



UIT

NORGES
ARKTISKE
UNIVERSITET

Det juridiske fakultet

Rettssikkerhet ved bruk av tvang og makt overfor mennesker med psykisk utviklingshemming

Helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9

Kristin Moe

Liten masteroppgave i rettsvitenskap vår 2016



1. Innholdsfortegnelse

2. Innledning	4
2.1 Presentasjon av tema og problemstilling.....	4
2.2 Aktualitet.....	6
2.3 Begrepsavklaring.....	7
2.3.1 Psykisk utviklingshemmede.....	7
2.2.2 Tjenestemottakere og tjenesteytere.....	8
2.4 Avgrensninger.....	8
2.5 Den videre fremstilling.....	8
3. Historisk utviklings – veien fram mot kapittel 9.....	9
4. Selvbestemmelse som målsetning.....	11
4.1 Innledning.....	11
4.2 Rett til selvbestemmelse og/eller integritet.....	14
4.3 Begrepet selvbestemmelse.....	15
4.4 Medvirkning og informasjon.....	16
4.5 Blir selvbestemmelsesretten og retten til medvirkning respektert?.....	18
4.6 Paternalisme mot selvbestemmelsesretten.....	21
4.6.1 Legalitetsprinsippets krav om hjemmel.....	23
4.6.2 Hvordan defineres og forstås tvang og makt	26
4.6.3 Vilkår.....	28
4.6.3.1 Andre løsninger må ha blitt prøvd først.....	29
4.6.3.2 Hindre eller begrense vesentlig skade.....	30
4.6.3.3 Nødvendighetsprinsippet.....	31
4.6.3.4 Forholdsmessighetsprinsippet.....	32
4.6.3.5 Faglig og etisk forsvarlig.....	33
4.6.3.6 Situasjoner der tvang og makt kan benyttes.....	36
4.7 Tvang og makt i strid med vilkårene.....	37
5. Kvalifikasjonskravet.....	38
5.1 Innledning.....	38
5.2 Rett til kvalifisert personale.....	39
5.3 Krav om to tjenesteytere.....	40
5.3.1 Unntak fra kra om to tjenesteytere.....	41

5.4	Utdanningskravet.....	42
5.5	Dispensasjon fra utdanningskravet.....	45
5.5.1	Omfanget av dispensasjoner.....	46
5.6	Det overordnede ansvaret ligger hos kommunene.....	48
6.	Avslutning.....	50
7.	Litteraturliste.....	52

Kapittel 2 – Innledning:

2.1 Presentasjon av tema og problemstilling:

Temaet for oppgaven er rettssikkerhet ved bruk av tvang og makt overfor mennesker med psykisk utviklingshemming etter helse- og omsorgstjenesteloven¹ kapittel 9.

Målet med oppgaven er for det første å se hvorvidt bestemmelsene i kapittel 9 ivaretar rettssikkerheten til de utviklingshemmede ved bruk av tvang og makt. De rettslige spørsmålene er her tett knyttet opp mot mer underliggende etiske problemstillinger. Sentralt i oppgaven står således konflikten mellom retten til selvbestemmelse og en mer paternalistisk velferdstankemåte. For det andre er målet med oppgaven å se hva som kreves av kvalifikasjoner hos de som i størst grad anvender helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9, herunder tjenesteyterne. I vår sammenheng vil således relasjonen mellom tjenestemottaker og tjenesteyter være sentral i rettssikkerhetsspørsmålet.

Psykisk utviklingshemming er en samlebetegnelse for flere tilstander, felles for gruppen er at tilstanden innebærer kognitive funksjonsnedsettelse. Mennesker med psykisk utviklingshemming har således ulike individuelle utfordringer når det kommer til å kunne ta vare på seg selv og sin egen helse. Mange har i liten eller ingen grad evner og kunnskaper til å forstå konsekvenser av valg og handlinger de tar. Valgene de tar kan få alvorlige konsekvenser for enkeltindividet og/eller andre mennesker. Tjenesteyterne står således svært sentralt i deres liv og hverdag, og de har fått en sentral stilling etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9. De er de nærmeste til å observere hvorvidt det er behov for bruk av tvang og makt og om tvangsbruken er i samsvar med helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9.

Helselovgivningen, herunder helse- og omsorgstjenesteloven, er i stor grad basert på etiske normer. Etikken minner oss på at det er noen helt grunnleggende verdier i samfunnet som står sentralt og bør beskyttes. Mennesker med psykisk utviklingshemming har som andre rett til selvbestemmelse, personlig frihet, fysisk og psykisk integritet, privatliv, omsorg og helsehjelp. I helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 er kravet til at tjenester skal tilrettelegges i tråd med tjenestemottakeres rett til selvbestemmelse fremtredende. Med dette

¹ Lov av 24-06-2011 nr. 30 Lov om kommunale helse- og omsorgstjenester m.m.

menes at hver enkelt, uavhengig av kunnskaper og evner, har rett til å ta egne valg og bestemme over eget liv. I dette ligger også en rett til å ta dårlige valg og handlinger. Selvbestemmelsesretten er en grunnleggende forutsetning for menneskets frihet.

Et for ensidig forsvar for selvbestemmelsesretten kan imidlertid gå på bekostning av andre helt fundamentale menneskerettigheter. Herunder blant annet retten til verdighet, bevarelse av liv og helbred. Tjenestemottakerne har rett til den hjelpen de har behov for, ikke bare den de kan be om selv. Dette kan innebære at det i enkelte tilfeller er nødvendig å begrense tjenestemottakerens frihet. Til tross for at vi har et grunnleggende ønske om begrense bruken av tvang og makt ses slike inngrep på som en nødvendighet i velferdsstaten.

Hensynet til selvbestemmelsesretten, grunnleggende velferdsgoder og nødvendigheten av makt- og tvangsvedtak stiller oss overfor en verdimessig konflikt hvor de ulike hensyn må veies opp mot hverandre. Det må her foretas et verdivalg mellom ulike alternativer som umiddelbart kan fremstå som mindre gode løsninger. I mange tilfeller vil det være vanskelig å sikre at tjenestemottakernes rettigheter fullt ut blir ivaretatt. Det etiske dilemmaet er om staten kan frata enkeltindividet retten til selvbestemmelse og således retten til fravær av tvang og makt, når alternativet er unnlåte å gi hjelp til noen som har et stort behov for hjelpen – for å bevare et menneskes verdighet, helsetilstand og liv.² Det rettslige spørsmålet går her på hvilket grunnlag og i hvilken utstrekning samfunnet skal ha adgang til å gjøre inngrep i selvbestemmelsesretten uten samtykke og/eller uttrykkelig mot tjenestemottakerens vilje.

Rettsikkerheten vil her stå sentralt og skape debatt. Fokuset på rettsikkerhet kommer tydelig fram i helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 sin kapitteloverskrift: ”Rettsikkerhet ved bruk av tvang og makt overfor enkelte personer med psykisk utviklingshemning”. De elementer av rettsikkerhetsbegrepet jeg søker å belyse i oppgaven, er enkeltindividets vern mot ulovlig inngrep fra forvaltningens side. Dette beror på rettsikkerhetsbetraktninger som legger til grunn at vesentlige inngrep i menneskers rettssfære, ikke skal overlates til forvaltningens skjønnsmessige vurderinger.³ Dette er spesielt viktig hvor styrkeforholdet mellom partene er ekstra stort. Legalitetsprinsippet står her sentralt og betinger at myndighetene må ha hjemmel for å iverksette inngrep overfor borgerne. Det er således viktig

² Idunn, Nordisk tidsskrifter på nett: Gunhild Vesterhus Strand og Børge Hede, ”Behandling under tvang”: <http://docplayer.no/7374940-Behandling-under-tvang.html> (lastet ned 22.04.2016).

³ Ohnstad B. ”Jus eller etikk”. Tidsskrift for Den norsk legeforening 2005 nr. 20: <http://tidsskriftet.no/article/1276810/> (lastet ned 21.04.2016).

med rettslige rammer rundt tvangsbruken. I denne oppgavene vil det særlig være fokus på de materielle reglene som oppstilles ved bruk av tvang og makt, samt de personelle rettssikkerhetsgarantiene som stilles til tjenesteyterne.

2.2 Aktualitet:

Det er flere grunner til at denne problemstillingen er aktuell. For det første at bruken av tvang og makt overfor mennesker med psykisk utviklingshemming har fordoblet seg siden år 2000.⁴ Dette til tross for at intensjonen med helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 er å begrense bruken av tvang og makt. Staten mener at denne økningen i registrerte tvangsvedtak skyldes overgangen fra uregistrert til registrert tvangsbruk.⁵ Norsk Forbund for Utviklingshemmede mener på sin side at økningen viser en reell økning i bruken av tvang og makt overfor mennesker med psykisk utviklingshemming.⁶

For det andre ble det i 2006 gjennomført et landsomfattende tilsyn med kommunene fra helsetilsynet sin side hvor det ble undersøkt om kommunene sikret at det ble lagt til rette for bruk av minst mulig tvang og makt i tjenesteytelsen overfor mennesker med psykisk utviklingshemming.⁷ Ved 44 av de 59 kommunene ble det funnet svikt ved bruken av tvang og makt overfor mennesker med psykisk utviklingshemming. Dette var etter den tidligere sosialtjenesteloven kapittel 4A. Helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 er stort sett en videreføring av kapittel 4A med noen mindre endringer. Det er i 2016 planlagt et nytt landsomfattende tilsyn 10 år etter siste tilsyn som viste at kommunene hadde betydelige utfordringer rundt tolkingen av regelverket, saksbehandling, organisering og kvalitetssikring av tjenestene.

I tillegg ble det avdekket stor mangel på tjenesteytere med tilstrekkelige kvalifikasjoner. Helsetilsynets tilsynsmelding i 2014 viste at det i 1029 av de 1357 godkjente vedtakene ble gitt dispensasjon fra utdanningskravet etter helse- og omsorgstjenesteloven § 9-9 annet ledd

⁴ I kommunens vold: <http://nfunorge.org/no/Om-NFU/NFU-bloggen/I-kommunens-vold/> (lastet ned 31.01.2016).

⁵ Stortingets spørretime den 06.05.2015, spørsmål nr. 11: <https://www.stortinget.no/no/Saker-og-publikasjoner/Sporsmal/Sporretimesporstal/et-sporretimesporstal/?qid=62582> (lastet ned 24.04.2016).

⁶ I kommunens vold: <http://nfunorge.org/no/Om-NFU/NFU-bloggen/I-kommunens-vold/> (lastet ned 24.04.2016).

⁷ Fortsatt svikt ved bruk av tvang i kommunene, landsomfattende tilsyn 2006: https://www.helsetilsynet.no/upload/Publikasjoner/tilsynsmelding/2006/svikt_bruk_av_tvang_kommune.pdf s. 9 (lastet ned 31.01.2016).

første punktum.⁸ Undersøkelsene viser at det fortsatt foreligger stor rettsikkerhetsproblematikk rundt de personelle reglene.

For det fjerde har jeg gjennom studietiden jobbet som assistent i helsetjenesten for mennesker med psykisk utviklingshemming og fått et stort engasjement for denne gruppen. Å jobbe i bolig med heldøgns omsorgstjenester innebærer at tjenesteyterne av og til må utføre tvangsinngrep. Jeg har gjennom egne erfaring opplevd behovet for kunnskap og kjennskap til reglene for bruk av tvang og makt.

2.3 Begrepsavklaring:

Noen begreper som trenger en nærmere avklaring og fastlegging.

2.3.1 Psykisk utviklingshemmede:

Gruppen psykisk utviklingshemmede er ingen enhetlig gruppe. Mennesker med psykisk utviklingshemming er en samlebetegnelse for flere forskjellige klassifiseringer av psykiske lidelser og atferdsforstyrrelser. Reglene i helse- og sosialtjenesteloven kapittel 9 kommer kun til anvendelse for mennesker som har fått stilt diagnosen psykisk utviklingshemming, jf. helse- og sosialtjenesteloven § 9-2 første ledd. I 2010 var det 21000 personer som fikk omsorgstjenester fra kommunene på dette grunnlaget.⁹ I ICD-10 beskrives diagnosen slik:

”Tilstand av forsinket eller mangelfull utvikling av evner og funksjonsnivå, som spesielt er kjennetegnet ved hemming av ferdigheter som manifesterer seg i utviklingsperioden, ferdigheter som bidrar til det generelle intelligensnivået, f.eks kognitive, språklige, motoriske og sosiale. Utviklingshemming kan forekomme med eller uten andre psykiske og somatiske lidelser.”¹⁰

Graden av psykisk utviklingshemming deles normalt inn etter følgende evnenivå: Lett psykisk utviklingshemming, moderat psykisk utviklingshemming, alvorlig psykisk

⁸ Helsetilsynets tilsynsmelding 2014, s. 42.

⁹ Store norske leksikon: <https://snl.no/utviklingshemning> (lastet ned 18.04.2016).

¹⁰ ICD-10: Den internasjonale statistiske klassifikasjonen av sykdommer og beslektede helseproblemer 2015, s. 192.

utviklingshemming, dyp psykisk utviklingshemming, annen psykisk utviklingshemming og uspesifisert psykisk utviklingshemming.¹¹

2.3.2 Tjenestemottaker og tjenesteyter:

Jeg kommer til å bruke begrepet tjenestemottaker og psykisk utviklingshemmede om hverandre i oppgaven. Med tjenestemottaker forstås mennesker med psykisk utviklingshemming som mottar tjenester etter helse- og omsorgstjenesteloven, og den det fattes tvangsvedtak overfor.

De som arbeider ved de kommunale bofellesskapene omtales i lovverket som tjenesteytere og det er denne begrepsbruken jeg kommer til å benytte meg av i oppgaven. Med tjenesteyter forstås den som yter tjenestene etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 og som eventuelt gjennomfører inngrep som tvang og makt overfor den psykisk utviklingshemmede.

2.4 Avgrensninger:

Oppgaven omhandler bruk av tvang og makt overfor mennesker med psykisk utviklingshemming. Andre pasientgrupper som også kan omfattes av lovverket vil ikke behandles nærmere. Helse- og omsorgstjenesteloven gjelder for alle mennesker, både de under og over 18 år. Oppgaven vil jeg avgrense mot de under 18 år, fordi det da vil komme inn andre spørsmål som måtte besvares, slik som for eksempel alminnelig grensesetting.

I oppgaven vil jeg som nevnt gå inn på både de materielle og personelle kravene som stilles. Jeg avgrenser oppgaven mot saksbehandlingsreglene og de klage- og kontrollmuligheter som oppstilles etter kapittel 9.

2.5 Den videre fremstilling:

I neste kapittel gjøres det nærmere rede for prosessen som ledet fram til lovregulering av tvang og makt overfor mennesker med psykisk utviklingshemming.

I kapittel 4 drøftes det verdimeslige grunnlaget for bruk av tvang og makt overfor utviklingshemmede. Her tas det utgangspunkt i selvbestemmelsesretten som målsetning med loven og om dette er et rettsgode som bare innehas av psykisk utviklingshemmede som

¹¹ ICD-10: Den internasjonale statistiske klassifikasjonen av sykdommer og beslektede helseproblemer 2015, s. 193 punkt F70-F79.

oppfyller visse krav. Videre tar kapitlet for seg paternalismen som åpner opp for å gjøre inngrep i selvbestemmelsesretten og . Hensikten med den videre drøftingen er å gi en nærmere redegjørelse av hva som ligger i begrepet selvbestemmelse, som er en sentral menneskerettighet og rettighet etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9. I denne sammenheng holder det ikke med kun en juridisk avgrensning. Vi må i tillegg trekke inn den moralfilosofiske tankegang som et viktig referansepunkt.¹² Videre blir paternalisme drøftet som argument for å gjøre inngrep i selvbestemmelsesretten. Deretter behandles legalitetsprinsippet og de vilkår som er oppstilt i helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9. Utgangspunktet for drøftelsene har her vært den rettsdogmatiske metode.

I kapittel 5 vil det bli gått igjennom hva som kreves av personelle krav, herunder krav til kvalifikasjoner og utdanning, ved inngrep som bruk av tvang og makt. Det blir her særlig gått inn på dispensasjonsadgangen fra utdanningskravet. Drøftingene vil foretas i lys av den retts sosiologiske metode, hvor det blir gått inn på hvordan reglene fungerer i praksis.

Kapittel 3 – Historisk utvikling – veien fram mot kapittel 9:

Livskvaliteten og rettssikkerheten til mennesker med psykisk utviklingshemming i Norge har de siste tiårene gjennomgått store endringer. Utviklingen av omsorgen for psykisk utviklingshemmede startet i liten grad før etter annen verdenskrig.¹³ I 1889 ble pleie- og aldershjemmet Emma Hjort opprettet, som det første i landet.¹⁴ Pleiehjemmet ble i 1915 overtatt av staten og i årene etter ble det satt opp noen flere statlige pleiehjem. Det var imidlertid ikke før etter annen verdenskrig at institusjonsbyggingen ble satt i gang for fullt. Institusjonstiden var preget av en tid hvor psykisk utviklingshemmede ikke hadde samme rettigheter som resten av samfunnet og der holdningene til denne gruppen mennesker var dårlige. De psykisk utviklingshemmede ble sett på som mindreverdige individer og fram til slutten av forrige århundre var de en gruppe mennesker som i stor grad var rettsløse.¹⁵ Det var ingen kontroll med institusjonene fra myndighetenes side, og det fantes ikke lovverk som regulerte bruken av tvang og makt overfor disse menneskene.

¹² Østenstad (2011), s. 94.

¹³ Tøssebro, 1992a.

¹⁴ Syse (1996), s. 72.

¹⁵ Syse (1996), s. 88.

På slutten av 1900-tallet ble det rettet sterk kritikk mot forholdene innen helsevernet for psykisk utviklingshemmede (også kalt HVPU). Kritikken kom både fra pårørende, Norsk Forbund for psykisk utviklingshemmede, brukere og ansatte innen sektoren.¹⁶ I media kom det i tillegg påstander om overgrep av forskjellige slag. En av de mest kjente og omtalte sakene var i 1974 gjennom Gro-saken. Gro-saken ble kjent gjennom dagbladets artikler skrevet av Arne Skouen som avslørte mishandling som en del av en adferdsterapeutisk behandling.¹⁷ Behandlingen bestod i praksis av slag, spark og bruk av reimer. Som følge av blant annet Gro-saken og den sterke kritikken som hadde kommet fra flere hold ble Lossius-utvalget nedsatt og de la frem sin innstilling i oktober 1985 (NOU 1985: 34 Levekår for psykisk utviklingshemmede). Utvalget foreslo at HVPU (Helsevernet for psykisk utviklingshemmede) burde avvikles.¹⁸ Bakgrunnen for forslaget var at utvalget etter omfattende undersøkelser kunne vise til at bo- og leveforholdene for psykisk utviklingshemmede i institusjonene var uakseptable. De mente at det hadde vært og fortsatt var betydelige rettssikkerhetsproblemer ved HVPU-institusjonene.¹⁹ Nye regler skulle gi økt rettssikkerhet for utviklingshemmede. De mente at psykisk utviklingshemmede fikk langt dårligere behandling og omsorg under HVPU-institusjonene enn dersom det ble organisert på en annen måte. Sosialdepartementet fulgte i St.meld. nr. 67 (1986-87) opp utvalgets innstilling. Fra 1. Januar 1990 skulle ansvaret legges fra det fylkeskommunale HVPU til kommunenes omsorgstjenester/apparater.²⁰ Kommunene fikk heretter ansvaret for bo- og tjenestetilbudene til psykisk utviklingshemmede. På bakgrunn av utredningen i NOU 1991: 20 utarbeidet Sosial- og helsedepartementet i november 1994 et høringsnotat med lovforslag om anvendelsen av tvang og makt overfor mennesker med psykisk utviklingshemming.²¹ Lovforslaget ble vedtatt 19. Juli 1996 med en funksjonstid på tre år fra ikrafttredelsen 1. Januar 1999. Etter funksjonstiden på tre år ble virketiden utvidet med to år, og bestemmelsene ble vedtatt på permanent basis som kapittel 4A i sosialtjenesteloven gjeldende fra 2004. Lovreglene utgjorde en enorm styrking av rettsikkerheten, da det tidligere ikke fantes egne tvang- og maktbestemmelser for mennesker med psykisk utviklingshemming. Formålet med kapittel 4A var å hindre at personer med psykisk utviklingshemming utsetter seg selv eller

¹⁶ NOU 1985: 34, s. 7.

¹⁷ Gro-saken, Dagbladet: <http://www.dagbladet.no/nyheter/1998/09/18/131516.html> (lastet ned 21.01.2016).

¹⁸ NOU 1984: 34.

¹⁹ NOU: 1991: 20, s. 1.

²⁰ St.meld. nr. 67 (1986-86) s. 8.

²¹ Ot.prp. nr. 58 (1994-1995), punkt 1.2.1.

andre for vesentlig skade. Bestemmelsene skulle bidra til å fastsette faste prosedyrer for lovlige fattede vedtak og bidra til å regulere den nødvendige maktbruken. Videre bestemte Stortinget at lovkapitlet skulle underlegges en omfattende regulering etter tre års tid.

1. januar 2012 trådte den nye helse- og sosialtjenesteloven kapittel 9 i kraft. Kapittel 9 er en videreføring av sosialtjenesteloven kapittel 4A med noen mindre endringer. Området har alltid hatt stor mangel på autorativt rettskildemateriale, både formell lovgivning og praksis fra Høyesterett. Tvang og makt er nå regulert gjennom formell lovtekst og må sies å ha bidratt til en sterk økning i rettssikkerhet til de utviklingshemmede. Det er fortsatt et problem at det ikke finnes noe særlig Høyesterettspraksis på området. Det vil derfor i oppgaven ikke bli vist til rettspraksis på området. Det finnes noen avgjørelser fra Fylkesnemndene, men tallet er også her lite.

Kapittel 4 – Selvbestemmelse som målsetning:

4. 1 Innledning:

Selvbestemmelse er et annet ord for autonomi. Autonomi er satt sammen av ordene ”autos” og ”nomos”, som betyr selv og regel.²² Med dette menes en som lever etter sine egne regler og lover. Begrepet blir innen moralfilosofien forklart som en persons evne til selv å bestemme over egne handlinger og grunnlaget bak handlingene, uavhengig av påvirkning utenfra. Jeg vil i utgangspunktet bruke ordet selvbestemmelse, fordi dette begrepet er mest brukt i juridisk sammenheng. Begrepet autonomi vil imidlertid bli brukt under den moralfilosofiske gjennomgangen.

Retten til selvbestemmelse står sterkt både i norsk lovgivning og i menneskerettighetene. Det er en grunnleggende menneskerettighet å ha frihet og selvbestemmelse.

Selvbestemmelsesretten er hjemlet i Grunnloven²³ § 102, EMK²⁴ art. 8 og ytterligere presisert i FN konvensjonen om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne. I tillegg er

²² Østenstad (2011) s. 97.

²³ Kongerikets Norges Grundlov av 17 mai 1814.

²⁴ Den europeiske menneskerettskonvensjon med protokoller (norsk oversettelse) Konvensjon 3. September 1953 om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter.

uttrykket hjemlet i norske særlover, blant annet i straffeloven²⁵, psykisk helsevernloven²⁶ og helse- og omsorgstjenesteloven. I helse- og omsorgstjenesteloven kommer selvbestemmelsesretten særlig til uttrykk gjennom bestemmelsene §§ 9-1, 9-3 og 9-7.

Retten til selvbestemmelse kan i følge Syse også ses på som deler av et utvidet rettssikkerhetsbegrep.²⁷ Selvbestemmelse er nært knyttet opp mot menneskeverdet.²⁸ Menneskeverdet er uttrykk for bestemte grunnrettigheter som alle mennesker har uavhengig av funksjonsevnen. Ethvert menneske har således rett til respekt for grunnleggende rettigheter, herunder selvbestemmelsesretten. Selvbestemmelsesretten kan imidlertid ikke trekkes for langt. Mange psykisk utviklingshemmede evner ikke å forstå konsekvensene av handlinger og valg de tar i eget liv. Hensynet til menneskeverdet kan her stå som argument for å gjøre inngrep i retten til selvbestemmelse, fordi andre viktige rettigheter står i fare for å bli krenket dersom aktive handlinger ikke blir satt i gang. Med andre ord kan rettssikkerheten stå som argument for selvbestemmelse, men også som argument for å kunne gjøre inngrep i visse rettigheter.

I NOU 1991: 20 punkt 2.1 blir rettssikkerhet definert på følgende måte:

”Rettssikkerhet er normer for et forhold mellom den offentlige forvaltning og private rettssubjekter, som åpenbarer seg gjennom lov, forskrift, retningslinjer eller ulovfestede rettsprinsipper, og som har som formål å sikre den private part fundamentale rettsgoder, rettigheter og menneskeverd gjennom riktige forvaltningsavgjørelser.”²⁹

Kjernen i rettssikkerhetsbegrepet kan her sies å være at individet skal vernes mot overgrep og vilkårlighet fra det offentlige side. Dette skal sikres ved at inngrep fra det offentlige skjer på en måte og med et innhold som gjør at mennesker kan forutberegne sin rettsstilling.

Rettssikkerhetsbetraktninger skal her sikre at inngripende tiltak og beslutninger som griper

²⁵ Lov av 20 mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven).

²⁶ Lov av 2 juli 1999 nr. 62 om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern (psykisk helsevernloven).

²⁷ Syse (1996), s. 37.

²⁸ Syse (1995) s. 161.

²⁹ NOU 1991: 20, punkt 2.1.

inn i selvbestemmelsesretten, samt andre rettigheter, ikke overlates til forvaltningens skjønnsmessige vurderinger.³⁰

Begrepet rettssikkerhet kan gjerne deles i to hovedbetydninger; rettssikkerhetskrav og rettssikkerhetsgarantier. Rettssikkerhetskravene dreier seg om krav til rettsriktige avgjørelser. Begrepet rettssikkerhetskrav kan igjen deles i formell og materiell rettssikkerhet. Formell rettssikkerhet innebærer at avgjørelsen er i samsvar med gjeldende rett. Hva som er gjeldende rett må tolkes ut fra lov, forskrift, instruks, reglement eller veiledende retningslinjer.³¹ Materiell rettssikkerhet stiller krav til at avgjørelsen er i samsvar med grunnleggende rettigheter og hensynet til menneskeverdet.

Rettssikkerhetskravene må ses i sammenheng med rettssikkerhetsgarantiene. Rettssikkerhetsgarantiene skal sikre at rettssikkerhetskravene blir oppfylt og at prosessen omkring disse er forsvarlige og trygge. Legalitetsprinsippet er her en nødvendig forutsetning for riktige avgjørelser. Andre rettssikkerhetsgarantier som viser seg i helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 er kommunenes saksbehandling, fylkesmannens automatiske overprøving samt tingrettens overprøving, tilsynsordninger og klageadgangen i § 9-11. I tillegg stilles det krav til gjennomføring og evaluering. I dette ligger det blant annet en rett til kvalifisert personale ved gjennomføring av tvangstiltak.

I denne oppgaven vil det være hovedfokus på de formelle og materielle rettsreglene. Det tas utgangspunkt i retten til selvbestemmelse og hva som skal til for å gjøre inngrep i denne retten, herunder hvordan reglene om tvang og makt skal forstås etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9. Det er som nevnt tjenesteyterne som står nærmest til å sikre rettssikkerheten hos de utviklingshemmede, da det er først og fremst de som tolker loven og gjør tvangsinngrep. Dette samsvarer med det lave antallet mottatte klager på tvangsvedtak fra psykisk utviklingshemmede.³² Formelt sett har mennesker med psykisk utviklingshemmede klageadgang, men reelt vil de som eventuelt har rett til å klage ikke være i stand til å gjøre dette. I vår sammenheng omhandler således rettssikkerheten i stor grad relasjonene mellom tjenestemottaker og tjenesteyter. I oppgaven vil det dermed også være fokus på de personelle

³⁰ Ohnstad B. "Jus eller etikk?". *Tidsskriftet for Den norske legeforening* 2005 (nr. 20) <http://tidsskriftet.no/article/1276810/> (lastet ned 14.04.2016).

³¹ NOU 1991: 20, punkt 2.2.

³² 14 klager av i alt 1493 vedtak om tvang i 2011, mens det var 16 klager av i alt 1560 vedtak om tvang i 2012, jf. helsetilsynets landsomfattende tilsyn i 2011 og 2012.

regler, som krever at de som treffer avgjørelser består av personer med god faglig og etisk innsikt. Tvang og makt er inngripende tiltak og stiller således høyere krav til rettssikkerheten.

4.2 Rett til selvbestemmelse og/eller integritet:

Bestemmelsen i hol. § 9-1 annet ledd nevner i samme setning både respekt for den fysiske og psykiske integritet, og selvbestemmelse som rettigheter etter kapittel 9. Hva som skiller integritet fra begrepet selvbestemmelse kan være noe uklart. Syse skiller mellom integritet og selvbestemmelse på denne måten:

”Ufødt liv og nylig døde har krav på integritet, men ikke autonomi. Integritet kan ikke avledes fra autonomi, og autonomi kan ikke avledes fra integritet.”³³

Utgangspunktet er at integritetsvernet vil være det samme for alle mennesker. Mens selvbestemmelsesretten ikke kan gis full gjennomslagsrett, da dette også kan komme i konflikt med andres menneskers selvbestemmelse. Ikke alle har de samme forutsetningene for å kunne ta valg og vite konsekvensene av valgene de tar. Prinsippet om å respektere et menneskes integritet kan således ses som et videre prinsipp enn hensynet til menneskets rett til selvbestemmelse.³⁴

Nilstun og Tranøy er noen blant teoretikerne som er av en annen oppfatning når det gjelder sammenhengen mellom selvbestemmelse og integritet.³⁵ Ifølge Nilstun³⁶ kan ikke integritetsprinsippet ses på som et selvstendig overordnet prinsipp. Tranøy³⁷ oppstiller selvbestemmelsesprinsippet og integritetsprinsippet hver for seg, han understreker samtidig at de er nært forbundet med hverandre.

En krenkelse i selvbestemmelsesretten vil normalt også innebære en integritetskrenkelse. Ordlyden i § 9-1 annet ledd taler imidlertid for at integritetsprinsippet og selvbestemmelsesretten skal ses hver for seg. Selvbestemmelsesretten skal beskytte individets rett til å ta egne valg. Integritetsvernet skal på sin side verne individets ukrenkelighet og verdighet. I oppgaven skiller det dermed mellom selvbestemmelse og integritet.

³³ Syse (1995) s. 415.

³⁴ Syse (1995) s. 160.

³⁵ Syse (1995) s. 415.

³⁶ Nilstun (1994), s. 42.

³⁷ Tranøy (1994), s. 33-41.

4.3 Begrepet selvbestemmelse:

Hol. § 9-1 andre ledd presiserer at tjenestetilbudet ”så langt som mulig” skal gjennomføres i overensstemmelse med brukerens selvbestemmelse. Bestemmelsen fastslår at psykisk utviklingshemmede som hovedregel har rett til selvbestemmelse.

Ordlyden ”så langt som mulig” tilsier imidlertid at retten til selvbestemmelse ikke er absolutt. Det kan her være andre hensyn som taler mot selvbestemmelsesretten, som med andre ord gjør det legitimt å gjøre inngrep i selvbestemmelsesretten. Jeg kommer nærmere inn på dette under punkt 4.6, som går på at omsorgsretten er en paternalistisk begrunnet ideologi.

Med selvbestemmelse menes frihet til å bestemme selv og treffe valg av betydning for eget liv.³⁸ En rettighet de fleste tar for gitt, men som for mange blir krenket hver eneste dag. Det dreier seg ikke kun om å kunne ta de store valgene i livet, slik som å kjøpe hus, hytte og bil osv. Å bestemme selv dreier seg like mye om de hverdagslige valgene man tar og som i stor grad påvirker den enkeltes liv. Det kan være å bestemme om man vil pusse tennene, om man vil dusje, hvilke klær personene ønsker å ha på, døgnrytmen eller hvilke aktiviteter personen ønsker å være med på. Dette er valg som angår en persons daglige liv og som alle har rett til å ta selv som følge av selvbestemmelsesretten.

En må her være varsom med å bruke utviklingshemningen som et argument for å kunne anvende makt og tvang i situasjoner man selv mener er dårlige valg. Valg som for andre fremstår som lite gjennomtenkte og fornuftige. Ethvert myndig menneske har rett til å treffe beslutninger om seg selv og sitt eget liv.

Det nærmere innholdet av selvbestemmelsesretten har det imidlertid vært delte meninger om. Diskusjonen går på om det er menneskets evne til å være autonom som er avgjørende. Her oppstår det imidlertid et problem for de som ikke har disse evnene. Forståelsen av begrepet knytter seg til den forstandsmessige fungering for at noen skal regnes for autonom. Østenstad viser til at det har vært vanlig å bruke begrepet kvalifisert autonomi.³⁹ Det kvalifiserte autonomibegrepet fokuserer på personens egne evner og kompetanse til å vurdere hva som er gode handlinger for en selv.

³⁸ Store norske leksikon: <https://snl.no/selvbestemmelsesrett> (lastet ned 22. Februar 2016).

³⁹ Østenstad (2011), s. 98-104.

Ifølge Østenstad er både Dworkin og Tranøy eksempler på moralfilosofier som operer med det kvalifiserte autonomibegrep.⁴⁰ Dworkin mener det er mulig å miste autonomien. Tranøy definerer autonomi som en rett alle voksne og moralsk myndige personer har. Autonomi er altså ikke noe mennesket automatisk har, men noe en må kvalifisere seg til. Det må legges vekt på personens egne evner til å vurdere og ta ansvar for eget liv og eget beste.

Kvalifisert autonomi må sies å være problematisk for de menneskene som ikke fremviser sin autonomi i sin atferd. Psykisk utviklingshemmede er en gruppe som i ulik grad har mulighet til å ivareta sin rett til selvbestemmelse. På grunn av diagnosen psykisk utviklingshemming er dette en gruppe som i større eller mindre grad mangler evnen til å forstå konsekvensene av handlinger og valg de tar. Er det dermed sagt at de ikke skal ha rett til selvbestemmelse, fordi de ikke selv klarer å ta vare på rettighetene sine? Følger en det kvalifiserte autonomibegrepet vil det ekskludere de psykiske utviklingshemmede fra å ha en selvbestemmelsesrett. Det kvalifiserte autonomibegrepet er med på å legitimere bruk av tvang og makt samt gjøre det mindre betenkelig med slik bruk overfor mennesker med psykisk utviklingshemming. Selvbestemmelsesretten bør gjelde uavhengig av menneskets evne til å hevde retten. Det bør være en selvfølge at alle mennesker uansett kvalifikasjoner har samme verdi, og de samme rettighetene. Dette følger av begrepet menneskeverd, som er den iboende verdien av å være et menneske. På bakgrunn av dette må det kvalifiserte autonomibegrepet forkastes.

Det er imidlertid vanskelig å unngå det faktum at mange mennesker med psykisk utviklingshemmede har begrensede evner til å ta omsorg for seg selv og å ivareta egne interesser. Dette legger således et stort ansvar på tjenesteyterne, slik at de kan hjelpe de å ivareta denne rettigheten. Her står en overfor situasjoner hvor det ofte ikke er rimelig å anta at et menneske med psykisk utviklingshemming kan handle med full autonom frihet, på grunn av den manglende evnen til å tenke rasjonelt. Her vil en bli stilt overfor mange vanskelige dilemmaer i forhold til utviklingshemmedes selvbestemmelsesrett. Selvbestemmelsesretten kan representere et problem for de psykisk utviklingshemmede, enten det blir for mye frihet eller for lite av det.

4.4 Medvirkning og informasjon:

⁴⁰ Østenstad (2011) s. 98, Dworkin (1993) s. 225 og Tranøy (2005) s. 32.

Retten til medvirkning, også kalt brukermedvirkning, følger av hol. § 9-3 første ledd. Prinsippet er også nedfelt i pasient- og brukerrettighetsloven⁴¹ § 3-1 og arbeids- og velferdsforvaltningsloven⁴² i § 8-4. Brukermedvirkning regnes i dag for å ha status som et helse- og sosialrettslig grunnprinsipp og kan skje på ulike nivå; enten gjennom medvirkning i politiske spørsmål, påvirkning på systemnivå eller individnivå.⁴³ Det aktuelle i denne oppgaven er å se på medvirkning på individnivå.

Formålet bak brukermedvirkning er blant annet å komme fram til frivillige løsninger, for på den måten å unngå bruk av tvang og makt. Dette samarbeidet kan bli vanskeliggjort av at tjenestemottaker ikke forstår konsekvensene av egne valg og handlinger, og ved at han/hun ikke ønsker å ta i mot hjelp. Dersom tvang og makt er nødvendig av ulike årsaker, kan samarbeidet mellom tjenesteyter og tjenestemottaker føre til at det minst inngripende tiltaket blir valgt. Hva som anses som inngripende tiltak er svært individuelt. Brukermedvirkning skal bidra til at tjenesteyterne lytter til brukerens egne meninger, perspektiver og erfaringer, og lar dette prege utformingen av hjelpen. Det handler om å bli sett og respektert, noe som har stor betydning for opplevelsen av tjenestetilbudet. Brukermedvirkning har en åpenbar egenverdi i at mennesker som trenger hjelp og omsorg får dette, samtidig som hjelpen blir gitt på deres egne premisser.

Hol. § 9-3 tredje ledd fastslår at tjenestetilbudet så langt som mulig skal utformes ”i samarbeid med brukeren eller pasienten”. Innholdet i medvirkningsbegrepet er ikke umiddelbart innlysende. På helse- og omsorgsdepartementets hjemmesider blir brukermedvirkning definert slik: ”Brukermedvirkning innebærer at tjenesten benytter brukerens erfaringer med helsetjenesten for å kunne yte best mulig hjelp. Et viktig mål er at brukermedvirkning skal bidra til kvalitet på tjenestene og at brukeren har økt innflytelse på egen livskvalitet. Brukermedvirkning betyr ikke at behandleren fratras sitt faglige ansvar.”⁴⁴

Det ligger altså en plikt for tjenesteyterne i å forsøke å samarbeide med tjenestemottakeren ved utforming tvangstiltak. Brukeren må altså få anledning til å gi uttrykk for sitt syn, slik at

⁴¹ Lov av 2 juli 1999 nr. 63 om pasient- og brukerrettigheter.

⁴² Lov av 18 desember 2009 nr. 131 om sosiale tjenester i arbeids- og velferdsforvaltningen.

⁴³ Østenstad (2011) s. 481.

⁴⁴ Helse- og omsorgsdepartementets hjemmeside – Artikkel om brukermedvirkning:

<https://www.regjeringen.no/no/tema/helse-og-omsorg/sykehus/prioriterte-utviklingsomrader/brukermedvirkning/id536803/> (lastet ned 16.03.2016).

de kan komme fram til individuelt tilpassede løsninger. Det er viktig å skille mellom begrepene selvbestemmelse og medvirkning. Brukermedvirkning betyr ikke at bruker selv kan bestemme, slik som menes med selvbestemmelse. Det er likevel nær sammenheng mellom begrepene. Medvirkning bygger på at man skal ha respekt for den enkeltes selvbestemmelse og integritet, ved at tjenesteyterne involverer brukeren i prosessen fra mot vedtakelsen av tvangsvedtaket.⁴⁵

Ordlyden ”i samarbeid med” tilsier at vi er på et område der det eksisterer en hierarkisk struktur, enten sosialt eller rettslig, som innebærer at noen bestemmer over andre.⁴⁶ Juridisk sett vil den alminnelige forutsetning for medvirkningsprinsippet således si at den formelle bestemmelsesrett ligger hos noen andre.⁴⁷ Premissene for samarbeidet blir altså kontrollert av tjenesteyterne og at retten til å medvirke beror på mulighetene tjenestemottakeren har til å påvirke innholdet av tvangsvedtaket som treffes av andre.

Videre sies det i bestemmelsens andre ledd at ”Brukeren, pasienten, pårørende og verge skal høres” før det blir truffet tvangsvedtak etter kapitlet. Det presiseres her at retten til å bli hørt ikke bare gjelder tjenestemottakeren selv, men også pårørende, verge og hjelpeverge. I tillegg skal de samme personene få tilstrekkelig informasjon om adgangen til ”å uttale seg i saker som skal overprøves, klageadgang og adgangen til å bringe vedtaket inn for tilsynsmyndighet og tingretten”.

Brukermedvirkning henger nært sammen med retten til å bli hørt og retten til informasjon. Retten til å bli hørt og retten til informasjon er nedfelt i bestemmelsens andre ledd. Her blir det uttalt at tjenestemottaker skal bli hørt før det treffes vedtak om bruk av makt og tvang. I tillegg skal tjenestemottaker bli gitt informasjon om hvilke muligheter han/hun har til å uttale seg i saker som overprøves, hvilke klagemuligheter tjenestemottaker har til fylkesnemnda og videre til tingretten dersom det skulle bli aktuelt.⁴⁸ Med rett til å bli hørt, menes en plikt fra tjenesteyternes side til å legge vekt på meningene til den tjenestemottakeren.

4.5 Blir selvbestemmelsesretten og retten til medvirkning respektert?

⁴⁵ Prop. 91 L (2010-2011) punkt 30.2.1.

⁴⁶ FAB 2008-1, s. 17.

⁴⁷ FAB 2008-1, s. 17.

⁴⁸ Rundskriv IS-10/2015, s. 63.

Både EMK og FN-konvensjonen om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne slår fast at selvbestemmelse er en grunnleggende menneskerettighet. Med dette menes en plikt for myndighetene til å ta vare på denne retten. Myndighetene er også forpliktet til å samarbeide med tjenestemottakerne ved gjennomføring av tvangsvedtak. Spørsmålet blir her om selvbestemmelsesretten og retten til brukermedvirkning blir ivaretatt i praksis. Stortingsmelding nr. 40 (2002-2003) fremhever at det har vært liten tradisjon for å arbeide med selvbestemmelse for mennesker med psykisk utviklingshemming i Norge. Samordningsrådet (SOR) har siden 1999 drevet prosjektet ”Selvbestemmelse og brukermedvirkning for utviklingshemmede”. Prosjektet fikk økonomisk støtte fra Sosial- og Helsedepartementet og kan tyde på at myndighetene ønsket en spesiell satsing på området.

Södersröm og Tøssebro kom i 2011 med rapporten ”Innfridde mål eller brutte visjoner?”.⁴⁹ Rapporten omhandler hovedtrekkene i utviklingen av levekår og tjenester for utviklingshemmede siden HVPU-reformen på begynnelsen av 1990-tallet, hvor de blant annet ser på selvbestemmelsesretten. Undersøkelsene rapporten baserte seg på ble gjort i 1989 (like før HVPU-reformen), 1994 (like etter avviklingen av HVPU), 2001 og 2010. Fra 1989 til 1994 var det en sterk økning i deltakelsen på beslutninger i hverdagen, økningen var noe svakere fra 1994 til 2001. Fra 2001 til 2010 viser undersøkelsene at tallene for deltakelse i egen hverdag har gått til tilbake til nivået fra 1994. Dette til tross for at det har vært et større fokus generelt på begrepene medvirkning og selvbestemmelse. Årsaken til mangel på selvbestemmelse og medvirkning ble i rapporten begrunnet i organisatoriske forhold, slik som turnus og rutiner. I tillegg ble manglende selvbestemmelse og medvirkning begrunnet i at mange ikke er i stand til å uttrykke egne ønsker.

I 2015 ble en ny forskningsrapport fra Nasjonalt kompetansemiljø om utviklingshemming (Naku) offentliggjort. I rapporten ble de psykisk utviklingshemmede selv spurt om bruk av makt og tvang – og om mangelen på selvbestemmelse. Formålet med rapporten var å finne ut hvordan de psykisk utviklingshemmede opplevde inngrep som makt og tvang. Forskning knyttet til mennesker med psykisk utviklingshemming har stort sett dreid seg om undersøkelser basert på informasjon gitt av ansatte, familie eller observasjoner.⁵⁰ Det har i

⁴⁹ Söderström, Sylvia, Innfridde mål eller brutte visjoner?:

<http://www.asvl.no/filestore/RapportInnfriddemlWEB-utgave.pdf> (lastet ned 17.03.2016).

⁵⁰ Selvbestemmelse og bruk av tvang og makt. En studie på oppdrag fra Barne- ungdoms- og familiedirektoratet: [http://naku.no/sites/default/files/files/NAKU_tvang&makt_ferdig2_skjerm\(1\).pdf](http://naku.no/sites/default/files/files/NAKU_tvang&makt_ferdig2_skjerm(1).pdf) (lastet ned 1.05.2016), s. 4.

liten grad blitt satt fokus på hva de utviklingshemmedes egne meninger og tanker omkring maktbruken har vært. Dette gjelder både internasjonalt og nasjonalt. Deltakerne i rapporten var alle voksne mennesker over 18 år. Informantene hadde erfaringer med vedtak som omfattet bruk av tvang og makt i form av fysisk tvang (herunder fysiske tiltak som holdning, nedlegging og isolasjon) for å hindre vesentlig skade og/eller vedtak som gjaldt tilbakeholdelse av matvarer. Det var få eller ingen av deltakerne som hadde deltatt i utformingen av vedtak om bruk av tvang og makt. Kommunene fattet ofte vedtak og snakket med personen etter at vedtaket var godkjent. Det var uklart for stort sett alle informantene at det å bestemme selv er en rettighet i form av et retts gode.

I henhold til den tidligere sosialtjenesteloven § 6A-14 ble det nedsatt en rådgivende gruppe. Rådets oppgaver ble i bestemmelsen omtalt slik: ”En rådgivende gruppe skal følge med i hvordan loven praktiseres og vurdere praksis i forhold til rettssikkerhetsspørsmål og den faglige utviklingen. Departementet skal oppnevne medlemmer til gruppen og gi nærmere retningslinjer for gruppens arbeid.” I 2001 kom det en rapport om rådets erfaringer med tvangsbestemmelsene de tre årene loven hadde vært i gang.⁵¹ Når det kom til samarbeid og medvirkning erfarte rådet at mange fylkesmenn ikke innhentet tjenestemottakeres synspunkter før de godkjente vedtak og at disse synspunktene heller ikke framgikk av vedtakene. Dette til tross for at det i mange tilfeller burde ha blitt gjort. Bakgrunnen for at fylkesmannen ikke hadde innhentet synspunktene til de psykisk utviklingshemmede var begrunnet i at fylkesmannen forutsatte at vedkommende uansett ikke hadde evner til å danne egne synspunkter og til å forstå hva saken handlet om. Fylkesmannen mente derfor at det ikke medførte en saksbehandlingsfeil at slike synspunkter ikke hadde blitt innhentet.

I 2011 ble vedtak etter sosialtjenesteloven kapittel 4A gjennomgått.⁵² Her ble det også vist til at tjenestemottaker, pårørende og/eller verge sine synspunkter og uttalelser i liten grad var tatt med i fylkesmannens vedtak. Fra år 2001 hadde det altså ikke skjedd store forbedringer på dette området. Det er bekymringsfullt at det ikke blir gjort endringer når undersøkelser viser at lovverket ikke blir fulgt.

⁵¹ SOR rapport nr. 6 (2002): http://www.samordningsradet.no/sitefiles/4055/Arkiv_Rapport/Artikler/2001/Syse_og_Roed_Radet_for_vurdering_av_praksis_og_rettssikkerhet_6_01.pdf (lastet ned 20.03.2016)

⁵² Bjerkan (2011), s. 67.

Praksis kan altså tyde på at verken retten til selvbestemmelse eller medvirkning blir ivaretatt. Selv mener jeg det er kritikkverdig at mennesker med psykisk utviklingshemming ikke blir hørt i saker som angår dem selv, da det er de som er nærmest til å kunne fortelle hvordan de selv opplever tjenestene i praksis. Brukerne er de som kan komme med de beste forslagene til hvordan tjenestene på best mulig måte kan forbedres. Det er individuelt hvordan man ser og opplever tjenestene og tvangstiltaket.

Mange har imidlertid ikke evner til å forstå eller uttale seg om det aktuelle spørsmålet, og spørsmålet er da om man skal bruke ressurser og tid på å høre på tjenestemottakeren likevel. Personlig mener jeg det har en egenverdi å bli hørt, det kan gi tjenestemottakeren en følelse av å få medvirke i eget liv. Det handler om å vise respekt for enkeltmennesket og la det føle seg sett. Dette kan ha mye å si for selvbildet og opplevelsen av tjenestetilbudet, som igjen kan føre til at de psykisk utviklingshemmede har lettere for å akseptere tvangstiltaket. En nyere samarbeidsstudie mellom Norge og Danmark viser aktualiteten i dette. Studien fant at der hvor de psykisk utviklingshemmede fikk være med i utforming av vedtak, bestemme husordensregler på avdelingen og ble informert om hva som ble skrevet i journalen deres, førte dette til 58 prosent færre episoder av utfordrende adferd og bruk av tvang og makt.⁵³

4.6 Paternalisme mot selvbestemmelsesretten:

Begrepet paternalisme kommer fra det latinske ordet, pater, og betyr far eller faderlighet.⁵⁴ Det er forholdet mellom styrende og styrte, herunder tjenesteyter og tjenestemottaker, som innebærer en nærmest faderlig omsorg og kontroll fra tjenesteyteren sin side.⁵⁵ Med dette menes at det er tjenesteyteren som avgjør hva som er til det beste for tjenestemottakeren. Dette står i motsetning til selvbestemmelsesretten.

Paternalisme blir av Syse definert som en betegnelse ”på en behandlingsholdning der legen – og eventuelt annet behandlingsspersonell – bestemmer helt eller delvis for og over pasienten i behandlingssituasjonen, ut fra at vedkommende ”vet” hva som er til det beste for pasienten.”⁵⁶ Østendstad peker på at paternalismen også er uttrykk for ”ei ”vi veit best”-haldning”.⁵⁷ Han mener altså at det blir for snevert å avgrense mot en motivasjon for behandling der dette anses

⁵³ Bak (2014), s. 155-166.

⁵⁴ <https://sml.snl.no/paternalisme> (lastet ned 24.03.2016).

⁵⁵ <https://snl.no/paternalisme> (lastet ned 25.03.2016).

⁵⁶ Syse (1995) s. 35.

⁵⁷ Østendstad (2011) s. 96.

å være til det beste for brukeren. Østenstad definerer paternalisme ”som ei nemning for at hjelpeapparatet ønskjer å gjennomføre tiltak med den motivasjon å verne eller beskytte den hjelpetrengande, uavhengig av kva vedkomande sjølv måtte meine.”⁵⁸ Det handler altså generelt om å ivareta omsorg for de som ikke har evner eller muligheter for å gjøre dette selv. Dette er begrunnet i en omsorgsrettet paternalistisk ideologi.

Paternalisme blir gjerne delt opp i en myk og en hard paternalisme. Myk paternalisme tillater til en viss grad sosial kontroll, så fremt det ikke krenker selvbestemmelsesretten.⁵⁹ Eksempler på myk paternalisme kan være advarsler på snus- og røykpakninger. Hard paternalisme aksepterer på visse vilkår at selvbestemmelsesretten blir redusert, og kan videre inndeles i svak og sterk paternalisme. Svak paternalisme er at en persons selvbestemmelse blir svekket på grunn av manglende evner til å forstå konsekvenser av de valg man tar. Den sterke paternalismen har på den annen side som formål å beskytte og hjelpe tjenestemottakeren, til tross for at brukeren er klar over konsekvensene av valgene. En person ved sterk paternalisme har med andre ord evner til å tenke rasjonelt selv og således ta valg ut ifra hva som anses å være best for en selv. Ved svak paternalisme har ikke personen slike evner. Det er således lettere å forsvare tvang ved svak paternalisme enn ved sterk paternalisme. Tvang og makt er på den annen side av så inngripende karakter, at det uansett vil være vanskelig å fullt ut forsvare tvangsbruken.

For mennesker med psykisk utviklingshemming kan paternalismen og selvbestemmelsesretten ofte komme i konflikt med hverandre. Det å yte omsorg og helsehjelp til mennesker som, uten samtykke fra, og eventuelt også uttrykkelig motsetter seg slik hjelp reiser både etiske og juridiske problemstillinger. Psykisk utviklingshemmede har en begrenset handlings- og beslutningskompetanse, og mange er ofte ikke i stand til å skjønne at behandlingen eller omsorgen er helt nødvendig for å ivareta brukerens eget beste. Tjenesteyterne må altså foreta et valg hvor det står mellom enten å unnlate å gi behandling og omsorg til de som har et stort behov for dette, eller å gripe inn i personens selvbestemmelse med tvang. Det kan for eksempel dreie seg om psykisk utviklingshemmede som ikke vil ta livsnødvendig medisin, skader seg selv eller andre, eller det kan være at de beveger seg ute i flere minusgrader uten klær. Men det er ikke bare knyttet problemstillinger til tjenesteyternes

⁵⁸ Østenstad (2011) s. 96-97.

⁵⁹ Pasientautonomi som etisk rettesnor – en kritisk gjennomgang: <https://sykepleien.no/forskning/2009/03/pasientautonomi-som-etisk-rettesnor-en-kritisk-gjennomgang> (lastet ned 25 februar 2016).

pplikter, men også problemstillinger som knytter seg til et menneskes rett til liv og verdighet – rettigheter som kan bli krenket dersom man fastholder for hardt på selvbestemmelsesretten. Alle har rettskrav på et minimum av helsehjelp fra staten og kommunene. Bernt beskriver det etiske dilemmaet slik:

”Det etiske dilemmaet som ligger under den rettslige problemstillingen, er valget mellom å unnlate å gi hjelp eller omsorg til den som trenger det, og å krenke medmenneskers frihet ved å frata dem et vern for fysisk og psykisk integritet som vi anser som et grunnleggende gode i den liberale rettsstat.”⁶⁰

Den rettslige problemstillingen blir her på hvilket grunnlag og i hvilken utstrekning kan det offentlige gripe inn i individets rett til selvbestemmelse. Begrensninger i den enkeltes rett til selvbestemmelse krever hjemmel. Dette følger av legalitetsprinsippet. Legalitetsprinsippet vil altså her stå sentralt som en begrensning for om inngrep kan skje, når inngrep kan skje, hvilke tvangstiltak som kan iverksettes og med hvilken kontroll som utøves i forhold til tiltaket. Hvilke tvangstiltak som kan iverksettes og i hvilken utstrekning avhenger av de begrensninger som følger av hjemlene på området. Som nevnt ovenfor må den enkeltes selvbestemmelsesrett i enkelte tilfeller begrenses, enten det er av hensyn til samfunnet, av hensyn til andre mennesker eller av hensyn til personen selv. Det finnes derfor flere lovbestemte unntak fra selvbestemmelsesretten. For mennesker med psykisk utviklingshemmede utgjør helse- og omsorgstjenesteloven § 9-5 unntak fra retten til selvbestemmelse. Her er det oppstilt en rekke strenge krav for å anse tvangsinngrep legitimt.

4.6.1 Legalitetsprinsippets krav om hjemmel:

Legalitetsprinsippet var frem til 2014 i all hovedsak ulovfestet rett. Prinsippet ble imidlertid regnet å være av Grunnlovs rang. Tradisjonelt har prinsippet blitt forstått slik at ethvert inngrep i borgernes rettssfære trenger hjemmel i lov.⁶¹ Fra 2014 ble legalitetsprinsippet kodifisert i Grunnloven § 113, som slår fast at ”Myndighetenes inngrep overfor den enkelte må ha grunnlag i lov”. Grunnlovsfestningen er ikke ment å endre dagens rettstilstand.⁶² Legalitetsprinsippet er også beskyttet av EMK art. 7.

⁶⁰ Bernt (2000), s. 227-228.

⁶¹ Innst. 169 S (2012-2013) punkt 1.8.23.

⁶² Innst. 186 S (2013-2014) under Grl. § 113 <https://www.stortinget.no/no/Saker-og-publikasjoner/Publikasjoner/Innstillinger/Stortinget/2013-2014/inns-201314-186/1/> (lastet ned 08.03.2016).

Det overordnede formål bak legalitetsprinsippet er å sikre likebehandling og motvirke vilkårlighet og overgrep fra forvaltningen. Det følger også av prinsippet at borgerne skal kunne forutsi sin rettsstilling ved inngrep i deres rettsfære.

Det er viktig å skille mellom faktiske handlinger og forvaltningens rettslige beslutninger. Rettslige beslutninger må alltid ha hjemmel i et kompetansegrunnlag, mens faktiske handlinger som utgangspunkt ikke må ha hjemmel. Det kan imidlertid tenkes at også faktiske handlinger må ha hjemmel dersom de er særlig inngripende eller forbudt etter straffeloven.⁶³ Bruk av tvang og makt er tiltak som gjør inngrep både i selvbestemmelsesretten og i den enkeltes fysiske og personlige integritet. Bernt har karakterisert bruken av tvang i omsorg av behandling av psykisk utviklingshemmede som ”inngrep som klart ligger innenfor legalitetsprinsippets kjerneområde”.⁶⁴ Bruk av tvang og makt overfor mennesker med psykisk utviklingshemming er således et inngrep som krever at det foreligger hjemmel, jf. legalitetsprinsippet.

Den tradisjonelle utgangspunktet til legalitetsprinsippet er at inngrep i borgernes rettsfære må ha hjemmel i lov. Foruten hjemmel i lov vil også et gyldig samtykke kunne være et rettslig grunnlag.

Eckhoff og Smith har en noen annen tilnærming til legalitetsprinsippet. De mener at lov er nødvendig dersom en ikke har annet grunnlag for kompetanse.⁶⁵ De andre kompetansegrunnlagene er organisasjons- og instruksjonsmyndighet, privat autonomi (eierrådighet og avtalekompetanse), Grunnlovens spesielle kompetanseregler og annen sedvanerettslig kompetanse. Det er altså når disse kompetansegrunnlagene ikke strekker til at Eckhoff og Smith mener at det er nødvendig med hjemmel i lov. Østenstad operer med en modifisert kompetansefirkant på helserettens område. Han mener at særlig lovhjemmel er nødvendig dersom verken samtykke, nødrett eller drifts- og formålssynspunkt fører frem.⁶⁶

⁶³ Rt. 2010 s. 612: ”Jeg tar utgangspunkt i at det i norsk rett gjelder et alminnelig krav om hjemmel eller rettsgrunnlag ikke bare for vedtak, men også for faktiske handlinger som kan sies at virke inngripende for enkeltpersoner – herunder i tilknytning til offentlig pleie og helsehjelp.”

⁶⁴ Bernt (1992), s. 125.

⁶⁵ Eckhoff og Smith (2010) s. 364-376.

⁶⁶ Østenstad (2011), s. 301.

Den alminnelige oppfatning har imidlertid vært at slike inngripende og alvorlige tiltak som det tvang og makt utgjør, krever hjemmel i lov eller samtykke fra den det gjelder.⁶⁷ I Høyesteretts dom inntatt i Rt. 2010 s. 612, også kalt sårstelldommen, åpnet Høyesteretts flertall opp for å anvende vilkårlæren som hjemmelsgrunnlag, til tross for at man var på et område av inngripende art overfor enkeltindividet. Høyesterett kom til at selv om verken hjemmel i lov eller samtykke forelå, kunne de ansatte utføre inngrep ved bruk av tvang og makt overfor pasienten. Dommen ble avsagt under skarp dissens, 3 mot 2 dommere, og har vært gjenstand for en del kritikk i etterkant.⁶⁸ Hvilken vekt dommen vil få for de krav som stilles til helsemyndighetens rettslige grunnlag for å kunne fatte tvangsvedtak er dermed noe uklart.

Helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 regulerer tvangsinngrep overfor psykisk utviklingshemmede. Kravet til hjemmel er dermed klart oppfylt. Det er derfor ikke nødvendig å gå nærmere inn på hvilke rettslige grunnlag som kreves for å gjøre tvangsinngrep overfor psykisk utviklingshemmede.

Hvor det allerede finnes hjemmel i lov vil derimot en annen side av legalitetsprinsippet komme inn, i form av et tolkningsprinsipp. Legalitetsprinsippet vil her sette grenser for hva som kan utledes av ordlyden og hvilken vekt andre rettskildefaktorer skal ha i tolkningen.⁶⁹ Det settes krav til at lovhjemmelen er tilstrekkelig klar og presis. Klarhetskravet bygger på at den enkelte må ha mulighet til å innrette seg etter bestemmelsen, samt hindre vilkårlighet og maktmisbruk fra forvaltningens side. Rt. 1995 s. 530 (Fjordlaks) har lagt til grunn følgende: ”Jeg antar, med bakgrunn i teori og rettspraksis, at kravet til lovhjemmel må nyanseres blant annet ut fra hvilket område en befinner seg på, arten av inngrepet, hvordan det rammer og hvor tyngende det er overfor den som rammes. Også andre rettskildefaktorer enn loven selv må etter omstendighetene trekkes inn.”

Legalitetsprinsippet som tolkningsprinsipp praktiseres strengest der det er tale om inngripende handlinger overfor enkeltindividet. Så som tvang og makt overfor psykisk utviklingshemmede. Bruk av tvang og makt overfor mennesker med psykisk utviklingshemmede er inngrep som alltid vil utgjøre en krenkelse av selvbestemmelsesretten

⁶⁷ Eivind Smith (2012), s. 384.

⁶⁸ Se blant annet Njål Wang Andersen og Karl O. Wallevik: ”Huleboerdommen” (Rt. 2010 s. 612) – riktig diagnose, feil medisin?, Lov og Rett 05/2011 (Volum 50), s. 283-297.

⁶⁹ Jussens Venner 2001 s 337-362 - (JV-2001-337) Skjerdal, Nicolai Vogt s. 344.

og medvirkningsretten. Det vil altså stilles høyere krav til ordlydens klarhet og være mindre adgang til å tolke ordlyden utvidende på områder som er av inngripende karakter, enn det vil være på mindre inngripende områder. Et krav om absolutt krav til hjemmelsgrunnlagets klarhet og presisjon lar seg imidlertid ikke gjennomføre. En må også se hen til hvor sterke samfunnsmessige behov som tilsier at det gjøres inngrep. Av og til kan en psykisk utviklingshemmet bli påført større skade om et inngrep ikke foretas. Den europeiske menneskerettsdomstolen har her anerkjent at det må tas høyde for det lovgivningsdilemmaet som består mellom presisjonskravet og hensynet til enkeltindividets mulighet for å forutsi sin rettsstilling på den ene siden, og behovet for å kunne tilpasse seg ulike situasjoner i rettsanvendelsen på den andre siden.⁷⁰

Jeg vil i det følgende forsøke å gi en oversikt over de materielle vilkårene for bruk av tvang og makt etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 og hvordan disse er i stand til å ivareta rettssikkerheten til den enkelte tjenestemottaker.

4.6.2 Hvordan defineres og forstås tvang og makt:

Vilkårene i helse- og omsorgstjenesteloven kommer ikke til anvendelse med mindre inngrepet regnes som tvang og makt etter loven. Her kan det noen ganger være vage grenser for hva som anses som tvang og makt og hva som ikke går under begrepet. Definisjonen av tvang og makt følger av helse- og sosialtjenesteloven § 9-2 annet ledd og er en videreføring av sosialtjenesteloven § 4A-2.⁷¹ Definisjonen er todelt og omfatter både en subjektiv og en objektiv del.⁷²

For den subjektive delen regnes alle tiltak som personen motsetter seg som tvang og makt etter bestemmelsen, jf. første alternativ tredje punktum. Dette gjelder både fysiske og verbale forsøk på å motsette seg tiltakene. Her må det imidlertid legges vekt på personens evne til å kunne gi uttrykk for motstand eller motvilje mot handlingene. Det blir i forarbeidene presisert at mangel på motstand ikke legitimerer tiltaket. Enkelte har ikke evne til å vise motstand, verken verbalt eller fysisk, på grunn av for eksempel funksjonshemninger. Det kan være flere grunner til at tjenestemottakeren ikke gjør motstand. Dette kan blant annet skyldes at tjenestemottakeren har erfart at det ikke nytter å yte motstand og har sett seg lei. Videre kan

⁷⁰ Skjerdal (2001), s. 7.

⁷¹ Ot.prp. nr. 55 (2002-2003) s. 56.

⁷² Helsetilsynets rundskriv: IS-10/2015, s. 52.

det komme av redsel eller usikkerhet. Tjenesteyterne står i en maktposisjon overfor tjenestemottakerne og dette kan føre til at tjenestemottakerne ofte føler seg svakere og ikke tørr ta kampen mot noe som føles feil. Det må således foretas en helhetsvurdering ut i fra personens egne forutsetninger og se på andre holdepunkter som kan si noe om hvordan personen stiller seg til tiltaket. Dette krever kjennskap til tjenestemottaker. Ved tvil om hvordan tjenestemottaker stiller seg til tiltaket bør man bruke helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9.

Den objektive delen av definisjonen befinner seg i bestemmelsens første punktum siste alternativ annet punktum. Her omfatter tvangsdefinisjonen tiltak som er så inngripende at de uansett motstand må regnes som bruk av tvang og makt. Dette kan være tiltak som fører til fysiske og/eller psykiske ubehag hos personen som enhver annen person ville ha reagert på. Bestemmelsen presiserer videre at ”inngripende varslingssystemer med tekniske innretninger alltid skal regnes som bruk av tvang eller makt”. Her omfattes også systemer for observasjon og lokalisering.⁷³ Dette gjelder varslingssystemer som har som formål å blant annet hindre bevegelsesfriheten eller overvåke personen.

Den subjektive og objektive delen kan sies å ivareta rettssikkerheten til tjenestemottakerne på en god måte. Loven regulerer adgangen til å bruke tvang og makt overfor utviklingshemmede som uttrykkelig motsetter seg dette, gjennom motstandskriteriet, men også overfor brukere som ikke evner å motsette seg tiltaket. Ettersom motstandskriteriet i stor grad forutsetter at enkeltindividet er i stand til å vise motstand og vurdere tiltaket, noe mange ikke har evner eller forutsetning til å gjøre, er dette ikke et tilstrekkelig avgrensningskriterium. Den objektive delen beskytter således også denne gruppen, som ikke har disse vurderings- og motstandsevnene.

I tillegg er det i loven satt en nedre og øvre grense for bruk av tvang og makt. I § 9-2 andre ledd siste punktum fremkommer den nedre grensen for hva som skal regnes som tvang og makt. Lettere inngrep kan være det å overtale personen til å gjøre eller unnlate noe, lede personen med hånden, motivere, forklare eller det kan være alminnelige verbale korreksjoner. Dette gjelder også der vedkommende uttrykker motvilje mot inngrepet.⁷⁴ Den øvre grensen for tvang fremkommer av § 9-1 tredje ledd som fastslår at krenkende og nedverdiggende

⁷³ Helsetilsynets rundskriv: IS-10/2015, s. 52.

⁷⁴ Ot.prp. nr. 58 (1994-1995) punkt 3.2.1.

behandling er forbudt. Bestemmelsen setter således en absolutt grense for bruk av tvang og makt. Slik sett er bestemmelsen klar og tydelig.

Definisjonene gir likevel kun uttrykk for de mest sentrale kriterier. Innenfor disse kriteriene er det store rom for tolkninger og det må foretas en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle. Dette gjør at det lett kan oppstå forskjellige tolkninger og praksis innenfor de forskjellige omsorgsboligene og mellom ansatte. Det kan her oppstå store uenigheter om et gitt tiltak går under definisjonen tvang og makt, om behandlingen er krenkende og/eller nedverdiggende eller om tiltaket ikke er å anse som tvang og makt etter loven. Forståelsen av tvangsbegrepet kan således være svært variabelt. Holdninger og kunnskap er her i stor grad med på legge føringer for hvordan man tolker begrepet tvang og makt. Dette gjør at det legges et stort ansvar på tjenesteyterne.

Grensene for hva som anses som tvang og makt kan imidlertid ikke fastlegges en gang for alle. Det skjer stadig en utvikling i fagmiljøene, det kommer nye metoder og fagetiske vurderinger endrer seg i takt med samfunnet. Situasjoner som kan oppstå rundt en person er vanskelig å forutse og det må foretas en konkret helhetsvurdering hver gang. Det er dermed umulig å gi nøyaktige definisjoner av hva makt og tvang er i hver enkelt situasjon. Til tross for at skjønnspregede definisjoner fører til en rekke komplikasjoner for de som skal håndtere lovverket, er det gode grunner for å ikke gi for nøyaktige og presise definisjoner på et slikt mangfoldig og komplekst område vi er på her.

4.6.3 Vilkår:

Hol. § 9-5 åpner for å gjøre unntak fra retten til respekt for den enkeltes selvbestemmelse dersom særlige vilkår er oppfylt. Her er det oppstilt strenge krav for å anse slike inngrep legitime. For å kunne ta i bruk tvang og makt overfor mennesker med psykisk utviklingshemming må alle vilkårene i bestemmelsen hol. § 9-5 være oppfylt.⁷⁵

Etter loven er det et krav at andre løsninger skal være prøvd ut før bruk av tvang og makt vurderes. Kommunene har altså et rettslig påbud om å unngå tvang og makt der dette er mulig.

⁷⁵ Rundskriv IS-10/2015, s. 69.

Hovedformålet med loven er å begrense og forebygge bruken av tvang og makt, samt hindre at ”personer med psykisk utviklingshemning utsetter seg selv eller andre for vesentlig skade”, jf. § 9-1 første ledd. Dette betyr at tvang og makt kan benyttes som tiltak etter loven, men kun som siste utvei. Hovedfokuset skal være å tilrettelegge tjenestetilbudet til hver enkelt tjenestemottaker slik at tvang og makt ikke er nødvendig. I en del tilfeller vil heller ikke tvang og makt være aktuelt som siste utvei, fordi det etter en konkret faglig og etisk vurdering ikke under noen omstendighet anses forsvarlig å benytte tvang og makt overfor brukeren. Det sentrale skal være et tilrettelagt tjenestetilbud med fokus på hver enkelt tjenestemottaker, uten bruk av tvang og makt.

4.6.3.1 Andre løsninger må ha blitt prøvd først:

Før tvangstiltak kan settes i verk må andre løsninger enn bruk av tvang og makt være prøvd ut først, jf. hol. § 9-5 første ledd første punktum.

Frivillighet og samarbeid står her sentralt. Det må legges til rette for at tjenestemottakeren, så langt som mulig, selv blir gitt muligheten til å komme med forslag til alternative løsninger til tvangsbruken. Bruk av tvang og makt skal være siste utvei. Dette betyr at alle tilgjengelige og forsvarlige faglige tilnærminger skal ha blitt prøvd ut først.⁷⁶ Kommunene kan som følge av dette være forpliktet til å tilby tjenestemottakeren mer enn det som normalt kreves av kommunens tjenestetilbud. Spesialisthelsetjeneste er også forpliktet til å bistå kommunen der det er behov for det, jf. hol. § 9-9 første ledd. Her kan spesialisthelsetjenesten hjelpe kommunen å gjennomgå faktorer som kan ha betydning for den utfordrende adferden, og hjelpe å finne alternative løsninger og veiledning.⁷⁷

Det er viktig i arbeidet for å finne alternative løsninger at mulige årsaksfaktorer til mistrivsel og utfordrende atferd undersøkes. Årsakene kan ofte ligge i somatiske eller psykiske lidelser som er mulig å behandle på andre måter.⁷⁸ Andre årsaksfaktorer kan være hvordan personalet opptrer overfor den psykisk utviklingshemmede, hvordan kravsituasjoner gjennomføres, det kan være seksuelle behov tjenestemottakeren ikke får tilfredsstilt, mangel på fritidsaktiviteter eller det kan være at tjenestemottakeren har for mye å gjøre.

⁷⁶ Prop.91 L (2010-2011), s. 414.

⁷⁷ Prop. 91 L (2010-2011), s. 414.

⁷⁸ Rundskriv IS/2015, s. 70.

I hol. § 9-5 første ledd andre punktum er det oppstilt et unntak fra kravet om at andre løsninger må være prøvd ut først. Bestemmelsen fastslår at kravet om at andre løsninger må være prøvd ut først, i særlige tilfeller kan fravikes. Ordlyden ”særlige tilfeller” tilsier at det må påvises noen spesifiserte, klare grunner som etter en helhetsvurdering gjør det rimelig at andre løsninger ikke blir undersøkt før tvangstiltak iverksettes. Uttrykket tilsier også at det ikke kan være snakk om så generelle grunner at de kan påberopes i mange saker. Rundskrivet til loven nevner tilfeller der det oppstår gjentatte nødsituasjoner, for eksempel selvskading eller vold rettet mot andre, der tvang er nødvendig for å hindre vesentlig skade.⁷⁹ Dette er i situasjoner hvor tjenesteyterne ikke har mulighet til å prøve ut andre løsninger først, for å verne enten personen selv eller andre mot vesentlig skade.

4.6.3.2 Hindre eller begrense vesentlig skade:

Det følger av hol. § 9-5 andre ledd siste setning at makt og tvang bare kan brukes hvor dette er nødvendig for å ”hindre eller begrense vesentlig skade”. Dette følger også av formålsbestemmelsen i § 9-1 som sier at: ”Formålet med reglene i dette kapitlet er å hindre at personer med psykisk utviklingshemning utsetter seg selv eller andre for vesentlig skade”. Adferd som ikke medfører vesentlig skade, kan som hovedregel ikke gi grunnlag for bruk av tvang og makt. Dette samsvarer med nødvendighetsprinsippet, altså at tvang og makt bare kan brukes hvor dette er nødvendig. At det ikke gis grunnlag for bruk av tvang og makt betyr imidlertid ikke at tjenesteyterne ikke skal gjøre noe for å forhindre skaden, men at dette må gjøres ved bruk av andre midler enn tvang og makt. Skaden som skal hindres eller begrenses må være vesentlig.

Ordlyden ”vesentlig skade” tilsier at det må være snakk om en større skade. I forarbeidene til loven er det lagt til grunn at skaden som skal unngås, må være av betydelig omfang.⁸⁰ Det er kun i situasjoner hvor skaden kan medføre alvorlige konsekvenser at tvang og makt kan bli aktuelt. At skaden er av et visst omfang er ikke tilstrekkelig. Begrepet skal altså tolkes snevert. Med skade menes etter bestemmelsen både fysisk og psykisk skade. Det kan være skade på egen person, på andre personer eller på egne og andres eiendeler.

⁷⁹ Rundskriv IS-10/2015, s. 72.

⁸⁰ Ot.prp. nr. 57 (1995-96), s. 13.

I rundskriv til helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 er det nøye gjennomgått hva som skal anses som ”vesentlig skade” etter loven.⁸¹ Det oppstilles seks ulike typer skader og de samsvarer med det som anses som skade etter forarbeidene:⁸²

1. Fysisk skade på egen person
2. Psykisk skade på egen person/hemming av egen utvikling.
3. Sosial fornedring.
4. Skader på andre personer.
5. Materielle skader på egne eiendeler.
6. Materielle skader på andres eiendeler.

Uttrykkene ”hindre eller begrense” taler for at tvang og makt kan brukes før det faktisk oppstår en skade eller ulempe.⁸³ Sannsynligheten for at skaden eller ulempen skal inntreffe som følge av handlingen må imidlertid være av en viss størrelse. I henhold til forarbeidene er det ikke noe krav om overveiende sannsynlighet.⁸⁴ Dette på bakgrunn av at tidlig inngrep vil kunne føre til at situasjonen ikke tilspisser seg og man kan benytte seg av mindre inngripende midler, enn om man hadde ventet.

4.6.3.3 Nødvendighetsprinsippet:

Videre er det et krav om at tvang og makt kun kan brukes hvor dette er ”nødvendig” for å hindre eller begrense vesentlig skade. Nødvendighetsprinsippet innebærer at den aktuelle skaderisikoen må være av en viss størrelse. Det følger av dette at det avgjørende vil være hvilket rettsgode som er truet. Hvor det er fare for tap av liv, vil det i større grad være adgang til å benytte tiltak som tvang og makt. Annerledes vil det være hvor mindre verdifulle rettsgoder er truet. Her vil det stilles større krav til å finne mindre inngripende tiltak. Dette følger av prinsippet om at tvang og makt ikke kan benyttes der det kan anvendes andre tiltak for å hindre eller begrense skade. Dette følger også av kravet etter § 9-5 første ledd om at andre løsninger må være prøvd ut før tvangstiltak iverksettes. Til slutt er det et krav om det minst inngripende tiltaket skal benyttes. Nødvendighetskravet setter her krav til en konkret og individuell rimelighetsvurdering av tiltaket. Mennesker opplever ting ulikt. Hvilke tiltak som oppleves som belastende eller inngripende vil dermed kunne variere. Dette krever at tjenesteyterne har kjennskap til tjenestemottakeren og de behov vedkommende har og

⁸¹ Rundskriv IS-10/2015.

⁸² Rundskriv IS-10/2015, s. 74-77.

⁸³ Ot.prp. nr. 58 (1994-1995), punkt 3.4.2.

⁸⁴ Ot.prp. nr. 58 (1994-1995), punkt 3.4.2

tidligere har hatt. Her skal det også legges vekt på sannsynligheten for om tjenstemottakeren ville ha gitt sin tillatelse til tiltaket.

4.6.3.4 Forholdsmessighetsprinsippet:

Forholdsmessighetsprinsippet står sentralt på forvaltningsrettens område og er nedfelt på forskjellig vis i lovgivningen på helse- og omsorgstjenesterettens felt.⁸⁵ I helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 kommer prinsippet til uttrykk i § 9-5 andre ledd tredje punktum, som sier at inngrepet ”må stå i forhold til det formål som skal ivaretas”. Det må med andre ord foreligge forholdsmessighet mellom mål og middel.

Forholdsmessighetsvurderingen slik den er oppstilt i bestemmelsens andre ledd tredje punktum er ganske lik den vurderingen som gjøres under kravet om etisk forsvarlighet i andre ledd første punktum.

Målet med tvangsinngrep etter hol. kapittel 9 er å hindre ”vesentlig skade”, jf. § 9-1 første ledd og § 9-5 andre ledd siste punktum. Hvor stor skade det er snakk om vil være avgjørende for adgangen til å gjøre inngrep i den psykisk utviklingshemmedes selvbestemmelsesrett, samt inngrep i den fysiske og psykiske integritet. I tillegg vil det være av stor betydning hvem den utfordrende adferden går ut over. Om det er den psykisk utviklingshemmede selv eller andre personer det går ut over vil være avgjørende her. Det fremgår også av EMK art. 8 nr. 2 at det vil være av betydning om inngrepet er nødvendig ”for å beskytte helse eller moral, eller for å beskytte andres rettigheter og friheter”.

Det åpnes for større inngrepsadgang når adferden til den psykisk utviklingshemmede medfører inngrep i andres rettigheter og friheter.⁸⁶ Hovedregelen er at det anses som forholdsmessig å anvende den tvang og makt som er nødvendig for å nå målet, herunder å hindre vesentlig skade på andre mennesker.⁸⁷ Så fremt resten av de kumulative vilkårene i hol. § 9-5 er oppfylt.

Når det gjelder vedkommende selv, må inngrepet være begrunnet i hensynet til vedkommende sin egen helse og moral. Jo større potensiell skade på egen helse, jo større adgang er det til å gjøre inngrep. Når det kommer til ødeleggelse av egne eiendeler, må en utvise varsomhet med

⁸⁵ Østenstad (2011) s. 629.

⁸⁶ Sosialdepartementets høringsnotat (2002), s. 54.

⁸⁷ Rundskriv IS-10/2015, s. 79.

å gripe inn. Dersom det er snakk om ting av stor verdi, vil det som oftest anses som en så uakseptabel atferd at det kan gripes inn. Ved mindre ødeleggelser må hensynet til personens selvbestemmelsesrett gå foran adgangen til å gripe inn. I tilfeller hvor det er snakk om fare for liv vil det kunne åpnes opp for bruk av mer inngripende tvangstiltak, enn i tilfeller hvor mindre viktige rettigheter står i fare. Dette gjelder imidlertid kun hvor det har vist seg nytteløst med mindre inngripende tiltak.⁸⁸

Tiltaket må være klart mer positivt enn de negative konsekvensene av å anvende makt og tvang.⁸⁹ En må altså veie de negative sidene ved inngrepet opp mot de positive sidene. Hva som anses som den beste løsningen for tjenestemottakerne varierer fra person til person. Det er altså forskjell på hvor inngripende tvangstiltaket kan være og det må bero på en konkret helhetsvurdering hvor inngripende tiltaket anses for hver enkelt tjenestemottaker. Den klart beste løsningen må bero på en konkret helhetsvurdering. Her vil den totale psykiske og fysiske belastningen hos brukeren være avgjørende. Forholdsmessighetsprinsippet tilsier som hovedregel at det minst inngripende tvangstiltaket skal benyttes. Det må være forholdsmessighet mellom graden av inngrep og alvoret av skaden en vil avverge.

4.6.3.5 Faglig og etisk forsvarlig:

Tiltak med tvang og makt kan bare anvendes når de er faglig og etisk forsvarlige, jf. hol. § 9-5 andre ledd første punktum. Forsvarlighetskravet er en såkalt rettslig standard.⁹⁰ Med dette menes at innholdet bestemmes av normer utenfor loven.⁹¹ Kjernen i forsvarlighetskravet er at tjenestene skal være faglig gode, med forankring i anerkjent fagkunnskap, faglige retningslinjer og allmenngyldige samfunnsetiske normer. Innholdet er av dynamisk karakter, som vil si at innholdet vil endre seg i takt med samfunnsutviklingen, dette krever at de som har ansvaret innenfor de forskjellige sektorene holer seg oppdatert på området.

At tjenestene skal være faglig og etisk forsvarlige gjelder både i forhold til vedtakets innhold og ved gjennomføringen av tvangstiltakene. Tiltaket vil dermed være i strid med loven, dersom innholdet eller gjennomføringen ikke oppfyller kravene til faglig og etisk forsvarlighet.

⁸⁸ Ot.prp nr. 58 (1994-1995) punkt 5.

⁸⁹ Ot.prp. nr. 64 (2005-2006) s. 40.

⁹⁰ Rundskriv IS-10/2015, s. 80.

⁹¹ Samme som ovenfor.

Faglig og etisk forsvarlighet henger tett sammen. Dette betyr at et faglig forsvarlig tiltak må kunne forsvares etisk og omvendt.⁹² Det skal i hvert enkelt tilfelle foretas en selvstendig vurdering av tiltakets faglige og etiske forsvarlighet. Jeg vurderer imidlertid begrepene faglighet og etikk hver for seg, selv om de inngår i hverandre og vanskelig kan skilles fra hverandre.⁹³

Faglig forsvarlighet

Kravet om faglig forsvarlighet kan sees i sammenheng med forvaltningslovens⁹⁴ § 17, som stiller krav til at en sak må være så godt opplyst som mulig før vedtak treffes. Utredning og kartlegging skal skje ut ifra den enkeltes situasjon og hvilke behov det er for tvangstiltak i det aktuelle tilfellet. Kommunen er altså forpliktet til å sørge for forsvarlige, godt tilrettelagte tjenester som er tilpasset hver enkelt tjenestemottaker. Tvang og makt kan unngås i større grad dersom hver enkelt situasjon er godt nok tilrettelagt og individuelt tilpasset. Det er viktig med kunnskap om hvilke utfordringer som knytter seg til psykisk utviklingshemming, kjennskap til regelverket og faglig innsikt.

I tillegg er det et grunnleggende krav til at tjenestene skal være faglig forsvarlige og at de metoder som blir anvendt er anerkjent i fagmiljøet. Dette forutsetter at tjenesteyterne har kunnskap om og kjennskap til positive og negative konsekvenser ved bruk av tvang og makt, samt kunnskap om hvilken effekt tvangstiltak kan ha.⁹⁵ Behandlingen må i tillegg ha dokumentert effekt og være faglig holdbar.

Det følger av hol. § 9-9 at tjenestemottakerne har rett til kvalifisert personale ved gjennomføring av tiltak etter § 9-5. Hver enkelt kommune er også forpliktet til å gi tilstrekkelig opplæring og veiledning til tjenesteyterne. Jeg kommer nærmere inn på kvalifikasjonskravene under kapittel 5.

Etisk forsvarlighet

⁹² Rundskriv IS-10/2015, s. 80.

⁹³ Ot.prp. nr. 58 (1994-1995), punkt 3.3.1.

⁹⁴ Lov av 10 februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven).

⁹⁵ Sosialdepartementets høringsnotat (2002), s. 50.

I tillegg til at kravet må være faglig forsvarlig, må det prøves mot alminnelige etiske prinsipper. Hva som nærmere ligger i uttrykket etisk forsvarlig, må sies å være vagt og lite spesifikt. I forarbeidene blir det lagt til grunn at etisk forsvarlighet tar utgangspunkt i alminnelige grunnleggende rettigheter.⁹⁶ Utgangspunktet er at alle har krav på respekt for sin personlige integritet og sin selvbestemmelse, slik det fremgår i formålsbestemmelsen § 9-1 andre ledd. De rettigheter enkeltindividet har som menneske og borger skal beskyttes og tjenesteytingen skal skje med respekt for hver enkelt tjenestemottaker.

I lovteksten finner vi vurderingskriterier som kan sies å utdype kravet om etisk forsvarlighet.⁹⁷ Dette gjelder både nødvendighetskravet, forholdsmessighetsprinsippet og vilkåret om at det minst inngripende tiltaket skal forsøkes først. Disse er henholdsvis nærmere omtalt ovenfor. Det skal videre i vurderingen legges vekt på hvor inngripende tiltaket er for hver enkelt tjenestemottaker og kan sies å være det mest sentrale etiske vurderingstemaet. Livstruende skader gjør det etisk forsvarlig med mer inngripende tiltak enn hva for eksempel sosialt fornedrende atferd gjør det berettiget å bruke. Andre sentrale vurderinger kan være hvor lenge tiltaket varer, jo lengere gjennomføringen tar jo mer inngripende føles tiltaket. Dersom bruker får ubehag av tiltaket, eller tiltaket begrenser brukerens bevegelsesfrihet i stor grad, er dette forhold som tilsier at tiltaket er av inngripende karakter, som lett kan føre til at tiltaket ikke er etisk forsvarlig. Videre vil det være av vurdering om vedkommende opplever tiltaket verre enn det en objektivt skulle tro. Det er også av stor betydning at tjenesteyterne viser stor respekt og forståelse for tjenestemottaker ved anvendelsen av tvang og makt. Hvordan tjenesteyterne forholder seg og opptrer i forhold til tjenestemottaker på, har mye å si for trygghet og tillit fra bruker sin side under gjennomføring av tvangstiltak.

Vilkåret om at tiltaket må være etisk forsvarlig tilsier at det må gå visse grenser for hva som kan anses som akseptable tiltak. I hol. § 9-6 tredje ledd er det oppstilt absolutte grenser for bruk av tvang og makt i forbindelse med opplæring eller trening. Bestemmelsen setter forbud mot tvangstiltak som påfører smerte eller skade, psykiske eller fysiske skader. Det er herunder forbud mot alle former for slag, tvangstiltak som innebærer betydelige fysiske eller psykiske anstrengelser for tjenestemottakeren, eller fysisk isolering.

⁹⁶ Ot.prp. nr. 58 (1994-1995) punkt 3.3.3.

⁹⁷ Sosialdepartementets høringsnotat (2002), side 52.

4.6.3.6 Situasjoner der tvang og makt kan benyttes:

Helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 åpner opp for bruk av tvang og makt i tre ulike tilfeller, jf. § 9-5 tredje ledd bokstav a til b, såfremt resten av vilkårene i § 9-5 er oppfylt. Loven skiller mellom to tiltak hvor tvang og makt kan benyttes: skadeavvergende tiltak og tiltak for å dekke grunnleggende behov. Her må det tiltak som etter en konkret helhetsvurdering vil være det minst inngripende tiltaket velges.

Begrepet nødsituasjoner tilsier at det må være snakk om en viss sannsynlighet for at vesentlig skade skal oppstå dersom det ikke settes i verk tiltak.⁹⁸ Det kan være situasjoner som oppstår kun en gang, uregelmessig eller regelmessig.

Bokstav a regulerer tiltak i enkeltstående nødsituasjoner. Her er det snakk om situasjoner som oppstår plutselig og uten forvarsel. Her stilles det ikke krav til saksbehandling og utforming, fordi det er nødvendig å foreta seg noe raskt for å hindre vesentlig skade. Dette krever at det må foretas beslutninger om tiltak der og da. Det er ofte lite tid til å diskutere med andre tjenesteytere og det blir gjerne en vurdering gjort av en eller flere tjenesteytere som er til stede når situasjonen oppstår. Så fremt vesentlig skade ikke kan hindres på annen måte, må det iverksettes tvangstiltak. Når nødsituasjonen er over, skal tvangsvedtaket opphøre straks.

Bokstav a regulerer tiltak i gjentatte nødsituasjoner. Tiltakene skal her være planlagt og gjennomgått på forhånd. Bakgrunnen for dette er at det er snakk om situasjoner som har oppstått tidligere og etter en vurdering mest sannsynlig vil oppstå igjen, enten ofte eller mer sjeldent. Det stilles derfor her krav til utforming og saksbehandling av tvangstiltakene, fordi situasjonen vil kunne gjenta seg.⁹⁹ Dette sikrer i større grad rettssikkerheten til tjenestemottakerne, sammenlignet med tiltak etter bokstav a.

Tiltak for å dekke tjenestemottakernes grunnleggende behov følger av bokstav c. Kapittel 9 definerer grunnleggende behov til å omfatte mat og drikke, påkledning, hvile, søvn, hygiene og personlig trygghet. Ut i fra ordlyden, må denne listen antas å være uttømmende.

Det blir i forarbeidene til loven understreket at lovregler som åpner opp for bruk av tvang og makt overfor utsatte grupper som her, krever ekstra forsiktighet og årvåkenhet både fra

⁹⁸ Rundskriv IS-10/2015, s. 85.

⁹⁹ Rundskriv IS-10/2015, s. 86.

tjenesteytere og myndighetene.¹⁰⁰ Dette for å passe på at loven ikke blir brukt negativt, i den forstand at den anvendes på en måte som krenker den enkeltes rettssikkerhet og grunnleggende rettigheter.

4.7 Tvang og makt i strid med vilkårene:

Som nevnt innledningsvis kom det fram av tilsynet i 2006 at det ble utført ulovlig tvang og makt overfor mennesker med psykisk utviklingshemming. Statens helsetilsyn hadde et landsomfattende tilsyn også i 2011 og 2012, denne gangen med tvungen helsehjelp til pasienter i sykehjem.¹⁰¹ Undersøkelsen gjaldt således ikke kun overfor mennesker med psykisk utviklingshemming, slik som i tilsynet i 2006. Det aktuelle for oppgaven er imidlertid at tilsynet viste en utstrakt bruk av tvang og makt i strid med tidligere kapittel 4A og at de avdekket store kunnskapsmangler hva gjaldt tvungen helsehjelp. Det ble videre vist til at lovbestemmelsene ikke var godt nok kjent blant tjenesteyterne og ikke godt nok innarbeidet i praksis. De ansatte hadde vanskeligheter med å vite hva som blant annet lå i begrepet tvang og makt, hva som lå i motstandskriteriet og hvordan det skulle håndteres, samt grensene mellom frivillighet og tvang. Tilsynet fra både 2006 og 2011/2012 kan således tyde på at vilkårene etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 er for uklare og upresise. Dersom tjenesteyterne som følge av upraktiske lovregler ikke følger lovverket, er dette klart en uheldig situasjon. Dette fører til at kontroll- og overprøvningsmuligheter blir tatt i fra tjenestemottakerne.

Vilkårene som er oppstilt i helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 er som vi kan se av gjennomgangen relativt generelle og vide. Tjenesteyterne må således foreta svært skjønsmessige vurderinger. Ettersom det i stor grad er tjenesteytere uten juridisk kompetanse som anvender lovene, kan dette føre til at lovverket oppfattes som komplisert og vanskelig. I forarbeidene til tidligere kapittel 6A ble det påpekt at vilkårene som åpner opp for bruk av tvang og makt burde presiseres så godt som mulig.¹⁰² Ulempen med skjønnspregede vilkår er at det kan gjøre det vanskeligere for borgerne å forutse sin rettsstilling, og man får mindre garanti for en ensartet praksis. Mer rigide regler gjør det lettere å sette grenser for

¹⁰⁰ Ot.prp. nr. 55 (2002-2003), s. 19.

¹⁰¹ Rapport fra helsetilsynet 5/2013:

https://www.helsetilsynet.no/upload/Publikasjoner/rapporter2013/helsetilsynetrapport5_2013.pdf

(lastet ned 26.04.2016)

¹⁰² Ot.prp. nr. 58 (1994-1995), punkt. 2.3.2.

tvangsbruken og således forutsi sin rettsstilling. En klar og presis lovhjemmel vil i tillegg være med på å sikre større vern mot vilkårlige inngrep fra myndighetenes side.

På den annen side er det omtrent umulig å utforme materielle regler så presist og klart at de fanger opp alle relevante forhold. Dersom reglene blir for rigide kan de virke mot sin hensikt, ved at reglene kan virke urimelige i enkelttilfeller. Psykisk utviklingshemmede er en gruppe med svært forskjellige behov og bestemmelsene bør være slik at de kan tilpasses enkeltindividet. Personelle og prosessuelle rettssikkerhetsgarantier kan imidlertid avbøte manglende presisjon i lovverket.¹⁰³ Det ble i forarbeidene til tidligere kapittel 6A presisert at både prosessuelle og personelle rettssikkerhetsgarantier var viktig for den enkeltes rettssikkerhet:

”Den viktigste rettssikkerhetsgarantien i regler av den typen vi her har med å gjøre vil ligge i saksbehandlingsreglernes utforming. Det henger særlig sammen at vilkårene for øvrig nødvendigvis må være relativt åpne om reglene skal få noen praktisk betydning.”¹⁰⁴

For oppgaven er det de personelle rettssikkerhetsgarantiene som står sentralt. Tilsynene avdekket som nevnt store kunnskapsmangler blant tjenesteyterne. Når lovbestemmelsene er så generelt utformet, stiller dette således strengere krav til at tjenesteyterne er i stand til å forstå og anvende reglene. Vi skal i neste kapittel se hva som kreves av tjenesteutøverne og hvordan de kan være med på å ivareta rettssikkerheten til den enkelte.

Kapittel 5 – Kvalifikasjonskravet:

5.1 Innledning:

Krav til kvalifiserte tjenesteutøvere følger både av lov, forarbeider, offentlige dokumenter og rettspraksis. Formålet med kvalifikasjonskravet er å styrke rettssikkerheten ved bruk av tvang overfor psykisk utviklingshemmede. Det blir i flere offentlige dokumenter presisert at personalets kompetanse og kvalifikasjoner er helt vesentlig for å sikre god kvalitet på tjenestene til tjenestemottakerne og forsvarlighet ved utøvelsen av tvangstiltak etter helse- og

¹⁰³ Østenstad (2011), s. 565.

¹⁰⁴ Ot.prp. nr. 58 (1994-1995), punkt 5.2.4.1

omsorgstjenesteloven kapittel 9.¹⁰⁵ For å hindre og forebygge bruk av tvang og makt blir viktigheten av kvalifiserte tjenesteytere framhevet. Det er tjenesteyterne og personellet i omsorgstjenesten som utgjør den grunnleggende omsorgen og behandlingen av tjenestemottakerne, og står således nærmest til å ivareta deres rettigheter.

Kvalifikasjonskravet som gjelder ved gjennomføringen av tvang og makt overfor mennesker med psykisk utviklingshemming følger av helse- og omsorgstjenesteloven § 9-9.

Bestemmelsen slår i andre ledd fast at tjenestemottakerne har rett til kvalifisert personale og at det til enhver tid er to tjenesteytere til stede ved gjennomføring av tvangstiltak. Kravet om rett til kvalifisert personale gjelder ved utføring av tiltak etter § 9-5 bokstav b og c. I henhold til bestemmelsens tredje ledd er det videre krav om at ansatte som gjennomfører tiltaket etter bokstav b og c må ha tilstrekkelig utdanning. Det kan i særlige tilfeller bli gitt dispensasjon fra utdanningskravet, slik dispensasjon kan kun gis av fylkesmannen, jf. bestemmelsens tredje ledd siste punktum.

Slik jeg forstår bestemmelsen er kvalifikasjonskravet i første ledd og utdanningskravet i tredje ledd uavhengige av hverandre. Selv om tjenesteyter oppfyller utdanningskravet er det ikke sikkert at de er kvalifiserte nok til å utføre det aktuelle tiltaket. Kvalifikasjonskravet og utdanningskravet vil derfor bli drøftet hver for seg. I tillegg til kvalifikasjons- og utdanningskravet vil jeg gå inn på kravet om to tjenesteytere ved gjennomføring av tvang og makt og unntak fra dette kravet. Vider går jeg inn på utdanningskravet som kreves og dispensasjonsadgangen fra kravet om tilstrekkelig utdannelse. Til slutt drøfter jeg kommunens ansvar.

5.2 Rett til kvalifisert personale:

I henhold til § 9-9 annet ledd har tjenestemottakerne rett til kvalifisert personale ved gjennomføringen av vedtatte tiltak etter § 9-5 tredje ledd bokstav b og c.

Ordlyden ”rett til kvalifisert personale” viser at dette er en rettighetsbestemmelse og dermed en plikt for kommunene til å sørge for at tjenesten til enhver tid har kvalifiserte tjenesteytere.

¹⁰⁵ Se blant annet Ot.prp. nr. 55 (2002-2003) punkt 3.2, Rapport fra Helsetilsynet 7/2008 s. 33 og St.meld. nr. 25 punkt 5.3.2.

Hva som kreves av kvalifikasjoner avhenger av individuelle forhold hos tjenestemottakeren selv og er videre avhengig av tiltakets karakter og situasjonen for øvrig.¹⁰⁶

I forarbeidene er det videre lagt vekt på at tjenesteyterne må ha kompetanse i forhold til regelverk, grunnleggende rettigheter og alminnelige prinsipper ved bruk av makt og tvang.¹⁰⁷ I tillegg blir det lagt vekt på viktigheten av kjennskap til hva som anses som tvang og makt, når tvang og makt kan anvendes og hvilke krav som finnes til gjennomføring og prosedyrer.¹⁰⁸ Tjenesteyterne må herunder ha kunnskap om helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9, og de vilkår som stilles for bruk av tvang og makt. Det er ikke nok at de vet at reglene eksisterer.

Kvalifikasjonskravet skal ha selvstendig betydning ved siden av utdanningskravet og kravet om to tjenesteutøvere i tredje ledd.¹⁰⁹ Kvalifikasjonskravet og utdanningskravet må dermed vurderes hver for seg. Med dette menes at selv om utdanningskravet er oppfylt i tredje ledd, vil ikke dette automatisk si at personalet er kvalifisert til å utføre tvangstiltak.

Kvalifikasjonskravet vil dermed variere, avhengig av hvor inngripende tiltaket er og/eller de utfordringer hver enkelt tjenestemottaker har. En tjenestemottaker med svært utfordrende atferd, vil stille høyere krav til kvalifikasjoner og utdanning, enn en tjenestemottaker som har mindre utfordrende atferd. Enda strengere krav til kvalifikasjoner stilles det til de som har det faglige ansvaret ved tjenesten.

Kvalifikasjonskravene vil også ha betydning i vurderingen av om det kan gis dispensasjon fra utdanningskravet. Både for å kunne sikre etisk og faglig forsvarlighet i tjenesten er det viktig at tjenesteyterne innehar tilstrekkelige kvalifikasjoner.

5.3 Krav om to tjenesteytere:

Ved gjennomføring av tiltak etter § 9-5 tredje ledd bokstav b og c må det videre være til stede to tjenesteytere så fremt dette ikke er til ugunst for tjenestemottakeren, jf. § 9-9 annet ledd.

¹⁰⁶ Rundskriv IS/2015: Rettssikkerhet ved bruk av makt og tvang overfor enkelte personer med psykisk utviklingshemming, s. 102.

¹⁰⁷ Ot.prp. nr. 58 (1994-1995), punkt 3.11.

¹⁰⁸ Ot.prp. nr. 58 (1994-1995), punkt 2.3.2.

¹⁰⁹ Rundskriv IS/2015, s. 102.

Formålet med bestemmelsen er å styrke rettssikkerheten for tjenestemottakeren ved at det er to tjenesteytere som kan kontrollere tiltaket. På denne måten kan det sikres at tvang og makt ikke brukes mer enn det som er nødvendig og at gjennomføringen er etisk forsvarlig. Når bare en person er til stede vil dette kunne svekke notoriteten om hva som faktisk har skjedd. Dette til ugunst for både tjenestemottaker og tjenesteyter. Faren for overgrep vil kunne bli større, på bakgrunn av at tjenestemottakeren ofte er så svekket at den har vanskelig for å fortelle selv hva som faktisk har skjedd, men ikke minst selv skjønne at det som blir gjort ikke er legitimt.

Krav om to tjenesteutøvere gjelder både for planlagte og forutsigbare tiltak, samt for gjennomføring av tiltak som ikke er fullt så forutsigbare.¹¹⁰ Hva som skal til for at tilstedeværelseskravet er oppfylt, avhenger av tiltakets karakter.¹¹¹ Ved statiske tiltak, som for eksempel døralarm om natten og låsing av kjøleskap, kan det være nok at den ene av de to tjenesteutøverne er i nærheten. Dette kan for eksempel være i et annet rom, eller i slik avstand at den tjenestyreren som utfører tiltaket lett kan kontakte den andre. Ved mer inngripende tiltak, slik som bruk av fysisk makt eller tvang, må begge tjenesteyterne være tilstede i rommet hvor tiltaket blir gjennomført.

5.3.1 Unntak fra krav om to tjenesteytere:

Dersom kravet om to tjenesteytere anses å være til ugunst for tjenestemottakeren, kan kravet om to tjenesteytere fravikes, jf. § 9-9 andre ledd andre setning.

Dette er en oppmykning fra tidligere rett, hvor det da kun kunnes gjøres unntak dersom dette ikke ”var til skade for tjenestemottaker”, jf. § 6A-4 siste ledd. I tillegg gjelder utdanningskravet kun den ene av de to tjenesteyterne, som også er en oppmykning fra tidligere. Bakgrunnen for oppmykningene fra tidligere rett, var at departementet så at det ble søkt om dispensasjon fra utdanningskravet i veldig mange tilfeller.¹¹²

Slik jeg ser det ble altså endringer i loven gjort ut ifra praktiske årsaker og ikke ut ifra hva som sikret best rettssikkerhet for tjenestemottakerne. Som jeg kommer nærmere inn på under dispensasjonsadgangen, blir det gitt dispensasjon fra utdanningskravet i veldig mange tilfeller. I innstillingen fra sosialkomiteen ble det uttrykt bekymring for den høye

¹¹⁰ Rundskriv IS/2015, s. 103.

¹¹¹ Rundskriv IS/2015, s. 103.

¹¹² Ot.prp. nr. 55 (2002-2003), s. 33.

dispensasjonsadgangen som ble gitt fra utdanningskravet. De understreket derfor at ved å kun kreve utdanning fra den ene av de to tjenesteyterne, måtte det samtidig strammes inn på dispensasjonspraksisen på området.¹¹³

Det blir i rundskrivet understreket at unntak skal kun gjøres hvor dette anses å være til beste for tjenestemottaker, og ikke hvor det er mangler på ressurser.¹¹⁴ Kommunene er således forpliktet til å skaffe nok personale, med tilstrekkelig kompetanse.

5.4 Utdanningskravet:

Det følger av § 9-9 tredje ledd at ved gjennomføring av tiltak etter § 9-5 tredje ledd bokstav b og c må den ene av de to ha utdanning på høyskolenivå eller helse- og sosialfag i videregående opplæring.

Utdanningskravet er etter sin ordlyd minimumskrav, og hva som kreves kommer an på hvilke type tiltak som skal gjennomføres. For gjennomføring av skadeavvergende tiltak i gjentatte nødsituasjoner etter § 9-5 tredje ledd bokstav b, er det et krav om bestått utdanning i helse-, sosial- eller pedagogiske fag på høgskolenivå. Ved gjennomføringen av tiltaket gjelder utdanningskravet kun for den ene av de to tjenesteyterne. Aktuelle utdanninger på høyskolenivå kan i følge rundskrivet være; vernepleier, sykepleier, barnevernspedagog, sosionom, lærer og førskolelærer.¹¹⁵

For gjennomføring av tiltak for å dekke grunnleggende behov herunder opplærings- og treningstiltak etter § 9-5 tredje ledd bokstav c, kreves det bestått avsluttende eksamen i videregående opplæring innen helse- og sosialfag. Også her gjelder utdanningskravet kun den ene av de to tjenesteyterne.

Bestemmelsen skiller altså mellom skadeavvergende tiltak og tiltak som skal dekke grunnleggende behov. Høyeste utdanning kreves ved gjennomføring av skadeavvergende tiltak. Bakgrunnen for dette er at det er snakk om enkeltepisoder hvor utfordrende adferd gjentar seg plutselig og uten særlig forvarsel. Den utfordrende adferden kan i slike situasjoner være vanskeligere å håndtere, og det må derfor stilles strengere krav til tjenesteyteren. Tiltak

¹¹³ Innst. O. Nr. 14 (2003-2004), s. 7.

¹¹⁴ Rundskriv IS/2015, s. 104.

¹¹⁵ Rundskriv IS/2015, s. 105.

for å dekke grunnleggende behov, består av opplærings- eller treningstiltak, som gjerne er forutsigbare og har som mål å gjøre tjenestemottakeren i stand til å ta imot helt nødvendig hjelp uten bruk av tvang og makt. Det er gjerne snakk om mildere inngrep, enn ved skadeavvergende tiltak. Men også ved c-tiltak kan det være nødvendig å bruke mer omfattende og inngripende tvangsbruk, utdanning på videregående nivå er derfor i enkelte tilfeller ikke være nok. Rundskrivet har kommet med et spesifikt eksempel på hvor det kreves høyere krav enn det loven stiller. Som hovedregel vil det ved tiltak for å forhindre alvorlig selvskadning, ikke være nok med videregående utdanning.

Problemene man kan komme over er ofte sammensatte og det kreves at tjenesteyterne ofte har kunnskap fra flere områder. Tjenesteyteren må ha kunnskap om hva som er faglig og etisk forsvarlig i forhold til den aktuelle tjenestemottakeren. Slik forståelse krever at tjenesteyteren har kunnskap om ulike fagområder som etikk, medisin, psykologi, pedagogikk og samfunnsfag.¹¹⁶ Det er videre viktig at tjenesteyterne vet hvordan man anvender denne kunnskapen i praksis. Tjenesteyterne må også ha kunnskap om psykisk utviklingshemmede og hvilke utfordringer denne diagnosen medfører for tjenesteutøvelsen. Noe av kunnskapen kan man skaffe seg gjennom erfaring med psykisk utviklingshemmede. Men for å sikre rettssikkerheten på en forsvarlig måte for den enkelte tjenestemottaker, må det kreves formell utdanning hvor disse grunnleggende kunnskapene inngår.

Det finnes imidlertid et unntak fra utdanningskravet i loven. Tiltak etter § 9-5 tredje ledd bokstav a, setter ikke krav til at tjenesteyteren har utdanning. Unntaket gjelder i situasjoner hvor tvang og makt er nødvendig for avverge skade i nødsituasjoner. Dette gjelder altså i situasjoner som oppstår plutselig og uten forvarsel. I slike tilfeller er det tjenesteyteren selv som må ta beslutning om hva som må og skal gjøres. Det er gjerne ikke tid til å finne kvalifisert personale og for å hindre vesentlig skade kan det være nødvendig å bruke tvang og makt uten å følge lovens krav til kvalifikasjoner. Selv i slike situasjoner er det viktig at regelverket følges og at det tas hensyn til enkeltindividet og deres behov. Det kreves ikke mindre av tjenesteyterne i slike situasjoner. Også i slike tilfeller er det viktig å vite hva man gjør. Dette viser aktualiteten av å ha kvalifisert personale med tilstrekkelig utdanning på jobb til enhver tid.

¹¹⁶ Kapittel 4A – en faglig revolusjon? NF-rapport nr. 1-2008, s. 128.

I 2008 ble det gjennomført en evalueringsrapport i regi av Nordlysforskningen om hvordan regelverket i kapittel 4A ble praktisert.¹¹⁷ Her ble informanter fra Fylkesmannen, spesialisthelsetjenestene og kommunene spurt om erfaringer med kapittel 9 og hvordan de syntes reglene fungerte i praksis. Når det gjaldt utdanningskravene var informantene enig i at det var viktig med kompetanse og da særlig viktig med høyskoleutdanning i forhold til å tenke alternativt og forebyggende. Det ble også vist til at de med høyskoleutdanning hadde større forståelse og kunnskap og dermed andre holdninger. Noen mente imidlertid at det var like viktig med kunnskap om hver enkelt bruker enn krav om utdanning. Flere viste videre til at det var noe kunstig at det stiltes lavere krav til c-tiltak enn b-tiltak. Over halvparten mente at det burde stilles lik kompetanse ved begge tiltakene og at reglene gjorde mange forvirret om hva som krevedes av de. Rapporten viser imidlertid ikke til noen studier som er gjort, kun informantenes egen kunnskap og erfaringer.

Det finnes en studie fra 2011 om sammenhengen mellom utdanningsnivå og bruk av tvang og makt, gjort av Bjørn Roar Vagle m.fl.¹¹⁸ De kom fram til at det omtrent like mye bruk av tvang og makt på vakter der personalet hadde høyskoleutdanning som på de vaktene der personalet ikke hadde utdanning. Det var også ubetydelige forskjeller i varigheten av tvangen og hvilken tvang som ble brukt. Vagle, Holden og Offernes påpeker selv at det er enkelte svakheter med studien. Blant annet at det kan være forskjeller i hvilken utdanning personalet har, eller at de med utdanning allerede har ført til at tvang og makt er redusert generelt, gjennom å ha satt i gang andre tiltak tidligere.

Endresen er også en av de som har undersøkt sammenhengen mellom utdanning og bruk av tvang og makt.¹¹⁹ I sine undersøkelser fant han blant annet at jo høyere utdanning tjenesteyterne hadde, jo mer tilbøyelig var de for å anvende grovere tvang mot tjenestemottakerne.¹²⁰ Undersøkelsen har imidlertid flere svakheter som svekker resultatet. Det ble ikke sagt noe om de med høyskoleutdanning fikk vanskeligere tilfeller eller personer med mer utfordrende atferd, enn de uten utdanning. Man vet heller ikke hvilken opplæring og kursing personalet uten utdanning har hatt tidligere, og hvilke rutiner som var oppstilt fra

¹¹⁷ Kapittel 4A – en faglig revolusjon? NF-rapport nr. 1-2008.

¹¹⁸ Vagle, Bjørn Roar m.fl.: En studie av sammenhengen mellom utdanningsnivå og bruk av tvang overfor tjenestemottakere med psykisk utviklingshemning: http://www.samordningsradet.no/sitefiles/4055/Arkiv_Rapport/2011/Enstudieavsammenhengenmellomutdanningsnivaogbrukavtvang-Vagle- Holden.pdf (lastet ned 24.03.2016).

¹¹⁹ Endresen (2003).

¹²⁰ Endresen (2003), s. 49-50.

før av ved tvangsbruk. I tillegg ble det ikke nevnt hvilken utdanning de med hadde, slik at det kan tenkes at det er forskjell på for eksempel vernepleiere og de med annen bachelorgrad. Det er blitt åpnet for at flere bachelorgrader kan oppfylle utdanningskravene og her kan det være store forskjeller på hva som blir lært i forhold til bruk av tvang og makt.

Undersøkelsene gir likevel grunn til å stille spørsmålstegn ved om utdanningskravet som er oppstilt i loven har noe for seg. Det er også grunn til å undersøke hvilke utdanninger som bør kreves, herunder om de utdanningene som godtas etter loven i dag ivaretar rettssikkerheten til mennesker med psykisk utviklingshemming. Hvilke fokus på forebygging og begrensning av bruk av tvang og makt overfor psykisk utviklingshemming er det for eksempel ved lærer- og førskolelærerutdanningen.

5.5 Dispensasjon fra utdanningskravet:

Fylkesmannen kan i enkelte tilfeller gi dispensasjon fra kravet om utdanning etter § 9-9 tredje ledd tredje setning.

Bakgrunnen for regelen var at da lovreglene om tvang og makt ble innført, var det mange kommuner som hadde vanskelig for å rekruttere personell med relevant utdanning.¹²¹ Det ble derfor gitt en forskrift til tidligere kapittel 6A i sosialtjenesteloven, som senere ble videreført i kapittel 4A og någjeldende helse- og omsorgstjenestelov kapittel 9, med en regel som åpnet for dispensasjon fra utdanningskravet.

I henhold til bestemmelsen er det kun fylkesmannen som kan gi dispensasjon fra utdanningskravet. Ordlyden ”særlige tilfeller” viser at dispensasjonsadgang fra utdanningskravet kun kan gjøres unntaksvis. Det følger av forarbeidene at det avgjørende vil være om fylkesmannen finner det forsvarlig.¹²² Forarbeidene utdyper ikke nærmere hva som ligger i forsvarlighetskravet.

Helsedirektoratets rundskriv har imidlertid oppstilt vilkår for dispensasjonen.¹²³ Det skal for det første legges vekt på om tjenesteyteren kan gjennomføre tiltaket på en faglig forsvarlig måte. Dette følger også av § 9-5 andre ledd første setning som stiller krav til faglig og etisk

¹²¹ Rapport fra helsetilsynet 7/2008, s. 33.

¹²² Ot.prp. nr. 55 (2002-2003), s. 58.

¹²³ Rundskriv IS/2015, s. 105-107.

forsvarlighet ved bruk av tvang om makt, se punkt 4.6.3.5 for nærmere drøftelse. Videre må det legges vekt på hva tjenesteyteren vet om den aktuelle tjenestemottakeren, kjennskap til personens diagnose, alternative løsninger, erfaringer med tiltaket og annen relevant kompetanse. For det tredje blir det i rundskrivet lagt vekt på den faglige veiledningen og oppfølgingen ved tjenesten, at personalet med utdanning blir fordelt godt i turnus og at det jobbes med å få folk til å utdanne seg. I tillegg bør det jobbes aktivt for å kurse personalet i kapittel 9 og hvilke utfordringer som kommer med å ha diagnosen psykisk utviklingshemming. Det stilles imidlertid et minstekrav om at den faglig ansvarlige for gjennomføringen av tvangstiltak, har minimum treårig høyskoleutdanning. Det blir presisert at listen ikke er uttømmende og at det også kan settes andre vilkår for dispensasjonen.

5.5.1 Omfanget av dispensasjoner:

Både i forarbeidene til loven og i undersøkelser som er blitt gjort i forhold til dispensasjonsadgangen er det blitt fremmet bekymring om den høye andelen dispensasjoner som blir gjort av fylkesmannen. Det fremgår av Helsetilsynets tilsynsmelding fra 2014 at det ble gitt dispensasjon fra utdanningskravet i ca. 80 % av de godkjente vedtakene.¹²⁴ Dette viser at kommunene sliter med å rekruttere personer med tilstrekkelige kvalifikasjoner og utdanning som kreves ved bruk av makt og tvang. Det er ytterligere et svakhetstegn at det kun i 3 % av alle saker det ble søkt dispensasjon fra ble det gitt avslag på grunn av manglende kvalifikasjoner. Tallene viser at man nesten med sikkerhet kan regne med å få godkjent søknad om dispensasjon fra utdanningskravet. Dispensasjonsadgangen viser at bestemmelsen ikke er unntaket, men regelen. Dette er en praksis som truer rettssikkerheten til mennesker med psykisk utviklingshemming og som ikke minst svekker gjennomslagskraften til lovbestemmelsen.

Det er imidlertid flere grunner som gjør at en må tolke statistikken med varsomhet. Helsetilsynet nevner som eksempler at rapporteringen de siste årene har blitt vesentlig bedre, i tillegg er registreringen av dispensasjoner så komplisert at tallene ikke nødvendigvis stemmer med det som kommer fram i undersøkelsene.¹²⁵ Antall vedtak det blir gitt dispensasjon fra utdanningskravet i sier ikke noe nærmere om hvor mange tvangstiltak som blir gjennomført av personer som ikke oppfyller kompetansekravene.

¹²⁴ Helsetilsynet, Tilsynsmelding 2014, s. 42.

¹²⁵ Rapport fra Helsetilsynet 7/2008, s. 34.

Tallet på gitte dispensasjoner er på den annen side så høyt, at det uansett sier oss noe om kompetansesituasjonen for de personene som jobber med mennesker med psykisk utviklingshemming. For å kunne oppnå formålene med loven som er å forebygge og begrense bruken av makt og tvang, må en må blant annet ha kunnskap om diagnosen utviklingshemming og kunnskap om kapittel 9. Det er ingen tvil om at også personlig egnethet er viktige faktorer for å kunne gjøre en god jobb. Egenskaper som blant annet omsorgsevne, respekt og samarbeidsevne både med tjenestemottaker og andre tjenesteytere. Dette er egenskaper en ikke trenger utdanning for å inneha. Utdanning er i tillegg svært dyrt, både for staten og den enkelte. Personlig egnethet er imidlertid vanskelige målbare kriterier.

Tjenesteyterne er som nevnt tidligere de nærmeste til å ivareta rettssikkerheten til de utviklingshemmede. I 2014 var det 13 klager på tvangsvedtak til Fylkesnemnda, en nedgang på 12 fra året før.¹²⁶ Som vi ser er det svært få klager på vedtak etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9, desto viktigere blir det at offentlige distanser følger opp enkeltindividets rettssikkerhet. Herunder at de som står nærmest tjenestemottakerne, altså tjenesteyterne, er i stand til å ivareta rettssikkerheten ved tvangsbruk på en god måte. I praksis er vi således avhengig av å etablere noen målbare indikatorer på kvalitet som sier noe om kvaliteten og forsvarligheten den enkelte tjenesteyter kan gi hver enkelt tjenestemottaker. En som har innsikt både i regelverk og diagnosen psykisk utviklingshemming, samt de mange saksbehandlingsreglene som må gjennomføres før tvangsvedtak i det hele tatt kan gjennomføres. Til tross for at det ikke er noen selvfølge at du er skikket til jobben etter en bachelor i helsefag, kan utdanningskravet likevel sies å være et objektivt, forutsigbart og lett målbart kriterium for utvelgelse.

Kvalifikasjonskravet er etter min vurdering et godt forsøk på å sikre tjenestemottaker gode tjenester og rettssikkerhet. Statens godkjenning av dispensasjon fra utdanningskravet gir imidlertid en indikasjon på at staten synes dette er en praksis som er grei. Med så høye tall kan det virke som at verken kommunene eller staten tar kompetansemangelen i helsesektoren på alvor. Lovens krav blir uthulet og kommunene blir ikke presset til å følge loven. Det er imidlertid ikke grunn til å tro at dette er en praksis staten ønsker. Dersom det er mangel på tjenesteytere med tilstrekkelig utdanning, har i utgangspunktet staten ikke noe valg, annet en å

¹²⁶ Helsetilsynets tilsynsmelding 2014: <https://www.helsetilsynet.no/upload/Publikasjoner/tilsynsmelding/tilsynsmelding2014.pdf> s. 42 (lastet ned 18.04.2016).

gi dispensasjon fra utdanningskravet. Alternativet er at den psykisk utviklingshemmede ikke får de tjenester han/hun har krav på. Det er imidlertid en risiko for rettssikkerheten til tjenestemottaker at det er så høy dispensasjonsadgang. Det er således et klart behov for å se på alternative løsninger, da det er tydelig at utdanningskravet er vanskelig å oppfylle. Dette kan være intern opplæring, eller større fokus på å få nyutdannede til å jobbe med psykisk utviklingshemmede.

5.6 Det overordnede ansvaret ligger hos kommunene:

Kommunen har det overordnede ansvaret for å gi nødvendige helse- og omsorgstjenester for de psykisk utviklingshemmede. Dette følger av helse- og omsorgstjenesteloven § 3-1 som må ses i sammenheng med § 4-1 og § 9-4.

I henhold til § 9-4 skal tjenestetilbudet utformes med sikte på minst mulig bruk av tvang og makt. I tillegg skal kommunen sikre at tjenestetilbudet er i overensstemmelse med § 9-1 andre ledd, en persons fysiske og psykiske integritet, samt selvbestemmelsesrett og reglene § 9-5 første ledd om at andre løsninger må ha vært prøvd ut først. Til slutt er det krav om et tjenestetilbud med tilstrekkelig fagkompetanse og tjenesteytere med nødvendig opplæring, jf. § 8-1.

Bestemmelsen innebærer en plikt for kommunene til å forebygge og begrense bruk av tvang og makt. Dette følger også av formålsbestemmelsen i § 9-1 første ledd, som slår fast at et av hovedformålene med lovens kapittel 9 er å forebygge og begrense bruken av tvang og makt. Det fremgår av § 9-4 andre setning at tilrettelegging og nødvendig opplæring etter kapittel 9 er sentrale oppgaver i forebyggingsarbeidet. Kommunene har altså hovedansvaret for å påse at personalet får nødvendig opplæring og dermed nødvendig kompetanse. Hva som anses som ”nødvendig opplæring” må ses i sammenheng med § 8-1. Det fremgår av § 8-1 at kommunen har en medvirkningsplikt når det gjelder å gi undervisning og praktisk opplæring. I tillegg inngår det i denne plikten å sørge for at tjenesteyterne tar etterutdanning og/eller videreutdanning.

Staten er imidlertid ikke helt uten ansvar, den har et nasjonalt ansvar for å sørge for rekruttering og tilrettelegging i form av utdanningstilbud og andre former for tilrettelegging for kommunene. Staten skal sikre borgernes minimumsrettigheter og best mulig rettssikkerhet.

I september 2006 la regjeringen fram St. Meld. Nr. 25 (2005-2006) ”Mestring, muligheter, mening”, som må sies å ha vært en forsøk fra staten sin side til å gjøre noe med utdanningssituasjonen innen helsetjenesten. Hovedinnholdet i meldingen var å se på framtidens omsorgsutfordringer og hvordan man burde møte disse på best mulig måte. Regjeringen la her fram en omsorgsplan med konkrete tiltak fram til 2015. Under Omsorgsplanen 2015 finner vi delplanen Kompetanseløftet 2015. Kompetanseløftet inneholdt strategier og tiltak som skulle sikre at den kommunale omsorgstjenesten fikk tilstrekkelig personell og nødvendig fagkompetanse. Her ble det blant annet lagt vekt på å kvalifisere allerede ansatte med utdanning og opplæring innen helse- og sosialfag, rekruttere flere inn i omsorgstjenesten, øke andelen med høyskoleutdanning og desentraliserte høyskolestudier.¹²⁷

Kommunene har nå hatt ti år på seg til å finne løsninger på kvalifikasjonsproblemet innen omsorgstjenesten. Høyskoleutdanning tar tre år dersom du tar utdanningen på fulltid, fire år dersom du tar utdanningen på deltid. Videregående helsefag tar opp til to år, dersom de ikke er ferdig med videregående eller dersom de ikke har tatt helsefaglig retning. På denne bakgrunn må det sies at kommunene har hatt mer enn lang nok tid til å gjøre noe med kompetansekravet. Den høye dispensasjonsadgangen tilsier at verken kommunene eller staten har klart målet.

Psykisk utviklingshemmede er en særlig utsatt gruppe mennesker. De har i liten eller ingen grad evne til å vite når de utsettes for overgrep, hvilke rettigheter de har og hvem de kan gå til for å få oppfylt disse rettighetene. Mennesker med psykisk utviklingshemming er derfor i stor grad avhengig av de omsorgspersonene de har rundt seg. Dette stiller således strenge krav til det offentliges ansvar.

Kommunene har imidlertid ingen lett jobb. Desentralisering av ansvaret for å ivareta nasjonale sosialpolitiske målsettinger kan føre til en fare for rettssikkerheten til blant annet mennesker med psykisk utviklingshemming. Når oppgaver og myndighet legges fra staten til kommunene kan dette medføre en utvikling hvor det blir store variasjoner i den enkelte kommunes tjenestetilbud. Standard og dekningsgrad vil være sterkt påvirket av hver enkelt kommunes økonomi. Dette kan medføre at svake grupper gjerne kommer skjevt ut, fordi dette

¹²⁷ s. 16-17.

ofte kommer i bakgrunnen av andre sterkere grupper i samfunnet. I de mindre kommunene vil det ofte være mindre enheter, som igjen fører til mindre fagmiljø som gjør det vanskeligere å få i nok kvalifiserte tjenesteytere.

6 Avslutning

Målet med oppgaven var å se hvordan helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 ivaretok rettssikkerheten til de utviklingshemmede og hvilke krav som stiltes til tjenesteyterne.

Helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 har bidratt til en klart høyere erkjennelse av psykisk utviklingshemmedes grunnleggende rettigheter, herunder blant annet rett til selvbestemmelse og medvirkning enn det var tidligere. Det har imidlertid vist seg at når det kommer til inkludering av personen vedtaket selv gjelder, er det fortsatt mangler. De psykisk utviklingshemmede blir i liten grad inkludert i prosessen fram mot avgjørelsen om bruk av tvang og makt, i tillegg blir ikke informasjonen om innhold og begrunnelse for vedtak tilpasset hver enkelt tjenestemottaker. Dette strider mot retten til selvbestemmelse og medvirkning og må sies å være kritikkverdig. Videre er paternalisme blitt drøftet og viser det etiske dilemmaet som kan oppstå i forhold til selvbestemmelsesretten.

Regelverket består av relativt generelle og vide formuleringer. Tjenesteyterne må således foreta svært skjønsmessige vurderinger hvor de i tillegg til å måtte ta juridiske hensyn, også må vurdere de etiske og faglige hensyn ved tiltaket. Disse hensynene kan ofte stå i konflikt med hverandre og løsningene er ikke alltid like lette. Skjønsmessige vilkår utgjør både fordeler og ulemper. Psykisk utviklingshemmede er som vi har sett en gruppe med svært forskjellige behov, noe som gjør at skjønsmessige vilkår gjør det lettere å tilpasse seg denne gruppens behov. Dersom vilkårene blir for skjønsmessige, kan dette imidlertid gå ut over forutsigbarheten for enkeltindividet. Undersøkelser har vist at det i praksis forekommer utstrakt bruk av tvang og makt i strid med helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9. Det fremheves blant annet at det blant tjenesteyterne er usikkerhet rundt begrepet tvang og makt, manglende evne blant ansatte til å se alternative løsninger og yte forsvarlige tjenester. Undersøkelsene kan således tyde på at regelverket er for skjønsmessig og at det er et behov for å klargjøre vilkårene for å anvende tvang og makt nærmere. På den annen side er regelverket generelt sett ikke i seg selv en god garanti for rettssikkerheten til den enkelte.

Rettsikkerheten er i tillegg blant annet avhengig av at noen sikrer denne retten, herunder virksomheten selv og tjenesteyterne. Mangler tjenesteyterne kunnskap om regelverket, samt respekt og toleranse for utsatte grupper som mennesker med psykisk utviklingshemming, vil dette i stor grad påvirke deres rettsikkerhet og beskyttelse mot inngrep i deres rettigheter. Helsetilsynets landsomfattende tilsyn i 2006, 2011 og 2012 avdekket et behov for fagkompetanse. Det ble funnet mangel både på opplæring og kursing i helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9. Tvang og makt i strid med lovverket tyder således på at det ikke er lovverket i seg selv som er for uklart, men at det er et stort behov for å øke fagkunnskapen blant tjenesteyterne.

Gjennomgangen viser videre at det foreligger særlig utfordringer når det kommer til utdanningskravet i kapittel 9. Den høye dispensasjonsadgangen tyder på at det er på høy tid at noe blir gjort. Utdanningskravet blir ikke oppfylt og undersøkelser kan også tyde på at kravet ikke fungerer slik det er ment. Det må således settes i verk tiltak og undersøkelser som kan finne andre måter å sikre kvalifikasjonskravet på. Dette kan blant annet være obligatorisk kursing og opplæring i helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 for alle ansatte innen tjenesten. Ansvarlig ledelse har et stort ansvar for at de nye bestemmelsene er kjent hos tjenesteyterne, og at de innarbeides i praksis.

7. Litteraturliste

Lov:

Helse- og omsorgstjenesteloven

Lov av 24. Juni 2011 nr. 30 om kommunale helse- og omsorgstjenester m.m.

EMK

Den europeiske menneskerettskonvensjon med protokoller (norsk oversettelse) Konvensjon 3. September 1953 om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter

Grunnloven

Kongeriket Norges Grundlov, given i Rigsforsamling paa Eidsvoll den 17de Mai 1814

CRPD

United Nations. 2006. Convention on the Rights og Persons with Disabilities

Straffeloven

Lov av 20 mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven)

Psykisk helsevernlov

Lov av 2 juli 1999 nr. 62 om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern (psykisk helsevernloven)

Pasient- og brukerrettighetsloven

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

Arbeids- og velferdsforvaltningsloven

Lov av 18 desember 2009 nr. 131 om sosiale tjenester i arbeids- og velferdsforvaltningen.

Forvaltningsloven

Lov av 10 februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven)

Odelstingsproposisjoner:

Ot.prp. nr. 58 (1994-1995)

Ot.prp. nr. 57 (1995-1996)

Ot.prp. nr. 55 (2002-2003)

Ot.prp. nr. 64 (2005-2006)

Stortingsmeldinger:

St.meld. nr. 67 (1986-86)

St.meld. nr. 25 (2005-2006)

Proposisjon til Stortinget:

Prop. 91 L (2010-2011)

Innstilling til Stortinget:

Innst. 169 S (2012-2013)

Innst. 186 S (2013-2014)

Innstillinger i odelstinget:

Innst. O. Nr. 14 (2003-2004)

Offentlige utredninger:

NOU 1984: 34 Mesterbrev i håndverk og annen næring – forslag til ny lov

NOU 1985: 34 Levekår for psykisk utviklingshemmede

NOU 1991: 20 Rettssikkerhet for mennesker med psykisk utviklingshemmede

Rapporter fra statens helsetilsyn:

Rapport fra helsetilsynet nr. 2/2006: Oppsummering av landsomfattende tilsyn i 2006 med rettssikkerhet ved bruk av tvang og makt overfor personer med psykisk utviklingshemning.

Rapport fra helsetilsynet nr. 5/2007: Oppsummering av landsomfattende tilsyn i 2006 med rettssikkerhet knyttet til bruk av tvang og makt overfor personer med psykisk utviklingshemning.

Rapport fra helsetilsynet br.7/2008: Nødvendig tvang? En gjennomgang av data hos fylkesmennene om bruk av tvang og makt overfor mennesker med psykisk utviklingshemning for perioden 2000-2007.

Rapport fra helsetilsynet nr. 5/2013: Oppsummering av landsomfattende tilsyn i 2011 og 2012 med tvungen helsehjelp til pasienter i sykehjem.

Helsetilsynet (2014): Tilsynsmelding 2014. Helsetilsynet tilsyn med barnevern, sosial og helsetjenestene. Oslo.

Rundskriv:

Rundskriv IS-10/2004: Rettssikkerhet ved bruk av tvang og makt overfor enkelte personer med psykisk utviklingshemning.

Rundskriv IS-10/2015: Rettssikkerhet ved bruk av tvang og makt overfor enkelte personer med psykisk utviklingshemning.

Rettspraksis:

Rt. 2010 s. 612

Rt. 1995 s. 530

Litteratur:

Østenstad, Bjørn Henning: Heimelsspørsmål i behandling og omsorg overfor psykisk utviklingshemma og aldersdemente, Fagbokforlaget 2011.

Tranøy, Knut Erik: Medisinsk etikk i vår tid, 4. Utgave, Bergen 2005.

Asbjørn Kjønstad og Aslak Syse, Velferdsrett II, 3. utgave (Oslo 2008)

Tranøy, Knut Erik: Medisinsk etikk i vår tid, 4. Utgave, Bergen 2005

Endresen, Arne (2003): Tvang og makt i Rogaland. En kvantitativ undersøkelse av tvangsbruken overfor psykisk utviklingshemmede i Rogaland 1999-2000. Nærbø: Rogaland

Bak, Jesper m. fl. (2014); Mechanical Restraint in Psychiatry; Preventive Factors in Theory and Practice. A Danish-Norwegian Association Study. Perspectives in Psychiatric Care. Volume 50, side 155-166

Bjerkan, Anne Mette m. fl. (2011): Rapport. Gjennomgang av vedtak etter sosialtjenesteloven kapittel 4A – om bruk av tvang og makt overfor personer med psykisk utviklingshemming.

Smith, Eivind: Konstitusjonelt demokrati, 2. Utgave, Bergen 2012.

Bernt, Jan Fridthjof: Tvang s. 111-130 i Eskeland, Ståle og Syse, Aslak (red.): Psykisk utviklingshemmedes rettsstilling, Oslo 1992.

Dworkin, Ronald: Life's Dominion, London 1993.

Njål Wang Andersen og Karl O. Wallevik: "Huleboerdommen" (Rt. 2010 s. 612) – riktig diagnose, feil medisin?, Lov og Rett 05/2011 (Volum 50)

Skjerdal, Nicolai Vogt: Hva betyr "klar lovhjemmel"?, Jussens Venner 2001 s. 337-362

Bernt, Jan Fridthjof: Sosial trygghet og rettssikkerhet – under sosialtjenesteloven og barnevernstjenesten, 2. Utgave, Bergen, Oslo, Stavanger 2000

Strand, Gunhild Vesterhus og Børge Hede: "Behandling under tvang". Hentet fra Nordisk tidsskrifter på nett, Idunn.

Ohnstad B.: "Jus eller etikk". Tidsskrift for Den norsk legeforening 2005 nr. 20

Söderstörn, Sylvia og Jan Tøssebro: Innfridde må eller brute visjoner? Rapport 2011.

Berge, Kim og Karl Elling Ellingsen: Selvbestemmelse og bruk av tvang og makt, Nasjonalt kompetansemiljø om utviklingshemming, 2015.

Syse, Aslak: Rettssikkerhet og livskvalitet for utviklingshemmete. Rettigheter, vern og kontroll som rettslig virkemidler, 2. Utgave, Oslo 1996.

Aasen, Henriette Sinding: Barns rett til selvbestemmelse og medbestemmelse i beslutninger om helsehjelp, FAB 2008-1. Kilde: Tidsskrift for familierett.

Tranøy, Knut Erik: Medisinsk etikk i vår tid, 2. Utgave, Søreidgrend 1994.

Nilstun, Tore: Forskningsetikk i vård och medisin, Lund 1994.

Nettsider:

Store norske leksikon: <https://snl.no/selvbestemmelsesrett>

Store norske leksikon: <https://snl.no/autonomi>

Store norske leksikon: <https://snl.no/utviklingshemning>

Store norske leksikon: <https://sml.snl.no/paternalisme>

Store norske leksikon: <https://snl.no/paternalisme>

Pasientautonomi som etiskrettesnor – en kritisk gjennomgang:

<https://sykepleien.no/forskning/2009/03/pasientautonomi-som-etisk-rettesnor-en-kritisk-gjennomgang>

Vagle, Bjørn Roar m.fl.: En studie av sammenhengen mellom utdanningsnivå og bruk av tvang overfor tjenestemottakere med psykisk utviklingshemning:

http://www.samordningsradet.no/sitefiles/4055/Arkiv_Rapport/2011/Enstudieavsammenheng-ennellomutdanningsnivaogbrukavtvang-Vagle-Holden.pdf

SOR rapport nr. 6 (2001):

http://www.samordningsradet.no/sitefiles/4055/Arkiv_Rapport/Artikler/2001/Syse_og_Roed_Radet_for_vurdering_av_praksis_og_rettssikkerhet_6_01.pdf

Gro-saken, Dagbladet: <http://www.dagbladet.no/nyheter/1998/09/18/131516.html>

ICD-10: Den internasjonale statistiske klassifikasjonen av sykdommer og beslektede helseproblemer 2015: <https://ehelse.no/Documents/Helsefaglig%20kodeverk/Icd-10-den-internasjonale-statistiske-klassifikasjonen-av-sykdommer-og-beslektede-helseproblemer-2015-IS-2277.pdf>

I kommunens vold: <http://nfunorge.org/no/Om-NFU/NFU-bloggen/I-kommunens-vold/>

Fortsatt svikt ved bruk av tvang i kommunene, Landsomfattende tilsyn 2006:

https://www.helsetilsynet.no/upload/Publikasjoner/tilsynsmelding/2006/svikt_bruk_av_tvang_kommune.pdf

CRP 2015 Ombudet rapport til FNs komité for rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne: http://www.ldo.no/globalassets/03_nyheter-og-fag/publikasjoner/crpd2015rapport.pdf (lastet ned 01.05.2016)

Stortingets spørretime den 06.05.2015, spørsmål nr. 11: <https://www.stortinget.no/no/Saker-og-publikasjoner/Sporsmal/Sporretimesporstal/et-sporretimesporstal/?qid=62582>

Helse- og omsorgsdepartementets hjemmeside – Artikkel om brukermedvirkning:

<https://www.regjeringen.no/no/tema/helse-og-omsorg/sykehus/prioriterte-utviklingsomrader/brukermedvirkning/id536803/>

Antall ord: 17994