

Retningslinje for fylkesmannens oppgaver etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9

Internserien 7/2011, revidert 2020

Saksbehandlere: Silja Nicoline Angellsen, Tone Giske og Marianne Noodt
Godkjent av: ass. direktør Jo Kittelsen, 24. august 2017
Sist vedtatt: 11. mai 2020

Ansvarlig avdeling: Avdeling for kommunale helse- og omsorgstjenester
Saksnummer: 2017/1742

Vurderes innen: 31. desember 2022

Målgruppe: Fylkesmannen

Innhold

1.2	Om retningslinjen.....	4
1.3	Revisjon av retningslinjen.....	5
1.4	Begrepsavklaring.....	5
1.5	Om begrepet «pårørende».....	5
1.6	Bruk av tvang på andre arenaer enn i helse- og omsorgstjenesten.....	5
2	Meldte beslutninger om skadeavvergende tiltak i nødssituasjoner.....	6
2.1	Mottak av meldinger.....	6
2.1.1	Når benyttes samlede oversendelser?.....	6
2.2	Gjennomgangen av meldinger.....	6
2.2.1	Spesielt om redusert evne til egenomsorg i akutte situasjoner.....	8
2.2.2	Ulovlig tvangsbruk.....	8
2.2.3	Gjentatte skadeavvergende tiltak overfor en bruker.....	8
2.2.4	Saksbehandlingsfeil.....	9
2.2.5	Kommunens gjennomgang av meldingen.....	9
2.2.6	Oppfølging av meldinger som faller utenfor kapittel 9.....	9
2.3	Oppfølging av meldinger.....	10
3	Klage på beslutning om skadeavvergende tiltak i nødssituasjoner.....	10
4	Gjennomgang og overprøving av vedtak.....	11
4.2	Innledende gjennomgang.....	11
4.2.1	Er vedtaket sendt til rett fylkesmann?.....	11
4.2.2	Er vedtaket fattet av rett kommune?.....	11
4.2.3	Faller vedtaket inn under virkeområdet til hol. kapittel 9?.....	12
4.2.4	Er verge oppnevnt, og har verge og nærmeste pårørende fått kopi av vedtaket?.....	12
4.2.5	Er vedtaket fattet av overordnet faglig ansvarlig?.....	12
4.2.6	Er spesialisthelsetjenesten involvert?.....	13
4.2.7	Er nødvendige dokumenter vedlagt?.....	13
4.3	Overprøving av vedtak.....	13
4.3.1	Hvordan har kommunen involvert spesialisthelsetjenesten ved utforming av tiltak?.....	13
4.3.2	Har tiltaket riktig hjemmelsgrunnlag?.....	14
4.3.3	Inneholder vedtaket de opplysninger som kreves?.....	15
4.3.4	Kontroll av tiltak hvor det er satt særlige grenser.....	18
4.3.5	Kontroll av krav til gjennomføring av tiltak.....	18
4.4	Opplæring og veiledning.....	20
4.5	Resultatet av fylkesmannens overprøving.....	20
4.5.1	Full godkjenning.....	20
4.5.2	Tilbakesending av vedtaket for videre behandling i kommunen.....	20
4.5.3	Vedtak hvor fylkesmannen gjør endringer.....	21
4.5.4	Vedtak som ikke godkjennes.....	21
4.5.5	Særskilt om vilkår for godkjenning.....	21
4.6	Underretning om fylkesmannens avgjørelse.....	22
4.7	Iverksetting av tiltak.....	22

4.8	Videreføring av tiltak	22
4.9	Hva skjer dersom kommunen ikke forholder seg til fylkesmannens	23
5	Søknad om dispensasjon fra utdanningskravet	23
5.1	Fylkesmannens vurdering	23
5.2	Fylkesmannens avgjørelse ved søknad om dispensasjon fra	25
6	Klager på vedtak	25
6.1	Klageadgang.....	25
6.2	Klagefrist.....	26
6.3	Klagen må oppfylle kravene til form og innhold.....	26
6.4	Fylkesmannens forberedelse av klagesaken.....	27
6.4.2	Fylkesmannen skal påse at saken er tilstrekkelig opplyst.....	27
6.4.3	Fylkesmannens kompetanse ved vurdering av klagen.....	27
6.4.4	Fylkesmannens forberedelse for behandling i fylkesnemnda	27
	Vedlegg 1	29
	Forslag til formulering ved full godkjenning:	29
	Eksempler på formuleringer der fylkesmannen har gjort endringer eller stilt vilkår:	29

1 Om retningslinjen

1.1 Formålet med retningslinjen

Formålet med retningslinjen er å sørge for at rettssikkerheten til personer med utviklingshemming blir ivaretatt når det er behov for å iverksette tiltak for å hindre at de utsetter seg selv eller andre for vesentlig skade. Retningslinjen skal sikre at lovens vilkår for å bruke tvang og makt overfor personer med utviklingshemming blir overholdt, bidra til å forebygge og begrense bruk av tvang og sørge for at all tvangsbruk er formålstjenlig og sees i sammenheng.

Kommunene har ansvar for å tilrettelegge tjenestetilbudet til personer med utviklingshemming på en slik måte at det forebygger bruk av tvang og makt, jf. helse- og omsorgstjenesteloven (heretter hol.) kapittel 9. Alle tilgjengelige og forsvarlige faglige tilnæringer skal benyttes for å unngå bruk av tvang og makt, og utfordringer skal først og fremst løses gjennom frivillighet og samarbeid med brukeren.

For tilfeller der tvang og makt ikke kan unngås, er formålet med hol. kapittel 9 å bidra til at rettssikkerheten ivaretas. Fylkesmannen har i denne sammenheng en sentral rolle. Retningslinjen omhandler oppgaver fylkesmannen har etter hol. kapittel 9:

- kontroll av meldte beslutninger
- behandling av klager på beslutninger og overprøving av vedtak
- forberedelse av klager på vedtak for behandling i fylkesnemda for barnevern og sosiale saker
- behandling av søknader om dispensasjon fra utdanningskrav

Retningslinjen skal sikre likebehandling av saker og harmonisere praksisen fylkene imellom. Kravene til saksbehandlingen skal ikke fravikes uten at det er nødvendig for å sikre forsvarlig behandling av den enkelte saken.

1.2 Om retningslinjen

Dette dokumentet er en saksbehandlingsveileder som er utarbeidet til internt bruk av ansatte hos fylkesmannen og angir de kravene som Statens helsetilsyn stiller til saksbehandlingen hos fylkesmannen. Retningslinjen er tilgjengelig på Statens helsetilsyns hjemmeside www.helsetilsynet.no, men der bare i pdf. Retningslinjen er et arbeidsverktøy for personer som har kjennskap til tilsynsvirksomhet, og er ikke ment å være et generelt opplysningsskriv.

Selv om retningslinjen kun omtaler fylkesmannens kontroll med og saksbehandling av kommunale beslutninger og vedtak, gjelder retningslinjen også når spesialisthelsetjenesten tar beslutninger eller fatter vedtak.

Saksbehandlingsreglene i hol. kapittel 9 gjelder så langt de passer for vedtak eller beslutninger fattet av spesialisthelsetjenesten, jf. hol. § 9-13 andre ledd.

Retningslinjen må sees i sammenheng med Helsedirektoratets rundskriv IS-10/2015 Rettssikkerhet ved bruk av tvang og makt overfor enkelte personer med psykisk utviklingshemming (heretter rundskrivet).

Det finnes en egen veileder for gjennomføring av tilsyn med tvang. Veilederen beskriver hvordan fylkesmannen skal planlegge og gjennomføre tilsyn med om kommunen etterlever vedtak og lovkrav. Se Veileder for tilsyn med bruk av tvang overfor personer med utviklingshemming. Internserien 6/2019.

1.3 Revisjon av retningslinjen

Retningslinje for fylkesmennenes oppgaver etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 ble først utarbeidet i 2011. Det ble i 2017 gjort en omfattende revisjon i henhold til revidert rundskriv IS-10/2015 fra Helsedirektoratet. Vi har i denne siste revisjonen gjort noen endringer med sikte på å tydeliggjøre brukers medvirkning (se kapittel 4.6), i tillegg til noen mindre tekniske justeringer.

Skriv gjerne til postmottak@helsetilsynet.no hvis dere har kommentarer eller forslag til endringer i retningslinjen.

1.4 Begrepsavklaring

Vi definerer ulike roller og ansvar som følgende:

- «Overordnet faglig ansvarlig» benyttes om den personen som er oppnevnt av kommunen til å fatte vedtak etter kapittel 9. Denne personen skal ha kopi av meldinger om skadeavvergende tiltak i enkelte nødssituasjoner
- «Faglig ansvarlig for tjenesten» benyttes om den som har det faglige ansvaret i den enkelte enhet. Dette vil ofte være den samme som har det daglige ansvaret i enheten. Denne personen skal også ha kopi av meldinger om skadeavvergende tiltak i enkelte nødssituasjoner dersom det er en annen som har gjennomført tiltaket.
- «Faglig ansvarlig for gjennomføring av tiltak» benyttes om den personen som er ansvarlig for å følge opp tiltaket i det daglige.

1.5 Om begrepet «pårørende»

Statens helsetilsyn legger til grunn definisjonen av «pårørende» i pasient- og brukerrettighetsloven § 1-3 første ledd. Underveis i retningslinjen vil vi utdype spørsmål knyttet til pårørendes og verges rolle.

1.6 Bruk av tvang på andre arenaer enn i helse- og omsorgstjenesten

I de tilfellene der brukeren også mottar tjenester etter andre lovverk enn hol., må den aktuelle forvaltnings-/sektormyndighet samtykke til at tiltak etter kapittel 9 gjennomføres mens brukeren befinner seg på deres arena. For mer informasjon viser vi til rundskrivet kapittel 4.2.3.

2 Meldte beslutninger om skadeavvergende tiltak i nødssituasjoner

Fylkesmannen skal gjennomgå og følge opp meldinger om skadeavvergende tiltak i nødssituasjoner.

2.1 Mottak av meldinger

Kommunen skal nedtegne og oversende beslutning om skadeavvergende tiltak i nødssituasjoner (§ 9-5 tredje ledd bokstav a), jf. § 9-7 første ledd. Fylkesmannen vil også kunne motta meldinger om mer planlagte og gjentakende skadeavvergende tiltak i gjentatte nødssituasjoner. Dette kan være aktuelt i påvente av ferdig utarbeidet og godkjent vedtak om planlagte skadeavvergende tiltak i nødssituasjoner (§ 9-5 tredje ledd bokstav b).

2.1.1 Når benyttes samlede oversendelser?

Fylkesmannen kan beslutte at meldinger om skadeavvergende tiltak ikke trenger å sendes straks etter at de er gjennomført, for eksempel hvis omfanget av tiltak er omfattende (jf. § 9-7 første ledd nest siste setning).

Fylkesmannen kan da vurdere at det er hensiktsmessig med en samlet oversendelse. En beslutning om samlet oversendelse bør begrenses til de situasjoner hvor innholdet i meldingene er forutsigbare, det vil si:

- det er samme tiltak som benyttes hver gang
- det er kjent for alle involverte hvilke situasjoner som utløser behov for tiltaket

Fylkesmannen må påse at kravene til kommunens saksbehandling er oppfylt også ved samlede oversendelser (se § 9-7 tredje ledd bokstav a-e og i). Kommunen skal også være i gang med å vurdere å fatte vedtak om planlagte skadeavvergende tiltak i gjentatte nødssituasjoner (§ 9-5 tredje ledd bokstav b) i samarbeid med spesialisthelsetjenesten.

Dersom det gjennomføres andre tiltak og/eller tiltaket benyttes i andre situasjoner enn forventet, skal fylkesmannen kreve at slike meldinger ikke inngår i den samlede oversendelsen, men sendes straks etter at de er nedtegnet. Slik informasjon kan gi grunnlag for særskilt oppfølging.

Fylkesmannen bør ved beslutning om samlet oversendelse ta kontakt og rådføre seg med faglig ansvarlig, verge og pårørende før fylkesmannen beslutter hvordan og hvor ofte fylkesmannen skal motta informasjon. Fylkesmannen må samtidig informere om at beslutningene må gjøres tilgjengelig for pårørende og for verge (hvis verge er oppnevnt).

2.2 Gjennomgangen av meldinger

Det er ikke nærmere regulert hvordan fylkesmannen skal følge opp meldingene, men ansvaret må sees i sammenheng med tilsynsrollen, jf. hol. § 12-3.

Gjennomgangen av meldinger har tre formål:

- å påse at vilkårene for bruk av skadeavvergende tiltak i nødssituasjoner var oppfylt i den aktuelle situasjonen
- å påse at meldingen også straks er sendt til overordnet faglig ansvarlig for tjenesten, verge (der verge er oppnevnt for å ivareta brukerens personlige forhold) og nærmeste pårørende og
- å bruke meldingene som grunnlag for å følge med på og å vurdere om det er behov for videre oppfølging av kommunens virksomhet etter kapittel 9.

Meldingene kan gi informasjon om kommunens styring av tvang og makt etter kapittel 9. De kan også gi et bilde av kommunens generelle styring av tjenestene til personer med utviklingshemming. Informasjonen i meldingen kan gi grunnlag for ulike former for oppfølgingsaktiviteter. Fylkesmannen kan som hovedregel legge til grunn at vilkårene om at brukeren har diagnose utviklingshemming og at hendelsen har skjedd som ledd i tjenester (etter § 3-2 nr. 6 bokstavene a til c og § 3-6 første ledd nr. 2) er innfridd, og må ikke innhente dokumentasjon på dette.

Som tilsynsmyndighet skal fylkesmannen følge med på om kommunen:

- benytter tvang og makt som er ulovlig
- arbeider for å forebygge behov for bruk av tvang og makt
- arbeider for å finne andre løsninger enn bruk av tvang og makt
- arbeider med å regulere gjentakende tvang og makt i vedtak og fatter nye vedtak der det er behov for en videreføring

For å bidra til å hindre at ulovlig bruk av tvang og makt gjentar seg er det viktig at fylkesmannen gjennomgår meldinger så raskt som mulig og senest innen én måned etter at melding er mottatt. Gjennomgangen skal registreres i NESTOR når den første gjennomgangen av meldingen er gjort. Hva som skal registreres fremgår av registreringsbildet. Ettersom meldte beslutninger skal kontrolleres raskt, kan inndato for beslutningene registreres samtidig med andre data. Det innebærer at det ikke kan hentes ut restanseoversikt, men saksbehandlingstiden vil fremgå.

Fylkesmannen skal vurdere om vilkårene i § 9-5 for bruk av skadeavvergende tiltak var oppfylt i den konkrete situasjonen. Dette innebærer å vurdere:

- om andre løsninger ble forsøkt, eller om det er begrunnet hvorfor det var et særlig tilfelle om tiltaket/tiltakene var faglig og etisk forsvarlige
- hvor inngripende tiltaket var
- om tiltaket gikk lengre enn det som var nødvendig for formålet og
- om tiltaket var nødvendig for å hindre eller begrense vesentlig skade

Videre må fylkesmannen forsikre seg om at beslutningen ikke gjaldt bruk av mekaniske tvangsmidler for å hindre skade på andre, jf. rundskrivet kapittel 4.6.2.2, og at eventuell skjerming kun har vært gjennomført i et ordinært beboelsesrom med ulåst dør og kun unntaksvis med låst dør av sikkerhetsmessige grunner, jf. § 9-6 annet ledd jf. rundskrivet kapittel 4.6.3.

Hvor grundig gjennomgangen av meldinger skal være, avhenger av flere faktorer. For eksempel kan det ha betydning:

- om det er kommet inn klage eller er uttrykt motstand fra brukeren, nærmeste pårørende og/eller verge på tvangstiltaket og/eller tjeneste
- om fylkesmannen har kunnskap om brukeren og tjenestestedet fra tidligere
- om det er melding om tvang overfor en bruker som ikke tidligere er kjent
- om det er gjentakende meldinger om bruk av tvang og makt overfor en bruker

- type og omfang av tvangstiltakene
- om de meldte tiltakene overfor brukeren er endret fra tidligere meldinger om bruk av tvang (for eksempel er mer inngripende)
- om det meldte tvangstiltaket i nødssituasjon kommer i tillegg til tiltak regulert i godkjent vedtak

2.2.1 Spesielt om redusert evne til egenomsorg i akutte situasjoner

I utgangspunktet vil ikke en brukers reduserte evne til egenomsorg nødvendigvis føre til en konkret nødssituasjon med fare for vesentlig skade. I noen situasjoner vil vilkåret om vesentlig skade likevel være oppfylt. Rundskrivet gir noen konkrete eksempler på nødssituasjoner som kan oppstå som følge av manglende egenomsorg, hvor det kan være nødvendig å iverksette tiltak etter bokstav a for å hindre eller begrense vesentlig skade (se kapittel 4.5.6.2).

I kapittel 2.2.2 til 2.2.6 er det gitt eksempler på oppfølging av funn fra meldinger.

2.2.2 Ulovlig tvangsbruk

Finner fylkesmannen at tiltaket som blir benyttet er i strid med loven, skal fylkesmannen påpeke lovbruddet overfor virksomheten og be om at virksomheten sikrer at det ikke gjentar seg.

Dersom det avdekkes at formålet med det meldte tiltaket er å dekke brukerens grunnleggende behov (§ 9-5 tredje ledd bokstav c), skal fylkesmannen veilede kommunen om at tiltaket ikke kan anses å være et skadeavvergende tiltak i nødssituasjon, og heller ikke skal meldes som det. Fylkesmannen må samtidig informere om at dersom tiltaket vurderes som nødvendig i fremtiden, må kommunen straks utrede andre løsninger og eventuelt fatte vedtak om tiltak etter § 9-5 tredje ledd bokstav c. Fylkesmannen må be overordnet faglig ansvarlig om en plan for arbeidet med vedtak, eventuelt om nytt vedtak der det tidligere har vært et godkjent vedtak. Dersom fylkesmannen ser at det er svikt i kommunens rutiner på området, må fylkesmannen vurdere tilsynsmessig oppfølging.

2.2.3 Gjentatte skadeavvergende tiltak overfor en bruker

En viktig del av tilsynsansvaret er å påse at kommunen ikke benytter hjemmelen for skadeavvergende tiltak i enkeltstående nødssituasjoner som erstatning for vedtak (§ 9-5 tredje ledd bokstav b) når tiltaket fremstår som planlagt. Det kan likevel være tilfeller der kommunen har en plan for hvordan sjeldne episoder med fare for vesentlig skade skal håndteres, men der situasjonene vil oppstå så sjelden at det ikke er grunnlag for vedtak. Det stilles strenge krav til bruk av tiltak i gjentatte nødssituasjoner, og fylkesmannen skal prøve alle sider av saken. Der det kommer inn flere meldinger om bruk av samme tiltak overfor en bruker, må fylkesmannen undersøke om ansvarlige i kommunen utreder andre løsninger enn tvang, og om de har sendt henvisning til spesialisthelsetjenesten om bistand (se rundskrivet kapittel 4.5.6.3).

Fylkesmannen bør følge opp med å be om en redegjørelse når kommunen, med eller uten hjelp fra spesialisthelsetjenesten, har funnet andre løsninger og det derfor ikke er behov for vedtak. Der andre løsninger ikke når frem må fylkesmannen tilskrive kommunen og sette en frist for utarbeidelse av vedtak.

Det kan være tilfeller der det er uenighet mellom kommunen, spesialisthelsetjenesten og fylkesmannen om det er behov for å fatte vedtak. Om fylkesmannen har bekymring for at det benyttes tvang, og vedtak uteblir, kan fylkesmannen innhente utskrifter av brukerens journaler eller vurdere stedlig tilsyn for å avklare situasjonen.

2.2.4 Saksbehandlingsfeil

Om fylkesmannen finner brudd på saksbehandlingsreglene må det vurderes om disse manglene har betydning for om tvangsbruken er rettsstridig eller ikke. Det er større grunn til bekymring i tilfeller der det dreier seg om gjentakende feil og ikke enkeltstående tilfeller.

Meldinger som er så utilstrekkelig opplyst at det ikke lar seg gjøre å føre noen form for kontroll med innholdet skal følges opp gjennom kontakt med kommunen.

Meldinger hvor det ikke fremgår om kopi er sendt til nærmeste pårørende og eventuelt verge skal også følges opp, da det er vesentlig at de som er gitt klagerett får mulighet til å ta stilling til meldingens innhold.

Der nærmeste pårørende ikke ønsker å få tilsendt meldingene, gir rundskrivet kapittel 4.7.3.2 anvisning på hvordan opplysningsplikten kan løses. Verger kan ikke unndra seg å motta meldinger. Er omfanget av meldinger omfattende, kan fylkesmannens beslutning om oversendelse av samlede meldinger bidra til at nærmeste pårørendes/vergens oppgaver blir mindre belastende.

2.2.5 Kommunens gjennomgang av meldingen

Fylkesmannen må undersøke om daglig faglig ansvarlig har gjennomgått meldingen, vurdert tiltaket/-ene, evaluert hendelsen, eventuelt iverksatt tiltak for å forsøke å forhindre at samme hendelse gjentar seg og vurdert om situasjonen kunne vært løst på en annen måte. I motsatt fall må fylkesmannen vurdere om det er grunnlag for oppfølging, og på hvilken måte.

Om fylkesmannen gjennomgående får meldinger fra en kommune hvor dette punktet ikke er fylt ut, kan det være grunnlag for å ta kontakt med kommunen representert ved overordnet faglig ansvarlig for å undersøke hvordan kommunen følger opp hendelsen i meldingene.

2.2.6 Oppfølging av meldinger som faller utenfor kapittel 9

Dersom fylkesmannen oppdager at meldingen gjelder en person som ikke har diagnosen psykisk utviklingshemming eller at tiltaket ikke er gjennomført som ledd i pleie- og omsorgstjenester, må virksomheten gjøres kjent med at tvangen faller utenfor kapittel 9. Fylkesmannen bør så langt som mulig veilede kommunen om hvilket regelverk det er aktuelt å vurdere tiltak mot. Dersom fylkesmannen får meldinger om nødvendig helsehjelp gitt ved tvang, jf. kapittel 4A i pasient- og brukerrettighetsloven, bør informasjon videreformidles til ansvarlige for dette området hos fylkesmannen.

Hvis Fylkesmannen mottar meldinger om tiltak som ikke er å regne som bruk av tvang og makt, er det hensiktsmessig å følge opp dette overfor kommunen.

2.3 Oppfølging av meldinger

Fylkesmannen må foreta en helhetlig vurdering av om det er nødvendig med oppfølging. I vurderingen vil meldingenes innhold og øvrig kjennskap til tvangsbruken, brukeren, virksomheten og kommunen ha betydning. Slik informasjon kan blant annet ha kommet fra tilsyn, klagesaker eller henvendelser fra bruker, verge, nærmeste pårørende, kommunen eller spesialisthelsetjenesten.

Når fylkesmannen tar kontakt med kommunens ledelse, må overordnet faglig ansvarlig for kapittel 9 kontaktes, eller gjøres kjent med den kontakt fylkesmannen eventuelt har hatt med andre enheter i kommunen.

3 Klage på beslutning om skadeavvergende tiltak i nødssituasjoner

Beslutning om skadeavvergende tiltak i nødssituasjoner kan påklages av bruker, pårørende og verge, jf. § 9-11 første ledd. Meldingen skal inneholde informasjon om klageretten, og brukere må få tilrettelagt informasjon om klageretten ut fra sine forutsetninger.

Klagefristen er tre uker fra melding om beslutning er kommet fram til den som har klagerett, jf. § 9-11 femte ledd.

Fylkesmannen skal prøve alle sider av saken (jf. § 9-11 første ledd). Hensikten med å behandle klager på allerede gjennomførte tiltak er å undersøke om vilkårene for bruk av skadeavvergende tiltak i nødssituasjoner var oppfylt, og, dersom vilkårene ikke var oppfylt, å hindre at ulovlig tvang skjer igjen.

I tillegg til å vurdere anførselene som klager fremsetter, vil temaene i klagebehandlingen være om kommunen har fulgt saksbehandlingskravene (se § 9-7 første ledd og tredje ledd bokstavene a til e og bokstav i).

Fylkesmannen skal vurdere klagen og ta stilling til om vilkårene for bruk av skadeavvergende tiltak (§ 9-5) var oppfylt i den konkrete situasjonen. Fylkesmannen må gjøre de samme vurderingene som ved gjennomgang av meldinger, se punkt 2.2.

Fylkesmannens behandling av klagen vil kun ha praktisk betydning fremover i tid. Fylkesmannens avgjørelse vil være om vilkårene for bruk av tvang var oppfylt eller ikke på tidspunktet tvangstiltaket ble utført. Utfallet av fylkesmannens behandling vil være om brukeren gis medhold i klagen eller ikke.

Fylkesmannens avgjørelse er endelig.

4 Gjennomgang og overprøving av vedtak

4.1 Generelt om fylkesmannens overprøving

Fylkesmannen skal prøve alle sider av saken (jf. § 9-8 første ledd). Dette innebærer at fylkesmannen har full overprøvingskompetanse og skal prøve:

- om kommunens saksbehandling er i tråd med kravene
- om de faktiske forholdene som er lagt til grunn for vedtaket er riktige
- om kommunen har benyttet riktige lovbestemmelser og tolket dem riktig
- kommunens faglige skjønn og vurderinger

I tillegg til kravene til saksbehandling i hol. kapittel 9 gjelder også kravene i forvaltningsloven, jf. hol. § 2-2. I dette kapitlet vil vi ta opp spesielle forhold ved behandling av saker etter kapittel 9. Kravene til saksbehandling som er av generell karakter vil derfor ikke bli nærmere utdypet i dette kapitlet.

4.2 Innledende gjennomgang

Vedtaket kan ikke iverksettes før de er godkjent av fylkesmannen. Når fylkesmannen mottar et vedtak for overprøving, bør fylkesmannen snarest mulig foreta en innledende gjennomgang av vedtaket. Tidsperspektivet vil ofte være av stor betydning i saker etter kapittel 9. Hovedformålet er derfor å avklare om det er nødvendig å treffe en særlig rask avgjørelse i saken. Følgende momenter kan tilsi en særlig rask avgjørelse:

- vedtaket regulerer tiltak som vil kunne gi en vesentlig bedring av brukers situasjon
- vedtaket gjelder forlengelse av tiltak for å dekke grunnleggende behov (§ 9-5 tredje ledd bokstav c) som ellers må opphøre grunnet utløp av vedtaksperioden
- tiltaket er særlig inngripende
- brukeren er under 18 år

Et annet formål med en innledende gjennomgang er å sikre at vedtaket er tilstrekkelig utredet og klart til å overprøves, jf. forvaltningsloven § 17. Fylkesmannen må vurdere om opplysningene enkelt og raskt lar seg avklare, eller om manglene er av en slik karakter eller omfang at saken bør sendes tilbake til kommunen for videre behandling.

Under følger en gjennomgang av de punktene fylkesmannen bør undersøke ved den innledende gjennomgangen.

4.2.1 Er vedtaket sendt til rett fylkesmann?

Fylkesmannen skal overprøve de vedtakene som er fattet av en kommune i sitt fylke, også om brukeren er bosatt i et annet fylke. Dersom vedtaket er sendt til feil fylkesmann, må fylkesmannen straks oversende det til riktig fylkesmannsembete, jf. forvaltningsforskriften § 4.

4.2.2 Er vedtaket fattet av rett kommune?

Fylkesmannen må undersøke om vedtaket er fattet av rett kommune. Hvis ikke, skal fylkesmannen sende vedtaket tilbake med en kort begrunnelse/veiledning som forklarer hvorfor vedtaket ikke er gyldig.

4.2.3 Faller vedtaket inn under virkeområdet til hol. kapittel 9?

Fylkesmannen må kontrollere at vedtaket gjelder en person med utviklingshemming, og at personen mottar helse- og omsorgstjenester etter hol. § 3-2 nr. 6 bokstavene a til c og § 3-6 første ledd nr. 2, jf. § 9-2 første ledd.

Kapittel 9 omfatter ikke andre helse- og omsorgstjenester enn dem nevnt i § 3-2 nr. 6 bokstavene a til c og § 3-6 første ledd nr. 2. I situasjoner hvor det gis helsehjelp med andre formål enn pleie- og omsorgsformål, gjelder reglene i pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 og 4A. Fylkesmannen må gjøre en konkret vurdering av hva som er riktig lovgrunnlag i hvert enkelt tilfelle. Vi viser til rundskrivet kapittel 4.2.4.4.

Videre må fylkesmannen undersøke om vedtaket regulerer tiltak som er å anse som tvang etter definisjonen i § 9-2 andre ledd, og om tiltaket/tiltakene omfattes av § 9-5 tredje ledd bokstav b eller c.

Enkelte tiltak skal ikke anses som tvang:

- varslingsystemer som ikke er inngripende, for eksempel alarm som bare aktiveres etter ønske fra brukeren selv (jf. § 9-2 andre ledd). Vi viser til rundskrivet kapittel 4.2.5.4
- tiltak som tilrettelegger det fysiske miljøet eller dagliglivet til brukeren, som brukeren ikke motsetter seg, og som ikke begrenser brukerens bevegelses- og handlefrihet eller mulighet til å benytte gjenstander fritt. Vi viser til rundskrivet kapittel 4.2.5.3
- vanlig håndledning og instruks. Vi viser til rundskrivet kapittel 4.2.5.2
- mekaniske tvangsmidler som ikke hindrer eller begrenser brukers bevegelsesfrihet. Vi viser til rundskrivet kapittel 4.6.2.1.

Helse- og omsorgstjenesteloven gjelder ikke i utlandet (jf. § 1-2). Dette innebærer at dersom brukeren befinner seg i utlandet, kan det ikke benyttes tvang eller makt med hjemmel i et eventuelt vedtak etter kapittel 9.

Dersom tiltakene i vedtaket faller utenfor virkeområdet i kapittel 9, skal fylkesmannen sende vedtaket tilbake og gi en kort begrunnelse/veiledning som forklarer hvorfor saken ikke omfattes av kapitlet.

4.2.4 Er verge oppnevnt, og har verge og nærmeste pårørende fått kopi av vedtaket?

Fylkesmannen må kontrollere at verge er oppnevnt og at vergens mandat omfatter oppgaver etter kapittel 9, jf. § 9-3 tredje ledd. Dersom verge ikke er oppnevnt, må vedtaket tilbakesendes til kommunen på grunn av saksbehandlingsfeil. Videre må fylkesmannen kontrollere at verge og pårørende har fått kopi av vedtaket, jf. § 9-7 fjerde ledd. Det er tilstrekkelig at vedtaket sendes i kopi til én pårørende (nærmeste pårørende). Dersom det ikke er opplyst at verge og/eller nærmeste pårørende har fått kopi av vedtaket, sørger fylkesmannen for dette ved å selv oversende kopi eller ta kontakt med kommunen.

4.2.5 Er vedtaket fattet av overordnet faglig ansvarlig?

Vedtaket skal være signert av overordnet faglig ansvarlig, jf. § 9-7 andre ledd. Dersom vedtaket ikke er fattet av overordnet faglig ansvarlig, må det tilbakesendes. Dersom overordnet faglig ansvarlig har fattet vedtaket, men formalia

mangler, ber fylkesmannen om signert vedtak. Det er ikke nødvendig å avvente overprøvingen til signert vedtak er mottatt.

4.2.6 Er spesialisthelsetjenesten involvert?

Fylkesmannen må undersøke om spesialisthelsetjenesten har vært involvert ved utformingen av tiltaket/-ene og at de har fått kopi av vedtaket (jf. § 9-7 andre og fjerde ledd).

Dersom spesialisthelsetjenesten ikke har bistått i utformingen av tiltaket/-ene, må fylkesmannen sende vedtaket tilbake med en kort begrunnelse/veiledning som forklarer hvorfor vedtaket ikke kan godkjennes.

Dersom spesialisthelsetjenesten ikke har fått kopi, sørger fylkesmannen for dette ved å selv oversende kopi eller ta kontakt med kommunen.

4.2.7 Er nødvendige dokumenter vedlagt?

Eksempler på nødvendige dokumenter kan være utredninger, journal, møtereferater og andre uttalelser fra spesialisthelsetjenesten, tiltaksplan og tiltaksbeskrivelser, registreringsskjema for tiltakene, journalutskrifter, ukeplan, turnus, vaktlister, vedtak om kommunale helse- og omsorgstjenester, evalueringsrapporter, oversikt over ansatte, prosedyrer for styringssystem, opplærings- og veiledningsplaner, utfylte sjekklister for veiledning og trening av ansatte, vergens oppnevningsmandat etc.

Fylkesmannen sørger for å innhente de dokumentene som åpenbart mangler for å kunne overprøve vedtaket.

4.3 Overprøving av vedtak

Når saken er tilstrekkelig opplyst og det er avklart at vedtaket faller innenfor virkeområdet til kapittel 9, skal fylkesmannen foreta en full prøving av alle sider av saken.

Under følger en gjennomgang av de punktene fylkesmannen må undersøke ved overprøvingen.

4.3.1 Hvordan har kommunen involvert spesialisthelsetjenesten ved utforming av tiltak?

Fylkesmannen må vurdere om og i hvilken grad spesialisthelsetjenesten har bistått kommunen med utformingen av tvangstiltaket/-ene (jf. § 9-7 annet ledd). Spesialisthelsetjenestens vurderinger må komme klart fram av opplysningene, f.eks. gjennom journalutskrifter, møtereferater eller egne uttalelser. Det må også fremgå om det er

enighet mellom kommunen og spesialisthelsetjenesten i utformingen av vedtaket. Dersom vedtakets innhold ikke er i samsvar med rådene fra spesialisthelsetjenesten, må dette også fremgå.

Dersom det av vedtaket og dokumentasjonen fremgår at spesialisthelsetjenesten har vært involvert ved utformingen av tiltaket/-ene og at kommunen har fulgt spesialisthelsetjenestens råd og veiledning, er det ikke nødvendig for fylkesmannen å avvente en ytterligere uttalelse fra spesialisthelsetjenesten før vedtaket overprøves. Spesialisthelsetjenesten har frist på én uke til å avgi uttalelse til fylkesmannen etter at de har mottatt vedtaket for uttalelse, jf. § 9-7 fjerde ledd.

Når det gjelder vurderingen av opplysningene fra spesialisthelsetjenesten, viser vi til punkt 4.3.3 e) og 4.5.

4.3.2 Har tiltaket riktig hjemmelsgrunnlag?

Fylkesmannen må vurdere hjemmelsgrunnlaget for tiltaket/-ene (§ 9-5 tredje ledd bokstav b eller bokstav c). Hjemmelsgrunnlaget har blant annet betydning for hvilke krav til utdanning som stilles til personell som skal gjennomføre tiltaket.

Det kan være vanskelig å skille mellom tiltak som er skadeavvergende og tiltak som iverksettes for å dekke brukerens grunnleggende behov, og i mange tilfeller vil man faglig kunne argumentere for at et tiltak kan falle inn under begge bokstavene. Det er fordi de to lovhjemlene har samme formål, nemlig å hindre at personer med utviklingshemming utsetter seg selv eller andre for vesentlig skade (jf. § 9-1 første ledd). Også tiltak for å dekke brukerens grunnleggende behov har dermed som mål å hindre eller redusere skade.

Under følger en momentliste som fylkesmannen kan bruke ved vurderingen:

Hva skal tiltaket hindre?

- Tiltak som skal hindre skade på andre personer eller ting, skal alltid være hjemlet i § 9-5 tredje ledd bokstav b.
- Tiltak som skal hindre eller begrense vesentlig skade på brukeren selv, kan være både skadeavvergende og anses for å dekke grunnleggende behov. Her må fylkesmannen undersøke hva som er det mer nærliggende målet med tiltaket:
 - Mål: Hindre alvorlig selvskading
 - Tiltak som skal avverge alvorlig selvskading hos bruker anses vanligvis som et skadeavvergende tiltak etter bokstav b.
 - Mål: Hindre alvorlig selvstimulerende atferd

Dersom tiltaket skal benyttes utenfor nødssituasjoner, for eksempel et systematisk og planlagt tiltak for å hindre selvstimulerende atferd, kan det ikke hjemles som et skadeavvergende tiltak. Merk likevel at arbeid med å forhindre og begrense alvorlig selvstimulerende atferd vil kunne kreve omfattende tvangsbruk og høy faglig kompetanse.
- Opplærings- eller treningstiltak kan bare benyttes for å dekke brukerens egne grunnleggende behov, jf. rundskrivet kapittel 4.5.6.5.

Enkelthendelser eller mer varige forhold?

- Tiltak som primært skal hindre enkelthendelser er som regel skadeavvergende
- Tiltak som har mer langsiktige og varige mål er som regel iverksatt for å dekke brukerens grunnleggende behov

Særlig om bruk av inngripende varslingssystemer (alarmer)

- Et inngripende varslingssystem er alltid å regne som tvang (jf. § 9-2 andre ledd), og bruk av varslingssystem/alarm skal alltid hjemles som et eget tiltak.
- I vurderingen av om et varslingssystem skal hjemles som et planlagt skadeavvergende tiltak eller som et tiltak for å dekke brukerens grunnleggende behov, må fylkesmannen vurdere skadepotensialet og tiltakets kompleksitet. Bruk av alarm som et planlagt skadeavvergende tiltak vil først og fremst være aktuelt i saker for å forhindre vesentlig skade på andre enn tjenestemottakeren selv.

4.3.3 Inneholder vedtaket de opplysninger som kreves?

Alle kravene i § 9-7 tredje ledd må være oppfylt for at et vedtak skal kunne godkjennes. Hvor utfyllende dokumentasjonen fra kommunen må være, avhenger av saken. Der et vedtak er mangelfullt opplyst (ikke godt nok dokumentert), må fylkesmannen innhente opplysninger (forvaltningsloven § 17) eller sende saken tilbake til kommunen.

Tidsperspektivet vil ofte være av stor betydning i saker etter kapittel 9. Fylkesmannen må derfor vurdere om opplysningene enkelt og raskt lar seg avklare eller om manglene er av en slik karakter eller omfang at saken bør sendes tilbake til kommunen for videre behandling. For å sikre at det ved innhenting av opplysninger ikke går unødig tid til spille, må det settes stramme, men gjennomførbare frister for oversendelse av opplysningene.

Nedenfor gjennomgår vi innholdet i § 9-7 tredje ledd bokstavene a til i.

a. Brukerens eller pasientens navn og tid og sted for vedtaket

Her må fylkesmannen kontrollere hvem vedtaket gjelder, hvilken kommune som har fattet vedtaket og vedtakstidspunktet.

b. Beskrivelse av brukerens eller pasientens situasjon og en faglig vurdering av denne

Fylkesmannen må undersøke om vedtaket gir en tilstrekkelig beskrivelse av situasjonen som brukeren befinner seg i, slik at det blir mulig å overprøve om vilkårene for tvangstiltaket/-ene er oppfylt. En beskrivelse av brukerens situasjon gjelder særlig opplysninger om brukerens tjenestetilbud, bolig, aktivitetstilbud og helsetilstand, herunder om det foreligger vedtak om tvungen helsehjelp etter pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4A.

I tillegg skal vedtaket inneholde en faglig vurdering av brukerens situasjon. Årsaken til brukerens atferd, hvordan atferden fremtrer og konsekvenser for brukeren selv og andre er alle viktige punkter i vurderingen. Det samme gjelder direkte utløsende og eventuelle bakenforliggende årsaker til atferd og situasjoner der det kan bli behov for å

bruke tvang.

c. Beskrivelse av de tiltakene som settes i verk og den faglige begrunnelsen for disse

Fylkesmannen må undersøke om vedtaket inneholder en presis beskrivelse av tiltaket/ene og en faglig begrunnelse for valg av tiltak. Formålet med tiltaket, hvilke former for tvang som skal benyttes og framgangsmåten i de aktuelle situasjonene skal fremgå. Vedtaket må også beskrive i hvilke situasjoner tiltaket skal anvendes og hvor det kan utføres. Beskrivelsen må være konkret knyttet til brukerens situasjon og behov, slik at det blir mulig for fylkesmannen å vurdere tiltakenes faglige og etiske forsvarlighet (jf. § 9-7 tredje ledd bokstav e).

Jo mer inngripende tiltaket/ene er, jo mer kreves det av den faglige begrunnelsen. I vedtak som omfatter fysisk inngripende tiltak, for eksempel fastholding eller nedlegging, skal det komme klart fram at brukerens helsesituasjon, relevant forhistorie og mulige skadelige konsekvenser av tiltaket er vurdert i samarbeid med spesialisthelsetjenesten.

d. Fastsettelse av tidsramme for tiltakene

Her må fylkesmannen kontrollere at vedtaket inneholder opplysninger om vedtaksperioden og at den ikke overskrider grensen på tolv måneder (jf. § 9-7 annet ledd). Fylkesmannen må også vurdere om tiltakenes art eller andre omstendigheter (f.eks. usikker bemannings- og kompetansesituasjon) tilsier en kortere vedtaksperiode.

e. Bekreftelse på at vilkårene i kapitlet er oppfylt, herunder begrunnelse (§ 9-5 første ledd annet punktum)

Fylkesmannen må undersøke om kommunen i vedtaket bekrefter at den har vurdert og funnet vilkårene oppfylt. Samtidig må fylkesmannen kontrollere at saken er så godt opplyst at det lar seg gjøre å overprøve om vilkårene er oppfylt, og å foreta en selvstendig vurdering av om de ulike vilkårene er oppfylt. Under følger en kort gjennomgang av de ulike vilkårene i § 9-5. Kravene til gjennomføring av tiltak er gjennomgått i retningslinjens punkt 4.3.5. For en grundigere redegjørelse viser vi til rundskrivet kapittel 4.5.1 til 4.5.5.

- **Andre løsninger skal være prøvd før tvangstiltak settes i verk**

Fylkesmannen må undersøke om det fremgår tydelig hvilke andre løsninger som har vært prøvd. Fylkesmannen må også undersøke at kommunen i vedtaket redegjør for hvordan de har vurdert brukerens tjenestetilbud og om det er forhold som kan forbedres, for eksempel tilrettelegging av tjenestene, endringer i de fysiske rammebetingelsene, tilgang til nødvendige hjelpemidler, trenings- og opplæringstiltak. Kravet gjelder både ved nye tiltak og ved videreføring av tiltak.

Vilkåret om andre løsninger kan kun fravikes i «særlige tilfeller» og kommunen skal da gi en begrunnelse for at kravet er fraveket, jf. § 9-5 første ledd andre punktum. Fylkesmannen må vurdere om det foreligger et slikt særlig tilfelle.

- **Tiltaket må være faglig og etisk forsvarlig**

Fylkesmannen må vurdere om tiltaket tilfredsstillende faglige krav til god praksis. Hva som anses som god praksis er i stadig endring, og tilgang til oppdatert og anerkjent fagkunnskap er derfor vesentlig.

I hovedsak bør fylkesmannen støtte seg til spesialisthelsetjenestens vurderinger. Det må gå klart frem av vedtaket og dokumentasjonen hvor mye spesialisthelsetjenesten har vært involvert i utformingen av vedtaket. Det må også komme fram hvordan spesialisthelsetjenesten skal bistå for å sikre en forsvarlig gjennomføring av tiltaket. Dette kan for eksempel fremgå av en samarbeidsavtale mellom kommunen og spesialisthelsetjenesten. Dersom begrunnelsene er svake eller fylkesmannen er i tvil, kan det være aktuelt å innhente ytterligere uttalelser fra spesialisthelsetjenesten. Fylkesmannen kan også vurdere å konferere med sakkyndig eller innhente uttalelser fra andre spesialisthelsetjenester.

Loven krever at det legges særlig vekt på hvor inngripende tiltaket er for brukeren. Selv om tiltaket i seg selv er faglig anerkjent, kan det være forhold ved gjennomføringen som medfører at det likevel ikke kan godkjennes. Her vil det være en nær sammenheng mellom kravet til «faglig» og «etisk» forsvarlighet. Selv om det påvises at et tiltak har en effekt, kan det ikke gjennomføres dersom det innebærer en nedverdiggende eller krenkende behandling av bruker (jf. § 9-1 tredje ledd). Fylkesmannen må undersøke om kommunen i vedtaket redegjør for hvordan tiltaket oppleves for bruker, herunder grad av ubehag, og om tiltaket er planlagt gjennomført i situasjoner som er stigmatiserende for bruker. Her vil opplysninger om brukers holdning til tiltaket ha betydning, særlig dersom brukeren er imot tiltaket. Videre har det betydning om brukeren er beslutningskompetent i det aktuelle spørsmålet (se § 9-7 tredje ledd bokstav f).

I vurderingen av om tiltaket er faglig og etisk forsvarlig, inngår også at fylkesmannen må vurdere om vedtaket oppfylder brukers rett til kvalifisert personale, jf. § 9-9 andre ledd første punktum, herunder om de utdanningskrav som stilles i § 9-9 tredje ledd er oppfylt. Vi viser til punkt 4.3.5 under.

Fylkesmannen må også vurdere om summen av alle tvangstiltak overfor brukeren (både etter hol. kapittel 9 og pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4A) blir for omfattende og/eller inngripende.

For mer informasjon om vurderingen av vilkåret om faglig og etisk forsvarlighet viser vi til rundskrivet kapittel 4.5.5.

- **Tiltaket må være forholdsmessig**

Fylkesmannen må vurdere om tiltaket er forholdsmessig, dvs. om tiltakets alvorlighetsgrad er vurdert opp mot effekten av tiltaket. De positive konsekvensene av tiltaket må være klart større enn de negative. Kravet om forholdsmessighet har nær sammenheng med kravet til faglig og etisk forsvarlighet.

For mer informasjon om vurderingen av vilkåret om forholdsmessighet viser vi til rundskrivet kapittel 4.5.4.

- **Tiltaket må være nødvendig for å hindre eller begrense vesentlig skade**

Tvangstiltak skal bare settes i verk dersom dette forhindrer «vesentlig» skade, jf. § 9-5 andre ledd siste setning. Fylkesmannen må derfor undersøke om tiltaket er «nødvendig» for å «hindre eller begrense vesentlig skade» på bruker, andre personer eller ting. Fylkesmannen bør kreve at kommunen beskriver hvordan skaden manifesterer seg, både i alvorlighet og hyppighet. Aktuell dokumentasjon kan være oversikter som viser hvor ofte brukeren har utsatt seg selv eller andre for vesentlig skade, kopi av politirapporter, journalnotater, vitneuttalelser, epikriser, etc. Vi viser til rundskrivet kapittel 4.5.3.

f. Opplysning om hvilken holdning brukeren eller pasienten og dennes representant har til tiltaket

Fylkesmannen må undersøke om det fremgår av vedtaket hvilken informasjon brukeren, nærmeste pårørende og verge har fått, inkludert om deres forslag til andre løsninger og forebyggende tiltak er innhentet og hensyntatt (jf. kravet til medvirkning i § 9-3). Videre må det fremgå hvilke holdninger de har til tiltaket.

Erfaringer tilsier at et vedtak om tvang oppfattes som mindre inngripende i situasjoner hvor bruker selv blir hørt og får komme med sine syn på valg av tiltak og metoder. Fylkesmannen må derfor undersøke at kommunen i vedtaket redegjør for hvordan brukeren selv stiller seg til tiltaket. I situasjoner hvor det er aktuelt å vektlegge brukers beslutningskompetanse, for eksempel tiltak som skal dekke brukerens grunnleggende behov, må fylkesmannen undersøke om det av vedtaket fremgår at brukerens beslutningskompetanse er vurdert av personell med relevant og tilstrekkelig kunnskap om dette (som regel spesialisthelsetjenesten). Vi viser til rundskrivet kapittel 4.5.6.5.

g. Angivelse av faglig ansvarlig for gjennomføring av tiltaket

Fylkesmannen må undersøke at det fremgår av vedtaket hvem som har det faglige ansvaret for gjennomføringen av tiltaket. Det skal som hovedregel kun være én faglig ansvarlig. Videre må fylkesmannen undersøke hvordan den faglige ansvarlige konkret skal følge opp gjennomføringen av tiltaket, herunder hvordan kravet til journalføring skal oppfylles (hol. § 9-10). Vi viser til rundskrivet kapittel 4.10.4.

h. Opplysning om fylkesmannens overprøvningsmyndighet og adgang til å uttale seg i saker som skal overprøves etter § 9-8

Her må fylkesmannen undersøke om partene har fått informasjon om at fylkesmannen er overprøvningsmyndighet og at de har mulighet til å gi uttalelse innen én uke. Fylkesmannen bør derfor ikke ferdigbehandle saken før uttalefristen har utløpt. Fylkesmannen kan gi utvidet frist til å komme med uttalelse.

Haster det å iverksette eller videreføre et tiltak, for eksempel fordi gjeldende vedtak utløper, kan fylkesmannen overprøve vedtaket før uttalefristen har utløpt. I så fall skal fylkesmannen kontakte nærmeste pårørende og verge før vedtaket fattes.

Mottar fylkesmannen vesentlige merknader til et vedtak, bør fylkesmannen sende disse til kommunen til uttalelse før overprøvingen avsluttes.

i. Opplysning om tilsynsmyndighet

Fylkesmannen må undersøke om det fremgår av vedtaket at fylkesmannen er tilsynsmyndighet.

4.3.4 Kontroll av tiltak hvor det er satt særlige grenser

Loven oppstiller særlige grenser for bruk av mekaniske tvangsmidler, skjerming og opplærings- og treningstiltak. Blant annet kan mekaniske tvangsmidler kun benyttes for å hindre skade på brukeren selv. Skjerming kan kun gjennomføres i tråd med bestemmelsene i § 9-6 annet ledd, og opplærings- og treningstiltak er kun tillatt for å dekke brukerens grunnleggende behov.

4.3.5 Kontroll av krav til gjennomføring av tiltak

Fylkesmannen må vurdere om vedtaket oppfyller brukers rett til kvalifisert personale, jf. § 9-9 andre ledd første punktum, herunder om de utdanningskrav som stilles i § 9-9 tredje ledd er oppfylt. Denne vurderingen må sees i sammenheng med vurderingen av om tiltaket er etisk og faglig forsvarlig, jf. punkt 4.3.3 bokstav e.

Kompetansekravene

Hvilken spesifikk kompetanse som kreves avhenger av om det er et planlagt skadeavvergende tiltak eller et tiltak for å dekke grunnleggende behov. Kravet kommer i tillegg til de generelle kravene til opplæring som følger av hol. § 4-1 første ledd bokstav d og §§ 8-1 og 8-2.

Ved utføring av planlagte skadeavvergende tiltak i gjentatte nødssituasjoner (etter § 9-5 tredje ledd bokstav b), skal minst en av tjenesteyterne ha bestått utdanning i helse-, sosial- eller pedagogiske fag på høyskolenivå. I rundskrivet kapittel 4.9.5.2 er det nærmere presisert hvilke utdanninger som vil oppfylle kravene.

Ved utføring av tiltak for å dekke tjenestemottakers grunnleggende behov (etter § 9-5 tredje ledd bokstav c), skal minst en av tjenesteyterne ha bestått avsluttende eksamen i studieretning for helse- og sosialfag i videregående opplæring.

Kravene til utdanning i § 9-9 andre ledd er å anse som minimumskrav. Fylkesmannen må vurdere om det er forhold ved saken som gjør det aktuelt å stille strengere krav til utdanning, særlig for å sikre etterlevelse av vilkåret om faglig og etisk forsvarlighet. For eksempel kan enkelte opplæringstiltak, samt tiltak for å hindre eller begrense selvskadning, være så inngripende og/eller faglig krevende at det må stilles strengere krav til personellens kompetanse enn det som følger av § 9-9 tredje ledd. Vi viser til rundskrivet kapittel 4.9.3.

Krav om to tjenesteytere

Fylkesmannen må undersøke om kommunen har planlagt at to tjenesteytere skal være til stede ved gjennomføringen av tiltaket. Dersom kommunen mener at det er til ugunst for brukeren at det er to tjenesteytere til stede, må fylkesmannen undersøke om det i vedtaket er gitt en tilstrekkelig begrunnelse for å gjøre unntak fra hovedregelen.

Følgende momenter er relevante for vurderingen av om kravet om to tjenesteytere kan fravikes:

- Vedtaket gjelder statiske tiltak, som f.eks. alarmer eller innlåsing av gjenstander. Brukeren viser ikke mostand mot disse tiltakene og uttrykker eventuelt ønske om å være alene
- Det er økt forekomst av tvangsbruk og uro når det er flere tjenesteytere til stede.
- Tjenestene er organisert slik at tilgangen på tjenesteyter nummer 2 (tilstrekkelig personale) gjør at tiltaket kan gjennomføres på en faglig og etisk forsvarlig måte.
- Tjenesteyteren som skal gjennomføre tiltaket har den nødvendige kompetansen til å forebygge bruk av tvang

Dersom fylkesmannen mener at det er til ugunst for brukeren at tvangstiltak gjennomføres med to til stede, må dette fremkomme i fylkesmannens overprøvingsavgjørelse. Denne avgjørelsen vil legge grunnlaget for vurderingen av en eventuell dispensasjonssøknad.

Andre krav til gjennomføringen

Tiltaket skal vurderes kontinuerlig og avbrytes dersom vilkårene ikke lenger er til stede eller viser seg å ikke ha forutsatte konsekvenser eller ha uforutsette negative konsekvenser (jf. § 9-9 fjerde ledd). Fylkesmannen må derfor undersøke om det fremgår av vedtaket hvordan tiltaket skal følges opp og om det er angitt kriterier for å avbryte tiltak/-ene.

Noen tiltak stiller særskilte krav til gjennomføringen. Der fylkesmannen for eksempel vurderer å godkjenne bruk av alarm, er det viktig at fylkesmannen undersøker at kommunen har tilgjengelig personell som kan håndtere situasjonen når alarmen går.

4.4 Opplæring og veiledning

Fylkesmannen må vurdere om kommunen i tilstrekkelig grad har dokumentert hvilken opplæring og veiledning som er gitt og vil bli gitt til de som utfører og/eller skal utføre tvangstiltaket, jf. kravet i § 9-4, jf. § 8-1. Kommunen kan dokumentere at kravet er oppfylt ved å legge fram planer for personaloppfølging og signeringslister som viser at opplæring og veiledning er gjennomført. Har kommunen fattet vedtak om skadeavvergende tiltak, må de ansatte jevnlig trenes i tiltaket. Kommunen må dokumentere at treningsplaner er utarbeidet og blir fulgt. Vi viser til rundskrivet kapittel 4.4.3.

Opplæring og veiledning er nært knyttet til kravet om faglig og etisk forsvarlighet. Kravet om opplæring og veiledning gjelder samtlige ansatte, men har avgjørende betydning der kommunen søker om dispensasjon fra utdanningskravet, se kapittel 5.

4.5 Resultatet av fylkesmannens overprøving

Foruten å godkjenne vedtaket, har fylkesmannen adgang til både å sende saken i retur til kommunen og selv foreta endringer.

Fylkesmannen skal registrere innkomne og overprøvde vedtak i NESTOR. Hva som skal registreres fremgår av registreringsbildet. Det er ikke mulig å registrere avviste vedtak.

Nedenfor gjennomgås sentrale punkter for fylkesmannens overprøving i saker etter kapittel 9.

4.5.1 Full godkjenning

Når fylkesmannen godkjenner kommunens vedtak fullt ut, er det kommunens vedtak som i sin helhet skal legges til grunn for iverksettelse av tiltakene. Kommunens vedtak kan ikke iverksettes før det er godkjent av fylkesmannen, jf. § 9-7 fjerde ledd.

4.5.2 Tilbakesending av vedtaket for videre behandling i kommunen

Den innledende gjennomgangen vil kunne vise om vedtaket er tilstrekkelig utredet og opplyst eller om det må innhentes ytterligere opplysninger. Men fylkesmannen kan også i arbeidet med selve overprøvingen avdekke forhold som tilsier at vedtaket bør tilbakesendes, for eksempel at andre løsninger ikke er forsøkt og vilkårene i § 9-5 derfor

ikke er oppfylt.

I tilfeller hvor det er behov for endringer i vedtaket, bør fylkesmannen vurdere om det er mest hensiktsmessig å sende saken tilbake til kommunen for videre behandling. Spesielt gjelder dette når endringer er knyttet til utforming av tiltakene, ettersom disse bør utformes av kommunen i samarbeid med spesialisthelsetjenesten.

Et annet tilfelle hvor det kan være behov for tilbakesending er der det ikke går fram om spesialisthelsetjenesten har bistått i utforming av tiltak (jf. kravet i § 9-7 annet ledd).

4.5.3 Vedtak hvor fylkesmannen gjør endringer

Et vedtak kan inneholde flere tiltak. Fylkesmannen kan godkjenne enkelte tiltak, mens andre tiltak ikke blir godkjent. Som nevnt ovenfor bør fylkesmannen være tilbakeholden med å gjøre endringer som får betydning for selve innholdet i tiltaket.

I enkelte tilfeller kan det imidlertid være aktuelt å endre andre forhold i vedtaket enn selve tiltaket, for eksempel begrense vedtaksperioden, stille krav om kompetanse eller endre hjemmelsgrunnlaget.

Når fylkesmannen gjør endringer i kommunens vedtak, gjelder kommunens vedtak fortsatt ved iverksettelse, men med de endringer fylkesmannen har gjort. Det er derfor særdeles viktig at både endringene og konsekvensene av endringene er tydelige, slik at de som skal iverksette vedtaket ikke er i tvil om hva det endelige vedtaket går ut på. Endring av hjemmelsgrunnlag vil for eksempel medføre at det blir stilt andre kompetansekrav for personell som skal gjennomføre tiltakene. Ved slike endringer må fylkesmannen derfor vurdere om kommunen fortsatt kan gjennomføre tiltaket/-ene på en faglig og etisk forsvarlig måte.

4.5.4 Vedtak som ikke godkjennes

Mener fylkesmannen at kommunens vedtak ikke oppfyller vilkårene for å benytte tvang og makt, skal vedtaket ikke godkjennes.

Avhengig av grunnen til at vedtaket ikke ble godkjent, må fylkesmannen følge opp saken videre på egnet måte. Fylkesmannen må skille mellom situasjoner der fylkesmannen er uenig med kommunen i at vilkårene for bruk av tvang er oppfylt, og situasjoner som dreier seg om eventuelt manglende styringssystemer. Fylkesmannens videre oppfølging av saken avhenger også av om det dreier seg om et førstegangsvedtak eller videreføring av et vedtak.

Som et ledd i oppfølgingen kan det være aktuelt å be om en redegjørelse for hvordan brukerens situasjon er per dags dato, innkalle virksomheten til et møte eller på annet vis ta kontakt med virksomhetsledelsen.

Dersom fylkesmannen opplever å måtte påpeke de samme forholdene i flere overprøvinger, og dermed nekter å godkjenne et vedtak flere ganger på rad, bør fylkesmannen vurdere om det er behov for å informere kommunens ledelse i form av kopi av overprøvingen til rådmannen. Fylkesmannen kan her vise til kommunens ansvar for å sikre at tjenestene er forsvarlige, jf. hol. § 4-1 og kravet om internkontroll, jf. helsetilsynsloven § 3.

4.5.5 Særskilt om vilkår for godkjenning

Fylkesmannen har kompetanse til å stille vilkår for at et vedtak skal godkjennes, jf. hol. § 9-8. Statens helsetilsyn mener at man likevel skal være tilbakeholden med å stille vilkår. Dersom fylkesmannen beslutter å stille vilkår for en godkjenning, for eksempel at kommunen må utarbeide rutiner eller på annen måte sikre gjennomføringen av vedtaket, er det viktig at fylkesmannen i overprøvingen er tydelig på hvilke vilkår som er stilt, slik at de som skal iverksette vedtaket ikke er i tvil om hva det endelige vedtaket går ut på.

Dersom fylkesmannen stiller vilkår, er det viktig at fylkesmannen presiserer at vedtaket ikke kan iverksettes før vilkårene er oppfylt. Dersom fylkesmannen ikke godkjenner vedtaket, skal fylkesmannen gi kommunen konkret tilbakemelding om hva som skal til for at vedtaket skal kunne godkjennes. Fylkesmannen skal da følge opp tvangsbruken til nytt vedtak er fattet, eller det er avklart at det ikke er behov for å fatte nytt vedtak.

4.6 Underretning om fylkesmannens avgjørelse

Utfallet av fylkesmannens overprøving skal formidles skriftlig til kommunen, med kopi til verge, nærmeste pårørende og spesialisthelsetjenesten. Også bruker skal ha kopi av fylkesmannens overprøving, med mindre det er avklart at bruker skal informeres på annen måte.

Forvaltningsloven § 24 om at enkeltvedtak skal begrunnes gjelder også for overprøvingssaker. Fylkesmannen må begrunne hvorfor kommunens vedtak ikke godkjennes, eller hvorfor det er gjort endringer eller stilt vilkår. Har fylkesmannen godkjent kommunens vedtak fullt ut, kan underretningen med fordel være kortfattet. I stor grad kan fylkesmannen da vise til kommunens vurderinger.

Der fylkesmannen selv har innhentet ytterligere opplysninger om saken, må de nye opplysningene enten gjengis eller vises til slik at fremstillingen blir fullstendig.

Det må fremgå at det overprøvede vedtaket kan påklages til fylkesnemnda for barnevern og sosiale saker (heretter omtalt som fylkesnemnda) av brukeren, vergen og nærmeste pårørende (jf. § 9-11 annet ledd). Klageadgangen gjelder også fylkesmannens avgjørelse om ikke å godkjenne et vedtak som kommunen ønsker å gjennomføre. Fylkesmannen må sikre at brukeren har fått informasjon om, og har forstått, retten til å klage. Vi viser til kapittel 6.1 under.

Det må også fremgå at klagefristen er tre uker fra vedtaket er kommet fram til den som har klagerett (jf. § 9-11 femte ledd).

Eksempler på formuleringer ved full godkjenning og der fylkesmannen har gjort endringer eller stilt vilkår, er lagt ved som vedlegg 1 til retningslinjen.

4.7 Iverksetting av tiltak

Når et vedtak er godkjent kan tiltak iverksettes. Fylkesmannen kan imidlertid beslutte at vedtak ikke skal iverksettes før klagefristen er ute (jf. forvaltningsloven § 42 første ledd). Dette er særlig aktuelt der det ut fra opplysninger i saken er grunn til å forvente klage.

4.8 Videreføring av tiltak

Dersom et tiltak skal videreføres, har kommunen ansvar for å sende inn nytt vedtak tidsnok til at det kan bli overprøvd før det gjeldende vedtaket utløper.

For å unngå vedtaksfrie perioder, må fylkesmannen, når vedtak godkjennes, opplyse når kommunen senest må sende et nytt vedtak til overprøving dersom tiltak skal videreføres. Tidspunktet som settes avhenger både av fylkesmannens saksbehandlingstid, og av om nytt vedtak samsvarer med tidligere vedtak eller om det inneholder endringer som gjør overprøvingen mer arbeidskrevende. Vi viser til at saksbehandlingstiden ikke skal overskride tre måneder og at saker etter kapittel 9 skal prioriteres.

4.9 Hva skjer dersom kommunen ikke forholder seg til fylkesmannens overprøvingsvedtak eller anvisninger om å fatte vedtak?

Blir fylkesmannen kjent med forhold som gjør at forutsetningene som lå til grunn for godkjenningen ikke lenger er til stede, og at tvangen dermed ikke gjennomføres på en faglig forsvarlig og etisk måte, skal fylkesmannen trekke godkjenningen tilbake. Det kan imidlertid være tilstrekkelig om kommunen, ved overordnet faglig ansvarlig, dokumenterer at de umiddelbart endrer betingelsene for gjennomføringen av vedtaket. Aktuelle personer innen spesialisthelsetjenesten bør i så fall gis anledning til å vurdere de nye betingelsene.

Partene kan påklage avgjørelsen om å trekke godkjenningen. Det kommunale vedtaket med fylkesmannens avgjørelse overprøves av fylkesnemnda, jf. § 9-11 annet ledd.

Dersom dialogen med kommunens ledelse ikke fører fram og kommunen ikke retter seg etter fylkesmannens anvisninger, slik at det blir utøvd ulovlig tvang, kan fylkesmannen oversende saken til Statens helsetilsyn med spørsmål om pålegg.

5 Søknad om dispensasjon fra utdanningskravet

Utdanningskravet skal sikre forsvarlig gjennomføring av tvangstiltakene (§ 9-9 andre ledd).

Fylkesmannen kan etter søknad gi dispensasjon fra utdanningskravene «i særlige tilfeller» (jf. § 9-9 tredje ledd). Søknaden kan følge kommunens vedtak om tiltak og behandles da samtidig med overprøvingen. Kommunen kan også søke om dispensasjon i vedtaksperioden, for eksempel fordi kommunen trenger nytt personell i forbindelse med ferieavvikling, sykdom, permisjoner eller når kvalifisert personell slutter.

5.1 Fylkesmannens vurdering

Fylkesmannen kan kun gi dispensasjoner «i særlige tilfeller» (jf. § 9-9 tredje ledd). Utover denne begrensningen gir loven ingen føringer om hvordan fylkesmannen skal behandle søknader om dispensasjon fra utdanningskrav. Det følger av forarbeidene at det er avgjørende at fylkesmannen finner det *forsvarlig* å dispensere fra utdanningskravet.

Personellets kompetanse må sees i sammenheng med vilkåret om faglig og etisk forsvarlighet i § 9-5 annet ledd. En søknad om dispensasjon skal derfor ikke behandles løsrevet fra opplysningene i kommunens vedtak. Dette gjelder både når søknad foreligger sammen med vedtaket og når søknad kommer inn etter at fylkesmannen har godkjent kommunens vedtak. Fylkesmannen skal vurdere om hver enkelt tjenesteyter, ut fra kommunens beskrivelse, vil kunne være ansvarlig for en forsvarlig gjennomføring av det/de konkrete tvangstiltakene.

Nedenfor er det listet opp noen momenter som bør inngå i fylkesmannens vurdering i det enkelte tilfellet knyttet til den enkelte tjenesteyter det søkes dispensasjon for.

Momenter som kan tale mot innvilgelse av dispensasjon:

Tiltaket:

- tiltak der det kan være utfordrende å følge med på om tiltaket har negative virkninger
- opplærings- og treningstiltak
- tiltak som er faglig utfordrende, eksempelvis fysiske inngrep for å hindre skade på andre personer eller alvorlig selvskadning

Organiseringen av tjenestene:

- Det er søkt dispensasjon for flere tjenesteytere. Jo flere det søkes for, desto større fare for at gjennomføringen blir uforsvarlig.
- Faglig ansvarlig for tiltakene har ikke treårig høgskoleutdanning og er ikke til stede når tjenesteyteren skal ha ansvar for gjennomføring av tvangstiltak. Se rundskrevet punkt 4.9.5.3. Det mangler tilstrekkelige rutiner for opplæring og oppfølging.
- Det er ikke satt av tid til å følge opp rutiner og gjennomføre fastsatt opplæring, evaluering og oppfølging av gjennomføringen av tiltaket.

Den aktuelle tjenesteyteren:

- har ikke god kjennskap til brukeren
- jobber i mindre enn 20 prosent stilling hos brukeren har ikke erfaring fra å gjennomføre tiltaket/-ene
- har ikke fått opplæring i grunnleggende kunnskaper om diagnosen psykisk utviklingshemming og hvilke utfordringer dette medfører («Mitt livs ABC» eller liknende), personens spesielle utfordringer og diagnoser
- har ikke kunnskap om andre løsninger, eller fått opplæring i det/de konkrete tiltaket/-ene
- har ikke fått kurs og trening i vergeteknikker som er besluttet gjennomført i forbindelse med tiltak
- har ikke fått opplæring i kapittel 9
- det finnes ikke rutiner for oppfølging og veiledning av tjenesteyteren

Momenter som kan tale for at det er forsvarlig å gi dispensasjon kan være:

- Tiltaket/-ene krever ikke spesiell kompetanse, som innlåsing av farlige gjenstander, bruk av inngripende varslingssystemer og spesialbelter under transport. Når det gjelder varslingssystemer, vil det nødvendigvis ha stor betydning hvilken bistand som skal ytes når varselet utløses.
- Brukeren viser ikke motstand mot tiltaket.
- Brukeren selv eller brukerens representant formidler ønsker om å få hjelp av personell uten formell kompetanse fordi brukeren er trygg på personellet og dette medfører redusert behov for tvangsbruk.

I saker hvor fylkesmannen er i tvil, bør spesialisthelsetjenesten konsulteres om hva som bør inngå av kompetanse for å kunne utføre tiltaket.

5.2 Fylkesmannens avgjørelse ved søknad om dispensasjon fra utdanningskrav

Fylkesmannen skal avslå en søknad om dispensasjon dersom kravet til faglig forsvarlighet ikke er oppfylt. Dersom søknad om dispensasjon kommer i etterkant av et godkjent vedtak, må fylkesmannen forsikre seg om at vilkårene for godkjenningen fortsatt er oppfylt. Er vilkår for gjennomføringen ikke lenger til stede, må Fylkesmannen gjennom nytt vedtak trekke godkjenningen tilbake.

Fylkesmannens avgjørelse av dispensasjonssøknaden kan få følgende utfall:

- innvilgelse helt eller delvis, for en eller flere av de tjenesteyterne det er søkt for
- innvilgelse, med vilkår, f.eks. om opplæring og veiledning eller krav til turnus. Dette forutsetter at vilkårene er mulige for kommunen å oppfylle. Fylkesmannen må følge opp at kommunen oppfyller vilkårene
- tidsbegrenset dispensasjon, ved at det fra et gitt tidspunkt må være kompetanse som fyller formalkrav

Hvis fylkesmannen blir kjent med at kommunen ikke følger forutsetningene i vedtaket, for eksempel benytter personale som ikke fyller kompetansekravene eller ikke gir tjenesteyterne den oppfølgingen som fremgår av vedtaket eller dispensasjonssøknaden, og tiltaket/ene dermed ikke kan gjennomføres på en forsvarlig måte, skal vedtaket oppheves og det skal settes en frist for kommunen på å rette forholdene.

Fylkesmannens avgjørelse av søknader om dispensasjon fra utdanningskrav anses ikke som enkeltvedtak, og kan derfor ikke påklages.

Behandlingen av søknader om dispensasjon fra utdanningskrav skal registreres i NESTOR. Hva som skal registreres fremgår av registreringsbildet for overprøving av vedtak.

6 Klager på vedtak

I dette kapitlet beskriver vi fylkesmannens gjennomgang av klagen og eventuelle forberedelser av klagesak som skal til behandling i fylkesnemnda. Fylkesmannen forbereder klagesaken etter reglene i forvaltningsloven § 33 første til fjerde ledd (jf. hol. § 9-11 fjerde ledd). Fylkesnemnda behandler klagesaken etter reglene i barnevernloven kapittel 7 (jf. hol. § 9-11 tredje ledd).

Klageadgangen gjelder også når fylkesmannen har nektet å stadfeste kommunens vedtak, forutsatt at kommunen opprettholder sin vurdering av at tiltaket som innebærer tvang bør benyttes (jf. § 9-11 annet ledd).

6.1 Klageadgang

Det er kun brukeren, verge og nærmeste pårørende som har klageadgang etter § 9-11 annet ledd. Det er vergen som, innenfor rammen av sitt mandat, juridisk sett er brukerens representant. Brukeren har likevel selvstendig klagerett. Fylkesmannen må sikre at brukeren har fått informasjon om, og har forstått, retten til å klage. Bruker skal ha kopi av

fylkesmannens overprøving, med mindre det er avklart at bruker skal informeres på annen måte.

Fylkesmannen må også vurdere om brukeren har fått tilstrekkelig hjelp fra vergen, også om vergen er uenig med brukeren. For å sikre at relevante synspunkter fra de pårørende kan bli lagt fram, slik at saken kan bli så godt opplyst som mulig, er også pårørende gitt visse partsrettigheter. Det er imidlertid bare én person som kan utøve partsrettigheter på de pårørendes vegne, ikke flere samtidig.

Definisjonen av pårørende i pasient- og brukerrettighetsloven § 1-3 første ledd bokstav b skal legges til grunn ved forståelsen av pårørende i helse- og omsorgstjenesteloven. I enkelte tilfeller kan det oppstå usikkerhet om den pårørende vil handle ut fra brukerens interesser. Fylkesmannen må da foreta en konkret vurdering av om klageren handler til brukerens beste, og dermed har partsinteresser, eller om klagen skal avvises. Helsedirektoratet har i brev av 17. februar 2016 til Norsk Forbund for Utviklingshemmede presisert at opplysninger om at klageren/nærmeste pårørende vil handle i strid med brukerens beste, må dokumenteres før fylkesmannen legger opplysningene til grunn for avgjørelsen av hvem som skal anses som nærmeste pårørende.

Kommunen har ikke rett til å klage, og kan derfor ikke påklage at fylkesmannen har nektet å godkjenne et vedtak.

6.2 Klagefrist

Klagefristen er tre uker fra vedtaket er kommet fram til den som har klagerett (jf. § 9-11 femte ledd).

Kommer klagen inn etter at klagefristen har utløpt, må fylkesmannen vurdere om klagen likevel skal behandles eller om den skal avvises (jf. forvaltningsloven § 31). Fylkesmannen bør ha lav terskel for å behandle klagen selv om den er kommet inn etter fristen. Fylkesmannen må også vurdere hvilke følger det kan få for brukeren når tiltak må stoppes på grunn av klagen (jf. § 9-7 fjerde ledd, siste setning).

Når fylkesmannen finner grunn til å avvise en klage, skal det fattes et enkeltvedtak som kan påklages. Ifølge forskrift om delegasjon av myndighet fra Helse- og omsorgsdepartementet av 18. mars 2010 er Helsedirektoratet klageinstans i saker etter helse- og omsorgstjenesteloven der fylkesmannen fatter vedtak som førsteinstans (det vil si blant annet avvisningsvedtak).

Det følger av rundskrivet kapittel 4.7.6 at vedtak ikke kan iverksettes før en klage er behandlet av fylkesnemnda. Det vil si at allerede iverksatte tvangstiltak skal opphøre under klagebehandlingen. Ifølge brev fra Helsedirektoratet av 14. februar 2017 til Statens helsetilsyn må det foreligge en nødssituasjon etter § 9-5 tredje ledd bokstav a for at et tiltak skal kunne benyttes/videreføres der det ikke foreligger et gyldig og endelig godkjent vedtak etter bokstav b eller c, enten dette er fordi vedtaket er påklaget eller fordi øvrig saksbehandling hos kommunen eller fylkesmannen ikke er ferdig. Se også retningslinjens kap. 4.8 om iverksetting av tiltak.

6.3 Klagen må oppfylle kravene til form og innhold

Forvaltningsloven § 32 stiller krav til klagens form og innhold, men de formelle kravene til klagen er beskjedne.

Klagen skal være skriftlig, og undertegnet av klager. Klagen bør nevne de forhold det klages over, og inneholde opplysninger som kan være av betydning for behandlingen av klagen. Det er ikke krav om å begrunne klagen, men det må gå klart fram at det er en klage rettet mot et skadeavvergende tiltak i gjentatte nødssituasjoner eller et tiltak

for å dekke brukerens grunnleggende behov som fylkesmannen har overprøvd.

Dersom klagen inneholder feil eller mangler, skal fylkesmannen sette en kort frist for retting eller utfylling (jf. forvaltningsloven § 32).

6.4 Fylkesmannens forberedelse av klagesaken

6.4.1 Fylkesmannen skal forhåndsvarsle aktuelle parter

Fylkesmannen skal varsle partene ved klage, da de kan ha interesse av sakens utfall og ønske om å uttale seg før saken tas under behandling, jf. forvaltningsloven § 33 tredje ledd og § 16. Unntak gjelder der partene allerede kjenner til klagen og klagens innhold, eller der det av andre grunner må anses åpenbart unødvendig å varsle.

Partene er brukeren, vergen og nærmeste pårørende (jf. § 9-11 annet ledd).

Fylkesmannen skal sette en frist for uttalelse. Fristen bør være kort, og gjelde fra den dag varselet blir sendt.

Fylkesmannen må også informere kommunen og spesialisthelsetjenesten om klagen, slik at de får mulighet til å komme med skriftlige kommentarer.

6.4.2 Fylkesmannen skal påse at saken er tilstrekkelig opplyst

Fylkesmannen har som underinstans ansvar for at saken er tilstrekkelig opplyst. Dette følger av forvaltningsloven § 33 første ledd, som blant annet viser til utredningsplikten i samme lovs kapittel IV.

6.4.3 Fylkesmannens kompetanse ved vurdering av klagen

Fylkesmannen kan etterkomme klagen og oppheve eller endre sin avgjørelse, eller avvise klagen (jf. forvaltningsloven § 33 annet ledd). Se likevel forvaltningsloven § 31 om oversitting av klagefristen.

I praksis handler dette om å godkjenne et kommunalt vedtak som ikke er godkjent, eller ikke godkjenne et vedtak som er godkjent. Fylkesmannens vurdering av om vilkårene er oppfylt, vil følge tilsvarende retningslinjer som fremgår i denne retningslinjens kapittel 4.

Finner fylkesmannen at avgjørelsen ikke skal endres, skal fylkesmannen tilrettelegge saken for behandling i fylkesnemnda.

6.4.4 Fylkesmannens forberedelse for behandling i fylkesnemnda

Ved vurdering av klagen vil det ofte være de samme temaene som må vurderes som ved overprøving av vedtak. Se kapittel 4 om krav til saksbehandling ved overprøving av vedtak.

Fylkesnemndenes rutiner for behandling av saker etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 fremgår av barnevernloven kapittel 7. Det er ikke utarbeidet egne rutiner for fylkesnemndenes behandling av saker etter helse- og omsorgstjenesteloven. Prosessen som følges i saker etter kapittel 9 vil være som i en ordinær sivil retts sak.

Fylkesmannen må samle sakens dokumenter og gi fylkesnemnda en oversikt over sakens bakgrunn og en begrunnelse for

standpunktet som fylkesmannen har kommet frem til. Det bør lages en kronologisk oversikt over dokumentene. Fylkesmannen må tydelig begrunne sin konklusjon, og kunne redegjøre for hvorfor fylkesmannen ikke kom til et annet resultat, herunder hvorfor kommunens vedtak bør godkjennes eller ikke godkjennes. Som underinstans skal fylkesmannen særlig redegjøre for omstendigheter som ligger til grunn for vedtaket (jf. § 9-11 fjerde ledd). Skriftlige uttalelser og forklaringer som vedtaket bygger på skal vedlegges. Hvis klageren kommer med nye anførsler, skal fylkesmannen vurdere om de er holdbare og relevante (jf. forvaltningsloven § 33 annet ledd hvor det framgår at underinstansen skal «foreta de undersøkelser klagen gir grunn til»). Fylkesmannen bør i oversendelsen til fylkesnemnda tydelig presisere at anførselene er sett og vurdert.

Fylkesmannen må vurdere hvilke bevis som skal fremmes og opplyse om hvilke personer som skal gi forklaring for fylkesnemnda (jf. § 9-11 fjerde ledd). Overordnet faglig ansvarlig for tjenesten i kommunen og den som har løpende daglig ansvar for gjennomføringen av tiltakene der de utføres, vil være aktuelle. Det samme gjelder sentrale personer i spesialisthelsetjenesten.

Den offentlige part er staten ved fylkesmannen. Den offentlige part betyr den offentlige instans som foreslår at det skal treffes et tvangsvedtak. Som regel skal den offentlige parten være representert av advokat (jf. barnevernloven § 7-8 annet ledd). Fylkesmannen bestemmer for øvrig selv hvem som skal møte fra fylkesmannen, men det vil være naturlig at saksbehandler som kjenner saken møter.

De med partsrettigheter har rett til advokat betalt av staten i saker som behandles av fylkesnemnda.

Leder av fylkesnemnda har et ansvar for at saksforberedelsen er betryggende, jf. barnevernloven § 7-3 om hovedprinsippene for saksbehandlingen i fylkesnemnda og § 7-12 om saksforberedelsen i fylkesnemnda. Fylkesmannen kan derfor bli bedt om å gjøre ytterligere forberedelser.

Vedlegg 1

Forslag til formulering ved full godkjenning:

Fylkesmannen har gjennomgått og overprøvd x kommunes vedtak av (dato) med underlagsmateriale. Vedtaket er særlig vurdert ut fra bestemmelsene i § 9-7 andre, tredje og fjerde ledd.

Vedtaket godkjennes og følgende tiltak (her nevnes tiltakene med henvisning til § 9-5 tredje ledd bokstav b eller c), kan gjennomføres frem til x dato.

Velger kommunen å forlenge tiltakene, må nytt vedtak oversendes Fylkesmannen senest x uker før vedtaket utløper.

Der fylkesmannen har gjort endringer eller stilt vilkår for godkjenning, kan samme innledning som for full godkjenning benyttes.

Eksempler på formuleringer der fylkesmannen har gjort endringer eller stilt vilkår:

Av de tiltak som omfattes av kommunens vedtak, godkjennes kun følgende tiltak: (opplisting av tiltak)

Tiltaket godkjennes, men hjemmelsgrunnlaget endres fra x til x (med henvisning til § 9-5 tredje ledd bokstav b eller c) For gjennomføring av tiltaket stilles følgende vilkår (opplisting av vilkår).