

# MAGTANVENDELSE OVER FOR VOKSNE VED UDFØRELSE AF OPGAVER PÅ SERVICELOVENS OMRÅDE

Med særlig fokus på fastholdelse, tilbageholdelse og føren



Kandidatspeciale af  
Morten Lundbye Jacobsen

# Titelblad

<b>Dansk titel:</b>	Magtanvendelse over for voksne ved udførelse af opgaver på Servicelovens område – Med særlig fokus på fastholdelse, tilbageholdelse og føren
<b>Engelsk titel:</b>	Involuntary Care of Adults when Delivering Care within the Framework of the Social Services Act – With a Special Focus on Retainment, Detainment and Removal by Force or Without Legal Consent
<b>Retsområde:</b>	Socialret
<b>Vejleder:</b>	Trine Schultz
<b>Studienummer:</b>	20163640
<b>Afleveringsdato:</b>	16. August 2021
<b>Antal anslag:</b>	136.796

## Indholdsfortegnelse

ABSTRACT.....	5
---------------	---

### **Kapitel 1: Indledning**

<b>1. EMNE.....</b>	<b>7</b>
1.1 INDLEDNING.....	7
1.2 PROBLEMFOMULERING.....	8
<b>2. AFGRÆNSNING .....</b>	<b>8</b>
<b>3. METODE .....</b>	<b>10</b>
3.1 INDLEDNING.....	10
3.2 RETSKILDER PÅ LOVNIVEAU .....	11
3.2.1 Internationale retskilder.....	12
3.3 RETSPRAKSIS .....	13
3.4 ØVRIGE RETSKILDER .....	14
3.4.1 Ankestyrelsens principmeddelelser .....	14
3.4.2 Vejledninger .....	15
3.5.3 Retsprincipper .....	15
3.4.4 Retslitteratur.....	15
3.5 SUPPLERENDE METODEOVERVEJELSER .....	16

### **Kapitel 2: Grundlæggende rettigheder, principper og begreber**

<b>1. INDLEDNING .....</b>	<b>17</b>
<b>2. DEN PERSONLIGE FRIHED.....</b>	<b>17</b>
2.1 GRUNDLOVEN .....	17
2.1.1 Den personlige frihed .....	17
2.1.2 Frihedsberøvelse .....	18
2.1.3 Hjemmelskravet .....	20
2.1.4 Administrative frihedsberøvelser .....	21
2.1.5 Sammenfattende.....	22
2.2 DEN EUROPÆISKE MENNESKERETTIGHEDSKONVENTION.....	23
2.2.1 EMRK artikel 5.....	23
2.2.2 EMRK TP 4 .....	25
2.2.3 Sammenfattende.....	25
<b>3. RETTEN TIL PRIVATLIV.....</b>	<b>26</b>
3.1 RETTEN TIL PRIVATLIV.....	26
3.2 BETINGELSER FOR INDGREB .....	26
<b>4. FORBUD MOD TORTUR SAMT UMENNESKELIG OG NEDVÆRDIGENDE BEHANDLING .....</b>	<b>27</b>
<b>5. FN'S HANDICAPKONVENTION .....</b>	<b>27</b>
<b>6. LEGALITETSPRINCIPPET .....</b>	<b>28</b>
<b>7. OMSORGSPLIGTEN.....</b>	<b>30</b>

<b>6. SELVBESTEMMELSESRETTEN .....</b>	<b>32</b>
--	-----------

## **Kapitel 3: Fastholdelse, tilbageholdelse og føren**

<b>1. INDLEDNING .....</b>	<b>35</b>
<b>2. REGLERNE INDTIL LOVÆNDRINGEN I 2020 .....</b>	<b>36</b>
2.1 INDLEDNING .....	36
2.2 MAGTANVENDELSESBEKENDTGØRELSEN .....	36
2.3 ANVENDELSESOMRÅDE – GENERELLE REGLER .....	36
2.3.1 Omsorg, pleje og socialpædagogisk bistand .....	37
2.3.2 Frivillig medvirken .....	38
2.3.3 Mindsteindgrebsprincippet .....	38
2.3.4 Skånsomhed og kortvarighed .....	39
2.4 MÅLGRUPPE .....	40
2.4.1 "Personer" .....	40
2.4.2 Betydelig og varigt nedsat psykisk funktionsevne .....	41
2.4.3 De relevante ydelser .....	43
2.4.4 Dokumentationskrav .....	43
2.5 FASTHOLDELSE MV. ....	44
2.5.1 "træffe afgørelse" .....	45
2.5.2 Fastholdelse og føren .....	45
2.5.3 Nærliggende risiko for væsentlig personskade .....	46
2.5.4 Absolut påkrævet .....	47
2.6 FASTHOLDELSE I PERSONLIG HYGIEJNE-SITUATIONER .....	48
2.6.1 "Undtagelsesvis" .....	48
2.6.2 "for en afgrænset periode træffe afgørelse" .....	48
2.6.3 Fastholdelse .....	49
2.6.4 Personlig hygiejne-situationer .....	49
2.6.5 Absolut nødvendighed for at varetage omsorgspligten .....	49
2.7 TILBAGEHOLDELSE I BOLIGEN .....	50
2.7.1 Fastholdelse og føren .....	50
2.7.2 Nærliggende risiko for væsentlig personskade .....	51
2.7.3 Absolut påkrævet .....	52
2.7.4 Tidsbegrænsning .....	52
<b>3. REGLERNE EFTER LOVÆNDRINGEN I 2020 .....</b>	<b>53</b>
3.1 INDLEDNING .....	53
3.2 MAGTANVENDELSESBEKENDTGØRELSEN .....	53
3.3 GENERELLE BETINGELSER – FORMÅL OG ANVENDELSESOMRÅDE .....	54
3.4 MÅLGRUPPER .....	55
3.5 FYSISK GUIDNING .....	56
3.6 AFVÆRGEHJÆLP .....	57
3.6.1 Kortvarig fastholdelse eller føren .....	57
3.6.2 Væsentlig ødelæggelse af indbo eller andre værdier .....	57
3.6.3 "Personalet" .....	58
3.7 FASTHOLDELSE, TILBAGEHOLDELSE OG FØREN .....	58
3.7.1 Fastholdelse mv. efter § 124 d .....	59
3.7.2 Fastholdelse mv. efter § 136 d .....	61
3.8 KORTVARIG FASTHOLDELSE I PERSONLIGE HYGIEJNE-SITUATIONER .....	62
3.8.1 Kortvarig fastholdelse efter § 136 a .....	63
3.8.2 Kortvarig fastholdelse efter § 136 c .....	64
3.9 SAMMENFATTENDE .....	65
<b>4. REGLER OM REGISTRERING, INDBERETNING, ORIENTERING OG KLAGEADGANG .....</b>	<b>66</b>

## **Kapitel 4: Konklusion**

<b>1. INDLEDNING .....</b>	<b>68</b>
<b>2. KONKLUSION .....</b>	<b>68</b>
2.1 I HVILKET OMFANG ER VOKSNE MED BETYDELIG OG VARIGT NEDSAT PSYKISK FUNKTIONSEVNE BESKYTTET MOD MYNDIGHEDSINDGREB I FORM AF FASTHOLDELSE, TILBAGEHOLDELSE OG FØREN I OMSORGS- OG PLEJESITUATIONER? .....	68
2.2 HVILKE BETINGELSER OPSTILLES DER, FOR AT MYNDIGHEDERNE KAN ANVENDE INDGREB I FORM AF FASTHOLDELSE, TILBAGEHOLDELSE OG FØREN I OMSORGS- OG PLEJESITUATIONER? .....	70
2.3 ER DER MED LOVÆNDRINGEN I 2020 SKABT ET KLARERE REGELGRUNDLAG FOR, HVORNÅR OG AF HVEM DER KAN IVÆRKSÆTTES INDGREB I FORM AF FASTHOLDELSE, TILBAGEHOLDELSE OG FØREN? .....	72

## **Litteraturliste**

<b>BØGER .....</b>	<b>74</b>
<b>LOVE, BEKENDTGØRELSER, VEJLEDNINGER OG LOVFORARBEJDER .....</b>	<b>75</b>
<b>DOMSREGISTER .....</b>	<b>76</b>
<b>ØVRIGE KILDER .....</b>	<b>77</b>
<b>BILAG .....</b>	<b>77</b>

## Abstract

On January 1<sup>st</sup> 2020 the Social Services Act was subjected to an amendment that introduced a new set of rules with regard to the legal possibilities of delivering involuntary care to adults with severe and permanent mental disabilities. With this amendment the legislators intended to clarify the state of law, and the amendment also introduced new terms in order to intervene in the group of adults' right to self-determination.

The purpose of this thesis is to describe and analyse to which extent adults with severe and permanent mental disabilities are protected against governmental interventions in the form of delivering involuntary care by restraining, detaining and removing this group of adults by force or without their legal consent. In that connection, the thesis examines the legal possibilities of the interventions concerned. The thesis also examines how the rules have changed after the amendment of the Social Services Act, and whether the amendment actually led to a clarified state of law.

The method used to examine the purpose is the legal dogmatic method, which will be used to describe, interpret, analyse and systemize the applicable law and case law. The analysis contains a description of the legal possibilities of delivering involuntary care in the form of retainment, detainment and removal. The analysis interprets both international sources of law, namely the European Convention on Human Rights and the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, as well as Danish sources of law, such as the Danish Constitutional Act and the Danish Social Services Act. The analysis also includes other legal grounds found in both legislation and generally accepted legal doctrines. The thesis analyses both present and previous rules, thus also containing elements of the legal historical method.

The thesis concludes that there are various of protective regulations in both international as well as national law. This includes the prohibition of torture and inhumane or degrading treatment or punishment, the right to liberty and security *and* the right to respect for private life. It also includes the principle of legality as well as procedural rights in both national and international law.

Furthermore, the thesis concludes that there are both specific and general terms in regard to deliver involuntary care in the form of retainment, detainment and removing by force or without legal consent. With regard to the general terms, an intervention has to be as brief as possible, as gentle as

possible and it has to be proportional in relation to the purpose of the intervention. The specific terms vary according to the specific situations. As the rules are now, it is only possible to legally restrain, detain or remove an adult with a severe and permanent mental disability when the person is either in danger to himself or others, in order to avert significant damage to household effects or other values *or* when solving tasks regarding personal hygiene. With regard to people with for instance dementia it is now also possible to restrain, detain or remove for the sake of other inhabitants in the care home or the community in the care home in general.

Finally, the thesis concludes that the state of law has been clarified with the amendment of the Social Services Act, but there are still questions that are to be answered with regard to some of the terms in the Social Services Act, as these matters contain some legal doubts.

# Kapitel 1

## Indledning

### 1. Emne

#### 1.1 Indledning

Borgere i Danmark omtales undertiden som rettighedsbærende individer. Idealet om at mennesket har en række menneske- og frihedsrettigheder konflikter på nogle punkter med andre vægtige hensyn. Over for rettighederne står f.eks. hensynet til at drage omsorg for og beskytte mennesker, der ikke har den nødvendige, psykiske modenhed til at overskue konsekvenserne af egne handlinger, og som følge heraf ikke nødvendigvis kan træffe informerede beslutninger om eget liv, helbred etc.<sup>1</sup>

Der må sigtes mod at undgå unødvendige indgreb i rettighederne, men samtidig opretholde en mulighed for at løse nødvendige omsorgsopgaver. Det kan derfor være særlig vigtigt med en tydelig regulering, så det for retsnavenderen er klart, hvor balancepunktet mellem disse modstående hensyn findes.

Magtanvendelse i pleje- og omsorgssektoren er ofte genstand for offentlig interesse, og det undergår fra tid til anden massiv mediedækning. I 2020 udkom en meget omtalt tv-dokumentar om omsorgssvigt på plejehjem, som blandt andet indeholdt skjulte optagelser af, at plejepersonalet på et århusiansk plejehjem udførte personlig hygiejne på demente Else mod dennes vilje. Dokumentaren affødte blandt andet en offentlig debat om balancen mellem omsorg og indgreb.<sup>2</sup>

Else har som følge af sin demens en betydelig og varigt nedsat psykisk funktionsevne, og er derfor omfattet af reglerne i Lov om Social Service (Serviceloven) afsnit VII om magtanvendelse og andre indgreb i selvbestemmelsesretten over for voksne.<sup>3</sup>

Den 1. januar 2020 trådte lov nr. 498 af 1. maj 2019 i kraft. Loven bestod af to dele, hvoraf den ene vedrørte ændringer i Servicelovens regler om magtanvendelse over for voksne med betydelig og varigt nedsat psykisk funktionsevne. Baggrunden for ændringen var, at det havde vist sig, "at

---

<sup>1</sup> Naur, Eva (2015), side 13

<sup>2</sup> <https://nyheder.tv2.dk/samfund/2020-07-28-disse-skjulte-optagelser-paa-plejehjem-afsloerer-umenneskelig-behandling-af-90>

<sup>3</sup> LBKG nr. 1548 af 1. juli 2021



*magtanvendelsesreglerne var uklare og svære at anvende, og at de i praksis [kunne være] en barriere for, at personalet [kunne] yde den nødvendige omsorg og beskyttelse over for borgerne i de situationer, hvor gængse socialpædagogiske indsatser ikke [slog] til”.<sup>4</sup>*

Formålet med denne afhandling vil fremgå af problemformuleringen, jf. straks nedenfor.

## 1.2 Problemformulering

**Formålet med denne specialeafhandling er at undersøge, i hvilket omfang voksne med betydelig og varigt nedsat psykisk funktionsevne er beskyttet mod myndighedsindgreb i form af fastholdelse, tilbageholdelse og føren i omsorgs- og plejesituationer. Det skal i den forbindelse undersøges, hvilke betingelser der opstilles for at myndighederne kan anvende disse indgreb. Det skal endvidere undersøges, om der med lovændringen i 2020 er skabt et klarere regelgrundlag for, hvornår og af hvem der kan iværksættes indgreb af den nævnte type.**

## 2. Afgrænsning

Reglerne om magtanvendelse over for voksne med betydelig og varigt nedsat funktionsevne er komplekse, og reguleringen berører flere retsområder. Det er, som følge af afhandlingens omfangsbegrænsning, nødvendigt at afgrænse nærværende afhandlings emne over for tilgrænsende områder.

Afhandlingen har primært fokus på reglerne om magtanvendelse i Serviceloven. Servicelovens kapitler 24-24b indeholder flere hjemmelsgrundlag for magtanvendelse. Dette speciale beskæftiger sig med indgreb i form af fysisk fastholdelse, tilbageholdelse og føren. Reglerne om anvendelse af stofseler, tryghedsskabende velfærdsteknologi, særlige døråbnere etc. behandles ikke nærmere.

Ydelser efter Serviceloven skal afgrænses over for ydelser efter andre love.

Der kan f.eks. i forbindelse med kateterpleje være tvivl om, hvorvidt ydelsen leveres efter Serviceloven eller Sundhedsloven.<sup>5</sup> Sondringen er i forhold til nærværende emne relevant, fordi Serviceloven ikke indeholder hjemmel til fastholdelse i forbindelse med udførelsen af ydelser efter

---

<sup>4</sup> L 156 (som fremsat), folketingsåret 2018/19, 1. samling, punkt 1

<sup>5</sup> LBKG nr. 903 af 26. august 2019 som senest ændret ved lov nr. 1184 af 8. juni 2021

Sundhedsloven. En hjemmel til fastholdelse i sådanne situationer findes f.eks. i Lov om anvendelse af tvang ved somatisk behandling af varigt inhabile, hvor afgørelse om fastholdelse efter lovens § 8 kan træffes af en læge/tandlæge.<sup>6</sup> Spørgsmålet bliver ikke genstand for nærmere undersøgelse.

Der kan også ske fastholdelse af psykiatriske patienter, hvor der kan være personsammenfald i forhold til de målgrupper, over for hvem der kan anvendes magt efter Servicelovens regler. Sådanne fastholdelser kan ske efter Psykiatrilovens § 17.<sup>7</sup> Heller ikke dette spørgsmål bliver her genstand for yderligere behandling.

Nogle af de borgere, der er omfattet af målgrupperne over for hvem der kan anvendes magt efter Servicelovens regler, vil være underlagt værgemål efter Værgemålslovens § 5.<sup>8</sup> Spørgsmålet om, i hvilket omfang en personlig værge kan samtykke til magtanvendelse holdes uden for afhandlingen.

Afhandlingen har primært fokus på hjemmelsovervejelser i relation til magtanvendelse. En dertil beslægtet problemstilling er, hvilke konsekvenser der måtte være for indgreb foretaget uden hjemmel, herunder f.eks. erstatnings- og sanktioneringsspørgsmål. Spørgsmål om retlige konsekvenser ved indgreb foretaget uden hjemmel behandles ikke yderligere her.

Der redegøres for de grundlæggende rettigheder, principper og begreber i det omfang, det er relevant for analysen.

Handlinger foretaget i nødværge eller som er nødvendige for at afværge truende skade på personer eller gods, er efter Straffelovens §§ 13 og 14 straffri.<sup>9</sup> Reglerne er en lovfæstning af den i dansk ret generelt gældende nødretsgrundsætning. Viser det sig, at der ikke er hjemmel til fastholdelse, tilbageholdelse eller føren efter reglerne i Serviceloven, kan det være relevant at overveje, om nødretsgrundsætningen indeholder et selvstændigt hjemmelsgrundlag for indgreb af denne type. Spørgsmålet behandles ikke yderligere.<sup>10</sup>

Når begrebet ”personale” i denne afhandling anvendes, henvises der til det udførende personale. Der menes med andre ord ikke administrativt personale el.lign.

---

<sup>6</sup> LBKG nr. 126 af 27. januar 2019 som senest ændret ved lov nr. 727 af 8. juni 2018 (tvangsbehandlingsloven)

<sup>7</sup> LBKG nr. 936 af 2. september 2019 som senest ændret ved lov nr. nr. 1185 af 8. juni 2021

<sup>8</sup> LBKG nr. 1122 af 28. maj 2021 som senest ændret ved lov nr. 1722 af 27. december 2018

<sup>9</sup> LBKG nr. 1650 af 17. november 2020 som senest ændret ved lov nr. 1174 af 8. juni 2021

<sup>10</sup> For nærmere behandling af problemstillingen om nødretsgrundsætningen, se Naur, Eva (2015), side 245 ff.

Før der kan anvendes magtanvendelse efter Servicelovens regler herom, forudsættes det, at borgeren, over for hvem der anvendes magt, er visiteret til en række nærmere bestemte ydelser. De konkrete ydelser behandles ikke nærmere.<sup>11</sup>

Der redegøres kort for reglerne om indberetning og registrering af indgreb foretaget efter Servicelovens magtanvendelsesregler. Der kan i forbindelse med registrering og indberetning opstå retlige spørgsmål af forskellig art, herunder f.eks. hvornår de obligatoriske indberetningsskemaer er tilstrækkeligt udfyldte. Heller ikke disse spørgsmål vil være genstand for nærmere undersøgelse.

## 3. Metode

### 3.1 Indledning

Specialet anvender hovedsageligt den retsdogmatiske metode. Metoden kendetegnes ved, at gældende ret beskrives, analyseres og systematiseres, og har altså til formål at beskrive og fortolke gældende ret.<sup>12</sup>

De gældende retsregler, *de lege lata*, står over for de ønskelige retsregler, *de lege ferenda* (retspolitik).<sup>13</sup> Som Carsten Munk-Hansen anfører, skal en retlig bedømmelse ”*ske på grundlag af kilder og ræsonnementer, der principielt ikke er afhængige af bedømmerens personlige værdiopfattelser [hvorfor man taler] om retskilder*”.<sup>14</sup>

En retskilde anses ifølge Ruth Nielsen og Christina Tvarnø som ”*en norm, der igen er et normativt udsagn om et retsspørgsmål, afgivet af nogen, der har fået og handler inden for en bestemt retlig kompetence, fx dommere, lovgiver, administrative myndigheder og forskere*”.<sup>15</sup> Der er ikke fuldstændig enighed om, hvad der skal forstås med retskilder, idet det diskuteres, om retskilder udgør *bindende* normer, som *skal* følges, eller om det også omfatter andet materiale, som *kan* følges. Gældende retsregler udledes traditionelt af fire retskildegrupper: Loven, retspraksis, sædvanen og forholdets natur.<sup>16</sup>

---

<sup>11</sup> Se kapitel 3, afsnit 2.4 og 3.4 om målgrupper

<sup>12</sup> Munk-Hansen, Carsten (2018) side 64 samt Tvarnø, Christina D. m.fl. (2017) side 29

<sup>13</sup> Munk-Hansen, Carsten (2014) side 88 ff.

<sup>14</sup> Munk-Hansen, Carsten (2017) side 14 ff.

<sup>15</sup> Tvarnø, Christina D. m.fl. (2017) side 29

<sup>16</sup> Evald, Jens (2020) side 29 samt Munk-Hansen, Carsten (2017) side 15 f.

Munk-Hansen problematiserer den traditionelle retskildeopfattelse, bl.a. fordi juridisk metode består i mere end retskilder og disses fortolkning og fordi samfundet påvirkes af stigende internationalisering. Der indgår i juridisk metode også principper og retsgrundsætninger, ligesom EU-retten, Den Europæiske Menneskerettighedskonvention (EMRK) og andre konventioner har betydning. Munk-Hansen anfører også, at det kan diskuteres, om forholdets natur og sædvaner er *kilder*, da de ikke kan ”findes” (erkendes) nogen steder.<sup>17</sup>

Der opstilles traditionelt følgende hierarkiske struktur (den retlige trinfølge): 1) Grundloven, 2) Loven, 3) Bekendtgørelse, 4) Retspraksis og 5) Administrativ praksis. Denne hierarkiske opdeling medfører, at domstolene skal rette sig efter love og bekendtgørelser, ligesom myndigheder ikke må træffe afgørelser i strid med retspraksis.<sup>18</sup>

En anden systematisering af retskilder angår sondringen mellem skreven og uskreven ret. Skreven ret omfatter retskildegruppen loven, mens uskreven ret omfatter alt andet, herunder retspraksis, sædvaner og forholdets natur. Til sidstnævnte henregnes blandt nogle teoretikere retsgrundsætninger, principper mv.<sup>19</sup>

I det følgende belyses de i afhandlingen anvendte retskilder med afsæt i den traditionelle forståelse af retskilder.

### 3.2 Retskilder på lovniveau

Den første af de fire traditionelle retskildegrupper er som nævnt loven. Jens Ewald opsummerer retskildegruppen som værende ”*grundloven, de retsforskrifter, der er blevet til i overensstemmelse med reglerne i grundloven, EU-retsakter samt folkeret, der er inkorporeret i dansk ret ved lov*”.<sup>20</sup> Til loven henregnes således også anordninger, bekendtgørelser og cirkulærer.<sup>21</sup>

---

<sup>17</sup> Munk-Hansen, Carsten (2017) side 15

<sup>18</sup> Munk-Hansen, Carsten (2017) side 17 f. Der kan i øvrigt henvises til nærværende afhandlings kapitel 2, afsnit 6 om legalitetsprincippet.

<sup>19</sup> Munk-Hansen, Carsten (2017) side 16 og side 71 f.

<sup>20</sup> Ewald, Jens (2020) side 37

<sup>21</sup> Ewald, Jens (2000) side 7

I nærværende afhandling inddrages Grundloven<sup>22</sup>, Serviceloven og Magtanvendelsesbekendtgørelsen<sup>23</sup>. Herudover henvises sporadisk også til Retsplejeloven<sup>24</sup> og Retssikkerhedsloven<sup>25</sup>. For at forstå indholdet af de i disse retskilder indeholdende retsregler, er det nødvendigt at fortolke retskilderne.

Lovfortolkning indledes med en ordlydsfortolkning, og er bestemmelsens ordlyd uklar, fortsættes med en objektiv formålsfortolkning (afklaring af lovens formål) og en subjektiv formålsfortolkning (læsning af forarbejderne). Denne lovfortolkningsproces er fulgt i nærværende afhandling, og der inddrages således forarbejder i form af lovbemærkninger til de respektive ændringslove.

Afrapporteringen af det serviceeftersyn, der lå til grund for lovændringen i 2020 inddrages også, da der henvises direkte til denne i lovbemærkningerne til ændringen af Serviceloven.<sup>26</sup>

### 3.2.1 Internationale retskilder

Der anvendes i nærværende afhandling regler fra EMRK og Handicapkonventionen<sup>27</sup>. Der inddrages endvidere praksis fra den Europæiske Menneskerettighedsdomstol (EMD). Konventionerne har karakter af folkeret.

EMRK blev i 1992 inkorporeret i dansk ret ved lov<sup>28</sup>, og indgår således som en del af retskildegruppen loven. Munk-Hansen anfører, at EMRK er ”*direkte anvendelig ved danske domstole i den fortolkning, der lægges til grund af EMD*”. EMD anvender en dynamisk fortolkning, som tager udgangspunkt i nutidens betingelser. Dette står i modsætning til den danske fortolkningsstil, hvor retsanvenderen (bagudrettet) søger at finde lovgivers vilje, jf. ovenfor.<sup>29</sup> Da EMRK ikke er inkorporeret på grundlovsniveau, har Grundloven forrang ved modstrid med EMRK. Er en dansk lovbestemmelse i den almindelige lovgivning imidlertid modstridende med en bestemmelse i EMRK, må den danske lovbestemmelse tilsidesættes af danske domstole, da EMRK er inkorporeret ved lov. EMRK's forrang i forhold til almindelig lovgivning fraviges dog, hvis det udtrykkeligt er bestemt af Folketinget.<sup>30</sup>

---

<sup>22</sup> LOV nr. 169 af 05. juni 1953

<sup>23</sup> BKG nr. 1239 af 22. november 2019

<sup>24</sup> LBKG nr. 1445 af 29. september 2020 som senest ændret ved lov nr. 1174 af 8. juni 2021

<sup>25</sup> LBKG nr. 1555 af 2. november 2020 som senest ændret ved lov nr. 465 af 20. marts 2021

<sup>26</sup> Evald, Jens (2020) side 47.

<sup>27</sup> BKI nr. 20 af 15. november 2017

<sup>28</sup> Lov nr. 285 af 29. april 1992

<sup>29</sup> Munk-Hansen, Carsten (2017) side 45

<sup>30</sup> Rytter, Jens Elo (2019) side 55 ff.

Handicapkonventionen er inkorporeret i bekendtgørelsesform. Der er uenighed om folkeretlige reglers betydning i dansk ret, og dens indgåelse i fastlæggelsen af retstilstanden. Der opstilles i dele af den juridiske teori et bud, hvorefter der anlægges 1) en fortolkningsregel (dansk ret fortolkes i overensstemmelse med folkeretten), 2) en formodningsregel (lovgiver ville ikke lovgive mod folkeretten) og 3) en instruktionsregel (forvaltningsmyndigheder skal handle i overensstemmelse med folkeretten).<sup>31</sup> Instruktionsreglen retter sig mod administrationen, idet den ifølge Sten Schaumburg-Müller går ud på, at en *”indgået folkeretlig forpligtelse udgør en tjenestebefaling eller instruktion til myndigheden om at medvirke til opfyldelse af den indgåede traktat”*.<sup>32</sup> Det bør her nævnes, at Danmark har inkorporeret Wienerkonventionen om traktatretten af 23. maj 1969<sup>33</sup>, som i dennes artikler 31-33 indeholder regler for fortolkning af traktater. Som følge af, at Wienerkonventionen er inkorporeret, skal de retsanvendende myndigheder i Danmark anvende traktatfortolkningen.<sup>34</sup>

### 3.3 Retspraksis

Retspraksis omfatter de afgørelser, der afsiges af de danske domstole. Der gælder en række fortolkningsprincipper i relation til at udlede retsregler af retspraksis, herunder *at* domme afsagt af Højesteret har en højere præjudikatsværdi end domme, der er afsagt af landsretterne, og domme afsagt af landsretterne har højere præjudikatsværdi end domme, der er afsagt af byretterne, samt *at* senere afsagte domme har en højere præjudikatsværdi end tidligere afsagte domme.<sup>35</sup>

Der findes ikke righoldig retspraksis i relation til nærværende afhandlings emne. I det omfang relevant retspraksis findes, sigtes der mod at inddrage domme med så høj præjudikatsværdi som muligt.

---

<sup>31</sup> Munk-Hansen, Carsten (2017) side 38 f.

<sup>32</sup> Evald, Jens m.fl. (2004) side 333

<sup>33</sup> BKI nr. 34 af 29. april 1980

<sup>34</sup> Evald, Jens (2020) side 67 f.

<sup>35</sup> Munk-Hansen, Carsten (2017) side 60 f.

## 3.4 Øvrige retskilder

### 3.4.1 Ankestyrelsens principmeddelelser

Der inddrages i afhandlingen principmeddelelser fra Ankestyrelsen. Der anvendes i den forbindelse fortrinsvist nu ophævede principmeddelelser.

De ophævede principmeddelelser er, i kraft af deres ophævelse, ikke længere gældende.

Meddelelserne anvendes til fortolkning af tidligere regler, og da disse regler fandt anvendelse på et tidspunkt, hvor principmeddelelserne endnu ikke var ophævet, findes det alligevel relevant at inddrage meddelelserne. Ankestyrelsen udtaler sig i de ophævede meddelelser i flere tilfælde om regler, der stadig må karakteriseres som gældende ret (de lege lata). Derfor er udtalelserne heller ikke nødvendigvis i forhold til de nuværende regler uden relevans.

Principmeddelelser går, sammen med en række andre forskrifter, under fællesbetegnelsen ”generelle tjenestebefalinger”, som primært er rettet mod personale og myndigheder inden for det administrative hierarki. Sådanne forskrifter skal ifølge Sten Bønsing ikke have hjemmel i lov, men ”hjemlen” findes i ”*såkaldte over/underordningsforhold, der gælder i et hierarki*”. Han anfører dog også, at kommunerne indtager en ”mellemposition”, idet der ikke som udgangspunkt består et hierarki mellem ministerier/styrelser og kommune, for så vidt der ikke eksisterer lovhjemmel til at fastsætte nærmere regler.<sup>36</sup>

Da en sådan lovhjemmel f.eks. eksisterer på det socialretlige område, binder principmeddelelserne kommunerne, jf. reguleringen i lov om retssikkerhed og administration på det sociale område (Retssikkerhedsloven).<sup>37</sup> Ifølge Retssikkerhedslovens § 52 a, stk. 1 træffer Ankestyrelsen afgørelse i sager om klage over kommunalbestyrelsens afgørelser, når det er fastsat ved lov, at sagerne kan påklages til Ankestyrelsen, og § 52 c indeholder regler om sager af principiel karakter.

Tjenestebefalinger er bindende for adressaten og ikke andre. Reglerne er dog ikke uden betydning for borgerne, da disse kan indrette sig efter, at de administrerende myndigheder følger tjenestebefalingerne, og tjenestebefalinger bliver, i kraft af at administrationen normalt følger disse, normerende, jf. bl.a. lighedsgrundsætningen.<sup>38</sup>

---

<sup>36</sup> Bønsing, Sten (2018) side 40 f.

<sup>37</sup> LBKG nr. 1647 af 4. august 2021 som senest ændret ved lov nr. 465 af 20. marts 2021 samt Vejledning nr. 9330 af 23. marts 2019, kapitel 28, punkt 310

<sup>38</sup> Bønsing, Sten (2018) side 41 samt Andersen, Jon (2019) side 43

### 3.4.2 Vejledninger

Til brug for fortolkning af den gældende retstilstand anvendes to vejledninger om magtanvendelse og andre indgreb i selvbestemmelsesretten over for voksne. Den ene vejledning erstattede ved sin indførelse den anden, og vil derfor have større vejledningsmæssig værdi.<sup>39</sup>

Vejledninger kan udstedes uden hjemmel, og kan ikke udvide anvendelsesområdet for en lov eller en bekendtgørelse.<sup>40</sup> Vejledninger er ikke i forhold til domstolene (og dermed borgerne) bindende retsregler, men tjener alene til at vejlede eller råde. Vejledningerne tjener dog til at ”sikre en vis *ensartet praksis hos forskellige myndighedsudøvere* [og en vejledning kan derfor alligevel få virkning] *ud fra berettigede forventninger ... eller en form for »sædvane«*”.<sup>41</sup>

### 3.4.3 Retsprincipper

I afhandlingen inddrages forskellige retsprincipper, og der henvises i den forbindelse til afhandlingens kapitel 2 og 3, hvor der redegøres nærmere for disse. Et særligt centralt retsprincip er legalitetsprincippet. Foruden legalitetsprincippet, inddrages også andre væsentlige principper, herunder f.eks. proportionalitetsprincippet og mindsteindgrebsprincippet.

### 3.4.4 Retslitteratur

I det omfang det ikke er muligt at afdække gældende ret ud fra de traditionelle retskilder, indhentes fortolkningsbidrag fra den juridiske litteratur.

Retslitteratur anses ikke traditionelt for at være en retskilde, da forfatterne savner legitimitet til at fastlægge ret.<sup>42</sup> Bønsing anfører dog, at udtalelser i den juridiske doktrin, være sig f.eks. lærebøger, ligger ”[p]å linje med forholdets natur”, da en række grundsætninger og synspunkter udvikles i den juridiske teori.<sup>43</sup>

---

<sup>39</sup> Uddybende om denne afhandlings anvendelse af vejledningerne, se kapitel 3, afsnit 1 og 2

<sup>40</sup> Evald, Jens (2020) side 37

<sup>41</sup> Munk-Hansen, Carsten (2017) side 78, Bønsing, Sten (2018) side 42, Andersen, Jon (2019) side 41, samt Munk-Hansen, Carsten (2018) side 338 ff.

<sup>42</sup> Munk-Hansen (2018) side 372

<sup>43</sup> Bønsing, Sten (2018) side 57



### 3.5 Supplerende metodeovervejelser

Formålet med afhandlingen er blandt andet at undersøge, om der er skabt en klarere retstilstand med lovændringen i 2020. Afhandlingen vil derfor også indeholde en retshistorisk analyse af retstilstanden indtil lovændringen. Retshistorisk videnskab undersøger og beskriver bl.a. fortidig gældende ret. Retshistorikeren bør ifølge Munk-Hansen være ”*fortrolig med den juridiske dogmatik, da det er vanskeligt at beskrive rettens historie uden kendskab til ret*”. Undersøgelse af fortidig gældende ret sker da også i kombination med den retsdogmatiske metode.<sup>44</sup>

Som nævnt angår *de lege ferenda* retspolitik, som står i modsætning til *de lege lata*. I afhandlingen påpeges konklusivt, at der stadig eksisterer retlig tvivl på nogle punkter. Konklusionen befinder sig i grænselandet mellem *de lege lata* og *de lege ferenda*.<sup>45</sup>

Man taler undertiden om begrebet *de sententia ferenda* (oversat: om afgørelsen, som den bør være). Begrebet omhandler det forhold, at gældende ret kan være uklar. Man befinder sig altså *inden* for gældende ret, hvor man ved *de lege ferenda* befinder sig *uden* for gældende ret.<sup>46</sup>

---

<sup>44</sup> Munk-Hansen, Carsten (2018), side 68

<sup>45</sup> Munk-Hansen, Carsten (2018), side 215

<sup>46</sup> Hamer, Carina Risvig (2020), side 326 f.

# Kapitel 2

## Grundlæggende rettigheder, principper og begreber

### 1. Indledning

Formålet med afhandlingen er blandt andet at undersøge, hvordan voksne med betydelig og varigt nedsat psykisk funktionsevne er beskyttet mod myndighedsindgreb i form af fastholdelse, tilbageholdelse og føren, hvorfor det i nærværende kapitel undersøges, hvilke grundlæggende rettigheder og principper, der beskytter mod indgreb af den pågældende type. Der vil også blive redegjort for nogle relevante begreber, som skal bidrage til forståelsen af analysen i kapitel 3.

### 2. Den personlige frihed

#### 2.1 Grundloven

Grundloven erklærer i § 71, stk. 1, at "[d]en personlige frihed er ukrænkelig". I § 71, stk. 2 hedder det, at frihedsberøvelse alene kan "finde sted med hjemmel i loven".

Der eksisterer altså i Grundloven en beskyttelse af "den personlige frihed" derved, at der bl.a. er indsat et krav om lovhjemmel, før der kan ske berøvelse af friheden. For at undersøge beskyttelsens rækkevidde, er det først og fremmest nødvendigt at definere begrebet "personlig frihed", og dernæst at definere begrebet "frihedsberøvelse". Endeligt skal det undersøges, hvilket hjemmelskrav der stilles i bestemmelsen.

#### 2.1.1 Den personlige frihed

Den personlige frihed bruges ifølge Henrik Zahle som et "overbegreb, der dækker en række rettigheder og friheder karakteristiske for stater, som bygger på respekten for individet, for den individuelle udfoldelse og selvstændighed i forhold til en statsmagt, der skal tjene individets behov". Han påpeger, at beskyttelsessfæren i § 71 dog er mere snæver end det, da det der er beskyttet, er "den enkeltes frihed til at bevæge sig og fungere i normal kontakt med omverdenen". Michael

Hansen Jensen tilslutter sig denne holdning, med den formulering at paragraffen beskytter ”den enkeltes frihed til at skifte opholdssted ved at opstille et værn mod det offentlige berøvelse af denne frihed”.<sup>47</sup>

### 2.1.2 Frihedsberøvelse

Som nævnt beskytter Grundlovens § 71 den personlige frihed derved, at den opstiller et krav om lovhjemmel, før det offentlige kan berøve friheden, jf. § 71, stk. 2. Zahle definerer en frihedsberøvelse som ”et indgreb i bevægelsesfriheden, dvs friheden til at bevæge sig selvstændigt i normal kontakt med omverdenen”.

Zahle påpeger, at det ikke er *alle* foranstaltninger, der har karakter af frihedsberøvelse i Grundlovens forstand, men at det alene er *kvalificerede indgreb*. Med afsæt i teori og praksis, lægger han ved afgrænsningen heraf vægt på otte kvalificerende momenter: 1) den lokale afgrænsning, 2) varigheden, 3) midlerne, 4) samtykke, 5) om det er en offentlig myndighed der forestår foranstaltningen, 6) negative afgrænsninger, 7) regulering af bevægelsesfriheden, og 8) personlig integritet. Hansen Jensen fremhæver i det store hele, dog mindre systematisk, de samme kriterier. I det følgende gennemgås de respektive kriterier.<sup>48</sup>

#### **Ad 1) Den lokale afgrænsning**

En frihedsberøvelse i Grundlovens forstand forudsætter, at der er tale om et indgreb i lokalfriheden. Både Zahle og Hansen Jensen mener, at fysisk indespærring klart udgør frihedsberøvelse. De mener også, at frihedsberøvelse rækker videre end det, og at det må bero på en bedømmelse af den arealmæssige afgrænsning samt den pågældendes mulighed for kontakt med omverdenen.

#### **Ad 2) Varigheden**

Zahle og Hansen Jensen mener ikke, at der kan opstilles en absolut grænse for mindste varighed. Zahle fremhæver, at kortvarige fikseringer ikke behandles som frihedsberøvelse i lovgivningen. Om varighedskriteriet nævner både Zahle og Hansen Jensen dommen U 1994.677 H, hvor en sigtelse og visitation varede i ca. 2 minutter, hvilket ikke ansås for frihedsberøvelse i Grundlovsmæssig forstand. I dommen skulle det afklares, om indgrebet udgjorde en anholdelse i Retsplejelovens forstand, jf. Retsplejelovens § 1018 a. Det er da også begrebet ”anholdelse” der anvendes i dommen

---

<sup>47</sup> Zahle, Henrik (2003) side 225 og Christensen, Jens Peter m.fl. (2020) side 316

<sup>48</sup> Zahle, Henrik (2003), side 226 ff. og Christensen, Jens Peter m.fl. (2020) side 316 ff.

– ikke begrebet ”frihedsberøvelse”. Tages forfatterens ord for pålydende, vil en anholdelse udgøre en frihedsberøvelse, hvilket stemmer fint overens med, at der i Grundlovens § 73, stk. 3 er indsat et ekstra værn i form af et krav om, at en anholdt skal stilles for en dommer inden for 24 timer. Man skal dog netop være opmærksom på rettens anvendelse af begrebet ”anholdelse” – ikke ”frihedsberøvelse” – da dommen således ”kun” konkluderer, at 2 minutters visitation ikke konstituerer en *anholdelse*.

Hansen Jensen antager, at en afskæring fra at forlade et sted i 1½ time medfører en frihedsberøvelse efter § 71, stk. 2, jf. U 2018.1690 H.<sup>49</sup>

### **Ad 3) Midler**

Zahle anfører, at der foreligger en frihedsberøvelse, hvis der sker fysisk indespærring i en celle med låst dør. Han mener også, at der er tale om frihedsberøvelse, selvom døren ikke nødvendigvis er låst, men hvor der iværksættes en eftersøgning og tilbagebringelse, hvis den pågældende borger forlader stedet. Hansen Jensen mener ikke, at der er tale om frihedsberøvelse i Grundlovens forstand, når et vidne f.eks. har pligt til at møde op og afgive forklaring i retten (og således have pligt til at være et bestemt sted på et bestemt tidspunkt), selvom det måtte være forbundet med strafansvar ikke at møde op. Mere herom under punkt 7.

### **Ad 4) Samtykke**

Anbringes en person et sted, er det ifølge Zahle ikke en frihedsberøvelse, hvis personen samtykker hertil. Også her henvises til en dom, hvor man prøvede, om der var tale om anholdelse: I U 1997.521 Ø fandt Østre Landsret ikke, at der var tale om en anholdelse, hvor en person frivilligt blev på stedet, mens politiet undersøgte personens generalier. Igen skal opmærksomheden henledes på det forhold, at dommen vedrørte spørgsmålet om, om der var tale om en *anholdelse* eller ej – med andre ord fastslås det ikke, om der var tale om en *frihedsberøvelse* eller ej.

### **Ad 5) Offentlig myndighed**

Der er med Grundlovens § 71 indsat en beskyttelse mod vertikale indgreb i form af frihedsberøvelser besluttet af en offentlig myndighed. Zahle omtaler også private frihedsberøvelser, som i dag er strafbelagte efter Straffelovens § 261. Det er uklart om Zahle mener, at § 71 beskytter mod private frihedsberøvelser. Han fremhæver dog, at § 71 tager sigte på de frihedsberøvelser, der

---

<sup>49</sup> Mere om dommen under nærværende kapitels afsnit 2.2.1

besluttet af offentlige myndigheder. Zahle inddrager et eksempel på et ”grænsetilfælde” fra Retten i Brønderslev i en utrykt dom af 7. august 1992, hvor en pædagog var tiltalt for at have indespærret en 14-årig anbragt. At det omtales som et ”grænsetilfælde” må forstås sådan, at hvis beslutning træffes af en privatperson, er der ikke tale om en frihedsberøvelse efter § 71, men træffes den af en myndighed, *kan* der være tale om en frihedsberøvelse, hvis indgrebet efter en samlet vurdering anses for at være et kvalificeret indgreb.

#### **Ad 6) Negative afgrænsninger**

Både Zahle og Hansen Jensen mener, at negative afgrænsninger af bevægelsesfriheden, som f.eks. beslutning om udespærring eller udvisning, falder uden for begrebet frihedsberøvelse.

#### **Ad 7) Regulering af bevægelsesfriheden**

Hverken Hansen Jensen eller Zahle mener, at den almindelig regulering af bevægelsesfriheden udgør et kvalificeret indgreb i den personlige frihed. Et eksempel på reguleringer der ikke udgør frihedsberøvelse er, som også nævnt ovenfor, vidners pligt til at møde i retten. Zahle mener, at der *er* tale om frihedsberøvelse, hvis politiet afhenter og fremstiller et vidne i retten, fordi det frivillige fremmøde er blevet en tvangsmæssig ophævelse af den pågældendes bevægelsesfrihed.

#### **Ad 8) Personlig integritet**

Zahle anfører, at Grundlovens § 71 ikke beskytter mod indgreb i en persons integritet, som f.eks. vaccination, udtagelse af blodprøve, sterilisation etc. Det fremhæves dog, at det stadig vil kræve hjemmel efter det forvaltningsretlige legalitetsprincip, men at § 71 ikke yder beskyttelse mod sådanne foranstaltninger.

#### **2.1.3 Hjemmelskravet**

Ifølge Grundlovens § 71, stk. 2 kan frihedsberøvelse ”kun finde sted med hjemmel i loven”. Der er i den statsretlige teori uenighed om, hvilket hjemmelskrav der stilles. Nogle forfattere mener, at ”loven” skal forstås bogstaveligt, så f.eks. praksis og sædvane ikke udgør en gyldig hjemmel i relation til § 71, stk. 2. Andre mener, at der kan godtages en bredere fortolkning som omfatter loven (eller dennes fuldstændige analogi), administrativ praksis og andre anerkendte retskilder. Zahle konkluderer, at § 71, stk. 2 skal ”*forstås som et retsdynamisk princip*”, hvilket vil sige, at lovhjemmel blot er ønskværdig fsva. frihedsberøvelse, men at ”*hidtidige frihedsberøvelser, som er*

*støttet på praksis, kan opretholdes, men der bør snarest tilvejebringes lovhjemmel*". Til støtte herfor anfører han, at da bestemmelsen i 1953 blev indsat, ønskede man ikke at ændre på allerede gældende retsprincipper, og man havde indtil da foretaget indgreb i form af f.eks. frihedsberøvelse af personer, der var begæret udleveret til udlandet, med hjemmel i administrativ praksis.<sup>50</sup>

Peter Germer kalder kravet i § 71, stk. 2 for et krav om *kvalificeret hjemmel*, og han kalder Zahles synspunkt for forfatningsretlig uacceptabelt. Germer mener, at en retssædvane måske kan opfylde grundlovens krav om kvalificeret hjemmel, men at administrativ praksis under ingen omstændigheder kan accepteres som hjemmel for en frihedsberøvelse. Han mener at det strider mod både ordlyden i § 71, stk. 2 og grundlovgivernes intentioner, at § 71, stk. 2 *"kan forstås som »et retskildedynamisk princip«*".<sup>51</sup>

Om hjemmelskravet anfører Hansen Jensen, at det må antages, at kravet om klar lovhjemmel for frihedsberøvelser *"ikke udelukker anvendelse af en såkaldt fuldstændig lovanalogi. Det betyder, at kravet om klar lovhjemmel kan være opfyldt, selvom et tilfælde ikke dækkes af en lovbestemmelses ordlyd, men dog utvivlsomt af de hensyn, der ligger bag den pågældende lovbestemmelse"*.<sup>52</sup>

#### 2.1.4 Administrative frihedsberøvelser

En administrativ beslutning om frihedsberøvelse uden for strafferetsplejen skal ifølge Grundlovens § 71, stk. 6 forelægges domstolene hvis den, der berøves friheden (eller *"den, der handler på hans vegne"*) anmoder herom. Der ligger altså heri en beskyttelse af borgerens retssikkerhed.<sup>53</sup>

Det er ifølge Hansen Jensen ikke udelukket, at *"en administrativ rekurs [...] skal udnyttes, før der kan ske domstolsprøvelse af frihedsberøvelsens lovlighed"*.<sup>54</sup>

Der findes ikke i forarbejderne til Grundloven en præcis beskrivelse af, hvilke indgreb der udgør *"administrativ frihedsberøvelse"*. Af den afrapportering der blev lavet af serviceeftersynet af servicelovens magtanvendelsesregler i forbindelse med ændringen af Serviceloven, som trådte i kraft 1. januar 2020 (herefter: Serviceeftersynet) fremgår følgende: *"Under rigsdagsforhandlingerne blev der [...] givet en række bidrag til fortolkningen af bestemmelsens rækkevidde i denne henseende, idet flere rigsdagsmedlemmer fremhævede forskellige eksempler på*

---

<sup>50</sup> Zahle, Henrik (2003) side 232 ff.

<sup>51</sup> Germer, Peter (2012), side 268

<sup>52</sup> Christensen, Jens Peter m.fl. (2020), side 321

<sup>53</sup> Zahle, Henrik (2003), side 240 ff.

<sup>54</sup> Christensen, Jens Peter m.fl. (2020), side 328

*anvendelsesområdet, herunder navnlig indgreb inden for lovgivningen om sindssyge og åndssvage, anbringelse af forsømmelige forsørgere og børns fjernelse fra hjemmet.”<sup>55</sup>*

Adgangen til domstolsprøvelse efter § 71, stk. 6 er lettere end adgangen i Grundlovens § 63, da frihedsberøvelsen efter § 71, stk. 6 skal indbringes for domstolene på begæring af den, der frihedsberøves. Efter Grundlovens § 63 er det en forudsætning for domstolsprøvelsen, at den pågældende selv anlægger sagen.<sup>56</sup>

#### 2.1.5 Sammenfattende

Der er altså i teorien bred enighed om, at det ikke er et hvilket som helst indgreb, der udgør en frihedsberøvelse i Grundlovens forstand med den virkning, at der stilles krav om et kvalificeret hjemmelskrav. Det er udelukkende *kvalificerede indgreb*, der udgør frihedsberøvelse, og til vurderingen af om der foreligger et sådant, kan man med fordel inddrage Zahles otte opstillede momenter.

Kommer man efter denne vurdering frem til, at der *er* tale om en frihedsberøvelse, stilles der i Grundlovens § 72, stk. 2 krav om *kvalificeret hjemmel*, og et indgreb, f.eks. en tilbageholdelse af længere varighed, vil derfor skulle have kvalificeret hjemmel for ikke at være grundlovsstridigt. Det vil modsætningsvist sige, at indgreb der *ikke* kan karakteriseres som kvalificerede, ikke er beskyttet af grundlovens hjemmelskrav i § 71, stk. 2. Sådanne indgreb er dog ikke fuldstændig uden grundlovs-mæssig beskyttelse, idet disse indgreb stadig vil kunne indbringes for domstolene i medfør af Grundlovens § 63, hvorefter domstolene som udgangspunkt kan ”*påkende ethvert spørgsmål om øvremyndighedens grænser*”.<sup>57</sup>

Det er i teorien diskuteret, hvilket hjemmelskrav der stilles i § 71, stk. 2, men tager man udgangspunkt i Peter Germers teori, stiller bestemmelsen krav om, at en frihedsberøvelse i Grundlovens forstand kræver hjemmel i *loven*.

---

<sup>55</sup> Afrapportering af serviceeftersyn af magtanvendelsesreglerne (2018), punkt 2.2

<sup>56</sup> Rytter, Jens Elo (2019), side 181

<sup>57</sup> Rytter, Jens Elo (2019), side 204

Endelig beskytter Grundlovens § 71, stk. 6 mod administrative frihedsberøvelser derved, at der sikres en lettere adgang til domstolsprøvelse.

## 2.2 Den Europæiske Menneskerettighedskonvention

### 2.2.1 EMRK artikel 5

Ifølge EMRK artikel 5, stk. 1 har enhver ”*ret til frihed og personlig sikkerhed*”. Udgangspunktet i artiklen er, at ingen må berøves denne frihed. Undtagelsen hertil er, at indgreb godt kan ske, hvis det er omfattet af et af de 6 positivt oplyste tilfælde, hvor det i øvrigt sker ”*i overensstemmelse med den ved lov foreskrevne fremgangsmåde*”.

Det vil i nærværende afsnit alene være ét af de 6 tilfælde – EMRK artikel 5, stk. 1, litra e – der vil være genstand for nærmere undersøgelse. Først skal EMRK’s begreb ”frihedsberøvelse” undersøges, dernæst rækkevidden af artikel 5, stk. 1, litra e i relation til frihedsberøvelse af ”sindssyge”.

#### 2.2.1.1 Frihedsberøvelse

Begrebet ”frihedsberøvelse” er heller ikke i EMRK artikel 5 fuldstændig klart. Klart omfattet er anholdelse og varetægtsfængsling samt afsoning af straffedom. Præventive frihedsberøvelser af f.eks. berusere er også en frihedsberøvelse, ligesom tvangsanbringelse af borgere er det. Mindre intensive begrænsninger udgør ikke en frihedsberøvelse, og skal derfor vurderes efter EMRK 4. tillægsprotokol (TP 4), artikel 2, jf. i øvrigt afsnit 1.2.2.<sup>58</sup>

Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol (EMD) har fastslået, at ”*forskellen mellem frihedsberøvelse og mindre vidtgående begrænsninger i bevægelsesfriheden [er] et spørgsmål om grad og intensitet*”. Det vil således være en konkret vurdering, hvor der ses på indgrebets 1) art, 2) varighed, 3) virkning og 4) vilkår.<sup>59</sup>

Anbringelse i et rum kan klart udgøre frihedsberøvelse, men hensættelse på et afgrænset område kan også være det, hvis indgrebet i øvrigt har tilstrækkelig varighed etc. Der gælder ifølge Jens Elo Rytter formentlig også en nedre tidsmæssig bagatelgrænse i forhold til varigheden af indgrebet. Han mener at kortvarige indgreb, hvor formålet ikke er at berøve personen sin frihed, ikke bør betragtes som frihedsberøvelse. EMD udtalte dog i en konkret sag, at en visitation af 20-30 minutters

---

<sup>58</sup> Rytter, Jens Elo (2019), side 163 f.

<sup>59</sup> Rytter, Jens Elo (2019), side 164 samt EMD i *Guzzardi v. Italy* (06/11/1980) og *Austin and others v. UK* (15/03/2012)



varighed var en frihedsberøvelse efter EMRK artikel 5, og i en anden sag var en unødigt langvarig tilbageholdelse i en lufthavn i 20 dage også en frihedsberøvelse, om end indgrebet som udgangspunkt blot havde karakter af en restriktion i bevægelsesfriheden.<sup>60</sup>

I U 2018.1690 H var politiets korte visitation og efterfølgende 1½ times ”optisk følge” ikke en frihedsberøvelse i artikel 5’s forstand.<sup>61</sup>

### 2.2.1.2 EMRK artikel 5, stk. 1, litra e

Ifølge EMRK artikel 5, stk. 1, litra e, kan der – i overensstemmelse med den ved lov foreskrevne måde – ske ”lovlig frihedsberøvelse af personer for at hindre spredning af smitsomme sygdomme, af personer, der er sindssyge, alkoholikere, narkomaner eller vagabonder”.

Der findes altså her en undtagelse til hovedreglen om, at ingen må udsættes for frihedsberøvelse, ifølge hvilken der *kan* ske berøvelse af den personlige frihed hos blandt andet ”sindssyge”. Der stilles af EMD 4 krav til frihedsberøvelse af sindssyge: 1) der forudsættes en medicinsk diagnose af sindslidelsen, 2) frihedsberøvelse skal være nødvendig pga. sindslidelsens karakter, 3) frihedsberøvelsen må kun opretholdes så længe sindslidelsen gør det nødvendigt, og 4) frihedsberøvelse skal principielt ske på en passende institution, hvor sindslidelsen kan behandles/overvåges. Ifølge Eva Naur kan mennesker med psykiatriske lidelser og andre psykiske funktionsnedsættelser være omfattet af begrebet ”sindssyge” i artikel 5, stk. 1, litra e.<sup>62</sup> EMD-praksis vedrører typisk tvangsanbringelser og -indlæggelser, og ikke tvangsmæssige tilbageholdelser, men tilbageholdelser vil formentlig også kunne udgøre en frihedsberøvelse i artikel 5’s forstand, hvis indgrebet har den tilstrækkelige grad og intensitet.<sup>63</sup>

I kravet om ”lovlig” frihedsberøvelse ligger der et hjemmelskrav. Hjemlen skal være tilstrækkelig klar og præcis. Der indfortolkes af EMD også heri et krav om proportionalitet.<sup>64</sup>

---

<sup>60</sup> Rytter, Jens Elo (2019), side 165 f. samt EMD i *Gillan and Quionton v. UK* (12/01/2010) og *Amuur v. France* (25/06/1996)

<sup>61</sup> Hansen Jensen mener, at der formentlig var tale om en frihedsberøvelse i Grundlovens forstand, jf. nærværende kapitels afsnit 2.1.2

<sup>62</sup> Naur, Eva (2015), side 93

<sup>63</sup> Naur, Eva (2015), side 198

<sup>64</sup> Naur, Eva (2015), side 169 og side 175 f.

### 2.2.2 EMRK TP 4

Begrænsninger i et menneskes fysiske bevægelsesfrihed kan ske, uden at der foreligger en frihedsberøvelse i EMRK artikel 5's forstand. Bevægelsesfriheden og friheden til at vælge opholdssted er dog beskyttet i EMRK TP 4, artikel 2, stk. 1, hvorefter enhver, der lovligt befinder sig på en stats område, *"inden for dette [skal] have ret til at færdes frit og til frit at vælge sit opholdssted"*. Ifølge bestemmelsens stk. 3, skal udøvelsen af denne rettighed *"ikke være underkastet andre begrænsninger end sådanne, som er i overensstemmelse med loven, og som er nødvendige i et demokratisk samfund af hensyn til den nationale sikkerhed eller den offentlige tryghed, for at opretholde den offentlige orden, for at forebygge forbrydelse, for at beskytte sundheden eller sædeligheden eller for at beskytte andres rettigheder og friheder"*

De pågældende indgreb kan have kortere eller længere varighed og dermed have betydning for indgrebets intensitet. På et tidspunkt kan indgrebet have en så høj intensitet, at man egentlig bevæger sig over i artikel 5, da der således vil være tale om en egentlig frihedsberøvelse, men EMD anlægger en høj tærskel herfor.

Der er i stk. 3 indsat adgang til at begrænse individets bevægelsesfrihed af hensyn til de førnævnte omstændigheder, hvis det konkret kan anses som nødvendigt i et demokratisk samfund. Denne undtagelsesbestemmelse er mindre vidtgående end beskyttelsen i EMRK artikel 5, som jo positivt oplister, hvornår der kan ske frihedsberøvelse. Stk. 3 opstiller også et proportionalitetskrav, jf. *"nødvendige i et demokratisk samfund"*. Der stilles af EMD krav om, at der foreligger reelle og saglige grunde, før man kan begrænse en persons bevægelsesfrihed, og jo mere intensiv begrænsningen er, jo mere vil kravene til indgrebets begrundelse stige.<sup>65</sup>

### 2.2.3 Sammenfattende

Beskyttelsessfæren i EMRK artikel 5 minder i høj grad om den, der findes i Grundlovens § 71, stk. 1 og stk. 2, hvorfor der henvises til afsnit 1.1.5. Der indfortolkes, til forskel for Grundlovens § 71, stk. 2, et proportionalitetsprincip i EMRK artikel 5.

EMRK indeholder også – modsat Grundlovens § 71, stk. 2 – i 4. tillægsprotokol, artikel 2, en beskyttelse af mindre vidtgående indgreb, herunder f.eks. kortvarige tilbageholdelser. Der er ifølge sidstnævnte en for myndighederne lempeligere adgang til at foretage indgreb, end der vil være efter EMRK artikel 5.

---

<sup>65</sup> Naur, Eva (2015), side 205 f. samt EMD i *Hajibeyli v. Aserbajdsjan* (10/07/2018)

### 3. Retten til privatliv

Enhver har efter EMRK artikel 8, stk. 1 ret til respekt for sit privatliv og familieliv, sit hjem og sin korrespondance. Ifølge bestemmelsens stk. 2 kan indgreb i denne ret alene ske, hvis det sker i overensstemmelse med loven, og det i øvrigt er ”nødvendigt i et demokratisk samfund af hensyn til 1) den nationale sikkerhed, 2) den offentlige tryghed eller landets økonomiske velfærd, 3) for at forebygge uro eller forbrydelse, 4) for at beskytte sundheden eller sædeligheden eller 5) for at beskytte andres rettigheder og friheder.

I det følgende redegøres for en af de i stk. 1 nævnte rettigheder, være sig retten til privatliv, og dernæst undtagelserne i den såkaldte ”stk. 2-afvejning”.

#### 3.1 Retten til privatliv

Privatlivet er ifølge Elo Rytter et slags overbegreb for EMRK artikel 8, og omfatter andre elementer af individets privatsfære end familieliv, hjem og korrespondance. Bestemmelsen beskytter både mod indgreb og indeholder en positiv forpligtelse for staten til at beskytte individets privatliv mod indgreb fra private. EMD fortolker begrebet ”privatliv” bredt, og omfattet er bl.a. retten til at bestemme over eget liv og egen krop, retten til fysisk integritet, retten til personlig ære og retten til sundhed. Kernen er ifølge Elo Rytter ”*beskyttelsen af en intim privatsfære, hvor individet kan være i fred*”.<sup>66</sup>

#### 3.2 Betingelser for indgreb

Overfor retten til privatlivet står andre vægtige samfundshensyn eller hensynet til andres rettigheder. Indgreb i privatlivet kan derfor ifølge EMRK artikel 8, stk. 2 alene ske 1) med hjemmel i lov, 2) hvis indgrebet forfølger et anerkendelsesværdigt formål, og 3) hvis indgrebet er nødvendigt i et demokratisk samfund. Hjemmelskravet betyder f.eks., at der ikke kan ske indgreb på grundlag af ikke-bindende ministerielle retningslinjer. Betingelsen om et anerkendelsesværdigt formål henviser til den udtømmende liste af hensyn, som kan begrunde indgreb. Endelig skal indgreb ske under iagttagelse af et proportionalitetsprincip, jf. ”nødvendigt i et demokratisk samfund”, hvorefter der skal foretages en konkret afvejning mellem hensynet til individets privatliv over for de modstående hensyn, som begrundet indgrebet.<sup>67</sup>

---

<sup>66</sup> Rytter, Jens Elo (2019), side 217 ff.

<sup>67</sup> Rytter, Jens Elo (2019), side 215 f.

## 4. Forbud mod tortur samt umenneskelig og nedværdigende behandling

EMRK artikel 3 indeholder et absolut forbud mod tortur samt umenneskelig og nedværdigende behandling eller straf. Bestemmelsen indeholder med andre ord ingen undtagelser til forbuddet. Det bliver således afgørende, om individet har været udsat for en behandling fra en myndighed, som kan karakteriseres som ”tortur”, ”umenneskelig behandling eller straf” eller ”nedværdigende behandling eller straf”. Elo Rytter anfører, at *”for at falde ind under artikel 3’s forbud [skal mishandlingen] overstige et vist minimum af intensitet”*. En behandling kan altså være *”unødigt ubehagelig og krænkende (og måske endda ulovlig efter national ret), men alligevel ikke [...] tilstrækkeligt alvorlig til at falde ind under artikel 3”*.

Minimumstærsklen der anlægges, er relativ og subjektiv, og skal ifølge EMD ses i sammenhæng med omstændighederne i øvrigt. ”Nedværdigende behandling” er den mildeste form for behandling, som krænker artikel 3, hvor man altså har overskredet minimumstærsklen. Elo Rytter fremhæver, at det karakteristiske her er, at behandlingen *”nedgør og ydmyger individet i vedkommendes egne og eventuelt også andres øjne”*.<sup>68</sup>

For så vidt angår frihedsberøvelse udelukker artikel 3 ikke sådanne indgreb, selvom de kan opleves krænkende for individet. Staten skal *”sikre, at frihedsberøvelse sker under forhold, som er forenelige med den menneskelige værdighed, og at lidelserne for den frihedsberøvede begrænses til det, som er en uundgåelig følge af indespærring”*. Indgreb må ikke være vilkårlige eller unødigt ydmygende, og de skal ske skånsomt og menneskeværdigt.<sup>69</sup>

Staten skal både positivt afstå fra selv at udsætte individet for den forbudte behandling, ligesom EMD har fastslået, at den også har en positiv forpligtelse til at beskytte individet mod det, såfremt behandlingen udspringer fra private.<sup>70</sup>

## 5. FN’s handicapkonvention

Danmark underskrev i 2007 FN’s Konvention om rettigheder for personer med handicap (Handicapkonventionen) og ratificerede den med folketingets samtykke i 2009. Konventionen indeholder en række generelle principper, som de deltagende stater skal have for øje, når de

---

<sup>68</sup> Rytter, Jens Elo (2019), side 131 ff.

<sup>69</sup> Rytter, Jens Elo (2019), side 145 ff.

<sup>70</sup> Rytter, Jens Elo (2019), side 156

udarbejder lovgivning. Handicapkonventionen indeholder overordnet set en række regler, der beskytter handicappede mod diskrimination.

Formålet med Handicapkonventionen er ifølge artikel 1 at *”fremme, beskytte og sikre muligheden for, at alle personer med handicap fuldt ud kan nyde alle menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder på lige fod med andre samt at fremme respekten for deres naturlige værdighed”* (fremhævet her). Herefter defineres personer med handicap – som dog ifølge præambelens litra e er et *”begreb under udvikling”* – og omfatter således personer, der har en *”langvarig fysisk, psykisk, intellektuel eller sensorisk funktionsnedsættelse, som i samspil med forskellige barrierer kan hindre dem i fuldt og effektivt at deltage i samfundslivet på lige fod med andre”*.

I artikel 3 fastslås konventionens generelle principper. Artikel 3, litra a kodificerer et princip om respekt for menneskets naturlige værdighed, personlige autonomi, herunder frihed til at træffe egne valg, og uafhængighed af andre personer.

Ifølge artikel 12 skal staterne sikre passende og effektive beskyttelsesmekanismer til at forebygge misbrug. Artikel 14 sikrer, at personer med handicap på lige fod med andre har ret til frihed og personlighed, og ikke vilkårligt berøves denne. Artikel 15 indeholder forbud mod tortur, umenneskelig og nedværdigende behandling. Artikel 17 beskytter den personlige integritet, og endelig omhandler artikel 22 respekt for privatlivet.<sup>71</sup>

## 6. Legalitetsprincippet

Legalitetsprincippet er et for en retsstat helt centralt princip, der sikrer demokratisk legitimitet i hele den offentlige administration derved, at det er Folketinget, der i sidste ende udstikker retningslinjerne for den retlige regulering. Legalitetsprincippet beskytter mod vilkårlighed, da det opstiller krav om, at konkrete afgørelser træffes efter generelt formulerede regler, så den enkelte borger har mulighed for på forhånd at sætte sig ind i reglerne, og så forvaltningen underlægges rammer for sine aktiviteter. Princippet opdeles traditionelt i to forgreninger: 1) den formelle lovs princip, og 2) hjemmelskravet.<sup>72</sup>

*Den formelle lovs princip* går ud på, at en trindhøjere norm har forrang ift. en trinlavere. F.eks. går formelle love forud for administrative retsakter. Princippet indebærer også, at eksisterende

---

<sup>71</sup> L 156 (som fremsat), folketingsåret 2018/19, punkt 2.13.2

<sup>72</sup> Andersen, Jon (2019) side 67 ff., Christensen, Jens Peter m.fl. (2020) side 177 samt Gammeltoft-Hansen, Hans m.fl. (2002) side 292

lovgivning kun kan ændres gennem ny lovgivning, for så vidt den eksisterende lovgivning ikke indeholder adgang til at delegere lovgivningskompetencen, og at områder, der én gang har været underlagt lovgivning, kun fremover kan reguleres ved lov. Princippet indebærer at en lovbestemt ordning ikke kan ændres af en administrativ myndighed, og forvaltningsvirksomhed må altså ikke være i strid med loven. Bønsing beskriver det sammenfattende således: ”*Lovregler er bindende for forvaltningsorganerne*”.<sup>73</sup>

Hvor den formelle lovs princip handler om, at forvaltningsvirksomhed f.eks. ikke må være *i strid* med lovregler, handler *hjemmelskravet* om, at forvaltningen også skal have *positiv* hjemmel i sin virksomhed, da forvaltningen som udgangspunkt kun kan disponere på baggrund af en bemyndigelse i lovgivningen. Hjemmelskravet indebærer, at indgreb i borgeres retsforhold forudsætter et retligt grundlag, som foruden udtrykkelig lovbestemmelse f.eks. kan være en EU-forordning, en ulovbestemt retsgrundsætning, en retssædvane, en bekendtgørelse etc. Det forudsættes, at jo mere vidtgående et indgreb over for borgeren er, jo mere sikker hjemmel kræves der, forstået på den måde at reglen skal være besluttet tættere på den egentlige lovgivningsmagt. Der sondres i den forbindelse i den retlige litteratur mellem et skærpet hjemmelskrav og et lempet hjemmelskrav, hvortil førstnævnte f.eks. gør sig gældende i forhold til indgreb i fundamentale frihedsrettigheder, hvilket bl.a. støttes på Grundlovens og EMRK's bestemmelser herom. Ifølge Jon Andersen giver det sig dels til udtryk ”*som en afvisning af subsidiære retskilder som grundlag for [...] vidtgående indgreb, dels som en – ikke altid lige sikkert påviselig – tendens til indskrænkende fortolkning af regler der hjemler vidtgående indgreb*”. Det skærpede hjemmelskrav anerkendes dog i dag også at have bredere anvendelsesområde end blot indgreb i fundamentale frihedsrettigheder.<sup>74</sup>

Det er i teorien diskuteret, om *anstaltsanordninger* kan udgøre et selvstændigt hjemmelsgrundlag. Det er en anerkendt retsgrundsætning, at ledelsen på offentlige anstalter, herunder f.eks. plejehjem, kan udstede generelle regler og træffe konkrete beslutninger til regulering af retsforholdet mellem anstalten og borgere, der benytter sig af anstalten. Det anerkendes i teori og praksis, at anstaltsbetragtninger kan give beføjelse til regulering af ordensmæssige forhold, men overtrædelser heraf kan alene sanktioneres i form af ophævelse eller begrænsning af borgernes adgang til at

---

<sup>73</sup> Bønsing, Sten (2018) side 22 samt Christensen, Jens Peter m.fl. (2020) side 177

<sup>74</sup> Andersen, Jon (2019) side 68, Bønsing, Sten (2018) side 22 f og side 286 ff. samt Gammeltoft-Hansen, Hans m.fl. (2002) side 302

benytte sig af anstalterne. Det gælder ikke i ethvert tilfælde. Ankestyrelsen mente ifølge Jon Andersen i en principmeddelelse ikke, at en beslutning om at låse en voksen person inde på sit værelse kunne støttes på anstaltsbetragtninger, fordi ”*Serviceovens regler om magtanvendelse indeholdt en udtømmende opregning af, hvilken magtanvendelse og andre indgreb i den personlige frihed, der lovligt kunne finde sted inden for det sociale område*”.<sup>75</sup>

Legalitetsprincippet står ikke udtrykkeligt beskrevet i Grundloven. Det er dog ikke uden retlig forankring, idet det ifølge flere juridiske forfattere både forudsættes i Grundlovens § 3 om magtens tredeling, i reglerne om frihedsrettigheder i Grundlovens §§ 71-73 og EMRK artikel 6-11, samt, fsva den formelle lovs princip, også i Grundlovens regler om lovgivningsproceduren. Der er, som redegjort for ovenfor, f.eks. direkte udtrykt et hjemmelskrav i Grundlovens § 71, stk. 2 om frihedsberøvelse.<sup>76</sup>

Reglen om positiv hjemmel som forudsætning for forvaltningens virksomhed gælder ikke kun for forvaltningsretlige afgørelser, men gælder også for forvaltningens faktiske handlinger.<sup>77</sup>

EMD har, for at undgå vilkårlighed, formuleret et kvalificeret hjemmelskrav, og et indgreb skal således 1) have et retligt grundlag i national ret, 2) være tilgængelig for individet, og 3) være så klart og præcist, at ”*individet med rimelig sikkerhed kan forudsige sin retsstilling*”. Det retlige grundlag omfatter både skrevne såvel som uskrevne retskilder, herunder sædvane og retspraksis, og individet skal have haft adgang til at gøre sig bekendt med disse. Der stilles krav om ”rimelig forudsigelighed” i forhold til at kunne forudsige sin retsstilling, og i denne vurdering anlægges en helhedsvurdering, som er undergivet en slags proportionalitetsprincip – jo mere indgribende, jo klarere hjemmel.<sup>78</sup>

## 7. Omsorgspligten

Ifølge Serviceovens § 82, stk. 1, 1. pkt. skal kommunalbestyrelsen (herefter: kommunen) yde hjælp efter Serviceoven – i overensstemmelse med ”*formålet*”, jf. § 81 – ”*til personer med betydelig*

---

<sup>75</sup> Ankestyrelsens principmeddelelse C-59-05 (KEN nr 10715 af 22/12/2005 – nu ophævet) samt Andersen, Jon (2019) side 70

<sup>76</sup> Andersen, Jon (2019) side 67, Bønsing, Sten (2018) side 23, samt Evald, Jens (2020) side 95

<sup>77</sup> Bønsing, Sten (2018) side 301

<sup>78</sup> Rytter, Jens Elo (2019) side 101 ff.

*nedsat psykisk funktionsevne, der ikke kan tage vare på deres egne interesser, uanset om der foreligger samtykke fra den enkelte*". Af § 82, stk. 2, 2. pkt fremgår, at hjælpen ikke kan ydes ved brug af fysisk tvang. "Formålet" er bl.a. at "sikre, at den enkelte får en sammenhængende og helhedsorienteret indsats, der modsvarer den enkeltes behov" samt "yde kompensation, omsorg og pleje", jf. § 81. § 82 hjemler og forpligter myndighederne til levering af hjælp – også til passive modtagere eller modtagere, der accepterer hjælpen uden kompetence til at give et informeret samtykke.

Der herskede, indtil en lovændring i 2003<sup>79</sup>, tvivl om, hvorvidt omsorgspligten udgjorde et selvstændigt hjemmelsgrundlag til anvendelse af magt. Ved en lovændring i 1999 understregede man i forarbejderne hertil, at omsorgspligten ikke gav hjemmel til "magtanvendelse".<sup>80</sup> Begrebet er ikke defineret i hverken lov eller forarbejder. Det kan forstås snævert, som fysisk tvang, og bredt, som alle myndighedsindgreb i privatlivet og andre rettigheder beskyttet i konventioner, Grundloven og anden lovgivning. Eva Naur mener, at begrebet skal anvendes i sin brede forstand. I forbindelse med lovændringen i 2003 præciserede man i § 67 a, at "*hjælpen ikke kan ydes ved brug af fysisk tvang*". § 67 a står i dag uændret, men findes nu i stedet i § 82.<sup>81</sup>

Dette speciale omhandler alene indgreb, der vel nok falder ind under begrebet "fysisk tvang". Der har siden 2003 ikke været tvivl om, at omsorgspligten i § 82 ikke hjemler adgang til indgreb af denne type med henblik på at påtvinge modtageren den hjælp som findes nødvendig, f.eks. i forbindelse med en personlig hygiejne-situation. Ønsker man at gennemføre hjælp ved fysisk at tvinge borgerne til hjælpen, må man derfor finde hjemlen andetsteds, f.eks. reglerne om magtanvendelse.

Som det fremgår af ovenstående, hjemler og forpligter § 82 myndighederne til levering af hjælp – også til modtagere, der ikke kan give et informeret samtykke.

Det betyder ikke, at personalet kan se fuldstændig bort fra, om modtageren samtykker eller på anden måde udviser en accepterende adfærd. Udgangspunktet er ifølge bemærkningerne til omsorgspligtsbestemmelsen, at der skal foreligge samtykke, og i de tilfælde mener Eva Naur slet

---

<sup>79</sup> Lov nr. 343 af 14. maj 2003

<sup>80</sup> L 195 (som fremsat), folketingsåret 1998-1999 punkt 3.1

<sup>81</sup> Naur, Eva (2015) side 208 ff.



ikke, der er behov for særskilt hjemmel. Der foreligger ifølge lovbemærkningerne et samtykke fra en person med betydelig og varigt nedsat funktionsevne, ”når personen ved tilkendegivelse i ord eller handling klart viser, at han har forståelse for, at foranstaltningen iværksættes og medvirker hertil”.<sup>82</sup>

I de tilfælde hvor den pågældende decideret modsætter sig, kan hjemlen til hjælpen ikke findes i omsorgspligtsbestemmelsen, men må i stedet findes i magtanvendelsesbestemmelserne. Dette skyldes ifølge Eva Naur, at hensigten med omsorgspligtsbestemmelsen var at ”dække situationer, hvor den eneste forhindring for levering af hjælpen var manglende samtykkekompetence”. En anden forklaring kan også være, at hjælpen jo så pr. definition vil udgøre fysisk tvang, og det fremgår direkte af ordlyden af § 82, at hjælp efter denne bestemmelse ikke kan ydes ved brug af fysisk tvang.<sup>83</sup>

I de tilfælde hvor borgeren forholder sig passivt, eller hvor denne accepterer, men mangler forståelsen for konsekvenserne af egen accept, er det uklart, om hjemlen til hjælp skal findes i omsorgspligtsbestemmelsens hjemmelsdel (jf. ”uanset om der foreligger samtykke fra den enkelte”) eller om den skal findes i reglerne om magtanvendelse.<sup>84</sup>

## 6. Selvbestemmelsesretten

Afsnit VII i Serviceloven har titlen ”Magtanvendelse og andre indgreb i selvbestemmelsesretten over for voksne”.

Det nævnes f.eks. i de almindelige bemærkninger til lovforslaget, som førte til den ændring af Serviceloven, der trådte i kraft 1. januar 2020, at ”[v]oksne mennesker med betydelig og varigt nedsat psykisk funktionsevne har ret til selvbestemmelse, privatliv og personlig integritet”, og at [o]ver for disse grundlæggende rettigheder står kommunernes forpligtelse til at sikre omsorg, værdighed og tryghed for denne gruppe af borgere, som ikke kan tage vare på sig selv eller overskue konsekvenserne af deres egne handlinger, og som ofte ikke vil være i stand til at give et informeret samtykke til pleje- og omsorgsindsatserne”<sup>85</sup>

”Selvbestemmelsesretten” står altså som et modstående hensyn over for pligten til at sikre omsorg, værdighed og tryghed for borgere, der sjældent kan give et informeret samtykke. Det er dog ikke

---

<sup>82</sup> L 195 (som fremsat), folketingsåret 1998/99, punkt 2.1 og punkt 3.2.1 samt Naur, Eva (2015) side 212

<sup>83</sup> Naur, Eva (2015) side 213

<sup>84</sup> Naur, Eva (2015) side 233. Om fysisk guidning, se kapitel 3, afsnit 2.5

<sup>85</sup> L 156 (som fremsat), folketingsåret 2018/19 (1. samling), punkt 1

helt klart, hvor selvbestemmelsesretten har sin retlige forankring eller hvilket indhold begrebet har, herunder hvordan det nærmere skal afgrænses. Skal der sættes lighedstegn mellem selvbestemmelsesretten og den personlige frihed, er det et overbegreb for alle grundlæggende frihedsrettigheder, eller hvordan skal det egentlig forstås?

I Serviceeftersynet redegjorde man for frihedsberøvelsesbegrebet i Grundlovens § 71 og anførte, at der i Grundlovens begreb om frihedsberøvelse navnlig ligger, at *”indgrebet skal gå ud på en begrænsning af lokalfriheden, dvs. retten til selv at bestemme sit opholdssted”*. Om der med *”selvbestemmelsesretten”* således skal forstås retten til selv at bestemme sit opholdssted, ligesom anvendelsesområdet for EMRK TP 4, artikel 2, eller om begrebet rækker videre end det, er uklart.<sup>86</sup>

Handicapkonventionen kodificerer som nævnt i artikel 3, litra a et princip om respekt for menneskets naturlige værdighed, personlige autonomi, herunder frihed til at træffe egne valg, og uafhængighed af andre personer. Der er heller ikke klart, om begrebet *”selvbestemmelsesret”* skal forstås i overensstemmelse med handicapkonventionens artikel 3, litra a – altså som personlig autonomi, herunder frihed til at træffe egne valg.

Som redegjort for under nærværende kapitels afsnit 3, omfatter begrebet *”privatliv”* i EMRK artikel 8 blandt andet retten til at bestemme over eget liv og krop samt retten til fysisk og personlig integritet. Selvbestemmelsesretten kan meget vel skulle forstås i overensstemmelse med dette.

Begrebet *”selvbestemmelsesretten”* blev indsat i formålsbestemmelsen i den dagældende § 109, stk. 1 og som overskrift til det førgældende afsnit V i forbindelse med en ændring af Serviceloven, der trådte i kraft i år 1. januar 2000.<sup>87</sup> Før da havde afsnittet blot overskriften *”Magtanvendelse”*.<sup>88</sup> De specielle lovbemærkninger nævnte i den forbindelse, at ændringen af titlen blot var redaktionel, og selvbestemmelsesretten omtales herudover blot som noget almengyldigt. Af de almindelige bemærkninger fremgår, at *”[u]dgangspunktet er grundsætningen om den personlige friheds ukrænkelighed, som fremgår af § 71 i grundloven. Endvidere gælder, at også andre indgreb i den enkeltes selvbestemmelsesret i almindelighed kun kan ske med hjemmel i lov.”*<sup>89</sup>

---

<sup>86</sup> Afrapportering af serviceeftersyn af magtanvendelsesreglerne (2018), punkt 2.2

<sup>87</sup> LOV nr. 392 af 2. juni 1999

<sup>88</sup> LBKG nr. 581 af 6. august 1998

<sup>89</sup> L 195 (som fremsat), folketingsåret 1998/99, punkt 1.1 samt bemærkningerne til § 1, nr. 3-5

Selvbestemmelsesretten synes altså at være noget andet og mere end blot den personlige frihed. Begrebets rækkevidde er dog stadig ikke ganske klart.<sup>90</sup>

---

<sup>90</sup> Begrebet defineres i et vist omfang i lovbemærkningerne til lovændringen i 2020. Se kapitel 3, afsnit 3.7.2

# Kapitel 3

## Fastholdelse, tilbageholdelse og føren

### 1. Indledning

Formålet med denne afhandling er at undersøge, hvordan voksne med betydelig og varigt nedsat psykisk funktionsevne er beskyttet mod fastholdelse, tilbageholdelse og føren, samt hvilke betingelser der skal være opfyldt, før denne form for magtanvendelse kan anvendes. Det skal også undersøges, om der med lovændringen i 2020 er skabt en klarere retstilstand.

I afsnit 2 analyseres de regler for fastholdelse, tilbageholdelse og føren, som efter Serviceloven og den dagældende Magtanvendelsesbekendtgørelse fandt anvendelse indtil lovændringen i 2020.<sup>91</sup> Til brug herfor inddrages Social- og Indenrigsministeries (nu: Social- og Ældreministeriet) ”*Vejledning om magtanvendelse og andre indgreb i selvbestemmelsesretten over for voksne, herunder pædagogiske principper*”. Der kom netop i forbindelse med lovændringen i 2020 en opdateret version af vejledningen med inddragelse af nye regler (herefter: Vejledning 2019).<sup>92</sup> Med det formål at belyse retstilstanden op til 1. januar 2020 anvendes dog alligevel i nærværende afsnit vejledningen fra før lovændringen (herefter: Vejledning 2018) som fortolkningsbidrag.<sup>93</sup> Af samme grund anvendes også en række nu ophævede principmeddelelser fra Ankestyrelsen. Enkelte steder inddrages Vejledning 2019, hvor hverken forarbejder, praksis eller Vejledning 2018 bidrager til fortolkning af de førgældende regler.

I afsnit 3 analyseres reglerne i det omfang, de med lovændringen har ændret sig.

Da formålet med afhandlingen som nævnt også er at undersøge, hvordan voksne med betydelig og varigt nedsat psykisk funktionsevne er beskyttet mod fastholdelse, tilbageholdelse og føren, redegøres der sporadisk i afsnit 4 for de regler, der findes om registrering og indberetning af

---

<sup>91</sup> Bekendtgørelse nr. 226 af 11. marts 2019

<sup>92</sup> Vejledning nr. 10148 af 14. december 2019

<sup>93</sup> Vejledning nr. 9043 af 29. januar 2018

fastholdelse, tilbageholdelse og føren, idet der heri ligger en række retssikkerhedsgarantier for den borger, der udsættes for indgreb.

## 2. Reglerne indtil lovændringen i 2020

### 2.1 Indledning

Indtil lovændringen i 2020 var reglerne for indgreb i form af fastholdelse, tilbageholdelse og føren anderledes i forhold til i dag. Der var, efter de dagældende regler, adgang til fastholdelse efter §§ 126 og 126 a, føren efter § 126 og tilbageholdelse i boligen efter § 127.

De ovenstående bestemmelser indeholdt betingelser for iværksættelse af konkrete indgreb.

Herudover indeholdt § 124 generelle regler for magtanvendelse. Endelig skulle man have § 124 a for øje, da denne indeholdt regler om, hvilken personkreds der kunne anvendes magt over for.

### 2.2 Magtanvendelsesbekendtgørelsen

Indtil lovændringen i 2020, kunne Social- og Indenrigsministeriet efter Servicelovens § 137 blandt andet fastsætte nærmere regler om iværksættelse af magtanvendelsesforanstaltninger. Med hjemmel heri udstedte ministeriet bekendtgørelse nr. 226 af 11. marts 2019, som blandt andet indeholdt en positiv opstilling af, hvad der betragtedes som lovlig magtanvendelse, jf. bekendtgørelsens § 1, stk. 2. Der fastsattes i øvrigt nærmere regler om fastholdelse i personlig hygiejne-situationer, jf. bekendtgørelsens § 4. Nærmere om sidstnævnte, se afsnit 1.6.

### 2.3 Anvendelsesområde – generelle regler

Serviceovens § 124 fastsætter de generelle betingelser for magtanvendelse, som altid skal være opfyldt, uanset om betingelserne for de konkrete indgrebstyper er opfyldt eller ej. Bestemmelsen beskytter mod arbitrære indgreb, idet den fastlægger nogle generelle principper for magtanvendelse efter Serviceoven. Det hedder i § 124, stk. 1-4, at magtanvendelse og andre indgreb i selvbestemmelsesretten forudsætter, at 1) indgrebene aldrig træder i stedet for personlig omsorg, pleje og socialpædagogisk bistand, 2) man så vidt muligt har forsøgt at opnå vedkommendes frivillige medvirken inden en foranstaltning sættes i værk, 3) den mindst indgribende foranstaltning altid går forud for den mere indgribende, medmindre den mindre indgribende foranstaltning ikke er

tilstrækkelig (mindsteindgrebsprincippet), og 4) at magtanvendelse altid udøves så skånsomt og kortvarigt som muligt.

Foruden ovenstående fulgte det af § 124, stk. 5 blandt andet, at ”[i]ndgreb efter § 126 [kunne] udføres af ansatte i tilbud, der drives af regionen eller af de private leverandører, der efter kommunal visitation yder service over for den pågældende”.<sup>94</sup>

Bestemmelserne i just nævnte § 124, stk. 1-4 blev indført som § 109 i Serviceloven ved en lovændring, der trådte i kraft 1. januar 2000.<sup>95</sup> De blev i forbindelse med kommunalreformen flyttet til § 124, men står i dag indholdsmæssigt uændret.<sup>96</sup> Lovbemærkningerne til ændringsloven fra 2000 indeholder meget få fortolkningsbidrag til udfyldning af bestemmelsens begreber.<sup>97</sup>

Fortolkningsbidrag kan dog findes i Vejledning 2018. Vejledning 2019 kan også anvendes som fortolkningsbidrag til den førgældende § 124, givet at der – bortset fra ophævelsen af § 124, stk. 5 – ved lovændringen i 2020 alene er sket en enkel tilføjelse, og § 124 ellers indholdsmæssigt er uændret. Vejledning 2019 indeholder en, efter denne forfatters overbevisning, mere korrekt fortolkning af § 124, stk. 1-4, og vil som følge af at den er nyere da også have større vejledningsværdi. Med det formål at belyse retstilstanden indtil lovændringen i 2020, analyseres § 124 alligevel med afsæt i Vejledning 2018, da det må antages, at det op til lovændringen typisk var denne, der blev anvendt i kommunerne.

I det følgende analyseres bestemmelsens begreber derfor nærmere med afsæt i Vejledning 2018 suppleret af andre retskilder, herunder lovforarbejder og praksis.

### 2.3.1 Omsorg, pleje og socialpædagogisk bistand

Det er såvel en generel som en konkret betingelse, at tvangsmæssige foranstaltninger aldrig må træde i stedet for personlig omsorg, pleje og socialpædagogisk bistand, jf. § 124, stk. 1. Hvis en personalemæssig indsats kan anvendes fremfor en tvangsmæssig foranstaltning, så skal denne anvendes. Er der anvendt magt, hvor man i stedet kunne have opnået det ønskede formål ved personlig omsorg, pleje og socialpædagogisk bistand, vil magtanvendelsen være ulovlig. I Vejledning 2018 anføres det for eksempel, at en akut fastholdelse ikke må ”benyttes som alternativ

---

<sup>94</sup> Om denne bestemmelse henvises til nærværende kapitels afsnit 1.5.

<sup>95</sup> LOV nr. 392 af 02. juni 1999

<sup>96</sup> LOV nr. 573 af 24. juni 2005. Der er flere gange siden lavet redaktionelle ændringer.

<sup>97</sup> L 195 (som fremsat), folketingsåret 1998/99, bemærkningerne til § 109

til beroligende initiativer i form af f.eks. tale, fysisk kontakt og lignende, hvor dette er tilstrækkeligt”.<sup>98</sup>

### 2.3.2 Frivillig medvirken

Ifølge § 124, stk. 2 skal kommunen foretage, hvad der er muligt for at opnå personens frivillig medvirken. Ifølge Vejledning 2018 må passivitet ikke forveksles med frivillig medvirken.<sup>99</sup> Om den enkelte forholder sig passivt, vil være en konkret vurdering, hvor der ses på den pågældendes psykiske tilstand på den ene side og indgrebets karakter og intensitet på den anden side.

Tvangsmæssige foranstaltninger kan ifølge Vejledning 2018 ikke lovligt iværksættes, ”før det i det konkrete tilfælde ikke længere skønnes formålstjenligt at forsøge at opnå samarbejde og derved undgå personskade”. I denne vurdering skal ifølge Vejledning 2018 indgå ”den pågældendes psykiske tilstand på den ene side og på den anden side den risiko for personskade, der er forbundet med at undlade at iværksætte foranstaltningen”.<sup>100</sup>

Som det også vil fremgå af nærværende kapitels afsnit 2.3.3, synes Vejledning 2018 at indfortolke et generelt krav om, at der først kan iværksættes magtanvendelse, hvis der er risiko for personskade. Det er ikke denne forfatters opfattelse, at der eksisterede et sådant generelt krav, jf. nedenfor. Af Vejledning 2019 fremgår da også følgende: ”Magtanvendelse kan ikke lovligt iværksættes, før det i det konkrete tilfælde ikke længere skønnes formålstjenligt at forsøge at opnå samarbejde og derved undgå den pågældende fare eller uhensigtsmæssige situationer. I vurderingen indgår den pågældendes psykiske tilstand på den ene side og på den anden side den risiko, der er forbundet med at undlade at iværksætte foranstaltningen.”<sup>101</sup>

### 2.3.3 Mindsteindgrebsprincippet

Af Vejledning 2018 fremgår: ”Hvis et indgreb i selvbestemmelsesretten er absolut nødvendigt for at undgå personskade, er det en betingelse, at man forsøger med den form for tvang, der konkret er den mindst indgribende, men samtidig tilstrækkelige”.<sup>102</sup>

---

<sup>98</sup> Vejledning nr. 9043 af 29. januar 2018, kapitel 4, punkt 12

<sup>99</sup> Se i øvrigt denne afhandlings kapitel 2, afsnit 7 om omsorgspligten.

<sup>100</sup> Vejledning nr. 9043 af 29. januar 2018, kapitel 4, punkt 14

<sup>101</sup> Vejledning nr. 10148 af 14. december 2019, kapitel 4, pkt. 15

<sup>102</sup> Vejledning nr. 9043 af 29. januar 2018, kapitel 4, punkt 15

§ 124 stiller ikke efter sin ordlyd et generelt krav om, at et indgreb skal være absolut nødvendigt ”for at undgå personskade”, og det nævnes da heller ikke i lovbemærkningerne til bestemmelsen, at dette er en generel forudsætning for iværksættelse af magtanvendelse – om end det i en stor del af de konkrete magtanvendelsesbestemmelser var et tema, at magtanvendelse kun kunne iværksettes for at undgå personskade. Det er ifølge ordlyden i § 124 blot et krav, at indgreb begrænses til det absolut nødvendige. Der er altså hverken i ordlyd eller forarbejder til § 124 eller den dagældende magtanvendelsesbekendtgørelse givet anledning til at indfortolke en generel betingelse om, at magtanvendelse kun kan ske, hvis det er absolut nødvendigt for at undgå personskade.<sup>103</sup>

Der stilledes efter den førgældende § 126 krav om, at afgørelse om fastholdelse af en person eller føren til et andet opholdsrum først kunne træffes, når der var ”nærliggende risiko for, at personen [udsatte] sig selv eller andre for at lide væsentlig personskade” og set i dét lys, giver sætningen i Vejledning 2018 mening: Den konkrete fastholdelse der her iværksettes, skal være mindst muligt indgribende, og er det således tilstrækkeligt at én medarbejder fastholder borgeren i stedet for at fire gør det, kan der ikke anvendes fire medarbejdere. Er det utilstrækkeligt med én medarbejder, eksempelvis fordi borgeren er meget stærk eller meget aggressiv, kan der anvendes mere end én, men 20 medarbejdere vil her næppe opfylde kravet om mindst mulige indgriben.<sup>104</sup>

I Vejledning 2019 synes der heller ikke at være indfortolket noget generelt krav om personskade i relation til § 124.<sup>105</sup>

#### 2.3.4 Skånsomhed og kortvarighed

Af Vejledning 2018 fremgår følgende: ”Er det efter en konkret vurdering ikke muligt at undgå (yderligere) personskade uden at gribe ind i selvbestemmelsesretten, skal det ske så skånsomt og kortvarigt som muligt og med størst mulig hensyntagen til den pågældende og andre tilstedeværende”

Endnu engang anvendes ordet ”persons-kade” som om, det er en generel betingelse for iværksættelse af magtanvendelse, at der skal være risiko herfor. Som redegjort for under afsnit 2.3.3, er det ikke denne forfatters opfattelse, at reglen i § 124 skulle forstås sådan.

---

<sup>103</sup> L 195 (som fremsat), folketingsåret 1998/99, bemærkningerne til § 109 (side 4615)

<sup>104</sup> Om § 126 se nedenfor under 2.5

<sup>105</sup> Vejledning nr. 10148 af 14. december 2019, kapitel 4, punkt 16



Der er dog kodificeret et princip om skånsomhed og kortvarighed, som skal iagttages. I afvejningen indgår ifølge Vejledning 2018 ”hensynet til, at der ikke forvoldes unødigt krænkelser eller ulemper mod hverken den pågældende eller andre tilstedeværende for at undgå personskade”.<sup>106</sup> Af Vejledning 2019 fremgår da også blot, at det, der indgår i afvejningen, er ”hensynet til, at der ikke forvoldes unødigt krænkelser eller ulemper mod hverken den pågældende eller andre tilstedeværende”.<sup>107</sup>

## 2.4 Målgruppe

Indtil lovændringen i 2020 eksisterede der én målgruppebestemmelse, som fandtes i § 124 a. § 124 a havde følgende ordlyd: ”Bestemmelserne i §§ 124-137 gælder for personer med betydelig og varigt nedsat psykisk funktionsevne, der får personlig og praktisk hjælp samt socialpædagogisk bistand m.v. efter §§ 83-87, behandling efter §§ 101 og 102 eller aktiverende tilbud efter §§ 103 og 104, og som ikke samtykker i en foranstaltning efter §§ 125-129 a. Det er en forudsætning, at der foreligger den fornødne faglige dokumentation for den nedsatte psykiske funktionsevne”.

I det følgende redegøres for nogle af de ovenstående begreber. Om samtykke henvises til redegørelsen i kapitel 2, afsnit 7 om omsorgspligten.

### 2.4.1 ”Personer”

Magtanvendelsesreglerne findes i Servicelovens Afsnit VII med titlen ”Magtanvendelse og andre indgreb i selvbestemmelsesretten over for voksne”. I § 124 a anvendes begrebet ”personer”.

Nogle af de ydelser, som er oplyst i § 124 a, jf. i øvrigt afsnit 1.4.3, kan efter Servicelovens § 44 også anvendes til at bevilge hjælp til børn, og det kan derfor virke forvirrende, at § 124 a anvender begrebet *personer*, når titlen i afsnit VII anvender *voksne*. Eva Naur problematiserer da også dette, da hun påpeger, at EMRK og grundloven stiller krav om, at indgreb i den personlige frihed skal have klar hjemmel, og det er ikke klart, om ”personer” kan fortolkes som ”voksne” alene fordi overskriften til VII er ”voksne” – i modsat fald ville magtanvendelsesreglerne måske også kunne anvendes over for børn.<sup>108</sup>

---

<sup>106</sup> Vejledning nr. 9043 af 29. januar 2018, kapitel 4, punkt 16

<sup>107</sup> Vejledning nr. 10148 af 14. december 2019, kapitel 4, punkt. 17

<sup>108</sup> Naur, Eva (2015) side 124 f.

Diskussionen er i højere grad relevant i forhold til hjemmel til at foretage indgreb over for børn, og da dette speciale har voksne som fokus, analyseres spørgsmålet ikke yderligere, idet voksne alt andet lige også må kunne henføres under ”personer”.

#### 2.4.2 Betydelig og varigt nedsat psykisk funktionsevne

Ifølge § 124 a kan magtanvendelsesindgreb efter reglerne i Serviceloven alene ske over for borgere med betydelig og varigt nedsat psykisk funktionsevne. Med andre ord kan der ikke med hjemmel i magtanvendelsesreglerne foretages indgreb over for borgere, der alene har en fysisk nedsat funktionsevne, eller som ikke har en ”betydelig og varigt” nedsat psykisk funktionsevne.

Det er ikke klart, hvad der skal forstås ved begrebet ”*betydelig og varigt nedsat psykisk funktionsevne*”, for hvornår er funktionsevnen nedsat ”*betydelig*”, og skal ”*varigt*” forstås som resten af den pågældendes liv eller bare i en lang periode? Begreberne er ikke defineret nærmere i hverken Serviceloven, forarbejder eller Magtanvendelsesbekendtgørelsen. Ej heller Vejledning 2018 bidrog til fortolkningen.<sup>109</sup>

I dommen U 2009.2356 H blev det blandt andet prøvet, om en kvinde med en svær hjerneskade var omfattet af målgruppen i Servicelovens § 124, stk. 2 (som i 2010 fik sin egen selvstændige paragraf i § 124 a<sup>110</sup>). Byretten kom frem til, at den svære hjerneskade betød, at kvinden havde en betydelig og varigt nedsat funktionsevne.<sup>111</sup>

Man kom tilsvarende i Ankestyrelsens principmeddelelse C-57-10 frem til, at en kvinde var omfattet af personkredsen for personer med betydelig og varigt nedsat psykisk funktionsevne, da kvinden led af ”*følger efter en varig hjerneskade, hvor tilstanden [blev kompliceret] yderligere af de epileptiske anfald og den kraftige medicinering.*”<sup>112</sup>

---

<sup>109</sup> Der findes righoldig praksis ved Ankestyrelsen, som knytter sig til begrebet ”betydelig og varigt”, som anvendes flere steder i Serviceloven. Praksis er dog mere begrænset i forhold til reglerne om magtanvendelse, idet der sjældent direkte tages stilling til betingelsen om ”betydelig og varigt”.

<sup>110</sup> Lov nr. 408 af 21. april 2010. Denne ændring medførte ikke en indholdsmæssig ændring, jf. L 113, folketingsåret 2009/10, bemærkningerne til § 1, nr. 7 og 8

<sup>111</sup> Spørgsmålet blev ikke prøvet i landsretten eller Højesteret.

<sup>112</sup> KEN nr. 10240 af 31. marts 2010 (nu ophævet)

I principmeddelelse C-34-00 fandt Ankestyrelsen, at en dement mand var omfattet af personkredsen. I sagen led manden af ”*hastigt progredierende demens af frontal karakter bl.a. ledsaget af tab af realitetssans og manglende sygdomserkendelse*”.<sup>113</sup>

I principmeddelelse C-49-01 fandt Ankestyrelsen, at en lettere dement kvinde *ikke* havde en dokumenteret, betydelig og varigt nedsat funktionsevne. Der blev i den forbindelse lagt vægt på, at kvinden havde en ”*særdeles svingende psykisk funktionsevne, som måtte tilskrives såvel følger af lettere demens som følger efter hjerneblødning*”. Det skal dog understreges, at det var dokumentationskravet, der i sagen ikke ansås for opfyldt.<sup>114</sup>

Eva Naur anfører, at det vil være en lægefaglig vurdering af prognosen for personer med nedsat funktionsevne, om nedsættelsen er varig (statisk), og at man i den forbindelse – navnlig hvad angår personer, hvis funktionsevne er svingende – skal vurdere det ud fra den pågældendes bedste funktionsniveau. Hun anfører desuden, at fordi det vil være en konkret vurdering, om en funktionsevne er betydeligt nedsat, vil en person med ”*selv ganske betydelig funktionsnedsættelse på enkelte områder [bevare] selvbestemmelsesretten på områder, hvor han eller hun har evnen til at overskue og forstå konsekvenserne af beslutningerne*”.<sup>115</sup>

Af Vejledning 2019 fremgår, at det i hvert enkelte tilfælde vil være en konkret vurdering, og at en lægefaglig vurdering *kan* være nødvendig ”[a]fhængig af funktionsnedsættelsens art og omfang og af intensiteten af det indgreb, der tænkes iværksat”. Det anføres herudover, at betingelsen om ”*betydelig og varigt*” indebærer, at ”*reglerne om magtanvendelse bl.a. ikke omfatter tilfælde, hvor den pågældende alene lider af en forbigående forvirringstilstand og ej heller personer, som har demens i lettere grad*”.<sup>116</sup> Det må f.eks. betyde, at delir, som netop er karakteriseret ved at være en forbigående forvirringstilstand, ikke i sig selv opfylder kravet om ”*betydelig og varigt*”.<sup>117</sup>

---

<sup>113</sup> KEN nr. 9272 af 15. november 2000 (nu ophævet)

<sup>114</sup> KEN nr. 9301 af 1. oktober 2001 (nu ophævet)

<sup>115</sup> Naur, Eva (2015) side 129 ff.

<sup>116</sup> Vejledning nr. 10148 af 14. december 2019, punkt 14

<sup>117</sup> <https://www.sundhed.dk/sundhedsfaglig/laegehaandbogen/neurologi/symptomer-og-tegn/delir/>

### 2.4.3 De relevante ydelser

Magtanvendelsesmuligheden efter reglerne i Servicelovens afsnit VII er uafhængig af boligen, men er i stedet knyttet til de oplyste ydelser. Magtanvendelse kan derfor principielt ske alle steder, så længe borgeren er visiteret til en af de oplyste ydelser, og de øvrige betingelser for magtanvendelse er opfyldt.

### 2.4.4 Dokumentationskrav

Det forudsættes efter § 124 a, at den nedsatte funktionsevne er tilstrækkelig fagligt dokumenteret. Bestemmelsen blev indsat i Serviceloven i forbindelse med en lovændring i 1999 i det, der dengang kom til at hedde § 109, stk. 2, og ifølge forarbejderne hertil kan faglig dokumentation ”fx være lægefaglig, pædagogisk eller psykologisk dokumentation”.<sup>118</sup> Der er herudover ikke hjælp at hente i hverken forarbejder eller magtanvendelsesbekendtgørelsen fsva fortolkningen af ordet ”tilstrækkelig”.<sup>119</sup>

Ankestyrelsen har i to principmeddelelser – C-45-04 og C-35-00 – vurderet, at funktionsnedsættelsen *ikke* var tilstrækkeligt dokumenteret.<sup>120</sup>

I C-45-04 hjemviste Ankestyrelsen sagen, da der ikke forelå tilstrækkelig dokumentation.

Ankestyrelsen anførte, at ”[v]urderingen skulle foretages efter indhentelse af en speciallægefaglig vurdering af den nedsatte funktionsevne, samt journaloplysninger om den tidligere indlæggelse”.

I C-35-00 kom Ankestyrelsen tilsvarende frem til, at dokumentationen ikke var tilstrækkelig ”til at fastslå, at hun havde en betydelig og varigt nedsat psykisk funktionsevne, og dermed var omfattet af personkredsen”. Der blev i den forbindelse lagt vægt på, at ”der ikke forelå grundig psykiatrisk eller psykologisk vurdering af omfanget af hendes nedsatte psykiske funktionsevne”.

Af Vejledning 2018 fremgår, at ”[d]en nødvendige faglige dokumentation kan bestå i f.eks. lægefaglig, pædagogisk eller psykologisk dokumentation for, at netop dette indgreb ikke bare er forsvarligt, men også nødvendigt for at undgå personskade.” Herudover fremgår, at der ”ikke [kan] opstilles en positiv afgrænsning af, hvilken form for faglig dokumentation der anses for nødvendig,

---

<sup>118</sup> L 195 (som fremsat), folketingsåret 98/99, bemærkningerne til § 109

<sup>119</sup> Naur, Eva (2015) side 139

<sup>120</sup> KEN nr. 10213 af 23. december 2004 samt KEN nr. 9273 af 15. november 2000 – begge ophævet

men det er en forudsætning, at der på indstillingstidspunktet ikke er tvivl om det helbredsmæssige grundlag”.<sup>121</sup>

Det må altså på baggrund af ovenstående konkluderes, at tilstrækkelig faglig dokumentation vil være lægefaglig, pædagogisk eller psykologisk. Det er stadig ikke helt klart *hvem* der kan dokumentere den nedsatte funktionsevne. Umiddelbart synes der at være krav om, at det enten er en læge, en pædagog eller en psykolog, der udfærdiger dokumentationen. Eva Naur konkluderer, at dokumentationen skal udfærdiges af ”personer med den konkret relevante faglige indsigt, hvad enten der er tale om en tilstand, der kan vurderes med baggrund i en almen medicinsk uddannelse, eller om speciallægeudtalelser eller vurderinger fra andre faggrupper, herunder psykologer. [...] Men man bør ikke generelt stille et krav om, at dokumentationen skal udarbejdes af læger, for i det omfang, tilstanden bedst beskrives af en person med en anden faglig baggrund, strider det mod det grundlæggende hensyn bag kravet om faglig dokumentation, hvis dokumentationen ikke leveres af en person med netop den relevante faglighed”. Det er tvivlsomt, om man eksempelvis under lægefaglig dokumentation kan henføre en demenssygeplejerskes udfærdigelse af dokumentationen af den nedsatte psykiske funktionsevne af en dement.<sup>122</sup>

## 2.5 Fastholdelse mv.

Der var indtil lovændringen i 2020 hjemmel til at foretage fastholdelse og føren til andet opholdsrum efter Servicelovens § 126. Kommunen kunne herefter træffe afgørelse om at anvende fysisk magt i form af at fastholde en person eller føre denne til at andet opholdsrum, når 1) der var nærliggende risiko for, at personen udsatte sig selv eller andre for at lide væsentlig personskade, og 2) forholdene i det enkelte tilfælde gjorde det absolut påkrævet.

Reglen blev indføjet i Serviceloven som § 109 b ved den ændring af Serviceloven, der trådte i kraft 1. januar 2000, og den stod frem til 2020 indholdsmæssigt uændret.<sup>123</sup> Reglen analyseres nærmere i det følgende:

---

<sup>121</sup> Vejledning nr. 9043 af 29. januar 2018, kapitel 4, punkt 13

<sup>122</sup> Naur, Eva side 156 f.

<sup>123</sup> LOV nr. 392 af 02. juni 1999. Der skete i forbindelse med kommunalreformen dog en ordlydsmæssig ændring fra ”Kommunen eller amtskommunen” til ”Kommunalbestyrelsen”, hvilket skal ses i sammenhæng med, at opgaven overgik til alene at være kommunal, jf. L 38 (som fremsat), folketingsåret 2004/05, bemærkningerne til § 126.

### 2.5.1 ”træffe afgørelse”

Ifølge ordlyden var det kommunen, der havde kompetence til at træffe afgørelse om iværksættelse af fysisk magt i form af fastholdelse eller føren, mens det fremgik af § 124, stk. 5, at indgreb efter § 126 kunne *udføres* af ansatte.

§ 124, stk. 5 blev indsat ved en lovændring i 2006. Formålet med bestemmelsen var ifølge lovbemærkningerne at tydeliggøre, at også personalet på *regionale* tilbud samt tilbud der drives af private leverandører, kunne udføre indgreb efter § 126, og der var således tale om en præcisering, der sikrede hjemmel til, at der kunne foretages fastholdelse på borgere, der var visiteret til disse tilbud.<sup>124</sup>

En ren ordlydsfortolkning af § 126 må føre til, at der først skulle træffes en afgørelse af kommunen, inden personalet ville kunne foretage fastholdelse – også i de akutte situationer. Det fremhæves dog i lovbemærkningerne, at ”[a]fgørelsen om at fastholde træffes i den akutte situation af det kommunale eller amtskommunale personale, og skal efterfølgende registreres og indberettes til den kommunale eller amtskommunale myndighed”, hvorfor det altså med bestemmelsen var tiltænkt, at personalet kunne træffe afgørelse, uden forinden at være henvist til at anmode kommunen om at træffe en afgørelse – under forudsætning af at fastholdelsen efterfølgende blev registreret og indberettet.<sup>125</sup>

### 2.5.2 Fastholdelse og føren

Ifølge ordlyden i § 126 var der hjemmel til at anvende fysisk magt i form af at fastholde eller føre personen til et andet opholdsrum. Det er tvivlsomt, hvad der *egentlig* var hjemmel til – kunne man eksempelvis slukke for en elkørestol, og på den måde ”fastholde” personen i en statisk position? Måtte man bruge hjælpemidler, f.eks. et tæppe? Og var man, i fald man f.eks. befandt sig i en park, henvist til at fastholde personen indtil der ikke længere var nærliggende risiko for væsentlig personskade, fordi nærmeste opholdsrum måske befandt sig 10 km væk? Hverken lovbemærkningerne eller Vejledning 2018 bidrog til besvarelse af disse spørgsmål, idet de blot

---

<sup>124</sup> L 106 (som fremsat), folketingsåret 2006/07, punkt 1 samt bemærkningerne til § 1

<sup>125</sup> L 195 (som fremsat), folketingsåret 1998/99, bemærkningerne til § 109 b. Om registrering og indberetning se nærværende kapitels afsnit 3

nævnte, at der ikke var hjemmel til at føre den pågældende til et aflåst lokale, ”da dette vil være ensbetydende med frihedsberøvelse”.<sup>126</sup>

I principmeddelelsen C-14-08 kom Ankestyrelsen frem til, at en såkaldt ”skærmning” ansås for at være magtanvendelse efter § 126. I sagen havde et plejehjem truffet beslutning om at ”skærme” en dement mand, ”således at han ikke måtte være på fællesarealer uden personale. Han blev endvidere fulgt tilbage til egen stue, hvis der ikke var personale til at følge ham rundt. Personalet på plejehjemmet betragtede skærmningen som en socialpædagogisk metode til at beskytte ham selv og andre mennesker for hans udadreagerende adfærd”. Ankestyrelsen lagde vægt på, at skærmningen skete for at reducere konfrontationer, at han ikke måtte opholde sig på fællesarealer uden tilstedeværende personale, og at han, når det ikke var muligt, blev fulgt tilbage på egen stue. Det ændrede ikke på resultatet, at manden ikke modsatte sig skærmningen. Det afgørende var altså ifølge Ankestyrelsen ikke, om der blev brugt fysisk magt, men om manden havde mulighed for at opholde sig, hvor han ville.<sup>127</sup>

### 2.5.3 Nærliggende risiko for væsentlig personskade

Fastholdelse og føren ville først kunne iværksættes, når der var nærliggende risiko for, at personen udsatte sig selv eller andre for at lide væsentlig personskade. Spørgsmålet var herefter, hvad der skulle forstås ved ”væsentlig personskade”, og hvornår risikoen herfor var tilstrækkelig nærliggende til, at betingelsen var opfyldt. Lovbemærkningerne gav ikke svar herpå.<sup>128</sup>

Af Vejledning 2018 oplistes en række eksempler på væsentlig personskade: ”brækkede lemmer, hjernerystelser, kraniebrud, tabte eller løse tænder, snitsår og kvæstelser opstået enten ved grov fysisk vold eller ved brug af skarpe instrumenter som knive, sakse m.v. eller andre redskaber. Væsentlig personskade kan også være forgiftningstilstande, forbrændinger og bid”. Der blev ikke givet nogen ”nedre grænse” for, hvornår en personskade ikke længere var så væsentlig, at den opfyldte kravene i § 126, men de oplistede skader har alle en vis intensitet. Det må således antages,

---

<sup>126</sup> L 195 (som fremsat), folketingsåret 1998/99, bemærkningerne til § 109 b samt Vejledning nr. 9043 af 29. januar 2018, kapitel 8, punkt 39

<sup>127</sup> KEN nr. 10913 af 31. maj 2008 (nu ophævet)

<sup>128</sup> L 195 (som fremsat), folketingsåret 1998/99, bemærkningerne til § 109 b

at nærliggende risiko for blå mærker ikke som udgangspunkt var så væsentligt, at betingelsen i § 126 kunne anses for opfyldt.<sup>129</sup>

Om ”nærliggende risiko” nævner Vejledning 2018, at det ikke var ”*tilstrækkeligt at have en formodning om, at den pågældende vil foretage sig noget, der kan udsætte personen selv eller andre for at lide væsentlig personskade. Der [skulle] i den konkrete situation være en reel og begrundet risiko for, at vedkommende vil foretage sig handlinger, der kan føre til, at personen skader sig selv eller andre. Det [var] således ikke tilstrækkeligt til at bringe bestemmelsen i anvendelse, at en person skubber eller tjatter til en anden. Verbale trusler [var] heller ikke i sig selv nok til at udgøre en risiko*”.<sup>130</sup>

Der kunne ifølge bestemmelsen både være nærliggende risiko for væsentlig personskade på personen selv eller ”andre”. Det uddybes ikke nærmere i lovbemærkninger eller Vejledning 2018, hvem ”andre” kunne være.

#### 2.5.4 Absolut påkrævet

Det var efter § 126 en betingelse, at forholdene i det enkelte tilfælde gjorde en fastholdelse eller føren absolut påkrævet. Lovbemærkningerne bidrog ikke i særlig høj grad til fortolkningen heraf, andet end at det nævntes, at ”[a]nvendelse af adgangen til at føre en person til et andet opholdssted [skulle] kombineres med tryghedsskabende initiativer m.v.”. Spørgsmålet er, om ikke denne betingelse i virkeligheden blot understregede den generelle betingelse i § 124, stk. 1 om, at indgreb skal begrænses til det absolut nødvendige.

Vejledning 2018 kom med følgende eksempel på et absolut påkrævet indgreb efter § 126: ”*Hvis en borger f.eks. kontinuerligt slår hovedet ind i væggen, og den pågældende ikke holder op, selvom personalet har forsøgt at berolige vedkommende ved at tale med ham eller hende, ved at henlede opmærksomheden på noget andet, ved at forsøge at motivere vedkommende til at holde op eller ved at skælde ud, og der er risiko for væsentlig personskade, hvis den pågældende fortsætter, kan det være nødvendigt at fastholde f.eks. hoved og arme*”.<sup>131</sup>

---

<sup>129</sup> Vejledning nr. 9043 af 29. januar 2018, kapitel 8, punkt 40

<sup>130</sup> Ibid.

<sup>131</sup> Vejledning nr. 9043 af 29. januar 2018, kapitel 8, punkt 41



## 2.6 Fastholdelse i personlig hygiejne-situationer

Kommunen kunne indtil 2020 ”undtagelsesvis” og ”for en afgrænset periode” træffe afgørelse efter § 126 a om at anvende fysisk magt i form af fastholdelse i personlig hygiejne-situationer, hvis det måtte anses for en absolut nødvendighed for at varetage omsorgspligten. Der skulle herudover udarbejdes en handleplan, der skulle sikre, at magtanvendelse for fremtiden kunne undgås. Det var ifølge lovbemærkningerne hensigten, at der i bekendtgørelsesform skulle fastsættes regler om, i hvilke hygiejnesituationer fysisk magt kunne tillades, samt ”i hvilken begrænset periode magtanvendelse i forbindelse med udøvelse af omsorgspligten [ville] kunne finde sted herunder om en periode [ville] kunne forlænges eller senere afløses af en ny periode”.<sup>132</sup>

Bestemmelsen analyseres nærmere i det følgende.

### 2.6.1 ”Undtagelsesvis”

At det i bestemmelsens ordlyd fremhæves, at afgørelse efter § 126 a kunne ske ”undtagelsesvis” er ikke uddybet nærmere i hverken lovbemærkninger eller Vejledning 2018.<sup>133</sup>

Lovgiver understregede formentlig her de i forvejen gældende principper om at begrænse magt til det absolut nødvendige og om at kommunen forud for ethvert indgreb skal foretage, hvad der er muligt for at opnå personens frivillig medvirken, jf. § 124, og at disse principper også fandt anvendelse, når der skulle træffes afgørelse efter § 126 a.

### 2.6.2 ”for en afgrænset periode træffe afgørelse”

Det var også, ifølge § 126 a, kommunen, der skulle træffe afgørelse om anvendelse af magt i form af fastholdelse i personlig hygiejne-situationer. Lovbemærkningerne nævner ikke noget om, at personalet kan træffe afgørelsen, hvorfor en ordlydsfortolkning således må føre til, at kommunen – selv i akutte situationer – skulle træffe forudgående afgørelse, før der kunne iværksættes fastholdelse efter § 126 a.

---

<sup>132</sup> L 136 (som fremsat), folketingsåret 2002/03, bemærkningerne til § 109 b

<sup>133</sup> L 136 (som fremsat), folketingsåret 2002/03, bemærkningerne til § 109 b samt Vejledning nr. 9043 af 29. januar 2018, kapitel 8, punkt 43.

I Magtanvendelsesbekendtgørelsens § 4, stk. 4 var det bestemt, at afgørelsen kunne træffes for en periode på indtil 3 måneder med mulighed for forlængelse af denne periode. Perioden kunne dog ikke overstige 6 måneder, ”idet andre metoder til at fremme hygiejneforholdene hos den pågældende sideløbende [skulle] udvikles” gennem handleplan. Herudover kunne der efter § 4, stk. 5 træffes ny afgørelse for en periode af indtil 3 måneder med mulighed for forlængelse i op til 6 måneder, hvis den psykiske funktionsevne nedsattes yderligere.

### 2.6.3 Fastholdelse

Heller ikke i forbindelse med fastholdelse i personlig hygiejne-situationer bidrog lovbemærkningerne til fortolkning af begrebet ”fastholdelse”.

Det var dog bestemt i magtanvendelsesbekendtgørelsens § 4, stk. 2, at der ikke i forbindelse med fastholdelsen måtte anvendes hjælpemidler, og at der skulle være proportionalitet mellem karakteren af den fastholdelse, der blev udøvet, og det, der blev søgt opnået ved fastholdelsen. I dette speciales indledning i kapitel 1 nævnes en dokumentar, hvor man blandt andet så den demente Else modvilligt modtage hjælp i form af skiftning af ble. I klippet så man, hvordan Else blev løftet op i en lift, så personalet lettere kunne komme til at løse plejeopgaven. Dermed skete der altså en ulovlig fastholdelse af Else, da personalet i forbindelse med fastholdelsen anvendte et hjælpemiddel.

### 2.6.4 Personlig hygiejne-situationer

Magtanvendelsesbekendtgørelsens § 4, stk. 1 indeholdt en udtømmende opstilling af, i hvilke personlig hygiejne-situationer der kunne foretages fastholdelse. Personlig hygiejne-situationer omfattede herefter 1) tandbørstning, 2) barbering, 3) hårvask, badning og tøjskift, 4) klipning af hår og negle, 5) skiftning af bleer og bind, 6) pleje af hud, og 7) fjernelse af madrester i kindpose og mundhule. Der var således f.eks. ikke hjemmel til at træffe afgørelse fastholdelse i forbindelse med pleje af sår etc.

### 2.6.5 Absolut nødvendighed for at varetage omsorgspligten

Det understregedes i § 126 a, at fastholdelse i personlig hygiejne-situationer var betinget af, at indgrebet var absolut nødvendigt for at varetage omsorgspligten. Der stilledes ifølge Eva Naur ”store krav til graden af problemer forbundet med den hygiejnestandard, en person selv accepterer,

*før det [kunne] anses for at være absolut nødvendigt”, og hun anfører, at ”hvis der [var] risiko for fysiske skader, eller hvis der [var] en egentlig sundhedsrisiko forbundet med den dårlige hygiejnestandard, [var] det uden tvivl muligt at opfylde lovens krav [...]. Hvis det i stedet [var] sociale eller mere psykologiske konsekvenser, [... var] det sværere at vurdere, om – eller hvornår – der [var] tale om en absolut nødvendighed. I disse tilfælde [var] den risiko, der er forbundet med den manglende hygiejnestandard, ofte ikke så akut”.<sup>134</sup>*

## 2.7 Tilbageholdelse i boligen

Der var indtil 2020 hjemmel i § 127, stk. 1 til at kommunen kunne træffe afgørelse om at fastholde en person for at forhindre denne i at forlade boligen eller for at føre denne tilbage til boligen, under forudsætning af, at betingelserne i den dagældende § 125, stk. 3 var opfyldt.

§ 125, stk. 3 omhandlede særlige døråbnere, og afgørelse herom kunne træffes, hvis følgende betingelser er opfyldt: 1) der var nærliggende risiko for, at en eller flere personer ved at forlade bo- eller dagtilbuddet udsatte sig selv eller andre for at lide væsentlig personskade, 2) forholdene i det enkelte tilfælde gjorde det absolut påkrævet for at afværge denne risiko, og 3) lovens øvrige muligheder forgæves havde været anvendt.

Ifølge § 127, stk. 2 skulle afgørelse efter § 127, stk. 1 træffes for en tidsbegrænset periode, og det skulle løbende vurderes, om en mindre indgribende foranstaltning kunne anvendes.

Lovbemærkningerne indeholder ikke bemærkninger om, at personalet på det enkelte tilbud kunne træffe afgørelsen.<sup>135</sup>

### 2.7.1 Fastholdelse og føren

Efter § 127 kunne der træffes afgørelse om anvendelse af fysisk magt i form af fastholdelse for at forhindre den pågældende i at forlade boligen eller for at føre den pågældende tilbage til boligen.

For så vidt angår fastholdelse var det altså en betingelse, at fastholdelsen skete med det formål at forhindre den pågældende i at forlade boligen.

---

<sup>134</sup> Naur, Eva (2015) side 272

<sup>135</sup> L 136 (som fremsat), folketingsåret 2002/03, bemærkningerne til § 109 c

For så vidt angår føren tilbage til boligen anføres det i lovbemærkningerne, at der ikke var ”tale om en hjemmel til at føren den pågældende til et lokale med en låst dør”. Det anføres desuden her, at føren af en person skulle kombineres med tryghedsskabende initiativer.<sup>136</sup>

### 2.7.2 Nærliggende risiko for væsentlig personskade

Der gives i lovbemærkningerne et eksempel, hvor en ældre svært dement landmand flytter til plejebolig, men ofte har trang til at forlade boligen for at se til sin gamle besætning, og derfor begynder at ”lede efter stalden på alle tider af døgnet. Personalet er opmærksom på, at han har trang til at forlade boligen, og da han ikke forstår, at han ikke længere har ansvar for landbruget, kan de ikke overtale ham til at komme med tilbage. I sin lette påklædning er han udsat for at få lungebetændelse og han kan drukne i den nærliggende sø, som er let tilfrosset og derfor er vanskelig at se for ham”. I dette tilfælde ville betingelsen om nærliggende risiko for væsentlig personskade være opfyldt.<sup>137</sup>

Om betingelsen nævner Vejledning 2018, at der skulle foreligge en konkret viden om, at personen ofte forlod boligen, og/eller at personen vedvarende udtrykte ønske om at forlade den. Det var således ikke tilstrækkeligt at have en formodning om, at borgeren ville forlade boligen og derved udsætte sig selv eller andre for at lide væsentlig personskade. Det uddybes ikke, hvem ”andre” kan være.<sup>138</sup>

Ankestyrelsen har i 2 principmeddelelser taget stilling til spørgsmålet:

I C-10-02 kom Ankestyrelsen frem til, at betingelsen om nærliggende risiko for væsentlig personskade var opfyldt, hvor en borger 2 gange havde opsøgt fremmede (”andre”) i deres hjem, og kunne finde på at tage knive og andre genstande med sig, inden han forlod boligen. Der var herudover også fare for, at han selv blev udsat for personskade ved et trafikuheld, da han ikke var trafiksikker.<sup>139</sup>

---

<sup>136</sup> Ibid.

<sup>137</sup> Ibid.

<sup>138</sup> Vejledning nr. 9043 af 29. januar 2018, kapitel 9, punkt 46

<sup>139</sup> KEN nr. 9843 af 1. februar 2002

I C-35-00 afviste Ankestyrelsen, at betingelsen var opfyldt, da uvarslet bortgang og opdukken i ”uheldige miljøer” ikke var tilstrækkelig til at forholdet kunne henføres under Servicelovens § 127.<sup>140</sup>

### 2.7.3 Absolut påkrævet

Ifølge Vejledning 2018 medførte betingelsen om, at indgrebet skulle være ”absolut påkrævet”, at *”anvendelse af fysisk magt for at tilbageholde en borger i boligen ikke kan anvendes, hvor risikoen kan afværges på andre måder, som er mindre indgribende, jf. mindsteindgrebsprincippet”*. Denne regel gjaldt under alle omstændigheder i medfør af Servicelovens § 124, og der synes således alene at være tale om en understregning af principperne i § 124.<sup>141</sup>

### 2.7.4 Tidsbegrænsning

Ifølge § 127, stk. 2 skulle perioden for anvendelse af § 127, stk. 1 afgrænses til en bestemt periode. Om tidsbegrænsningskravet fremgik det af Vejledning 2018, at der kunne *”være tale om en kortere periode i forbindelse med tilvænning til ændret medicinering, til ændrede ydre forhold eller en ganske kort venteperiode i forbindelse med, at Statsforvaltningen [havde] truffet afgørelse om optagelse i et særligt botilbud uden samtykke”*. Endvidere anførtes, at det løbende skulle vurderes, om en mindre indgribende foranstaltning kunne anvendes, da behovet for indgreb kunne *”ændre sig i forhold til den enkeltes helbredstilstand og oplevelse af fortrolighed med omgivelserne”*.<sup>142</sup>

Tidsbegrænsningskravet var således ikke begrænset i samme omfang som reglerne om fastholdelse i personlige hygiejne-situationer var det. Det fremgik dog af Magtanvendelsesbekendtgørelsen, at der skulle ske revurdering 8 måneder efter kommunens beslutning om iværksættelse af foranstaltningen, jf. bekendtgørelsens § 8.

---

<sup>140</sup> KEN nr. 9273 af 15. november 2000. Nu ophævet

<sup>141</sup> Vejledning nr. 9043 af 29. januar 2018, kapitel 9, punkt 47

<sup>142</sup> Vejledning nr. 9043 af 29. januar 2018, kapitel 9, punkt 49

### 3. Reglerne efter lovændringen i 2020

#### 3.1 Indledning

Ved ændringen af Serviceloven i 2020 skete der en ret markant ændring af både systematik og indhold i Servicelovens afsnit VII.<sup>143</sup>

Baggrunden for ændringen var, at serviceeftersynet af magtanvendelsesreglerne havde vist, at man anså reglerne for at være uklare og svære at anvende. Det var uklart, hvad der måtte gøres som led i varetagelsen af den almindelige omsorg, og ”hvornår der [var] tale om et indgreb i selvbestemmelsesretten”. Afrapporteringen af serviceeftersynet indeholdt en række anbefalinger, og med afsæt i disse blev der indgået to politiske aftaler: én om magtanvendelsesreglerne på handicapområdet, og én om magtanvendelsesreglerne på demensområdet. Disse aftaler førte til de regler, der gælder for magtanvendelse efter Serviceloven i dag.<sup>144</sup>

Der redegøres i det følgende for reglerne om fastholdelse, tilbageholdelse og føren i det omfang, reglerne har ændret sig. Til brug for fortolkning anvendes lovforarbejder. Herudover anvendes Vejledning 2019 i det omfang forarbejderne ikke bidrager tilstrækkeligt til fortolkningen.

#### 3.2 Magtanvendelsesbekendtgørelsen

Der blev med lovændringen etableret en hjemmel i Servicelovens § 135 b til, at Social- og Indenrigsministeren kunne fastsætte nærmere regler om iværksættelse af foranstaltninger, registrering, indberetning og udarbejdelse af handleplaner efter bestemmelserne i kapitel 24, 24 a og 24 b. Ministeriet har herefter udstedt bekendtgørelse nr. 1239 af 22. november 2019, som – ligesom den forrige – blandt andet indeholder en positiv opstilling af, hvad der betragtes som lovlig magtanvendelse, jf. bekendtgørelsens § 1, stk. 2, ligesom der er fastsat nærmere regler om kortvarig fastholdelse i personlig hygiejne-situationer, jf. bekendtgørelsens § 7. Det er i bekendtgørelsens § 1, stk. 5 præciseret, at ”indgreb efter bestemmelserne nævnt i stk. 2 forudsætter en individuel vurdering af indgrebets faglige forsvarlighed og nødvendighed samt pågældendes helbredstilstand”.

---

<sup>143</sup> Lov nr. 498 af 1. maj 2019

<sup>144</sup> L 136 (som fremsat), folketingsåret 2018/19 (1. samling), punkt 1

### 3.3 Generelle betingelser – Formål og anvendelsesområde

De generelle betingelser for magtanvendelse i § 124 har ikke ændret sig væsentligt, hvorfor der henvises til redegørelsen i nærværende kapitels afsnit 2.3.

Der blev med lovændringen indføjet en bestemmelse i det, der kom til at blive § 124, stk. 2, om, at *”indgreb i selvbestemmelsesretten [alene må] ske for at sikre personens omsorg, værdighed og tryghed eller tilgodese hensynet til fællesskabet på bo- eller dagtilbuddet eller hensynet til andre”*. Hermed ønskede man ifølge lovbemærkningerne at tydeliggøre, at *”formålet med magtanvendelse ikke må være at erstatte socialpædagogiske indsatser eller personaleressourcer”*. Det blev også tydeliggjort, at magt og andre indgreb i selvbestemmelsesretten kan anvendes af hensyn til fællesskabet og andre. Med *”hensynet til fællesskabet”* menes hensynet til at beboere og brugere af tilbud kan deltage i fælles aktiviteter sammen, mens der med *”andre”* menes *”alle, som opholder sig i bo- eller dagtilbuddet, f.eks. andre beboere eller personalet”*.

Det præciseres i øvrigt, at det *”alene er det personale, der er ansat til at varetage omsorgen over for borgerne, der kan anvende magt efter de foreslåede bestemmelser. Pedeller, rengøringspersonale o.lign er således ikke omfattet”*.<sup>145</sup>

Foruden ovenstående ændring, blev den fælgældende § 124, stk. 5 ophævet som følge af, at § 126 også blev ophævet. Ifølge lovbemærkningerne blev § 124, stk. 5 i praksis fortolket således, at *”personalet [kunne] træffe afgørelse på vegne af [kommunen] i akutte situationer, men ministeriet [vurderede] ikke, at bestemmelsen [gav] hjemmel hertil, da det alene [fremgik] af bestemmelsen, at det i praksis er de ansatte, der udfører indgreb efter servicelovens § 126”*.

Som redegjort for under nærværende kapitels afsnit 1.5.1 var formålet med § 124, stk. 5 at etablere hjemmel til, at personalet på regionale og private tilbud også kunne udføre indgreb efter § 126. Denne forfatter er enig i, at § 124, stk. 5 ikke gav hjemmel til, at personalet kunne træffe afgørelse på vegne af kommunen i akutte situationer. Det er til gengæld denne forfatters opfattelse, at bestemmelsen i § 126 også gav adgang til, at det udførende personale kunne træffe afgørelsen, jf. forarbejderne til § 126 samt nærværende kapitels afsnit 1.5.1.<sup>146</sup>

---

<sup>145</sup> L 136 (som fremsat), folketingsåret 2018/19 (1. samling), punkt 2.2.3

<sup>146</sup> L 136 (som fremsat), folketingsåret 2018/19 (1. samling), punkt 2.5.2 samt bemærkningerne til § 1, nr. 7

### 3.4 Målgrupper

Man foretog med lovændringen en opsplittning af kapitel 24, og inddelte herefter lovens afsnit VII i 4 kapitler: kapitel 24, kapitel 24 a, kapitel 24 b og kapitel 24 c. Kapitel 24 c angår regulering af besøgsrestriktioner, og vil ikke være genstand for nærmere undersøgelse i denne afhandling.

Reglerne i kapitel 24 gælder ifølge § 124 a for personer med betydelig og varigt nedsat psykisk funktionsevne. § 124 a står uændret i forhold til de forgældende regler, hvorfor der henvises til redegørelsen i nærværende kapitels afsnit 1.4. I kapitel 24 findes bestemmelserne i §§ 124 a-135b.

Reglerne i kapitel 24 a gælder ifølge § 136 for personer med betydelig og varigt nedsat psykisk funktionsevne, som *ikke* er en konsekvens af en erhvervet og fremadskridende mental svækkelse (f.eks. handicappede), og som herudover er visiteret til samme ydelser som de i § 124 a nævnte. I kapitel 24 a findes bestemmelsen i §§ 136-136 a.

Reglerne i kapitel 24 b gælder ifølge § 136 b for personer med betydelig og varigt nedsat psykisk funktionsevne, som *er* en konsekvens af en erhvervet og fremadskridende mental svækkelse (f.eks. demente), og som herudover er visiteret til samme ydelser som de i § 124 a nævnte. I kapitel 24 b findes bestemmelserne i §§ 136 b-136 f.

Ifølge lovbemærkningerne vurderede man, at der på nogle områder var forskellige hensyn at tage til personer med på den ene side f.eks. udviklingshæmning og på den anden side personer med f.eks. demens. Man ønskede derfor at tydeliggøre forskellen mellem reglerne for de to målgrupper ved at opstille særskilte regelsæt for målgrupperne i hhv. kapitel 24 a og 24 b, som således alene gælder for personer i de respektive målgrupper, mens reglerne i kapitel 24 gælder for begge målgrupper, uanset om borgerens nedsatte psykiske funktionsevne er en konsekvens af demens eller anden erhvervet og fremadskridende mental svækkelse eller ej.<sup>147</sup>

Der stilles stadig krav om fornøden faglig dokumentation for, at en borger er omfattet af de respektive målgrupper. Af lovbemærkningerne til både § 136 og § 136 b fremgår nu, at det ”*typisk [vil] være i form af en lægeerklæring eller et dokument udstedt af borgerens handlekommune*”.<sup>148</sup>

---

<sup>147</sup> L 136 (som fremsat), folketingsåret 2018/19 (1. samling), bemærkninger til § 1, nr. 27

<sup>148</sup> Ibid.



Det fremgår i øvrigt om dokumentationskravet, at en sag oplyses tilstrækkeligt ved at ”foretage en korrekt og fyldestgørende udredning af borgerens ressourcer, udfordringer og funktionsevne”. Der nævnes ikke noget om, hvem der kan udfærdige dokumentationen.<sup>149</sup>

### 3.5 Fysisk guidning

Med lovændringen indsatte man § 124 b, hvorefter personalet kan anvende fysisk guidning over for personer som led i omsorgen, herunder for at sikre tryghed og trivsel på bo- og dagtilbud. Fysisk guidning kan ifølge § 124 b, stk. 1 anvendes 1) af hensyn til personen selv for at sikre dennes tryghed og værdighed, 2) af hensyn til andre i situationer, hvor personens adfærd er grænseoverskridende eller konfliktskabende, eller 3) i situationer, hvor en beboer på et bo- eller dagtilbud er gået ind i en anden beboers egen bolig, uden at den anden beboer ønsker det. Fysisk guidning må ifølge § 124 b, stk. 2 ikke indebære en fastholdelse. § 124 b, stk. 3 indeholder en præcisering, hvor det angives, at fysisk guidning ikke er magtanvendelse eller et indgreb i selvbestemmelsesretten.

Lovbemærkningerne henviser til den nu ophævede § 126, som der er redegjort for i nærværende kapitels afsnit 1.5 Det anføres, at fastholdelse i sagens natur alene er nødvendigt, når personen gør modstand, men at Serviceloven ikke indeholdt ”regler om fysisk guidning som led i varetagelsen af omsorgen for borgeren i situationer, hvor borgeren ikke gør modstand”.<sup>150</sup>

Bestemmelsen præciserer altså, at der *ikke* er tale om magtanvendelse, hvor borgeren *ikke* gør modstand. Der er alene tale om en præcisering af i forvejen gældende regler. Som redegjort for under kapitel 2, afsnit 7 om omsorgspligten, vil der være tale om magtanvendelse, så snart borgeren modsætter sig. § 124 b og dennes forarbejder forholder sig ikke positivt til, hvilke regler der gælder, hvis borgeren forholder sig passivt eller hvis borgeren accepterer, men mangler kompetencen til at give et gyldigt samtykke.

Af lovbemærkningerne fremgår, at fysisk guidning f.eks. kan bestå i at ”lægge en arm om skulderen af en borger for at angive, at man ønsker, at personen skal følge med. Fysisk guidning kan også bestå i at tage borgerens hånd og føre borgeren med sig til et andet rum”. Herefter afgrænses fysisk guidning over for fastholdelse og føren, da det angives, at fysisk guidning ikke må ”indebære

---

<sup>149</sup> L 136 (som fremsat), folketingsåret 2018/19 (1. samling), punkt 2.2.2

<sup>150</sup> L 136 (som fremsat), folketingsåret 2018/19 (1. samling), bemærkninger til § 1, nr. 10

*fastholdelse. Således skal personalet stoppe guidningen, hvis personen gør modstand*". Som det nævnes i lovbemærkningerne, adskiller fysisk guidning sig her fra bestemmelsen om anvendelse af fysisk guidning på børneområdet i Voksenansvarslovens § 6.<sup>151</sup> Reglen om fysisk guidning i Voksenansvarslovens § 6 indeholder også en hjemmel til kortvarig fastholdelse ved modstand.<sup>152</sup>

### 3.6 Afværgehjælp

Ved lovændringen etablerede man i § 124 c hjemmel til, at personalet kortvarigt kan fastholde eller føre en person væk fra en situation, når det er nødvendigt for at afværge, at vedkommende forårsager væsentlig ødelæggelse af indbo eller andre værdier.

Bestemmelsen blev ifølge lovbemærkningerne indsat, fordi det ikke var tilladt at anvende fysisk magt for at forhindre eller afværge en tingsskade, og det vurderedes, at der i praksis er behov for en hjemmel til fastholdelse og føren, hvor det ikke ved dialog kan lykkes at afværge, at en borger i f.eks. et anfald af raseri ødelægger egne eller andres ting. Formålet med bestemmelsen er at hindre tingsskade, således borgeren ikke *"pådrager sig et stort erstatningskrav eller får foretaget skade på noget af høj affektionsværdi enten for dem selv eller for andre"*.<sup>153</sup>

Bestemmelsen analyseres nærmere i det følgende.

#### 3.6.1 Kortvarig fastholdelse eller føren

Bestemmelsen giver adgang til kortvarig fastholdelse og til at føre en person væk fra en situation.

#### 3.6.2 Væsentlig ødelæggelse af indbo eller andre værdier

Der kan først iværksættes indgreb efter § 124 c, når det er nødvendigt for at afværge, at vedkommende forårsager væsentlig ødelæggelse af indbo eller andre værdier.

Det nævnes blot i lovbemærkningerne, at der skal være tale om *væsentlig* ødelæggelse af fysiske genstande af *betydelig* økonomisk værdi eller affektionsværdi, og genstandene kan både tilhøre borgeren selv eller andre. Herudover nævnes, at der skal tages *"højde for den økonomiske værdi eller affektionsværdien af det materielle gode, der er ved at blive ødelagt, ligesom indgrebet altid*

---

<sup>151</sup> LBKG nr. 764 af 1. august 2019 som senest ændret ved lov nr. 821 af 9. juni 2020

<sup>152</sup> L 136 (som fremsat), folketingsåret 2018/19 (1. samling), bemærkninger til § 1, nr. 10

<sup>153</sup> Ibid.

*skal ske under iagttagelse af proportionalitetsprincippet,”* hvilket synes at antyde, at der vil være adgang til en ”mere” indgribende fastholdelse eller føren, hvis godet har en meget høj værdi. Der sættes ikke i hverken forarbejder eller Vejledning 2019 nogen økonomisk grænse for, hvornår godet har en ”betydelig” økonomisk værdi. Vejledning 2019 bemærker, at dyr er omfattet af tingsbegrebet, og nævner herudover, som eksempel på et gode omfattet af bestemmelsen, en anden beboers fotoalbum med stor affektionsværdi for den pågældende.<sup>154</sup>

### 3.6.3 ”Personalet”

Det følger af bestemmelsens ordlyd, at det er personalet, der kan udføre indgrebet. Det betyder med andre ord, at anvendelsen vil kunne ske akut uden forudgående tilladelse fra kommunen. Som anført i nærværende kapitels afsnit 2.3, omfatter ”personalet” ikke pedeller, rengøringspersonale o. lign., men alene det personale, der er ansat til at varetage omsorgen over for borgerne.

Det fremgår af lovbemærkningerne, at indgrebet vil have karakter af faktisk forvaltningsvirksomhed – der er altså modsætningsvist ikke tale om afgørelsesvirksomhed.<sup>155</sup>

## 3.7 Fastholdelse, tilbageholdelse og føren

Med lovændringen ophævede man de førgældende §§ 126 og 127, og indsatte i stedet to nye bestemmelser om fastholdelse, tilbageholdelse og føren: § 124 d og § 136 d.

Det gælder for både § 124 d og § 136 d, at indgreb efter de respektive bestemmelsers stk. 1, der er foretaget for at forhindre den pågældende i at forlade boligen eller et opholdsrum eller for at føre den pågældende tilbage til boligen eller et opholdsrum, kan begæres indbragt for retten efter reglerne i retsplejelovens kapitel 43 a om administrativt bestemt frihedsberøvelse, jf. hhv. § 124 d, stk. 2 og § 136 d, stk. 2. Denne adgang til domstolsprøvelse gives ifølge lovbemærkningerne i erkendelse af, at visse indgreb efter de respektive bestemmelser kan have karakter af frihedsberøvelse.<sup>156</sup>

Det gælder også for både § 124 d og § 136 d, at en begæring om at få spørgsmålet indbragt for domstolene kan indgives af en pårørende, en værge, en fremtidsfuldmægtig eller en anden repræsentant (herefter: den klageberettigede personkreds), når den person, som foranstaltningen

---

<sup>154</sup> L 136 (som fremsat), folketingsåret 2018/19 (1. samling), bemærkninger til § 1, nr. 10 samt Vejledning nr. 10148 af 14. december 2019, kapitel 10 e, punkt 60

<sup>155</sup> L 136 (som fremsat), folketingsåret 2018/19 (1. samling), bemærkninger til § 1, nr. 10

<sup>156</sup> L 136 (som fremsat), folketingsåret 2018/19 (1. samling), punkt 2.5.3

vedrører, ikke selv er i stand til at indgive begæringen, jf. hhv. § 124 d, stk. 3 og § 136 d, stk. 3. Dette skal ses i sammenhæng med den nu indføjede § 135 a, stk. 3, hvorefter personalelederen ”jævnligt” skal orientere den klageberettigede personkreds om, hvilke indgreb der er foretaget over for personen. Ifølge lovbemærkningerne er ”jævnligt” cirka en gang om måneden.<sup>157</sup>

### 3.7.1 Fastholdelse mv. efter § 124 d

Ifølge § 124 d, stk. 1 kan personalet fastholde, tilbageholde eller føre en person tilbage til boligen eller til et andet opholdsrum, når personen udviser en adfærd, der er til fare for den pågældende selv eller andre. Reglen gælder for målgruppen i kapitel 24 – det vil sige generelt – og analyseres nærmere i det følgende:

#### 3.7.1.1 Fastholdelse, tilbageholdelse og føren

Ifølge lovbemærkningerne menes der med ”fastholdelse”, at personalet kan holde en borger fysisk fast for at forhindre eller afværge fare. Begrebet er stadig ikke uden afgrænsningsmæssige vanskeligheder, for det er endnu ikke klart, om bestemmelsen eksempelvis hjemler adgang til at slukke en el-kørestol, ligesom det heller ikke ses, om der i forbindelse med fastholdelsen må anvendes hjælpemidler. Slukning af en el-kørestol må vel nok betragtes som både mere skånsomt og mindre indgribende i de tilfælde, hvor en borger i el-kørestol f.eks. er i fuld fart på vej mod en anden borger, da alternativet hertil vil være at fastholde borgerens arme eller lignende, med følgende større risiko for personskade på både personale og borgeren selv. Spørgsmålet er, om man kan kalde en sådan foranstaltning for en fastholdelse i Servicelovens forstand.

Med ”tilbageholdelse” menes der ifølge lovbemærkningerne, at personalet kan holde en borger fysisk tilbage for at forhindre eller afværge fare. Heller ikke *dette* begreb er uden afgrænsningsmæssige vanskeligheder. For er der hjemmel til f.eks. at tilbageholde en borger ved at låse en dør? Da bestemmelsen i et vist omfang er en videreførelse af den førgældende § 127, taler meget imod dette, da det jo af forarbejderne til § 127 fremgik, at der ikke var hjemmel hertil, jf. nærværende kapitels afsnit 2.7.1.

”Føren tilbage til boligen eller andet opholdsrum” giver umiddelbart ikke anledning til tvivl. Det fremgår ikke af lovbemærkningerne, om borgeren kan føres tilbage til et låst lokale, men da reglen også i et vist omfang er en videreførelse af § 126, hvor det af forarbejderne fremgik, at der ikke var

---

<sup>157</sup> L 136 (som fremsat), folketingsåret 2018/19 (1. samling), bemærkninger til § 1, nr. 26. Om § 135 a, stk. 3 se i øvrigt nærværende kapitels afsnit 3.

hjemmel hertil, er dette næppe en mulighed efter de nye regler, jf. nærværende kapitels afsnit 2.5.2.

158

### *3.7.1.2 Adfærd til fare for den pågældende selv eller andre*

Med § 124 d har man fjernet betingelsen om nærliggende risiko for væsentlig personskade, og i stedet indført en betingelse om, at den pågældende skal udvise en adfærd, der er til fare for den pågældende selv eller andre. Baggrunden herfor er ifølge lovbemærkningerne, at det ikke fandtes hensigtsmæssigt, at det kun var i situationer, hvor der var nærliggende risiko for væsentlig personskade, at der kunne gribes ind, ”da det også kan være nødvendigt at varetage omsorgspligten over for borgerne at gribe ind i situationer, hvor der er fare på færde, selvom denne fare ikke indebærer væsentlig personskade”.<sup>159</sup>

Det vil ifølge lovbemærkningerne være en konkret og individuel vurdering i den enkelte situation, om en persons adfærd er til fare for den pågældende selv eller andre. I lyset af at væsentlighedsbetingelsen er fjernet, kan det således nu ikke udelukkes, at risiko for blå mærker vil være tilstrækkeligt. Hvor nærliggende denne risiko skal være er uafklaret, men må altså bero på en konkret og individuel vurdering.<sup>160</sup>

### *3.7.1.3 ”Personalet”*

På samme måde som med afværgehjælp, fremgår det også her direkte af ordlyden, at personalet udfører indgrebet, og det kan således ske akut uden forudgående afgørelse fra kommunen.

Som nævnt i nærværende kapitels afsnit 2.3 fortolkede man førhen i praksis § 124, stk. 5 således, at personalet kunne træffe afgørelse efter § 126. Personalet havde ganske rigtigt ikke hjemmel til at træffe afgørelse om fastholdelse i § 124, stk. 5, men det er denne forfatters opfattelse, at hjemlen fandtes direkte i § 126. Der er under alle omstændigheder nu sket en præcisering, hvorfor det nu fremgår tydeligt, at personalet kan udføre indgrebet uden forudgående tilladelse fra kommunen, ligesom det i lovbemærkningerne er præciseret, at der vil være tale om faktisk forvaltningsvirksomhed.<sup>161</sup>

---

<sup>158</sup> Ibid.

<sup>159</sup> L 136 (som fremsat), folketingsåret 2018/19 (1. samling), punkt 2.5.2

<sup>160</sup> L 136 (som fremsat), folketingsåret 2018/19 (1. samling), bemærkningerne til § 1, nr. 10

<sup>161</sup> L 136 (som fremsat), folketingsåret 2018/19 (1. samling), punkt 2.5.2

### 3.7.2 Fastholdelse mv. efter § 136 d

Ifølge § 136 d, stk. 1 kan personalet fastholde, tilbageholde eller føre en person tilbage til egen bolig eller til et andet opholdsrum, hvis det er nødvendigt for at sikre en eller flere andres tryghed, værdighed og sikkerhed, når personen udviser en adfærd, der er meget grænseoverskridende eller meget konfliktskabende over for de øvrige personer på bo- og dagtilbuddet, eller i situationer, hvor en beboer på et bo- eller dagtilbud er gået ind i en anden beboers egen bolig, uden at den anden beboer ønsker det. Da bestemmelsen er placeret i kapitel 24 b, gælder den alene for målgruppen i dette kapitel, f.eks. demente, jf. § 136 b.

Reglen blev indsat, da der var enighed om et større behov for på demensområdet at kunne tage hensyn til de øvrige beboere og fællesskabet på plejecentrene. Herudover begrundes den nye regel i, at der som følge af den demografiske og samfundsmæssige udvikling forventes et stigende antal demente i de kommende år, som derfor stiller store krav til sikring af en værdig pleje og omsorg. Det fremhæves, at én persons ret til selvbestemmelse kan betyde en indskrænkning i en anden persons rettigheder. Der er med reglen forsøgt at skabe en *”balance mellem på den ene side hensynet til borgernes selvbestemmelsesret, herunder retten til privatliv og til personlig integritet, og på den anden side kommunernes forpligtelse til at sikre omsorg, værdighed og tryghed”*.<sup>162</sup>

#### 3.7.2.1 Fastholdelse, tilbageholdelse og føren

Fastholdelse, tilbageholdelse og føren skal ifølge lovbemærkningerne forstås på samme måde som i § 124 d, hvorfor der henvises til redegørelsen ovenfor i nærværende kapitels afsnit 2.7.1.1.<sup>163</sup>

#### 3.7.2.2 Nødvendigt for at sikre en eller flere andres tryghed, værdighed og sikkerhed

Om fastholdelse, tilbageholdelse og føren er nødvendigt for at sikre en eller flere andres tryghed, værdighed og sikkerhed er ifølge lovbemærkningerne en konkret vurdering, personalet foretager i den konkrete situation. Det er med andre ord op til personalet at skønne, om betingelsen er opfyldt. Med ”andre” menes der ifølge lovbemærkningerne alle, som opholder sig i bo- eller dagtilbuddet, f.eks. andre beboere eller personalet.<sup>164</sup>

---

<sup>162</sup> Ibid.

<sup>163</sup> L 136 (som fremsat), folketingsåret 2018/19 (1. samling), bemærkningerne til § 1, nr. 10

<sup>164</sup> Ibid.

### *3.7.2.3 Meget grænseoverskridende eller meget konfliktskabende adfærd over for øvrige personer på bo- eller dagtilbuddet*

Om en persons adfærd er meget grænseoverskridende eller meget konfliktskabende over for øvrige personer, vil tilsvarende bero på en konkret vurdering i den enkelte situation. Det gives ikke i hverken lovbemærkningerne eller Vejledning 2019 eksempler på, hvornår en persons adfærd er *meget* grænseoverskridende eller *meget* konfliktskabende, men en ordlydsfortolkning må føre til, at det altså ikke bare er en hvilken som helst grænseoverskridende eller konfliktskabende adfærd, der opfylder betingelsen.<sup>165</sup>

Betingelsen er sat ind på grund af hensynet til fællesskabet på bo- eller dagtilbuddet, hvormed menes at beboere og brugere kan deltage i fælles aktiviteter sammen, herunder f.eks. spisning.<sup>166</sup>

### *3.7.2.4 Beboer er gået ind i en anden beboers egen bolig uden at den anden ønsker det*

Der er med § 136 d også skabt hjemmel til, at der kan fastholdes, tilbageholdes eller føres, hvor en beboer på et bo- eller dagtilbud er gået ind i en anden beboers egen bolig, uden at den anden beboer ønsker det. Dette skal ses i lyset af, at én persons ret til selvbestemmelse kan betyde en indskrænkning i en anden persons rettigheder, herunder f.eks. retten til privatliv.<sup>167</sup>

## 3.8 Kortvarig fastholdelse i personlige hygiejne-situationer

Med lovændringen ophævede man den færgældende § 126 a, og indsatte i stedet to nye bestemmelser: § 136 a og § 136 c.

§ 136 a findes i kapitel 24 a, og gælder alene for målgruppen i dette kapitel, f.eks. svært udviklingshæmmede, jf. § 136. § 136 c findes i kapitel 24 b, og gælder alene for målgruppen i dette kapitel, f.eks. demente, jf. § 136 b.

Der er flere forskelle på de to bestemmelser, hvilket der vil blive gjort rede for i det følgende.

Fælles for de to er dog, at det gennem en handleplan skal søges sikret, at magtanvendelse i fremtiden kan undgås, jf. hhv. § 136 a, stk. 3, 2. pkt. og § 136 c, stk. 2, jf. § 135 a, stk. 4.

---

<sup>165</sup> L 136 (som fremsat), folketingsåret 2018/19 (1. samling), bemærkningerne til § 1, nr. 27 samt Vejledning nr. 10148 af 14. december 2019, kapitel 12 d, punkt 116

<sup>166</sup> Ibid.

<sup>167</sup> L 136 (som fremsat), folketingsåret 2018/19 (1. samling), punkt 2.5.2

### 3.8.1 Kortvarig fastholdelse efter § 136 a

Efter § 136 a, stk. 1 kan personalet kortvarigt fastholde en person i personlig hygiejne-situationer, når det er nødvendigt for at sikre personens omsorg, sikkerhed eller værdighed. Etablering af denne hjemmel skal ifølge lovbemærkningerne forebygge, at personalet enten anvender magt uden hjemmel eller undlader at handle med følgende risiko for omsorgssvigt af en sårbar målgruppe.<sup>168</sup>

#### 3.8.1.1 "Personalet"

Det er ifølge bestemmelsens ordlyd personalet, der foretager indgrebet, og det vil således som udgangspunkt kunne ske akut, uden forinden at skulle indhente en forhåndsgodkendelse af kommunen.

Indgrebet skal efter § 135 a registreres og indberettes, og det skal ifølge § 136, stk. 2, 1. pkt. på baggrund af denne vurderes, om der er behov for at anmode kommunen om at give forhåndsgodkendelse til indgrebet. Ifølge § 136, stk. 2, 2. pkt. *skal* kommunen anmodes herom, hvis der inden for 6 måneder er foretaget indgreb efter stk. 1 mere end én gang. Grunden til, at det alligevel kræver forudgående tilladelse i gentagelsestilfælde er ifølge lovbemærkningerne, at *"det er vigtigt for borgernes retssikkerhed, at gentagen fastholdelse i personlige hygiejnesituationer kræver forudgående afgørelse fra [kommunen]"*<sup>169</sup>

Kommunen vil ifølge § 136, stk. 3 herefter kunne træffe en tidsbegrænset afgørelse om kortvarig fastholdelse, og det skal i den forbindelse gennem en handleplan søges sikret, at indgreb af den pågældende type i fremtiden kan undgås. Ifølge magtanvendelsesbekendtgørelsens § 7, stk. 1 gælder kommunens afgørelse i 12 måneder. En ny afgørelse efter udløbet af de 12 måneder er ikke længere afhængig af en ændring i funktionsniveauet. Baggrunden for sidstnævnte er, at reglerne om at en afgørelse før kun kunne træffes for 3 måneder, ansås for at besværliggøre varetagelsen omsorgspligten.<sup>170</sup>

#### 3.8.1.2 Kortvarig fastholdelse

Med "kortvarig fastholdelse" menes der ifølge lovbemærkningerne, at personalet kortvarigt kan holde en borger fysisk fast.<sup>171</sup>

---

<sup>168</sup> L 136 (som fremsat), folketingsåret 2018/19 (1. samling), bemærkningerne til § 1, nr. 27

<sup>169</sup> Ibid.

<sup>170</sup> Ibid.

<sup>171</sup> Ibid.



Også i den nye magtanvendelsesbekendtgørelse er det bestemt, at der ikke må bruges hjælpemidler til den kortvarige fastholdelse, og at der i øvrigt skal være proportionalitet mellem karakteren af den udøvede fastholdelse og det, der søges opnået ved fastholdelsen, jf. bekendtgørelsens § 7, stk. 4.

Det nævnes ikke i lovbemærkningerne, hvorfor ordet ”kortvarig” nu indgår. Det er under alle omstændigheder en generel betingelse, at et indgreb er så kortvarigt *som muligt*, men det må antages, at betingelsen om kortvarighed fsva. fastholdelse i personlig hygiejne-situationer må fortolkes strengere end den generelle betingelse.

### 3.8.1.3 Personlig hygiejne-situationer

De personlig hygiejne-situationer der vil kunne fastholdes i efter § 136 a, er i magtanvendelsesbekendtgørelsens § 7, stk. 2 begrænset til følgende situationer: 1) Tandbørstning, 2) barbering, 3) hårvask, badning, håndvask og tøjskift, 4) klipning af hår og negle, 5) skift af bleer og bind, 6) pleje af hud, 7) fjernelse af madrester og andre genstande i kindpose, mundhule, øre og næse, og 8) almindelig sårpleje. Man har således tilføjet ”almindelig sårpleje” som en situation, der er omfattet § 136 a. Baggrunden herfor var, at man ikke oplevede, at den førgældende liste over legale hygiejne-situationer, i hvilke der kunne fastholdes, var udtømmende, og der var netop ikke mulighed for at træffe afgørelse om fastholdelse i forbindelse med almindelig sårpleje.<sup>172</sup>

### 3.8.1.4 Omsorg, sikkerhed eller værdighed

Det vil ifølge lovbemærkningerne være en konkret og individuel vurdering i den enkelte situation, om fastholdelse er nødvendigt for at sikre personens omsorg, sikkerhed eller værdighed.<sup>173</sup>

### 3.8.2 Kortvarig fastholdelse efter § 136 c

Efter § 136 c kan personalet kortvarigt fastholde en person i personlig hygiejne-situationer, når det er nødvendigt for at sikre personens omsorg, sikkerhed eller værdighed. Bestemmelsen minder i høj grad om bestemmelsen i § 136 a, men den adskiller sig dog væsentlig på en række områder, da man mente, at der er ”*behov for differentieret mulighed for at kunne anvende kortvarig fastholdelse i personlige hygiejnesituationer*” alt efter hvilken målgruppe, man er omfattet af.<sup>174</sup>

---

<sup>172</sup> *ibid*

<sup>173</sup> *ibid.*

<sup>174</sup> L 136 (som fremsat), folketingsåret 2018/19 (1. samling), punkt 2.8.2

For det første gælder der ikke på noget tidspunkt en betingelse om, at kommunen skal træffe afgørelse om anvendelse af kortvarig fastholdelse, og det vil alene være personalet, der i den konkrete situation vurderer, om det er nødvendigt kortvarigt at fastholde personen.<sup>175</sup>

Dernæst gælder begrænsningen af personlig hygiejne-situationer i magtanvendelsesbekendtgørelsens § 7, stk. 2 ikke for indgreb efter § 136 c, men det er op til personalet at vurdere, om der er tale om en personlig hygiejne-situation, jf. bekendtgørelsens § 7, stk. 3, da listen ifølge lovbemærkningerne ikke er udtømmende i forhold til de hygiejnesituationer, som borgere og personale oplever i praksis. Der fremhæves ingen eksempler, og det kan være svært at forestille sig andre situationer end de, der er oplistet i bekendtgørelsens § 7, stk. 2. Rensning af ører vil formentlig være en situation, som ikke er omfattet af § 136 a, men som kan være omfattet af § 136 c. I Serviceeftersynet, som lå til grund for lovændringen, nævnes, at fordi ”*man ikke kan forudsige alle tænkelige situationer, er det uhensigtsmæssigt, at indgrebsmulighederne fremgår af en udtømmende liste, hvor det er uklart, hvorvidt det, der ikke fremgår af listen er egentlig magt*”.<sup>176</sup>

### 3.9 Sammenfattende

Som det vil fremgå af ovenstående analyse, er der i forbindelse med lovændringen i 2020 dels sket en præcisering af i forvejen gældende regler, dels en udvidelse af hjemmelsadgangen til at foretage indgreb i form af fastholdelse, tilbageholdelse og føren.

Det er f.eks. præciseret, at personalet, bortset fra gentagen fastholdelse efter § 136 a, kan foretage indgrebene uden forudgående tilladelse fra kommunen og at fysisk guidning ikke er magtanvendelse.

Der er blandt andet givet en lempeligere adgang til at foretage nogle af de pågældende indgreb. F.eks. kan indgreb over for borgere omfattet af målgruppen i kapitel 24 b nu også ske af hensyn til fællesskabet. Der er herudover også sket en lempelse i forhold til den fare, der skal være til stede, før der kan iværksættes fastholdelse efter § 124 d.

---

<sup>175</sup> Ibid.

<sup>176</sup> L 136 (som fremsat), folketingsåret 2018/19 (1. samling), punkt 2.8.2 samt Afrapportering af serviceeftersyn af magtanvendelsesreglerne (2018), punkt 3

Det er med lovændringen nu også gjort tydeligere, at der gælder forskellige hensyn, alt efter om en person har en erhvervet fremadskridende mental svækkelse, som f.eks. demens, eller ej, og der er på baggrund heraf sket en opsplitning af det førgældende kapitel 24 med dertilhørende nye regelsæt.

Endelig er der sket en udvidelse af hjemmelsgrundlaget for, hvornår og i hvilke hygiejnesituationer der kan iværksættes en kortvarig fastholdelse i personlig hygiejne-situationer.

#### 4. Regler om registrering, indberetning, orientering og klageadgang

Ifølge § 135 a, stk. 1, 1. pkt. skal blandt andet indgreb efter §§ 124 c-124 d, 136 a, 136 c og 136 d registreres af det personale, som har foretaget indgrebet, og indberettes til personalelederen. Ifølge § 135 a, stk. 2, 2. pkt. skal personalelederen sørge for, at alle indberetninger bliver sendt videre til den kommunalbestyrelse, der har ansvaret for tilbuddet til den pågældende person og til den kommune, der fører det driftsorienterede tilsyn med tilbuddet.

Endelig følger det af § 135 a, stk. 3, at personalelederen har pligt til at orientere pårørende, fremtidsfuldmægtige, værge eller anden repræsentant om, hvilke indgreb der er foretaget over for personen.

Med ”personalelederen” menes der ifølge lovbemærkningerne ”*personalets leder, dvs. den person, der har det øverste administrative ansvar for personalets arbejde. Der er således ikke tale om f.eks. en borgmester. På et botilbud vil personalelederen være lederen af botilbuddet*”.<sup>177</sup>

Magtanvendelsesbekendtgørelsen indeholder generelle regler for registrering og indberetning af magtanvendelser. Det følger f.eks. af bekendtgørelsens § 11, stk. 1, at registreringen skal foretages på særlige indberetningsskemaer, og af § 11, stk. 2 fremgår at registreringen skal bruges i dialogen mellem personaleleder og medarbejder som et vigtigt element i læring og refleksion, bl.a. i forhold til hvordan indgreb i fremtiden vil kunne undgås ved brug af socialpædagogiske metoder. Af § 11, stk. 3 fremgår, at det er personalelederen, der indberetter til de relevante myndigheder.

Efter bekendtgørelsens § 16, stk. 1 skal registrering foretages ”straks og senest 3 dage efter, at indgrebet har fundet sted,” mens det af § 16, stk. 3 fremgår, at disse registreringer skal indberettes én gang månedligt.

---

<sup>177</sup> L 136 (som fremsat), folketingsåret 2018/19 (1. samling), bemærkningerne til § 1, nr. 26

Reglerne blev indsat i forbindelse med lovændringen, men det fremgår direkte af lovbemærkningerne, at det er en videreførelse af den førgældende retstilstand, og at reglerne eksisterer af hensyn til borgerens retssikkerhed. Det anføres, at det er gjort tydeligt, at ”registreringen foretages af det personale, der har foretaget indgrebet, og at det indberettes til personalelederen, som skal sørge for at sende indberetningen videre til [kommunen] og tilsynet”.<sup>178</sup> Af lovbemærkningerne fremgår i øvrigt følgende: ”Indberetning til [kommunen] har til formål at gøre det personrettede tilsyn opmærksomt på, hvor mange magtanvendelser, der foretages over for den enkelte borger, med henblik på at foretage en løbende vurdering af, om der skal foretages en ændring af [kommunens] hjælp og indsatser over for borgeren. Indberetning til tilsynet (socialtilsynet på socialområdet og [kommunen] på ældreområdet) har til formål at skabe grundlag for tilsynets vurdering af det enkelte botilbud. Således skal tilsynet påse, om indberetningerne af magtanvendelse giver anledning til tilsynsmæssige overvejelser”.<sup>179</sup>

Orienteringspligten i § 135 a, stk. 3 er ny, og den er indsat fordi en pårørende, en værge, en fremtidsfuldmægtig eller en anden repræsentant kan klage efter § 133, stk. 3, når den person, som foranstaltningen vedrører, ikke selv er i stand til dette. Dette forudsætter helt naturligt, at den pågældende pårørende, værge etc. har kendskab til de indgreb, der er foretaget. Den klageberettigede personkreds kan ifølge § 133, stk. 3 indbringe en klage for kommunen, jf. § 133, stk. 1. Klage over *afgørelser* truffet af kommunen om kortvarig fastholdelse efter § 136 a, stk. 3 kan i øvrigt af den nævnte personkreds indbringes for Ankestyrelsen, jf. § 133, stk. 3, jf. stk. 2.<sup>180</sup>

Som det vil fremgå af ovenstående, har man altså sikret borgerens retssikkerhed ved, at der bliver ført administrativ kontrol af den magtanvendelse, der anvendes over for den enkelte borger. Man har desuden sikret borgerens retssikkerhed ved at sikre klageadgang i § 133, stk. 1 og stk. 2, og ved at have indsat en orienteringspligt over for den klageberettigede personkreds i § 135 a, stk. 3.

---

<sup>178</sup> Ibid.

<sup>179</sup> L 136 (som fremsat), folketingsåret 2018/19 (1. samling), punkt 2.9.2

<sup>180</sup> L 136 (som fremsat), folketingsåret 2018/19 (1. samling), bemærkningerne til § 1, nr. 26

# Kapitel 4

## Konklusion

### 1. Indledning

Formålet med denne afhandling er, ved brug af den retsdogmatiske og den retshistoriske metode, at undersøge 1) i hvilket omfang voksne med betydelig og varigt nedsat psykisk funktionsevne er beskyttet mod myndighedsindgreb i form af fastholdelse, tilbageholdelse og føren i omsorgs- og plejesituationer, 2) hvilke betingelser der opstilles for at myndighederne kan anvende sådanne indgreb, og 3) om der med lovændringen i 2020 er skabt et klarere regelgrundlag for, hvornår og af hvem der kan iværksættes indgreb af den nævnte type.

### 2. Konklusion

#### 2.1 I hvilket omfang er voksne med betydelig og varigt nedsat psykisk funktionsevne beskyttet mod myndighedsindgreb i form af fastholdelse, tilbageholdelse og føren i omsorgs- og plejesituationer?

Analysen i afhandlingens kapitel 2 og kapitel 3 viser, at voksne med betydelig og varigt nedsat psykisk funktionsevne er beskyttet mod myndighedsindgreb i form af fastholdelse, tilbageholdelse og føren i omsorgs- og plejesituationer på flere måder.

Grundlovens § 71, stk. 2 stiller krav om, at en frihedsberøvelse kun kan finde sted, når dette er hjemlet ved lov. Før et indgreb kan karakteriseres som frihedsberøvelse kræves det, at der er tale om et kvalificeret indgreb, og til vurdering af, om der foreligger et sådant, indgår en række kvalificerende momenter. Man vil formentlig godt kunne fastholde, tilbageholde eller føre ganske kortvarigt, uden at man intervenserer med Grundlovens § 71, stk. 2.

Der er herudover indsat en beskyttelse af administrative frihedsberøvelser i § 71, stk. 6, hvorefter der stilles krav om domstolsprøvelse. Derfor har man f.eks. i Servicelovens § 124 d, stk. 2 og § 136 d, stk. 2 indsat en bestemmelse om domstolsprøvelse af visse indgreb i form af fastholdelse, tilbageholdelse eller føren.

EMRK artikel 5 beskytter tilsvarende mod frihedsberøvelse. Som analysen i kapitel 2, afsnit 2.2 viser, har bestemmelsen mange lighedstræk med Grundlovens § 71, stk. 2, idet der også stilles krav om "frihedsberøvelse". En sådan foreligger først, hvis indgrebet har en vis grad og intensitet. Kommer man frem til dette, beskytter artiklen mod indgreb derved, at der stilles krav om lovhjælp og proportionalitet, og at indgrebet i øvrigt sker af en af de udtømmende grunde, som er oplyst i bestemmelsen.

Det er altså ikke utænkeligt, at en fastholdelse, tilbageholdelse eller føren vil falde uden for beskyttelsessfæren i EMRK artikel 5, fordi indgrebet ikke har den tilstrækkelige intensitet. Indgrebet vil dog i så fald være beskyttet af EMRK TP 4, artikel 2, som griber de mindre intensive indgreb i bevægelsesfriheden. EMRK TP 4, artikel 2 stiller ikke helt så strenge krav til, hvornår der kan foretages indgreb, som EMRK artikel 5 gør det, men EMD indfortolker stadig krav om reelle og saglige grunde, før der kan foretages indgreb.

EMRK artikel 3 indeholder et absolut forbud mod tortur, umenneskelig og nedværdigende behandling eller straf. Nedværdigende behandling er den "mildeste" behandling omfattet af forbuddet, og indebærer blandt andet, at myndighederne ikke må nedgøre og ydmyge individet.

EMRK artikel 8 beskytter blandt andet retten til privatliv. "Privatliv" skal ifølge EMD forstås bredt, men beskytter kort sagt en intim privatsfære, hvor individet kan være i fred. Beskyttelsen har f.eks. relevans i forhold til de indgreb, der foretages i forbindelse med personlig-hygiejnesituationer. Myndighederne vil altså i disse situationer blandt andet skulle iagttage EMRK artikel 8.

Handicapkonventionen beskytter handicappede mod diskrimination og sikrer respekt for menneskets naturlige værdighed, personlige autonomi, herunder frihed til at træffe egne valg, og uafhængighed af andre personer.

Man kan sige, at voksne med betydelig og varigt nedsat psykisk funktionsevne er beskyttet af legalitetsprincippet derved, at myndighederne ikke må foretage noget, hvis der ikke er hjemmel hertil, jf. det i legalitetsprincippet indeholdte hjemmelskrav. Som det er redegjort for i kapitel 2, afsnit 6, gælder legalitetsprincippet ikke blot for afgørelsesvirksomhed, men det gælder også for faktisk forvaltningsvirksomhed. Det skal være sikkert, at muligheden for at foretage indgreb i form af fastholdelse, tilbageholdelse og føren er en følge af en demokratisk legitimeret beslutning.

Individets ”selvbestemmelsesret” beskyttes mod magtanvendelse og andre indgreb, jf. titlen i Servicelovens afsnit VII samt § 124, stk. 1. Det er ikke klart, hvad *selvbestemmelsesretten* egentlig indebærer, og begrebet savner måske en afgrænsning. Analysen viser dog, at begrebet går videre end grundlovens ret til personlig frihed, og i hvert fald også omfatter retten til privatliv og personlig integritet.<sup>181</sup>

Endelig er der konkret opstillet en række generelle og konkrete betingelser for indgreb i Serviceloven, som skal være opfyldt, før der kan iværksættes fastholdelse, tilbageholdelse eller føren. Der er redegjort nærmere for betingelserne i analysen i kapitel 3 samt straks nedenfor, men de omfatter blandt andet krav om proportionalitet, skånsomhed, kortvarighed etc., ligesom borgerens retssikkerhed er beskyttet i kraft af reglerne om registrering, indberetning, administrativ prøvelse og domstolsprøvelse.

## 2.2 Hvilke betingelser opstilles der, for at myndighederne kan anvende indgreb i form af fastholdelse, tilbageholdelse og føren i omsorgs- og plejesituationer?

Betingelserne for hvornår der må iværksættes indgreb i form af fastholdelse, tilbageholdelse og føren har i forbindelse med lovændringen i 2020 ændret sig. I det følgende sammenfattes de regler, der gælder nu (de lege lata). For reglerne der gjaldt indtil lovændringen, henvises til kapitel 3, afsnit 2.

Det gælder helt generelt efter Servicelovens § 124, at magtanvendelse aldrig må erstatte omsorg, pleje og socialpædagogisk støtte, og det må alene ske for at sikre personens omsorg, værdighed og tryghed eller for at tilgodese hensynet til fællesskabet på bo- eller dagtilbuddet eller hensynet til andre. Herudover skal der i forbindelse med ethvert indgreb iagttages principper som skånsomhed, kortvarighed og proportionalitet. Man skal til enhver tid forsøge at opnå borgerens frivillige medvirken, ligesom man også altid vil skulle anvende den mindst indgribende foranstaltning.

Magtanvendelse efter Serviceloven kan kun ske over for borgere i de målgrupper, der er oplyst i §§ 124 a, 136 og 136 b. § 124 a omhandler generelt borgere med en betydelig og varigt nedsat

---

<sup>181</sup> Se også nærværende kapitels afsnit 2.3

psykisk funktionsevne. § 136 omfatter alene borgere med en betydelig og varigt nedsat psykisk funktionsevne, som *ikke* er en konsekvens af demens eller anden erhvervet og fremadskridende mental svækkelse, f.eks. svært udviklingshæmmede, mens § 136 b alene omfatter borgere med en betydelig og varigt nedsat psykisk funktionsevne, som *er* en konsekvens af demens eller anden erhvervet og fremadskridende mental svækkelse. Fælles for målgrupperne er, at de pågældende borgere skal være visiteret til en række ydelser efter Serviceloven. Om en borger kan henføres til den ene eller anden målgruppe har navnlig relevans i forhold til, hvilke indgreb der kan foretages over for den pågældende, idet f.eks. § 136 c om kortvarig fastholdelse i personlige hygiejne-situationer alene finder anvendelse for personer omfattet af målgruppen i § 136 b, f.eks. demente.

Serviceloven indeholder herudover en række konkrete regler for, hvornår der kan iværksættes fastholdelse, tilbageholdelse og føren. Fælles for alle – bortset fra § 136 a, jf. nedenfor – er, at det udførende personale kan iværksætte indgrebene uden forudgående tilladelse fra kommunen.

Der kan kortvarigt fastholdes eller føres, hvis det er nødvendigt for at afværge, at borgeren forårsager væsentlig ødelæggelse af indbo eller andre værdier, jf. § 124 c.

Der kan ske fastholdelse, tilbageholdelse og føren, hvis borgeren udviser en adfærd, der er til fare for sig selv eller andre, jf. § 124. Der eksisterer i den forbindelse ikke længere noget krav om nærliggende risiko for væsentlig personskade, som der gjorde efter den færgældende § 126.

Der kan også ske fastholdelse, tilbageholdelse og føren af demente o. lign., hvis borgeren udviser en meget grænseoverskridende eller meget konfliktskabende adfærd, når det er nødvendigt for at sikre den pågældendes tryghed, værdighed eller sikkerhed, eller hvor en beboer er gået ind i en anden beboers egen bolig, uden at den anden beboer ønsker det, jf. § 136 d.

Der kan kortvarigt fastholdes i personlig hygiejne-situationer efter §§ 136 a og 136 c. Betingelserne for hvornår et sådant indgreb kan iværksættes er forskellige, alt efter om den pågældende er dement eller har en anden erhvervet og fremadskridende mental svækkelse eller ikke er eller har. Er den psykiske funktionsnedsættelse ikke en konsekvens af demens el.lign., skal kommunen f.eks. ved gentagen fastholdelse træffe afgørelse herom, ligesom man her er begrænset af en række udtømmende personlig hygiejne-situationer, jf. magtanvendelsesbekendtgørelsens § 7, stk. 2.

Endelig er det udførende personale forpligtet til at registrere indgrebene på særlige indberetningsskemaer, jf. § 135 a samt magtanvendelsesbekendtgørelsens § 11, stk. 1. Disse



skemaer skal indberettes til kommunen, ligesom pårørende, fremtidsfuldmægtige, værger eller andre repræsentanter skal orienteres om indgrebene, jf. § 135 a.

### 2.3 Er der med lovændringen i 2020 skabt et klarere regelgrundlag for, hvornår og af hvem der kan iværksættes indgreb i form af fastholdelse, tilbageholdelse og føren?

Det må konkluderes, at der med lovændringen i 2020 er skabt et *andet* regelgrundlag for, hvornår og af hvem der kan iværksættes indgreb i form af fastholdelse, tilbageholdelse og føren. Det må også konkluderes, at der til en vis grad er skabt et *klarere* regelgrundlag.

Reglerne har ændret sig derved, at der nu ikke stilles lige så skrappe betingelser, før der kan iværksættes fastholdelse og føren, ligesom muligheden for at foretage tilbageholdelse nu ikke længere forudsætter forudgående afgørelse fra kommunen. På demensområdet går adgangen til at foretage fastholdelse, tilbageholdelse og føren videre, idet hensynet til fællesskabet nu også indgår som en indgrebsbegrundende faktor.

Hvor der før alene var adgang til at foretage fastholdelse i en række udtømmende personlig hygiejne-situationer, er personlig hygiejne-situationer nu udvidet på demensområdet, og det er således nu op til personalet at skønne, om der er tale om en personlig hygiejne-situation. På handicapområdet er personalets fastholdelsesmuligheder stadig begrænset til en række udtømmende personlig hygiejne-situationer, som dog er udvidet til også at omfatte sårpleje, ligesom forlængelse af perioden efter for en afgørelse efter udløbet af afgørelsesperioden nu ikke længere er afhængig af en ændring af den nedsatte funktionsevne. Til forskel fra før er det nu indsat som en konkret betingelse, at fastholdelsen i personlig hygiejne-situationer skal være kortvarig (modsat den førgældende generelle betingelse om, at indgreb skal være så kortvarige *som muligt*).

Endelig er der indsat en pligt til at orientere den klageberettigede personkreds om indgreb, således det sikres, at klageadgangen for den borger, der anvendes magt over for, ikke bare er illusorisk.

Der er på flere punkter skabt et klarere regelgrundlag. Det er f.eks. ved opsplittningen af magtanvendelsesafsnittet i 4 kapitler gjort tydeligere, at der gælder forskellige hensyn, afhængig af om den psykiske funktionsnedsættelse er en konsekvens af demens eller anden erhvervet og fremadskridende mental svækkelse eller ej.

Det er nu klart, at det udførende personale kan fastholde, tilbageholde eller føre, uden på forhånd at være henvist til at anmode kommunen om tilladelse hertil, og begrebet ”andre” er nu uddybet. I

tilfælde af at fastholdelse, tilbageholdelse eller føren udføres, er der nu indsat en orienteringspligt over for den klageberettigede personkreds (påørende, fremtidsfuldmægtige etc.).

Der er præciseret, at der kan ske såkaldt fysisk guidning, uden at der er tale om magtanvendelse.

Endelig er det præciseret, at magtanvendelse alene må ske for at sikre personens omsorg, værdighed og tryghed eller for at tilgodese hensynet til fællesskabet på bo- eller dagtilbuddet eller hensynet til andre.

Selvom der *er* skabt en klarere retstilstand, eksisterer der stadig retlig usikkerhed på nogle områder. Det er f.eks. ikke ganske klart, hvor langt hjemlen til fastholdelse rækker, herunder om der f.eks. er hjemmel til at slukke en el-kørestol. I lyset af EMD's krav om tilstrækkelig og præcis hjemmel, og da Servicelovens magtanvendelsesmuligheder er udtømmende, er der dog næppe mulighed herfor. Det er heller ikke sikkert, om fastholdelse alene omfatter fysisk *berøring*, eller om f.eks. skærmning også kan anses for at være fastholdelse, som man f.eks. kom frem til i den nu ophævede principmeddelelse C-14-08.

Det er ej heller helt klart, hvornår betingelsen om tilstrækkelig faglig dokumentation er opfyldt, herunder f.eks. om en demenssygeplejerske kan udfærdige en sådan dokumentation.

Formålet med magtanvendelsesreglerne i Serviceloven er ifølge dennes § 124 at begrænse magtanvendelse og andre indgreb i "selvbestemmelsesretten". Begrebets anvendelsesområde er forbundet med en vis usikkerhed. Det må antages, at selvbestemmelsesretten omfatter mere end blot den personlige frihed. Af bemærkningerne til lovændringen i 2020 fremgår, at selvbestemmelsesretten bl.a. omfatter retten til privatliv og til personlig integritet.<sup>182</sup> At begrebet ikke er klart kan synes uhensigtsmæssigt, da der derfor stadig kan være tvivl om, om der foretages et indgreb i denne, eller om der er tale om almindelig omsorg.

Det bør endelig nævnes, at det ikke er klart, hvad retsstillingen er, hvis en borger enten forholder sig passivt eller accepterende men uden kompetence til at samtykke.

---

<sup>182</sup> Se kapitel 3, afsnit 3.7.2

# Litteraturliste

## Bøger

- Andersen, Jon (2019): *Socialforvaltningsret*, DJØF Forlag, 7. udgave
- Bønsing, Sten (2018): *Almindelig Forvaltningsret*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 4. udgave
- Christensen, Jens Peter, Jørgen Albæk Jensen og Michael Hansen Jensen (2016): *Dansk Statsret*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2. udgave
- Christensen, Jens Peter, Jørgen Albæk Jensen og Michael Hansen Jensen (2020): *Dansk Statsret*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 3. udgave
- Evald, Jens (2020): *Juridisk teori, metode og videnskab*, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 2. udgave
- Evald, Jens (2000): *Retskilderne og den juridiske metode*, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 2. udgave
- Evald, Jens og Sten Schaumburg-Müller (2004): *Retsfilosofi, retsvidenskab og retskildelære*, 1. udgave
- Gammeltoft-Hansen, Hans, Jon Andersen, Morten Engberg, Kaj Larsen, Karsten Loiborg og Jens Olsen (2002): *Forvaltningsret*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2. udgave
- Germer, Peter (2012): *Statsforfatningsret*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 5. udgave
- Hamer, Carina Risvig og Sten Schaumburg-Müller (2020): *Juraens verden – Metode, retskilder og discipliner*, Djøf Forlag, 1. udgave
- Munk-Hansen, Carsten (2014): *Retsvidenskabsteori*, 1. udgave
- Munk-Hansen, Carsten (2018): *Retsvidenskabsteori*, 2. udgave
- Munk-Hansen, Carsten (2017): *Den juridiske løsning – Introduktion til juridisk metode*, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 1. udgave
- Naur, Eva (2015): *Magtanvendelse over for voksne*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1. udgave
- Rytter, Jens Elo (2019): *Individets grundlæggende rettigheder*, Karnov Group, 3. udgave
- Tvarnø, Christina D. og Ruth Nielsen (2017), *Retskilder og retsteorier*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 5. udgave
- Zahle, Henrik (2003): *Dansk forfatningsret 3 – Menneskerettigheder*, Christian Ejlers' Forlag, 3. udgave

## Love, bekendtgørelser, vejledninger og lovforarbejder

### Love

#### Gældende

- LOV nr. 169 af 05. juni 1993 – *Danmarks Riges Grundlov*
- LOV nr. 285 af 29. april 1992 – *Lov om Den Europæiske Menneskerettighedskonvention*
- LBKG nr. 126 af 27. januar 2019 som senest ændret ved lov nr. 727 af 8. juni 2018 – *Tvangsbehandlingsloven*
- LOV nr. 498 af 1. maj 2019 – *Ændring af Serviceloven*
- LBKG nr. 764 af 1. august 2019 som senest ændret ved lov nr. 821 af 9. juni 2020 – *Voksenansvarsloven*
- LBKG nr. 903 af 26. august 2019 som senest ændret ved lov nr. 1184 af 8. juni 2021 – *Sundhedsloven*
- LBKG nr. 936 af 2. september 2019 som senest ændret ved lov nr. nr. 1185 af 8. juni 2021 – *Psykiatriloven*
- LBKG nr. 1445 af 29. september 2020 som senest ændret ved lov nr. 1174 af 8. juni 2021 – *Retsplejeloven*
- LBKG nr. 1647 af 4. august 2021 som senest ændret ved lov nr. 465 af 20. marts 2021 - *Retssikkerhedsloven*
- LBKG nr. 1650 af 17. november 2020 som senest ændret ved lov nr. 1174 af 8. juni 2021 – *Straffeloven*
- LBKG nr. 1548 af 1. juli 2021 – *Serviceloven*
- LBKG nr. 1122 af 28. maj 2021 – *Værgemålsloven*

#### Historisk

- LBKG nr. 581 af 6. august 1998 – *Serviceloven*
- LOV nr. 392 af 2. juni 1999 – *ændringslov*
- LOV nr. 343 af 14. maj 2003 – *ændringslov*
- LOV nr. 573 af 24. juni 2005 – *Serviceloven*
- LOV nr. 408 af 21. april 2010 – *ændringslov*
- LBKG nr. 798 af 7. august 2019 – *Serviceloven*

## Bekendtgørelser

### Gældende

- BKI nr. 34 af 29. april 1980 - *Wienerkonventionen*
- BKI nr. 20 af 15. november 2017 - *Handicapkonventionen*
- BEK nr. 1239 af 22. november 2019 – *Magtanvendelsesbekendtgørelsen*

### Historisk

- BEK nr. 226 af 11. marts 2019 – *Magtanvendelsesbekendtgørelsen*

## Lovforarbejder

### Lovforslag

- L 156, folketingsåret 2018/19 (1. samling)
- L 195, folketingsåret 1998/99
- L 113, folketingsåret 2009/10
- L 106, folketingsåret 2006/07
- L 136, folketingsåret 2002/03

### Andre forarbejder

- Børne- og Socialministeriet, *Afrapportering af serviceeftersyn af magtanvendelsesreglerne* (2018), <https://www.kl.dk/media/15251/serviceeftersynet-af-magtanvendelsesreglerne.pdf> (sidst besøgt den 12. august 2021)

## Vejledninger

### Gældende

- Vejledning nr. 10148 af 14. december 2019 – *Vejledning om magtanvendelse og andre indgreb i selvbestemmelsesretten over for voksne, herunder pædagogiske principper*
- Vejledning nr. 9330 af 23. marts 2019 – *Vejledning om retssikkerhed og administration på det sociale område*

### Historisk

- Vejledning nr. 9043 af 29. januar 2018 - *Vejledning om magtanvendelse og andre indgreb i selvbestemmelsesretten over for voksne, herunder pædagogiske principper*

## Domsregister

### **Ugeskrift for retsvæsen**

- U 1994.677 H
- U 2009.2356 H

- U 1997.521 Ø
- U 2018.1690 H

### Utrykte domme

- Retten i Brønderslev, dom af 7. august 1992

### Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol

- *Amuur v. France* (25/06/1996)
- *Austin and others v. UK* (15/03/2012)
- *Gillan and Quinton v. UK* (12/01/2010)
- *Guzzardi v. Italy* (06/11/1980)
- *Hajibeyli v. Aserbajdsjan* (10/07/2018)

### Ankestyrelsens principmeddelelser

#### Gældende

- C-10-02

#### Historisk

- C-57-10
- C-34-00
- C-49-01
- C-45-04
- C-35-00
- C-14-08

### Øvrige kilder

#### Links

- <https://nyheder.tv2.dk/samfund/2020-07-28-disse-skjulte-optagelser-paa-plejehjem-afsloerer-umenneskelig-behandling-af-90> (sidst besøgt den 12. august 2021)
- <https://www.sundhed.dk/sundhedsfaglig/laegehaandbogen/neurologi/symptomer-og-tegn/delir/> (sidst besøgt den 12. august 2021)

### Bilag

- Anslagsdokumentation