbelagte opplysninger. Dersom innleggelsen røper opplysninger om personlige forhold, som innleggelse på en abortklinik eller psykiatrisk sykehus lukket avdeling, vil opplysninger om innleggelsen i seg selv være taushetsbelagt. På samme måte er det galt å si at man er ansatt i pleie-

og omsorgstjenesten i en bydel, men røper man pasient eller brukers adresse, vil man fort nærme seg brudd på taushetsplikten. Eksempler på dette finner vi mange av innefor omsorgen for utviklingshemmede i kommunene. Flere kommuner ansetter personale «på boligen», og benevner denne med navn. Det er viktig å merke seg at disse bofelleskapsløsningene er private hjem, og beboerne blir lett identifiserbare. Dette kan i neste omgang lett lede andre til taushetsbelagt informasjon.

Unntak fra taushetsplikten er i første rekke pasient eller brukers samtykke til at informasjon gis, jf. helsepersonelloven § 22, se også pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4. Enhver pasient eller bruker har råderett over informasjon om seg selv. Dette forutsetter naturligvis at vedkommende har nødvendig samtykkekompetanse til å forstå konsekvensene av at samtykke gis. For personer under 16 år gjelder reglene i pasient- og brukerrettighetsloven § 4-4 og § 3-4, annet ledd. Det vil si at de som har foreldreansvaret samtykker på vegne av barnet. For personer over 16 år som åpenbart ikke er i stand til å forstå hva samtykket innebærer på grunn av *fysiske eller psykiske forstyrrelser, demens eller psykisk utviklingshemning*, jf. § 3-3, har nærmeste pårørende rett til informasjon på den mindreåriges vegne. For samtykke gjelder tilsvarende reglene i § 4-3, annet ledd.

Et annet unntak finner vi i helsepersonelloven § 24, hvor det i enkelte særskilte tilfeller vil kunne være mulig å gi opplysninger om en avdød person videre, *...dersom vektige grunner taler for dette*». Her skal det imidlertid tas hensyn til avdødes antatte vilje, opplysningens art, og de pårørende og

samfunnets interesser. Et eksempel på dette siste kan være at en elev ved en ungdomsskole dør av noe som viser seg å være et «party dop». Da vil det være viktig å opplyse om årsaken til dødsfallet, for å hindre ytterligere dødsfall.

I noen tilfeller vil det være nødvendig at taushetsbelagte opplysninger gis videre til samarbeidende helsepersonell, når dette er nødvendig for å kunne yte forsvarlig helsehjelp, jf. § 25, første ledd. Dette kan imidlertid begrenses av at pasient eller bruker motsetter seg dette.

Opplysningsplikt

Som hovedregel har vernepleieren taushetsplikt overfor personell som ikke er helsepersonell, og også overfor andre etater utenfor helsetjenesten. Dette gjelder barnehage, skole, trygdeetaten og politi for å nevne noen. Når det gjelder barneverntjenesten og sosialtjenesten i NAV gjelder særlige regler, se helsepersonelloven §§ 32 og 33. På forespørsel fra barnevernet kan vernepleieren ha plikt til å svare på taushetsbelagt informasjon. I tillegg skal vernepleieren av eget tiltak gi opplysninger til barnevernet dersom det er grunn til å tro at barn blir utsatt for omsorgssvikt eller annen mishandling i hjemmet, jf. barnevernloven §§ 4-10, 4-11 og 4-12. Vernepleierens taushetsplikt går imidlertid foran opplysningsplikten overfor sosialtjenesten. Unntaket gjelder gravide rusmisbrukere, der det er overveiende sannsynlig at misbruket av rusmidler vil føre til at barnet blir født med skade. I slike tilfeller har vernepleieren opplysningsplikt, jf. helsepersonelloven § 32 og helse- og omsorgstjenesteloven § 10-3.

Kapittel 8. Dokumentasjonsplikten

En forutsetning for forsvarlig helsearbeid er at man sikrer god dokumentasjon, og at denne overføres til det helsepersonell som skal overta tjenesteytingen etter at for eksempel dagvakt er ferdig. Helsepersonells dokumentasjonsplikt følger av helsepersonelloven kapittel 8. Plikt til å føre journal har den som yter helsehjelp, jf. § 39. Nærmere krav til journalens innhold finner vi i § 40. Det er viktig å være klar over at journalen skal føres i samsvar med god yrkesetikk, og inneholde relevante og nødvendige opplysninger som er lett å forstå for annet helsepersonell. Det er objektive og faglige vurderinger som skal dokumenteres, og ikke hva man selv personlig «synser og mener». Pasient eller bruker kan når som helst be om utskrift av daglig journalføring, med noen få begrensninger som følger av unntaket i pasient- og brukerrettighetsloven § 5-1, annet ledd. Her må nektelse av innsyn ses i sammenheng med at innsyn kan være til fare for liv og helse. Det er viktig å være klar over at pasientjournal har vært fremlagt som dokumentasjon i saker som er behandlet i rettsapparatet.

Domstolsavgjørelser viser at det stadig er blitt stilt strengere krav til kvaliteten på journalføringen.⁹ Mangelfull journalføring kan etterlate tvil om det er handlet med tilstrekkelig aktsomhet. Tvil om de faktiske forhold på grunn av mangelfull dokumentasjon, vil kunne føre til at pasient eller bruker når frem med et erstatningskrav, og at den som har plikt til å nedtegne opplysningene og dokumentere hvilken helsehjelp som er gitt rammes. Manglende eller mangelfull journalføring vil dermed være brudd på forsvarepliktskravet i helsepersonelloven § 4, dersom mangelen har ført til en

skade. En feil som ofte gjentas er dokumentasjon av de oppgaver man har gjort, nærmest som avkryssing av en sjekklister, uten at det foreligger dokumentasjon av faglige vurderinger og observasjoner underveis.

Eksempel 1: Anne er pasient på sykehjem skjermet enhet for demente. Det rapporteres at det er mye uro på kjøkkenet under måltid fordi Anne stadig reiser seg opp og går urolig rundt, samtidig som hun stjeler mat fra de andre som hun spiser sammen med. Helt siden Anne flyttet inn på sykehjemmet for 6 måneder siden, og frem til i dag, har dokumentasjonen vært den samme. Anne skaper uro, de andre pasientene liker ikke dette og hva skal vi gjøre med det? Det beskrives at det er svært travelt for personalet under måltidet, fordi de hele tiden må passe på Anne. Ingen stiller spørsmål med hvorfor Anne er urolig, eller hva som kan gjøres for å hjelpe Anne slik at hun får en bedre hverdag.

Eksempel 2: Per bor i tilrettelagt bolig med heldøgns helse- og omsorgshjelp. Han har store og sammensatte bistandsbehov. Det dokumenteres at Per er svært krevende, og ønsker oppmerksomhet hele tiden. Han roper på personalet selv om de nettopp har snakket med han, og på natten våkner han ofte og roper at noen må komme til han. Ulike tiltak er diskutert, og i journalen står det at man ikke skal svare Per når han ikke har grunn til å «mase». Ingen spør hvorfor Per roper, og ingen faglig vurdering ligger til grunn for «tiltaket».

Eksempel 3: Marte bor i omsorgsbolig. Hun har vist tegn på økende uro den senere tiden. En ettermiddag

blir hun svært sint og roper høyt til pleieren som kommer med kveldsmedisinen. Hun skriker «nei» og dytter pleieren bort. I journalen står det utførlig beskrevet hvor mye roping og sinne Marte viste, og at pleieren opplevde dette ubehagelig. Ingen stilte spørsmål med hvorfor.

Eksemplene er hentet fra virkeligheten, og her følger en beskrivelse av de faktiske forhold:

Eksempel 1: Anne ble svært urolig av å skulle innta måltid sammen med andre. Hun manglet de nødvendige forutsetninger for å kunne samhandle sosialt, da hun ble utrygg, og ikke forsto hva som skulle skje. Når måltid ble tilrettelagt for henne i egen leilighet i istedenfor på fellesarealet, ble Anne rolig og spiste maten sin.

Eksempel 2: Peder har en demenssykdom som medfører syns- og hørsels hallusinasjoner. Når han roper, roper han til personer han ser eller hører. I tillegg påkaller han personalet fordi han blir redd.

Eksempel 3: Marte har fått samme medisin over lengere tid. Denne medisinen gjenkjenner hun som en liten hvit tablett. Den aktuelle kvelden får Marte et synonympreparat som er en kapsel med avlang form. Denne medisinen ble helt feil for Marte, da hun ikke forsto hvorfor den så annerledes ut.

I 2011 leverte Statens Helsetilsyn en rapport til departementet vedrørende tilsyn med kommunenes sosial- og helsetjenester til eldre. Etter 500 tilsyn ble det rapportert mer enn 300 lovbrudd. Mangelfull dokumentasjon inngår ved flere av disse lovbruddene¹⁰.

⁹ Se Befring, Ohnstad, s. 200, ¹⁰Statens Helsetilsyn 19. mars 2012.

Helse- og omsorgstjenesteloven¹¹

Kapittel 1–3

Helse- og omsorgstjenesteloven har som formål å forebygge, behandle og tilrettelegge for mestring av sykdom, skade, lidelse og nedsatt funksjons- evne, i tillegg til å fremme sosial trygghet, bedre levekårene for vanskeligstilte, bidra til likeverd og likestilling og forebygge sosiale problemer. Dette innebærer at den enkelte får mulighet til å leve og bo selvstendig og til å ha en aktiv og meningsfylt tilværelse i fellesskap med andre. Formålet er videre å sikre tjenestetilbudets kvalitet og at det er likeverdig og tilgjengelig samt tilpasset den enkeltes behov for tjenester. Tjenestetilbudet skal tilrettelegges med respekt for den enkeltes integritet og verdighet, og bidra til at ressursene utnyttes best mulig. Bestemmelsen er en videreføring av tidligere sosialtjenestelov og kommunehelsetjenestelov og sammenfallende med gjeldende spesialisthelsetjenestelov § 1-1. Loven gjelder for helse og omsorgstjenester som tilbys av kommunen, eller private som har avtale med kommunen, jf. § 1-2, første ledd. For ansatte i den kommunale helse- og omsorgstjenesten, som yter tjenester etter helse- og omsorgstjenesteloven gjelder helsepersonelloven¹². For tildeling og bortfall av tjenester etter helse- og omsorgstjenesteloven gjelder vedtak etter forvaltningsloven kapittel 4 og 5, med unntak av tjenester som forventes å ha en varighet på inntil 14 dager. Disse tjenestene kan tildeles og gjennomføres uten vedtak. Skulle det vise seg at behovet for tjenester går utover 14 dager, må kommunen fatte vedtak om dette.

For klage på tjenester etter helse- og omsorgstjenesteloven gjelder forvaltningsloven, med unntak av pasient- og brukerrettighetsloven kapittel

2, 3 og 4, og § 5-1 (rett til innsyn i journal), § 6-2 (barns rett til samvær med foreldre i helseinstitusjon) og § 6-3 (barns rett til aktivitet i helseinstitusjon). Brudd på disse bestemmelsene kan påklages til Fylkesmannen. Klagen sendes til den som har truffet enkeltvedtaket eller avgjørelsen¹³.

Kommunen har ansvar for at alle pasient- og brukergrupper får nødvendige helse- og omsorgstjenester, uavhengig av årsaken til behovet for tjenester, jf. § 3-1. En nærmere presisering av hvilke tjenester kommunen plikter å ha tilbud om finner vi i § 3-2 nr. 1-6. Kommunens ansvar for helse- tjenester i hjemmet, BPA, praktisk bistand og opplæring, støttekontakt, plass i institusjon herunder sykehjem og avlastningstiltak, finner vi i § 3-2 nr. 6. Dette er en videreføring av tidligere sosialtjenesteloven § 4-2, bokstav a-d. Med praktisk bistand og opplæring menes hjelp til egenomsorg og personlig stell, dvs. personrettet praktisk bistand. I tillegg også hjemmehjelp og annen hjelp til dagliglivets gjøremål i hjemmet i tilknytning til husholdningen, som innkjøp, matlaging, vask av klær m.v. Tjenesten skal også hvis det er hensiktsmessig omfatte opplæring i dagliglivets praktiske gjøremål.

Når det gjelder institusjon er ikke lovtaksten begrenset til å gjelde sykehjem eller bolig med heldøgns omsorg for barn og unge under 18 år. En videreutvikling av den kommunale helse- og omsorgstjenesten kan innebære at kommunene ønsker å bygge opp andre kommunale institusjoner som helsehus og lignende, som dermed kan oppfylle kommunens ansvar for øyeblikkelig hjelp etter § 3-5. Avlastningstiltak er et tilbud til personer og familier med særlig tyngende omsorgsansvar. Avlastningstiltak skal

hindre overbelastning for den som yter omsorgsarbeidet, og kan gis ut i fra ulike behov og organiseres på ulik måte. Tjenesten kan gis i eller utenfor hjemmet, i eller utenfor institusjon, og skal omfatte et forsvarlig tjenestetilbud for den som har omsorgsbehovet.

Det er viktig at vernepleieren kjenner til kommunens samlede tilbud av helse- og omsorgstjenester, slik at tjenestene kan gjøres tilgjengelig også for pasient- og brukere som selv ikke er i stand til å identifisere og bestille disse ut i fra egne behov.

Denne kunnskapen er en forutsetning for å kunne bistå pasient eller bruker i å få de tjenester han/hun har krav på og behov for.

Kapittel 7. Individuell plan, koordinator og koordinerende enhet

§ 7–1. Individuell plan

Retten til individuell plan er viet et helt kapittel i den nye helse- og omsorgstjenesteloven, nærmere bestemt kapittel 7. Begrunnelsen for en tydeliggjøring av regelverket var at flere pasienter og brukere med behov for og rett til individuell plan, ikke fikk det¹⁴. Retten til individuell plan gjelder for pasienter og brukere med behov for langvarige og koordinerte tjenester etter denne loven, jf. § 7-1. Bestemmelsen er en videreføring av tidligere kommunehelsetjenesteloven § 6-2 a, og sosialtjenesteloven § 4-3 a. Plikten til utarbeidelse av planen er lagt til kommunen, mens retten til planen er regulert i pasient- og brukerrettighetsloven § 2-5. Med behov for «langvarige tjenester» menes at behovet må ha en viss varighet, men det kreves ikke at behovet skal være varig eller strekke seg over et visst antall

måneder eller år. Med «koordinerte tjenester» menes at behovet må gjelde to eller flere helse- og omsorgstjenester, involvere forskjellige tjenesteytere, og at tjenestene bør ses i sammenheng. Planen skal ikke utarbeides mot pasient eller brukers vilje. Her gjelder prinsippet om samtykke. Kommunen har plikt til å tilby utarbeidelse av individuell plan, og koordinere planarbeidet der pasienten har behov for tjenester også etter spesialisthelsetjenesteloven og lov om psykisk helsevern. Dette fritar imidlertid ikke spesialisthelsetjenesten i å medvirke i arbeidet. Spesialisthelsetjenestens ansvar for tilbud om og medvirkning til arbeidet er regulert i spesialisthelsetjenesteloven § 2-5 med merknader. En individuell plan kan bestå av ulike vedtak, som for eksempel vedtak på økonomisk stønad, bolig og/eller pleie- og omsorgstjenester. Pasienter og brukere har rettskrav på innholdet i vedtakene, og kan påklage hvert enkelt av disse dersom kommunen ikke oppfyller sine forpliktelser. Reglene for saksbehandling av enkeltvedtak, og klage på innhold i vedtak følger av forvaltningsloven alminnelige regler.

§ 7–2. Koordinator

Nytt med helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 7 er den plikt kommunen har til å ha ansatt koordinator som skal sørge for nødvendig oppfølging av den enkelte pasient eller bruker, samt sikre samordning av tjenestetilbudet og fremdrift i planarbeidet, jf. § 7-2. Dette gjelder uavhengig av om pasienten eller brukeren ønsker å benytte seg av retten til individuell plan. Oppnevning av koordinator innebærer

¹¹Lov om kommunale helse- og omsorgstjenester m.m. av 24.06.2011 nr. 30, ¹²Helsepersonelloven behandles særskilt senere, ¹³Se pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 7, § 7-2 1. ledd, ¹⁴Se forarbeidene til helse- og omsorgstjenesteloven, Prop.91 L (2010-2011) s. 365.

at en bestemt person får hovedansvar for koordinering og oppfølging av den enkelte pasient eller bruker, men innebærer ikke at vedkommende skal ha eneansvar for å koordinere tjenestetilbudet. Virksomhetsleder får ansvaret for utarbeidelse av rammebetingelser som gjør det mulig å fylle en koordinatorrolle. Rollen innebærer å ha ansvar for å følge opp innspill fra pasienten eller brukeren og pårørende, i tillegg til samarbeidet med spesialisthelsetjenesten. Dette skal bidra til at pasienten får et såkalt «sømløst» tilbud i tråd med samhandlingsreformens intensjoner¹⁵. Koordinatorrollen er profesjonsnøytral, og det er kommunen selv som må vurdere hvem som er best egnet til å inneha koordinatorrollen og bistå den enkelte pasient eller bruker.

§ 7-3. Koordinerende enhet

I tillegg skal kommunen ha en egen koordinerende enhet for habilitering- og rehabiliteringsvirksomhet, jf. § 7-3. Denne enheten skal ha det overordnede ansvaret for utarbeidelsen av individuell plan, og for oppnevning, opplæring og veiledning av koordinator etter §§ 7-1 og 7-2. Med overordnet ansvar menes ansvar for utvikling og kvalitetssikring av rutiner for utarbeidelse av planen. Enheten må også sørge for opplæring og veiledning av tverrfaglig personale, herunder også den som blir utpekt som planansvarlig person. Helsepersonell har plikt til å melde fra om pasienten eller brukers behov for individuell plan og koordinator for denne til kommunen. Dette følger av helsepersonelloven § 38 a, første ledd. Annet ledd presiserer at helsepersonell som yter spesialisthelsetjenester skal melde fra til koordinerende enhet for habilitering- og rehabiliteringsvirksomhet i spesialisthelsetjenesten.

Kapittel 9. Rettsikkerhet ved bruk av tvang og makt overfor enkelte personer med psykisk utviklingshemning

Litt historikk

Avvikling av Helsevern for Psykisk Utviklingshemmede (HVPU) og ansvarsreformen satte søkelyset på rettssikkerheten til psykisk utviklingshemmede¹⁶. Det ble avdekket utstrakt tvangsbruk på institusjoner innenfor HVPU for denne gruppen, som ledd i en behandlingssituasjon. I 1995 og 1996 ble det fremsatt forslag om endringer i sosialtjenesteloven og kommunehelsetjenesteloven. Rettssikkerhet for og begrensning og kontroll med bruk av tvang og makt ovenfor enkelte personer med psykisk utviklingshemning, ble vedtatt i lov av 19. juli 1996 nr. 60¹⁷. Loven med tilhørende forskrifter ble iverksatt med virkning fra 1. januar 1999. Etter drøyt tre år ble daværende kapittel 6A evaluert, og det ble foretatt noen endringer, som blant annet forbud mot atferds endrende tiltak¹⁸.

De materielle reglene i dette kapitlet er både kompetanseregler og pliktregler. Kravet om kompetanse knyttes til at det fattes riktige juridiske vedtak om planlagte tiltak, og plikten i form av direktiv ovenfor hver enkelt tjenesteyter ved gjennomføringen av dem¹⁹.

Som en følge av samhandlingsreformen 1. januar 2012 (tidligere omtalt i innledningen til dette heftet) ble sosialtjenesteloven opphevet, og tidligere kapittel 4A i samme lov ble med små tilpasninger innført i den nye helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9. Tilpasningene går ut på at definisjonen av pårørende i pasient- og brukerrettighetsloven § 1-3, bokstav b, legges til grunn i istedenfor å ha særregler i helse- og omsorgstjenesteloven om hvem som skal anses for

å være pårørende. I tillegg erstattes «spesialisthelsetjenestene» og «de spesialisthelsetjenestene som de regionale helseforetakene skal sørge for», med «spesialisthelsetjenesten». «Pasient eller bruker» erstattes med «bruker eller pasient».

Nedenfor følger en gjennomgang av dette kapittelet.

§ 9–1. Formål

Formålet med helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 er å hindre eller begrense «vesentlig skade». Ordet «skade» indikerer vern om et eller annet retts gode eller interesser som skade på personen selv eller andre. Med «skade» menes både psykisk og fysisk skade samt skade på eget sosiale omdømme. Ordet «vesentlig» sier noe om alvorlighetsgraden av skade før man kan gripe inn med tvang og makt. I forarbeidene er «vesentlig skade» benevnt som skade av «betydelig omfang» eller «alvorlige konsekvenser».²⁰ I tillegg til å gi hjemmel for tvangsinngrep på spesielle vilkår, har dette kapittelet som formål også å verne psykisk utviklingshemmede mot å bli utsatt for tvang og makt. Dette følger av § 9-1, annet ledd, hvor det heter at:

«Tjenestetilbudet skal tilrettelegges med respekt for den enkeltes fysiske og psykiske integritet, og så langt som mulig i overensstemmelse med brukerens eller pasientens selvbestemmelsesrett».

Selvbestemmelse er ikke bare uttrykt i formålsbestemmelsen, men også nærmere presisert i § 9-3 om rett

til medvirkning og informasjon. Denne bestemmelsen stiller ytterligere krav til tjenesteyterne om at bruker eller pasient skal ha anledning til selv å medvirke i tilrettelegging av tjenestetilbudet, og at også verge eller pårørende skal høres før det treffes vedtak om bruk av tvang. På denne måten blir selvbestemmelse gitt et konkret innhold, og kan også ses i sammenheng med pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 3 og 4. Bestemmelsene i helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 regulerer bruk av tvang ovenfor mennesker med psykisk utviklingshemning når disse mottar helse- og omsorgshjelp. Hvor dette gjelder, er beskrevet i § 9-2, virkeområde. Kommunene plikter å sørge for at forholdene legges til rette for minst mulig bruk av tvang og makt, og har også ansvar for nødvendig opplæring og veiledning etter § 8-1, jf. § 9-4. Det innebærer ikke bare opplæring generelt, men også opplæring og veiledning knyttet til utførelsen av de enkelte tvangstiltakene det er fattet vedtak om for hver enkelt bruker eller pasient. I tillegg stilles det krav om tett samarbeid med spesialisthelsetjenesten for å forebygge og begrense bruk av tvang, jf. § 9-9 og § 9-13. Kompetansekravet og samarbeidet med spesialisthelsetjenesten er ansett å være en viktig faktor for å kunne forebygge og begrense bruk av tvang.

§ 9–2. Virkeområde

Bestemmelsene i dette kapittelet kommer til anvendelse når kommunen yter bistand etter § 3-2, nr. 6. Reglene gjelder ikke for rent somatisk helse-

¹⁵St.meld nr. 47, s. 48, ¹⁶NOU 1991:20, *Rettsikkerhet for mennesker med psykisk utviklingshemning*, ¹⁷Se Ot.prp. nr 58 (1994-1995) og Ot.prp. nr 57 (1995-1996), ¹⁸Se Ot.prp. nr.55 (2002-2003) om endringer i lov om sosiale tjenester som beskriver bakgrunnen for og prosessen med de nye lovendringene, ¹⁹Se Østenstad, *Heimlesspørsmål i behandling og omsorg overfor psykisk utviklingshemma og aldersdemente (2011)* s. 302, ²⁰Ot. prp. nr. 57 (1995-1996) på s. 13 og s. 16.

hjelp som eksempelvis tannbehandling, og gir ikke hjemmel for tvangsmedisinering, tvungen undersøkelse og behandling av somatiske og psykiske lidelser. Reglene gir heller ikke hjemmel for bruk av tvang i skoleverket, i barnehager, eller på arbeidsplasser. Utvidelse av virkeområdet for dette kapittelet har ved flere anledninger vært diskutert, særlig utvidelse til andre arenaer enn pleie- og omsorgstjenesten²¹. Skole, barnehage, dagsenter og arbeidsplasser har vært nevnt. Departementet har imidlertid vært tydelig på at en utvidelse kun kan gjøres gjennom endring i den enkelte sektorlov²².

Med *opplæring* menes opplæring til noen av dagliglivets gjøremål, ikke opplæring i skolen. For at reglene i dette kapittelet skal kunne komme til anvendelse kreves det at bruker eller pasient har diagnosen psykisk utviklingshemning. Personer med kognitiv funksjonsnedsettelse av andre årsaker, faller utenfor kapittelets virkeområde. Med tvang menes tiltak som bruker eller pasient motsetter seg, eller som uavhengig av grad av motstand er så inngripende at de må regnes som tvang, jf. § 9-2, annet ledd. Alminnelige oppfordringer og ledelse med hånden eller andre fysiske påvirkninger av liknende art anses ikke som bruk av tvang eller makt. Inngripende varslingsystemer med tekniske innretninger vil alltid regnes som tvang eller makt etter dette kapittelet.

§ 9-3. Rett til medvirkning og informasjon

Tjenestetilbudet skal så langt som mulig tilrettelegges og gjennomføres i samarbeid med brukeren eller pasienten, jf. § 9-3, første ledd. Denne bestemmelsen kan ses i sammenheng med pasient- og brukerrettighetsloven

kapittel 3 om pasientens eller brukers rett til medvirkning og informasjon ved gjennomføring av helse- og omsorgstjenester. For å styrke rettsikkerheten til bruker eller pasient ytterligere, sier § 9-3, annet ledd at brukeren, pasienten, pårørende og verge skal høres før vedtak fattes. Fylkesmannen skal sørge for at det oppnevnes verge særskilt dersom det er aktuelt å fatte vedtak om bruk av tvang og makt etter dette kapittelet, jf. § 9-3, tredje ledd²³.

§ 9-4. Krav til forebygging

Kommunen plikter å legge til rette for minst mulig bruk av tvang og makt, jf. § 9-4, første ledd. Forebygging gjelder flere områder, både faktorer knyttet til omgivelsene, som uheldig samspill, mangelfull dekking av individuelle behov, mangel på stabile relasjoner og for mange kollektive rutiner og løsninger.

Brukere eller pasienter med store og sammensatte bistandsbehov har størst sårbarhet i forhold til risikofaktorer knyttet til omgivelsene. Faktorer knyttet til brukeren eller pasienten selv kan være kommunikasjons- og språkvansker, kognitive vansker eller ulike tilleggsvansker²⁴. Felles for forebygging av disse faktorene er behovet for grundig kunnskap om hva det innebærer for den enkelte å ha omfattende bistandsbehov og nedsatt funksjonsevne, årsaken til dette og hvordan det best kan tilrettelegges slik at tjenestene tilrettelegges ut i fra den enkeltes ønsker og behov. Alt for ofte settes bruker eller pasient i situasjoner de i utgangspunktet ikke har nødvendig forutsetning for å mestre. Eksempel på dette kan være bruk av fellesarealer i boliger med heldøgns omsorg. Fellesmiddager eller kaffekos kan være en utfordring dersom bruker eller pasient ikke evner å sitte i felles-

skap med andre fordi de blir urolige eller engstelige av det. Brukere eller pasienter har krav på tjenester som tilrettelegges av personalet med faglig og etisk kompetanse. Kommunen plikter å gi nødvendig opplæring etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 8, § 8-1, herunder faglig veiledning og oppfølging.

§ 9-5. Vilkår

I motsetning til pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4A § 4A-3, er det i denne loven uttrykkelig sagt at det kan anvendes tvang for gjennomføring av pleie og omsorgshjelp på bestemte vilkår.

Det må for det første foreligge fare for «vesentlig skade» Dette følger av 9-5, annet ledd. Vesentlighetskravet har en viktig avgrensende funksjon, og er i forarbeidene omtalt som skade av «betydelig omfang» eller alvorlige konsekvenser.²⁵ Et viktig moment er også hvor omfattende skaden kan bli. I noen tilfeller kan gjentatte slag mot kroppen på sikt føre til vesentlig skade, slik at den totale skaderisikoen må tas med i vurderingen. Skadepotensialet alene vil også være et moment i den etiske forsvarlighetsvurderingen jf. § 9-5, annet ledd, første setning. Eksempelvis vil det å påføre seg selv smerte kunne oppfylle vesentlighetskravet, da skade på liv og helse har et særlig beskyttelsesvern. Omfattende fysisk skade på seg selv eller andre, og ødeleggelse av gjenstander av betydelig verdi omfattes. I tillegg vil forhold som medfører vesentlig tap av sosial aktelse, eksempelvis at bruker eller pasient kler av seg på uegnet sted, eller gjør sitt fornedne andre steder enn på toalettet falle inn under dette vilkåret²⁶. Det er

ikke et krav at atferden er straffbar eller medfører erstatningsansvar. Det er heller ikke tilstrekkelig at vedkommende opptrer med rop eller forstyrrende handlinger, med mindre disse fører til betydelig skade.

Vilkåret «andre løsninger», jf. § 9-5, første ledd, innebærer at hele tjenestetilbudet må gjennomgås for å vurdere om det er forhold som kan forbedres slik at behovet for å gripe inn med tvang i pleie- og omsorgstilbudet ikke oppstår²⁷. I tillegg må bruker eller pasient utredes i henhold både til fysisk og psykisk helse slik at mulige bakenforliggende årsaker avdekkes. Eksempler på dette kan være at bruker eller pasient har en underliggende smerte- eller sykdomstilstand som han eller hun ikke evner å kommunisere med omverdenen på annen måte enn ved en atferd som påfører vedkommende selv eller andre vesentlig skade. Ofte oppstår såkalt utfordrende atferd, i situasjoner vernepleiere og andre tjenesteytere beskriver som kravsituasjoner. Slike forventninger eller krav kan være at bruker eller pasient får beskjed om å utføre bestemte gjøremål eller delta i aktiv samhandling. Det første som må vurderes er om det er nødvendig å stille krav i det hele tatt. Altfor ofte blir bruker eller pasient stilt overfor urimelige krav, enten ved at forventningene har vært for høye i forhold til deres funksjonsnivå eller ved at de ikke har forstått hva de er blitt bedt om å gjøre og derfor har utviklet en sterk motvilje mot deltakelse i gjøremål eller samhandling²⁸.

Det er med andre ord grunnleg-

²¹Ot.prp. nr. 55 (2002-2003) s. 35, ²²Ot.prp. nr. 55 (2002-2003) s. 36, ²³Nærmere om hvem som kan oppnevnes, se vergemålsloven § 28, ²⁴Se Rundskriv 15-10/2004, s. 41, ²⁵Se Ot.prp.nr 57 (1995-1996) s. 13 og s. 16, ²⁶ Se Ot.prp.nr 57 pkt. 4.1, ²⁷Se St.meld. nr.57 (1997-1998) s. 8, ²⁸Se Rundskriv 15-10/2004 s. 44.

gende viktig at det ikke fattes vedtak om tvang uten at denne type årsaker er kartlagt og dokumentert. Observasjoner og kartlegging skal være dokumentert, vurdert og analysert før alternative tiltak iverksettes. Løpende evaluering av iverksatte tiltak, og begrunnelse for eventuelt å avslutte disse er også mangelfulle eller i verste fall fraværende. Denne dokumentasjonsplikten følger av § 9-10, jf. helsepersonelloven kapittel 8 og journalforskriften. Tilsynsmyndighetene har ved flere anledninger oppdaget brudd på dokumentasjonsplikten²⁹. (Se nærmere om dokumentasjon i fremstillingen ovenfor.)

Nødvendighetsvilkåret er også et minstekrav om at den eneste måten å oppnå formålet ved tiltaket på er gjennom bruk av tvang. Dette betyr altså «nødvendig» for å hindre den vesentlige skade i å oppstå. Det er ikke andre måter å hindre skaden enn iverksettelse av dette tiltaket. I motsatt fall vil nødvendighetskriteriet ikke være oppfylt. Denne vurderingen er sammenfallende med nødvendighetskriteriet i pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4A, § 4-3, annet ledd, bokstav b. Hvorvidt nødvendighetskriteriet er oppfylt må bero på en konkret vurdering av den aktuelle situasjon eller situasjoner som kan påføre bruker eller pasient eller andre vesentlig skade.

Forholdsmessighetsvilkåret følger av § 9-5, annet ledd, hvor det heter at «Tiltakene må ikke gå lenger enn det som er nødvendig for formålet, og må stå i forhold til det formål som skal ivaretas.» Det er etter denne bestemmelsen ikke hjemmel for å utføre tiltak med bruk av tvang som går ut over det som er nødvendig for å oppnå formålet. Dette betyr at tjenesteyterne må være særlig bevisst på hva til-

taketets formål er. Vilkåret «vesentlig skade» krever at de situasjoner hvor tvang kan benyttes, vurderes til å være alvorlige situasjoner. Kravet til forholdsmessighet krever at tiltaket ut fra en helhetsvurdering fremstår som klart mer positivt for bruker eller pasient, enn det de negative konsekvenser ved bruk av tvang kan medføre. Det å bli utsatt for tvang vil uansett oppleves som en integritetskrenkelse, men den negative opplevelsen kan avdempes med tiltakets positive effekt. Som eksempel vil fravær av smerte, frustrasjon, angst o.l. oppleves positivt for bruker eller pasient.

Tjenesteyterne må ut i fra en helhetsvurdering av lovens vilkår velge det tiltak som på sikt vil være det minst inngripende i forhold til den enkelte bruker eller pasient. Vilkåret om at det må være fare for vesentlig skade gjelder også i pleie- og omsorgssituasjoner etter § 9-5, tredje ledd, bokstav c, selv om ikke hver situasjon for seg innebærer fare for vesentlig skade. Ved vurderingen av om den aktuelle bruk av tvang står i forhold til formålet med tiltaket må det foretas en helhetsvurdering av de positive og negative konsekvenser tiltaket vil ha for den enkelte.

Etter § 9-5, tredje ledd, kan det bare anvendes tvang og makt som tiltak i følgende situasjoner:

- a) skadeavvergende tiltak i nøds-situasjoner,
- b) planlagte skadeavvergende tiltak i gjentatte nødssituasjoner,
- c) og tiltak for å dekke pasient eller brukerens grunnleggende behov for mat og drikke, påkledning, hvile, søvn, hygiene og personlig trygghet, herunder opplærings- og treningstiltak.

Tiltak etter bokstav a, gjelder situa-

sjoner ingen kunne forutse. Her må det handles raskt for å hindre vesentlig skade, og tiltaket må umiddelbart avsluttes så snart nødsituasjonen er avverget. Tiltak etter bokstav b, gjelder nødsituasjoner som man kan forutse. Med andre ord vet tjenesteyterne at disse oppstår. Ikke nødvendigvis hvor ofte, men at det kommer til å skje med ulikt omfang og frekvens. Når det gjelder tiltak etter bokstav c, har det vært mange spørsmål knyttet til helse-relatert omsorg. Fravær av mat, drikke, hvile, søvn og hygiene kan føre til helse-relatert skade. Men etter § 9-5, tredje ledd, bokstav c, innebærer tiltaket pleie- og omsorgshjelp, og ikke medisinsk behandling, utredning og diagnostisering.

For medisinsk behandling, utredning og diagnostisering gjelder pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 og 4A. Det vil imidlertid kunne komme situasjoner hvor det vil bli behov for nærmere avklaring av om når et pleie- og omsorgstiltak etter kapittel 9 § 9-5 bokstav c går over til å bli et medisinsk tiltak etter pasient og brukerrettighetsloven kapittel 4A. Dersom det skal gjennomføres tiltak med tvang for å begrense brukerens eller pasientens matinntak, må det være vurdert en medisinsk årsak av lege. Eksempel på medisinsk årsak kan være stor fare for å utvikle diabetes og overbelastning på ledd som knær og hofter. Det er ikke hjemmel etter kapittel 9, § 9-5 bokstav c, å iverksette tiltak for å stoppe trøstespising, eller iverksette slankekur ut i fra alminnelig betraktninger om sunn livsførsel. Alternativt kan tjenesteyter tilby brukeren eller pasienten aktiviteter som vedkommende kan gjennomføre, og som kan bidra til vektreduksjon og økt fysisk velvære.

Kostveiledning og hjelp til innkjøp og opplæring i matlaging er alternative tiltak som også kan være aktuelle. Det er tjenesteyters plikt å tilrettelegge tjenestetilbudet på en slik måte at brukeren eller pasienten får tilgang på ulike aktiviteter. I tillegg må man huske formålet med kapittel 9, og det er å forebygge og begrense bruk av tvang og makt, og hindre vesentlig skade.

§ 9–6. Særlige grenser for bruk av enkelte tiltak

Mekaniske tvangsmidler som hindrer brukeren eller pasientens bevegelsesfrihet, herunder belter, remmer, skadeforebyggende spesialklær og liknende, kan bare brukes for å gi nødvendig støtte for fysiske funksjonshemninger, for å hindre fall, og for å hindre at brukeren eller pasienten skader seg selv. I alle tilfeller må vilkårene i § 9-5 være oppfylt, jf. første ledd. Ved nødsituasjon etter § 9-5, tredje ledd, bokstavene a og b, kan skjerming av brukeren eller pasienten fra andre personer, gjennomføres i et ordinært beboelsesrom med ulåst dør. Sikkerhetsmessige hensyn kan unntaksvis tilsi at døren låses. Vedkommende skal holdes under oppsyn, mens skjerming pågår, jf. § 9-6, annet ledd. Denne bestemmelsen innebærer også forbud mot gjennomføring av opplærings- og treningstiltak som påfører pasient eller bruker smerte, skade, psykisk eller fysiske anstrengelser eller fysisk isolering, jf. § 9-6, tredje ledd.

§ 9–7. Kommunens saksbehandling

Beslutning om bruk av tvang og makt etter § 9-5 tredje ledd, bokstav a, treffes av den som har det daglige ansvaret for tjenesten, eller – dersom det ikke er tid til dette - av tjeneste-

²⁹Rapport fra Helseilsynet 5/2007, Tilsynsmelding 2008 og Tilsynsmelding 2010.

yteren, jf. § 9-7, første ledd. Beslutningen må nedtegnes straks etter at tiltaket er gjennomført, og følge reglene for innhold i tredje ledd, bokstavene a til e. I tillegg skal det gjennomførte tiltaket varsles til den som har det faglige ansvaret for tjenesten, det vil si tjenesteyterens nærmeste overordnede, Fylkesmannen, verge og pårørende. Det skal her opplyses om klageadgangen etter § 9-11, første ledd. Vedtak etter § 9-5, tredje ledd, bokstav b og c, skal treffes av den som har det overordnede faglige ansvaret for tjenesten. I praksis vil det si kommuneoverlegen, helse- og sosialsjefen eller en annen kommunen har oppnevnt.

§ 9-8. Fylkesmannens overprøving

Vedtak om tvang kan ikke effektueres før Fylkesmannen har godkjent vedtaket etter § 9-5, tredje ledd, bokstavene b og c, jf. § 9-7, fjerde ledd. Fylkesmannen skal prøve alle sider av vedtaket, både når det gjelder saksbehandlingen, de faktiske forhold og lovforståelsen. Overprøvingen kan også gjelde den forvaltningsmessige skjønnsutøvelsen. Det vil si overprøving av hvordan tjenesteyterne faglig har vurdert de faktiske forhold, kartlagt, observert, analysert, og gjennomført alternative tiltak og evaluering av disse. Det er ved gjennomgang av de vurderinger som ligger til grunn for tiltaket. Fylkesmannen kan se hvorvidt det foreligger grunnlag for gjennomføring av tiltak med bruk av tvang eller makt. Brukeren eller pasienten, verge og pårørende, kan påklage vedtak om tvang til Fylkesnemnda for barnevern og sosiale saker, jf. § 9-11, annet ledd.

§ 9-9. Krav til gjennomføring og evaluering

Spesialisthelsetjenesten skal bistå ved gjennomføring av tiltak etter § 9-5,

tredje ledd, bokstav b og c. Det er i tillegg et kompetansekrav knyttet til gjennomføringen av tiltak, etter bokstav b og c. Det skal være to tjenesteytere til stede dersom dette ikke er til ugunst for brukeren eller pasienten, jf. § 9-9, annet ledd. Dette av rettssikkerhetsmessige grunner. Skal dette kravet fravikes må det være individuelt begrunnet. For kompetansekravet knyttet til tiltak etter bokstav b, gjelder at den ene av de to tjenesteyterne må ha bestått utdanning i helse- sosial eller pedagogiske fag på høgskolenivå. For tiltak etter bokstav c, må den ene av de to tjenesteyterne ha bestått avsluttende eksamen i studieretning for helse- og sosialfag i videregående opplæring.

Fylkesmannen har anledning til å gi dispensasjon fra utdanningskravet, noe som også gjøres i mange tilfeller. Tilsynsmelding 2011 viser at det er innvilget 829 søknader om dispensasjon fra utdanningskravet³⁰. Det var ved utgangen av året vedtatt 935 vedtak. Til sammenligning kan nevnes at det ved utgangen av 2010 var innvilget 773 søknader om dispensasjon, og 902 godkjente vedtak. En av årsakene til det relativt høye tallet på dispensasjon, kan være at det er flere kommuner som sliter med å få ansatt tjenesteytere til ledige stillinger, fordi det er mangel på kvalifiserte søkere. Det er viktig å merke seg at tiltak med tvang skal gjennomgå kontinuerlig evaluering, og avbrytes straks dersom det viser seg å ha uforutsette konsekvenser, eller negative virkninger, jf. § 9-9, fjerde ledd. Reglene i helsepersonelloven kapittel 8 om dokumentasjonsplikt og kravet til dokumentasjon i henhold til forskrift om pasientjournal gjelder for tiltak etter dette kapittelet, jf. § 9-10.

§ 9–11. Klage

Tiltak som gjennomføres etter § 9-5, tredje ledd, bokstav a, kan påklages til Fylkesmannen av brukeren eller pasienten, verge og pårørende. Fylkesmannen skal prøve alle sider av saken, jf. § 9-11. Vedtak etter § 9-5, tredje ledd, bokstavene b og c kan påklages av brukeren eller pasienten, vergen og pårørende til fylkesnemnda for barnevern og sosiale saker, og fylkesnemnda skal prøve alle sider av saken. Klagefristen er tre uker fra brukeren eller pasienten, vergen eller pårørende har fått kjennskap til beslutningen (§9-5, tredje ledd, bokstav a) eller vedtaket (§ 9-5, tredje ledd, bokstavene b og c). Det er videre anledning til å bringe vedtaket etter § 9-11 inn for tingretten til overprøving, dersom brukeren eller pasienten ikke får medhold i sin klage etter § 9-11. Søksmål kan reises av brukeren eller pasienten selv dersom denne har evne til å forstå hva saken gjelder, og av pårørende eller verge, jf. § 9-12. Her er fristen til å reise søksmål to måneder fra den dag brukeren eller pasienten, pårørende eller verge fikk melding om vedtaket.

Kapittel 10. Tvangstiltak overfor rusmiddelavhengige

§ 10-1 Kommunens plikt til å vurdere bruk av tvang etter melding fra pårørende.

Kommunene skal ved melding fra pårørende om omfattende rusmiddelmisbruk foreta de nødvendige undersøkelser i saken, og vurdere hvorvidt det er grunnlag for tiltak mot den rusmiddelavhengiges samtykke.

Bestemmelsen er en styrking av de pårørendes stilling, og omfanget av undersøkelsen vil avhenge av den konkrete situasjonen. I noen tilfeller

vil det være nødvendig at kommunen går inn med full kartlegging og undersøkelse, i andre tilfeller er den rusmiddelavhengige nylig vurdert med tanke på tvangstiltak slik at nye undersøkelser ikke blir iverksatt³¹. Hvem som er pårørende følger av pasient- og brukerrettighetsloven § 1-3, bokstav b, jf. § 10-1, annet ledd. Når meldingen fra pårørende er vurdert, og saken er utredet skal den pårørende ha tilbakemelding om dette.

§ 10–2. Tilbakehold i institusjon uten eget samtykke

Dersom noen utsetter sin fysiske eller psykiske helse for fare ved omfattende og vedvarende misbruk, og øvrige hjelpetiltak ikke er tilstrekkelig, kan det vedtas at vedkommende uten eget samtykke tas inn i en institusjon utpekt av regionalt helseforetak for undersøkelse og tilrettelegging av behandling, jf. spesialisthelsetjenesteloven § 2-1a fjerde ledd. Den rusmiddelavhengige kan holdes tilbake der i opptil tre måneder, jf. § 10-2 første ledd. Vedtak etter denne bestemmelsen treffes av fylkesnemnda for barnevern og sosiale saker, jf. annet ledd. Samtidig må fylkesnemnda ta stilling til om det skal være adgang til å ta urinprøver av pasienten under institusjonsoppholdet. Det er en forutsetning for vedtak etter første ledd at institusjonen har de nødvendige rammer og faglige ressurser til å tilby den hjelp den rusmiddelavhengige trenger i forhold til formålet med inn-taket i institusjonen. Det er kommunen som må foreta vurdering av om den aktuelle institusjonsplassering er formålstjenlig. Et eksempel fra vedtak i fylkesnemnda for barnevern og sosiale saker belyser dette:

³⁰ Tilsynsmelding 2011, tabell s. 41, ³¹ Ot.prp. nr. 78 (1997-1998) s. 19.

En 19 år gammel kvinne hadde hatt rusproblemer siden 14 års alderen, og hadde vært under barneverntjenestens omsorg i tre år, dels ved tvang. Hun flyttet tilbake til hjemkommunen fra institusjonen hun bodde på, med ettervern. Etter kort tid begynte hun å ruse seg i stort omfang, til stor fare for seg selv, og for personer i nær relasjon til henne. Fylkesnemnda la vekt på at misbruket var omfattende og vedvarende, og at frivillige hjelpetiltak ikke fungerte, da hun ikke var i stand til å nyttiggjøre seg disse. Innleggelse og tilbakeholdelse i institusjon var nødvendig, for igjen å kunne utrede henne, og igjen tilby frivillige hjelpetiltak³².

§ 10-3. Tilbakeholdelse av gravide rusmiddelavhengige

Det kan vedtas at gravide rusmiddelavhengige uten eget samtykke skal tas inn på institusjon utpekt av regionalt helseforetak, jf. spesialisthelsetjenesteloven § 2-1a, fjerde ledd, og holdes tilbake der i hele svangerskapet. Vilkåret her er at det er overveiende sannsynlig at barnet vil bli født med skade som følge av misbruket, og at frivillige hjelpetiltak ikke førte frem. Vilkåret «overveiende sannsynlig» pålegger kommunene en tung bevisbyrde, ikke minst fordi det fortsatt mangler presis kunnskap om årsakssammenhengene mellom rusmiddelmissbruk og fosterskade³³.

En kvinne hadde fått utskrevet betydelige mengder medikamenter fra lege. Hun ble stanset i bil, mistenkt for kjøring i ruspåvirket tilstand. Blodprøver viste at hun i tillegg til legale midler også var under påvirkning av illegale virkemidler. På bakgrunn av medikamentmisbruket fant fylkesnemnda det overveiende sannsynlig at barnet ville bli født med skade dersom akutt plassering ikke

ble gjennomført. Hun hadde hatt et betydelig medikamentmisbruk under tidligere svangerskap, og nemnda hadde ingen tro på at hun ville greie å trappe ned medikamentforbruket slik at fosteret ikke ble påført skade³⁴.

§ 10-4. Tilbakehold i institusjon på grunnlag av eget samtykke

Når en rusmiddelavhengig på grunnlag av eget samtykke blir tatt inn i en institusjon utpekt av regionalt helseforetak, jf. spesialisthelsetjenesteloven § 2-1a fjerde ledd, kan institusjonen sette som vilkår at den rusmiddelavhengige kan holdes tilbake i opptil tre uker regnet fra inntaket, jf. § 10-4, første ledd. Den som er innlagt i institusjon eller bolig med heldøgns omsorgstjeneste, står i utgangspunktet og som hovedregel fritt til å forlate denne når som helst. Et frivillig behandlings- eller omsorgstiltak skal ikke plutselig kunne endres til å bli tiltak med tvang, og det kan ikke kreves at bruker eller pasient skal avvente spesielle utskrivningsprosedyrer eller at pårørende varsles. For rusmiddelavhengige gir § 10-4 institusjonen rett til å sette som vilkår for frivillig innleggelse, at vedkommende avgir bindende samtykke til tidsbegrenset tilbakeholdelse. Den rusmiddelavhengige kan holdes tilbake i opptil tre uker etter at samtykket uttrykkelig er trukket tilbake. Tilbakeholdelse kan skje opptil tre ganger for hvert opphold.

En forutsetning for at en person kan holdes tilbake i institusjon på grunnlag av eget forhåndssamtykke er at vedkommende hadde det vi kaller rettslig kompetanse til å binde seg selv ved avtale på denne måten. Myndige personer har i utgangspunktet og som hovedregel denne kompetansen. For mindreårige gjelder den plikt foreldre

har etter barneloven § 30 om å fatte en beslutning om medisinsk behandling på vegne av barnet. Begrensninger gjelder her barneloven § 31, om barnets rett etter alder og modenhetsgrad til å uttale seg før det tas beslutninger om hans eller hennes personlige forhold, og pasient- og brukerrettighetsloven § 4-3, om samtykke til helsehjelp for mindreårige ved fylte 16 år. Dersom den rusmiddelavhengige har en kognitiv svekkelse på grunn av demens eller psykisk utviklingshemning, gjelder reglene i pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4, § 4-3, annet ledd jf. § 4-6, første ledd³⁵. Det har lenge vært en utbredt oppfatning at foreldre eller andre pårørende kan treffe beslutninger om omsorg og behandling på vegne av demente eller voksne psykisk utviklingshemmede som ikke kan ta vare på seg selv. Det at noen har omsorgen for et voksent barn eller dement mor eller far, gir ingen fullmakt til å treffe beslutninger om plassering i institusjon mot vedkommendes vilje³⁶. Dette betyr ikke at pårørende er uten enhver innflytelse, da de kan ha viktig informasjon i spørsmål som angår den personlige omsorgen.

Pasient- og brukerrettighetsloven³⁷

Pasient- og brukerrettighetsloven var da den kom i 1999 en nyskaping. Loven inneholder mange regler av stor betydning for vernepleierens juridiske kompetanse. De mest sentrale reglene finner vi i kapittel 2, retten til nødvendig helsehjelp, kapittel 3, om informasjon og medvirkning, kapittel 4, om samtykke og samtyk-

kekompetanse, og kapittel 4A om tvang og makt overfor pasienter med manglende samtykkekompetanse som motsetter seg helsehjelpen.

Pasient- og brukerrettighetsloven gjelder i alle pasient- og brukerforhold, uavhengig av hvor hjelpen ytes, inkludert kommunehelsetjenesten og psykiatrien. Det er i tillegg en rekke krysshenvisninger fra denne loven til andre helselover. Loven kommer også til anvendelse når det ytes pleie- og omsorgstjenester helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 3. I det følgende presenteres lovgrunnlaget for rett til nødvendig helsehjelp, og de viktigste reglene som danner grunnlaget for pasient og brukers selvbestemmelsesrett. I tillegg vil kapittel 4 A bli presentert, og eksemplifisert.

Kapittel 2

§ 2-1a. Rett til nødvendig hjelp fra kommunens helse- og omsorgstjeneste

Pasient- og brukerrettighetsloven § 2-1a gir rett både til øyeblikkelig helsehjelp og nødvendig helsehjelp fra kommunehelsetjenesten, jf. første ledd. Dette må ses i sammenheng med kommunenes ansvar for øyeblikkelig hjelp, jf. helse- og omsorgstjenesteloven § 3-5. Bestemmelsen innebærer at kommunen har et ansvar for å tilby eller yte helse- og omsorgstjenester til den enkelte når det etter de foreliggende opplysninger må antas at den hjelp kommunen kan gi er påtrengende nødvendig. Det er en forutsetning at kommunens har den kompetanse som skal til for å levere forsvarlige tjenester. Dersom kommunen ikke er i stand til å yte den

³²FNV-2013-19-AGD, ³³Kjønstad, Bernt, Kjellevold og Hove, (2000) *Sosial Trygghet og rettssikkerhet* s. 245,

³⁴FNV-2013-145-AGD, ³⁵ Se fremstillingen om kapittel 4 foran, ³⁶Se Kjønstad, Bernt, Kjellevold og Hove s. 259,

³⁷Lov av 2. juli 1999 nr. 63 om pasient- og brukerrettigheter.

hjelp pasient eller bruker har behov for må vedkommende henvises videre, normalt til spesialisthelsetjenesten.

§ 2–1b. Rett til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten

Retten til behandling i spesialisthelsetjenesten gjelder bare dersom pasienten kan ha forventet nytte av helsehjelpen, og kostnadene står i rimelig forhold til tiltakets effekt, jf. § 2-1b, annet ledd. Det nærmere innholdet av hva som regnes for nødvendig helsehjelp er basert på generelle kriterier ut fra sykdommens alvorlighetsgrad, og er ikke relatert til diagnose. Det følger videre av denne bestemmelsen at helsehjelpen skal være dokumentert effektiv. I dette ligger at det skal foreligge god vitenskapelig dokumentasjon for at forholdene kan forandres til det bedre ved aktiv helsefaglig behandling. I tillegg må det foretas en kost nytte- vurdering.

§ 2–5. Rett til individuell plan

Pasient og bruker som har behov for langvarige og koordinerte helse- og omsorgstjenester, har rett til å få utarbeidet individuell plan i samsvar med bestemmelsene i helse- og omsorgstjenesteloven, spesialisthelsetjenesteloven, og lov om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern. (Se nærmere om dette i fremstillingen foran.)

Kapittel 3. Rett til medvirkning og informasjon

§ 3–1. Pasientens og brukerens rett til medvirkning

I pasient- og brukerrettighetsloven § 3-1, første ledd, heter det at pasient og bruker har «(...) rett til å medvirke ved gjennomføring av helsehjelpen.» Medvirkning innebærer retten til å få

være med på å bestemme hva som bør gjøres, hvilken hjelp som kan være aktuell og på hvilken måte hjelpen skal gjennomføres. I dette ligger det et krav om retten til å få uttale seg og bli hørt og at vedkommende synspunkter tillegges vekt. I § 3-1, første ledd, kan det forstås som at medvirkning forutsetter at pasienten eller brukeren har samtykkekompetanse i og med at samtykke er hovedregelen etter § 4-1. Retten til medvirkning må derfor ses i sammenheng med retten til informasjon og samtykke. Brukere har også rett til medvirkning av utforming av tjenestetilbudet, jf. annet ledd. Med dette menes under saksbehandlingen og frem til vedtak fattes. Det skal legges stor vekt på hva pasienten og brukeren mener ved utforming av tjenestetilbud etter helse- og omsorgstjenesteloven § 3-2, første ledd, nr. 6, jf. § 3-6 (omsorgslønn) og § 3-8 (BPA)³⁸. Medvirkningsretten gjelder dermed alle former for helsehjelp også pleie og omsorgshjelp, og formen skal tilpasses den enkeltes evne til å gi og motta informasjon, jf. § 3-1, første ledd, tredje punktum. pasienten eller brukeren har rett til å medvirke ved valg av metoder, uten at dette fritar helsepersonell fra ansvaret om å treffe faglig forsvarlige avgjørelser som igjen sikrer faglig forsvarlig behandling.³⁹ Dersom pasienten eller brukeren ikke har samtykkekompetanse kan pasienten eller brukerens nærmeste pårørende medvirke sammen med vedkommende, jf. § 3-1, tredje ledd.

§ 3–2. Pasientens og brukerens rett til informasjon

En nødvendig forutsetning i tillitsforholdet mellom helsepersonellet og pasienten eller brukeren er at pasienten eller brukeren får nødvendig informasjon om forhold vedrørende hestetilbud og andre tiltak av betydning.

Retten til informasjon følger av § 3-2. Helsepersonell har plikt til å oppfylle pasienten eller brukerens informasjons rett, jf. helsepersonelloven § 10. Informasjonsplikten er et viktig element i samtykkekravet, da riktig informasjon som er forstått av pasienten eller brukeren, er en forutsetning for samtykkets gyldighet. Pasienten eller brukeren skal ha den informasjon som er nødvendig for å få tilstrekkelig innsikt i tjenestetilbudet og for å kunne ivareta sine rettigheter, jf. § 3-2, siste ledd. Pasienter skal ha informasjon om sin helsetilstand og den helsehjelp som ytes. Vi snakker da gjerne om informert samtykke.

§ 3-3. Informasjon til pasientens nærmeste pårørende

I noen tilfeller vil det være slik at den kognitive funksjonsnedsettelse er av en slik grad at det ikke er mulig for vedkommende å forstå innhold og konsekvens av den informasjon som gis. I slike tilfeller vil pårørende kunne motta informasjon på vegne av pasienten eller brukeren. Dette følger av § 3-3, hvor det i utgangspunktet kreves samtykke fra pasienten selv, eller at det er foretatt en vurdering av pasientens evne til å gi og motta informasjonen, jf. ordlyden – *dersom forholdene tilsier det*. Denne bestemmelsen må ses i sammenheng med kapittel 4, og reglene om samtykkekompetanse. Retten til informasjon er i disse tilfellene sidestilt mellom pasienten eller brukeren og nærmeste pårørende. Den informasjon som er gitt til pårørende skal dokumenteres. I tillegg skal man ikke unnlate å gi informasjon til pasient eller bruker fordi denne er ute av stand til å ivareta egne interesser.

§ 3-5. Informasjonens form

Samtidig har helsepersonell en plikt til å sørge for at informasjonen er tilpasset mottakerens individuelle forutsetninger, som alder, modenhet, erfaringer og kultur- og språkbakgrunn, jf. § 3-5, første ledd. Informasjonen skal gis på en hensynsfull måte, og helsepersonellet plikter å sørge for at mottakeren så langt som mulig har forstått innholdet og betydningen av opplysningene. At det er gitt informasjon og at denne er forstått av mottaker, skal nedtegnes i pasientens eller brukerens journal, jf. § 3-5, annet og tredje ledd. Informasjonsplikten er også et viktig element i pasienten eller brukerens rett til innsyn i egen journal, jf. pasient- og brukerrettighetsloven § 5-1, første ledd og plikten til å gi innsyn, jf. helsepersonelloven § 41.

Kapittel 4. Samtykke til helsehjelp

Hovedregel om samtykke finner vi i pasient- og brukerrettighetsloven § 4-1, hvor det heter at helsehjelp bare kan gis dersom det foreligger samtykke fra pasienten. Samtykke kan gis skriftlig eller muntlig, uttrykkelig eller stilltiende, og er med andre ord ikke underlagt formkrav. Hvem som har samtykkekompetanse i helserettslig forstand følger av pasient- og brukerrettighetsloven § 4-3, første ledd. Dette gjelder i første rekke myndige personer, og personer mellom 16-18 år med mindre annet følger av særlige lovbestemmelser eller tiltakets art. Krav om samtykke kan i norsk rett også utledes av andre rettsgrunnlag enn helselovgivningen. I forarbeidene til tidligere pasient- og brukerrettighetsloven heter det at (...) «*ethvert inngrep overfor enkeltmennesket, også innenfor helsevesenet, krever*

³⁸Prp. 91L (2010-2011) s. 518, ³⁹Se Ot.prp. nr. 12 (1998-1999) s. 129.

at det foreligger et gyldig rettsgrunnlag.»⁴⁰ Kravet om samtykke er et uttrykk for selvbestemmelse med hensyn til det samtykket gjelder, og medvirkning må ses som en uttalerett, slik at man kan påvirke og bli hørt før en beslutning som skal tas av andre treffes.⁴¹ Samtykke kan erstatte lov hjemmel i den forstand at den som blir pålagt en plikt eller får begrenset sine rettigheter, kan samtykke til handlingen. Med hjemmel menes formelt rettsgrunnlag. Det er særlig innenfor området faktiske handlinger at samtykke basert på kompetanse erstatter lovhjemmel. Dette forutsetter altså at den som samtykker til en handling forstår hva han eller hun samtykker i.

Unntak fra regelen om samtykke finner vi i pasient- og brukerrettighetsloven § 4-3, annet ledd. Her heter det at samtykkekompetansen kan bortfalle helt eller delvis dersom «(...) pasienten på grunn av fysiske eller psykiske forstyrrelser, senil demens eller psykisk utviklingshemming åpenbart ikke er i stand til å forstå hva samtykke innebærer». Dette er imidlertid en meget snever unntaksregel, og må forstås slik at enkelte personer med eksempelvis psykisk utviklingshemming kan ha manglende samtykkekompetanse, vedrørende det saken gjelder, nemlig behovet for og nødvendigheten av helsehjelpen. I tillegg må det være *åpenbart* at vedkommende ikke forstår, noe som stiller strenge krav til den vurdering som foretas i hvert enkelt tilfelle. Det er med andre ord ikke tilstrekkelig at det foreligger en mindre psykisk reduksjon i forstandsevnen. Det er etter gjeldende rett den som har det faglige ansvar for behandlingen som er forpliktet til å sørge for at rettsgrunnlaget for hjelpen er til stede, jf. ordlyden i tredje ledd «den som yter helsehjelp.»

Bestemmelsen i fjerde ledd er en saksbehandlingsregel og avgjørelser vedrørende manglende samtykkekompetanse skal etter gjeldende rett være begrunnet skriftlig, og fremlegges for pasientens nærmeste pårørende.

Etter gjeldende rett er avgjørelsen for hvorvidt myndige personer mangler samtykkekompetanse eller ikke lagt til helsepersonell, dersom inngrepet er av lite inngripende karakter, jf. § 4-6, første ledd. Ordlyden «den som yter helsehjelp» betyr her den som har retten til å treffe avgjørelsen. Det er her snakk om presumert eller antatt samtykke, noe som forutsetter at helsepersonell vurderer og tar stilling til hva pasienten ville ha ønsket dersom vedkommende hadde hatt evne til å ta avgjørelser vedrørende egen helse. Det at tiltaket er forutsatt lite inngripende med hensyn til omfang og varighet innebærer at man ikke kan foreta kirurgiske inngrep etter denne bestemmelsen, med mindre inngrepet er bagatellmessig, eller faller inn under nødrettslige prinsipper. Pasient- og brukerrettighetsloven § 4-6, annet ledd, gjelder for tiltak dvs. helsehjelp, som innebærer et alvorlig inngrep for pasienten. Endringen i § 4-6, annet ledd, innebærer at helsepersonell kan fatte beslutning om hvorvidt pasienten mangler samtykkekompetanse eller ikke. Før beslutningen fattes skal helsepersonell konferere med annet helsepersonell. Uttrykket «den som er ansvarlig», peker på at det er den som har kompetanse til å treffe avgjørelse om hvilken helsehjelp som skal ytes, som også bestemmer at inngrepet skal gjennomføres⁴².

Et eksempel på dette kan være at pasienten har gitt sitt samtykke til en operasjon. Underveis i operasjonen, ser kirurgen at inngrepet nok blir mer

omfattende enn først antatt. Pasienten er fjell og friluftsmann, som har gitt samtykke til amputasjon av en tå. Det er ikke mulig å vekke pasienten for å be om samtykke til ytterligere amputasjon av foten. I dette tilfellet må den medisinske ansvarlige fatte beslutning om hva som skal gjøres videre.

Etter tidligere bestemmelse ville kirurgen ha forespurt nærmeste pårørende om hva denne tror pasienten ville ha ønsket. Med andre ord hypotetisk samtykke. Dette var en urimelig stor byrde å legge på pårørende⁴³. Ta eksemplet ovenfor, hva skulle kona til friluftsmannen ha svart dersom hun var blitt spurt? Konsekvensen med å gi samtykke på vegne av sin mann ville vært at han ikke lenger kunne gått i fjellet som før. Dette er årsaken til at medisinske avgjørelser av alvorlig karakter for pasienten, skal avgjøres av den medisinske ansvarlige, med andre ord lege eller tannlege.

Samtykkekompetanse

Bortfall av samtykkekompetanse kan skyldes flere forhold, være midlertidig eller permanent, og gjelder kun det aktuelle behovet for helse- og omsorgshjelp. Vurdering av hvorvidt pasient eller bruker er samtykkekompetent eller ikke er en svært vanskelig vurdering. For personer som i utgangspunktet er samtykkekompetent, kan alvorlig sykdom, ulykke og angst som følge av dette, sette vedkommende ute av stand til å avgi gyldig samtykke. Den tilstand man befinner seg i vil dermed kunne svekke evnen til å tenke rasjonelt i den aktuelle situasjonen.⁴⁴ Vurdering av samtykkekompetanse

krever forskningsbaserte metoder, og består i korthet av å se på grunnleggende funksjonsområder som:

- evne til å forstå relevant informasjon og relatere denne til seg selv
- evne til å oppfatte situasjonen og hva den krever
- evne til å resonere og veie for og imot
- samt evne til å formidle valget

Her vil altså evne til planlegging, organisering, fleksibilitet og gjennomføring av målrettet atferd være viktig i avgjørelsen av hvorvidt pasienten eller brukeren har evner og ferdigheter til å ta avgjørelser som samtykke krever. En persons evne til å treffe avgjørelser i spørsmål som angår vedkommendes helse, kan variere etter hva slags tiltak det gjelder. For eksempel kan en person med diagnose demens, være samtykkekompetent deler av døgnet, noe som innebærer nødvendigheten av at det foretas kartlegging av når og hvordan samtykke best mulig kan innhentes.

Mange vernepleiere arbeider til daglig med helse- og omsorgstjenester til mennesker med ulik grad av kognitiv svikt. Her vil vurdering av samtykkekompetanse kunne by på særlige problemer. Tjenesteyterne må tolke de signaler som blir gitt, og dette kan både være signaler som knapt nok er observerbare, eller det som ofte blir kalt utagerende atferd eller utfordrende atferd. Når Per blir sint og avviser hjelp, kan det like gjerne være at det han avviser er noe annet enn det som blir foreslått. Dette kan skje fordi det ikke er godt nok tilrettelagt

⁴⁰ Ot.prp. nr. 12 (1998-1999) s. 76, ⁴¹Se Aasen, *Pasientens rett til selvbestemmelse ved medisinsk behandling (2000)* s. 464, ⁴²Se Ot.prp. nr 64 (2005-2006) s. 85, ⁴³ Se nærmere om dette spørsmålet i Østenstad s. 324-326, ⁴⁴Se nærmere om dette i Aasen, s. 356.

for den samhandling som er nødvendig for å kunne forstå hva det skal samtykkes til. Det er derfor viktig at man har nødvendig kompetanse til å forstå hva det innebærer for Per å ha en kognitiv funksjonsnedsettelse. Dersom det er tvil om pasienten eller brukeren er samtykkekompetent eller ikke, skal hovedregel om samtykke gå foran.

Uttrykket for egen vilje er noe annet enn det man kan beskrive som egen handlefrihet. Handlefrihet uttrykker retten til å utøve handlinger som er lovlige, dersom man har ønsket om det. Uttrykk for viljen kan skje på flere ulike måter. Det enkleste er tilfellene hvor pasienten eller brukeren muntlig uttrykker hva han/hun mener, og evner å ha en dialog med tjenesteyter rundt dette. Dersom vi forutsetter at pasienten eller brukeren har nødvendig kompetanse til å forstå hva det innebærer å nekte å motta hjelp, vil det i slike tilfeller pålegge helsepersonellet en plikt til å opplyse om følgene av å nekte å motta helsehjelp. Dersom individet selv skal kunne ivareta denne retten til selv å bestemme, må andre respektere de valg individet tar, og gjøre valget mulig.

Kapittel 4 A. Helsehjelp til pasienter uten samtykkekompetanse som motsetter seg helsehjelpen mv.

Pasient- og brukerretrtighetsloven kapittel 4 A omhandler helsehjelp til pasienter uten samtykkekompetanse som motsetter seg helsehjelpen. Alle regler om bruk av tvang og makt er unntak fra hovedregelen om alle menneskers grunnleggende rett til ikke å bli utsatt for tvang og makt for derigjennom å kunne råde over eget legeme og hindre inngrep i dette. Pasient- og brukerretrtighetsloven kapittel 4, er diagnoseuavhengig og

retter seg til helsehjelp av alle typer formål også pleie- og omsorgshjelp i hjemmetjenesten. Som overskriften tilsier, er pasienten eller brukeren vurdert og funnet ikke å ha samtykkekompetanse vedrørende behovet for nødvendig helsehjelp, for at dette kapittelet skal kunne komme til anvendelse.

Unntaket fra kravet om samtykkekompetansevurdering og helsehjelp etter kapittel 4A gjelder helsepersonelloven § 7 om øyeblikkelig hjelp. Helsepersonell plikter straks å gi den hjelp de evner når hjelpen er påtregende nødvendig. Dette gjelder situasjoner hvor det oppstår akutt behov for undersøkelse og behandling, livreddende innsats og avverging av alvorlig helseskade i akutt situasjon. Her går hjelpeplikten foran, og nødvendig helsehjelp gis selv om pasienten ikke samtykker og motsetter seg hjelpen, med de begrensninger som følger av § 4-9. (Denne bestemmelsen gjelder retten til å nekte blodoverføring av alvorlig overbevisningsgrunner, rett til å nekte å avbryte sultestreik, og rett til å motsette seg livsforlengende behandling).

Pasient- og brukerretrtighetsloven kapittel 4A gir adgang til å yte tvungen helsehjelp, herunder helsehjelp i form av pleie og omsorg til personer med psykisk utviklingshemning som mangler samtykkekompetanse, og motsetter seg helsehjelpen. Dette gjelder i de tilfeller personer med psykisk utviklingshemning motsetter seg medisinsk behandling eller tannbehandling. På sitt område det vil si i tilfeller omtalt i helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9, § 9-5, vil reglene i kapittel 9 gå foran reglene i pasient- og brukerretrtighetsloven kapittel 4A. Bruk av tvang og makt som ledd i

pleie- og omsorg ut over dette må hjemles i pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4A.

§ 4A-1. Formål

Hovedformålet er å sikre nødvendig helsehjelp til personer som mangler samtykkekompetanse, for derved å hindre vesentlig helseskade. Formålet med bestemmelsen er å forebygge og begrense bruk av tvang og makt⁴⁵.

Pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A, er ment å være et av flere virkemiddel for å styrke rettssikkerheten til en gruppe mennesker som ikke ser konsekvensene av å nekte å motta helsehjelp. Et landsomfattende tilsyn med tvungen helsehjelp etter dette kapittelet ble gjennomført i 2012. Dette tilsynet, som omhandlet blant annet tema som ernæring hos eldre og tjenester til personer med demens viste flere lovbrudd⁴⁶. Et viktig virkemiddel er kompetanseoppbygging, organisering av tjenestene og bemanningsfaktoren. Departementet understreker i proposisjonen at hjemmel for bruk av tvang aldri må benyttes for å løse ressursmangel i helse og omsorgstjenesten. Det er foretatt undersøkelser som viser omfattende bruk av tvang ovenfor demente i primærhelsetjenesten, men man har lite sikker kunnskap om hvordan tilstanden er for andre grupper med kognitiv svikt bortsett fra psykisk utviklingshemmede.⁴⁷

Et annet hovedprinsipp som er lagt til grunn i lovendringen er retten til å motsette seg helsehjelp, kontra retten til å motta nødvendig og forsvarlig helsehjelp i situasjoner der vedkommende selv ikke er i stand til å vurdere hvorvidt

han eller hun ønsker og forstår viktigheten av å motta helsehjelpen.

§ 4A-2. Virkeområde

Virkeområdet for pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4A er knyttet til den helsehjelpen som blir gitt, og ikke hvor den blir gitt., og gjelder for personer over 16 år som mangler samtykkekompetanse og motsetter seg helsehjelpen. Helsepersonell må dermed først vurdere hvorvidt vedkommende har samtykkekompetanse eller ikke, jf. § 4-6, tredje ledd, og § 4-3, annet ledd, før kapittel 4A eventuelt kan komme til anvendelse. Under søkelse og behandling av psykiske lidelser følger av lov om psykisk helsevern. Men en pasient som er innlagt for behandling av psykiske lidelser, kan som følge av midlertidig kognitiv reduksjon, ikke evne å forstå hva det innebærer å nekte medisinsk behandling av somatisk sykdom. Da vil dette kapittelet komme til anvendelse for den somatiske helsehjelpen, dersom vilkårene for dette er oppfylt.

§ 4A-3. Vilkår for vedtak om bruk av tvungen helsehjelp

Denne bestemmelsen oppstiller 5 vilkår som alle skal være vurdert og oppfylt før helsehjelp kan gis mot pasientens vilje: *tillitsskapende tiltak jf. § 4A-3 første ledd, fare for vesentlig helseskade, nødvendighetskriteriet, forholdsmessighetsvurderingen jf. annet ledd og en samlet helhetsvurdering, jf. tredje ledd.*

Pasient- og brukerrettighetsloven § 4A-3, første ledd, lyder (...) «Før det kan ytes helsehjelp som pasienten motsetter seg, må tillitskapende tiltak ha vært forsøkt, med mindre det er

⁴⁵ Se også Ot.prp nr. 64 (2005-2006) s. 18, ⁴⁶Se tilsynsmelding 2012 s. 41, ⁴⁷Nasjonalt senter for aldersdemens, Rapport (2002) og Rapport fra Helsetilsynet 2/2006.

åpenbart formålsløst å prøve dette». Tillitsskapende tiltak forutsetter god kjennskap til pasienten slik at årsakene til motstand kan kartlegges. Kartlegging av mulig årsak til pasientens motstand har vist seg å være mangelfull. En litteraturgjennomgang av om smerte – og smertevurdering – hos sykehjemspasienter har vist at pasienter med demenssykdom får foreskrevet mindre smertelindrende medikamenter enn andre pasienter, og at personalet i mindre grad avdekker smerte hos pasienter med demenssykdom. Økt kunnskap om hvordan smerter kan avdekkes når pasienten selv ikke er i stand til å kommunisere dette er nødvendig⁴⁹. Smerter kan være symptom på sykdom, eller sykdom i seg selv. Vernepleieren arbeider ofte med pasienter/brukere som kommuniserer non-verbalt gjennom atferd. Kunnskap om observasjon, kartlegging og tolking av denne atferden er sentral i vernepleierens yrkesutøvelse. Helsedirektoratet fremholder tidsbruk, (at pasienten bør få den tid som er nødvendig for å forstå hva som skjer), informasjon og formen på denne, og måten helsepersonellet kommuniserer med pasienten på, som sentrale for hvordan tillit skapes mellom pasienten og den som yter helsehjelpen⁴⁹. Kommunikasjonen må tilpasses alder og funksjonsnivå.

Kravet om tillitsskapende tiltak må ses i sammenheng med krav til faglig forsvarlighet og omsorgsfull hjelp som følger av helsepersonelloven § 4, første ledd. Det er derfor en forutsetning at grunnvilkåret om faglig forsvarlighet og etisk handlemåte er styrende for vurderingen av hvorvidt det skal ytes helsehjelp til personer med manglende samtykkekompetanse eller ikke. Unntaket fra kravet om tillitsskapende tiltak gjelder der det er «åpenbart formålsløst å prøve dette», jf. § 4A-3, første ledd.

Det å skape tillit er noe som kan ta lang tid, og som krever stabilitet i forhold til bemanning og kompetanse. Hva som ligger i «åpenbart formålsløst» er ikke klart uttrykt i forarbeidene, men må antas å bero på en konkret faglig og etisk helhetsvurdering i det enkelte tilfellet, jf. helsepersonelloven § 4.

Dersom motstand fortsatt opprettholdes på tross av at det er forsøkt tillitsskapende tiltak, må det vurderes om unnlattelse av å gi helsehjelp kan føre til vesentlig helseskade for pasienten, om helsehjelpen anses nødvendig og om tiltakene står i forhold til helsehjelpen, jf. § 4A-3, annet ledd, bokstav a-c. Ordlyden «*vesentlig*» i bokstav a, tilsier at det her er snakk om helseskade av stor betydning. Helseplager hører ikke inn under denne vurderingen, med mindre det er sannsynlig at denne plagen på sikt kan føre til vesentlig helseskade.

§ 4A-3, annet ledd

Bokstav a: Et eksempel som kan belyse dette er en pasient som har kløe på leggen. Kløe kan være plagsomt men er ikke skadelig, med mindre det er hull på huden som følge av kløingen. Hull på huden er skade, men ikke vesentlig i seg selv. Dersom vi legger til at pasienten har diabetes, og tilfører såret bakterier på grunn av dårlig håndhygiene, vil dette kunne utvikle seg til vesentlig helseskade på relativt kort tid.

Bokstav b: Nødvendighetskriteriet referer til at tiltakets art er helt nødvendig for å hindre den vesentlige helseskaden i å inntre.

Bokstav c: Forholdsmessighetsvurderingen gjelder forholdet mellom mål og tiltak. Dersom vi tar eksemplet som er beskrevet over, vil stell av det infiserte såret kunne hindre at såret blir nekrotisk, og ikke vil gro. For denne

type pasienter kan dette i verste fall føre til amputasjon. Å hindre denne skaden i å inntre, vil for pasienten fremstå mer positivt enn opplevelsen av krenkelsen, det vil si still av såret mot pasientens vilje.

Selv om vilkårene i pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4A ellers er oppfylt, kan det bare gis helsehjelp i de tilfeller hvor det etter en samlet helhetsvurdering fremstår som den klart beste løsningen for pasienten, jf. § 4A-3, tredje ledd, første setning. Graden av motstand vil være et sentralt moment i helhetsvurderingen. Vurdering av motstand kan være svært vanskelig. Det er lett å tenke på motstand som noe som er tydelig hørbart og synbart. Roper Per NEI med kraftig stemme, vil dette beskrives som stor motstand. Men motstand kan være kraftig selv om den ikke har et tydelig uttrykk. Det er derfor viktig å kjenne pasienten godt, og tolke de signaler som blir gitt, slik at også pasienter med avdempede viljes- og handlingsuttrykk blir tatt på alvor. Også for disse pasientene kan motstanden være stor, selv om evnen til å formidle denne er svekket. Et annet moment er hvorvidt det kan forventes at pasienten får sin samtykkekompetanse tilbake i nær fremtid, jf. § 4A-3, tredje ledd.

Et eksempel som belyser dette er bruker eller pasient som er dement og urolig som følge av dette. Dersom vedkommende er uthvilt om morgenen og forholdene er tilrettelagt ut i fra hans eller hennes evne til å kunne motta hjelpen, kan gyldig samtykke innhentes. Motsatt kan samme bruker eller pasient ikke være i stand til å avgi gyldig samtykke på ettermiddagen fordi han eller hun er sliten med økt for-

virring etter flere timer i våken tilstand. Samtykke må dermed innhentes på det tidspunkt på dagen vedkommende er i stand til å avgi dette.

§ 4A-4. Tiltak

Dersom vilkårene i § 4A-3 er oppfylt, kan helsehjelp gjennomføres med tvang eller andre tiltak for å omgå motstand hos pasienten. Lovteksten definerer ikke hvilke tiltak som regnes for tvang, men peker på tiltak som overvinnes eller omgår motstand fra pasienten, noe som samsvarer med virkeområdet i § 4A-2. Det er vel liten tvil om at fysisk holding er tvang, mens milde fysiske påvirkninger og håndledelse ikke regnes som tvang. Et eksempel på å omgå motstand er å putte medisiner i mat, fordi man vet at vedkommende vil motsette seg medisiner, eller å legge en pasient i narkose fordi man vet vedkommende vil motsette seg tannbehandlingen. Det er imidlertid viktig å merke seg at alle vilkårene i § 4A-3 uansett må være oppfylt. Både grad av tiltak og ulike typer tiltak er dermed avgrenset av vilkårene i § 4A-3, men også i lovgivningen ellers.

Som beskrevet ovenfor plikter alt helsepersonell å utøve sitt arbeid i henhold til kravet til faglig forsvarlighet, jf. helsepersonelloven § 4. Tiltak som innebærer tvang krever stor grad av faglig og etisk vurdering, og man må kunne begrunne og dokumentere at graden av nødvendighet oppveier den integritetskrenkelsen tvangstiltaket er gjennom en forholdsmessighetsvurdering. Som tvang regnes også bevegelseshindrende tiltak som belter og lignende, samt tekniske varslingssystemer, jf. § 4A-4, tredje

⁴⁶Nordisk Tidsskrift for Helseforskning, nr. 2 – 2010, 6. årgang, ⁴⁹Rundskriv 15-10/2008 – Helsedirektoratet.

ledd. Eksempel på varslingsystem som omfattes av lovendringen er døråpneralarm, sengealarm og passeringsalarm. Tekniske varslingsystem er ikke ment å skulle erstatte personell, men ivareta mennesker uten samtykkekompetanse som står i fare for å utsette seg for vesentlig helse-skade som eksempelvis å gå ut uten tilstrekkelig påkledning, eller uten å finne veien hjem igjen.

Eksempel på ulike typer bevegelses-hindre er sengehest, bord foran stol og belte i stol. Disse tiltakene samt elektroniske varslingsystemer er ikke avgrenset til kun å gjelde i institusjon. Tiltak som gjennomføres med hjemmel i §§ 4A-3 og 4A-4 skal gjennomgå kontinuerlig evaluering for å se om det har ønsket effekt, jf. § 4A-4, siste ledd. Det skal særlig legges vekt på om tiltaket ikke har hatt ønsket virkning og/eller om det har oppstått uønsket virkning. Samtidig er det viktig å merke seg at kravet om tillitskapende alternative tiltak ikke faller bort selv om man har iverksatt tiltak med tvang. Situasjonen kan endre seg og § 4A-4, siste ledd slår også fast at man i slike situasjoner straks skal avbryte tiltaket. Villkårene i § 4A-4 innebærer en vurdering av hva som til en hver tid blir ansett å være faglig og etisk forsvarlig i den konkrete situasjonen.

§ 4A-5 – § 4A 8 om saksbehandlingen

Hvem som kan fatte vedtak om tvang i gjennomføringen av helsehjelpen fremkommer av § 4A-5, første ledd, hvor det heter at vedtak treffes av «(...) den som er ansvarlig for helsehjelpen.» Faglig ansvar og formelt ansvar skal følge hverandre, noe som betyr i praksis at den som fatter vedtak om helsehjelp til en person som motsetter seg hjelpen også er den som yter helsehjelpen. Dette begrunnes i at

nærhet til og kunnskap om personen vil være avgjørende for å kunne vurdere eventuelle mothensyn. Det følger videre av forsvarlighetskravet, jf. helsepersonelloven § 4, at helsepersonell skal konferere med annet helsepersonell, noe som også er tatt inn i pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4A. Ved alvorlige inngrep skal helsepersonell alltid konferere med annet personell, jf. § 4A-5, annet ledd. Inngrep i kroppen og bevegelseshindrende tiltak er eksempler på hva som alltid skal regnes for alvorlige inngrep. I tillegg må helsepersonell vurdere graden av motstand. Det må imidlertid ikke forstås slik at passiv motstand ikke medregnes. Motstand må tolkes ut i fra den kunnskap helsepersonell har om vedkommende fra tidligere. Også her er det viktig å huske at dokumentasjonsplikten som følger av helsepersonelloven kapittel 8, blir grunnleggende for den videre vurderingen.⁵⁰ Dersom hovedformålet med helsehjelpen er pleie- og omsorg, skal det treffes eget vedtak om dette, jf. § 4A-5, tredje ledd. Vedtak om tvang under utøvelse av helsehjelp til personer som motsetter seg hjelpen, skal være tidsbegrenset til inntil ett år av gangen, jf. § 4A-5, første ledd, siste setning. Der det er mulig skal det innhentes informasjon fra nærmeste pårørende om hva personen selv ville ha ønsket før vedtak treffes, jf. § 4A-5, siste ledd.

Nære pårørende og personen selv skal ha underretning om at vedtak er truffet, samt opplysning om klageadgang, jf. § 4A-6, første og annet ledd. Kopi av vedtak sendes til Fylkesmannen. Vedtaket skal skriftlig begrunnes, jf. forvaltningsloven §§ 24 og 25, og departementet er av den oppfatning at dette sammen med dokumentasjonsplikten forsvarer at det kan treffes vedtak for inntil ett år om gangen⁵¹. I tillegg til forvaltningslovens bestem-

melser om saksbehandling av enkeltvedtak, er dokumentasjonsplikten spesifisert både i helsepersonelloven kapittel 8 og i journalforskriften⁵².

På helsedirektoratets egen nettside finnes elektronisk mal for denne type vedtak, og de fleste kommuner anvender disse. Vedtaket skal føres inn i pasientens journal. Vedtak om helsehjelp etter § 4A-5, kan påklages til Fylkesmannen av pasienten eller pasientens nærmeste pårørende, og klagefristen er tre uker fra vedkommende fikk eller burde fått kjennskap til vedtaket, jf. § 4A-7. Klagens form skal være skriftlig, og underskrevet av pasienten eller brukeren, eller en representant for denne, jf. § 7-3. Dersom et vedtak om helsehjelp etter dette kapitlet ikke er påklaget, og helsehjelpen vedvarer, skal Fylkesmannen når det er gått tre måneder fra vedtak er truffet, av eget tiltak vurdere om det er fortsatt behov for helsehjelpen, jf. § 4A-8⁵³. Vedtak i klagesak etter § 4A-7 som innebærer innleggelse eller tilbakeholdelse i institusjon, eller helsehjelp som strekker seg ut over tre måneder, kan av pasienten eller pasientens nærmeste pårørende bringes inn for retten, jf. § 4A-10.

Forskrift om legemiddelhåndtering for virksomheter og helsepersonell som yter helsehjelp

Et stadig tilbakevendende tema de siste årene har vært hva vernepleiere har lov til og ikke når det gjelder legemiddelhåndtering. Dette på grunn av at tidligere forskrift om legemiddelhåndtering benevnte yrkesgrupper, og som skilte på vernepleiere og sykepleiere. I forskrift av 3. april 2008, er ikke yrkestittel opprettholdt, og defini-

sjon av helsepersonell følger av helsepersonelloven § 3, første ledd, nr. 1 til nr. 3. Det er lagt ansvar til virksomhetsleder for å sørge for at legemiddelhåndtering i virksomheten utføres i henhold til forsvarlighetskravet i helsepersonelloven § 4 med gjeldende forskrifter, se forskriften § 4:

Virksomhetsleder skal sørge for at helsepersonell med tilstrekkelig kompetanse utfører oppgaver innen legemiddelhåndtering på en forsvarlig måte. Helsepersonells kompetanse må vurderes individuelt ut fra vedkommendes formelle og reelle kvalifikasjoner, oppgavens art og den oppfølging som gis.

Vernepleierens kompetanse må altså vurderes individuelt ut fra formelle og reelle kvalifikasjoner, oppgavens art og den oppfølging som gis. Med reell kompetanse menes i tillegg til utdanning som vernepleier, kompetanse opparbeidet gjennom erfaring, opplæring, kurs, m.v. sett opp mot hva slags type oppgaver personellet skal utføre. Det er derfor ikke avgjørende hvilken yrkestittel man har, (sykepleier eller vernepleier), men hvorvidt man har fått tilstrekkelig opplæring av kvalifisert personell til utøvelse av ulike prosedyrer som for eksempel blodprøvetaking. Som vernepleier kan man ikke nektes opplæring av kvalifisert helsepersonell til ulike legemiddelprosedyrer, fordi man er vernepleier, dersom denne prosedyre er en del av arbeidsoppgavene som skal utføres i løpet av arbeidstiden. Det vil her som ellers være avhengig av hvor vernepleieren arbeider. Eksempelvis vil det være naturlig at vernepleieren får opplæring i å ta blodprøve dersom vedkommende er tilsatt på et sykehjem hvor dette vil kunne påregnes i løpet av

⁵⁰ Se Ot.prp. nr. 64 (2005-2006) s. 53, ⁵¹ Se Ot.prp. nr. 64 (2005-2006) s. 57, ⁵² FOR-2000-12-21-1385 - HOD,

⁵³ Se Ot.prp. nr. 64 (2005-2006) s. 54.

vakten, men ikke dersom vernepleieren arbeider i annen type virksomhet hvor dette ikke forekommer, som for eksempel et dagsenter. Det forutsettes at det tilrettelegges for kontinuerlig og nødvendig opplæring. Med kompetanse menes den kunnskap og ferdighet som den enkelte vernepleier og annet helsepersonell har, og ikke kompetanse i betydningen myndighet.

Forskriften § 4 presiserer også at studenter som hovedregel bare skal utføre oppgaver ut fra hensyn til egen læring, jf. helsepersonelloven § 5, annet ledd. Kravet til forsvarlighet gjelder også for den helsehjelp studenter yter. Det følger av forarbeidene til helsepersonelloven § 5, annet ledd, at studenter bør gis ekstra oppfølging. Vurderingen av hvem som gis anledning til å håndtere legemidler, må altså vurderes ut fra samme betraktning som ved bruk av medhjelper i helsepersonelloven § 5, første ledd. Virksomhetsleder må sørge for at oppgaven står i forhold til helsepersonellens kvalifikasjoner. Nødvendige reelle kunnskaper må vurderes ut i fra hvilke oppgaver i legemiddelhåndteringsprosessen personellet skal utføre, samt kompleksiteten og risikopotensialet i legemiddelbehandlingen. Den som overlates oppgaven, må til enhver tid ha tilstrekkelig kunnskaper til å utføre denne på en forsvarlig og adekvat måte, jf. forskriftens § 4, tredje ledd.

Avsluttende bemerkning:

Vernepleierens kompetanse må ses i sammenheng med de fag og tema som fremkommer i Rammepan for vernepleieutdanning.⁵⁴ Det er ikke uvesentlig hva de ulike vernepleieutdanningene vektlegger i sine studie-

planer, og hvordan kunnskapen evalueres gjennom ulike eksamener. Juss som fag har proporsjonalt med ny lovgivning etter hvert fått større plass i utdanningene. I tillegg inngår i helsefagkompetansen den opplæring og erfaring vernepleieren har tilegnet seg som yrkesutøver. Uansett hvor vernepleieren arbeider, enten det er i kommunal eller statlig regi, danner lovverket en ramme for hvordan vernepleieren skal utøve sitt yrke. Som rettsanvender må vernepleieren i tillegg sørge for at brukere og pasienter får de tjenester de har behov for og krav på, og at disse utøves i henhold til godt faglig og juridisk skjønn. I denne fremstilling er det kun foretatt et utvalg av de bestemmelser som vernepleiere og øvrig helsepersonell må forholde seg til og forvalte riktig i utøvelse av yrket. Styrende for tjenesteutøvelsen og særlig viktig er forsvarlighetskravet i helsepersonelloven kapittel 2, § 4.

Reglene i helsepersonelloven tar sikte på å få en samfunnsmessig kontroll med de forskjellige grupper av helsepersonell, og på å gi beskyttelse for pasienter og brukere. Viktig blir da pasient- og brukerrettighetsloven og bestemmelsene om rett til å få nødvendig helsehjelp, retten til behandling, retten til journalinnsyn, retten til informasjon og retten til medvirkning, retten til selv å samtykke til helsehjelpen, og retten til fravær av tvang og makt. Vernepleieren er en viktig aktør for oppfyllelse av disse rettighetene. Retten til å utøve yrket som vernepleier, kan gå tapt, dersom reglene overfor ikke overholdes.

⁵⁴Fastsatt 1. juli 2004 av Utdannings- og forskningsdepartementet.

Referanseliste

Lover

- Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker av 10. februar 1967
- Lov om helsepersonell mv. av 2. juli 1999 nr. 64
- Lov om helseforetak m.m av 15. juni 2001 nr. 93
- Lov om helse- og omsorgstjenester av 24. juni 2011 nr. 30
- Lov om pasient- og brukerrettigheter av 2. juli 1999 nr. 63
- Lov om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern av 2. juli 1999 nr. 62
- Lov om spesialisthelsetjenesten m.m. av 2. juli 1999 nr. 61
- Lov om vergemål av 26. mars 2010 nr. 9

Forskrift

- Forskrift til rammeplan for vernepleieutdanning, 1. juli 2004 med hjemmel i lov av 12. mai 1995 nr. 22 om universiteter og høyskoler.
- Forskrift om legemiddelhåndtering for virksomheter og helsepersonell som yter helsehjelp, HOD 3. april 2008.
- Forskrift om pasientjournal (FOR-2000-12-21-1385-HOD)

Lovforarbeider

- Innst.O.nr. 58 (1998-1999)
- NOU 1991:20 Rettsikkerhet for mennesker med psykisk utviklingshemming.
- Ot.prp. nr. 58 (1994-1995)
- Ot.prp. nr. 57 (1995-1996)
- Ot.prp. nr. 78 (1997-1998)
- Ot.prp. nr. 12 (1998-1999)
- Ot.prp. nr. 55 (2002-2003)
- Ot.prp. nr. 64 (2005-2006)
- St.meld. nr. 26 (1997-1998)
- St.meld. nr. 57 (1997-1998)
- St.meld. nr. 47 (2008-2009)
- Prop. 91 L (2010-2011)

Litteratur

- Aasen, Henriette Sinding, *Pasientens rett til selvbestemmelse ved medisinsk behandling* (2000) Fagbokforlaget
- Andenæs, Kristian m.fl. *Sosialrett* (2003) 6. utgave 3. opplag 2006 Universitetsforlaget
- Befring, Anne Kjersti og Ohnstad, Bente, *Helsepersonelloven med kommentarer* (2001) 3. utgave 2010, Fagbokforlaget
- Hanssen, Helene red., *Faglig Skjønn og brukervirkning* (2010) Fagbokforlaget
- Kjønstad, Asbjørn, *Helserett* (2005) Gyldendal Akademiske Forlag
- Kjønstad, A., Bernt, J.F., Kjellevold, A. og Hove, H., *Sosial trygghet og rettsikkerhet* (2000) andre opplag 2003 Fagbokforlaget
- Ohnstad, Bente, *Velferd, rettsikkerhet og personvern* (2011) Fagbokforlaget
- Warberg, Lasse A., *Norsk helserett* (1995) 2. utgave 2011 Universitetsforlaget
- Østenstad, Bjørn Henning, *Heimelsspørsmål i behandling og omsorg overfor psykisk utviklingshemmede og aldersdemente* (2011) Fagbokforlaget

Annet

- Fylkesnemnda for barnevern og sosiale saker Agder- vedtak FNV-2013-19-AGD
- Fylkesnemnda for barnevern og sosiale saker Agder- vedtak FNV-2013-145-AGD
- Nasjonalt senter for aldersdemens, Rapport (2002)
- Nordisk Tidsskrift for Helseforskning, nr. 2- 2010, 6. årgang
- Rammeplan for vernepleieutdanning, Fastsatt 1. juli 2004
- Rapport fra Helsetilsynet 5/2007
- Rapport fra Helsetilsynet 2/2006
- Rapport Statens Helsetilsyn 2012
- Rundskriv 15-10/2004
- Rundskriv 15-10/2008
- Tilsynsmelding 2008
- Tilsynsmelding 2010
- Tilsynsmelding 2011
- Tilsynsmelding 2012

Postboks 4693, Sofienberg, 0506 Oslo.
Besøksadresse: Mariboestgt. 13, Oslo
Telefon: 02380. E-post: kontor@fo.no

www.fo.no