

Bruk av tvang og makt overfor utviklingshemmede

Når loven og virkeligheten møtes

Elisabeth Mork Fjeldvær



Masteroppgave i rettssosiologi
Institutt for kriminologi og rettssosiologi
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I OSLO

Innlevering 8. mai 2014

Bruk av tvang og makt overfor utviklingshemmede

Når loven og virkeligheten møtes



© Elisabeth Mork Fjeldvær

2014

Bruk av tvang og makt overfor utviklingshemmede. Når loven og virkeligheten møtes.

Elisabeth Mork Fjeldvær

Forsidebilde: Sara Johannessen/Scanpix. Trykket med tillatelse fra fotografen.

Oppgaven er tilgjengelig i fulltekst på www.duo.uio.no.

Trykk: Representeren, Universitetet i Oslo.



Sammendrag

Tittel: Bruk av tvang og makt overfor utviklingshemmede. Når loven og virkeligheten møtes.

Forfatter: Elisabeth Mork Fjeldvær.

Veileder: Knut Papendorf.

Leveret ved: Institutt for kriminologi og retts sosiologi, Universitetet i Oslo, våren 2014.

Bruk av tvang og makt overfor utviklingshemmede er regulert i helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9. Virkeområdet for reglene er avgrenset til å gjelde tvang og makt som ledd i den kommunale tjenesteytingen, og bare for utviklingshemmede. Som tvang regnes alle tiltak brukeren (den utviklingshemmede) motsetter seg, eller som er så inngripende at de uavhengig av motstand må regnes som tvang.

Disse bestemmelsene ble vedtatt etter kritikk mot den utstrakte og uhjemlede tvangsbruken i institusjonsomsorgen under HVPU, Helsevernet for psykisk utviklingshemmede. Fra 1991 overtok kommunene ansvaret for tjenesteyting, og de store institusjonene ble lagt ned til fordel for mindre og mer boliglignende enheter. På tross av dette fortsatte tvangsbruken, og etter flere runder fram og tilbake med lovutkast utover 1990-tallet trådte loven i kraft i 1999.

Når lovgiver vedtar lover ligger det intensjoner bak. I hvilken grad lovgivningen fører til at intensjonene oppfylles er et klassisk retts sosiologisk spørsmål. For å svare på dette må man finne ut av hva intensjonene er, hvordan de kommer til uttrykk i lovgivningen og hvordan denne fungerer i praksis. Mine hovedspørsmål har derfor vært:

Hvordan fungerer lovgivningen som regulerer bruk av tvang og makt overfor utviklingshemmede i praksis, og i hvilken grad oppfylles dens intensjoner?

- *Hva er intensjonene?*
- *Hvordan fungerer lovgivningen i praksis?*
- *Oppfylles intensjonene?*
- *Har lovgivning og praksis påvirket hverandre?*
- *Hva gjenstår eventuelt for at intensjonene skal oppfylles?*

Disse spørsmålene forsøker jeg å besvare i denne oppgaven. Jeg har analysert meg fram til seks hovedintensjoner med lovverket, og bruker datamateriale fra rapporter og tidligere forskning for å si noe om lovens møte med virkeligheten.

For videre å analysere dette bruker jeg Vilhelm Auberts skille mellom normer og verdier. Hans klassiske verk *Rettenns sosiale funksjon* fra 1976 er hovedkilden. Lovens intensjoner eller formål tilsvarer verdiene, og disse kan være operasjonalisert til mer eller mindre tydelige atferdsnormer, altså forventninger til hvordan vi skal handle. Forventningene kan være klare og tydelige, eller mer diffuse. Jeg bruker dette til å analysere hva slags veiledning og forventning til handling som ligger i reglene om bruk av tvang overfor utviklingshemmede.

Aubert skiller mellom normrasjonalitet og formålsrasjonalitet som metode for å fatte beslutninger. I analysen av tvangsbestemmelsene videreutvikler jeg hans beslutningsmodeller (dyade/triade) for å få med alle faktorene som er med når det besluttes å bruke tvang etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9. Når mange aktører sammen skal komme fram til en løsning, kan det by på utfordringer. Aubert har i en artikkel fra 1982 ("Legal justice and mental health") analysert hvordan jussen og psykiatrien samarbeider. Ved beslutninger om tvangsbruk overfor utviklingshemmede er det juss og miljøterapi. En rettslig regulering av tvangsbruken etterlyses, men et ikke-rettslig og terapeutisk bidrag er også nødvendig for å komme fram til en hensiktsmessig løsning. I spørsmål som gjelder bruk av tvang og makt overfor utviklingshemmede må man forholde seg til lovverket, men samtidig kreves miljøfaglig kompetanse og faglig skjønn.

For at regler skal følges må loven være kjent. Derfor tar jeg for meg norminnsiktens og lov-kunnskapens betydning for normetterlevelsen, sterkt inspirert av Aubert, Eckhoff og Sveris klassiske undersøkelse av hushjelploven, *En lov i søkelyset*, fra 1952. Jeg bruker også deres modell av lovens og kollektivets påvirkning på den faktiske atferden.

Videre analyserer jeg vekselvirkningen mellom loven og de faktiske forholdene når det gjelder disse tvangsbestemmelsene. Jeg tar for meg det tilhørende rundskrivet som rettskilde og oppsummerer status quo. Oppgaven foreslår tiltak som bør gjøres for at intensjonene skal oppfylles i større grad. For å komme videre med dette arbeidet mener jeg det trengs både ressurser og oppmerksomhet, og hele omsorgen for utviklingshemmede må ses under ett.

Forord

Det er mange som skal takkes for å ha holdt ut med meg mens jeg har holdt på med dette dypdykket inn i helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 og dens møte med virkeligheten.



Først en takk til min veileder Knut Papendorf, som alltid har tatt seg tid til å lese raskt og grundig, og kommet med verdifulle innspill og kommentarer til oppgavens mange utkast. Det er ikke alle forunt å ha en veileder med så stor interesse og nysgjerrighet. Takk også til min gruppeveileder Jane Dullum, for en evig påminnelse om at det er viktig å finne oppgavens omdreiningstema og røde tråd, og til instituttet for økonomisk støtte til noen av konferansene jeg har vært på.

Jeg er også takknemlig for alle andre som har kommet med innspill underveis i prosessen. En stor takk til Sigrid og Ebba for tilbakemeldinger på analysen, og ikke minst til Hanne, som har kommentert seg gjennom hele oppgaven, og til Oda for effektiv korrekturlesing.

Takk til alle mine venner, dansepartnere og medorienteringsløpere. Dere har bidratt til å fylle hverdagen med latter, gode samtaler, swing, trening og frisk luft. Til mine medstudenter på Nova: takk for alle absurde utsagn og (mer eller mindre gode) diskusjoner/middager i sjette.

Og sist, men ikke minst, takk til familien min for å alltid ha trua, og til Håvard for både faglige innspill og ikke-faglige distraksjoner.



Oslo, april 2014

Elisabeth Mork Fjeldvær

*"Loven må ikke bli et fugleskremsel
satt opp for høk og trost, og ubevegelig,
til vanen gjør det til en hvileplass
som ingen frykter."*

– William Shakespeare

Innholdsfortegnelse

1 Innledning	1
1.1 Personlig engasjement og valg av tema	1
1.2 Faglig bakgrunn og interesseområde	1
1.3 Problemstillinger	2
1.4 Perspektiver	2
1.5 Begrepsavklaringer	4
1.5.1 Utviklingshemmede	4
1.5.2 Hva er utviklingshemming?	4
1.5.3 En av mange funksjonshemninger	6
1.5.4 Bruker, tjenestemottaker og beboer	6
1.5.5 Tjenesteytere og (miljø)personale	7
1.6 Avgrensninger og bemerkninger	8
1.7 Oppgavens oppbygning	9
2 Data og metode	11
2.1 Rapportene – bredde	11
2.2 Doktorgradsavhandlingene – dybde	11
2.3 Å vurdere om en lov virker	12
2.4 Å ikke samle inn materialet selv	12
2.5 Begrensninger ved materialet	13
2.6 Å forske i kjent felt, og å ha deltidsjobb der	13
2.7 Deltakelse på fagdag og konferanser	14
3 Et sveip i omsorgshistorien	17
3.1 På vei til en offentlig omsorg	17
3.1.1 Bortgjemming og mishandling	17
3.1.2 Opplæring og pedagogikk i utlandet	17
3.1.3 Statlig sparepolitikk og private initiativer i Norge	18
3.2 Rasehygiene og sterilisering	18
3.2.1 Rasehygiene og sterilisasjonslovgivning	18
3.2.2 Krigstid – utrydding i Tyskland, ventetid i Norge	19

3.2.3	Sterilisasjoner etter krigen.....	19
3.3	Institusjonsomsorgen – HVPU	20
3.3.1	Utbyggingen av åndssvakeomsorgen i etterkrigstida.....	20
3.3.2	Ekspansjon, kritikk og nedlegging av HVPU	20
3.4	Etter reformen.....	21
3.4.1	Desentralisering, normalisering og rettssikkerhet	21
3.4.2	Ny institusjonalisering?.....	21
3.5	I dag – selvbestemmelse	22
4	Om lovreguleringen.....	23
4.1	Veien fram mot lovregulering	23
4.2	Lovens (for)historie – de offentlige dokumentene	24
4.3	Gjeldende rett om bruk av tvang og makt	26
4.3.1	Omfang.....	26
4.3.2	Formål og virkeområde	26
4.3.3	Hovedvilkår: vesentlig skade	27
4.3.4	Tilleggsvilkår	27
4.3.5	Andre løsninger	28
4.3.6	Forholdsmessighet.....	28
4.3.7	Faglig forsvarlighet	28
4.3.8	Etisk forsvarlighet	29
4.3.9	Situasjoner hvor tvang og makt kan brukes	30
4.3.10	Skadeavverging i nødssituasjoner – § 9-5 (3) (a) og (b)	30
4.3.11	Dekke grunnleggende behov – § 9-5 (3) (c)	32
4.3.12	Saksbehandlingen.....	32
4.3.13	Klage på beslutning eller vedtak om bruk av tvang og makt.....	34
4.3.14	Retten til kvalifisert personale.....	35
4.3.15	Utdanningskravet	36
4.3.16	Om gjennomføring av tiltak	37
4.3.17	Dokumentasjonsplikt og journalskriving	37
4.3.18	Kontroll og tilsyn	38
4.3.19	Tidligere rett.....	38
4.4	Hva slags tvang er det snakk om?	40

4.4.1	Hva regnes som tvang (og makt).....	40
4.4.2	Maktbegrepet.....	43
4.4.3	De vanligste tvangstiltakene.....	45
4.4.4	Eksempler på prosedyrer for tvangstiltak.....	47
4.4.5	Oppsummering	53
4.5	Annen tvangslovgivning.....	54
4.5.1	Generelt forbud mot tvang – og unntak	55
4.5.2	Pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4A	57
4.5.3	Psykisk helsevernloven	58
4.5.4	Tvangstiltak overfor rusmiddelavhengige (hotjl kapittel 10).....	60
4.5.5	Tvangshjemler i barnevernloven	60
4.5.6	Avsluttende.....	61
5	Intensjonene	63
5.1	Hindre at utviklingshemmede skader seg selv eller andre	63
5.2	Forebygge og begrense bruk av tvang og makt.....	64
5.3	Rettsikkerhet – klar lovhjemling, omfattende saksbehandling og bedre kontroll....	64
5.4	Sikre utviklingshemmedes integritet og selvbestemmelsesrett	65
5.5	Holdningsendring	65
5.6	Faglighet	66
5.7	Oppsummerende om intensjonene.....	66
6	Lovens møte med virkeligheten.....	69
6.1	Tilsynserfaringer.....	69
6.1.1	Litt om tilsyn som metode.....	69
6.1.2	Tilsynserfaringer 2003-2004	71
6.1.3	Landsomfattende tilsyn i 2005 og 2006	72
6.2	Registrert tvang – omfang	73
6.2.1	Midlertidige regler 1999-2003	74
6.2.2	Permanente regler fra 2004	75
6.2.3	Mer registrert tvang.....	76
6.2.4	Tall fra 2008 til i dag.....	77
6.2.5	Samlet utvikling	78

6.3	Kontroll i form av tilsyn – omfang	79
6.3.1	Tilsyn med de midlertidige reglene.....	79
6.3.2	Stedlig tilsyn med de permanente reglene.....	80
6.4	Dispensasjoner fra utdanningskravet	81
6.5	Saksbehandlingen hos Fylkesmennene	83
6.6	Klagesaker	84
6.6.1	Klager hos Fylkesmannen og Fylkesnemndene	85
6.6.2	Domstolsprøving	86
6.6.3	Klager hos sivilombudsmannen	87
6.6.4	Oppsummerende om klagesaker	87
6.7	Evalueringer av lovverket.....	87
6.7.1	Sluttrapport fra Rådet (2002)	88
6.7.2	Kapittel 4A – en faglig revolusjon? (2008).....	90
6.8	Hvordan ble lovreglene mottatt i boligene?	92
6.8.1	Ulike virkeligheter.....	92
6.8.2	Mer refleksjon og endrede holdninger?	95
6.9	Oppsummering av materialet.....	100
6.9.1	Vekting av funn og konklusjoner	100
6.9.2	Rådets evaluering (2002)	100
6.9.3	Tilsynserfaringer 2003-2004.....	101
6.9.4	Endrede holdninger til utdanning, faglighet og refleksjon.....	101
6.9.5	Lovverkets mottakelse i boliger med ulike omsorgsprofiler.....	102
6.9.6	Landsomfattende tilsyn i 2005 og 2006	103
6.9.7	Nordlandsforsknings evaluering (2008).....	104
6.9.8	Saksbehandlingen hos Fylkesmennene	104
6.9.9	Registrert tvang – omfang	105
6.9.10	Kontroll i form av tilsyn – omfang.....	106
6.9.11	Dispensasjoner fra utdanningskravet	106
6.9.12	Klagesaker	107
7	Oppfyllelse av intensjonene	109
7.1	Hindre vesentlig skade.....	109
7.2	Forebygge og begrense bruk av tvang	109

7.2.1	Legge forholdene til rette	110
7.2.2	Andre løsninger må prøves først	110
7.2.3	Forholdsmessighetskravet	111
7.2.4	Begrenset anvendelsesområde.....	111
7.2.5	Faktisk og registrert tvangsbruk	112
7.3	Rettssikkerhet	112
7.3.1	Klar lovhjemling	112
7.3.2	Saksbehandling og overprøving	112
7.3.3	Tilsyn og kontroll	113
7.3.4	Klager	114
7.4	Integritet og selvbestemmelse	114
7.5	Holdningsendring	115
7.6	Faglighet	116
7.7	Oppsummering	117
8	Loven, intensjonene og virkeligheten	119
8.1	Formålsbestemmelser og verdigrunnlag.....	119
8.2	Verdier og normer	121
8.2.1	Forventninger og reaksjoner.....	123
8.2.2	Normetterlevelse som et mål i seg selv	124
8.2.3	Realisering av verdier.....	126
8.2.4	Ærbødighet vs. unødvendig barnepike – loven riktig "an sich"	127
8.2.5	Likebehandling og positiv særbehandling – skjønn.....	128
8.2.6	Regelanvendelse og skjønnsutøvelse	128
8.3	Handlingsveiledning.....	131
8.3.1	Grensedragning vs. magnetiske sentra	131
8.3.2	Verdier uten presise atferdsnormer	135
8.3.3	Rettssikkerhet og tvangsanvendelse	136
8.4	Beslutningsmodeller	138
8.4.1	Normrasjonalitet og formålsrasjonalitet.....	139
8.4.2	Avgjørelser i par og trekant.....	141
8.4.3	Nye polyader	142
8.5	Når ulike normsystemer løser samme problem	146

8.6	Norminnsiktens betydning for normetterlevelsen	148
8.6.1	Regler innfører noe nytt vs. lovfesting av sedvane	149
8.7	Påvirkning på den faktiske atferden	151
8.8	Avslutning	153
9	Vekselvirkning mellom loven og virkeligheten	155
9.1	Kritikk mot omsorgen – rop etter regler ($S \rightarrow R$)	155
9.2	Noen lovforslagsrunder ($R \leftrightarrow S$).....	156
9.3	Regler kommet – hva skjer? ($R \rightarrow S \rightarrow R$).....	156
9.4	Stillstand ($-$) ($S \rightarrow R$)	157
9.5	Oppklarende rundskriv? ($S \rightarrow r$)	158
9.5.1	Forarbeider og etterarbeider som rettskilder	159
9.5.2	Formålet med rundskrivet	160
9.6	Handlingslammelse?.....	161
10	Idealer, intensjoner og realiteter	163
10.1	En lov i søkelyset	163
10.2	Idealer, realiteter og tiltak	164
10.3	Har loven omdannet forholdene?.....	166
10.4	Utgangspunkt for videre arbeid	167
10.5	Intensjonsoppfyllelse	167
10.6	Påvirkning og endring.....	168
10.7	Fokus, fokus, fokus	169
	Litteraturliste	171
	Lover	179
	Offentlige dokumenter	181
	Vedlegg	183
	Vedlegg 1: Lovteksten	185
	Vedlegg 2: Maler.....	191
	Vedlegg 3: Oversikt over materialet	201

Vedlegg 4: Tidslinje over materialet	203
Vedlegg 5: Registrert tvang.....	205
Vedlegg 6: Rettsavgjørelser	207
Vedlegg 7: Spesialpensum	209

Oversikt over tabeller og figurer

Tabell 1: Om forholdet mellom makt og tvang i lovbestemmelsene	44
Tabell 2: Fordeling tvangstiltak 2013	46
Tabell 3: Antall enkeltmeldinger og vedtak, samt personer som omfattes 1999-2003.....	74
Tabell 4: Antall enkeltmeldinger og vedtak, samt personer som omfattes 2004-2007.....	75
Tabell 5: Antall enkeltmeldinger og vedtak, samt personer som omfattes 2008-2013.....	77
Linjediagram: Antall enkeltmeldinger og vedtak, samt personer som omfattes 2000-2013 ...	78
Tabell 6: Antall gjennomførte tilsyn 2000-2003.....	80
Tabell 7: Antall gjennomførte stedlige tilsyn 2004-2013	81
Tabell 8: Antall innvilgede dispensasjoner fra utdanningskravet 1999-2013.....	82
Tabell 9: Antall klagesaker hos Fylkesmannen og Fylkesnemndene 2000-2013	85
Figur 1: Grensedragning.....	132
Figur 2: Magnetiske sentra.....	133
Figur 3: Magnetisk sentrum med grensedragning.....	135
Figur 4: Skjønnsmessig grensedragning	137
Figur 5: Dyade (to).....	142
Figur 6: Triade (tre).....	142
Figur 7: Tentrade (fire).....	143
Figur 8: Pentade (fem).....	144
Figur 9: Hexade (seks)	145
Figur 10: Heptade (sju)	146
Figur 11: Faktorer for lovens påvirkning på den faktiske atferden.....	151
Figur 12: Faktorer for lovens og kollektivets påvirkning på den faktiske atferden	152
Tabell 10: Idealer, realiteter og nødvendige tiltak for å oppfylle intensjonene i loven	164
Tabell 11: Antall enkeltmeldinger og vedtak, samt personer som omfattes 1999-2013.....	205

1 Innledning

1.1 Personlig engasjement og valg av tema

Jeg har lenge vært interessert i hvorfor noen mennesker defineres som normale og noen som annerledes. Akkurat det er imidlertid ikke tema i denne oppgaven, men en gruppe som er blitt oppfattet som "annerledes", utviklingshemmede, har jeg etter hvert fått et stort engasjement for. Som relativt fersk student, mens jeg fortsatt hadde tenkt å bli psykolog, begynte jeg å jobbe som miljøarbeider i en bolig for utviklingshemmede. Samtidig var jeg stadig på debatter og foredrag om bruk av tvang i psykiatrien, en del av dem ganske radikale og psykiatri-kritiske. Jeg var spesielt opptatt av hvordan man definerte hva som var tvang og ikke, og overførte dette til jobben som miljøarbeider. Til tider var det heftige diskusjoner på personalrommet om hvordan vi skulle takle utfordrende atferd. Diskusjonen kretset ofte rundt om ting vi gjorde var tvang eller ikke, og om andre håndteringsmåter kunne være mer hensiktsmessige. I denne boligen hadde vi ingen med tvangsvedtak, men jeg (som den eneste) sendte et par ganger inn enkeltmelding om bruk av tvang i akutte nødssituasjoner¹.

Sommeren før jeg skulle begynne på masterprogrammet i retts sosiologi begynte jeg å jobbe som miljøterapeut² i en annen bolig for utviklingshemmede. I denne hadde noen av beboerne tvangsvedtak. Jeg opplevde en helt annen bevissthet og diskusjon rundt bruk av tvang her. Flere av de ansatte hadde ulike meninger om lovverket og hvordan det ble praktisert. Etter en lengre diskusjon på ei rolig vakt i juli ble spiren til mitt masterprosjekt sådd. Senere har jeg endret problemstillingen og fokuset, men hovedelementene er de samme, nemlig *forholdet mellom lovens intensjoner og hvordan lovverket fungerer i praksis*.

1.2 Faglig bakgrunn og interesseområde

Min faglige bakgrunn er fra sosiologi og kriminologi, i tillegg har jeg noe psykologi og litt juss. Disse fagene utfyller hverandre på en god måte. Gjennom deltidsjobben har jeg også lært en del om atferdsanalytisk miljøarbeid.

¹ Bruk av tvang og makt overfor utviklingshemmede er regulert i helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9, se punkt 4.3. Forholdene i denne boligen har endret seg nå (behovet for tvangstiltak er utredet).

² Miljøarbeider er tittelen på ufaglærte som jobber i omsorgen for utviklingshemmede, mens miljøterapeut er tittelen på såkalt faglærte (se også note 13).

Våren 2012 skrev jeg bacheloroppgave i kriminologi om deler av utviklingshemmedes omsorgshistorie. Jeg tok for meg norsk sterilisasjonslovgivning, rasehygiene og institusjonsoppbygging, samt legeprofesjonens rolle i konstruksjonen av bildet av såkalt åndssvake i tida før, under og etter krigen (Fjeldvær 2012).

Jeg er svært interessert i forholdet mellom den skrevne formelle loven, intensjonene bak den og hvordan den fungerer i praksis. Lovbestemmelsene som regulerer bruk av tvang og makt overfor utviklingshemmede ble vedtatt i den hensikt å endre en uønsket omsorgspraksis. Jeg vil i denne oppgaven ta for meg denne loven og dens møte med den virkeligheten den skal regulere.

1.3 Problemstillinger

Mine problemstillinger er som følger:

Hvordan fungerer lovgivningen som regulerer bruk av tvang og makt overfor utviklingshemmede i praksis, og i hvilken grad oppfylles dens intensjoner?

- *Hva er intensjonene?*
- *Hvordan fungerer lovgivningen i praksis?*
- *Oppfylles intensjonene?*
- *Har lovgivning og praksis påvirket hverandre?*
- *Hva gjenstår eventuelt for at intensjonene skal oppfylles?*

1.4 Perspektiver

Et grunnleggende perspektiv hos meg er forholdet mellom lovgivningen og det feltet den (for)søker å regulere. I etterkrigstiden utviklet det seg en forvaltningsrettslig lovgivning, karakterisert av mål/middel-tenkning, som skubbet til side den tradisjonelle strafferettslige og sivilrettslige lovgivningen, karakterisert av tydelige rettsregler. Retten angir ifølge Hydén de målene rettsanvendelsen sikter mot å nå, og håndterer redskapene som skal benyttes for å nå dem. Den rettsdogmatiske metode egner seg ikke til å studere denne form for rettslig regulering, da rettsdogmatikken forutsetter tydelige normer/regler. Her er rettssosiologiske analyser mer fruktbare i kraft av deres orientering mot empiriske studier av det faktiske resultat av rettsanvendelsen (2013, s. 103).

Når lovgiver gir lover ligger det en intensjon bak. Det er visse formål lovgiver ønsker å oppnå med lovgivningen. Jeg mener det da er viktig å finne ut i hvilken grad lovgivningen fører til en oppfyllelse av disse intensjonene, hvilket er et klassisk retts sosiologisk spørsmål. Da må man finne ut hva intensjonene er, hvordan de kommer til uttrykk i lovgivningen, og hvordan denne fungerer i praksis.

Vilhelm Aubert regnes som en klassiker, og hans verk *Rettens sosiale funksjon* (1976) er ifølge Hydén sannsynligvis det verket som har hatt størst betydning for retts sosiologiens utvikling i Norden (2013, s. 120). I hvilken grad rettsregler og andre juridiske virkemidler kan brukes til å løse de konkrete problemer som følger med samfunnsutviklingen, er ifølge Aubert et viktig spørsmål (1976, s. 7). Selv om det er mer enn 35 år siden dette ble skrevet mener jeg at innsiktene fortsatt har aktualitet. Når jeg søker å analysere hvordan en konkret lovgivning fungerer i praksis og vurdere i hvilken grad intensjonene bak den oppfylles faller dette inn i tradisjonen etter Aubert. Analysene han legger fram i *Rettens sosiale funksjon*, på bakgrunn av et mangesidig erfaringsmateriale om ulike lovers virkninger, virker for meg svært fruktbare for min egen analyse av helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 (hvor bruk av tvang og makt overfor utviklingshemmede er regulert) og disse bestemmelsenes virkninger.

Jeg vil i tillegg gå dypere ned i undersøkelsen av én lovs virkninger som Aubert undersøkte sammen med Torstein Eckhoff og Knut Sveri. De valgte å angripe de generelle spørsmålene om samspillet mellom rettsregler og livsforhold ved å se på et spesielt felt, nemlig den da nylig vedtatte hushjelploven (1952, s. 5). Funnene og diskusjonene fra denne undersøkelsen er, som intendert, også overførbare til samspillet mellom rettsregler og livsforhold på andre områder, selv om man må ta forbehold om generaliseringer ut fra én lovs virkninger (s. 15).

Aubert, Eckhoff og Sveri rettet søkelyset mot en lov, dens bakgrunn og funksjon, og det var særlig lovens betydning for de personer hvis livsforhold den prøvde å regulere de ville studere (hushjelpene og husmødrene) (1952, s. 13). I denne oppgaven er søkelyset rettet mot en annen lov, nærmere bestemt et lovkapittel, og hvordan bestemmelsene fungerer i praksis. Siden jeg ikke har vært ute i felten og snakket med informanter selv, slik de gjorde, men i stedet lener meg på andres datainnsamling, har jeg et litt fjernere forhold til de konkrete sakene og dermed et noe mer overordnet perspektiv.

1.5 Begrepsavklaringer

For å unngå misforståelser og unødig forvirring vil jeg her ta for meg hvordan jeg forstår noen av begrepene jeg bruker i oppgaven.

1.5.1 Utviklingshemmede

Begrepsbruken rundt denne gruppen har variert mye og det er knyttet til dels sterke følelser til den. Det er ikke mange tiår siden *åndssvak* var den vanlige betegnelsen³. I diagnosemanualen som brukes i Norge (ICD-10) brukes *psykisk utviklingshemning*. Det er denne lovverket legger til grunn. Noen tar til orde for at dette uttrykket er misvisende. I internasjonal sammenheng brukes stadig oftere begrepet *lærehemning* eller *lærehemmede* (Ot.prp. nr. 55 (2002-2003), s. 26). Flere norske interessegrupper bruker bare *utviklingshemmede*, for å markere avstand fra psykiske lidelser (Norsk Helseinformatikk 2008)⁴. Det er vanlig i litteraturen å bruke utviklingshemning og utviklingshemmede som kortform for psykisk utviklingshemning og psykisk utviklingshemmede (for eksempel Syse 1995, Handegård 2005 og Østenstad 2011)⁵.

Man kan argumentere for at man for å ikke stemple individene med sin diagnose heller burde bruke *mennesker med (psykisk) utviklingshemning* for å markere at de først og fremst er mennesker, slik bl.a. Lossius II-utvalget argumenterte for (NOU 1985:34). På den annen side kan man, som Tøssebro, spørre seg hvorfor det er så viktig å understreke at de er mennesker: "Det gjør en da bare hvis det kan reises tvil", en slik understreking vil derfor nærmest bygge opp under tvilen (2010, s. 36). Jeg kommer ikke til å gå nærmere inn på den diskusjonen, men hovedsakelig omtale disse menneskene som "utviklingshemmede"⁶.

1.5.2 Hva er utviklingshemming?

Utviklingshemming er en samlebetegnelse for en rekke forskjellige tilstander med høyst forskjellig årsaksforhold. Utviklingshemningen viser seg ofte tidlig, ved at intelligens, lære-

³ Andre betegnelser har vært bytting, djevelunge, idiot, født fjant, rasende dåre, sinnssvak, åndelig abnorm, debil, imbesil, sinke, evneveik, mentalt retardert, oligofren og mongoloid (Dahl 2012a, Fjermeros 2009 og Johansen 1996 og 2012)

⁴ Norsk Forbund for Utviklingshemmede (NFU), Landsforbundet for utviklingshemmede og pårørende (LUPE), NAKU (Nasjonalt kompetansenettverk om utviklingshemning) og Samordningsrådet SOR har alle tatt vekk "psykisk" fra sine navn.

⁵ Hvor (psykisk) utviklingshemning er diagnosen og (psykisk) utviklingshemmede er betegnelsen på personer med denne diagnosen (akkurat som depresjon og deprimerte).

⁶ I den historiske gjennomgangen (kapittel 3) bruker jeg stort sett de historiske benevnelsene.

evne og evne til å klare seg i samfunnet er svekket (rundskrivet (IS-10/2004), s. 29). Det er en medisinsk diagnose, og knyttes til at man intelligensmessig fungerer under gjennomsnittet og at dette oppstår i utviklingsperioden, altså før man er voksen (Tøssebro 2010, s. 40). Ifølge diagnosemanualen ICD-10⁷, som er Verdens helseorganisasjons diagnosemanual og den som brukes i det norske behandlingssystemet, er psykisk utviklingshemming en "tilstand av forsinket eller mangelfull utvikling av evner og funksjonsnivå, som spesielt er kjennetegnet ved hemming av ferdigheter som manifesterer seg i utviklingsperioden". Dette er ferdigheter som bidrar til det generelle intelligensnivået, for eksempel kognitive, språklige, motoriske og sosiale. Utviklingshemming kan forekomme med eller uten andre psykiske og somatiske lidelser (F70-F79). Graden av utviklingshemming vurderes vanligvis ut fra en standardisert intelligensprøve (IQ-test), og kan suppleres med skalaer som måler sosial tilpasning i et gitt miljø. Diagnosen avhenger også av en samlet vurdering av de intellektuelle ferdighetene (ICD-10). Vanligvis brukes IQ på 70 som indikator på utviklingshemming, men som sagt kommer det an på en helhetsvurdering. I tillegg til å vurdere graden av utviklingshemming (lett, moderat, alvorlig eller dyp⁸), skal man identifisere graden av atferdsproblemer og eventuelle tilstander som opptrer sammen med utviklingshemmingen⁹.

Hvor mange personer i Norge har så utviklingshemming? Det finnes ingen sikre tall på dette da det ikke finnes noen sentral registrering (Godal 2012). Ifølge stortingsmeldinga om utviklingshemmedes levekår som kom i 2013 er en rimelig statistisk beregning etter kriteriene i ICD-10 en forekomst i Norge på 1,5 prosent av befolkningen, hvilket i 2012 tilsvarte ca. 75.000 mennesker (Meld. St. 45 (2012-2013), s. 7). Flesteparten av disse har lettere grad av utviklingshemming, og mange tilfeller forblir ukjente og udiagnostiserte (Malt 2009). Disse er ikke registrert i hjelpeapparatet med utviklingshemming (Meld. St. 45 (2012-2013), s. 7). Om lett utviklingshemming står det i diagnosemanualen at det vanligvis fører til lærevansker i skolen, men at mange voksne er i stand til "å arbeide, ha gode sosiale forhold og gjøre en samfunnsnyttig innsats" (ICD-10, F70). Ofte brukes betegnelsen utviklingshemmet om personer som har vansker med å klare seg uten hjelp (Tøssebro 2010, s. 43). Dette vil ofte

⁷ Ifølge Helsedirektoratet (2011) er ICD-kodeverket den internasjonale statistiske kodifikasjonen av sykdommer og beslektede helseproblemer, og er et redskap for systematisk klassifisering og registrering av dette. ICD er verdens første kjente diagnosekodeverk, og ble utviklet rundt 1850. Verdens helseorganisasjon (WHO) overtok eierskapet i 1946, og har senere gjennomført flere revisjoner. I Norge ble ICD-10 (dvs. utgave 10) tatt i bruk i psykiatrien i 1997 og i somatisk spesialisthelsetjeneste i 1999. WHO arbeider nå med en omfattende revisjon. Planen er at ICD-11 skal foreligge i 2015. ICD-10 ligger elektronisk tilgjengelige på <http://finnkode.kith.no/>.

⁸ Som har hver sin diagnosekode, henholdsvis F70, F71, F72 og F73, og har veiledende IQ-grenser på 50-69 (mental alder på 9-12 år), IQ 35-49 (6-9 år), IQ 20-34 (3-6 år) og IQ under 20 (under 3 år). I tillegg har man restkategoriene "annen psykisk utviklingshemming" (F78) og "uspesifisert psykisk utviklingshemming" (F79).

⁹ For eksempel autisme (F84.0 og F84.1), andre utviklingsforstyrrelser (F80-F89) eller alvorlige fysiske handikap.

ikke inkludere de med lett grad av utviklingshemming da disse stort sett vil klare seg uten offentlig bistand og omsorg. I trygdeetatens og kommunenes registre finner vi i overkant av 20.000 utviklingshemmede i Norge, eller 0,45 prosent av befolkningen (Tøssebro 2010, s. 41-42).

1.5.3 En av mange funksjonshemminger

Flere ganger har jeg vært ute for at folk blander begrepene utviklingshemming og funksjonshemming, derfor vil jeg presisere disse begrepene her. Funksjonshemming omfatter langt mer, og dekker en enorm variasjon, hvor fellestrekkene kan være små. Man kan ha både psykiske og fysiske funksjonshemminger. Begrepet knyttes for eksempel til vansker med bevegelse, syn, hørsel, læring eller pust. Noe er synlig og åpenbart, mens annet er mer skjult, som dysleksi eller psykiske problemer (Tøssebro 2010, s. 13). Man finner funksjonsnivå og hjelpebehov langs hele skalaen. Begrepet favner alt fra personer som har vært i jobb hele livet til personer som nærmest automatisk uføretrygdes på 18-årsdagen (s. 49-50). Utviklingshemming er en av mange funksjonsnedsettelse¹⁰ man kan ha (s. 40). Østenstad (2011) omtaler utviklingshemmede og aldersdemente i sin avhandling med samlebetegnelsen "forstandsmessig funksjonshemmede", hvor intellektuell funksjonssvikt er fellesnevner (s. 53). Noen utviklingshemmede kan ha fysiske funksjonshemminger i tillegg (Helsetilsynet 2010, s. 11).

1.5.4 Bruker, tjenestemottaker og beboer

Lovteksten brukte tidligere "tjenestemottaker", men endret dette til "bruker eller pasient" ved samhandlingsreformen i 2012. Det er ingen forskjell på personkretsen som omfattes av disse to benevnelsene, og endringen begrunnes ikke i lovforarbeidene¹¹. "Bruker eller pasient" brukes konsekvent sammen for å samsvare med benevnelsene i pasient- og brukerrettighetsloven. Da de det gjelder vanligvis verken er syke eller innlagte, føles det kunstig i denne oppgaven å bruke pasient-begrepet. I tillegg virker det unødvendig tungvint i løpende tekst. Derfor holder jeg meg stort sett til begrepet "bruker".

¹⁰ Her er funksjonshemming og funksjonsnedsettelse brukt som synonymer. Jeg ser det ikke som nødvendig her å gå inn på en diskusjon om disse begrepene, men i NOU 2001:22 legges det vekt på at personer har fysiske funksjonsnedsettelse, og at det er omgivelsene som har en funksjonshemmende effekt på enkeltmennesket. Dette er i tråd med FNs definisjon, og kalles den relasjonelle forståelsen av funksjonshemming. Den ligger mellom den biologisk-medisinske og den sosiale forståelsen av dette begrepet (NOU 2001:22 *Fra bruker til borger. En strategi for nedbygging av funksjonshemmende barrierer*, s. 7-10).

¹¹ Jeg vil tro tanken var at "bruker" har konnotasjoner til et mer aktivt handlende subjekt, mens "tjenestemottaker" opplevdes som passiviserende.

I et forsøk på å overkomme det skjeve maktforholdet mellom tjenestemottakere og tjenesteytere ble begrepet "tjenestenytere" lansert (Selboe, Bollingmo og Ellingsen 2005). I en debatt om selvbestemmelse og å ha hovedrollen i eget liv kan dette være fruktbart, men når det handler om tvangstiltak, slik det gjør i denne oppgaven, mener jeg det kan virke tilslørende med et slikt begrep, da det nettopp ikke er likhet i makt og kompetanse i relasjonen¹².

De fleste personene dette lovverket er aktuelt for bor i kommunale bofellesskap eller samlokaliserte boliger. Av personalet ved boligene er det vanlig å omtale dem som "beboere". Aspektet ved at de er "brukere" eller "mottakere" av kommunale helse- og omsorgstjenester havner da litt i skyggen av at de bare er beboere ved boligen. For meg normaliserer dette situasjonen og gjør dem mer helhetlige som personer, og kanskje også mer aktive i eget liv. Som ansatt i denne sektoren synes jeg det er fint. Dog vil ikke dette være fremtredende her i oppgaven, da jeg fokuserer på lovverket og hvordan det er blitt implementert og fungerer i praksis. Det blir da mer nærliggende (og presist) å bruke begrepene loven bruker. Men jeg kommer til å variere noe for lesbarhetens skyld.

1.5.5 Tjenesteytere og (miljø)personale

De som arbeider i de kommunale bofellesskapene omtales i lovverket som tjenesteytere. I dagligtale i bofellesskapene er den vanlige sjargongen enkelt og greit "personalet", eller noe mer formelt "miljøpersonalet", da stillingsbenevnelsene er miljøterapeut (faglært) og miljøarbeider (ufaglært)¹³. Det er vanlig å omtale arbeidet som gjøres i boligene for miljøarbeid, atferdsanalytisk miljøterapi eller noe tilsvarende¹⁴. Juridisk sett regnes disse ansatte som helsepersonell etter helsepersonelloven¹⁵. Jeg kommer i oppgaven til å veksle på å omtale dem som tjenesteytere, personale og miljøpersonale. Det siktes da til samme gruppe, uavhengig av benevning.

¹² Bruk av tvang handler jo nettopp om inngrep i selvbestemmelsesretten, men det blir en for stor diskusjon å gå inn på her. Det har de siste tiårene vært en økt bevissthet og diskusjon om selvbestemmelse for denne gruppen generelt, hvor bruk av tvang inngår som et av mange elementer. Jeg ønsker i utgangspunktet ikke å diskutere tvangen i seg selv, men legger lovverket til grunn for mine vurderinger.

¹³ Man kan være treårig eller ettårig miljøterapeut, dvs. ha treårig eller ettårig relevant høyere utdanning, for eksempel innen vernepleie, psykologi eller pedagogikk.

¹⁴ Jeg kommer ikke til å presentere det faglige arbeidet i boligene utover det som kommer fram i tilknytning til presentasjonen av mitt materiale i kapittel 6, da det faller utenfor denne oppgavens tema (og omfang).

¹⁵ Jf. helse- og omsorgstjenesteloven § 2-1.

1.6 Avgrensninger og bemerkninger

I denne oppgaven tar jeg bare for meg hvordan lovreguleringen av bruk av tvang overfor utviklingshemmede er i Norge, og dennes møte med den norske omsorgsvirkeligheten. Et komparativt perspektiv ville sprengt rammene for en masteroppgave. Jeg kommer derfor ikke til å ta for meg hvordan dette er regulert og praktisert i andre land. Av hensyn til omfanget har jeg heller ikke innhentet empiri selv.

Filosofiske betraktninger rundt hva tvang er og berettigelsen av å bruke tvang kommer jeg bare i liten grad inn på i diskusjonen til slutt (se fotnote 12). Tvangsbruk i andre deler av helse- og omsorgssektoren har jeg utelatt, med unntak av at jeg redegjør kort for annen tvangslovgivning i norsk velferdsrett.

Selv om jeg redegjør for gjeldende rett, har jeg utelatt diskusjoner rundt grensetilfeller og rettsdogmatiske spørsmål, da det heller hører hjemme i en ren juridisk oppgave. Jeg legger redegjørelsen i kapittel 4 til grunn for den videre diskusjonen. Diskusjoner direkte knyttet til teorier og fag når det gjelder selve det miljøfaglige arbeidet i boligene kommer jeg heller ikke inn på, annet enn det som kommer fram ved presentasjonen av materialet mitt (se fotnote 1414).

Det ville vært spennende og relevant å se på enkeltsaker i tilknytning til dette lovkapitlet, men jeg har valgt å ikke gjøre det, hovedsakelig av to grunner. Den ene er at denne saksbehandlingen er unndratt offentligheten og kan inneholde til dels svært sensitive personopplysninger med alt det medfører når det gjelder forskningsetiske avveininger, tilgang til materialet og godkjenninger. Den andre er at jeg selv arbeider i denne sektoren ved siden av studiene, og ikke ville risikere å ende opp med å skrive en oppgave hvor jeg forsvarer egne handlinger. Ved å gå direkte inn og se på enkeltsaker følte jeg faren for å sette seg inn i hver enkelt situasjon og tenke på hva jeg som tjenesteyter ville gjort kunne vært en mulig feilkilde og en personlig belastning. Ved å ta et mer overordnet perspektiv og hele tiden ha det i bakhodet, i tillegg til kontrollen som ligger i å motta veiledning, mener jeg denne faren nå er minimal.

For å gi bedre flyt i leseopplevelsen er alle sitater på norsk (bokmål)¹⁶. Alle oversettelser er gjort av meg.

¹⁶ Med unntak av titler, selvsagt.

1.7 Oppgavens oppbygning

I neste kapittel vil jeg redegjøre for hva slags materiale jeg bruker for å belyse problemstillingene mine, diskutere begrensninger ved å benytte den metoden jeg har valgt, samt egen rolle i feltet jeg tar for meg. Så vil jeg gi et omriss av utviklingshemmedes omsorgshistorie i *kapittel 3*, før jeg tar for meg lovreguleringen av bruk av tvang og makt overfor utviklingshemmede i *kapittel 4*. Der vil jeg også til slutt kort ta for meg annen tvangslovgivning i norsk velferdsrett. Dette anser jeg som bakgrunnskapitlene.

I *kapittel 5* presenterer jeg intensjonene jeg mener å ha funnet på bakgrunn av en analyse av lovgivningen. I *kapittel 6* presenterer jeg alt materialet jeg har om lovens møte med virkeligheten. Dette kapitlet er omfattende, da jeg har mye materiale. Deretter bruker jeg materialet som er presentert i kapittel 6 til å analysere oppfyllelsen av intensjonene fra kapittel 5 i *kapittel 7*.

I *kapittel 8* dukker jeg dypere inn i en analyse av forholdet mellom loven, intensjonene og virkeligheten når det gjelder bruk av tvang og makt overfor utviklingshemmede ved hjelp av Auberts *Rettens sosiale funksjon* (1976) og Aubert, Eckhoff og Sveris undersøkelse av hushjelploven, *En lov i søkelyset*, (1952). Deretter tar jeg i *kapittel 9* for meg hvordan loven og virkeligheten har påvirket hverandre på dette feltet, før jeg til slutt forsøker å samle trådene og funnene i *kapittel 10*¹⁷.

¹⁷ For lesere som ønsker å hoppe rett til drøftinga, anbefaler jeg å skimme gjennom kapittel 5 (om intensjonene) og punkt 6.9 (som er en oppsummering av det empiriske materialet) først, og så lese fra kapittel 7 og ut. Kapittel 8 er det mest teoritunge kapitlet.

2 Data og metode

I denne oppgaven bruker jeg tidligere forskning og offentlige dokumenter for å diskutere problemstillingen min. Av hensyn til begrensninger i omfanget av en masteroppgave har det ikke vært realistisk å innhente et omfattende nok datamateriale selv¹⁸. For å vurdere om lovens intensjoner blir oppfylt har jeg valgt å støtte meg på foreliggende materiale som tar for seg hvordan denne lovgivningen fungerer i praksis¹⁹. Jeg lener meg tungt på rapporter fra tilsyn og evalueringer som tar for seg denne lovgivningen, samt to doktorgradsarbeider som går mer i dybden kvalitativt.

2.1 Rapportene – bredde

De rapportene jeg bruker er sluttrapporten fra det såkalte "Rådet for kapittel 6A", som evaluerte lovreglene etter de første tre årene (1999-2001), rapporter fra Statens helsetilsyn (Helsetilsynet) om tilsynserfaringer i 2003-2004 og oppsummeringer av landsomfattende tilsyn med denne lovgivningen i 2005 og 2006, samt en gjennomgang Helsetilsynet har gjort av data hos fylkesmennene om bruk av tvang og makt for perioden 2000-2007. Jeg vil også ta for meg en evaluering av lovgivningen Nordlandsforskning har gjort på oppdrag fra Sosial- og helsedirektoratet (utgitt 2008), og en rapport utført av SINTEF hvor de på oppdrag for Helsetilsynet går gjennom vedtak etter denne lovgivningen (utgitt 2011). I tillegg bruker jeg tall fra Helsetilsynets årsrapporter og tilsynsmeldinger²⁰.

2.2 Doktorgradsavhandlingene – dybde

Tina Luther Handegård avla våren 2005 avhandlingen *Tvang, makt og ambivalens. En studie av hvilken betydning lovreglene om bruk av makt og tvang overfor psykisk utviklingshemmede kan få i det daglige omsorgsarbeidet* ved Universitetet i Tromsø, og Karl Elling Ellingsen avla i 2006 avhandlingen *Lovregulert tvang og refleksiv praksis. En studie av hvordan innføringen av sosialtjenestelovens kapittel 6A påvirker utformingen og gjennomføringen av*

¹⁸ Helt grunnleggende betyr empiri erfaringsbasert viten, og bygger på at man danner viten eller teorier ut fra erfaringen (Hammerslev og Rask Madsen 2013, s. 24). Jeg bruker her erfaringer og viten andre har samlet inn, for å danne meg et større bilde av hvordan det har gått når lovreglene om bruk av tvang og makt overfor utviklingshemmede har møtt virkeligheten.

¹⁹ Se punkt 2.4 og 2.5 for refleksjoner rundt ulemper med å ikke samle inn materialet selv.

²⁰ Se vedlegg 3 for en oversikt over materialet.

tjenestene til utviklingshemmede som oppfattes å ha utfordrende atferd ved Luleå Tekniska Universitet.

Ellingsen foretok en lengdesnittstudie og fokusgruppeintervjuer med nærmere hundre ansatte. Studien fokuserer på endringer i faglige vurderinger og praksis blant personale som yter tjenester til utviklingshemmede som oppfattes å ha utfordrende atferd, og dette ses i sammenheng med innføringen av lovbestemmelsene om bruk av tvang og makt. Handegårds studie tar for seg hvilken betydning disse lovreglene kan få i det daglige omsorgsarbeidet, og viser hvordan "omsorgsprofilen" i de ulike boligene har betydning for hvordan lovreglene blir mottatt. Hun observerte i boliger med tvangsbruk og intervjuet personalet i boligene. Både Handegård og Ellingsen samlet inn et betydelig kvalitativt materiale til sine avhandlinger, som jeg håper kan gi mer dybde der rapportene sveiper overflaten.

2.3 Å vurdere om en lov virker

Mitt anliggende i denne oppgaven er å prøve å finne ut av hva som skjer når loven og virkeligheten den prøver å regulere møtes. Det kan virke nærliggende i den sammenheng å spørre om loven *virker*. Dette blir bare en del av denne oppgaven, men byr på noen metodiske utfordringer. Hva betyr "virker"? Virker for hvem? Hvordan kan virkninger måles? Og hvordan kan man isolere eventuelle virkninger fra andre sosiale faktorer som kan ha hatt betydning? Dette handler ifølge Hammerslev og Rask Madsen om operasjonalisering (2013, s. 26). Jeg har løst dette ved å analysere meg fram til hvilke intensjoner som ligger til grunn for lovreglene som omhandler bruk av tvang og makt overfor utviklingshemmede, og så brukt det erfaringsmaterialet som er nevnt i de foregående avsnitt til å si noe om i hvilken grad intensjonene er oppfylt.

2.4 Å ikke samle inn materialet selv

Det er tidsbesparende å bruke allerede tilgjengelig materiale slik jeg gjør i denne oppgaven. Samtidig mister jeg muligheten til å selv få analysert rådataene og blir tvunget til å se materialet gjennom andres briller. Det ligger et betydelig element av kreativitet i analysen av data (Halvorsen 2008, s. 210). Derfor er det en mulig feilkilde at analysen ville blitt annerledes om jeg selv hadde sittet med rådataene. Til gjengjeld ville jeg ikke selv hatt muligheten til å samle inn et så stort materiale innenfor omfanget av en masteroppgave. Jeg bruker andres fortolkninger, noen ganger andres fortolkninger av andres fortolkninger igjen. Bacchi under-

streker at det ligger et fortolkende moment også i tekstutvelgelsen (2009), det er en fare for at man tillegger forfattere og tekster andre meninger enn den opprinnelige intensjonen var. En fordel med å bruke foreliggende litteratur er at stoffet allerede er samlet, og man kan gå dypere og bredere til verks enn om man selv skulle samlet inn data. Dette gir meg muligheten til å ha det overordnede perspektivet jeg har.

Jeg fokuserer på å bruke empirien i rapportene, evalueringene og doktorgradsavhandlingene i stedet for å bruke konklusjonene deres. Se mer om dette under punkt 6.9.1. I tillegg bruker jeg noe tallmateriale på omfang som må regnes som rådata.

2.5 Begrensninger ved materialet

Det materialet jeg bruker er samlet inn med andre formål enn det jeg bruker det til. De som har samlet det inn har hatt andre spørsmål i tankene enn mine, og en annen faglig bakgrunn. Alderen på materialet er også en begrensning. Det er lite fra de senere år.

Om jeg skulle kommet med en ønskeliste for hva jeg gjerne skulle hatt tilgang til, er det en holdningsundersøkelse blant personalet, en undersøkelse av tjenesteytneres lovkunnskap, å se på enkeltsaker og undersøkelser av den faktiske tvangsbruken. Men jeg prøver å gjøre det beste ut av det materialet jeg har.

2.6 Å forske i kjent felt, og å ha deltidsjobb der

Før jeg begynte på dette masterprosjektet hadde jeg hatt deltidsjobb i det feltet jeg har valgt å skrive om i fire år. Jeg fortsatte med det under hele masterløpet. Disse erfaringene har gitt meg uvurderlig innsikt i temaene jeg skriver om. Samtidig har mitt prosjekt og alt rundt det gjort meg til en ressursperson på jobb, spesielt knyttet til det juridiske. I og med at jeg selv på jobb noen ganger bruker tvangstiltak i henhold til vedtak etter den loven jeg skriver om og forsøker å vurdere må jeg være bevisst på å ikke skulle rettferdiggjøre egne handlinger. Dette var noe av grunnen til at jeg endret vinklingen til å bli mer overordnet og løsrevet fra enkeltsaker enn først planlagt.

Det er fare for at etablerte sannheter fra virkeligheten blir dratt inn i den akademiske diskusjonen på feil måte. Jeg har hele tida vært nødt til å være bevisst på hva som er inntrykk og forforståelse, og hva som er faglig funderte vurderinger. Som Hammerslev og Rask Madsen skriver (2013, s. 24-25):

Da forskeren selv inngår i sosiale sammenhenger og på forhånd har gitte kategorier om og forståelser av det som undersøkes, kan det være vanskelig å sette seg ut over sin hverdagsbevissthet om emnet. Forskingen risikerer derfor å bli indirekte og ubevisst påvirket av forskerens forforståelse og commonsense.

Jeg har hatt dette i bakhodet hele veien. Det ligger dessuten et korrektiv i det å motta veiledning. Samtidig har jeg måttet passe på å ikke ta med meg de kritiske akademiske brillene hver gang jeg har dratt på jobb. Det ville blitt for slitsomt, og dessuten forskningsetisk svært feil, å bruke arbeidstida til datainnsamling. Men det er ikke til å stikke under stol at det har vært med på å danne grunnlaget for arbeidet med oppgaven, og i noen grad gitt retning til det. Etter min mening er det først og fremst en styrke med den innsikten deltidsjobben har gitt meg.

2.7 Deltakelse på fagdag og konferanser

Som en del av arbeidet med denne avhandlingen har jeg deltatt på flere konferanser. Jeg fikk delta som observatør da Fylkesmannen i Oslo og Akershus arrangerte dagskonferanse for alle som er overordnet faglig ansvarlig (forkortet OFA)²¹ for helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 i bydelene/kommunene i april 2013. I juni 2013 var jeg deltaker på en konferanse i henholdsvis Oslo og Trondheim med tittelen "Inherent dignity, equality and rights. A conference on human rights and community living conditions for individuals with intellectual disabilities". Denne ble arrangert av blant andre NAKU (Nasjonalt kompetansemiljø om utviklingshemning)²². I oktober 2013 deltok jeg på en konferanse i regi av SOR (Samordningsrådet²³). Konferansen hadde tittelen "Melding mottatt. Tid for handling! Ny stortingsmelding om levekår for mennesker med utviklingshemning; hva innebærer det?", og tok for seg aspekter og diskusjoner knyttet til stortingsmeldingen som var kommet i juni samme år²⁴. De to konferansene har vært et verdifullt tillegg til egen lesing, og gitt innsikt i feltet rundt forskning på utviklingshemning og funksjonshemning generelt, det som på engelsk kalles "disability research", eller handikapforskning på svensk. Denne innsikten var vanskelig å skaffe seg alene, da det ikke er andre på instituttet som jobber med dette feltet. Å delta på disse konferansene ga meg også noen kontakter.

²¹ Mer om denne rollen i punkt 4.3.12.

²² Mer informasjon om NAKU-konferansen her: <http://naku.no/conferences2013> [Lesedato: 20. januar 2014].

²³ Het tidligere Samordningsrådet for arbeid for mennesker med utviklingshemning.

²⁴ Mer informasjon om SOR-konferansen her: <http://www.samordningsradet.no/kurs/20131.cfm?pArticleId=29127&pArticleCollectionId=4596> [Lesedato: 20. januar 2014].

Jeg vil ikke kalle deltakelsen på disse konferansene for datainnsamling, men det har vært med på å danne en plattform for arbeidet med masteroppgaven, på samme måte som deltidsjobben. Det har gitt meg innsikt i sentrale debatter i tilknytning til mitt eget felt og tema, og vært et velkomment avbrekk fra en relativt selvstendig lese- og skriveprosess.

Til slutt her vil jeg nevnte at jeg gjennom deltidsjobben fikk tilbud om å delta på et kurs om helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9. Målgruppen var miljøarbeidere og miljøterapeuter som jobber i boliger for utviklingshemmede i en bydel i Oslo²⁵. Kurset fant sted i januar 2014, og ble holdt av to vernepleiere som er ansatt som veiledere ved Avdeling for nevrohabilitering ved Oslo Universitetssykehus (en del av spesialisthelsetjenesten, ofte omtalt som habiliteringstjenesten og forkortet "haben" internt). Jeg deltok som miljøterapeut, men hadde også forskerhatten på, og hadde dermed en viss analytisk distanse til presentasjonen.

²⁵ Av anonymitetshensyn oppgir jeg ikke hvilken bydel.

3 Et sveip i omsorgshistorien

I dette kapitlet vil jeg gi en grov skisse av omsorgshistorien for utviklingshemmede for å skissere opp rammen for diskusjonen om bruk av tvang og makt i omsorgen²⁶. De rettslige aspektene knyttet til bruk av tvang, også den historiske biten, tar jeg for meg i neste kapittel.

3.1 På vei til en offentlig omsorg

3.1.1 Bortgjemming og mishandling

I tidligere tider var det slekta som måtte ta seg av vanskapte barn, det var ikke uvanlig at de ble gjemt bort, stengt inne i uthus og på loft eller satt ut i skogen fordi familien ikke ville eller hadde råd til å ta seg av dem (Johansen 1996). Ifølge folketroen, og etter hvert Luther, var de byttinger: djevelen hadde lagt sitt eget barn i morens liv og tatt med seg det andre. Hvis man mishandlet barnet ville djevelen komme og bytte tilbake (Johansen 1996 og Fjermeros 2009). De lovbestemte tiltakene utviklingshemmede kunne bli omfattet av var legdordninger, ulike former for fattighjelp og innleggelse på (ofte psykiatriske) hospitaler (Johansen 1996 og Söder 1979).

3.1.2 Opplæring og pedagogikk i utlandet

Rundt år 1800 kom nye tanker om utviklingshemmedes potensiale. De franske legene Pinel og Itard dokumenterte at "idioter" var i stand til å lære, og hadde suksess med å bytte ut straff og innesperring som "behandlingstiltak" med pedagogisk behandling og opplæring, et arbeid som ble videreført av Seguin (Kirkebæk 1993 og Johansen 1996). Disse nye pedagogiske tiltakene kom stort sett bare utviklingshemmede fra de høyere sosiale lag til gode, da de var tid- og kostnadskrevende. Rundt 1850 ble de første systematiske tilbudene opprettet i Norden. Det ble bygd store anstalter hvor fokus lå på å differensiere og kategorisere, og man kan spore både en beskyttelsestanke (beskytte de åndssvake fra verden) og en opplæringstanke (Kirkebæk 1993 og Söder 1979).

²⁶ Jeg bygger her videre på arbeidet med bacheloroppgaven min i kriminologi våren 2012 (Fjeldvær 2012).

3.1.3 Statlig sparepolitikk og private initiativer i Norge

Det sosialpolitiske klimaet i Norge er preget av sparetiltak. Norge lå langt etter Danmark og Sverige når det gjaldt å opprette anstalter, men var tidlig ute med lovfesting av undervisningsplikt for de "dannelsesdyktige" åndssvake²⁷ i 1881. Det første skoletilbudet for "abnorme" barn åpnet i 1874, men det var svært få som slapp gjennom nåløyet for opptak (Johansen 1996).

Det første tilbudet til ikke-dannelsesdyktige åndssvake var Emma Hjorts pleie- og arbeidshjem. Hjemmet ble startet med private midler i 1898 og gitt i gave til staten i 1915, på betingelse av at myndighetene fant penger til fortsatt drift (Johansen 1996). Det var trange tider og staten var motvillig til å påta seg flere pengekrevede oppgaver, men erkjente at gaven representerte en betydelig verdi. Det ville blitt dyrere for staten å opprette et hjem fra bunnen av²⁸. Diskusjonen rundt eierskap, driftsmidler og ansvar gjør ifølge Fjermeros (2009) politikerne handlingslammede. Hva slags tilbud som skal gis beboerne diskuteres ikke. I 1917 oppretter staten Klæbu pleiehjem. Før krigen er det disse to institusjonene som utgjør åndssvakeomsorgen i Norge.

3.2 Rasehygiene og sterilisering

3.2.1 Rasehygiene og sterilisasjonslovgivning

I første halvdel av 1900-tallet, spesielt i mellomkrigstida, står rasehygieniske og arvebiologiske ideer sterkt. Åndssvakhet blir ansett som det motsatte av fremskritt, og arvelighet den dominerende årsaksfaktoren. For å redde kommende generasjoner blir det viktig å hindre at de åndssvake fører genene sine videre. Sterilisering sammen med isolering og internering blir midlene for å hindre at de fritt og ukontrollert sprer sine degenererte arveanlegg (Söder 1979).

Sterilisasjonsloven blir vedtatt i Norge i 1934, parallelt med andre europeiske land. Sterilisasjonslovgivningen ble gjennomført med bred politisk enighet. Spesielt når det gjaldt sterilisering og internering av åndssvake var det få som tok til motmæle (Roll-Hansen 1980). Det ble ansett som et befolkningsmessig og sosialpolitisk spørsmål av aller største viktighet

²⁷ Dvs. de som var i stand til å lære.

²⁸ Det var også begynt å trenge seg fram et krav om å gjøre noe for denne gruppen i befolkningen: "Staten vil herved gratis faa sig overlatt en meget værdifuld eiendom med et i fuld drift værende pleie- og arbeidshjem for ikke-dannelsesdygtige aandssvake. At faa oprettet saadanne hjem hører til de spørsmåal, som i de senere aar har trængt sig mere og mere frem i folks bevissthet og krævet en snarlig løsning" (St.prp. nr. 37 (1915), s. 7).

(Fjermeros 2009). Når det gjelder åndssvake i Norge får ikke steriliseringer før krigen det omfanget man så for seg, trolig fordi omsorgen var lite utbygd. I motsetning til i Danmark og Sverige, hvor man allerede hadde samlet mange av de åndssvake i institusjoner, var de i Norge ikke så lett tilgjengelige for kontroll og sterilisering.

3.2.2 Krigstid – utrydding i Tyskland, ventetid i Norge

Som en del av rasepolitikken i Nazi-Tyskland skulle åndssvake og andre sinnslidende utryddes. Gjennom Hitlers eutanasi-program, Aktion T4, ble ca. 70.000 sinnslidende, herav mange åndssvake, drept (Eutanasi-programmet 2012). Blant annet pga. protester fra deler av befolkningen og kirka ble aksjonen avblåst etter halvannet år i 1941. Men leger og sykepleiere fortsatte å "la dem slippe livet", vha. sprøyter, utsulting eller å skru av varmen vintertid. I løpet av krigen ble trolig over 200.000 sinnslidende, utviklingshemmede, funksjonshemmede og kronisk syke drept på denne måten i Tyskland (Kvamme 2011). Det er lite som tyder på at man i Norge gikk til det skritt å avlive åndssvake, verken på den ene eller andre måten, selv om det for noen år siden ble avdekket at man mot slutten av krigen diskuterte mulighetene for "barmhjertighetsdrap" også her (Haave omtalt i Fjermeros 2009).

Før krigen i Norge viste ikke staten noen stor vilje til å bruke penger på å bygge ut åndssvakeomsorgen, faktisk kuttet den bevilgningene til de to institusjonene vi hadde ned til et overlevelsesminimum (Johansen 1996). Heller ikke NS-regimet viste noen handlekraft til endringer innenfor denne delen av sosialomsorgen²⁹. Derfor fikk ikke krigen noe særlig betydning for åndssvake i Norge, annet enn at hele diskusjonen ble satt på vent.

3.2.3 Sterilisasjoner etter krigen

Mye tyder på at omfanget av seksualoperasjoner³⁰, hjemlet i sterilisasjonsloven, nådde en topp i 1949. Flest søknader om steriliseringer etter denne loven ble ifølge Haave fremsatt i årene rundt 1950, og godt over halvparten av disse gjaldt "lettere åndssvake" (omtalt i Fjermeros 2009). Det som tilsynelatende fortonte seg som en særegen nazistisk befolkningspolitikk skulle vise seg å være gangbar politikk også i årene etter krigen. Praksisen med

²⁹ Annet enn at de innførte en mer vidtgående sterilisasjonslov av rasehygieniske årsaker.

³⁰ En fellesbetegnelse for kastrasjon og sterilisasjon.

seksualinngrep så ut til å fortsette som om ingen ting hadde hendt. De ufrivillige seksualinngrepene hadde sin høysesong i Norge i tiåret etter krigens slutt³¹ (Fjermeros 2009).

3.3 Institusjonsomsorgen – HVPU

3.3.1 Utbyggingen av åndssvakeomsorgen i etterkrigstida

I etterkrigsårene er det trangboddhet og kummerlige forhold i den lille åndssvakeomsorgen som er i Norge. Underkapasiteten var ikke vesentlig endret siden før krigens dager. I løpet av krigen ble det opprettet ett hjem³² i tillegg til Emma Hjort og Klæbu (Fjermeros 2009). Staten var opptatt av at åndssvakeomsorgen skulle koste minst mulig, men påtok seg hovedansvaret for å dekke driftskostnadene med "betalingsloven" av 1949³³ (Fjermeros 2012).

Man kan knapt snakke om noen helhetlig åndssvakeomsorg før stortingsmeldinga *Landsplan for åndssvakeomsorgen* ble lagt fram i 1952 (St.meld. nr. 71 (1952)). Landet ble delt inn i sju regioner som skulle ha hver sin sentralinstitusjon og samarbeidende mindre institusjoner. Et viktig grunnlagsmateriale for denne planen bygde på en innstilling fra sosiallovkomiteen fra 1935. Det ideologiske klimaet var kraftig endret, men stortingsmeldinga bygde stort sett på det arbeidet komiteen hadde gjort før krigen, hvor rasehygiene, sterilisering og internering hadde vært de dominerende tankene³⁴ (Sandvin 1995). Det var altså først etter krigen idégrunnlaget fra første halvdel av 1900-tallet ble forsøkt satt ut i praksis i Norge (Simonsen 2000).

3.3.2 Ekspansjon, kritikk og nedlegging av HVPU

I løpet av 1950- og 60-tallet vokser den norske institusjonsomsorgen voldsomt (Fjermeros 2012). På 1970-tallet skjer en videre utbedring av institusjonene, omsorgen blir underlagt sykehusloven og skifter navn til HVPU, Helsevernet for psykisk utviklingshemmede, i 1970 (Dahl 2012b). Det vokste samtidig fram en kritikk mot stordriften, upersonligheten og de inhumane forholdene (Söder 1992). Dessuten kom det fram at beboerne ved noen av institusjonene var blitt utsatt for mishandling og overgrep, noe som blandet seg med og

³¹ På 1950-tallet ble 10 prosent av åndssvake kvinner født mellom 1900 og 1959 sterilisert (Nissen 2012).

³² Med bare 14-15 plasser.

³³ Også kalt åndssvakeloven.

³⁴ Den store kombinerte anstaltens hygieniske og samfunnsbeskyttende grunnlag kom ifølge Sandvin tydelig til uttrykk i sosiallovkomiteens innstilling (1995).

forsterket kritikken (Sandvin 1992 og 1995). Den utstrakte tvangsbruken ble også kritisert (NOU 1973:25 og NOU 1985:34).

Det ble formulert nye omsorgsideologiske prinsipper, hvor utgangspunktet var de utviklingshemmedes rett til å leve blant og som oss andre med "normale" livsbetingelser, det såkalte normaliseringsperspektivet (Söder 1981). Dette kom parallelt med velferdsstatens utvikling med vektlegging av like muligheter for alle, og ledet fram til deinstitutionalisering-perioden (Kebbon 1992). I første omgang førte kritikken til en sterkere fokusering på innholdet i institusjonsomsorgen med utbedring av tilbudet, og nedbryting til mindre enheter (Sandvin 1995). Institusjonsomsorgen ble avvirket ved HVPU-reformen i 1991, til fordel for desentraliserte, mindre og mer boliglignende enheter (Fjermeros 2009).

3.4 Etter reformen

3.4.1 Desentralisering, normalisering og rettssikkerhet

HVPU-reformen var sterkt preget av normaliseringsidealet og rettssikkerhetsspørsmål. Normaliseringstanken går ut på at utviklingshemmede skal følge samme døgn-, ukes- og års-syklus som "alle andre" og bo i vanlige boliger (ikke store institusjoner). Det store fokuset som var på bolig ved nedleggelsen av HVPU har gjort at enkelte har kalt det for en bolig-reform. Ansvaret for omsorgen ble flyttet fra fylkeskommunene til kommunene, og man bygde typisk boliger med tre til fire leiligheter hvor de utviklingshemmede kunne flytte inn (Tøssebro 2010). På grunn av avsløringene om forholdene på institusjonene med overgrep, uverdigg behandling og uhjemlet tvangsbruk ble det også fokus på utviklingshemmedes rettssikkerhet³⁵.

3.4.2 Ny institusjonalisering?

Noen hevder at enkelte av de samlokaliserte kommunale boligene en del utviklingshemmede nå bor i geografisk ligger i et lokalsamfunn, men i praksis er en verden for seg selv (Tøssebro 2010). Allerede tidlig på 1990-tallet viste også undersøkelser at det hadde lett for at man bygde opp en ny særomsorg i kommunene i stedet for at de allmenne tjenestene ytes fra rette kommunale faginstans, hvilket var noe av målet med reformen (Syse 1995, s. 205). De store

³⁵ Vi hadde blant annet "Gro-saken" om systematisk mishandling ved Klæbu pleiehjem i 1974 (som gikk til rettssystemet), og "Sol-saken" fra Emma Hjort i 1990 (hvor ingen er dømt).

omsorgskompleksene som er kommet i senere år, hvor man samler forskjellige grupper som utviklingshemmede, psykisk syke og eldre, kritiseres også (Tøssebro 2010). Ifølge Tøssebro er mesteparten av det som er bygget etter 2001 større enn mange av institusjonene som ble lagt ned på 1990-tallet, noe som fikk en del oppmerksomhet etter en rapport fra NTNU hvor det i mediedekningen ble hevdet at norske kommuner "stuer psykisk utviklingshemmede sammen i 'omsorgsghettoer'" (Gitlesen 2011³⁶).

3.5 I dag – selvbestemmelse

De dominerende tankene og fokus på bedring av omsorgen ligger i dag på utviklingshemmedes rett til å selv bestemme hvordan de vil leve sine liv og hvem de vil bo med, samt at relasjonen mellom bruker og tjenesteyter skal bli mindre asymmetrisk. Man har gått "fra instruks til samhandling" (Ellingsen, Berge og Johnsen 2005, s. 153). Dette faller sammen med arbeidet for funksjonshemmedes rettigheter generelt, både nasjonalt og internasjonalt.

³⁶ Se også Andersen 2011 og Rydland og Granli 2010.

4 Om lovreguleringen

I dette kapitlet går jeg gjennom veien fram mot lovregulering, lovens forarbeider og gjeldende rett, samt hva slags tvang det er snakk om. Til slutt redegjør jeg kort for annen tvangslovgivning. I neste kapittel tar jeg for meg lovreguleringens intensjoner.

4.1 Veien fram mot lovregulering

Fra sykehusloven trådte i kraft i 1970 var hele omsorgen for utviklingshemmede rettslig basert på et omfattende forskriftsverk med hjemmel i sykehusloven³⁷. Regelverket tillot bruk av tvangsmidler uten at en klar og begrensende hjemmel ble gitt i lovs form (Syse 1995, s. 191). Den såkalte "tvangsmiddelforskriften" hjemlet ikke bruk av tvang utover rene nødsituasjoner, og ga ikke adgang til tvang utover det som allerede fulgte av reglene om nødsituasjoner i straffeloven (Kramås 1999, s. 32). Før 1970 fantes ingen rettslig regulering av denne omsorgen (Syse 1995, s. 191). Bortsett fra at allmenn skolerett ble innført på 1970-tallet var det ingen egentlig rettighetslovgivning for å sikre omsorgstilbudet til utviklingshemmede før sosialtjenesteloven kom i 1991³⁸ (s. 192).

Det foregikk til dels utstrakt tvangsbruk uten at det var lovhjemmel for det, og det var uklart, og til dels forskjellige oppfatninger om, hvor grensen for lovlig bruk av tvang faktisk gikk (Kramås 1999, s. 31). Tvang ble både benyttet for å håndtere enkeltstående nødsituasjoner og som virkemiddel i behandlings-, trenings- og opplæringstiltak. Mye av tvangsbruken var det ganske åpenbart ikke rettslig grunnlag for, og det vokste etter hvert fram en økende bevissthet om at dette var et alvorlig rettssikkerhetsproblem (s. 33).

I forbindelse med HVPU-reformen ble det fylkeskommunale Helsevernet for psykisk utviklingshemmede avviklet og ansvaret for tjenesteyting overført til hver enkelt kommune fra 1. januar 1991 (jf. avviklingsloven § 2)³⁹. Man antok at mye av atferden som utløste bruk

³⁷ På det meste var det åtte forskrifter som regulerte ulike sider ved virksomheten (Syse 1995, s. 191).

³⁸ Ulike særlover klargjorde hvem som skulle dekke utgiftene ved institusjonstilbud, for eksempel åndssvake-loven av 1949. Slike betalingslover sørget for at institusjonsoppbyggingen kunne skje på et økonomisk trygt grunnlag (Syse 1995, s. 192). Gjennom Fusa-dommen (Rt. 1990, s. 874) ble det dog klarlagt at sosialomsorgsloven av 1964 hadde en rettighetskarakter, men gjennom "ansvarsdelingen" mellom kommunene og fylkeskommunene, hvor en person hørte klarere og klarere hjemme i den fylkeskommunale åndssvakeomsorgen/HVPU jo større bistandsbehov vedkommende hadde, kunne kommunene ifølge Syse oppfatte seg som "ansvarsfrie" overfor de særlig omsorgstrengende, og dermed også som rettslig uforpliktet (1995, s. 192).

³⁹ Til å begynne med ble denne reformen av de fleste omtalt som HVPU-reformen (Syse påpeker paradokset med å bruke navnet på den særomsorgen som legges ned gjennom reformen i omtalen av den (1995, s. 34), selv om han selv bruker denne benevnelsen). Avviklingsloven regulerer hovedsakelig ansvarsoverføringen, noe

av tvang, for eksempel utagering og selvskading, var institusjonsbetinget og ville forsvinne med avviklingen av institusjonene. Dermed ville også tvangsbruken gå ned. Flere argumenterte for at det var behov for egne regler rundt bruk av tvang og makt overfor utviklingshemmede (Handegård 2005).

Røkke-utvalget ble satt ned for å utrede rettssikkerhetsspørsmål i omsorgen for utviklingshemmede, og utformet et lovutkast med hjemler for den tvangsbruk utvalget mente var nødvendig (NOU 1991:20). Utover 1990-tallet gikk ikke tvangsbruken ned, slik som man hadde ventet. Mye av praksisen fra institusjonene fortsatte i den nye kommunale omsorgen. Det ble foretatt undersøkelser for å vurdere den faktiske tvangsbruken, og det ble anslått at det ble benyttet inngripende tvang i tjenestene overfor ca. 600 utviklingshemmede i 1993. Det ble også antatt at kommunene brukte mindre inngripende tvangstiltak i om lag 2000 tilfeller (Rådet 2002, s. 9).

Regler om bruk av tvang og makt overfor utviklingshemmede ble vedtatt med virkning fra 1. januar 1999⁴⁰. Målsettingen med ansvarsreformen var å bedre og normalisere levekårene for utviklingshemmede (jf. avviklingsloven § 1 bokstav a)⁴¹. Rettssikkerhetsgarantier rundt tvang og makt ble ansett som et viktig ledd i dette arbeidet, og det nye lovkapitlet må ses i sammenheng med reformens intensjoner. Det ble også lagt vekt på at utviklingshemmede har rett til et verdig liv og at tjenesteytingen må ta hensyn til deres integritet og selvbestemmelsesrett.

4.2 Lovens (for)historie – de offentlige dokumentene

Røkke-utvalget avga sin innstilling i NOU 1991:20 *Rettssikkerhet for mennesker med psykisk utviklingshemning*. Med bakgrunn i innstillingen og etterfølgende høring ble det utarbeidet et lovforslag som ble fremmet i juni 1995 (Ot.prp. nr. 58 (1994-95)). I mai 1996 ble det fremmet en tilleggsproposisjon hvor menneskerettslige spørsmål ble utredet⁴² (Ot.prp. nr. 57 (1995-96)) etter kritikk fra bl.a. Senter for menneskerettigheter.

som har ført til at en del, først og fremst interesseorganisasjoner, bruker betegnelsen ansvarsreformen (Syse 1995, s. 190). I massemedia og på folkemunne fortsatte man ifølge Syse å bruke betegnelsen HVPU-reformen. Reformen inneholdt også viktige sosialpolitiske elementer, som normalisering og integrering i lokalmiljøene, og ble ansett som en sosialpolitisk reform for alle med utviklingshemning, ikke bare de som hadde hatt et tilbud under HVPU (s. 34). Jeg kommer til å veksle mellom HVPU-reformen og ansvarsreformen.

⁴⁰ Først som et midlertidig kapittel 6A i sosialtjenesteloven, så som permanent kapittel 4A i samme lov fra 1. januar 2004, før kapitlet ble flyttet til helse- og omsorgstjenesteloven (som kapittel 9 der) fra 1. januar 2012.

⁴¹ Mer om avviklingslovens og ansvarsreformens formål i punkt 8.1.

⁴² Det var også noen nye formuleringer i dette lovutkastet.

Lovforslaget, som var et nytt kapittel 6A i sosialtjenesteloven, ble med noen endringer vedtatt i 1996 og sendt på høring i februar 1997. Til tross for noe kritikk var hovedinntrykket etter høringsrunden en bred tilslutning til det foreliggende lovutkastet, som ble oppfattet som grundig og av faglig god kvalitet (Handegård 2005, s. 22). I april 1998 la regjeringen fram Stortingsmelding nr. 26 (1997-98), hvor det blant annet trekkes fram at flere høringsinstanser mente det tilhørende rundskrivet kunne gi god veiledning til dem som skal fatte vedtak om tvang og gjennomføre tvangstiltak. Dette ble vedtatt i juni 1998.

Stortinget bestemte at loven skulle være midlertidig og at det skulle oppnevnes en rådgivende gruppe, Rådet, som skulle følge med på hvordan loven ble praktisert og vurdere praksis med tanke på rettssikkerhetsspørsmål og den faglige utviklingen. Det ble også utarbeidet forskrifter og retningslinjer for praktisering av regelverket. Loven med tilhørende forskrifter trådte i kraft 1. januar 1999 med varighet til 31. desember 2001. I juni 2001 ble loven gitt forlenget varighet til 31. desember 2003 (Ot.prp. nr. 62 (2000-2001)) etter tilråding fra Rådet, som mente dette var nødvendig for å kunne få et tilstrekkelig grunnlag for å foreta en forsvarlig vurdering av om loven hadde fungert etter hensikten⁴³.

Rådets sluttrapport, som ble avgitt i juni 2002, viste at loven hadde bidratt til å redusere bruken av tvang og makt og at man hadde fått en bedret kontroll der hvor tvang og makt var funnet nødvendig. Videre viste evalueringen at bestemmelsene hadde bidratt til en høyere erkjennelse av brukeres rett til respekt for sin integritet og rett til selvbestemmelse. I et høringsnotat av november 2002 foreslo Sosialdepartementet at bestemmelsene ble delvis videreført i et nytt og permanent kapittel 4A i sosialtjenesteloven. Med bakgrunn i høringsuttalelsene ble det utarbeidet et lovforslag (Ot.prp. nr. 55 (2002-2003)), som ble vedtatt 19. desember 2003 og trådte i kraft 1. januar 2004.

I forbindelse med samhandlingsreformen i helse- og omsorgssektoren hvor man søkte en samordning og harmonisering av helse-, sosial- og omsorgslovgivningen, ble sosialtjenesteloven opphevet og bestemmelsene flyttet til den nye helse- og omsorgstjenesteloven⁴⁴ med virkning fra 1. januar 2012. Bestemmelsene ble her kapittel 9. Gjeldende rett ble videreført, det var kun snakk om en kapitelflytting med noen språklige justeringer uten realitetsendring i gjeldende rett (Prop. 91 L (2010-2011)).

⁴³ Rådets virketid ble samtidig forlenget med et halvt år, til juni 2002.

⁴⁴ Som (grovt sett) var en sammenslåing av kommunehelsetjenesteloven og sosialtjenesteloven, med unntak av bestemmelsene om økonomisk stønad i sosialtjenesteloven, som ble flyttet til den nye lov om sosiale tjenester i NAV.

4.3 Gjeldende rett om bruk av tvang og makt

Jeg vil her ta for meg gjeldende rett om bruk av tvang og makt overfor utviklingshemmede slik det er regulert i helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9. Jeg vil også kort ta for meg endringene fra det midlertidige kapittel 6A i sosialtjenesteloven (1999-2003) til det permanente kapittel 4A i samme lov (2004-2011). Lovteksten er vedlagt bakerst i oppgaven (Vedlegg 1).

Virkeområdet for reglene er avgrenset til å gjelde bruk av tvang og makt som ledd i kommunale pleie- og omsorgstjenester som ytes til utviklingshemmede. Hovedvilkåret er at tvang og makt bare kan benyttes for å hindre eller begrense vesentlig skade. Tvangstiltakene skal være faglig og etisk forsvarlige, og andre løsninger enn tvang skal være prøvd først. Det fattes kommunale vedtak om tvangstiltak som automatisk overprøves av Fylkesmannen. Spesialisthelsetjenesten har bistandsplikt ved utforming og gjennomføring av tiltak⁴⁵.

I det følgende baserer jeg meg i hovedsak på lovbestemmelsene og rundskrivet (IS-10/2004). Et nytt rundskriv er under utarbeidelse, men inntil det er klart gjelder rundskrivet til sosialtjenesteloven kapittel 4A fortsatt⁴⁶.

4.3.1 Omfang

Helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 har overskriften "Rettsikkerhet ved bruk av tvang og makt overfor enkelte personer med psykisk utviklingshemning". Ordlyden "enkelte personer" ble valgt for å understreke at det ikke er alle utviklingshemmede det vil være aktuelt å bruke tvangstiltak overfor (Handegård 2005, s. 9). Det er i overkant av 20.000 utviklingshemmede i Norge (med omsorgs-/bistandsbehov)⁴⁷. I 2013 var det i overkant av 2000 personer som var omfattet av lovverket⁴⁸. Dette utgjør ca. ti prosent av alle utviklingshemmede.

4.3.2 Formål og virkeområde

Formålet med reglene er todelt: "å hindre at personer med psykisk utviklingshemning utsetter seg selv eller andre for vesentlig skade og forebygge og begrense bruk av tvang og makt"

⁴⁵ Skillet mellom vedtak og tiltak: De konkrete tiltakene utgjør den praktiske gjennomføringen av aktiviteter som inneholder elementer av tvang og makt overfor den enkelte bruker. Kommunen fatter vedtak om tvangstiltak. Ett vedtak kan inneholde flere tiltak overfor en utviklingshemmet (SINTEF-rapport 2011, s. 13).

⁴⁶ Ferdigstillingen av det nye rundskrivet blir stadig utsatt, det siste jeg hørte var at man håpet at det skulle foreligge i juni 2014, og dermed for sent til å innarbeides i denne oppgaven.

⁴⁷ Se punkt 1.5.2.

⁴⁸ Se punkt 6.2.

(§ 9-1 første ledd)⁴⁹. Bestemmelsene gjelder bare for utviklingshemmede som mottar pleie- og omsorgstjenester fra kommunen (§ 9-2 første ledd). I praksis vil det ofte si beboere i samlokaliserte kommunale boliger med kommunalt ansatt miljøpersonale som tjenesteytere.

4.3.3 Hovedvilkår: vesentlig skade

Inngrepskriteriet for bruk av tvang og makt er å "hindre eller begrense vesentlig skade" (§ 9-5 andre ledd, siste setning). Begrepet *skade* dekker ulike former for "påvirkning på legeme eller gjenstander" i tillegg til skader av immateriell art, for eksempel krenkelse av personlig integritet og tap av sosial aktelse. Begrepet omfatter både fysisk og psykisk skade og påføring av smerte, både på egen person og andre personer. At skaden må være *vesentlig* innebærer at den må ha et betydelig omfang og/eller ha alvorlige konsekvenser. Det skal ikke være avgjørende om atferden er avvikende eller uvanlig, det må være "rom for uortodoks opptreden" (rundskrivet, s. 53). Det er sju typer skade (s. 54-56):

1. Fysisk skade på egen person
2. Psykiske skader på egen person/hemming av egen utvikling
3. Sosialt fornedrende atferd
4. Fysiske skader på annen person
5. Krenkelse av personalets eller andres personlige integritet
6. Materielle skader på egne eiendeler
7. Materielle skader på andres eiendeler

Om det ikke foreligger fare for vesentlig skade kan man ikke anvende tvang etter dette lovkapitlet.

4.3.4 Tilleggsvilkår

Videre må tvangstiltakene vurderes som faglig og etisk forsvarlige og stå i forhold til formålet de ønsker å oppnå (§ 9-5 andre ledd). I tillegg skal andre løsninger enn bruk av tvang og makt være prøvd først (§ 9-5 første ledd). Et hovedformål med loven er å begrense bruken av tvang og makt. Det betyr at tiltak som inneholder bruk av tvang *kan* være aktuelt, men bare som siste utvei. I en del tilfeller vil heller ikke tvang være aktuelt som siste utvei fordi det etter en konkret faglig og etisk vurdering ikke under noen omstendighet anses forsvarlig å

⁴⁹ Min kursivering. Her og i det følgende er det helse- og omsorgstjenesteloven det refereres til når ikke annet er sagt. Mer om lovens intensjoner i kapittel 5.

benytte tvang overfor brukeren. Det er tilrettelegging etter den enkeltes behov uten bruk av tvang og makt som skal være det sentrale i tjenesteytingen (rundskrivet, s. 42).

4.3.5 Andre løsninger

Med andre løsninger menes alternative måter å forholde seg til den utfordrende atferden på, dvs. løsninger med frivillighet og samarbeid med brukeren. Det er en forutsetning at alle tilgjengelige og forsvarlige faglige tilnærminger utnyttes for å unngå bruk av tvang og makt. Kravet om at andre løsninger skal være prøvd kan bare fravikes i særlige tilfeller og det skal gis en begrunnelse for hvorfor det ikke er prøvd. Det kan ifølge rundskrivet være en rekke forhold knyttet til bruker og/eller tjenestetilbudet som må vurderes og eventuelt endres, for eksempel rammebetingelser, organisering av tjenestene og fokus på selvbestemmelsesretten (s. 43). Det er ikke adgang til bruk av tvang ut fra økonomiske motiver (s. 45). Kommunen plikter å be spesialisthelsetjenesten om bistand for å gjennomgå alle relevante faktorer som kan ha betydning for den utfordrende atferden og endre det som er mulig å endre (s. 43)⁵⁰.

4.3.6 Forholdsmessighet

Det er ikke hjemmel for å utføre tiltak med bruk av tvang som går utover det som er nødvendig for å oppnå formålet (forholdsmessighetskravet). Det må foretas en konkret avveining i hvert enkelt tilfelle om det er forholdsmessighet mellom formål og tiltak. Det inngrepet som for den enkelte er minst inngripende på sikt skal velges. Tiltaket må ut fra en helhetsvurdering virke klart mer positivt enn de negative konsekvenser av bruk av tvang for at dette kravet kan anses oppfylt (rundskrivet, s. 52).

4.3.7 Faglig forsvarlighet

Kravet om at bruk av tvang og makt skal være faglig og etisk forsvarlig gjelder både vedtakets innhold og ved gjennomføringen av tiltak. Fag og etikk er ikke to uavhengige og avgrensede begreper, men ifølge rundskrivet må loven tolkes slik at det skal foretas selvstendige vurderinger (s. 46). Metoder som brukes i profesjonell tjenesteyting må ha forankring i fagkunnskap, og i rimelig grad være anerkjent i fagmiljøet. Tiltak skal være faglig forsvarlige

⁵⁰ Tilbudene og tiltakene bør være helhetlige, og må være individuelt tilrettelagte. Det skal fokuseres på å bygge opp positiv atferd for å fjerne utfordrende atferd, og personalet har rett til en trygg og miljømessig god arbeidssituasjon (rundskrivet, s. 43).

uavhengig av om det innebærer bruk av tvang og makt. Tvangstiltak bør være relativt kortvarige og ikke dominere hverdagen til brukeren. Respekten for brukerens verdighet og integritet understrekes (s. 47). Spesialisthelsetjenesten skal aktivt bistå og delta i drøftelser om metode- og virkemiddelvalg (s. 48)⁵¹.

Kravet om faglig forsvarlighet sett i sammenheng med kravet om at en sak skal være så godt opplyst som mulig før det fattes vedtak⁵² innebærer at det stilles krav til kartlegging av brukerens situasjon, vanligvis vha. en habiliteringsplan. Alle med behov for langvarige og koordinerte helse- og omsorgstjenester har rett på individuell plan⁵³, som er en overordnet sektorovergripende plan hvor den enkeltes behov for tjenester konkretiseres og der det beskrives hvordan disse skal dekkes (s. 47-48).

For å ha klare ansvarslinjer skal det utpekes en person med overordnet faglig ansvar for kapittel 9 i kommunen⁵⁴ og en person som er (daglig) faglig ansvarlig for den konkrete gjennomføringen av tiltakene⁵⁵. Dette vil normalt være den som har det daglige ansvaret for tjenestene på stedet (s. 49).

§ 9-9 gir brukeren rett på kvalifisert personale og stiller kompetansekrav til de ansatte som skal delta på gjennomføring av tiltak⁵⁶. Kommunen og spesialisthelsetjenesten er pålagt å sørge for veiledning, oppfølging og nødvendig kompetanse⁵⁷. Det skal utarbeides en plan for personalveiledning og -oppfølging under gjennomføring av tiltaket. Tjenesteyterne orienteres om vedtakets innhold og begrunnelse. De har personlig ansvar for ikke å bruke tvang som er i strid med vedtaket eller gjeldende lovverk (s. 50).

4.3.8 Etisk forsvarlighet

Tiltaket skal være faglig forsvarlig, men må også prøves mot alminnelige etiske prinsipper. Utgangspunktet er ifølge rundskrivet respekt for mennesket og dets autonomi. Beskyttelsen av enkeltindividets rettigheter skal være sterk. Tiltak etter kapittel 9 bør som hovedregel være akseptable ut fra alminnelige sosiale normer for mellommenneskelig samhandling. I mange tilfeller vil det ifølge rundskrivet være grunn til å sette strengere grenser enn i dagliglivet

⁵¹ § 9-7 annet ledd.

⁵² Jf. forvaltningsloven § 17 første ledd.

⁵³ Jf. pasient- og brukerrettighetsloven § 2-5 og helse- og omsorgstjenesteloven § 7-1.

⁵⁴ Såkalt OFA, overordnet faglig ansvarlig, § 9-7 annet ledd.

⁵⁵ Følger forutsetningsvis av § 9-7 første ledd og tredje ledd bokstav g.

⁵⁶ Se punkt 4.3.14 og 4.3.15.

⁵⁷ Henholdsvis § 9-4 og § 9-13.

ellers, da det settes større krav til det profesjonelle tjenesteapparats evne til å håndtere konfliktfylte situasjoner (s. 50).

Også ved detaljutformingen av det enkelte tiltak må det legges vekt på grunnleggende etiske verdier og respekt for brukers personlige integritet. Det må foretas en konkret vurdering for hver enkelt bruker når det gjelder hvor inngripende det aktuelle tvangstiltaket er⁵⁸. Rundskrivet understreker at det er grunn til å være svært tilbakeholden med å gjennomføre opplærings- og treningstiltak i situasjoner som kan oppleves ekstra stigmatiserende for brukeren. Slike tiltak kan være i strid med forbudet mot å bli behandlet på en nedverdiggende eller krenkende måte⁵⁹.

4.3.9 Situasjoner hvor tvang og makt kan brukes

Kapittel 9 gir adgang til å benytte tvang og makt såfremt *alle* vilkårene i § 9-5 er oppfylt. De tilfeller/situasjoner hvor tiltak som inneholder bruk av tvang og makt kan brukes står i denne paragrafens tredje ledd⁶⁰. Det skilles mellom to formål med tiltak: skadeavverging i nødsituasjoner og tiltak for å dekke grunnleggende behov⁶¹. Kommunen må på bakgrunn av en helhetsvurdering av lovens vilkår velge det eller de tiltak som *på sikt* vil være det minst inngripende for den enkelte.

4.3.10 Skadeavverging i nødssituasjoner – § 9-5 (3) (a) og (b)

Nødssituasjoner kan oppstå i enkeltstående tilfeller, innimellom eller regelmessig. Loven oppstiller ulike saksbehandlingsregler for enkeltstående nødssituasjoner (bokstav a) og gjentatte nødssituasjoner (bokstav b). Bakgrunnen for dette er at det ved enkeltstående nødssituasjoner (som oppstår plutselig) er nødvendig å fatte en beslutning der og da. En faglig og etisk forsvarlig håndtering av gjentatte nødssituasjoner innebærer at jo oftere slike situasjoner oppstår, desto større grunn til å vurdere på forhånd hvordan de skal unngås og håndteres (rundskrivet, s. 57).

⁵⁸ Rundskrivet lister opp noen vurderingstemaer som kan være relevante: grad av frihetsinnskrenking, ubehag/belastning og fysisk makt, varighet, hvor uvanlig tiltaket er og hvilken situasjon det benyttes i (s. 50-51).

⁵⁹ Jf. § 9-1 tredje ledd.

⁶⁰ Forutsatt at vilkårene i første og andre ledd er oppfylt, dvs. vilkårene som er nevnt over.

⁶¹ Skillet har betydning for flere sider ved kommunens vedtak, bl.a. vilkår, grenser for bruk av tiltak, krav til forberedelse, saksbehandling, gjennomføring og kompetansekrav (rundskrivet, s. 56). Undersøkelser har vist at skillet mellom b- og c-vedtak har vært noe uklart, mer om dette i punkt 6.5.

Det må foreligge en nærliggende og påregnelig skademulighet, men det er ikke krav om at skaden har oppstått. Det må være sannsynlig at skaden vil oppstå, men det er ikke nødvendig at faren er overhengende/akutt (s. 57)⁶². At det kan oppstå en skade i framtida dersom situasjonen får bygge seg opp over tid er i utgangspunktet ikke tilstrekkelig, men forutsigbare handlingskjeder, som en av erfaring vet leder til situasjoner med fare for vesentlig skade, er i seg selv å anse som en nødssituasjon.

Skadeavverging i enkelttilfeller, bokstav a, skal bare være motivert ut fra behovet for intervensjon i øyeblikket, og tiltaket skal opphøre så snart nødssituasjonen er over. Dersom situasjonen utvikler seg i negativ retning bør det tas opp til vurdering om det er grunnlag for å planlegge nærmere hvordan nødssituasjonene skal håndteres og om man må fatte vedtak etter bokstav b, med ytterligere saksbehandling (s. 57-58)⁶³.

Planlagte skadeavvergende tiltak i gjentatte nødssituasjoner, bokstav b, retter seg mot avverging av enkeltepisoder på samme måte som for bokstav a, men med den forskjell at tiltakene er planlagt på forhånd. Dette er aktuelt der utfordrende atferd gjentar seg på en slik måte at det er mulig å utarbeide faste prosedyrer og lik praksis. De strenge kravene til utforming av tiltak og saksbehandling vil ivareta brukers rettssikkerhet bedre i slike situasjoner enn tiltak etter bokstav a (s. 58).

Det er ikke tillatt å benytte skadeavvergende tiltak i den hensikt å endre atferd. Endret atferd kan imidlertid være en effekt. Så lenge tiltakene ikke iverksettes med det formål å endre atferd vil nedgangen i den utfordrende atferden anses som en bieffekt (s. 58)⁶⁴.

⁶² I rundskrivet eksemplifiseres dette med at om brukeren løper av gårde mot en trafikkert vei, så kan vedkommende stoppes selv om det ennå ikke har oppstått en akutt situasjon der det er like før vedkommende kan bli påkjørt.

⁶³ Med i disse vurderingene må være hvor hyppig situasjonene oppstår, hvor stor grad av tvang som har vært benyttet, om situasjonene har vært håndtert på en betryggende måte (både i forhold til brukeren og den skade som skulle avverges), og om disse faktorene endres over tid.

⁶⁴ Rundskrivet lister opp noen eksempler på skadeavvergende tiltak (men understreker at listen ikke er uttømmende): håndledelse hvor bruker viser motstand, instruks om å sette seg på stol, fastholding osv. Inngripende varslingsystem og skjerming kan også benyttes som skadeavvergende tiltak. Se punkt 4.4.

4.3.11 Dekke grunnleggende behov – § 9-5 (3) (c)

Grunnleggende behov er i kapittel 9 definert til å omfatte *mat og drikke, påkledning, hvile, søvn, hygiene og personlig trygghet*⁶⁵. Enkelte brukere som ikke er i stand til å ta vare på seg selv motsetter seg at tjenesteyterne gir dem nødvendig bistand. Der hvor motstanden har et slikt omfang at det er fare for vesentlig skade må det settes inn tiltak slik at de grunnleggende behovene blir dekket (rundskrivet, s. 58)⁶⁶.

Dersom brukeren bare sporadisk motsetter seg omsorg vil ikke tiltak etter bokstav c kunne anvendes, da vilkåret om vesentlig skade ikke vil være oppfylt. Det forutsettes at problemet knyttet til de grunnleggende behovene viser seg regelmessig og at man etter en konkret vurdering finner at det kan gi en vesentlig skade på sikt. Det er derimot ikke et krav at det har oppstått en "nødssituasjon", slik vilkåret er etter bokstav b. De øvrige vilkårene i loven medfører imidlertid at det må foreligge en viss nærhet i tid mellom tiltaket og faren for vesentlig skade (s. 59).

Man kan sette i verk opplærings- og treningstiltak for å fjerne eller begrense atferd for å dekke de grunnleggende behov som er nevnt i bokstav c. Dette kan kun benyttes for å dekke brukerens grunnleggende behov og kan derfor ikke benyttes for å endre atferd som er årsak til skadevoldende handlinger mot tredjepersoner. Bruk av tvang kan være aktuelt for å muliggjøre trenings- eller opplæringstiltak som ikke baseres på bruk av tvang (s. 59).

4.3.12 Saksbehandlingen

Når det gis adgang til bruk av tvang må det stilles strenge krav til saksbehandlingen. Formålet med saksbehandlingsreglene er å sikre at de øvrige reglene blir fulgt (rundskrivet, s. 63). Det er ulik saksbehandling etter om det er skadeavvergende tiltak i enkeltstående nødssituasjon (bokstav a) eller om det treffes vedtak om skadeavvergende tiltak i gjentatte nødssituasjoner (bokstav b)/tiltak for å dekke grunnleggende behov (bokstav c).

⁶⁵ "Personlig trygghet" er ikke nærmere definert i loven eller forarbeidene, men "trygghet" vil ifølge rundskrivet ofte forutsette fravær av skade på egen person. Tiltak for å fjerne eller redusere alvorlig selvskading vil derfor kunne hjemles etter bokstav c. Videre vil opplevelse av "trygghet" kunne ha sammenheng med muligheten til å utøve selvbestemmelse og påvirke eget liv (s. 58-59).

⁶⁶ Det understrekes i rundskrivet at det er viktig å forsøke å finne årsaken til motstanden, slik at andre løsninger enn tiltak med bruk av tvang og makt kan anvendes.

Beslutning på stedet og melding til Fylkesmannen (bokstav a)

Beslutning om skadeavvergende tiltak i enkeltstående nødssituasjon treffes av den som har det daglige ansvaret for tjenesten, eller – dersom det ikke er tid til dette – av tjenesteyteren⁶⁷. Aktuelle tjenesteytere må gis tilstrekkelig kunnskap til å fatte slike beslutninger på en ansvarlig måte (rundskrivet, s. 64)⁶⁸. Alle tjenestesteder bør ha lett tilgjengelige maler for meldinger slik at beslutningen kan nedtegnes straks etter at tiltaket er gjennomført⁶⁹. Det skal sendes melding om beslutningen til den faglig ansvarlige for tjenesten, Fylkesmannen, verge/hjelpeverge⁷⁰ og pårørende⁷¹. Meldingen skal opplyse om klageadgangen etter § 9-11. Fylkesmannen kan beslutte at enkeltvis rapportering erstattes av for eksempel protokoller.

Det er viktig å beskrive hva som skjedde forut for den aktuelle hendelsen, da det også i akutte situasjoner er krav om å løse situasjoner med andre tiltak enn bruk av tvang⁷². For å hindre nye episoder er det viktig å vurdere og evaluere hva som eventuelt kunne ha vært gjort annerledes. Ved mange meldinger om samme type situasjoner kan Fylkesmannen ta initiativ til å utrede om det er behov for vedtak om planlagte tvangstiltak.

Kommunale vedtak med overprøving hos Fylkesmannen (bokstav b og c)

Ved planlagte tvangstiltak (bokstav b og c) treffes vedtak av den som har det overordnede faglige ansvaret for tjenesten, for inntil tolv måneder om gangen⁷³. Spesialisthelsetjenesten skal bistå ved utformingen av tiltakene. I de fleste tilfellene vil det være tjenesteyterne som tar initiativ til å vurdere om tvangstiltak er aktuelt. Også andre som har nær kontakt med brukeren, for eksempel verge/hjelpeverge eller pårørende, kan ta initiativ til dette (rundskrivet, s. 65).

⁶⁷ Kommunenes saksbehandling ved bruk av tvang og makt etter § 9-5 tredje ledd bokstav a (skadeavvergende tiltak i enkeltstående nødssituasjon) er regulert i § 9-7 første ledd.

⁶⁸ Jf. § 9-4 (krav til forebygging) og § 4-13 (om spesialisthelsetjenesten)

⁶⁹ Hva som skal nedtegnes står i § 9-7 tredje ledd bokstavene a til e og bokstav i. Eksempel på mal for vedtak og enkeltmelding er vedlagt bak i oppgaven (Vedlegg 2).

⁷⁰ Dersom verge eller hjelpeverge ikke allerede er oppnevnt der kommunen anser det aktuelt å fatte vedtak om bruk av tvang og makt skal hjelpeverge oppnevnes (§ 9-3 tredje ledd). Ny vergemålslov trådte i kraft 1. juli 2013, og avløste den gamle vergemålsloven fra 1927. Jeg går ikke inn på disse endringene her.

⁷¹ Når det er tatt inn regler om pårørendes deltakelse, er det et signal om at brukeren trenger den støtte og bistand disse kan gi. Hvem som er pårørende er angitt i § 9-3 fjerde ledd, hvor det henvises til definisjonen av pårørende i pasient- og brukerrettighetsloven § 1-3 bokstav b. Det er i første rekke en opplysningsplikt til pårørende som er tatt inn i lovverket. Pårørende kan reservere seg mot å ta imot meldinger.

⁷² Jf. § 9-5 første ledd.

⁷³ Kommunens saksbehandling ved bruk av tvang og makt etter § 9-5 tredje ledd bokstavene b og c (de planlagte tiltakene: skadeavvergende tiltak i gjentatte nødssituasjoner og tiltak for å dekke grunnleggende behov) er regulert i § 9-7 andre til fjerde ledd.

Før tiltakene kan iverksettes må vedtaket overprøves og godkjennes av Fylkesmannen. Vedtaket skal samtidig som det sendes Fylkesmannen til overprøving, sendes spesialisthelsetjenesten, verge/hjelpeverge og pårørende, som kan avgi uttalelse til Fylkesmannen innen en uke. Vedtaket må gi en presis beskrivelse av tiltaket, hvilke former for tvang eller makt som skal benyttes og framgangsmåten i de aktuelle situasjonene. Det må beskrives hvilke situasjoner tiltaket skal anvendes i, hvem som skal delta, og hvor tiltaket kan utføres. Videre må det gis en faglig begrunnelse for valg av tiltak og redegjøres for hvilke andre løsninger som er prøvd⁷⁴.

Fylkesmannens overprøving er nærmere regulert i § 9-8. Overprøvingen er obligatorisk, og altså ikke avhengig av formell klage fra vedkommende selv eller andre klageberettigede. Fordi tvang og makt i prinsippet skjer mot vedkommendes vilje skal kommunens vedtak automatisk overprøves *som om* det var påklaget (s. 68, min kursivering). Det følger av § 9-8 at Fylkesmannen skal overprøve alle sider av vedtaket⁷⁵. Kommunens vedtak kan ikke iverksettes før Fylkesmannen har ferdigbehandlet saken. Både kommunen og Fylkesmannen plikter å opplyse verge/hjelpeverge og pårørende om klageadgangen⁷⁶.

4.3.13 Klage på beslutning eller vedtak om bruk av tvang og makt

Klageadgangen reguleres i § 9-11. Klagefristen er tre uker fra beslutningen/Fylkesmannens overprøvingsvedtak er kommet fram til de som har klagerett (brukeren, verge/hjelpeverge og pårørende). *Beslutning* etter bokstav a kan påklages til Fylkesmannen, som skal prøve alle sider av saken. Siden det er snakk om en etterfølgende klage kan klagebehandlingen ikke få praktisk betydning for allerede utførte skadeavvergende tiltak. Fylkesmannens avgjørelse vil imidlertid være retningsgivende for framtidig praksis. Fylkesmannens avgjørelse er endelig (rundskrivet, s. 79).

Vedtak etter bokstav b og c som er overprøvd av Fylkesmannen etter § 9-8 kan påklages til fylkesnemnda for sosiale saker. Klageadgangen gjelder også hvis Fylkesmannen har nektet å godkjenne kommunens vedtak, forutsatt at kommunen fortsatt ønsker å gjennom-

⁷⁴ Vedtakets innhold er nærmere regulert i § 9-7 tredje ledd.

⁷⁵ Dvs. ta stilling til kommunens saksbehandling, vurdere de faktiske forholdene som ligger til grunn for bruk av tvang og makt, kommunens forståelse av loven og kommunens utøvelse av skjønn.

⁷⁶ Jf. henholdsvis § 9-7 første ledd siste setning og § 9-8 siste setning.

føre tiltaket. Fylkesnemnda skal prøve alle sider av saken. Godkjente vedtak som er påklaget kan ikke iverksettes før det er godkjent av Fylkesnemnda⁷⁷.

Fylkesnemndas vedtak kan bringes inn for tingretten (§ 9-12). Søksmålsadgangen gjelder ikke hvis fylkesnemnda for sosiale saker har nektet å godkjenne kommunens vedtak. En eventuell klage skal være avgjort av fylkesnemnda før det kan reises sak for domstolen (s. 80). Klagefristen er to måneder. Med unntak av de særregler som er gitt i § 9-12 gjelder tvisteloven kapittel 36 for domstolsbehandling av administrative tvangsvedtak i helse- og sosialsaker⁷⁸. Dette innebærer at saken skal avgjøres så raskt som mulig⁷⁹ og at retten kan beslutte at tvangsinngrepet ikke skal settes i verk før det foreligger endelig dom⁸⁰. Retten kan prøve alle sider av saken innenfor rammene av den lov vedtaket er fattet med hjemmel i⁸¹. Ifølge rundskrivet skal tingrettens dom ankes direkte inn for Høyesterett (s. 82), men dette kan jeg ikke finne lovhjemmelen for, og det er ikke nevnt noe annet sted⁸². Saksøkeren har krav på fri sakførsel⁸³.

4.3.14 Retten til kvalifisert personale

Brukeren har etter § 9-9 andre ledd rett på kvalifisert personale ved gjennomføringen av vedtatte tvangstiltak (bokstav b og c). Det er videre bestemt at det ved gjennomføringen av disse tiltakene skal være to tjenesteytere til stede dersom dette ikke er til ugunst for brukeren⁸⁴. En begrunnelse for kravet om at to tjenesteytere skal være til stede er at de skal kunne korrigere og utøve kontroll overfor hverandre (rundskrivet, s. 70). Det understrekes i rundskrivet at det er hva som er til ugunst for brukeren som skal være avgjørende, ikke hvorvidt kommunen sparer ressurser.

⁷⁷ Dette følger av § 9-7 fjerde ledd. Denne regelen fører til at klagen gis oppsettende virkning, dvs. man venter med å iverksette vedtaket til klagesaken er endelig avgjort i fylkesnemnda (rundskrivet, s. 80). Jeg går ikke nærmere inn på Fylkesnemndas behandling i klagesaker.

⁷⁸ Et vesentlig siktemål med dette er å ivareta behovet for spesielt rask behandling og avgjørelse, og å i møtekomme de særlig sterke rettssikkerhetsbehov som gjør seg gjeldende i saker om bruk av tvang (Schei m.fl. 2007, s. 1633). Før tvisteloven trådte i kraft 1. januar 2008 var det en tilsvarende henvisning til den nå opphevede tvistemålsloven kapittel 33.

⁷⁹ Tvisteloven § 36-5 første og andre ledd

⁸⁰ Tvisteloven § 36-2 tredje ledd

⁸¹ Tvisteloven § 36-5 tredje ledd

⁸² Jeg kommer tilbake til dette i punkt 6.6.2.

⁸³ Rettshjelpsloven § 19 andre ledd, jf. § 16 punkt 2

⁸⁴ At kravet om to tjenesteytere kan fravikes når det er til *ugunst* for brukeren er en oppmykning fra tidligere hvor kravet kun kunne fravikes dersom det ikke var til *skade* for brukeren.

4.3.15 Utdanningskravet

§ 9-9 tredje ledd stiller krav til personalets utdanning. For gjennomføring av skadeavvergende tiltak i gjentatte nødssituasjoner (bokstav b) kreves bestått utdanning i helse-, sosial- eller pedagogiske fag på høyskolenivå. For gjennomføring av tiltak for å dekke grunnleggende behov (bokstav c) kreves bestått avsluttende eksamen i studieretning for helse- og sosialfag i videregående opplæring. Utdanningskravet gjelder kun for den ene av de to tjenesteyterne som skal delta i gjennomføringen av tiltak⁸⁵.

Utdannings- eller kompetansekravet begrunnes slik i rundskrivet (s. 70):

Det å arbeide for utviklingshemmede krever konkret kunnskap hentet fra ulike fagområder som etikk, psykologi, medisin og samfunnsfag, og kunnskapen må kunne omsettes i praksis og anvendes. I tillegg må tjenesteyterne ha kunnskaper om utviklingshemning og erfaringer med hvilke utfordringer denne funksjonshemningen medfører for tjenesteytingen. Det som kan sikre at personalet har disse kunnskapene, er at tjenesteyterne har formell utdanning hvor disse kunnskapene inngår.

Det skilles kun på om det dreier seg om skadeavvergende tiltak eller tiltak for å dekke grunnleggende behov, ellers skilles det ikke på tiltakets karakter. Kravet til utdanning i § 9-9 må ifølge rundskrivet anses som et minimumskrav. Vilkåret om faglig forsvarlighet vil kunne medføre at det må stilles krav om spesielle kvalifikasjoner hos personalet⁸⁶. Selv om prosessen fram til vedtak om tiltak etter kapittel 9 kan by på vanskelige faglige utfordringer kan det likevel være at enkelte tiltak i seg selv ikke stiller faglige utfordringer for tjenesteyterne ved gjennomføringen. Det er ikke gjort unntak fra utdanningskravet for slike tilfeller, og det må i så fall søkes om dispensasjon⁸⁷.

Enkelte kommuner vil i perioder mangle personell med de nødvendige kvalifikasjoner. Det er derfor åpnet for en dispensasjonsadgang fra Fylkesmannen⁸⁸. Dispensasjonsvedtak fattes samtidig med vedtaket om bruk av tvang og makt og kan bare gis i konkrete saker. Dispensasjonen kan gjelde så lenge vedtaket om tvangstiltak gjelder, eller Fylkesmannen kan

⁸⁵ Noe som er en oppmykning fra kapittel 6A.

⁸⁶ Hva slags kvalifikasjoner personalet må ha vil avhenge av brukerens bistandsbehov og tiltakets karakter.

⁸⁷ Eksempel på slikt tiltak kan være at farlige gjenstander som tilhører brukeren skal låses inn, eller at enkelte av brukerens rom tidvis holdes avlåst. Det å vri om en lås byr i seg selv ikke på faglige utfordringer, men det er viktig at slike tiltak blir grundig *faglig* evaluert slik at låsing ikke blir en langvarig løsning (rundskrivet, s. 70-71).

⁸⁸ Dersom minimumskravet er oppfylt, men man finner at retten på kvalifisert personale og/eller vilkåret om faglig forsvarlighet ikke oppfylles med mindre det stilles strengere krav til kompetansen, medfører ikke dette ytterligere behov for dispensasjon, da denne er knyttet til minimumskravet (s. 72).

gjøre den tidsbegrenset⁸⁹. Fylkesmannen kan også stille krav til kommunen om faglig veiledning og oppfølging av tjenesteyterne (s. 71)⁹⁰.

4.3.16 Om gjennomføring av tiltak

Før tiltak iverksettes må det utarbeides prosedyrer som nøyaktig beskriver hva tjenesteyterne skal gjøre i den aktuelle situasjonen. Prosedyren skal være skriftlig og tilgjengelig for alle involverte. Den skal inneholde spesifisering av problemet/atferden som utløser prosedyren. Videre må det komme klart fram når prosedyren skal avsluttes⁹¹.

Ved bruk av tvang og makt er det ifølge rundskrivet nødvendig å kunne påvise at det er selve tiltaket som gir resultater. Dette medfører at tiltaket bør utformes slik at det er mulig å vise sammenhengen mellom tiltak og virkning, slik at brukeren ikke utsettes for unødige tvangstiltak og belastninger. For å kunne evaluere tiltaket må det både før og underveis samles inn data som gir et riktig bilde av de problemene som ønskes endret. Det bør utarbeides et opplegg for hvor ofte og i hvilke situasjoner data skal samles inn.

Uforutsette hendelser og virkninger av tiltak kan forekomme, og det må være en beredskap knyttet til slike situasjoner. Dette kan gjøres ved å utarbeide nødprosedyrer som inneholder nøyaktig spesifisering av når grenser for uforsvarlighet er i ferd med å brytes og hva tjenesteyterne skal gjøre *før* grensen brytes (s. 72-73).

4.3.17 Dokumentasjonsplikt og journalskriving

Reglene i helsepersonelloven kapittel 8 om dokumentasjonsplikt og forskrift om pasientjournal gjelder også for tvangstiltak etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9⁹². Dette har tre hovedformål: journalen skal vise hva som er gjort og blir et hjelpemiddel i det daglige arbeidet, den er en måte å kommunisere med andre som følger opp brukeren på, og den skal brukes som dokumentasjon ved eventuell klage eller evaluering (IS-1040⁹³, i rundskrivet (IS 10/2004), s. 74). Journalsystemet skal bidra til ordnede og systematiske nedtegnelser (s. 75).

⁸⁹ Selv om det i utgangspunktet kun kan gis dispensasjon "i særlige tilfeller" er dispensasjoner oftere hovedregelen enn unntaket, se punkt 6.4.

⁹⁰ Det er ikke stilt spesielle kompetansekrav til den som er faglig ansvarlig for gjennomføring av tiltak (§ 9-7 tredje ledd bokstav g), men siden vedkommende skal ha et faglig ansvar bør han/hun ifølge rundskrivet minst ha treårig høyskoleutdanning innen helsefag, sosialfag eller pedagogiske fag (s. 70).

⁹¹ Mer om prosedyrer for gjennomføring av tvangstiltak og utløsende kriterier under punkt 4.4.4.

⁹² Dette følger av helse- og omsorgstjenesteloven § 9-10.

⁹³ IS-1040 er Sosial- og helsedirektoratets veileder i saksbehandling og dokumentasjon for pleie- og omsorgstjenesten.

Personell som yter tjenester etter helse- og omsorgstjenesteloven er omfattet av helsepersonelloven⁹⁴.

4.3.18 Kontroll og tilsyn

Kommunen plikter å planlegge, gjennomføre, evaluere og korrigere virksomheten slik at tjenestenes omfang og innhold er i samsvar med krav fastsatt i lov eller forskrift⁹⁵. Helse-tilsynsloven § 3 fastslår at enhver som yter helse- og omsorgstjenester plikter å etablere et internkontrollsystem for å sikre dette og at Fylkesmannen skal føre tilsyn med at det føres internkontroll.

I tillegg til virksomhetens egen kontroll skal det gjennomføres statlig tilsyn både i form av systemrevisjon og stedlig tilsyn⁹⁶. Fylkesmannen skal føre tilsyn med lovligheten av kommunens oppfyllelse av plikter i kapittel 9, samt stedlig tilsyn når det er fattet vedtak om tvangstiltak etter bokstav b og c. Finner Fylkesmannen det nødvendig kan det foretas stedlig tilsyn i forbindelse med meldinger om bruk av tvang etter bokstav a.

4.3.19 Tidligere rett

Da en del av materialet jeg bruker er fra tida før disse lovbestemmelsene ble gjort permanente, og det var noen endringer i gjeldende rett da de gikk fra å være midlertidige til permanente, vil jeg her kort ta for meg endringene⁹⁷.

Endringer fra kapittel 6A til kapittel 4A

Sosialtjenesteloven kapittel 4A var i hovedsak en videreføring av sosialtjenesteloven kapittel 6A. De fleste endringene var strukturelle endringer, forenklinger og presiseringer, samt begrepsbruk (Ot.prp. nr. 55 (2002-2003), s. 24-25). Grunnen til at man byttet plass var at man ville gi kapitlet en mer sentral plass i tilknytning til de generelle rettighetsbestemmelsene i sosialtjenesteloven kapittel 4⁹⁸. Den tidligere plasseringen som kapittel 6A gjorde at dette

⁹⁴ Helse- og omsorgstjenesteloven § 2-1.

⁹⁵ § 3-1 tredje ledd jf. første ledd.

⁹⁶ Følger av helse- og omsorgstjenesteloven § 12-3

⁹⁷ Det midlertidige kapittel 6A i sosialtjenesteloven gjaldt i 1999-2003, og ble erstattet av det permanente kapittel 4A i samme lov som gjaldt i 2004-2011. Fra 2012 ble reglene flyttet til helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 hvor de fortsatt står.

⁹⁸ Som regulerte retten til sosiale tjenester som praktisk bistand og opplæring, herunder brukerstyrt personlig assistanse, avlastningstiltak ved særlig tyngende omsorgsoppgaver, støttekontakt, plass i institusjon eller bolig

tvangskapitlet kom umiddelbart etter kapitlet med tvangshjemler som kunne brukes overfor rusmiddelavhengige.

For å forenkle regelverket ble forskriften innarbeidet i lovteksten. Det ble foretatt noen endringer i begrepsbruken uten at det var meningen å endre innholdet i lovreglene, for eksempel ble tittelen på lovkapitlet endret⁹⁹, og begrepet "konkret faresituasjon" ble endret til "nødsituasjon", og "alternative tiltak" til "andre løsninger". Formålsbestemmelsen ble endret for å tydeliggjøre formålet bedre (s. 33-34).

Atferdsendrende tiltak ble ikke videreført som eget grunnlag for å bruke tvang og makt, men det ble presisert at tiltak for å dekke grunnleggende behov også kan omfatte opplærings- og treningstiltak. Lovendringen medførte at formålet vil være avgjørende for om det er anledning til å bruke slike tiltak. Etter lovendringen er det dermed bare i de tilfellene formålet med treningen eller opplæringen er å dekke den utviklingshemmedes grunnleggende behov at det er tillatt å bruke tvangstiltak, dersom lovens øvrige vilkår er oppfylt (s. 30-32).

Forbudet mot bruk av mekaniske tvangsmidler ble modifisert (s. 39). Det ble ellers foretatt noen mindre oppmykninger i utdanningskravet og kravet om at det skal være to tjenesteytere til stede (s. 33). Andre endringer var at reglene ikke skulle være midlertidige og at det ikke var lovfestet noen rådgivende gruppe som skulle evaluere reglene. Det ble presisert at reglene burde evalueres etter å ha vært virksomme i rundt fem år (s. 32-33)¹⁰⁰. Begrepet om stedlig tilsyn kom inn i lovverket på dette tidspunktet.

Endringer fra kapittel 4A til kapittel 9

I forbindelse med samhandlingsreformen ble det foretatt en større gjennomgang med sikte på harmonisering av helse-, sosial- og omsorgslovgivningen. I forbindelse med denne reformen ble sosialtjenesteloven opphevet og kapittel 4A ble flyttet til den nye helse- og omsorgstjenesteloven. Denne nye loven inneholder kommunens ansvar og plikter, mens borgernes

med heldøgns omsorgstjenester og omsorgslønn, se spesielt § 4-2. Kapittel 6A/4A kunne kun anvendes overfor utviklingshemmede som hadde vedtak om kommunale tjenester etter denne paragrafen.

⁹⁹ Tittelen på kapittel 6A var "Rettigheter for og begrensning og kontroll med bruk av tvang og makt m.v. overfor enkelte personer med psykisk utviklingshemming", og omfattet både formålene og virkeområdet for reglene. Kapittel 4A fikk en noe forenklet tittel: "Rettsikkerhet ved bruk av tvang og makt overfor enkelte personer med psykisk utviklingshemning" (s. 25-26).

¹⁰⁰ Rådets forslag om å utvide vilkårene slik at også vesentlig økt livskvalitet kunne gi rettslig grunnlag for å bruke tvang og makt ble ikke fulgt opp i nytt lovkapittel. Det samme gjaldt forslaget om at det skulle være mulig å samtykke til eller lage avtale om bruk av tvang og makt ((Ot.prp. nr. 55 (2002-2003), s. 43-51).

rettigheter er samlet i pasient- og brukerrettighetsloven¹⁰¹. Intensjonen var å gjøre regelverket mer oversiktlig og lettere tilgjengelig (Prop. 91 L (2010-2011), s. 54-55).

I forarbeidene til helse- og omsorgstjenesteloven nevnes flere steder at det på sikt er et mål at reglene om bruk av tvang i helse- og omsorgstjenesten blir bedre samordnet, enten ved å samles i en egen lov, eller ved en harmonisering. Inntil videre ble det foreslått at reglene i sosialtjenesteloven kapittel 4A i hovedsak ble videreført uendret, med enkelte mindre tilpasninger, og plassert i helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9.

De mindre tilpasningene gikk ut på en endring av definisjonen av pårørende¹⁰² og at "tjenestemottaker" ble erstattet med "bruker eller pasient"¹⁰³. Når det gjelder virkeområde ble det foretatt en nødvendig tilpasning i henvisningen til de kommunale tjenestene som følge av lovendringen av disse fra sosialtjenesteloven til helse- og omsorgstjenesteloven¹⁰⁴. Lovforslaget gikk ut på at gjeldende rett skulle videreføres, med enkelte mindre tilpasninger (Prop. 91 L (2010-2011), s. 418). Det understrekes at begrepsendringene ikke innebærer realitetsendringer (s. 501). Med andre ord videreføres gjeldende rett fra sosialtjenesteloven kapittel 4A til helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9.

4.4 Hva slags tvang er det snakk om?

Her vil jeg ta for meg hva loven definerer som tvang og gi noen eksempler på tvangstiltak som kan hjemles i kapittel 9. I rundskrivet til kapittel 6A står det at disse lovreglene skal gi grunnlag for å trekke grensen mellom den tvang som etter loven kan godtas i omsorg og behandling og uakseptabel maktbruk (I-41/98, s. 15).

4.4.1 Hva regnes som tvang (og makt)

Lovteksten spesifiserer ikke nærmere hva slags konkret tvang den hjemler. I § 9-2 andre ledd står det at "som bruk av tvang eller makt etter reglene i kapitlet her regnes tiltak som brukeren (...) motsetter seg, eller tiltak som er så inngripende at de uansett motstand må regnes som bruk av tvang eller makt". Det er et deskriptivt tvangsbegrep som brukes, hvilket krever at ethvert tiltak må vurderes ut fra den enkeltes situasjon. Videre står det at "bruk av inngripende

¹⁰¹ Som samtidig skiftet navn fra pasientrettighetsloven.

¹⁰² Det henvises nå til pasient- og brukerrettighetslovens definisjon i § 1-3 bokstav b i stedet for å ha en særregel.

¹⁰³ For å harmonere med pasient- og brukerrettighetsloven. I min gjennomgang av gjeldende rett har jeg konsekvent brukt "bruker". Se nærmere redegjørelse for begrepsbruken i denne oppgaven under punkt 1.5.

¹⁰⁴ Jeg går ikke nærmere inn på dette her, da det ikke har betydning for denne oppgaven.

varslingssystemer med tekniske innretninger skal alltid regnes som bruk av tvang eller makt etter reglene i kapitlet her". Når det gjelder inngripende varslingssystemer kommer det altså ikke an på en helhetsvurdering. Slik kontroll regnes alltid som tvang. Til slutt kommer den nedre grensen for tvang: "alminnelige oppfordringer og ledelse med hånden eller andre fysiske påvirkninger av liknende art anses ikke som bruk av tvang eller makt". Tvang eller makt foreligger altså når:

1. brukeren motsetter seg tiltaket
2. tiltaket er så inngripende at det uansett motstand må regnes som tvang eller makt
3. det benyttes teknisk innretning som må vurderes som et inngripende varslingssystem

Punkt tre må anses som et tilleggskriterium, mens det er punkt en og to som er de to hovedkriteriene for vurderingen av om et tiltak innebærer tvang eller ikke for den enkelte brukeren.

Hva som anses som bruk av tvang eller makt etter lovkapitlet må avgjøres etter en helhetsvurdering (rundskrivet¹⁰⁵, s. 36). I lovforslaget ble nødvendigheten av en helhetsvurdering i hvert enkelt tilfelle understreket, da en definisjon i en lovbestemmelse bare kan gi uttrykk for de mest sentrale punktene i en slik vurdering og vanskelig kan være helt uttømmende. Andre momenter enn de som er nevnt i lovdefinisjonen kan i enkelte saker være relevante i denne helhetsvurderingen (Ot.prp. nr. 58 (1994-95), s. 16).

Alle tiltak overfor brukeren som utføres i strid med vedkommendes vilje omfattes av definisjonen (subjektive forhold), med mindre tiltakene er blant unntakene i § 9-2 andre ledd tredje setning ("alminnelige oppfordringer og ledelse med hånden"). I helhetsvurderingen må det tas hensyn til brukerens evne til å vise motstand, både fysisk og verbalt (rundskrivet, s. 36). Et tiltak kan være så inngripende at det etter en objektiv vurdering må regnes som bruk av tvang eller makt, uansett motstand fra brukerens side (objektive forhold). Jo mer inngripende tiltaket er, desto større grunn til å anta at det objektivt sett må anses å være tvang. Herunder faller for eksempel de tiltak som har blitt innlært med bruk av tvang. I tillegg vil tiltak uten bruk av fysisk tvang kunne være så omfattende og tidkrevende at det likevel vil være å anse som så omfattende bruk av makt at det faller innenfor definisjonen på objektivt grunnlag (s. 37).

I rundskrivet understrekes at tvang og makt her er juridiske begreper, hvilket vil si at det kun er de tiltak som kan tolkes inn i definisjonen i § 9-2 som er å anse som tvang eller makt etter regelverket. Definisjonen setter grenser for hva som omfattes av loven – ikke for hva som etter loven er forbudt eller tillatt (rundskrivet, s. 36).

¹⁰⁵ Her og i det følgende er det rundskrivet til kapittel 4A (IS-10/2004) det refereres til når ikke annet er sagt.

Øvre og nedre grense

§ 9-1 tredje ledd sier at ingen skal behandles på en nedverdiggende eller krenkende måte. Dette regnes som den absolutte, eller øvre, grensen for (lovlig) tvangsbruk. Dette forbudet skal beskytte mot respektløs behandling (rundskrivet, s. 56). En annen grunn til at det er tatt med i formålsbestemmelsen er for å understreke at terskelen for å benytte tvang og makt er høy (s. 33). Nevnte "alminnelige oppfordringer og ledelse med hånden" i § 9-2 (andre ledd siste setning) reguleres ikke av kapittel 9, og regnes som den nedre grense for tvang. Ikke alle former for inngrep og påvirkninger kan betegnes som tvang eller makt selv om brukeren ikke ønsker dem (rundskrivet, s. 39). Handegård omtaler dette som "hverdagstvang" (2005, s. 24). Slike påvirkninger har ifølge lovforarbeidene til felles at de er milde inngrep som brukeren vil ha mulighet til å komme seg ut av ved å vise fysisk motstand. Men i helhetsvurderingen må det tas hensyn til brukerens evne til å vise motstand eller motvilje (Ot.prp. nr. 58 (1994-95), s. 16). Det som er mellom denne øvre og nedre grensen for tvang er det som reguleres av kapittel 9.

Særlige grenser for bruk av mekaniske tvangsmidler og skjerming

I § 9-6 er det gitt særlige grenser for bruk av enkelte tiltak. Bruk av mekaniske tvangsmidler som hindrer bevegelsesfriheten er å anse som blant de mest inngripende tvangsmidlene man har, det er derfor en begrenset adgang for bruk av slike tvangsmidler. De kan kun benyttes for å gi nødvendig støtte for fysiske funksjonshemninger, for å hindre fall og for å hindre at bruker skader seg selv. Denne oppramsingen er uttømmende. Skjerming må regnes som svært inngripende og kan bare vurderes brukt der det ikke er tilstrekkelig at tjenesteyterne trekker seg ut av situasjonen og andre tvangstiltak vil føre til betydelig maktbruk (rundskrivet, s. 61).

Bruk av tvang i opplærings- og treningstiltak

§ 9-6 tredje ledd setter grenser for omfanget av bruk av tvang og makt i forbindelse med opplærings- og treningstiltak. Forbudene er ifølge rundskrivet eksempler på tiltak som etter loven anses som etisk uforsvarlige (rundskrivet, s. 62). Det er ikke tillatt med opplærings- og treningstiltak som påfører brukeren smerte eller psykisk eller fysisk skade, herunder all form for fysisk refselse, eller som innebærer betydelige fysiske og psykiske anstrengelser eller medfører fysisk isolering.

Tiltak for å dekke brukerens grunnleggende behov kan omfatte opplærings- og treningstiltak, selv om atferdsendrende tiltak ikke ble videreført som eget grunnlag fra kapittel 6A (rundskrivnet, s. 14). Lovendringen medførte at formålet med bruk av tvang og makt i opplæring og trening vil være avgjørende for om det er anledning til å bruke slike tiltak, og innebar i realiteten en innskrenkning. Det er bare i de tilfellene formålet med treningen eller opplæringen er å dekke den utviklingshemmedes grunnleggende behov for mat og drikke, påkledning, hvile, søvn, hygiene og personlig trygghet det er tillatt å bruke slike tiltak, dersom lovens øvrige vilkår er oppfylt.

4.4.2 Maktbegrepet

Lovverket bruker konsekvent "tvang og makt" sammen og har en vid og deskriptiv tilnærming til begrepene (Handegård 2005, s. 34). I lovforslaget blir dette begrunnet med at det noen ganger vil være tvil om en del inngripende tiltak vil falle utenfor ved mer tradisjonelle forståelser av begrepet tvang (Ot.prp. nr. 58 (1994-95), s. 16). Tvangsbegrepets kjerne er overvinning av motstand. Da det i lovens definisjon ikke bare er når brukeren viser motstand tiltak blir regnet som å omfattes av definisjonen (subjektive forhold), men også tiltak som er så inngripende at de *uansett motstand* må regnes med i definisjonen (objektive forhold), går lovgiver lenger enn den tradisjonelle forståelsen av tvangsbegrepet. Dette er ifølge Østenstad bakgrunnen for det begrepsmessige skillet, men rettslige likestillinga, i lovteksten (2000, s. 81). Han siterer fra høringsnotatet¹⁰⁶:

Med "tvang" vil i dette regelsettet forstås tiltak som tjenestemottakeren motsetter seg (...) Dette skaper problemer i forhold til korreksjoner og andre stopptiltak, hvor det kan variere etter omstendighetene om det er naturlig å si at tjenestemottakeren motsetter seg dem. Vi inkluderer derfor også "maktbruk".

Lovforarbeidene forsøker ikke å skille mellom begrepene makt og tvang (Handegård 2005, s. 35). Ifølge Handegård er makt noe relasjonelt, eller rettere sagt et potensiale i en relasjon. De som yter tjenester til utviklingshemmede har makt ved at de innehar en autoritetsrolle i relasjon til den utviklingshemmede, som fyller en avhengighetsrolle. Det at personalet har autoritet gir dem muligheten til å utøve makt. Når (hvis) denne muligheten manifesterer seg i handling kan det enten være snakk om aktivisering av makt eller utøvelse av tvang. Skillet mellom makt og tvang i denne sammenhengen er langt fra entydig, men

¹⁰⁶ Høringsnotat om særregler om tvang og maktbruk, Sosial- og helsedepartementet november 1994, i Østenstad 2000, s. 81

svært situasjonsavhengig. Klarest er skillet ifølge Handegård når det er snakk om motstand. Hvis det er motstand må det uansett betraktes som tvang, mens det vil være mer uklart i situasjoner med personer som ikke er i stand til å vise motstand (2005, s. 43).

I sin analyse av forarbeidene skiller Handegård mellom makt, tvang og uakseptabel tvang. Makt uten tvang er ikke-inngripende fysiske tiltak, for eksempel håndledelse uten holding og alminnelige verbale korreksjoner/instruksjoner. Makt som tvang etter loven er det som defineres som tvang etter lovverket, dvs. tiltak som brukeren motsetter seg eller som er så inngripende at det uansett motstand må regnes som tvang eller makt. Uakseptabel tvang er nedverdiggende og integritetskrenkende straffe- og behandlingsmetoder, tiltak som ikke viser respekt for individets autonomi og tiltak som ikke er sosialt akseptable, dvs. tiltak som overskrider den øvre grensen for tvang som nevnt over.

Tabell 1: Om forholdet mellom makt og tvang i lovbestemmelsene

Makt uten tvang	Makt som tvang etter loven	Uakseptabel tvang
Ikke-inngripende fysiske tiltak, f.eks. håndledelse uten holding	Tiltak som brukeren motsetter seg	Nedverdiggende og integritetskrenkende straffe- og behandlingsmetoder
Alminnelige verbale korreksjoner/instrukser	Tiltak som er så inngripende at de uansett motstand må regnes som tvang eller makt	Tiltak som ikke viser respekt for individets autonomi
	(Inngripende varslings-systemer med tekniske innretninger)	Tiltak som ikke er sosialt akseptable

Ifølge Handegård trekker ikke lovreglene en absolutt grense mellom den tvang som etter loven kan godtas i omsorg og behandling, og uakseptabel tvangsbruk. Derimot er lovreglene ment å gi grunnlag for å trekke slike grenser. Det er ikke mulig å gi nøyaktige anvisninger. Faglig skjønn og kjennskap til personen og de konkrete situasjonene er avgjørende. Her ligger et stort tolkningsrom (2005, s. 44).

Østenstad (2000) konkluderer med at "makt" dekker bruk av inngripende tiltak med fravær av (aktiv) motstand, for eksempel innlåsing av brukerens eiendeler, regulering av tilgangen til mat, klær, godteri, papir etc. og tilbakeholdelse av penger. Han påpeker også at når

det brukes fysisk tvang vil det variere i hvilken grad det til enhver tid er snakk om aktiv motstand mot tiltaket. I slike tilfeller vil det med andre ord veksles mellom bruk av henholdsvis tvang og makt. Dette kan ifølge Kroken (2011, s. 62) framstå som språklig flisespikkeri, men betydningen er langt mer omfattende. Ved å inkludere "makt" i lovreglene utvides ifølge Østenstad (2000) hjemmelsgrunnlaget utover bruk av tvang i nødssituasjoner som reguleres i straffelovens bestemmelser om nødverge og nødrett. Dette utvidede hjemmelsgrunnlaget har i liten grad blitt drøftet, nyansert og presisert i regelverket.

I lovutkastet til kapittel 4A foreslo opprinnelig departementet å sløyfe maktbegrepet, da de mente det var overflødig ved siden av begrepet tvang. Et flertall av høringsinstansene sluttet seg ikke til dette, og på bakgrunn av det kom departementet fram til at begrepet makt burde beholdes både i lovtittelen og lovteksten for øvrig (Ot.prp. nr. 55 (2002-2003), s. 26). I lovutkastet gjengis en uttalelse fra Fylkesmannen i Vest-Agder som godt illustrerer denne problematikken:

I praksis har begrepene tvang og makt vært nærmest synonyme. Likevel indikerer maktbegrepet et viktig element, nemlig styrkeforholdet mellom mennesker. (...) Det er ikke bare selve den fysiske tvangsutøvelsen som loven skal ta sikte på å regulere, men også der tjenesteyterne påvirker situasjonen i så stor grad at det er nødvendig å formalisere dette ved å treffe vedtak.

4.4.3 De vanligste tvangstiltakene

Før tvangstiltak kan iverksettes må vilkårene om at det foreligger (fare for) vesentlig skade, at andre løsninger er prøvd, at tiltakene er faglig og etisk forsvarlig og at vedtak fattes på riktig måte være oppfylt. De vanligste (registrerte) tvangstiltakene er holding, låsing av dører/skap, nedlegging, håndledning og skjerming (Rådet 2002, s. 19). En rapport fra 2003¹⁰⁷ viste at *krav-situasjoner* og *fastlagte oppgaver* var de situasjonene som hyppigst utløste bruk av tvang (totalt 35 prosent av alle tiltak) og at kravsituasjoner knytter seg til at "tjenesteyter kommuniserer en sterk forventning til atferd hos bruker" (sitert i Ellingsen 2006, s. 75). Rapporten viser videre at de tre viktigste grunnene til at tjenesteyter anvender tvang mot bruker er *selvskading* (21,4 %), *angrep på personalet* (26,9 %) og *neking* (21,4 %), som til sammen utgjør 70 prosent av alle tilfeller.

¹⁰⁷ Med en gjennomgang av alle meldinger om skadeavvergende tiltak i enkelttilfeller (bokstav a) innrapportert Fylkesmannen i Rogaland i 1999 og 2000 (Endresen 2003). Jeg har ikke fått tak i denne rapporten, og må derfor bruke Ellingsens omtale av den.

Tall, fordeling og omfang 2013¹⁰⁸

I 2013 var 36 prosent av godkjente tiltak skadeavvergende, og 64 prosent var for å dekke grunnleggende behov. Totalt overprøvde fylkesmennene 1300 vedtak fra kommunene, og av disse ble 1259 godkjent. Av de 41 vedtakene som ikke ble godkjent ble 31 sendt tilbake for ny behandling og 10 ble ikke godkjent fordi tvangstiltakene var ulovlige. Med andre ord ble nesten 97 prosent godkjent, litt over to prosent sendt tilbake for ny behandling og i underkant av én prosent kjent ulovlige. Ved utgangen av 2013 var det vedtak med virksomme tvangstiltak overfor 1102 personer. 40 prosent av vedtakene gjaldt kvinner, 60 prosent menn. De godkjente vedtakene omfattet 3978 enkelttiltak. Tiltakene er inndelt i sju tiltakskategorier:

Tabell 2: Fordeling tvangstiltak 2013

Planlagte skadeavvergende tiltak i gjentatte nødssituasjoner (bokstav b)		Tiltak for å dekke brukers grunnleggende behov (bokstav c)	
	%		%
1. Inngripende varslingsystem	5	4. Inngripende varslingsystem	18
2. Mekaniske tvangsmiddel	4	5. Mekanisk tvangsmiddel	6
3. Andre skadeavvergende tiltak (eks. holding og nedlegging)	27	6. Opplærings- og treningstiltak	1
		7. Andre tiltak (eks. låsing av mat-, kles-, kjøleskap, tvungen tannpuss)	39

De vanligste tvangstiltakene var å begrense tilgangen til mat, drikke, nytelsesmidler og eiendeler, holding, låsing av dør/vindu, utgangs- eller sengealarm, tvangspoleie som tannpuss, vask, dusj, negl- og hårklipp, skjerming, nedlegging og bruk av remmer/seler/skinner.

Det ble i tillegg registrert bruk av skadeavvergende tiltak i nødssituasjoner som ikke var regulert i vedtak overfor 1101 personer. Antallet meldte beslutninger om skadeavvergende tiltak varierer mye mellom fylkene og gir ifølge Helsetilsynet lite informasjon om faktisk bruk av tvang i nødssituasjoner.

¹⁰⁸ Jeg baserer meg her på Helsetilsynets tilsynsmelding for 2013, s. 45-46.

4.4.4 Eksempler på prosedyrer for tvangstiltak

De vanligste registrerte tvangstiltakene er som nevnt holding, låsing av dører/skap, nedlegging, håndledning og skjerming. Andre eksempler på tiltak som faller innunder tvangsbegrepet etter loven er bakkneppet pyjamas for å hindre grising med avføring (der brukeren er avskåret fra fysisk tilgang med hendene til sitt eget underliv) eller sengehest¹⁰⁹ som har til hensikt å hindre at brukeren faller ut av senga, men som også rent faktisk hindrer brukeren i å forlate senga (Østenstad 2000, s. 84). Regulering av tilgang til mat, drikke, klær, godteri, dopapir, sjampo etc., fjerning av sikring til tv/musikk ved høy lyd, avstenging av vann, låsing av kjøleskap, fryser og matskap, tilbakeholdelse av penger og låsing av garderobeskap eller skap på bad med private eiendeler regnes også som bruk av tvang (Kroken 2011, s. 62). Det samme gjelder døralarm som varsler personalet om brukeren går ut (s. 142).

Holden (2007, s. 18) har beskrevet et konkret behandlingstiltak som også inneholder tvangstiltak godkjent av Fylkesmannen, og Kroken (2011, s. 61) et annet. Jeg gjengir her bare selve tvangstiltakene:

Ser du at Ida selvskader eller angriper, eller er på vei til det, stopper du henne med en gang. Bruk den makt som trengs, verken mer eller mindre. Ved alvorlige tilfeller må to personer holde henne, for eksempel i en arm hver. Hold henne til hun er rolig, ikke lenger.

Nils kan angripe personalet ved å klype, klore, bryte og slå. Når en eller flere former for angrep forekommer, kan personalet møte angrep på følgende måte: En kan løsne grepet hans. En kan dytte og skyve ham vekk. En kan forsøke å blokkere slag som er i ferd med å komme, eller en kan holde ham på mildest mulig måte til han slapper av eller trekker hånda til seg. Ofte vil det være nødvendig å kombinere de ulike framgangsmåtene.

Vedtak om bruk av tvang inneholder ofte detaljerte prosedyrer for hvordan tvangstiltakene skal gjennomføres, samt kriterier for hva som utløser bruken av tvangstiltaket. Ett vedtak kan inneholde flere tvangstiltak. Handegård (2005, s. 26-27) skriver at prosessen med å utarbeide tvangstiltak i de sakene hun studerte startet i det enkelte omsorgsmiljø, ofte ved at veiledere fra habiliteringstjenesten var inne og hjalp personalet med å finne løsninger på ulike dilemma. Alternative tiltak skal være prøvd først. I praksis kan dette ifølge Handegård dreie seg om at en definerer tidligere praksiser som alternative tiltak og at en derfor bare beskriver de metoder som tidligere har vært benyttet. Når det gjelder selve saksbehandlingsarbeidet, inkludert skriving av vedtak, er det ofte tjenesteleder eller miljøterapeut ved det aktuelle

¹⁰⁹ Sengehest er en grind eller lignende som settes mellom madrass og sengekant for å hindre noe eller noen å falle ut av senga (Bokmålsordboka, dokpro.uio.no).

tjenestestedet som gjør dette arbeidet (Kroken 2011, s. 133)¹¹⁰. Dette er ofte også den personen som har rollen som faglig ansvarlig.

Handegård gir eksempler på tvangstiltak fra sitt materiale, både begrunnelser for tvangstiltak, hvordan de kan være utformet og kriterier som kan utløse tvangstiltak. I det følgende vil jeg bruke hennes eksempler (2005, s. 27-32).

To eksempler på tvangstiltak – begrunnelse og utforming

Det ene tvangstiltaket går ut på at brukeren dopes ned før hun skal til frisøren. Hun klippes av en profesjonell frisør på frisørens salong. Årsaken til at hårklipp foregår ved tvang er bl.a. at brukeren motsetter seg å klippe håret. Personalet begrunner tiltaket med at det er viktig at brukeren har helt kort hår bl.a. fordi hun vegrer mot å børste håret, og dessuten har hun hendene mye i håret mens hun spiser og det blir mye grising og søling. Brukeren har i tidligere perioder hatt lengre hår, men dette mente personalet plaget henne, bl.a. ved at luggen kom ned i øynene. Personalet argumenterer dessuten med at kort hår er lettstelt og at vedkommende ser mer anstendig og velstelt ut. Tiltaket "hårklipp" er utformet på følgende måte:

1. Starte med å klarere med lege at medikamenter kan gis før hårklipp. Medikamenter doseres og kontrolleres av ledende miljøterapeut og den miljøarbeider som skal gjennomføre tiltaket.
2. Avtal med frisør at hun er eneste kunde på frisørsalongen under klippingen. Bruker forberedes ved at vi forteller hva som skal skje. Hun får medisin sammen med frokost ca. to timer før klipp. Hun slapper av i leiligheten sammen med ett personale og ser på tv i ca. en og en halv time før vi drar til frisøren.
3. Hun setter seg i stol hos frisør. Hun gis blader og aviser. Frisøren starter med å klippe uten at personalet hjelper til i form av å holde henne.
4. Hvis hun blir urolig og protesterer slik at frisør ikke kan klippe, og det vurderes som uforsvarlig å fortsette, gjøres følgende:
 - a) Ett personal tar frem flere blader, river og rister med disse.
 - b) Slår på hårføner og evt. blåser henne i nakken/på ryggen med denne.
 - c) Tilbyr henne å reise seg med støtte, slik at hun kan stå når frisør klipper.
5. Hvis nevnte aktiviteter ikke hjelper gjøres følgende:

¹¹⁰ Vedtakets utforming og hva det skal inneholde står i § 9-7 tredje ledd. De fleste Fylkesmannsembetene har utarbeidet maler for hvordan vedtak skal utformes, hvor det bare er å fylle inn. Se eksempel på maler vedlagt bak i oppgaven (Vedlegg 2).

- a) Frisør tar pause fra klipp i 2 minutter.
 - b) Ett personal prøver samme rekke med aktiviteter (jfr. pkt. 4) på nytt.
 - c) Begge (de to av personale som er med på tiltaket) er aktive og kombinerer aktivitetene, som ved at hun står med støtte og samtidig brukes hårføner til å blåse henne i nakken/ryggen.
6. Hvis klipp fortsatt ikke er forsvarlig gjøres følgende:
- a) Hun sitter i stol.
 - b) Ett personal setter seg foran henne, legger hendene sine over brukers hender og holder disse ned mot hennes lår.
 - c) Ett personal står bak/ved siden av henne og holder brukers hode inn mot sin egen armkrok. Bruker armene for samtidig å støtte brukers hode. Skal ikke holde med fingregrep, heller ikke med bare hendene.
7. Bruk av fysisk makt ved holding skal ikke overstige 1 minutt ved hver inngripen.
8. Etter hver inngripen med bruk av fysisk makt skal aktivitetene under pkt. 5 prøves på nytt, før evt. pkt. 6 prøves igjen.
9. Hun gis "ferdigtegn" og får reise seg og gå bort fra stol umiddelbart etter hårklipp er ferdig.
10. Tiltakets gjennomføring avsluttes ved å skriftliggjøre følgende i egen protokoll:
- a) Tid og sted for tiltaket.
 - b) Hvem har utført tiltaket.
 - c) Beskrivelse av situasjonen før tiltaket.
 - d) Varighet av tiltaket.
 - e) Resultater av hårklipp.
 - f) Ble hårklipp utført i samsvar med prosedyrene.

Tiltaket gjennomføres ca. hver tredje måned. Bruker er hjemme fra jobb/dagtilbud både den dagen hun har vært hos frisøren og dagen etter på grunn av medisineren. Når hun kommer hjem fra frisøren bruker hun stort sett det neste døgnet på å sove ut "rusen". Den påfølgende dagen (dag to) trenger hun for å hente seg ordentlig inn igjen. Personalet sammenligner det med at hun er skikkelig "bakfull" og må restitueres før hun klarer hverdagen igjen¹¹¹.

¹¹¹ Når man leser dette tiltaket, og spesielt hvor lang tid hun bruker på å komme til hektene igjen etterpå, kan man lure på om forholdsmessighetskravet er oppfylt. Alt dette bare for en hårklipp? Pga. anonymiseringen har Handegård måttet fjerne enkelte opplysninger, så vi har ikke hele bildet. Jeg kommer ikke i denne oppgaven til å gå inn på tvangsbruk i konkrete situasjoner, utover at jeg gir eksempler.

Det andre tiltaket omhandler bruk av tvang for å gjennomføre tannpuss. Det er også her flere årsaker til at tannpuss er blitt tvangstiltak. Bruker har alltid protestert høylydt mot å pusse tennene. Personalet har over lang tid prøvd å møte denne protesten med ulike strategier, alt fra å holde ham mens de pusset til å ikke pusse i det hele tatt. De gangene brukeren er hos tannlege må han dessuten legges i narkose for å gjennomføre tannsjekk og behandling. Ut fra en totalvurdering ble det dermed vedtatt at det var bedre med en god tannhygiene som innebar "litt tvang", enn at brukeren oftere skulle legges i narkose for å få utført reparasjoner som kom av dårlig tannhygiene. En hadde dessuten sterk tro på at dette tvangstiltaket – som personalet mente innebar minimalt med tvang – etter en stund ville bli ren rutine for brukeren, og at protestene dermed ville avta.

Tvangstiltak vedrørende tannpuss

1. Utstyr

Tannbørste, tannkrem, fluortablett, latexhansker, hørselvern, protokoll, ett personal utfører tannpussen.

2. Tidspunkt

Hver kveld.

3. Fysisk tilrettelegging

Forberedelsene gjøres etter at han har stått opp fra middagshvil. Legg frem tannbørste, tannkrem, fluortablett og hansker på vasken inne på badet. Hørselvern hentes inne på kontoret før kveldsmat og tas på før man går på badet.

4. Han forberedes på tannpuss

Han gis ferdigtegn og svinges bort fra spisebordet når han er ferdig å spise kveldsmat og bort til vasken. Han ser tannbørsten og det som ligger på vasken og vet at nå skal han pusse tenner.

5. Tannpussen

- a) Personalet tar på hansker og sitter på wc-lokket. Slår på vannet og lar det renne, tar så tannkrem på børsten.
- b) Når bruker har sin venstre hånd/finger i munnen, skyv/håndled denne bort fra munnen og ned mot vasken. Hånden hans skal ikke holdes. Puss systematisk. Begynn oppe til venstre hvor det normalt er lettest å få pusset. Fortsett oppe til høyre, deretter nede til høyre og tilslutt nede på venstre side. Avslutt med å gjenta

puss oppe på venstre side. Dette for at han om mulig skal få en positiv avslutning på tiltaket.

- c) Hvis du ikke kommer til med tannbørsten, sett deg litt tilbake fra ham, gi tegn for "vent" og vent ca. et halvt minutt. Han kan roe seg etter hvert. Dette gjentas 3 ganger hvis nødvendig.
- d) NB! Tiltaket avsluttes nå hvis tannpuss fortsatt ikke kan utføres etter å ha prøvd pkt. c tre ganger.
- e) Når tannbørsten tas ut av munnen, gi raskt en positiv respons i form av klapping og si "flott". Skyll tannbørsten og fortsett pussen, gi ny ros umiddelbart etter at tannbørsten er ute av munnen. Dette gjentas til pussen er ferdig.
- f) Når tannpuss er ferdig gis umiddelbart "ferdigtegn", samtidig som den som hjelper sier "ferdig". Viktig å være klar og tydelig i både kroppsspråk og verbalt språk. Tiltakets gjennomføring avsluttes ved å skriftliggjøre følgende i egen protokoll på personalets kontor: tid og sted for tannpuss, hvem som har utført dette, beskrivelse av situasjonen, varigheten av tiltaket, resultat av tannpussen, og om tannpussen ble gjennomført i samsvar med prosedyren.

Som disse to eksemplene viser er tiltakene ganske detaljert utformet. I begge tiltakene er det angitt hvor ofte de skal gjennomføres (ca. hver tredje måned og hver kveld). Når det gjelder andre typer tvangstiltak, for eksempel tiltak som skal regulere utagerende atferd, kan det være snakk om en rekke kriterier som utløser tvangstiltak.

To eksempler på kriterier som utløser tvangstiltak

I ett av tilfellene Handegård observerte var det hele elleve kriterier som skulle utløse tvangstiltak. Formålet med tvangstiltaket var å "utpause"¹¹² brukeren, slik at den utagerende atferden ble stoppet.

Kriterier som skal utløse tvangstiltak som har til hensikt å stoppe utagering/uønsket atferd:

- a) Alle typer harde og løse slag mot eget hode og ansikt, alt over kragebeinet. Slag med knyttet hånd, gjelder hele kroppen.

¹¹² Få vedkommende til å stoppe opp/bryte av den utagerende atferden.

- b) Trykking med håndbaken, fingre, underarm mot eget og andres hode, trykking av egen kropp mot andres kropp, slik at den andre kommer ut av balanse.
- c) Hodedunk mot gjenstander, egen kropp eller andre personer.
- d) Slag eller klyping av andre personer.
- e) Slag mot gjenstander.
- f) Lugging av andre personer.
- g) Tar briller som er på andre personer.
- h) Spark mot andre personer, egen kropp eller gjenstander, foten må være løftet fra underlaget.
- i) Kaster gjenstander eller slipper gjenstander (10 cm over flate). Mister han gjenstander er det ikke kriterium.
- j) Skyver eller feier ned gjenstander fra bord, stol eller skap (gjelder ikke uhell).
- k) Uhell i form av urinering i bukse eller andre steder enn på do – skal være en flekk som er lik eller større enn størrelsen på en tennisball, på størrelse med en 20-kroners mynt hvis han har tykke bukser på.

Hvis et av disse 11 kriterier inntreffer skal personalet i løpet av 10 sekunder iverksette tvangstiltak¹¹³.

I det andre eksemplet er kriteriene færre og ikke av like detaljert karakter:

Kriterier for bruk av tvang for å hindre utagerende atferd/uønsket atferd:

- a) Når hun er til fare for seg selv – fysisk skade på egen person.
- b) Når hun går til angrep på andre – fysisk skade på annen person.
- c) Ved materielle skader – materielle skader på egne eiendeler og materielle skader på andres eiendeler.
- d) Der uro smitter – krenkelse av andres integritet, for eksempel ved at andre beboere begynner med selvskading pga. hennes uro.

Formålet med tiltaket som følger med disse fire nevnte kriteriene er bl.a. å unngå at brukeren kommer opp i konkrete faresituasjoner, for eksempel at hun løper ut i veien foran biler, klatrer opp i høye trær, klatrer ut av vinduer, angriper små barn, åpner dører/vinduer på bil under fart, griser med avføring og urin osv.

¹¹³ Av anonymitetshensyn går ikke Handegård nærmere inn på hva selve tvangstiltaket/-tiltakene går ut på.

Trinn og detaljnivået

I begge eksemplene på hvordan prosedyre for tvangstiltak kan være utformet så vi at de innebar trinn, fra minst til mest inngripende tiltak. Dette er spesielt tydelig i frisørtiltaket, hvor de minst inngripende tiltakene som prøves ikke inneholder tvangsbruk. Kun hvis dette ikke fungerer går man over på tiltaket som innebærer bruk av tvang. Så går man tilbake og starter på nytt med avledning i form av blader og hårføner før man eventuelt må bruke tvang igjen hvis dette ikke fungerer. Slik forsøker man å bruke minst mulig tvang, i tråd med lovbestemmelsene. Også i begrunnelsen for tannpusstiltaket så vi at argumentet var at det var bedre å bruke litt tvang for å få til bedre tannhygiene, enn å måtte bruke mye tvang oftere for å få behandling hos tannlege pga. dårlig tannhygiene.

Detaljnivået, både i hvordan tiltakene og kriteriene som utløser tiltak er utformet, varierer, men er generelt høyt. Dette også for at det skal brukes minst mulig tvang og for å bedre rettssikkerheten. Et gitt vedtak om tvangstiltak gjelder bare når de gitte kriteriene utløses av den gitte brukeren, og kan bare møtes med de gitte tvangstiltakene av det personalet som er godkjent av Fylkesmannen. Om tvangstiltaket utføres annerledes enn beskrevet i prosedyren eller brukeren gjør noe som fører til at vilkårene for å bruke tvang er til stede, men annerledes enn i vedtaket, kan personalet møte det med tvangstiltak selv om dette ikke står i vedtaket, men da faller det innunder bokstav a i lovverket, og personalet må sende melding til Fylkesmannen i etterkant.

4.4.5 Oppsummering

Som bruk av tvang og makt etter helse- og omsorgstjenesteloven regnes tiltak som brukeren motsetter seg (subjektivt vilkår), eller som er så inngripende at de uansett motstand må regnes som tvang og makt (objektivt vilkår). Det må foretas en helhetsvurdering i hvert enkelt tilfelle. Nedverdiggende eller krenkende behandling er på ingen måte tillatt. Alminnelige oppfordringer eller ledelse med hånden regnes ikke som bruk av tvang og makt etter lovverket, såkalt hverdagstvang. Det er gitt særlige grenser for bruk av mekaniske tvangsmidler og skjerming, da disse tiltakene anses som svært inngripende. Atferdsendrende tiltak er ikke selvstendig vilkår for bruk av tvang, men bruk av tvang og makt i opplæring og trening tillates i visse tilfeller, for eksempel for å dekke brukerens grunnleggende behov. Atferdsendring kan være en bieffekt, men ikke formålet.

Maktbegrepet har vært kritisert, men er ment for å fange opp tilfeller hvor det ikke foreligger aktiv motstand, og dermed ikke tvang i grunnleggende forstand, og for å fange opp makten som ligger i relasjonen mellom tjenesteyter og bruker.

De vanligste tvangstiltakene er å begrense brukerens tilgang til mat, drikke, nytelsesmidler og eiendeler, å holde brukeren, låse dører eller vinduer, utgangs- eller sengealarm, tvangspeleie som tannpuss, vask, dusj, negl- og hårklipp, skjerming, nedlegging og bruk av remmer/seler/skinner.

Vedtak om bruk av tvang inneholder ofte detaljerte prosedyrer for hvordan tvangstiltakene skal gjennomføres, samt kriterier for hva som utløser bruken av tvangstiltaket. Når det gjelder utformingen av vedtaket skal dette settes opp skriftlig og inneholde punktene som er listet opp i § 9-7. Ofte består vedtaket av tiltak som gradvis blir mer inngripende hvis de mindre inngripende tiltakene ikke har ønsket effekt. Ved bruk av tvang i uforutsette nødsituasjoner skal det sendes inn skriftlig enkeltmelding om beslutningen i etterkant. Hva denne skal inneholde står også i § 9-7.

4.5 Annen tvangslovgivning

Helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 gjelder kun personer som har diagnosen psykisk utviklingshemning. Tvang og makt etter dette lovkapitlet kan bare brukes som et ledd i (kommunale) pleie- og omsorgstjenester for å hindre eller begrense at utviklingshemmede utsetter seg selv eller andre for vesentlig skade. Kapitlet gir ikke hjemmel for tvangsmedisinering, tvungen undersøkelse og behandling av somatiske og psykiske lidelser hos utviklingshemmede, og gjelder ikke bruk av tvang i skoleverket, i barnehager eller på arbeidsplasser (rundskrivnet, s. 34).

Annen tvangslovgivning kan i enkelte tilfeller bli aktuelt for utviklingshemmede, spesielt tvangshjemlene i pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4A og psykisk helsevernloven. I lovforslaget til den nye helse- og omsorgstjenesteloven nevnes som sagt mange steder spørsmålet om det er hensiktsmessig å samle reglene om bruk av tvang i sosial- og helse-tjenesten i en felles tvangslov, slik Bernt-utvalget foreslo¹¹⁴. Uavhengig av om de bør samles i

¹¹⁴ Bernt-utvalget hadde som mandat å utrede og foreslå tiltak for bedre harmonisering av de kommunale helse- og sosialtjenestene. Utvalget anbefalte å erstatte kommunehelsetjenesteloven og sosialtjenesteloven med én felles harmonisert kommunal sosial- og helsetjenestelov. Dette skulle gjøre regelverket lettere å bruke for både tjenestemottakere og tjenesteytere. Det var også en viktig målsetting å hindre ulikheter i regelverket ettersom dette vanskeliggjør samordning av, og samhandling mellom, de ulike tjenestene (Prop. 91 L (2010-2011), s. 31). Bernt-utvalget leverte sin innstilling i NOU 2004:18 *Helhet og plan i sosial- og helsetjenestene*.

en egen lov er Helse- og omsorgsdepartementets oppfatning at målet på lengre sikt er å oppnå en samordning av de forskjellige tvangsreglene (Prop. 91 L (2010-2011), s. 418). For å plassere lovkapitlet som hjemler bruk av tvang overfor utviklingshemmede i forhold til andre tvangshjemler i velferdsretten, både som kan være aktuelt for utviklingshemmede og ikke, vil jeg nedenfor gå gjennom disse.

Jeg vil først ta for meg det generelle forbudet mot bruk av tvang i straffeloven (§ 222), samt unntakene i nødretts- og nødvergeparagrafene og den såkalte omsorgsplikten¹¹⁵. Så vil jeg gå gjennom pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4A og psykisk helsevernloven, før jeg kort nevner lovgivningen som hjemler tvangstiltak overfor rusmiddelavhengige og tvangshjemlene i barnevernloven¹¹⁶.

4.5.1 Generelt forbud mot tvang – og unntak

Straffeloven § 222¹¹⁷ stiller opp et allment forbud mot tvang (Østenstad 2000, s. 36). Personlig integritet og selvbestemmelsesrett er grunnleggende forutsetninger for menneskets frihet og anerkjennes i utgangspunktet for alle mennesker (Syse 2012, s. 279). Dersom inngrep gjøres mot noens vilje eller klare motstand vil tvangsbruken rammes av gjerningsbeskrivelsen i straffeloven § 222, som forbyr å tvinge andre til å gjøre, tåle eller unnlate noe. I lovteksten er det her også tatt inn et rettsstridsforbehold, ved at det bare er den som "ved rettsstridig atferd eller ved å true med sådan" som kan straffes¹¹⁸. Tvangshjemler, som de som er nevnt over, gjør ellers straffbare handlinger rettmessige dersom inngrepene er innenfor lovens rammer og man har fulgt riktig framgangsmåte (Kjønstad og Syse 2012, s. 474). Slike tvangs-

Som en oppfølging av denne utredningen, samt andre utredninger, foreslo departementet den nye helse- og omsorgstjenesteloven i Prop. 91 L (2010-2011). Men uten noen harmonisering av tvangsreglene. I lovforslaget nevnes foruten pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4A og psykisk helsevernloven, helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 10 (tvang overfor rusmiddelavhengige). Det er også tvangshjemler i barnevernloven.

¹¹⁵ Det er her straffeloven av 1902 det refereres til. Det er vedtatt ny straffelov (2005), men denne er ikke trådt i kraft ennå. Jeg henviser til de tilsvarende paragrafene i den nye straffeloven i fotnoter.

¹¹⁶ I tillegg er det tvangsbestemmelser i smittevernloven, men disse benyttes svært sjelden og over kortere tidsrom (Kjønstad og Syse 2012, s. 484-485). Jeg kommer derfor ikke til å gå videre inn på dem.

¹¹⁷ Straffeloven 2005 §§ 251-252.

¹¹⁸ I straffeloven er det også et generelt forbud mot frihetsberøvelse i § 223 (straffeloven 2005 §§ 254-256), samt at vi har et allment strafferettslig vern mot legemsfornærmelser i straffeloven §§ 228 og 229 (straffeloven 2005 §§ 271-274).

hjemler representerer objektive straffrihetsgrunner¹¹⁹ (Østenstad 2011, s. 281). På juridisk fagspråk kalles dette *lex specialis*-prinsippet – særlovgivning går foran generell lovgivning¹²⁰.

Det følger av legalitetsprinsippet at offentlige myndigheter ikke kan gripe inn i borgernes rettsstilling uten å ha hjemmel for det i lov (Andenæs 2002, s. 100). For integritets-krenkende tiltak stilles krav om en klar og utvetydig lovhjemmel (Kjønstad og Syse 2012, s. 482). Tvangstiltak vil alltid utgjøre et inngrep i den enkeltes selvbestemmelsesrett og integritet. Reglene blir forsøkt utformet slik at nødvendige inngrep gjøres så lite integritets-krenkende som mulig (s. 477).

Nødrett og nødverge (strl. § 47 og § 48)

Nødrett (§ 47)¹²¹ og nødverge (§ 48)¹²² er straffrihetsbestemmelser i straffeloven som gjør at handlinger som er i strid med gjerningsbeskrivelsen i straffelovens bestemmelser om for eksempel legemsfornærmelse (§ 228) og tvang (§ 222) vil kunne vurderes som straffrie dersom – litt enkelt sagt – den aktuelle bruken av tvang eller makt etter en helhetsvurdering ikke finnes å ha vært utilbørlig (Kjønstad og Syse 2012, s. 485).

En nødvergehandling er en ellers straffbar handling rettet mot en angriper til *avvergelse* av eller forsvar mot et ulovlig angrep. Man har lov til å forsvare seg mot overfall. Nødverge omfatter både angrep mot en selv og angrep mot andre. Forsvarshandlingen kan ikke gå lenger enn det som er nødvendig for å avverge angrepet, og det må være en viss forholdsmessighet mellom angrepet og forsvaret¹²³ (Slettan og Øie 2008, s. 89-93).

Nødrett er retten til å begå lovbrudd for å berge seg selv eller andre ut av en nøds-situasjon på bekostning av en annens rett. For eksempel kan ikke en skiløper som bryter seg inn i en hytte på fjellet for å redde livet under en snøstorm straffes for innbrudd¹²⁴. Rednings-handlingen går ut over en uskyldig tredjepart, men det mindre verdifulle må vike for det mer verdifulle. Nødssituasjon vil si at det foreligger en fare, som ikke kan stanses på annen måte, og det må være en særdeles betydelig interesseovervekt i favør av redningshandlingen for at den skal være lovlig (s. 94-97).

¹¹⁹ Straffrihetsgrunner utvider handlefriheten i ekstraordinære situasjoner og gjør en ellers straffbar handling lovlig, eller i hvert fall straffri. Nødrett og nødverge er de eneste generelle lovfestede straffrihetsgrunner vi har (Slettan og Øie 2008, s. 88).

¹²⁰ Spesielle normer går foran generelle normer: de er mer spesielle enn hovedregelen, altså mer gjennomtenkte og dekkende for akkurat det tilfellet (Boe 2010, s. 45 og 66-69).

¹²¹ Straffeloven 2005 § 17.

¹²² Straffeloven 2005 § 18.

¹²³ Forsvarshandlingen må ikke være "ubetinget utilbørlig" (Slettan og Øie 2008, s. 93).

¹²⁴ Selv om innbrudd er straffbart etter straffeloven § 147.

I den grad man hadde lovhjemling for den tvangen som fant sted under HVPU var denne i nødretts- og nødvergeparagrafene, samt i en forskrift til sykehusloven¹²⁵.

Omsorgsplikt

Et annet mulig hjemmelsgrunnlag for bruk av tvang i situasjoner der det kan oppstå fare for skade eller uakseptable konsekvenser er ifølge Kjørstad og Syse "omsorgsplikten" (2012, s. 485). Det er høyst uklart hvor inngripende handlinger som kan utføres med hjemmel i denne plikten som bare er gitt rettslig form i straffebelagte unnlattelsesdelikter¹²⁶, for eksempel bestemmelsen i straffeloven § 242¹²⁷ som retter straffetrussel mot den "som rettstridig forlader i hjelpeløs Tilstand nogen, som staar under hans Varetægt, eller som han pligter at (...) drage Omsorg for". I velferdsretten er spørsmålet om en slik omsorgsplikt kan hjemle integritets-krenkende tiltak når disse iverksettes til beste for den omsorgstrengende klient eller pasient (s. 485). Legalitetsprinsippets krav til tydelig lovhjemmel tyder kanskje på at dette i beste fall er uklart.

4.5.2 Pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4A

Noen utviklingshemmede kan som nevnt komme ut for pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4A, da helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 ikke åpner for bruk av tvang for å gjennomføre *medisinsk undersøkelse og behandling* (rundskrivet, s. 14). For utviklingshemmede vil det oftest være i forbindelse med tannlege- og sykehusbesøk dette er aktuelt.

Pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4A åpner for å bruke tvang for å yte helsehjelp til personer over 16 år som mangler samtykkekompetanse og motsetter seg helsehjelpen¹²⁸. Alle myndige personer og mindreårige etter fylte 16 år har i utgangspunktet samtykkekompetanse, men denne kan bortfalle dersom pasienten på grunn av fysiske eller psykiske forstyrrelser,

¹²⁵ Dog gikk nok mye av den tvangen som ble utøvd langt utover det man selv med en svært bred tolkning av disse bestemmelsene kunne finne hjemmel for.

¹²⁶ Delikt kommer av *delictum*, som er latin og betyr forbrytelse eller rettskrenkelse (Slettan og Øie 2008, s. 21). Unnlattelse er det samme som passivitet, altså å la være å gjøre noe (s. 74). Noen straffebud retter seg mot unnlattelsen av å foreta en handling. Der hvor loven uttrykkelig retter seg mot en unnlattelse snakker man om ekte unnlattelsesdelikter. Hvis en unnlattelse rammes av et straffebud som primært retter seg mot aktive handlinger, snakker man gjerne om uekte unnlattelsesdelikter (Andenæs 2004, s. 137).

¹²⁷ Straffeloven 2005 § 288.

¹²⁸ § 4A-2 første ledd.

senil demens eller psykisk utviklingshemming åpenbart ikke er i stand til å forstå hva samtykket omfatter¹²⁹.

Reglene i kapittel 4A er gitt for å sikre personer rett til nødvendig somatisk behandling selv om de ikke forstår at slik behandling er til deres eget beste (Kjønstad og Syse 2012, s. 484). Det gis adgang til å gi helsehjelp som pasienten motsetter seg dersom en unnlattelse av å gi helsehjelp kan føre til vesentlig helseskade for pasienten, helsehjelpen anses nødvendig, og tiltakene står i forhold til behovet for helsehjelpen. Det skal være forsøkt tillitsskapende tiltak først, med mindre det er åpenbart formålsløst å prøve dette. Det understrekes videre at slik helsehjelp bare kan gis der det etter en helhetsvurdering framtrer som den klart beste løsningen for pasienten. Vedtak om slik helsehjelp treffes av det helsepersonellet som er ansvarlig for helsehjelpen¹³⁰. I "øyeblikkelig hjelp"-situasjoner skal helsepersonell straks gi den helsehjelp de evner når det må antas at hjelpen er påtrengende nødvendig, også selv om pasienten ikke er i stand til å samtykke eller motsetter seg helsehjelpen¹³¹.

4.5.3 Psykisk helsevernloven

Pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4A gjelder ikke undersøkelse og behandling av *psykisk lidelse* uten eget samtykke¹³². Dette kan bare skje med hjemmel i psykisk helsevernloven kapittel 3¹³³, som regulerer etablering av tvungent psykisk helsevern. Sentrale bestemmelser om gjennomføringen av vernet står i kapittel 4¹³⁴.

Vilkårene for tvungent psykisk helsevern står i § 3-3¹³⁵. Hovedvilkåret er at pasienten har en alvorlig sinnslidelse¹³⁶, hvilket i utgangspunktet betyr aktiv psykose¹³⁷. I tillegg kreves

¹²⁹ § 4A-3 første og andre ledd.

¹³⁰ § 4A-5

¹³¹ Helsepersonelloven § 7

¹³² § 4A-2 andre ledd.

¹³³ Dette er understreket i pasient- og brukerrettighetsloven § 4-3 femte ledd

¹³⁴ Disse gjelder både pasienter underlagt frivillig og tvungent psykisk helsevern, men enkelte av bestemmelsene kan bare gjøres gjeldende overfor tvangsinnlagte pasienter (Syse 2007, s. 23).

¹³⁵ Forutgående legeundersøkelse etter § 3-1 og eventuelt tvungen observasjon etter § 3-2 er også vilkår.

¹³⁶ § 3-3 punkt 3.

¹³⁷ "Alvorlig sinnslidelse" er en juridisk term som ikke motsvares av noen medisinsk diagnose. Noe enkelt sagt dekker begrepet klare og aktive psykoser, samt visse svært manifesterede avvikstilstander av ikke-psykotisk karakter der funksjonssvikten er like stor som den man ser ved psykoser. I tillegg innbefattes personer med kronisk psykosesykdom, også i symptomfrie perioder, når symptomfriheten settes i sammenheng med anti-psykotisk medikasjon (Syse 2007, s. 79).

oppfyllelsen av ett eller begge tilleggsvilkårene, det såkalte behandlingskriteriet og farekriteriet¹³⁸.

I tillegg til at hovedvilkåret (alvorlig sinnslidelse) og ett eller begge av tilleggsvilkårene (behandlingskriteriet og farekriteriet) er oppfylt, må frivillig psykisk helsevern være prøvd eller være åpenbart formålsløst, pasienten være undersøkt av to leger, institusjonen være faglig og materielt i stand til å tilby tilfredsstillende behandling og omsorg og pasienten skal ha hatt anledning til å uttale seg¹³⁹. Selv om disse vilkårene er oppfylt kan tvungent psykisk helsevern bare finne sted hvis det etter en helhetsvurdering framtrer som den klart beste løsningen for vedkommende, med mindre han/hun utgjør en nærliggende og alvorlig fare for andres liv og helse. Det skal legges særlig vekt på belastningen det tvangsmessige inngrepet vil medføre for pasienten¹⁴⁰. Den faglig ansvarlige¹⁴¹ treffer vedtak om tvungent psykisk helsevern og sender underretning til kontrollkommissjonen, som skal forvise seg om at riktig framgangsmåte er fulgt og vilkårene oppfylt. Vedtaket kan påklages til kontrollkommissjonen innen 3 måneder etter at vernet er opphørt¹⁴². En pasient kan ikke overføres fra frivillig til tvungent psykisk helsevern (eller tvungen observasjon) mens det frivillige vernet pågår¹⁴³.

Pasient under tvungent psykisk helsevern kan uten eget samtykke undergis undersøkelse og behandling som klart er i overensstemmelse med faglig anerkjent psykiatrisk metode og forsvarlig klinisk praksis¹⁴⁴. Frivillighet skal alltid være prøvd først, med mindre dette er åpenbart formålsløst. Den faglig ansvarlige kan vedta innskrenkninger i kommunikasjon med omverdenen¹⁴⁵, undersøkelse av rom og eiendeler, og kroppsvisitasjon¹⁴⁶. Bruk av tvangsmidler er regulert i § 4-8. Restriksjoner og tvang i psykisk helsevern skal innskrenkes til det strengt nødvendige, og det skal så langt det er mulig tas hensyn til

¹³⁸ *Behandlingskriteriet* går ut på at tvungent psykisk helsevern er nødvendig for å hindre at pasienten på grunn av sinnslidelsen får sin utsikt til helbredelse eller vesentlig bedring i betydelig grad redusert, eller det er stor sannsynlighet for at vedkommende i meget nær framtid får sin tilstand vesentlig forverret (§ 3-3 punkt 3 a). *Farekriteriet* går ut på at pasienten på grunn av sinnslidelsen utgjør en nærliggende og alvorlig fare for eget eller andres liv eller helse (§ 3-3 punkt 3 b). Farekriteriet består egentlig av to separate og uavhengige vilkår med ulik begrunnelse – samfunnsvern og vern av pasienten selv (Syse 2007, s. 81).

¹³⁹ § 3-3 punkt 1, 2, 4 og 5.

¹⁴⁰ § 3-3 punkt 6.

¹⁴¹ Det er lege med relevant spesialistgodkjenning eller klinisk psykolog med relevant praksis og videreutdanning som kan være faglig ansvarlig (Kjønstad 2007, s. 340).

¹⁴² § 3-3 siste ledd.

¹⁴³ § 3-4.

¹⁴⁴ § 4-4.

¹⁴⁵ § 4-5.

¹⁴⁶ § 4-6.

pasientens syn på slike tiltak. Det kan bare benyttes tiltak som gir en så gunstig virkning at den klart oppveier ulempene med tiltaket¹⁴⁷.

4.5.4 Tvangstiltak overfor rusmiddelavhengige (hotjl kapittel 10)

Helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 10 regulerer tvangstiltak overfor rusmiddelavhengige. Her åpnes det for institusjonsanbringelse og tilbakehold uten eget samtykke dersom noen utsetter sin fysiske eller psykiske helse i fare ved omfattende og vedvarende misbruk og andre hjelpetiltak ikke er tilstrekkelig¹⁴⁸. Det åpnes også for at gravide rusmiddelavhengige uten eget samtykke kan tas inn på institusjon og holdes tilbake der i hele svangerskapet dersom misbruket er av en slik art at det er overveiende sannsynlig at barnet vil bli født med skade og hjelpetiltak ikke er tilstrekkelig¹⁴⁹. En rusmiddelavhengig kan ved opphold i behandlingsinstitusjon samtykke i tilbakehold på institusjonen, hvilket kan skje i opp til tre uker etter at samtykket er trukket tilbake¹⁵⁰.

4.5.5 Tvangshjemler i barnevernloven

Barnevernets primære oppgave er etter barnevernloven å sikre at barn og unge som lever under forhold som kan skade deres helse og utvikling får nødvendig hjelp og omsorg i rett tid, og å bidra til at barn og unge får trygge oppvekstvilkår¹⁵¹. Kjørstad og Syse understreker at barneverntjenesten primært skal støtte opp om foreldrehjemmet med frivillige hjelpetiltak etter § 4-4, i tråd med det minste inngreps prinsipp (2012, s. 525). Hvis situasjonen ikke kan bedres tilstrekkelig ved bruk av hjelpetiltak kan omsorgen overdras til barnevernet¹⁵². Barn med atferdsvansker kan bli plassert i institusjon¹⁵³. Langt mer inngripende er å frata foreldreansvaret¹⁵⁴. Dersom dette skjer mot de biologiske foreldrenes vilje¹⁵⁵ omtales det som tvangsadopsjon (s. 532).

Omsorgsovertakelse og fratakelse av foreldreansvar er tvangsinngrep som iverksettes overfor foreldrene fordi det anses å være til beste for barnet. Ved institusjonsplassering av

¹⁴⁷ § 4-2.

¹⁴⁸ § 10-2.

¹⁴⁹ § 10-3.

¹⁵⁰ § 10-4.

¹⁵¹ § 1-1.

¹⁵² Etter nærmere bestemte vilkår i § 4-12.

¹⁵³ § 4-24.

¹⁵⁴ § 4-20.

¹⁵⁵ Fylkesnemnda for barnevern og sosiale saker kan etter § 4-20 andre ledd gi samtykke til adopsjon i foreldrenes sted dersom de fire kumulative vilkårene i tredje ledd finnes oppfylt.

barnet uten eget samtykke retter tvangen seg mot den mindreårige (Kjønstad og Syse 2012, s. 534). Et barn kan institusjonsplasseres uten eget samtykke dersom det har vist alvorlige atferdsvansker ved alvorlig eller gjentatt kriminalitet, vedvarende misbruk av rusmidler, eller på annen måte¹⁵⁶. I en faglig basert institusjonsvirksomhet overfor barn og ungdom kan det være nødvendig å bruke tvang og grensesetting i enkelte tilfeller. De nærmere grensene er trukket opp i forskrift¹⁵⁷. I 2012 ble det innført nye tvangsbestemmelser i barnevernloven for å kunne gripe inn med tvangsplassering som vern overfor barn som er utsatt for menneskehandel¹⁵⁸.

4.5.6 Avsluttende

Dette har ikke vært et forsøk på å gi noen uttømmende redegjørelse for tvangslovgivningen i velferdsretten, men jeg håper å ha gitt leseren en noe bredere forståelse av det juridiske landskapet helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 befinner seg innenfor. Dette kapitlet har handlet om lovgivning og gjeldende rett. Neste kapittel handler om lovgivningens intensjoner.

¹⁵⁶ § 4-24. Ekstremt kontaktløse barn og ungdommer, gatebarn og unge prostituerte faller inn under alternativet atferdsvansker "på annen måte" (Kjønstad og Syse 2012, s. 534).

¹⁵⁷ Forskrift 15. november 2011 nr. 1103 om rettigheter og bruk av tvang under opphold i barneverninstitusjon, gitt med hjemmel i barnevernloven § 5-9.

¹⁵⁸ §§ 4-29 og 4-30.

5 Intensjonene

I dette kapitlet vil jeg ta for meg intensjonene bak lovreguleringen av bruk av tvang og makt overfor utviklingshemmede. Noen av intensjonene er nedfelt i formålsparagrafen og i enkelte andre paragrafer i kapittel 9, andre bare i forarbeidene og rundskrivet. Jeg vil nå ta for meg hver enkelt intensjon. Det er helse- og omsorgstjenesteloven det henvises til i hele dette kapitlet. I kapittel 7 vil jeg drøfte i hvilken grad disse intensjonene er oppfylt, etter å ha presentert mitt empiriske materiale i kapittel 6.

For å komme fram til disse intensjonene tok jeg for meg selve lovteksten. Den danner hovedgrunnlaget for oppdelingen i seks intensjoner. Jeg hadde allerede lest mye før jeg gjorde denne analysen, og var nok farget av det jeg visste om prosessen som ledet fram til lovkapitlet og andre strømminger i feltet både før og etter at disse bestemmelsene trådte i kraft.

Det kan virke kunstig eller oppstilt å dele opp intensjonene slik jeg har gjort. Noen går over i hverandre. Men for å analysere og vurdere i hvilken grad lovens intensjoner er oppfylt finner jeg det nødvendig å få fram og konkretisere intensjonene først.

For en nærmere beskrivelse av gjeldende rett henviser jeg til punkt 4.3.

5.1 Hindre at utviklingshemmede skader seg selv eller andre

I formålsparagrafen (§ 9-1) står det i første ledd at formålet med reglene er "å hindre at personer med psykisk utviklingshemming utsetter seg selv eller andre for vesentlig skade". Dette understrekes videre i § 9-5 om vilkår for bruk av tvang og makt, "tvang og makt kan bare brukes for å *hindre eller begrense vesentlig skade*" (andre ledd, min kursivering). Dette er eneste gyldige inngrepskriterium¹⁵⁹. Her gjelder både hensynet til den utviklingshemmede selv (hindre selvskading), men også hensynet til andre rundt den utviklingshemmede (samfunnsvern, beskytte personalet og andre fra angrep)¹⁶⁰.

¹⁵⁹ De andre vilkårene må også være oppfylt for at et eventuelt tvangstiltak skal være lovlig.

¹⁶⁰ Det diskuteres i hvilken grad disse lovbestemmelsene kan brukes for å hindre utviklingshemmede i å begå straffbare handlinger (utover "skade andre"-kriteriet).

5.2 Forebygge og begrense bruk av tvang og makt

I formålsparagrafens (§ 9-1) første ledd står det også at formålet med reglene i kapittel 9 er å "forebygge og begrense bruk av tvang og makt". Dette understrekes med et krav til hver enkelt kommune i § 9-4: "Kommunen plikter å sørge for at forholdene legges til rette for minst mulig bruk av tvang og makt". Kravet om at andre løsninger skal være prøvd før tvangstiltak settes i verk (§ 9-5 første ledd) må også ses i lys av denne intensjonen, det samme må forholdsmessighetskravet (andre ledd). Til slutt i samme ledd begrenses anvendelsesområdet: "Tvang og makt kan bare brukes for å hindre eller begrense vesentlig skade" (§ 9-5 andre ledd), og bare som et ledd i yting av kommunale pleie- og omsorgstjenester (§ 9-2)¹⁶¹. Den relativt sterke kontrollen og omfattende saksbehandlingen reglene oppstiller skal også forebygge og begrense tvangsbruken. Dette har jeg skilt ut som en egen intensjon under fellesbetegnelsen rettssikkerhet.

5.3 Rettssikkerhet – klar lovhjemling, omfattende saksbehandling og bedre kontroll

Noe av kritikken mot institusjonsomsorgen var manglende rettssikkerhet for beboerne. Som et ledd i dette etterlystes en klar lovhjemling av bruk av tvang og makt, samt bedre kontroll med denne bruken. Fokuset på rettssikkerhet kommer fram i kapitteleverskriften¹⁶²: "Rettssikkerhet ved bruk av tvang og makt overfor enkelte personer med psykisk utviklingshemning". Det er tydelige vilkår for bruk av tvang og makt i § 9-5. I § 9-2 første ledd avgrenses reglenes virkeområde¹⁶³. Hva som skal regnes som bruk av tvang og makt kommer fram i denne paragrafens andre ledd (§ 9-2). Det listes opp noen særlige grenser for enkelte tiltak i § 9-6¹⁶⁴. Videre er saksbehandlingen utførlig beskrevet i § 9-7 (kommunens saksbehandling) og § 9-8 (Fylkesmannens overprøving). Den omfattende saksbehandlingen og Fylkesmannens automatiske overprøving blir ansett som viktige rettssikkerhetsgarantier¹⁶⁵. Ifølge rundskrivet er formålet

¹⁶¹ Denne intensjonen ble tidligere også understreket i overskriften (sosialtjenesteloven kapittel 6A): "Rettigheter for og *begrensning og kontroll med* bruk av tvang og makt m.v. overfor enkelte personer med psykisk utviklingshemning" (min kursivering).

¹⁶² Sosialtjenesteloven kapittel 4A/helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9.

¹⁶³ Tvang og makt kan bare brukes som et ledd i tjenesteyting etter helse- og omsorgstjenesteloven § 3-2 nr. 6 bokstavene a til d til personer med utviklingshemning.

¹⁶⁴ Se nærmere om tvangsdefinisjonen i punkt 4.4.

¹⁶⁵ En rettssikkerhetsgaranti er et rettslig virkemiddel som tilsikter å realisere rettssikkerhetskravene (NOU 1991:20, s. 14).

med saksbehandlingsreglene å sikre at de øvrige reglene blir fulgt (s. 63)¹⁶⁶. Fylkesmannen skal overprøve alle sidene av saken, og skal også føre tilsyn, både med lovligheten av kommunens plikter i henhold til loven og stedlig tilsyn i forbindelse med planlagte tvangstiltak (§ 12-3¹⁶⁷). Dette skal sikre bedre kontroll med tjenestene. I tillegg er klageadgangen beskrevet i §§ 9-11 og 9-12.

5.4 Sikre utviklingshemmedes integritet og selvbestemmelsesrett

I formålsparagrafen (§ 9-1) står det at tjenestetilbudet "skal tilrettelegges med respekt for den enkeltes fysiske og psykiske integritet, og så langt som mulig i overensstemmelse med brukerens selvbestemmelsesrett" (andre ledd), og at ingen "skal behandles på en nedverdiggende eller krenkende måte" (tredje ledd). Dette understrekes av § 9-3 første ledd, hvor det står at tjenestetilbudet "så langt som mulig [skal] tilrettelegges og gjennomføres i samarbeid med brukeren". Denne intensjonen må ses i sammenheng med ansvarsreformens målsettinger. I Røkke-utvalgets mandat står det at det sentrale mål for omsorgen må være tjenestemottakers livskvalitet. "Hensyn til menneskeverd, autonomi og grunnleggende rettigheter understrekes" (NOU 1991:20, s. 9-11)¹⁶⁸.

5.5 Holdningsendring

For å sikre utviklingshemmedes integritet og selvbestemmelsesrett er tjenesteytneres holdninger viktige (rundskrivet, s. 13). Denne intensjonen henger også nært sammen med intensjonen om å forebygge og begrense bruk av tvang og makt. Med innføringen av lov-reglene ønsket man å få tvangsbruken ned på et minimum, slik at det bare brukes tvang i de tilfeller hvor det er absolutt nødvendig. Kravet om at andre løsninger skal være prøvd først, samt kravet om forholdsmessighet, tvinger tjenesteyterne til å reflektere over det de gjør. Lov-

¹⁶⁶ Når ikke annet er spesifisert refererer jeg til gjeldende rundskriv, som er IS-10/2004. Dette ble skrevet for sosialtjenesteloven kapittel 4A, men gjelder også helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 inntil nytt rundskriv (som er under utarbeidelse) er klart. Som nevnt var det ikke intendert noen realitetsendring i gjeldende rett ved denne regelflyttingen.

¹⁶⁷ Tilsynsplikten står ikke i samme kapittel som resten av reglene knyttet til bruk av tvang og makt, men i kapittel 12 ("Forskjellige bestemmelser"), og paragrafen regulerer Fylkesmannens tilsynsplikter generelt etter loven, ikke bare i tilknytning til kapittel 9.

¹⁶⁸ Dette henger sammen med det som kom fram om nedverdiggende behandling og overgrep under HVPU-perioden

verket skulle bidra til bevisstgjøring og refleksjon rundt bruk av tvang og makt, og lovfester at tiltak skal vurderes kontinuerlig og avbrytes straks hvis det har utilsiktede konsekvenser.

5.6 Faglighet

Blant vilkårene i § 9-5 står det at "tvang og makt kan bare brukes når det er faglig og etisk forsvarlig" (andre ledd). For å sikre et forsvarlig og godt tjenestetilbud er viktigheten av faglig kvalifisert personell utdypet i § 9-9. "Brukeren (...) har rett til kvalifisert personale" ved gjennomføringen av planlagte tvangstiltak, og det skal "være to tjenesteytere til stede dersom dette ikke er til ugunst for brukeren" (andre ledd). Det er ikke mulig å gi regler om kvalifisert personale ved akutte tvangstiltak som oppstår som en følge av en uforutsett nødssituasjon, da må beslutningen om bruk av tvang tas av tjenesteyterne der og da¹⁶⁹. Reglene om kvalifisert personale i kapittel 9 gjelder derfor i de tilfeller man har vedtak om tvangstiltak i gitte situasjoner. Utdanningskravet står spesifisert i § 9-9 tredje ledd, og er ulikt for planlagte skadeavvergende tiltak i gjentatte nødssituasjoner (bokstav b) og tiltak for å dekke grunnleggende behov (bokstav c). Noen har stilt spørsmål ved denne delingen. Siste setning i dette leddet gir Fylkesmannen myndighet til å gi unntak for utdanningskravet i "særlige tilfeller". For å sikre faglighet ved utformingen av tiltakene slår § 9-7 andre ledd siste setning fast at "spesialisthelsetjenesten skal bistå ved utformingen av tiltakene".

5.7 Oppsummerende om intensjonene

Jeg har i dette kapitlet identifisert seks hovedintensjoner, med noen underpunkter:

1. Hindre vesentlig skade
2. Forebygge og begrense bruk av tvang
 - Legge forholdene til rette
 - Andre løsninger må prøves først
 - Forholdsmessighetskravet
 - Begrenset anvendelsesområde (vesentlig skade/ledd i tjenesteyting)
3. Rettssikkerhet
 - Klar lovhjemling
 - Tydelige vilkår

¹⁶⁹ Man kan alltid argumentere for at alle tjenesteytere burde være kvalifiserte med riktig utdanning, men det er vanskelig å stille krav i slike situasjoner.

- Begrenset anvendelsesområde
 - Omfattende saksbehandling (med automatisk overprøving hos Fylkesmannen)
 - Tilsyn og kontroll
 - Klageadgang
4. Integritet og selvbestemmelse
- Tjenestetilbudet skal tilrettelegges i samarbeid med den det gjelder
 - Ikke nedverdiggende eller krenkende behandling
5. Holdningsendring
- Forebygge og begrense bruk av tvang og makt
 - Integritet og selvbestemmelse
 - Bevisstgjøring og refleksjon
6. Faglighet
- Kravet om faglig og etisk forsvarlighet
 - Utdanningskravet
 - Bistand fra spesialisthelsetjenesten

Ikke alle intensjonene er like enkle for meg å vurdere. Dette gjelder spesielt hvorvidt kapittel 9 bidrar til å hindre at utviklingshemmede skader seg selv eller andre (1). Denne intensjonen kan nærmest anses som en legitimering for at det i det hele tatt åpnes for bruk av tvang. De andre intensjonene, om kapittel 9 bidrar til å forebygge og begrense bruken av tvang og makt overfor utviklingshemmede (2), om det øker deres rettsikkerhet, spesielt ved klar lovhjemling, omfattende saksbehandling og bedre kontroll (3), samt om det bidrar til å sikre utviklingshemmedes integritet og selvbestemmelse (4), herunder at behandlingen ikke er nedverdiggende eller krenkende, holdningsendring (5) og økt faglighet (6), vil jeg forsøke å diskutere i det følgende. Men først vil jeg i neste kapittel presentere materialet som danner grunnlag for analysen¹⁷⁰.

¹⁷⁰ Se nærmere redegjørelse for begrensninger ved materialet i punkt 2.5.

6 Lovens møte med virkeligheten

Jeg vil i dette kapitlet ta for meg hvordan dette lovverket har slått ned i praksis, basert på rapportene og doktorgradsavhandlingene (som presentert i kapittel 2). Først vil jeg gå gjennom tilsynserfaringene, den registrerte tvangen, og omfanget av kontroll i form av tilsyn fra Fylkesmannen. Så vil jeg ta for meg omfanget av dispensasjoner fra utdanningskravet, saksbehandlingen hos Fylkesmannen, omfanget av klagesaker, og evalueringer av lovverket. Til slutt vil jeg bruke doktorgradsavhandlingene for å si noe om hvordan lovverket ble mottatt i boligene, før jeg prøver å samle trådene og oppsummere hva dette materialet sier om lovens møte med virkeligheten¹⁷¹.

6.1 Tilsynserfaringer

Fylkesmannen skal føre tilsyn med lovligheten av kommunens oppfyllelse av plikter pålagt i helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9, samt stedlig tilsyn der det er fattet vedtak om bruk av tvang (§ 12-3). Helsetilsynet ga i 2005 ut en rapport med tilsynserfaringer for 2003-2004. Dette synliggjorde behovet for en grundigere gjennomgang i form av landsomfattende tilsyn, gjennomført i 2005 og 2006, med rapporter påfølgende år.

6.1.1 Litt om tilsyn som metode

Tilsyn er et redskap for nasjonale politiske myndigheter for å sikre at befolkningen får de tjenestene de skal ha, samtidig som det er et selvstendig og uavhengig virkemiddel for å sikre overholdelse av lovgivningen på områder der konsekvensene av svikt kan få stor betydning (Helsetilsynet 6/2005, s. 10). Det er grovt sett to måter å føre tilsyn på: systemrevisjon og stedlig tilsyn.

¹⁷¹ Rekkefølgen er valgt slik at man først skal få et overordnet bilde slik Helsetilsynet framstiller det (tilsynserfaringer), så omfanget av den registrerte tvangen, tilsyn og dispensasjoner fra utdanningskravet. Så følger data om saksbehandlingen hos Fylkesmannen, hvorpå omfanget av klagesaker er naturlig å følge på med. Deretter går jeg over i det mer kvalitativt pregede materialet, først i form av evalueringer som er mer overordnede, så doktorgradsavhandlingene som går mer i dybden. I oppsummeringen til slutt i kapitlet tar jeg det mer kronologisk slik at man lettere skal få et inntrykk av utviklingen. Jeg mangler utstrakt empiri fra de siste årene, men har ganske mye for de 9-10 første årene etter at disse lovreglene trådte i kraft. De har nå vært virksomme i litt over 15 år, jeg har altså mest materiale for de første to tredjedelene. Se tidslinje over materialet vedlagt bakerst i oppgaven for oversikt over hva som ble utgitt når (Vedlegg 4).

Systemrevisjon

Når tilsynsmyndighetene gjennomfører planlagt tilsyn med helse- og sosialtjenesten gjøres det vanligvis som systemrevisjon. Det er en systematisk undersøkelse for å fastslå om virksomhetens aktiviteter samsvarer med krav fastsatt i lov eller forskrift (Helsetilsynet 6/2005, s. 11). Kildene er interne dokumenter om styring og resultater, intervjuer med ledere og ansatte og stikkprøve med observasjon av faktiske forhold. Når tilsynsmyndigheter velger ut hvor det skal føres tilsyn er det basert på risiko- og sårbarhetsvurderinger. Utvalget av kommuner er altså ikke tilfeldig. Oppsummeringene gir derfor ikke noe representativt bilde av situasjonen. Systemrevisjoner brukes som metode for landsomfattende tilsyn, hvor oppmerksomheten rettes mot et nærmere bestemt område. Fylkesmennene bruker også denne metoden ved planlagte tilsyn de velger å gjennomføre ut fra kunnskap om lokale forhold, såkalte egeninitierte tilsyn.

Stedlig tilsyn

Stedlig tilsyn kom inn som begrep under høringsrunden til lovforslaget om nytt kapittel 4A, og skal sikre et godt og effektivt tilsyn med bruk av tvang og makt. Metode for stedlig tilsyn var imidlertid ikke beskrevet nærmere og tilsynene ble gjennomført på ulike måter. Stedlig tilsyn skal gjennomføres når det er fattet vedtak om tvangstiltak og skal kontrollere gjennomføringen av dette. Fylkesmennene må vurdere hvor ofte det er behov for å gjennomføre stedlige tilsyn med hvert enkelt tvangstiltak. Om Fylkesmannen finner det nødvendig kan det foretas stedlig tilsyn i forbindelse med meldinger.

Både form og innhold på det stedlige tilsynet og den skriftlige rapporten i etterkant var ifølge Helsetilsynet svært varierende, hvilket førte til at det var vanskelig å systematisere tilsynserfaringer fra disse rapportene (6/2005, s. 11). Noen stedlige tilsyn ble gjennomført tilnærmet som systemrevisjon, andre som møter med involverte aktører fra kommunen, spesialisthelsetjenesten og pårørende/hjelpeverge (s. 20)¹⁷².

¹⁷² I 2010 utga Helsetilsynet prosedyre for gjennomføring og rapportering av stedlig tilsyn med bruk av tvang og makt overfor utviklingshemmede for å sikre lik praksis (Internserien 14/2010). Fram til da fantes ingen slik.

6.1.2 Tilsynserfaringer 2003-2004

I 2003 og 2004 ble det gjennomført 116 tilsyn (systemrevisjoner) med kommunenes generelle ivaretagelse av hjelpetiltak etter det som da var sosialtjenesteloven § 4-2 bokstavene a til e¹⁷³. I 44 av tilsynene var oppmerksomheten rettet mot bruk av tvang og makt overfor utviklingshemmede og hvordan kommunene tilrettelegger for minst mulig tvangsbruk. I tillegg ble det gjennomført 229 stedlige tilsyn i 2003, og 147 i 2004.

Oppsummeringen (6/2005) viser at bruk av tvang og makt overfor utviklingshemmede i de fleste tilfeller er i tråd med vedtakene som er gjort og at det utføres mye forsvarlig faglig arbeid i tilknytning til den enkelte bruker. Men det rapporteres også om uhjemlet bruk av tvang og makt blant annet ved at brukere blir utsatt for tvang uten at det er fattet vedtak og at tidligere vedtak ikke er fornyet. Det er også kommuner som ikke sikrer at ansatte sender melding om skadeavvergende tiltak i nødssituasjon. Det er ofte utarbeidet rutiner, men disse er ikke kjent, og det mangler systematisk gjennomgang, evaluering og videresending til Fylkesmannen.

Helsetilsynets inntrykk var at det hadde skjedd en positiv utvikling i tjenestetilbudet til utviklingshemmede i mange kommuner. Det rapporteres at andre løsninger enn bruk av tvang og makt brukes i større grad, at systematisk arbeid med å forbygge tvangsbruk prioriteres og at tvang og makt brukes sjeldnere. Når det gjelder opplæring av ansatte er inntrykket fra rapportene mer variabelt. I noen kommuner fungerer opplæring, kompetanseutvikling og veiledning bra, mens andre har problemer med å tilby tilstrekkelig opplæring/veiledning. Mange kommuner søker om dispensasjon fra utdanningskravet. Det rapporteres om varierende og mangelfull kunnskap og forståelse av tvangsbegrepet og generelt om lovreglene.

Tilsynserfaringene viser at når det er fattet vedtak om bruk av tvang og makt skjer det ofte en positiv endring for bruker ved at tvangsbruk reduseres over tid. Det gir bedre forutsetninger for god kvalitet både for bruker og ansatte som yter tjenestene og viser at lovregulering av bruk av tvang og makt har hatt positiv effekt.

Helsetilsynet konstaterer at kommunenes praksis knyttet til brukere hvor det foreligger godkjente vedtak om bruk av tvang og makt ofte er i tråd med lovens krav, men at det synes å være grunn til bekymring for at tvang og makt brukes overfor enkelte brukere uten at dette følges opp slik lovverket forutsetter. Helsetilsynet ser det som uakseptabelt at kommuner ikke

¹⁷³ Hjemmebaserte tjenester som praktisk bistand og opplæring, avlastning, støttekontakt og omsorgslønn til utviklingshemmede og familier med funksjonshemmede barn. Tilsvarende lovhjemmel i helse- og omsorgstjenesteloven er § 3-2 punkt 6 bokstavene a til d og § 3-6.

oppfyller lovens krav til bruk av tvang og makt og advarer om at det kan føre til at den enkeltes rettssikkerhet ikke ivaretas. Dette følges opp med landsomfattende tilsyn.

6.1.3 Landsomfattende tilsyn i 2005 og 2006

Tilsynet i 2005 var i hovedsak rettet mot kommuner som hadde truffet vedtak om bruk av tvang og makt og/eller hvor det forelå meldinger om skadeavvergende tiltak i nødssituasjoner. Med andre ord kommuner som hadde rapportert inn bruk av tvang og makt etter lovverket. Det ble gjennomført tilsyn (systemrevisjon) i 53 kommuner.

Helsetilsynet konstaterte at når det var fattet vedtak om tvangstiltak i tråd med lovbestemmelsene ble disse gjennomført i samsvar med vedtakene (2/2006). Men samtidig avdekket tilsynet bruk av tvang og makt i strid med lovbestemmelsene i 41 av de 53 undersøkte kommunene.

Kommunene sikret ikke i tilstrekkelig grad systematisk arbeid med andre løsninger enn bruk av tvang og makt. Mange av kommunene manglet tilstrekkelig styring og kontroll med planlegging og organisering av tjenester som omfatter bruk av tvang og makt overfor utviklingshemmede. Det ble også påvist svikt i saksbehandlingsprosessen og formelle mangler ved vedtakene, uklare rapporterings- og kommunikasjonsrutiner, samt utfordringer for kommunene med å sikre tilstrekkelige bemanningsressurser.

Tilsynet i 2006 var en oppfølging av arbeidet fra 2005, nå særlig rettet mot kommuner. Fylkesmennene ikke hadde fått tilsendt meldinger eller vedtak fra og var bekymret for underrapportering av tvangs- og maktbruk. Det ble konstatert svikt/avvik i 44 av de 59 undersøkte kommunene (5/2007). Tvang og makt ble brukt uten at det forelå vedtak og kommunene manglet egenkontroll med oppfølging av meldinger når skadeavvergende tiltak i nøds-situasjon ble brukt.

Eksemplene på tvangsbruk var mange av de samme i 2005 og 2006: innstallering av inngrepene alarmsystemer, body/bakkneppet pysj, låsing av kjøkken/bad, begrensnig av tilgangen på mat og andre eiendeler og regelmessig og planlagt bruk av tvang uten at vedtak var fattet. Videre viste tilsynserfaringene at det ofte var utarbeidet rutiner for meldinger om bruk av tvang i skadeavvergende tiltak i nødssituasjoner, men at disse ikke ble fulgt i praksis. Kommunene gikk ikke gjennom meldingene med tanke på evaluering/forbedring av tjenestene.

Situasjonen var relativt lik i kommuner med og uten vedtak om bruk av tvang. Tilsynsfunnene viste at det i flere av kommunene var svikt når det gjaldt rapportering. Kommunene hadde store utfordringer når det gjaldt å unngå bruk av tvang og makt der det var mulig og å sikre forsvarlig håndtering når tvang og makt måtte benyttes. Tilsynene viste varierende og manglende kunnskap om og forståelse av tvangsbegrepet hos ansatte. For eksempel visste/forsto ikke ansatte når de brukte tvang, og rapporterte dermed ikke tvangsbruken videre.

Helsetilsynet ser det som uakseptabelt at mange av de undersøkte kommunene ikke oppfylte lovens krav til bruk av tvang og makt overfor utviklingshemmede, og var bekymret for at enkelte kommuner ikke i tilstrekkelig grad sikret at ansatte har nødvendig kunnskap og ferdigheter.

Når tilsynserfaringer oppsummeres er det viktig å understreke at tilsynsmyndighetene legger vekt på risiko- og sårbarhetsvurderinger ved valg av virksomheter det føres tilsyn med og tema for tilsyn. Kommuner og tjenester der tilsynsmyndighetene har grunn til å tro at kvaliteten er god og faren for svikt liten vil derfor i mindre grad bli undersøkt. Oppsummeringene gir dermed ikke noe representativt bilde på nasjonalt nivå, men synliggjør noen av de utfordringer kommunene har å jobbe med (6/2005, s. 25). Som vi har sett er det også mye positivt arbeid rundt bruk av tvang og makt ute i kommunene.

6.2 Registrert tvang – omfang

Helsetilsynet ga i 2008 ut en rapport med en gjennomgang av data hos fylkesmennene om bruk av tvang og makt overfor utviklingshemmede for perioden 2000-2007 (7/2008). Rapporten skulle bygd på alle kvantitative data på fylkesnivå om tvang og makt som fylkesmennene hadde registrert fra lovreglene trådte i kraft, men siden det var registrert få data fra 1999 er rapporten avgrenset til perioden 2000-2007¹⁷⁴. Rapporten inneholder ikke oppsummering fra kvalitative undersøkelser om tvangsbruk. Analysen av materialet går i hovedsak på utvikling over tid¹⁷⁵.

¹⁷⁴ Jeg har likevel under tatt med tall på vedtak og enkeltmeldinger fra 1999. Disse var opplyst i rapporten.

¹⁷⁵ Variasjoner mellom fylkene analyseres også, men det går jeg ikke inn på i denne oppgaven. Ufullstendig registrering, manglende retningslinjer for hvilke data som skal rapporteres og ulike rapporteringsrutiner er svakheter som svekker datakvaliteten og gjør det vanskelig å tolke materialet.

6.2.1 Midlertidige regler 1999-2003

Så lenge de midlertidige lovreglene i kapittel 6A i sosialtjenesteloven gjaldt (1999-2003), gikk tallet på meldinger om skadehindrende tiltak i nødssituasjoner (enkeltilfeller) gradvis ned (fra i overkant av 35.000 i 2000 til rundt 20.000 i 2003). Tallet på vedtak om planlagt tvangsbruk vokste (fra rundt 250 i 2000 til nesten 400 i 2003)¹⁷⁶. Dette var en ventet utvikling. Avgjørelser i enkeltilfeller ble til planlagte tiltak regulert i godkjente vedtak. Tallet på utviklingshemmede som var omfattet av enkeltmeldinger var relativt stabilt, rundt 900, mens antallet utviklingshemmede som var omfattet av vedtak vokste, fra rundt 200 til rundt 400¹⁷⁷. Også dette som ventet.

Tabell 3: Antall enkeltmeldinger og vedtak, samt personer som omfattes 1999-2003¹⁷⁸

	1999	2000	2001	2002	2003
Antall enkeltmeldinger	99108	35247	36466	21166	19697
Personer med meldinger	-	907	987	905	876
Meldinger per person (snitt)	-	39	37	23	22
Antall godkjente vedtak	95	247	346	377	429
Personer med vedtak	-	178	270	337	395
Totalt personer	-	1085	1257	1242	1271

Pga. noe ulik registreringspraksis er det vanskelig å sammenligne tallene. Nederst i tabellen har jeg summert antall personer med meldinger og antall personer med vedtak for å få et bilde på hvor mange personer som omfattes. Dette tallet er trolig noe lavere, da samme person kan ha både vedtak og enkeltmeldinger, men gir likevel et visst inntrykk av omfang og utvikling.

¹⁷⁶ I 1999 var det nesten 100.000 enkeltmeldinger, og 95 vedtak. Man må anta at dette for en stor del stammer fra at det tar tid å få på plass vedtak, og at enkeltmeldinger ble brukt mens man ventet på å få dette på plass.

¹⁷⁷ Samme person kan ha flere vedtak (da hvert tvangstiltak skal registreres som ett vedtak), men samme vedtak kan ikke omfatte mer enn én person. Registreringspraksisen ble senere endret, slik at ett vedtak kan inneholde flere tvangstiltak overfor samme person (fra 2009).

¹⁷⁸ Tallene om enkeltmeldinger (de tre øverste radene i tabellen) er hentet fra Tabell 1 på s. 16 i rapporten (Helsetilsynet 7/2008). Tallene om godkjente vedtak (rad fire og fem) er hentet fra tabell 5 på s. 24 i samme rapport. Summeringen av antall personer (nederste rad) er gjort av meg, på bakgrunn av antall personer med meldinger og personer med vedtak slik det fremgår i tabellen her. For 1999 er det bare registrert antall enkeltmeldinger og godkjente vedtak.

6.2.2 Permanente regler fra 2004

Da kapittel 4A ble innført i 2004, og lovreglene dermed gjort permanente, skjedde det en endring. Antallet registrerte enkeltmeldinger og antallet personer omfattet av enkeltmeldinger økte for hvert år (i stedet for å synke). Antall vedtak og personer omfattet av dette fortsatte å øke. Antallet enkeltmeldinger gikk fra nærmere 23.000 i 2004 til over 30.000 i 2007 og antallet vedtak økte fra rundt 650 i 2004 til rundt 1250 i 2007¹⁷⁹.

Tabell 4: Antall enkeltmeldinger og vedtak, samt personer som omfattes 2004-2007¹⁸⁰

	2004	2005	2006	2007
Antall enkeltmeldinger	22700	24337	27439	31533
Personer med meldinger	815	1065	1095	1148
Meldinger per person (snitt)	28	23	25	27
Antall godkjente vedtak	655	841	898	1268
Personer med vedtak	388	449	554	679
Totalt personer	1203	1514	1649	1827

Når det gjelder enkeltmeldinger var det en forventning om at mer kunnskap om personer med utfordrende atferd, mer kunnskap om andre løsninger og mer trening i å gjøre vedtak skulle føre til færre enkeltmeldinger overfor færre personer. Denne forventningen ble ikke innfridd. En forklaring kan være at mange av de registrerte enkeltmeldingene om skadehindrende tiltak i nødssituasjoner er tvang som har vært regulert i vedtak, men som på ny blir registrert som enkeltmelding i nødssituasjon fordi vedtaksperioden er gått ut uten at det er gitt ny godkjenning. Dermed fanger tallmaterialet opp en type tvangstiltak som ikke er skadehindrende tiltak i nye og uforutsette nødssituasjoner¹⁸¹.

For vedtakene var det en annen utvikling. I alle år lovreglene hadde eksistert vokste antallet tvangsvedtak og antallet utviklingshemmede som var omfattet av slike vedtak. Det var en ventet utvikling de første årene – fra enkeltmeldinger til vedtak. Man trodde at fagmiljøene på sikt ville finne fram til andre tiltak enn å bruke tvang. Men aldri har veksten vært

¹⁷⁹ Den store økningen fra 2004 til 2005 kommer sannsynligvis av delvis etterslep i saksbehandling i kommunene i forbindelse med det nye kapittel 4A (Tilsynsmelding 2005, s. 42).

¹⁸⁰ Tallene er hentet fra samme sted som tabellen med tall for 1999-2003, se note 178.

¹⁸¹ Helsetilsynet kommenterer i rapporten at mye taler for at disse tvangstiltakene bør registreres på særskilt måte, og ikke blandes sammen med skadehindrende tiltak overfor nye personer.

større enn fra 2006 til 2007 (de siste årene omfattet av rapporten), noe Helsetilsynet mener indikerer at taket er langt fra nådd.

6.2.3 Mer registrert tvang

Rapporten viser altså at fylkesmennene registrerer mer og mer tvang overfor flere og flere. Helsetilsynet kommenterer at det er en annen utvikling enn den Nordlandsforskning gjør greie for i sin evalueringsrapport, som jeg kommer tilbake til i punkt 6.7. Der blir det hevdet at tvangsbruken går ned. Kanskje er det tilfelle. For vekst i enkeltmeldinger og vedtak betyr ikke nødvendigvis mer bruk av tvang. Kanskje er det bare registreringen som bedre fanger opp den tvangen som uansett blir utøvd¹⁸², kanskje skjer det mindre tvang innenfor de innmeldte enkeltmeldingene og de godkjente vedtakene. Tvangsvedtakene kan være som trygghetsnett. De kan regulere tiltak som *kan* brukes for å stanse atferd, som å låse skap, bruke seler eller slå på alarmer. Men hvor ofte tiltakene blir brukt går ikke fram av statistikken. Man kan ha et vedtak om tvangstiltak som blir brukt flere ganger om dagen hver dag, eller som blir brukt en gang eller to i måneden i snitt. Men i statistikken teller det uansett som ett vedtak. Helsetilsynet kommenterer at spriket mellom det tallene forteller og det fagfolkene forteller tilsier at det er nødvendig å undersøke mer, både i hvor stort omfang tvang blir brukt, og hvilket innhold tvangen har, ikke bare hvor mange enkeltmeldinger og vedtak det er.

¹⁸² Jf. Høigård om kriminalstatistikken som en kontrollkurve: "Kriminalstatistikken gir et bilde av hva det strafferettslige reaksjonsapparatet beskjeftiger seg med", ikke et bilde av alle lovstridige handlinger som er begått (2007, s. 72).

6.2.4 Tall fra 2008 til i dag

For å få et oppdatert bilde på den registrerte tvangen har jeg innhentet tall fra Helsetilsynets årsrapporter¹⁸³.

Tabell 5: Antall enkeltmeldinger og vedtak, samt personer som omfattes 2008-2013

	2008	2009	2010	2011	2012	2013
Antall enkeltmeldinger	33805	20313	19569	24158	20791	24123
Personer med meldinger	1152	1089	1076	1059	1086	1103
Meldinger per person (snitt)	29	19	18	23	19	22
Antall godkjente vedtak	1369	886	902	983	992	1259
Personer med vedtak	696	788	835	935	906	1102
Totalt personer	1848	1877	1911	1994	1992	2205

Helsetilsynet opplyser i en fotnote at skillet mellom vedtak og tiltak er gjort tydeligere fra 2009 (ett vedtak kan omfatte flere tiltak) og at dette kan forklare reduksjonen i antall vedtak fra 2008 til 2009 (Årsrapport 2010, s. 19, fotnote 1). Fra 2009 stiger antall godkjente vedtak for hvert år, og ganske drastisk fra 2012 til 2013 (fra 992 til 1259, en stigning på 267 vedtak, eller 27 prosent¹⁸⁴). Antall personer med vedtak stiger også for hvert år (med unntak av 2012). Antall personer med meldinger holder seg relativt stabilt gjennom hele perioden. Antall enkeltmeldinger varierer noe, men ligger mellom 20.000 og 24.000. Antall meldinger i snitt per person ligger på rundt 20. Det totale antallet personer som omfattes ser ut til å stige¹⁸⁵.

¹⁸³ Helsetilsynet har innhentet disse dataene fra fylkesmennene, og kvalitetssikret innholdet i samarbeid med fylkesmennene. Praksis hos fylkesmennene er fortsatt noe ulik når det gjelder hva som registreres (Helsetilsynets årsrapport 2013, s. 34-35).

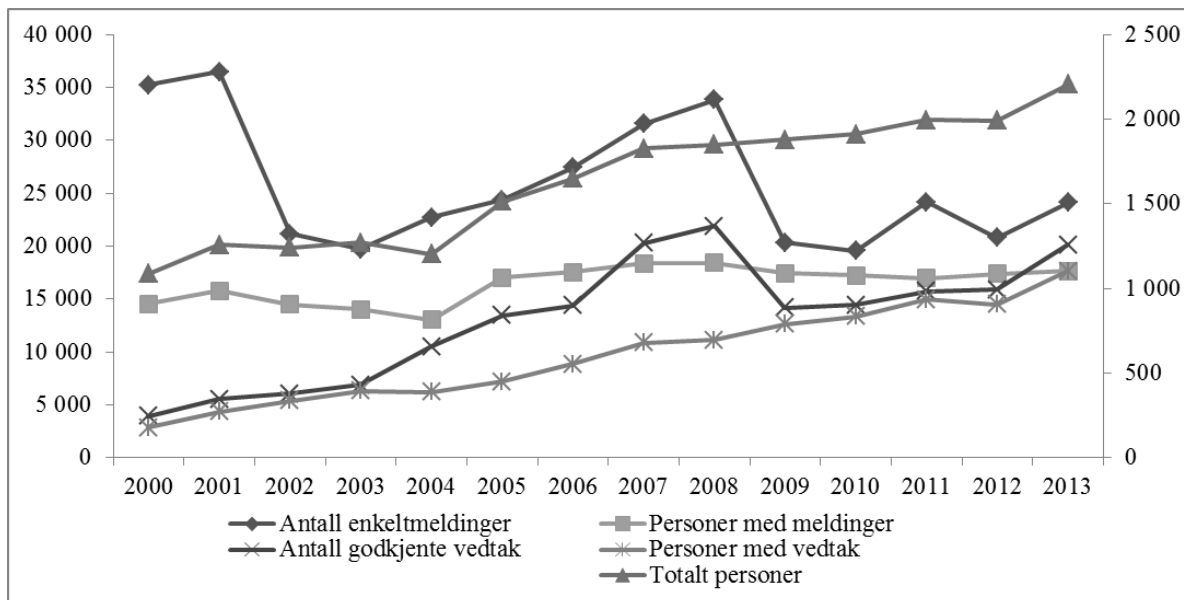
¹⁸⁴ Mot (i kronologisk rekkefølge) to, ni og én prosent stigning i årene før.

¹⁸⁵ Jeg minner om at nederste rad med totalt antall personer kun er en summering av antall personer med meldinger og antall personer med vedtak. Basert på dette tallmaterialet er det ikke mulig å finne ut hvor mange unike personer som er omfattet av meldinger og/eller vedtak, da det trolig er noe overlapp mellom disse to kategoriene. Personer med vedtak kan ha enkeltmeldinger på tiltak som har vært regulert i vedtak som ikke er fornyet, kan få vedtak på tiltak det er sendt inn en del enkeltmeldinger om tidligere i året, eller ha enkeltmeldinger på tiltak som ikke omfattes av vedtaket.

6.2.5 Samlet utvikling

For å få bedre oversikt over den samlede utviklingen i den registrerte tvangen har jeg laget et linjediagram med tallene for hele perioden lovbestemmelsene har vært i kraft¹⁸⁶.

Linjediagram: Antall enkeltmeldinger og vedtak, samt personer som omfattes 2000-2013



Tallene på venstre side gjelder enkeltmeldinger, mens tallene på høyre side gjelder alle de andre faktorene. Når det gjelder enkeltmeldinger varierer omfanget ganske mye. Det er en ganske stor nedgang fra 2001 til 2002, som fortsetter litt fram til 2004, før det stiger jevnt fram til 2008. Derfra synker det kraftig til 2009. Så varierer den noe, men vi kan ane en viss tendens til stigning. Antallet personer som omfattes av enkeltmeldinger er mye mer stabilt. Fra 2001 er det en svak nedgang fram til 2004, så en økning til 2005, hvorpå det ligger jevnt fram til 2008, en ørliten nedgang til 2009 og så ligger det svært jevnt. Vi ser at grafene varierer nærmest uavhengig av hverandre, noe som viser at antallet meldinger per person varierer en del.

Når det gjelder vedtak holder grafene seg relativt samlet de første årene, med noen flere vedtak enn antall personer og en jevn stigning. Fra 2004 stiger antall vedtak en god del mer enn antall personer, og spesielt fra 2006 til 2007 er det en kraftig økning. Fra 2009 samles de to grafene igjen etter en nedgang i antall vedtak, mens antall personer holder seg til den jevne stigningen. Så stiger de jevnt sammen igjen. Dette kan tyde på at registreringspraksisen

¹⁸⁶ Tallene er altså hentet fra tabellene i punkt 6.2.1, 6.2.2 og 6.2.4. 1999 er utelatt pga. manglende tallmateriale. Jeg har også utelatt meldinger per person i snitt. Fullstendig og samlet tabell for 1999-2013 er vedlagt bak i oppgaven (Vedlegg 5).

spiller inn. Konklusjonen må bli at det har vært en relativt jevn økning i antall vedtak og personer hele veien. Begge øker kraftig i 2013.

Totalt antall personer stiger litt i 2001, hvorpå tallet ligger stabilt fram til 2003, før en liten nedgang i 2004. Så øker det en del i 2005, fortsetter å stige fram til 2007, hvor stigninga avtar noe i styrke, men fortsetter jevnt fram til 2012, og en noe kraftigere økning i 2013.

6.3 Kontroll i form av tilsyn – omfang

Jeg har allerede vært inne på tilsyn i punkt 6.1, hvor jeg tok for meg tilsynserfaringer for 2003-2004 og landsomfattende tilsyn i 2005 og 2006. Her vil jeg kun ta for meg innrapporterte tall for omfanget av tilsyn for å kunne si noe om i hvilken grad denne kontrollmekanismen tas i bruk.

6.3.1 Tilsyn med de midlertidige reglene

I daværende sosialtjenesteloven § 7-9 sto det at Fylkesmannen skal føre tilsyn, blant annet med tiltak etter daværende kapittel 6A. I forskriften ble tilsynsplikten utdypet i § 5-4 om Fylkesmannens tilsynsansvar, § 5-5 om tilsynets oppgaver, og § 5-6 om gjennomføring av tilsyn. I § 5-6 første ledd står det at "for å utføre tilsynet kan fylkesmannen innkalle til møter/ ha samtaler med tjenesteyterne og administrativt personale i kommunen og fylkeskommunen, gjennomgå foreliggende skriftlig dokumentasjon, foreta befaringer og ha samtaler med tjenestemottakeren og vedkommendes verge/hjelpeverge og pårørende".

I tabellen under er fylkesmennenes innrapporterte tall for antall gjennomførte tilsyn med godkjente vedtak og tilsyn på eget initiativ for 2000-2003¹⁸⁷. Jeg har også tatt med antall godkjente vedtak¹⁸⁸ og regnet ut andelen av disse som fikk tilsyn.

¹⁸⁷ Tallene er hentet fra Helsetilsynets rapport 7/2008. Jeg har ikke funnet tilsynstall for 1999.

¹⁸⁸ Hentet fra tabellene i punkt 6.2.

Tabell 6: Antall gjennomførte tilsyn 2000-2003

	2000	2001	2002	2003
Tilsyn med vedtak	134	181	261	318
Antall vedtak	247	346	377	429
Prosent tilsyn med vedtak	54	52	69	74
Tilsyn eget initiativ	166	118	92	44

Som det fremgår av tabellen ble det ført tilsyn med ca. halvparten av de godkjente vedtakene i 2000 og 2001, og med ca. 70 prosent i 2002 og 2003. I absolutte tall stiger antall tilsyn med godkjente vedtak for hvert år, samtidig som vi ser at antall tilsyn fylkesmennene har foretatt på eget initiativ er jevnt synkende. Dette kan bero på at ressursene blir brukt på tilsynene med godkjente vedtak (som øker i absolutte tall for hvert år), eller at de mener det blir mindre behov for tilsyn på eget initiativ fordi det begynner å komme på plass vedtak og at boligene har inkorporert lovverket. Det skal nevnes at det i forskriften § 6-5 andre ledd står at det skal gjennomføres minimum ett tilsyn innenfor hver vedtaksperiode. Om dette skulle vært oppfylt ville prosentandelen vært 100 prosent alle årene. Man må anta at det her er snakk om et kapasitets- og ressurs spørsmål.

6.3.2 Stedlig tilsyn med de permanente reglene

Ved innføring av permanente regler i 2004 ble tilsynsbestemmelsene endret, og stedlig tilsyn kom inn som metode. I daværende sosialtjenesteloven kom tilsynsbestemmelsen inn i § 2-6 om Fylkesmannens tilsynsvirksomhet. Det fremgår at fylkesmennene skal føre tilsyn med kommunenes virksomhet etter daværende kapittel 4A, samt gjennomføre stedlig tilsyn når det er fattet vedtak om bruk av tvang. Tilsyn gjennomføres vanligvis som systemrevisjon (rundskrivet, s. 91). Stedlig tilsyn kom inn som et krav ved behandlingen av de permanente reglene. Det ble funnet nødvendig for å sikre et godt og effektivt tilsyn med bruk av tvang i pleie- og omsorgstjenestene for utviklingshemmede. Det skal føres stedlig tilsyn der det er fattet vedtak om tvangstiltak etter bokstav b og c, og Fylkesmannen kan også foreta stedlig tilsyn i forbindelse med meldinger om bruk av tvang i nødssituasjoner etter bokstav a dersom

det finnes nødvendig. Ved flytting av reglene til helse- og omsorgstjenesteloven ble tilsynsbestemmelsen flyttet til denne lovens § 12-3¹⁸⁹.

I tabellen under er en oversikt over antall stedlige tilsyn fylkesmennene har utført, samt en oversikt over antall vedtak og hvor mange prosent tilsyn i forhold til antall vedtak¹⁹⁰.

Tabell 7: Antall gjennomførte stedlige tilsyn 2004-2013

	Tilsyn	Vedtak	%
2004	148	655	23
2005	209	841	25
2006	244	898	27
2007	246	1268	19
2008	274	1369	20
2009	246	886	28
2010	229	902	25
2011	222	983	23
2012	173	992	17
2013	206	1259	16

De aller fleste stedlige tilsynene er ifølge tilsynsmeldingene med steder hvor Fylkesmannen har overprøvd og godkjent vedtak, mens noen også er tilsyn uten at det foreligger vedtak. Andelen tilsyn i forhold til antall vedtak ligger mellom 20 og 30 prosent, men vi ser en nedgang for hvert år fra 2009. I absolutte tall ser vi en stigning fram til 2008 (i takt med antall vedtak), men så en nedgang fram til 2012 (uten at det samme skjer med antall vedtak). Jeg har ikke sett noen begrunnelse for dette. Andelen vedtak som får tilsyn synker også i denne perioden. I 2013 foretas noen flere stedlige tilsyn, men antallet vedtak har en markant økning, hvilket fører til at andelen vedtak som får tilsyn synker noe.

6.4 Dispensasjoner fra utdanningskravet

Ved vedtak om tvangstiltak skal det, med mindre det er til ugunst for brukeren, være to tjenesteytere til stede. Den ene av disse skal minst ha bestått utdanning i helse-, sosial- eller

¹⁸⁹ Ingen endring av gjeldende rett ved denne flyttinga, se punkt 4.3.18.

¹⁹⁰ Tallene på stedlige tilsyn er hentet fra Helsetilsynets årlige tilsynsmelding, tallene på vedtak er hentet fra punkt 6.2. Jeg har ikke funnet tall på gjennomførte systemrevisjoner, men se punkt 6.1 om tilsynserfaringer.

pedagogiske fag på høyskolenivå når tiltak etter bokstav b gjennomføres, eller minst ha bestått avsluttende eksamen i studieretning for helse- og sosialfag i videregående opplæring når tiltak etter bokstav c gjennomføres (§ 9-9 tredje ledd)¹⁹¹. Fylkesmannen kan "i særlige tilfeller" gi dispensasjon fra utdanningskravet (siste setning).

I tabellen under er årlige tall for antall innvilgede disposisjoner fra utdanningskravet (disp)¹⁹², antall godkjente og overprøvde vedtak samme år¹⁹³, og hvor mange prosent av vedtakene som da har dispensasjon fra utdanningskravet.

Tabell 8: Antall innvilgede dispensasjoner fra utdanningskravet 1999-2013

	Disp	Vedtak	%	Avslåtte
1999	19	95	20	
2000	119	247	48	
2001	152	346	44	
2002	266	377	71	
2003	270	429	63	
2004	319	655	49	
2005	477	841	57	
2006	486	898	54	
2007	602	1268	47	18
2008	601	1369	44	
2009	872	886	98	
2010	773	902	86	17
2011	829	983	84	29
2012	739	992	74	
2013	973	1259	77	

Av tabellen fremgår det at andelen godkjente vedtak med innvilgede dispensasjoner fra utdanningskravet varierer fra rundt halvparten av alle godkjente vedtak til nesten alle¹⁹⁴. Etter

¹⁹¹ Bokstav b: skadeavvergende tiltak i gjentatte nødssituasjoner (§ 9-5 (3) (b)). Bokstav c: Tiltak for å dekke grunnleggende behov (§9-5 (3) (c)). Se mer om retten til kvalifisert personale under punkt 4.3.14 og 4.3.15.

¹⁹² Tallet på dispensasjoner gjelder antall vedtak der det er søkt om dispensasjon. Tall 1999-2003 er hentet fra Helsetilsynets rapport 7/2008, mens tall 2004-2013 er hentet fra Helsetilsynets årlige tilsynsmeldinger (endrede rapporteringsrutiner gjør at det ikke er tall for dette i tilsynsmeldingene før 2004).

¹⁹³ Tall hentet fra tabellene i punkt 6.2.

¹⁹⁴ Med unntak av 1999, noe som må tilskrives innkjøringstid.

§ 9-9 kan Fylkesmannen gi dispensasjon i særlige tilfeller, men med slike tall som kommer fram i tabellen over må nødvendigvis dispensasjoner være gitt i langt større grad enn det som var intendert. Dog: "Innvilgede søknader forteller lite om hvor mange tvangstiltak som blir gjennomført av personer som ikke oppfyller kompetansekravene. Antall søknader vurdert opp mot antall vedtak kan tyde på at det flere steder er vanskelig å rekruttere kvalifisert personell" (Tilsynsmelding 2012, s. 46). Fra toppen på 98 prosent i 2009 synker andelen vedtak med dispensasjoner for hvert år. Dette kan tyde på at det jobbes med å få på plass kvalifisert personale og få ned antallet dispensasjoner. I 2013 steg både antallet dispensasjoner og antallet vedtak, og prosenten steg også noe. Dette kan skyldes den relativt kraftige økningen i antall vedtak. Kanskje har man ikke hatt tid til å få på plass personell med riktige kvalifikasjoner for alle de nye vedtakene. Selv om andelen lå på mellom 44 og 71 prosent fram til toppen i 2009 betyr ikke dette nødvendigvis at det var mer kvalifisert personell. Og som Helsetilsynet påpeker i sitatet over finnes ingen oversikt over hvor mange av tvangstiltakene som faktisk gjennomføres av personer med dispensasjon (eller som verken har dispensasjon eller oppfyller kravene). Tallene sier heller ingenting om hvor mye av personalet det søkes om dispensasjon for, men bare hvor mange vedtak som har dispensasjoner knyttet til seg. Det kan være alt fra noen få deltidsansatte til alle som jobber med brukeren som har dispensasjon. Det kan også være at ikke alle søkte dispensasjon selv om man ikke oppfylte kravene.

Jeg har ikke kunnet oppdrive gode tall for avviste søknader om dispensasjon. De eneste tallene jeg har funnet er at det i 2007 var 18 avslåtte søknader (Helsetilsynet 7/2008), i 2010 17 avslåtte og i 2011 29 avslåtte (Tilsynsmelding 2010 og 2011). I 2007 var det 2724 tjenesteytere omfattet av innvilgede søknader (Helsetilsynet 7/2008). Dette tallet sier lite når vi ikke har noe å sammenligne med.

6.5 Saksbehandlingen hos Fylkesmennene

På oppdrag for Helsetilsynet ga SINTEF i 2011 ut en rapport hvor de foretok en gjennomgang av vedtak etter sosialtjenesteloven kapittel 4A. Bruk av tvang i akutte, uforutsette nødsituasjoner med enkeltmeldinger i etterkant omfattes altså ikke av denne rapporten. Målet med prosjektet var å få mer kunnskap om tvangstiltakene som var i bruk i kommunene. SINTEF brukte dokumentanalyse på overprøvde vedtak som inneholdt tiltak om tvang og

makt knyttet til 151 brukere, og intervjuet saksbehandlere ved et utvalg på sju fylkesmanns-embeter.

Resultatene tyder på at det er stor oppmerksomhet knyttet til iverksettelsen og videreføringen av tiltak, og at disse er godt faglig forankret. Dette blir spesielt illustrert gjennom overprøvingsvedtakene til de ulike fylkesmannsembetene. I disse vektlegges kravet om faglig og etisk forsvarlighet, og mer spesifikt kommunenes samhandling med spesialisthelse-tjenesten. I tillegg vektlegger fylkesmennene viktigheten av kompetanse hos tjenesteyterne. Dette omhandler ikke kun formell kompetanse, men også kompetanse knyttet til personlig egnethet og erfaring fra arbeid med utviklingshemmede.

Gjennomgangen viser at faglig forsvarlighet kan knyttes opp mot dispensasjoner fra de formelle utdanningskravene. Resultatene tyder på at kommunene står overfor betydelige utfordringer med hensyn til å rekruttere personell med ønsket fagutdanning. I undersøkelsen kommer det imidlertid fram at fylkesmennene ved flere anledninger knytter vilkår til godkjenning av vedtak og innvilgelse av dispensasjoner for å øke fagligheten i tiltakene. Dette er vilkår som består av blant annet krav om endringer i turnusplaner, gjennomføring av ulike opplæringstiltak og krav til rekruttering.

Kravet om faglig forsvarlighet kan også knyttes opp mot kommunenes arbeid med andre løsninger enn bruk av tvang og makt. Dokumentgjennomgangen tyder på at det er stor oppmerksomhet i kommunene på kontinuerlig arbeid for å finne fram til mindre inngripende tiltak og andre løsninger enn bruk av tvang og makt. Likeledes er dette et tema som vektlegges i Fylkesmannens overprøvingsvedtak.

I intervjuene med saksbehandlerne kom det fram et inntrykk av at kommunene opplevde arbeidet med klassifisering og kategorisering av vedtak som utfordrende. Det kommenteres at forskjellen mellom de ulike lovkategoriene må klargjøres nærmere (b- og c-vedtak).

6.6 Klagesaker

Å la andre organer kontrollere eller overprøve vedtak som treffes av det organet som skal håndheve loven er ifølge Kjørstad og Syse en måte å skape rettsikkerhet på. Forvaltningsklage, kontroll og omgjøring av et overordnet forvaltningsorgan, domstolskontroll, ombuds-

mannskontroll og kontroll fra tilsynsorganer er noen eksempler på dette (2012, s. 116). Under vil jeg ta for meg omfanget av klagesaker i tilknytning til disse lovreglene¹⁹⁵.

6.6.1 Klager hos Fylkesmannen og Fylkesnemndene

Fylkesmannen er klageinstans for beslutning om skadeavvergende tiltak i akutt nødssituasjon (bokstav a), mens tvangsvedtak som er overprøvd av Fylkesmannen (bokstav b og c) kan klages inn for Fylkesnemnda for barnevern og sosiale saker (§ 9-11). Under er statistikk over klagesaker¹⁹⁶. Tross tvangsbruk er det svært få klagesaker på dette området, hvilket kommenteres i så godt som alle tilsynsmeldingene fra Helsetilsynet¹⁹⁷.

Tabell 9: Antall klagesaker hos Fylkesmannen og Fylkesnemndene 2000-2013¹⁹⁸

Klageinstans	FM	FN	Totalt	Personer
2000	4	-	4	1085
2001	3	-	3	1257
2002	3	-	3	1242
2003	5	-	5	1271
2004	6	-	6	1203
2005	3	2	5	1514
2006	1	3	4	1649
2007	2	3	5	1827
2008	0	2	2	1848
2009	3	1	4	1877
2010	1	1	2	1911
2011	6	2	8	1994
2012	4	4	8	1992
2013	0	2	2	2205

¹⁹⁵ Kontroll i form av tilsyn er behandlet i punkt 6.1 og 6.3.

¹⁹⁶ Tall fra 2000 til 2004 er hentet fra Helsetilsynets rapport 7/2008, mens tallene fra 2005 fram til i dag er hentet fra Helsetilsynets årlige tilsynsmeldinger. Rapporteringsrutiner ble endret fra 2005, for å finne tall for perioden før det har jeg vært nødt til å gå til en sekundærkilde. I rapporten fremgår bare klagesaker til Fylkesmannen, jeg har derfor ikke tall på klagesaker til Fylkesnemndene før 2005 (hvilket også betyr at totalsummen for klager i 2000-2004 kan være høyere enn den som fremgår av tabellen). Klagesaker for 1999 fremgår overhodet ikke i rapporten, det har jeg heller ikke funnet andre steder.

¹⁹⁷ Sentralenheten for Fylkesnemndene opplyser også på e-post 11. oktober 2012 at de har svært lite omfang av denne typen saker.

¹⁹⁸ Saker behandlet og avgjort inneværende år. FM = Fylkesmannen, FN = Fylkesnemndene.

I høyre kolonne har jeg satt inn summen av antall personer med enkeltmeldinger og antall personer med vedtak fra tabellene i punkt 6.2, for å få et bilde av hvor stor andel av de som kunne klagd som faktisk gjør det¹⁹⁹. Det er mellom 0,1 og 0,5 prosent som klager²⁰⁰. Det er en liten økning fra 2011 (åtte hver i 2011 og 2012), men det er så små tall det er snakk om at man vanskelig kan lese noe mer ut av det, dessuten er tallet nede på to igjen i 2013²⁰¹. Jeg gjentar ordene som går igjen i tilsynsmeldingene fra Helsetilsynet: "Det er svært få klager på denne typen tvangsbruk" (Tilsynsmelding 2012, s. 46).

6.6.2 Domstolsprøving

Vedtak i klagesaker hos Fylkesnemndene kan bringes inn for tingretten etter § 9-12. I databasen på *lovdata.no* ligger det bare to tingrettsdommer (Oslo 2007 og Sandefjord 2008)²⁰². Databasen på *lovdata* er ikke komplett når det gjelder tingrettsdommer, så det kan være flere. Uansett må det være rimelig å anta at det er snakk om svært få, basert på hvor få saker som har vært klaget inn for Fylkesnemndene.

Etter vanlig rettsgang kan avgjørelser tatt av tingrettene klages inn for lagmannsretten. Det er to avgjørelser fra Frostating lagmannsrett i tilknytning til dette kapittel 9: en kjennelse fra 2000 og en dom fra 2001²⁰³. Begge sakene fra Frostating lagmannsrett ble anket videre til Høyesterett. Ved nærmere lesning av domsavsigelsene går det opp for meg at det er samme sak. Den ene behandler hva retten kan overprøve i slike saker, mens den andre tar for seg det

¹⁹⁹ Se originaltabellen for utdyping av antall personer som omfattes. For enkelthets skyld har jeg bare tatt det totale antallet personer, og ikke skilt mellom enkeltmeldinger og vedtak, selv om det skilles mellom dette i klagesaker. Jeg ser ikke at det vil tilføre noe mer, da omfanget uansett er så lite som det er.

²⁰⁰ Prosent i kronologisk rekkefølge (fra 2000 til 2013): 0,37 – 0,24 – 0,24 – 0,39 – 0,50 – 0,33 – 0,24 – 0,27 – 0,11 – 0,21 – 0,10 – 0,40 – 0,40 – 0,09. Kommunen har også klageadgang til Fylkesnemnda på vedtak Fylkesmannen ikke har godkjent. Det framgår ikke av tabellen hvilken part som har klagd, så dette er enda en mulig feilkilde for andelstallene. Dog spiller det ikke så stor rolle, da andelen som klager uansett er svært lavt. Siden flere kunne klagd, ville andelen blitt lavere, men siden det totale antallet personer omfattet av enkeltmeldinger og/eller vedtak trolig er noe lavere enn det som framgår av tabellen (se punkt 6.2) (andelen ville da blitt noe høyere), tror jeg tallene som kommer fram her ikke er alt for mye på avveie, og at disse to mulige feilkildene oppveier omtrent for hverandre.

²⁰¹ I Tilsynsmeldingen for 2013 sto det at det hadde vært 17 klager på overprøvede vedtak, men i årsrapporten for 2013 (som ble publisert like etter) kom det fram et dette skyldtes feilregistreringer, og at det reelle antallet klager på overprøvede vedtak var to (s. 13). Da klager på beslutning om bruk av tvang i uforutsett nødssituasjon ikke er nevnt går jeg ut fra at det ikke var noen klager på dette i 2013.

²⁰² Undersøkt høsten 2012, dobbeltsjekket 27. februar 2014. Før 2002 var det by- og herredsretten klagesaker kunne bringes inn for. Jeg har ikke funnet noen søkemotor for saker behandlet der.

²⁰³ Begge først behandlet i Midt-Trøndelag herredsrett. I rundskrivene står det at disse sakene skal gå direkte fra tingretten (tidligere by-/herredsrett) til Høyesterett, noe som gjør at jeg stusser på disse to sakene fra Frostating lagmannsrett (s. 74 i rundskrivet til kapittel 6A (I-41/1998), og s. 82 i rundskrivet til kapittel 4A (IS-10/2004)). Jeg har ikke kommet til bunns i denne saken, men ikke funnet at dette står noen andre steder enn i rundskrivene.

ankede tvangsvedtaket. Høyesteretts kjæremålsutvalg behandlet spørsmålet om avgrensning av hva som kan prøves i slike saker (bare det som er omhandlet i tvangsvedtaket), men avviste anken som gjaldt oppheving av tvangsvedtaket²⁰⁴.

6.6.3 Klager hos sivilombudsmannen

Sivilombudsmannen kontrollerer forvaltningen på bakgrunn av ”klager fra borgerne om urett og feil som måtte være gjort av offentlig forvaltning” (Sivilombudsmannen 2014b)²⁰⁵. Det kan derfor være en aktuell klageinstans, men også her er det svært få saker på dette saksfeltet. Den eneste med henvisning til det aktuelle kapittel 9 handler om uttalerett før oppnevning av tilleggshjelpeverge (2011) og faller utenfor mitt tema²⁰⁶.

6.6.4 Oppsummerende om klagesaker

Årlig er det bare et fåtall saker som påklages til Fylkesmannen og Fylkesnemndene for sosiale saker (totalt mellom to og åtte saker), og jeg har bare funnet tre saker som er anket til domstolene, hvorav to endte i tingretten. Omfanget av klagesaker er altså svært lite og gjør at man spør seg om klageadgangen oppleves som reell.

6.7 Evalueringer av lovverket

Det er foretatt to eksplisitte evalueringer av dette lovverket, i 2002 og 2008. Sosialtjenesteloven § 6A-14 påla det daværende Sosial- og helsedepartementet å utnevne et organ, i loven kalt "Rådgivende gruppe", ellers omtalt som Rådet²⁰⁷, som skulle følge med på praktiseringen av kapittel 6A. Rådet var virksomt fra loven trådte i kraft, til 1. juli 2002 (tre og et halvt år). De avla da en sluttrapport som ble oversendt Sosialministeren²⁰⁸. Senere ga Sosial- og helse-

²⁰⁴ Vedlagt bak i oppgaven er en kort beskrivelse av disse rettsavgjørelsene (Vedlegg 6).

²⁰⁵ Regulert i sivilombudsmannsloven.

²⁰⁶ Sivilombudsmannen bekreftet dette på e-post 9. oktober 2012. Dobbeltsjekket med nytt søk på nettsidene 7. mars 2014.

²⁰⁷ Eventuelt Rådet for kapittel 6A eller Rettssikkerhetsrådet. Fra departementets og Stortingets side ble dette initiert for å samle representanter for ulike ressurs- og brukerorganer for at gruppen skulle følge med i hvordan loven ble praktisert og vurdere praksis i forhold til rettssikkerhetsspørsmål og den faglige utviklingen (Ot.prp. nr. 57 (1995-96), s. 15). Gruppen skulle i tillegg bidra til å sikre god og ensartet praksis, og deres tilegnede kunnskaper og erfaringer skulle utgjøre et viktig grunnlag for evalueringen av loven (St.meld. nr. 26 (1997-98), s. 13-14).

²⁰⁸ Takk til professor Aslak Syse, som ledet Rådet, for å ha sendt meg Rådets sluttrapport, lovutkast og oversendelsesbrev, da dette viste seg vanskelig å få tak i.

direktoratet Nordlandsforskning i oppdrag å evaluere kapittel 4A. Evalueringsarbeidet foregikk i perioden januar 2007 til januar 2008²⁰⁹.

6.7.1 Sluttrapport fra Rådet (2002)

For å vurdere praktiseringen av regelverket foretok Rådet tilsynsbesøk i 9 fylker og 16 kommuner, inviterte forskere og ressurspersoner til sine møter for å belyse og diskutere ulike faglige, etiske og juridiske spørsmål knyttet til praktiseringen av regelverket, arrangerte og deltok på konferanser og gjennomførte studieturer til de øvrige nordiske land og menneskerettighetsorganene i Strasbourg (oversendelsesbrevet, s. 2-3).

Praktiseringen av lovverket de tre første virkeårene

Rådet oppsummerer praktiseringen av lovverket i sin sluttrapport, s. 37-39. Det tok lang tid før lovens bestemmelser fikk gjennomslag i praksis. Nesten hele første halvår 1999 passerte uten at noen slike formalia ble iverksatt. Imidlertid syntes det ut fra samtaler med miljøpersonale og overordnede, at loven hadde klare effekter også tidlig i 1999. Det refereres til en artikkel av Jørn Kroken i Embla i 2000, hvor han blant annet ga uttrykk for at virkningen av loven i realiteten satte inn allerede i 1998, pga. den store oppmerksomheten fagmiljøene ga lovforarbeidet. Rådet har lagt betydelig vekt på at spesialisthelsetjenestene i startfasen ikke var tilstrekkelig forberedt på at loven ville kreve stor innsats fra deres side. Flere habiliteringstjenester for voksne hadde i 1999 saksbehandlingstider på over ett år for disse sakene. Dette trekker Rådet fram som en viktig forklaring på at implementeringen av loven gikk noe tregere enn forventet.

Et annet generelt trekk Rådet trekker fram i sin oppsummering er det relativt høye antallet saker der det er søkt om dispensasjon fra kvalifikasjonskravene. Den sterke økningen fra 2000 til 2001 kan synes vanskelig å forklare. En vanskelig rekrutteringssituasjon kan forklare noe, men en annen forklaring kan være at kommunene har erfart at Fylkesmennene ofte gir dispensasjon fra utdanningskravet og at dette medfører at kommunene ikke i like stor grad prioriterer virkemidler for å rekruttere og beholde fagutdannet personell.

Et tredje trekk synes ifølge Rådet å være at det fortsatt er mørketall mht. meldinger om bruk av tvang og makt i omsorgen for utviklingshemmede. Samtidig er det et gjennomgående

²⁰⁹ Dette ble gjennomført av Tina Luther Handegård og Hege Gjertsen, og resultatene presentert i NF-rapport nr. 1/2008, i litteraturlista oppført som Handegård og Gjertsen (2008).

trekk at de fleste fylkesmenn antar at underrapportering av tvang er mindre i 2001 enn i 2000. Ut fra årsstatistikken for 2001 kan det synes som om kravet til alternative tiltak gjennomgående innfris i vedtakene, men i sin saksgjennomgang fant Rådet at det generelt er få og marginale opplysninger i vedtakene om hvilke alternative tiltak som konkret er prøvd og i hvilket omfang. Rådet mener derfor det er grunn til å stille spørsmål ved om statistikken her gir et for positivt bilde av de underliggende forhold.

Rådet har i sitt sluttdokument konkludert med at loven har ført til en bedret kontroll med bruken av tvang og makt under tjenesteutøvelsen og en høyere erkjennelse av brukeres rett til respekt for sin integritet og selvbestemmelsesrett enn før loven trådte i kraft. Det er også Rådets oppfatning at bruken av tvang i tjenesteutøvelsen er redusert gjennom de årene loven har vært virksom (oversendelsesbrevet, s. 3).

Rådets anbefaling: videre lovregulering

Ifølge Rådet er det i Norge et antall brukere overfor hvem tilbakevendende bruk av tvang og makt kan være aktuelt, der det i dag ikke kan påvises eller påregnes andre løsningsmåter. Rådet understreker samtidig at i mange situasjoner hvor bruk av tvang og makt kan ha framstått som nødvendig for kommunens tjenesteytere har det vært mulig å finne andre løsninger uten bruk av tvang og makt. Bistand vil kunne innhentes fra spesialisthelsetjenesten og Rådet mener derfor at dette fortsatt bør være en lovpålagt og prioritert oppgave for denne (oversendelsesbrevet, s. 5).

Rådet mente et nytt regelverk burde etterfølge sosialtjenesteloven kapittel 6A når virketiden utløp 31. desember 2003. Bare gjennom fortsatt lovregulering med stramme materielle vilkår supplert med saksbehandlingsprosedyrer som fokuserer på rettssikkerhet og en bred tilnærming i utrednings- og vurderingsfasen, vil kommunene og spesialisthelsetjenesten måtte prioritere arbeidet med å begrense unødig tvangsbruk under tjenesteutøvelsen. Rådets lovutkast endret fokus på reguleringsmåten ved i større grad å vektlegge forebyggingsaspekter og mulige løsninger uten bruk av tvang og makt, og ellers pålegge forvalterne og tjenesteutøverne å vurdere løsninger som i størst mulig grad respekterer brukernes integritet og autonomi (oversendelsesbrevet, s. 5).

6.7.2 Kapittel 4A – en faglig revolusjon? (2008)

I evalueringen til Nordlandsforskning sto følgende områder sentralt: kompetanse på kommunalt nivå (utdanningskravet og dispensasjoner), kompetanse og forebygging på spesialisthelsetjenestenivå, og om kommunene forebygger og tilrettelegger for minst mulig tvangsbruk. Evalueringen besto av fem delstudier: tre kartleggingsstudier av henholdsvis Fylkesmannens og spesialisthelsetjenestens erfaringer og synspunkter på kompetanse, forebygging og bruk av tvang og makt, samt hvordan de fire regionale helseforetak la til rette for å ivareta sine plikter, en kvalitativ intervjustudie i et utvalg kommuner for å belyse hvordan de jobbet med kompetanse, forebygging og bruk av tvang og makt, og en bearbeiding og analyse av data fra en kartlegging av voksenhabiliteringstjenesten fra 2005.

Utfordringer med praktiseringen av kapittel 4A

De sentrale utfordringene var knyttet til å få på plass den nødvendige kompetansen for å kunne yte forsvarlige tjenester til utviklingshemmede og etterleve kravene i loven, både fagkompetanse og saksbehandlingskompetanse. Å få ned antall dispensasjoner fra kompetansekravet omtales som en stor utfordring. En velfungerende internkontroll og tilstrekkelig ledelsesforankring manglet også. Det etterlyses en debatt om hvordan tjenestetilbudet til personer med utviklingshemning skal organiseres og hvilket innhold tjenestene skal romme.

Forholdet mellom Fylkesmannen og habiliteringstjenesten er generelt godt, men det advares mot at det kan bli problematisk dersom forholdet blir *for* tett, i og med at disse instansene har ulike roller og oppgaver. Fylkesmannen ga uttrykk for uklarhet om hvordan tilsyn med private virksomheter skulle foregå, og mangler sanksjonsmuligheter overfor kommunene.

Det oppleves problematisk at det er flere områder hvor disse lovbestemmelsene ikke gjelder, blant annet under medisinsk behandling, på skole og arbeidsplasser (arenaproblematikken). Det er også spørsmål om de kan/bør brukes overfor personer som begår eller som en frykter kan begå straffbare handlinger. Forholdet mellom pårørende og personalet oppleves noen ganger som problematisk, bl.a. knyttet til nødvendigheten av å bruke tvang.

Positive og uheldige sider ved kapittel 4A

Det er stor enighet blant informantene om at kapittel 4A har vært svært positiv for personer med utviklingshemning og har bidratt til at bruken av tvang og makt har gått betydelig ned.

Informantene mener at lovreglene har ført til økt fokus på forebygging og begrensning av bruk av tvang og makt. De tror personalet tenker mer alternativt og reflekterer mer over hva de gjør, hvorfor de gjør det og hva konsekvensene av det de gjør kan bli. Mange steder klarer personalet å finne fram til alternative tiltak istedenfor bruk av tvang, eller mindre inngripende tvangstiltak. Informantene tror tjenestetilbudet til personer med utviklingshemning mange steder er blitt bedre, både kvalitetsmessig og når det gjelder omfang. Informantene mener også at personer med utviklingshemning som følge av kapittel 4A har fått bedre rettssikkerhet og bedre mulighet til å bestemme over sitt eget liv.

Samtidig som det er stor enighet blant informantene om at de positive sidene ved kapittel 4A veier tyngst, trekker de fram enkelte uheldige sider. Lovreglene har medført økt fokus på diagnose, og det er betenkelig med en særlovgivning som tillater bruk av tvang og makt overfor en enkelt gruppe. På den andre siden har utviklingshemmede bedre rettssikkerhet enn andre grupper med liknende atferdsproblematikk som ikke omfattes av lovbestemmelsene.

Informantene peker også på at det som en følge av kapittel 4A flere steder har skjedd en ressursforskyvning til de personene som har utfordrende atferd fra det generelle tjenestetilbudet til personer med utviklingshemning slik at man får et a- og b-lag blant brukerne. Samtidig poengteres det at personalet kan nyttiggjøre seg en del av de erfaringene de får gjennom "4A-sakene" for å forebygge og tilrettelegge generelt, og på den måten kan tjenestetilbudet til utviklingshemmede generelt forbedres.

Informantene mener videre at selvråderetten til utviklingshemmede gir en del brukere muligheter til å ta valg som ikke alltid oppleves som optimale av omgivelsene. Dersom personalet er usikre på hva som er tvang og makt kan det resultere i at enkelte blir handlingslammet og selvråderetten kan dermed gå for langt. Informantene understreker at tjenesteyterne har en plikt til å gripe inn dersom det er nødvendig. Samtidig er det altså viktig å legge forholdene til rette slik at brukerne så langt som mulig kan foreta valg ut fra egne forutsetninger.

Evalueringen viste at kapittel 4A hadde bidratt til at det har skjedd mye positivt med hensyn til å bedre rettssikkerheten til utviklingshemmede til tross for de utfordringer som bidrar til at mye gjenstår før formålet med dette lovverket er oppnådd. Evalueringen konkluderer med at kapittel 4A har bidratt til en gryende faglig revolusjon, men understreker at om man skal komme videre og sikre at formålet med kapittel 4A innfris må det settes større fokus på målgruppen for kapittel 4A, både politisk og faglig.

6.8 Hvordan ble lovreglene mottatt i boligene?

Så langt har jeg prøvd å tegne et slags overflatebilde av lovreglenes møte med virkeligheten. Rapportene og evalueringene jeg har tatt for meg så langt i dette kapitlet maler med bred pensel og gir et visst inntrykk av hvordan det går. Men nå vil jeg heller gå mer i dybden på hvordan lovreglene er blitt mottatt i boligene ved å ta for meg doktorgradsavhandlingene til Handegård og Ellingsen, avlagt i henholdsvis 2005 og 2006²¹⁰.

6.8.1 Ulike virkeligheter

Handegård viser med sin doktorgradsavhandling hvordan omsorgsmiljøenes faglige profil får stor betydning når det gjelder hvordan tvangsreguleringen tillempes og hvilke konsekvenser den får for det daglige omsorgsarbeidet. Basert på observasjon i fem boliger og intervjuer med personalet der, konstruerte hun tre idealtypiske omsorgsprofiler (boliger): den *atferdsterapeutiske*, den *passivt brukerstyrte* og den *hverdagslivsorienterte*.

Den atferdsterapeutiske omsorgsprofilen

Denne profilen var preget av stram strukturering av omsorgsarbeidet før lovreguleringen av tvang og makt kom. Struktureringen ble mer omfattende etter at den ble iverksatt. Ifølge Handegård forholdt de seg til tvangstiltakene på en svært rigid og "programmert" måte. Loven hadde etter hennes mening ikke bidratt til noen endret "arbeidsstil", men heller tydeliggjort den atferdsterapeutiske arbeidsstilen. Personalet her forholdt seg til omsorgsarbeidet på en tingliggjort og instrumentell måte, og personalets identiteter forsvant nærmest. Lovreglene og håndteringen av dem ble hevet over det øvrige omsorgsarbeidet og gitt forrang. Personalet uttrykte ifølge Handegård stor enighet og var i liten grad ambivalente til det de gjorde. De reflekterte i liten grad over konsekvensene av omsorgsarbeidet og tvangstiltakene. De av personalet som hadde den kompetansen loven krever ble slukt opp av arbeidet knyttet til tvangstiltakene.

²¹⁰ I begge disse avhandlingene er det de ansattes perspektiv som kommer fram. Verken Handegård eller Ellingsen har intervjuet brukere eller pårørende/verge.

Den passivt brukerstyrte omsorgsprofilen

I denne profilen var oppfatningen at personalets oppgave var å bidra med hjelp og service overfor beboeren. De presiserte at de ikke ville forandre eller "normalisere" beboeren. Det var ifølge Handegård lite som tydet på at lovreguleringen hadde hatt noe særlig betydning for det daglige omsorgsarbeidet. Man kan derimot si at de valgte å holde avstand til den. Det daglige omsorgsarbeidet ble utført på samme måte som i tida før lovreguleringen. Loven ble forbundet med en annen ideologi, som de ville holde avstand til. De mente de var ferdige med tvangsregimet og atferdsterapien (som de forbandt med HVPU) og hadde funnet sin måte å håndtere beboeren på. Det var ingen faglig kompetanse i personalgruppen. Flere hadde erfaring fra tidligere arbeid som dørvakter. Personalet forbandt til en viss grad kompetanse med atferdsterapeutisk kompetanse og ville heller ha ufaglærte enn å risikere at det ble ansatt noen som jobbet ut fra atferdsterapeutiske prinsipper.

Den hverdagslivsorienterte omsorgsprofilen

I denne profilen forholdt personalet seg til det generelle omsorgsarbeidet på en fleksibel og konkret måte. De var ifølge Handegård opptatt av at det må være lov å tenke praktisk og bruke "sunn fornuft". Til en viss grad forholdt de seg til lovverket på samme måte. De brukte mye tid i starten på å sette seg inn i loven, gjennomgikk egen praksis, og valgte ut noen områder som de utredet og laget tvangstiltak på. Det var mye å gripe fatt i og en vurderte det slik at en ikke kunne lage tvangstiltak på alt brukerne motsatte seg. Omsorgsarbeidet ble ifølge Handegård mer formalisert enn det var før loven trådte i kraft. Personalet mente rapporteringen og evalueringen av tiltakene bidro til en unødvendig formalisering av det daglige omsorgsarbeidet. De hadde heller sett at de bare rapporterte de tilfellene hvor tiltakene ikke ble gjennomført etter planen. De fremhevet også at de brukte mye tid og ressurser på å utforme tiltakene og følge saksbehandlingsreglene.

Betydninger loven har fått for det daglige omsorgsarbeidet

Ifølge Handegård satte kapittel 6A/4A i gang prosesser som fikk betydning for det daglige omsorgsarbeidet. For det første bidro lovreguleringen til at personalet i større grad reflekterte over og fikk et mer bevisst forhold til bruk av tvang og makt i den daglige omsorgen, for eksempel i den hverdagslivsorienterte profilen. Men de ferdig utredede og godkjente tvangs-

tiltakene ble i noen grad oppfattet som en ferdig tolkningsramme, til tross for lovens krav om at personalet hele tiden skal vurdere det de gjør.

Det er ifølge Handegård viktig at personalet er bevisst hvilken faglig tilnærming de velger og hva det kan bety for det daglige omsorgsarbeidet, inkludert forholdet til lovreguleringen. Uansett faglig tilnærming eller arbeidsstil skal personalet vurdere det de gjør opp mot hva som bl.a. kan oppfattes som integritetskrenkende og hva som er faglig og etisk forsvarlig. Handegårds analyser har vist at selv om et tiltak er godkjent, så kan selve gjennomføringen av tiltaket virke integritetskrenkende overfor beboeren. Man har med andre ord ingen garanti for at gjennomføringen står i samsvar med tiltaket. Der omsorgsarbeidet er svært formalisert gis det lite rom for refleksjon.

Det ser ifølge Handegård ut til at man har lykket med å skape en kompetansekultur blant personalet i boligene. Det er ikke hvilken som helst kompetanse som etterspørres, men det Handegård kaller "behandlerkompetanse", som innebærer kompetanse i målrettet miljøarbeid, atferdsanalytisk behandling, psykiatrisk diagnostisering og konfliktdemping. I enkelte miljøer ser det ut til å gi økt status å beherske loven og den problematikk som lovreglene skal bidra til å håndtere.

Handegård påpeker at det er viktig å trekke fram at enkelte miljøer rapporterer om en nedgang i tvangsbruken. Selv om det er noe usikkert hva denne nedgangen skyldes. Det kan bety at man tidligere brukte tvang som loven ikke tillater, men det kan også bety at man i dag er mer bevisst på tvangsbruken, og som enkelte av personalet mener: at personalet er mer tydelige og klare på hvor grensene for hva som er akseptabel atferd går (s. 202).

Avsluttende bemerkninger og advarsler fra Handegård

Handegård mener det er grunn til å være på vakt når det gjelder utviklingen i omsorgen for utviklingshemmede (s. 205). Hun tenker først og fremst på at økende rettsliggjøring av omsorgen kan ha en rekke utilsiktede virkninger, blant annet kan det føre til at omsorgsarbeidet gjøres til et pliktøp der det viktigste er å holde seg innenfor lovlighetens grenser, eller at en finner kreative løsninger som har som formål å unngå lovverket. Dessuten mener hun det vil kunne være en fare for at omsorgsarbeidet innsnevres på en slik måte at det som er juridisk relevant får forrang og at en i verste fall anser alt som ikke er juridisk relevant som irrelevant²¹¹. Kriteriene for bruk av tvang kan dessuten bli så detaljerte at det tar hele oppmerksomheten til omsorgsyterne, noe som kan bidra til å dra personalets fokus bort fra deres

²¹¹ Jf. Christies "Konflikt som eiendom" (1977)

primære oppgave: å yte omsorg. I andre tilfeller kan det dreie seg om så detaljerte prosedyrer for hvordan tvangstiltak skal gjennomføres at personalet nærmest må være programmerte for å kunne følge dem.

Med kapittel 6A/4A ville man sikre seg mot vilkårlig og uetisk omsorgsutøvelse. En fare ved den tvangsreguleringen som skal hindre dette er ifølge Handegård at tvangstiltakenes detaljerte utforming kan bidra til at personalet får en mer eller mindre ferdig oppskrift eller tolkningsramme for hvordan de skal håndtere ulike situasjoner. Dette kan igjen føre til at de i stor grad stoler på at de gjør det "rette", og at de i mindre grad reflekterer over det de gjør. En annen fare ved slike reguleringer er ifølge Handegård at tiltakene kan representere en formalisering av omsorgsarbeidet som reduserer personalets mulighet for bruk av skjønn (s. 206). På den annen side kan tvangsreguleringen bidra til en bedre og mer systematisk jobbing med det faglige opplegget rundt brukeren. Handegård understreker at man også her må være observant, slik at det ikke fører til at omsorgsarbeidet i større grad gjøres til et instrumentelt arbeid som mer og mer tilpasses en mål/middel-modell hvor resultatet gradvis kan bli et mer mekanisk og teknologisk omsorgsarbeid.

Handegård er også inne på begrepsbruken i lovverket, som konsekvent bruker "tvang og makt" sammen. Hun påpeker at det ikke er maktutøvelsen i seg selv som skal reguleres gjennom kapittel 6A/4A, da omsorgsarbeid forutsetter maktutøvelse. Derimot er det de ekstreme utfallene av maktutøvelsen som kommer til uttrykk gjennom tvang som skal reguleres. Hun mener et sentralt spørsmål er om kapitlet og dets manglende distinksjon mellom makt og tvang har bidratt til at begge deler assosieres med noe negativt som bør reguleres. Hun mener det kan være uheldig å betrakte maktbegrepet på denne måten, nettopp fordi makt er en viktig forutsetning for alt omsorgsarbeid (s. 206-207)²¹².

6.8.2 Mer refleksjon og endrede holdninger?

Ellingsen fant i sin doktorgradsavhandling at det hadde skjedd endringer i tjenesteytneres holdninger og praksis blant annet til bruk av tvang og makt fra 1999 til 2003 (lengdesnittundersøkelse). Basert på analyser av syv gruppeintervju som omfattet i alt ca. 100 ansatte i Trondheim kommune fant han videre at de som arbeidet i omsorgen for utviklingshemmede ga uttrykk for et ambivalent forhold til utdanning. Utdanning ble satt opp mot praksis og

²¹² Se nærmere om lovgivers intensjoner med å inkludere maktbegrepet under punkt 4.4.2.

omtalt som et nødvendig, men ikke tilstrekkelig, grunnlag for de særegne utfordringene arbeidet krevde.

Dette må ifølge Ellingsen ses i lys av at kulturen i disse miljøene har vært preget av en entydig tilnærming, felles tenkning, sterk solidaritet, høy toleranse for konflikter i møte med bruker, stor grad av fysisk grensesetting og sterk betoning av at alle skulle handle likt. Arbeidsmiljøet og praksisen hadde et klart instrumentelt preg. Det var gjennom deltakelse i praksis, og ikke gjennom utdanning, denne kunnskapen ble tilegnet, i en kultur som nettopp ble opprettholdt av denne praksisen. Denne praktiske og kollektivt forankrede kunnskapen omtaler Ellingsen som *faglighet*.

Når sosialtjenesteloven kapittel 6A innføres, griper den ifølge Ellingsen direkte inn i disse kulturene og deres kollektivt forankrede faglighet på måter som gjør at ansatte intuitivt beskriver praksis i termer av før og nå. Før lovbestemmelsene ble innført var det ingen praksis for å høre på hva brukeren selv ønsket, og planlagte aktiviteter ble gjennomført uansett motstand. Konflikter ble sett som uttrykk for at tjenesteyterne hadde vært standhaftige, utført godt faglig arbeid og ikke latt seg svekke. Noen fortalte at de skjentes over hva de kunne finne seg i å gjøre bare fordi det var bestemt av ekspertene. Om nå-situasjonen sa de fleste at det hadde skjedd store endringer, bl.a. ved at man lyttet til brukerne, og at det ga helt andre resultater enn før. Noen sa det var som om man først nå hadde skjønt vitsen med å kommunisere.

Loven griper direkte inn i praksis

Med sine ufravikelige krav grep ifølge Ellingsen kapittel 6A direkte inn i den eksisterende praksisen (s. 188). Den klargjorde hva som var lov og hva som ikke var lov, den stilte krav om at alternativer til bruk av tvang skulle være prøvd, og den krevde at all bruk av tvang måtte begrunnes. Disse kravene gjorde at de ansatte ble tvunget til å reflektere. De kunne ikke lenger basere seg på en mer eller mindre uartikulert og kollektivt forankret faglighet, men var nødt til å begrunne nødvendigheten av tiltak, prøve ut alternativer og begrunne hvorfor disse ikke førte fram. Slike begrunnelser og den refleksjon som krevdes, utfordret den kollektive tilnærmingen man tidligere hadde bygd på ved at de nå begynte å analysere og kritisk vurdere egen praksis. En praksis som i stor grad hadde vært opprettholdt av kollektive prosedyrer med klart rituelle preg.

Den tidligere praksisen basert på rigide prosedyrer krevde ikke at den enkelte reflekterte over hvordan situasjonene skulle møtes. Når ansatte på bakgrunn av lovbestemmelsene ble tvunget til å reflektere og verbalisere denne praksisen og det kunnskapsgrunn-

laget den bygde på, fant de nye måter å utføre tjenestene på som ikke innebar bruk av tvang. De endringene som skjedde legitimerte ifølge Ellingsen også utdanning på en annen måte enn tidligere. For det første stilte loven krav om at ansatte skulle ha utdanning, for det andre innebar kravene om faglige begrunnelser en større avhengighet av utdanning. Bestemmelsene påvirket ikke bare den enkeltes holdninger og handlinger, men grep også inn i de kollektive praksisene på måter som utdanning alene ikke hadde maktet å gjøre.

Er loven utelukkende en suksess?²¹³

Flere var skeptiske til loven før den kom, og mente at utdanning var den rette veien å gå, heller enn en lovregulering. Problemet var imidlertid at utdanning alene ifølge Ellingsen ikke var tilstrekkelig for å bryte opp den etablerte kollektive praksis, hvor "ekspertene" har vært noe av kilden for etablering av slike handlingsregimer. Lovbestemmelsene banet vei for en endret faglig praksis støttet opp av utdanning og veiledning, som har bidratt til å bekjempe den tvangsbruken som ble utøvd åpenlyst. Ellingsen mener en slik ny praksis kan ha virkninger på lengre sikt ved at man får en mer normativ tilnærming til tvang, hvor tjenesteyterne kan fungere som korrektiv mot de mer skjulte formene for tvang (s. 191).

Men man står overfor noen utfordringer som ikke lar seg løse av lovbestemmelsene alene. Ellingsen trekker for det første fram at det finnes *mørketall* om den tvangsbruken som faktisk forekommer. Det gjelder underrapportering av tvangsbruk som er klart definert som tvang i henhold til lovbestemmelsene, men også manipulering og styring som ikke uten videre regnes som tvang, men som tjenesteytere oppfatter som svært regulerende, og som i neste omgang kan utløse reaksjoner i form av atferd som igjen krever bruk av tvang.

Det andre forholdet lovbestemmelsene ikke kan ivareta alene er ifølge Ellingsen å *holde refleksjonene og endringsprosessene ved like*. Det kan også være en risiko at tjenestemiljøene på et tidspunkt når et slags metningspunkt eller mener at de har kontroll over situasjonen og at oppmerksomheten mot tvang dermed avtar. Dette kan øke underrapporteringen. Dersom diskusjonen begrenses til å undersøke om man har nødvendig lovhjemmel for sine handlinger avgrenses refleksjonen slik at andre viktige vurderinger uteblir, for eksempel kritiske vurderinger av ens handlinger og faglige forståelse i lys av menneskesyn.

Et tredje forhold som lovbestemmelsene ikke kan ivareta alene dreier seg om tilstrekkelig tilgang på *ressurser*. Det å holde ved like en levende og kritisk refleksjon over egen praksis, som også handler om opplæring og veiledning, krever i ulik grad at det settes av tid.

²¹³ Dette er en overskrift Ellingsen selv bruker på slutten av sin avhandling.

Det handler dermed også om organisering og økonomi. Tid til å sitte sammen i grupper for å reflektere kan lett komme til å bli sett som personalvelferd og settes opp mot det å drive direkte tjenesteyting.

Et ytterligere forhold som kan bremse eller motvirke effektene av lovbestemmelsene er ifølge Ellingsen at de i seg selv bidrar til å binde oppmerksomheten mot bruk av tvang og makt, slik at man ser lovbestemmelsene som en handlingsmulighet snarere enn som en begrensning. Det er også en risiko at arbeidsmiljøer som har benyttet repressive tiltak søker å finne måter å svare på kravene i loven slik at de sikrer seg å ikke komme i strid med den uten at eksisterende praksis endres nevneverdig.

Forutsetninger for (fortsatt) suksess

Ellingsen mener refleksjonen lett kunne avtatt dersom lovbestemmelsene var utformet uten vilkårskrav om å først prøve andre løsninger, faglig og etisk forsvarlighet, dokumentasjonskrav knyttet til metoder, og utarbeidelse av individuell plan. Disse kravene har nødvendiggjort en faglig refleksjon som har bidratt til å utvikle alternativer til bruk av tvang. Uten disse vilkårene mener Ellingsen man kunne fått en situasjon hvor man først og fremst hadde vært opptatt av å dokumentere hjemmel for den tvangsbruken som forekom (s. 201). Det vil fortsatt være en fare for dette hvis muligheten for veiledning og tid til faglig refleksjon avtar eller begrenses.

Dersom lovbestemmelsene ikke følges eller respekteres får man heller ikke de effektene Ellingsen har beskrevet i sin avhandling. Det kan være mange forklaringer på at man ikke følger bestemmelsene. Noe handler om manglende opplæring om bestemmelsene, noe om manglende forståelse for sammenhengen mellom bestemmelsene og de faglige prosessene disse bygger opp under, noe om prioriteringer, og aller mest handler det om måten man oppfatter brukeren på: enten som et objekt for forandring eller som et samhandlende subjekt med de samme grunnleggende behov og rettigheter som en selv. Forhold som ifølge Ellingsen til syvende og sist er avgjørende for rettssikkerheten til de som mottar og i noen tilfeller utsettes for tjenestene.

Veien videre – hvilende lov?

De endringene Ellingsens avhandling har vist at har funnet sted åpner på en annen måte for hverdagslivets omsorgserfaring, hvor den kulturelle kunnskapen tjenesteyterne har får en

annen gyldighet. På samme måte som utdanning får større betydning for arbeidet, er det ifølge Ellingsen også grunn til å forvente at tjenesteyternes individuelle forutsetninger får en annen plass i den praksis som utvikler seg. Men det innebærer ikke at man behøver å forkaste systematiske og målrettede tiltak som er vel faglig begrunnet. Systematisk og målrettet arbeid vil måtte utgjøre et viktig element i tjenestetilbudet til personer som strever med store emosjonelle og atferdsmessige vansker, vansker som til dels kan være resultater av de regimer de har vært gjenstand for – i bokstavelig forstand. Slike tiltak må ifølge Ellingsen imidlertid hvile på de endringsprosesser og erfaringer vi har sett, og ikke på pragmatiske kalkyler eller i begrunnelsen om å handle likt ut fra en kollektivt forankret faglighet. De må, som alt omsorgsarbeid, begrunnes løpende ut fra faglige vurderinger og en etisk forankret refleksiv praksis.

Ellingsen antyder at lovbestemmelsene om tvang kan komme til å utgjøre en mellom-fase, ved at lovens bestemmelser i mindre grad aktualiseres gjennom at man finner alternative tiltak basert på faglig refleksjon støttet opp av utdanning, erfaring og veiledning. Han mener man da kan håpe at bestemmelsene kan få mer karakter av det han kaller en "hvilende lov", som vil si en lov det ikke lengre fattes vedtak på bakgrunn av (s. 202)²¹⁴. Så lenge en lykkes med å finne alternativer kommer ikke de detaljerte lovbestemmelsene til anvendelse. Tilbake står ifølge Ellingsen de overordnede målene som ligger i lovbestemmelsene om respekt for personens integritet og retten til selvbestemmelse.

²¹⁴ Så vidt jeg kjenner til er det vanligere å omtale lover som ikke brukes i praksis som sovende lover enn hvilende lover. Jeg antar at det er det Ellingsen mener med dette uttrykket.

6.9 Oppsummering av materialet

Etter et så omfattende og langt kapittel om det materialet jeg har funnet som kan belyse hvordan lovreglenes møte med virkeligheten har vært blir det nødvendig med en oppsummering, før jeg i neste kapittel vil drøfte i hvilken grad lovens intensjoner er oppfylt på bakgrunn av det som er kommet fram i dette kapitlet. Refleksjoner rundt og diskusjon av materialet kommer i de påfølgende kapitlene. Jeg oppsummerer kronologisk, for å gi et bedre bilde av utviklingen²¹⁵. Alt tallmaterialet kommer til slutt. Men først noen ord om vektlegging av de ulike funn og konklusjoner som er i dette materialet.

6.9.1 Vekting av funn og konklusjoner

I materialet jeg har tatt for meg vektlegges funnene ulikt. Der noen konkluderer med at det fortsatt er et stykke igjen før alt gjøres i samsvar med lovverket, og dermed virker noe negative, fokuserer andre på de endringene som er skjedd og virker dermed mer positive. Det er derfor viktig for meg å se mest på datagrunnlaget og redegjørelsen, og ikke så mye på selve konklusjonene, spesielt når formålet med den aktuelle teksten ikke er det samme som for min oppgave. I grove trekk fokuserer rapportene fra Helsetilsynet mest på hva som mangler, mens det mer kvalitativt innsamlede materialet fokuserer mer på endringene som er skjedd. Alt i alt sitter jeg igjen med et inntrykk av at det har skjedd en gradvis endring, men at denne har variert i omfang og fart, og at man fortsatt har et stykke å gå før praksis og lovverk er i overensstemmelse, men at man er på god vei.

6.9.2 Rådets evaluering (2002)

Rådet mente at oppmerksomhet knyttet til lovforarbeidene kan ha ført til at noe av virkningen av loven satte inn allerede i 1998, men prosessen med å utarbeide vedtak gikk likevel sakte i 1999, noe som kan skyldes at spesialisthelsetjenesten ikke hadde tilstrekkelig kapasitet til å bistå i utformingen av tiltak i starten. De framhevet det relativt høye antallet saker hvor det er søkt om dispensasjon fra utdanningskravet. Fylkesmennene mente at underrapporteringen av tvangsbruk trolig gikk ned i løpet av de første årene lovverket gjaldt. Rådet etterlyste opplysninger om hvilke alternative tiltak som var prøvd og omfanget av disse. De konkluderte med at loven hadde ført til en bedret kontroll med bruk av tvang og makt, en høyere erkjen-

²¹⁵ Se tidslinje over materialet i Vedlegg 4.

nelse av brukerens integritet og selvbestemmelsesrett, og at den faktiske tvangsbruken ble redusert. De anbefalte videre lovregulering.

6.9.3 Tilsynserfaringer 2003-2004

Fylkesmennenes tilsynserfaringer for 2003 og 2004 viste at tvang i noen grad ble brukt systematisk uten at det var fattet vedtak om det og at det ikke alltid ble sendt inn meldinger når tvang ble brukt i uforutsette nødsituasjoner. Det var også noe uhjemlet tvangsbruk ved at tidligere vedtak ikke var fornyet, men fortsatt ble brukt. Når det var fattet vedtak ble tvang stort sett brukt i tråd med vedtakene som var gjort, og det skjedde ofte en positiv endring for brukeren når det var fattet vedtak, ved at tvangsbruken over tid ble redusert.

Noen kommuner kunne legge fram gode systemer for å sikre kvaliteten på tjenestene, og hadde sterkt fokus på at tvang og makt ikke skulle benyttes i tjenesteytingen, mens andre manglet systematiske tiltak som skulle sikre at andre alternativer ble prøvd før tvangstiltak ble iverksatt. Det foregikk ifølge Fylkesmennene mye aktivitet i kommunene knyttet til opplæring, men hvor omfattende og systematisk den var varierte. Kunnskapen og forståelsen av tvangsbegrepet og lovreglene generelt var varierende og ofte mangelfull. Helsetilsynet fulgte opp med landsomfattende tilsyn i 2005 og 2006.

6.9.4 Endrede holdninger til utdanning, faglighet og refleksjon

Ellingsen fant i sin doktorgradsavhandling (2006) at det var skjedd endringer i tjenesteytneres holdninger og praksis knyttet til bruk av tvang og makt etter at loven trådte i kraft²¹⁶. Lovverket grep direkte inn i den kollektive praksisen med sine ufravikelige krav om at alternativer til bruk av tvang skulle være prøvd og at all bruk av tvang måtte begrunnes. Personalet kunne ikke lenger basere seg på en mer eller mindre uartikulert og kollektivt forankret faglighet, noe som gjorde at de ble tvunget til å reflektere over og verbalisere egen praksis. Gjennom dette fant personalet nye måter å utføre tjenestene på som var mindre inngripende eller ikke involverte bruk av tvang i det hele tatt. Utdanningsbasert fagkunnskap krevdes og ble etterspurt, siden man skulle dokumentere at alternative tiltak var prøvd, veiledning var lovpålagt og tiltak skulle begrunnes faglig.

²¹⁶ Rekkefølgen er her endret fra tidligere i dette kapitlet, da Ellingsens datainnsamling ble gjort før Handegårds datainnsamling (selv om publiseringsrekkefølgen var motsatt).

Vilkårskravene om å først prøve andre løsninger, faglig og etisk forsvarlighet, dokumentasjonskrav knyttet til metoder og utarbeidelse av individuell plan mener Ellingsen nødvendiggjør en kontinuerlig faglig refleksjon som har bidratt til å utvikle alternativer til bruk av tvang, og som bidrar til at refleksjonen ikke avtar. Dette krever ressurser.

Ellingsen antyder at lovbestemmelsene kan komme til å utgjøre en mellomfase, ved at lovens bestemmelser i mindre grad aktualiseres gjennom at man finner alternative tiltak basert på faglig refleksjon støttet opp av utdanning, erfaring og veiledning. Han håper bestemmelsene etter hvert blir overflødige.

6.9.5 Lovverkets mottakelse i boliger med ulike omsorgsprofiler

Handegård viser i sin doktorgradsavhandling (2005) hvordan omsorgsmiljøenes faglige profil får stor betydning når det gjelder hvordan tvangsreguleringen tillempes og hvilke konsekvenser den får for det daglige omsorgsarbeidet. I den atferdsterapeutiske omsorgsprofilen bidro loven til en tydeliggjøring av den rigide atferdsterapeutiske arbeidsstilen, med sterk struktur og kontroll, og et tingliggjort og instrumentelt forhold til omsorgsarbeidet, samt lite refleksjon rundt konsekvenser og bieffekter av tvangstiltakene. I den passivt brukerstyrte omsorgsprofilen holdt de avstand til loven. De foretrakk ufaglærte (mange hadde erfaring som dørvakter) framfor å risikere at noen med atferdsanalytisk utdanning kom inn, noe de forbandt med tvangsregimet under HVPU. I den hverdagslivsorienterte omsorgsprofilen forholdt de seg til loven som til det generelle omsorgsarbeidet: på en fleksibel og konkret måte. De brukte en del tid i starten på å sette seg inn i lovverket, og valgte ut noen områder av egen praksis som de utredet og laget tvangstiltak på (om enn noe tilfeldig). Omsorgsarbeidet ble her mer formalisert etter at loven trådte i kraft.

Ifølge Handegård satte de nye lovreglene i gang prosesser som hadde betydning for det daglige omsorgsarbeidet. Lovreguleringen bidro til at personalet i større grad reflekterte over og fikk et mer bevisst forhold til bruk av tvang og makt i den daglige omsorgen. Samtidig advarer Handegård mot at de ferdig utredede og godkjente tvangsvedtakene ble oppfattet som en ferdig fortolkningsramme, til tross for at loven stiller krav til at personalet hele tiden skal vurdere det de gjør. Videre ser det ut til at man har lyktes med å skape en kompetansekultur blant personalet i boligene, men denne kan bidra til økt differensiering og profesjonalisering av omsorgsarbeidet. Hun trekker fram at enkelte miljøer rapporterer om nedgang i tvangsbruken.

Til slutt advarer Handegård mot utilsiktede virkninger av en økende rettsliggjøring av omsorgen, blant annet kan det føre til at omsorgsarbeidet gjøres til et pliktlop der det viktigste er å holde seg innenfor lovlighetens grenser, eller at en finner kreative løsninger som har som formål å unngå lovverket. Hun er kritisk til bruken av makt i tvangsdefinisjonen i lovverket. Det er videre fare for at omsorgsarbeidet innsnevres slik at det som er juridisk relevant får forrang. Kriteriene for bruk av tvang kan bli så detaljerte at det tar fokus bort fra den primære oppgaven: å yte omsorg, eller prosedyrene for gjennomføring av tvangstiltak kan bli så detaljerte at personalet nærmest må være programmert for å kunne følge dem. Hun advarer også mot at denne reguleringen representerer en formalisering av omsorgsarbeidet som reduserer muligheten for bruk av skjønn. På den annen side påpeker hun at den kan bidra til en bedre og mer systematisk jobbing med det faglige opplegget rundt brukeren.

6.9.6 Landsomfattende tilsyn i 2005 og 2006

For å følge opp og skaffe seg mer kunnskap om det som kom fram i tilsynserfaringene fra 2003-2004 ble det fulgt opp med landsomfattende tilsyn i 2005 og 2006. Disse tilsynene bekreftet langt på vei funnene fra 2003-2004. Tilsynet avdekket bruk av tvang og makt i strid med lovbestemmelsene i 41 av de 53 undersøkte kommunene i 2005, og i 44 av de 59 undersøkte kommunene i 2006. Tvang og makt ble brukt uten at det forelå vedtak, kommunene sikret ikke i tilstrekkelig grad systematisk arbeid med andre løsninger enn bruk av tvang og makt, og mange kommuner manglet tilstrekkelig styring og kontroll med tjenestene som omfattet bruk av tvang og makt overfor utviklingshemmede. Det ble også påvist svikt i saksbehandlingsprosessen og formelle mangler ved vedtakene, uklare rapporterings- og kommunikasjonsrutiner, samt utfordringer med å sikre tilstrekkelige bemanningsressurser. Tilsynene viste også varierende og manglende kunnskap om og forståelse av tvangsbegrepet hos ansatte, og kommunene sikret ikke i tilstrekkelig grad kartlegging og gjennomføring av nødvendig opplæring i lovbestemmelsene.

Jeg vil igjen understreke at utvalget av kommuner det skal føres tilsyn med var basert på risiko- og sårbarhetsvurderinger. Funnene fra tilsynene gir derfor ikke noe representativt bilde på nasjonalt nivå, men synliggjør noen av utfordringene kommunene har å jobbe med. Det helhetlige bildet er altså antakeligvis mer positivt enn man kan få inntrykk av ved å lese om tilsynserfaringene. Bruken av "ikke i tilstrekkelig grad" viser også at en del av utfordringene jobbes med, men trenger mer oppmerksomhet.

Helsetilsynet konkluderte med at det at bruk av tvang er i tråd med vedtakene når det er fattet slike, og at det ofte skjer en positiv endring for bruker og nedgang i tvangsbruken når slike er fattet, viser at lovreguleringen har hatt positiv effekt. Samtidig mener de det er grunn til bekymring for den uhjemlede tvangsbruken og at denne ikke ble fulgt opp tilstrekkelig. Også de store variasjonene mellom kommunene knyttet til opplæring og kjennskap til rutiner for beslutning, rapportering og oppfølging gir grunn til bekymring.

6.9.7 Nordlandsforsknings evaluering (2008)

Blant Nordlandsforsknings informanter var det stor enighet om at lovreguleringen hadde vært svært positiv for personer med utviklingshemning. Den hadde ifølge informantene bidratt til at tvangsbruken var gått betydelig ned, økt fokus på forebygging og begrenning av bruk av tvang og makt, mer alternativ tenkning og refleksjon blant personalet, og andre og mindre inngripende tiltak. De mente tjenestetilbudet mange steder var blitt bedre som følge av lovkapitlet og at personer med utviklingshemning hadde fått bedre rettsikkerhet og bedre muligheter til å bestemme over eget liv.

Det ble pekt på utfordringer med å få på plass kompetanse, opplæring og veiledning, få ned antall dispensasjoner, få på plass et velfungerende internkontrollsystem, at Fylkesmannen mangler sanksjonsmuligheter overfor kommunene, forholdet mellom pårørende og personalet (ulike meninger om nødvendigheten av tvangsbruk), at forholdet mellom Fylkesmannen og habiliteringstjenesten ikke bør bli for tett (da de har ulike kontrolloppgaver) og økt fokus på diagnose på grunn av at dette er et av vilkårene i loven. Det kom også fram at det noen steder har skjedd en ressursforskyvning fra det generelle tjenestetilbudet til personer med utfordrende atferd, et potensielt a- og b-lag blant brukere med utviklingshemning, og at man må ta en vurdering på hvordan tjenestetilbudet organiseres og hvilket innhold det skal ha, samt at selvråderetten ikke må føre til handlingslammelse hos personalet.

Nordlandsforskning konkluderte med at man var godt på vei, men at det trengs ressurser og oppmerksomhet for å komme videre og sikre at formålet med lovkapitlet innfris.

6.9.8 Saksbehandlingen hos Fylkesmennene

SINTEFs undersøkelse av saksbehandlingen hos Fylkesmennene ved overprøving av tvangsvedtak i 2011 viste at det var stor oppmerksomhet knyttet til iverksettelsen og videreføringen av tiltak, og at disse var godt faglig forankret, men at det var noe uklarhet rundt kategoriser-

ingen av vedtak (skadeavverging/dekking av grunnleggende behov). I overprøvingsvedtakene ble kravet om faglig og etisk forsvarlighet vektlagt, herunder kommunenes samhandling med spesialisthelsetjenesten. Fylkesmennene vektlegger kompetanse hos tjenesteyterne (både formell og personlig egnethet), og faglig forsvarlighet knyttes opp mot dispensasjoner fra utdanningskravet, men kommunene har betydelige utfordringer med å rekruttere personell med ønsket fagutdanning. I undersøkelsen kom det også fram at fylkesmennene ved flere anledninger knyttet vilkår til godkjenning av vedtak og innvilgelse av dispensasjoner for å øke fagligheten i tiltakene, for eksempel endringer i turnusplaner, opplæringstiltak og rekruttering. Gjennomgangen tyder på at det er stor oppmerksomhet i kommunene på å finne fram til mindre inngripende tiltak og andre løsninger enn bruk av tvang og makt, noe som også ble vektlagt i Fylkesmannens overprøvingsvedtak.

6.9.9 Registrert tvang – omfang

I perioden hvor de midlertidige reglene gjaldt (1999-2003) gikk tallet på meldinger om skadehindrende tiltak i nødssituasjoner gradvis ned og tallet på vedtak om planlagt tvangsbruk vokste. Dette var en ventet utvikling, avgjørelser i enkelttilfeller ble til planlagte tiltak regulert i godkjente vedtak. Tallet på utviklingshemmede som var omfattet av enkeltmeldinger var relativt stabilt, mens antallet utviklingshemmede som var omfattet av vedtak vokste, også dette som ventet. Alt gikk altså som forventet fram til 2003.

Da de permanente reglene ble innført i 2004 skjedde det en endring. I stedet for å synke, økte tallet på enkeltmeldinger (og antallet personer omfattet av dem). Antall vedtak og personer omfattet av disse fortsatte å øke. Forventningen om at mer kunnskap om utfordrende atferd og andre løsninger enn bruk av tvang og makt skulle føre til færre enkeltmeldinger overfor færre personer slo altså ikke til. Noe av dette kan tilskrives meldinger på tvang som har vært regulert i vedtak, men som blir registrert som enkeltmelding fordi vedtaksperioden er gått ut uten at det er gitt ny godkjenning (ennå). Når det gjelder vedtakene forventet man at tallene ville stige de første par årene, men at det så ville stabilisere seg, men tallene har altså fortsatt å øke.

I rapporten fra Helsetilsynet var det bare med tallmateriale til og med 2007. Jeg innhentet selv tallmateriale for årene fra 2008 til 2013. Disse viser en drastisk nedgang i antall enkeltmeldinger fra 2008 til 2009. Deretter er tallet relativt stabilt, med unntak av et lite hopp i 2011. Antallet personer holder seg stabilt. Antall godkjente vedtak går også drastisk ned fra 2008 til 2009. Helsetilsynet opplyser at endringer i registreringsrutiner kan forklare mye av

dette. Fra 2009 er det en liten økning i antall vedtak for hvert år, og en kraftigere økning fra 2012 til 2013. Antall personer omfattet av vedtakene stiger relativt jevnt fram til 2011, går litt ned i 2012, før det øker omtrent like mye som antall vedtak i 2013.

6.9.10 Kontroll i form av tilsyn – omfang

Så lenge de midlertidige reglene gjaldt skulle Fylkesmannen føre tilsyn med godkjente vedtak, og kunne også gjøre tilsyn på eget initiativ. Tilsyn med vedtak økte i antall for hvert år fram til 2003²¹⁷, det samme gjorde antall vedtak. Andelen vedtak som fikk tilsyn var på rundt halvparten i 2000 og 2001, og økte til rundt 70 prosent i 2002 og 2003. Tilsyn på eget initiativ sank for hvert år i denne perioden. Dette kan bero på at ressursene ble brukt på tilsyn med godkjente vedtak, eller at fylkesmennene mente det ble mindre behov for tilsyn på eget initiativ fordi de var av den oppfatning at vedtak begynte å komme på plass der det trengtes, og boligene rettet seg etter lovverket.

Ved innføringen av de permanente reglene fra 2004 kom begrepet stedlig tilsyn inn. Antallet gjennomførte stedlige tilsyn økte for hvert år fram til 2008, hvor det så sank for hvert år fram til 2012, og steg igjen i 2013. De fleste tilsynene er med godkjente vedtak, men noen er også tilsyn uten at det foreligger vedtak. Jeg har ikke tall på hvor mange. Andelen vedtak som får tilsyn ligger på mellom 20 og 30 prosent fram til 2011. Den stiger fram til 2006, ligger lavt i 2007 og 2008 før det øker en del i 2009, og deretter synker jevnt for hvert år. I 2012 og 2013 er den på henholdsvis 17 og 16 prosent. Selv om det er en økning i antall gjennomførte stedlige tilsyn fra 2012 til 2013, økte vedtakene mer, og andelen vedtak som fikk tilsyn sank. Jeg har ikke sett noen begrunnelse på variasjonen i omfanget av tilsyn.

6.9.11 Dispensasjoner fra utdanningskravet

Fylkesmannen kan "i særlige tilfeller" gi dispensasjoner fra utdanningskravet i § 9-9 tredje ledd, men tallene viser at mellom 44 og 98 prosent av alle godkjente tvangsvedtak hvert år har fått innvilget slike dispensasjoner²¹⁸. Fra toppen på 98 prosent i 2009 har tallet vært jevnt synkende. Det er vanskelig å si noe om utviklingen basert på tallene jeg har funnet. Jeg har ikke gode tall på antall avviste søknader. Innvilgede søknader forteller lite om hvor mange tvangstiltak som blir gjennomført av personer med dispensasjon, men at andelen vedtak med

²¹⁷ Fra 2000, jeg har ikke tall for gjennomførte tilsyn i 1999.

²¹⁸ Med unntak av 1999 hvor det var 20 prosent, men dette må tilskrives innkjøringstid.

dispensasjoner er så vidt høy kan tyde på at det mange steder er vanskelig å rekruttere nok kvalifisert personell. At denne andelen nå ser ut til å gå relativt stødig nedover kan tyde på en positiv utvikling.

6.9.12 Klagesaker

Fylkesmannen er klageinstans for beslutning om skadeavvergende tiltak i akutt nødssituasjon (bokstav a), og Fylkesnemnda er klageinstans for vedtak som er overprøvd av Fylkesmannen (bokstav b og c). Tross tvangsbruk er det svært få klagesaker på dette området, totalt mellom to og åtte årlig, noe som vil si at mellom 0,1 og 0,5 prosent av personene som har enkeltmeldinger og/eller vedtak benytter klageretten. Vedtak i klagesaker hos Fylkesnemndene kan bringes inn for tingretten og derfra bringes videre oppover i domstolssystemet. Siden omfanget av klagesaker på lavere nivå er så lite er det selvsagt heller ikke stort omfang videre i systemet, jeg har funnet i alt tre saker, to som stoppet i Tingretten, og én som gikk til Høyesterett²¹⁹.

²¹⁹ Databasen jeg har tilgang til er ikke komplett, det kan være flere saker, men mange er det neppe snakk om.

7 Oppfyllelse av intensjonene

I kapittel 5 om lovens intensjoner redegjorde jeg bare for disse, uten å komme inn på i hvilken grad de er oppfylt. Det vil jeg gjøre i dette kapitlet. Jeg vil ta for meg hver enkelt intensjon, i samme rekkefølge som i kapittel 5 og diskutere hva materialet, som er redegjort for i kapittel 6, sier om i hvilken grad intensjonene er oppfylt.

7.1 Hindre vesentlig skade

Å hindre at utviklingshemmede skader seg selv eller andre er både et av hovedformålene med lovbestemmelsene, og hovedvilkår for at man kan bruke tvang og makt etter lovverket. I hvilken grad dette formålet oppfylles er vanskelig for meg å vurdere. Jeg har ikke data på om det skjer skader som følge av at man ikke bruker tvang, og heller ikke om tvangsbruk ikke evner å hindre skade. Men siden dette er inngrepskriterium både for beslutning av tvang og makt i form av skadeavvergende tiltak i akutte nødssituasjoner (bokstav a), og for godkjenning av vedtak om bruk av tvang og makt i form av skadeavvergende tiltak i gjentatte nødssituasjoner (bokstav b) og tiltak for å dekke grunnleggende behov (bokstav c), må man anta at personalet, kommunen og Fylkesmannen mener og tror at beslutningene og vedtakene om bruk av tvang og makt i disse situasjonene er nødvendige og oppfylder lovens vilkår om at tvangsbruken hindrer vesentlig skade. Denne intensjonen handler mest om å legitimere at det åpnes for lov-hjemlet tvangsbruk.

7.2 Forebygge og begrense bruk av tvang

Det andre hovedformålet er å forebygge og begrense bruken av tvang og makt i tjenesteytingen til personer med utviklingshemning. Loven har mange virkemidler som skal bidra til at denne intensjonen oppfylles: kommunen plikter å legge forholdene til rette for minst mulig bruk av tvang, andre løsninger må prøves først, det må være forholdsmessighet mellom tiltaket og skaden man søker å forhindre, og det er gitt et begrenset anvendelsesområde (bare for å hindre vesentlig skade som ledd i tjenesteyting). Den relativt sterke kontrollen og omfattende saksbehandlingen kan også sies å være et ledd i å forebygge og begrense tvangsbruken, men disse faktorene er samlet under neste intensjon, rettssikkerhet.

7.2.1 Legge forholdene til rette

Tilsynserfaringene fra 2003-2006 viste store variasjoner. Det var mye bra arbeid i mange kommuner, med gode systemer for å sikre kvaliteten på tjenestene og sterkt fokus på at tvang og makt ikke skulle benyttes i tjenesteytingen. I andre kommuner manglet systematisk arbeid med andre løsninger, styring og kontroll med tjenestene, samt internkontroll, opplæring og rapporteringsrutiner.

Nordlandsforskning pekte i 2008 på noen utfordringer knyttet til kommunens tilrettelegging: å få på plass kompetanse, opplæring, veiledning og internkontroll, at det er skjedd en ressursforskyvning fra det generelle tjenestetilbudet til personer med utfordrende atferd, og at man må ta en vurdering på hvordan tjenestetilbudet skal organiseres og hvilket innhold det skal ha. Evalueringen understreker viktigheten av at det settes av ressurser og oppmerksomhet til dette temaet for å komme videre og sikre at formålene med lovkapitlet innfris.

SINTEFs undersøkelse i 2011 viste at det er stor oppmerksomhet i kommunene knyttet til iverksettelsen og videreføringen av tiltak og at det jobbes med den faglige forankringen. Undersøkelsen avdekket at det var knyttet usikkerhet rundt kategoriseringen av vedtak (b/c), og viste at kommunene har betydelige utfordringer med å rekruttere fagutdannet personell.

For å sikre seg mot underrapportering må kommunene legge til rette slik at rapporteringsrutiner ikke bare er utarbeidet, men også gjort kjent blant personalet, og at de har kunnskap om og forståelse for hva som regnes som tvang etter lovverket, slik at de vet hva de skal rapportere (tilsynserfaringer og Ellingsen).

7.2.2 Andre løsninger må prøves først

Rådets evaluering i 2002 viste at kravet om alternative tiltak gjennomgående innfris i vedtakene, men at det var få og marginale opplysninger i vedtakene om hvilke alternativer som konkret var prøvd og i hvilket omfang. Rådets lovutkast hadde større fokus på forebyggingsaspekter og andre løsninger. Tilsynserfaringene fra 2003-2006 viste at det var store variasjoner i hvor stor grad kommunene arbeidet systematisk med å finne andre løsninger, noen hadde gode systemer, mens andre ikke arbeidet tilstrekkelig med dette.

Ifølge Nordlandsforskning (2008) tenker personalet mer alternativt, og klarer mange steder å komme fram til alternative eller mindre inngripende tiltak. SINTEFs dokumentgjennomgang i 2011 tydet på at det var stor oppmerksomhet i kommunene på kontinuerlig

arbeid for å finne fram til mindre inngripende tiltak og andre løsninger enn bruk av tvang og makt, noe som også ble vektlagt i Fylkesmannens overprøvingsvedtak.

Ellingsen mener at i stedet for å basere seg på en mer eller mindre uartikulert og kollektivt forankret faglighet, slik man gjorde i mange boliger før lovverket kom, ble man nødt til å begrunne og verbalisere nødvendigheten av tiltak, prøve ut alternativer og begrunne hvorfor disse ikke førte fram. Ifølge Rådet er det i Norge et antall brukere hvor tilbakevendende bruk av tvang og makt kan være aktuelt, og hvor man ikke ser andre løsninger. De understreker samtidig at i mange situasjoner hvor tvangsbruk tidligere har framstått som nødvendig for tjenesteyterne, har man greid å finne andre løsninger.

7.2.3 Forholdsmessighetskravet

Det må være forholdsmessighet mellom tvangstiltaket og den skaden man søker å forhindre. Da jeg ikke har sett på konkrete saker er det vanskelig for meg å vurdere i hvilken grad denne delen av lovverkets intensjoner er oppfylt, men siden det er et av vilkårene for at bruken av tvang og makt skal være lovlig, forutsetter jeg at Fylkesmannen ved sin overprøving av vedtak og kontroll av enkeltmeldinger påser at dette blir fulgt.

7.2.4 Begrenset anvendelsesområde

Tvang og makt kan bare brukes som et ledd i kommunale pleie- og omsorgstjenester til personer med utviklingshemning, og bare for å hindre eller begrense vesentlig skade. Jeg har ikke data på om tvang og makt blir brukt utover det lovfestede anvendelsesområdet, men Nordlandsforskning peker på noen utfordringer i denne forbindelse: Fylkesmannen gir uttrykk for uklarhet om hvordan det skal føres tilsyn og kontroll med private virksomheter. Arena-problematikken er også kjent, noen opplever det som problematisk at lovkapitlet ikke gjelder under medisinsk behandling, på skoler og arbeidsplasser. I tillegg diskuteres om man kan og bør bruke dette lovkapitlet overfor utviklingshemmede som begår eller som en frykter kan begå straffbare handlinger²²⁰.

²²⁰ Ifølge informasjon jeg har fått er det diskusjoner knyttet til dette som gjør at prosessen med å ferdigstille det nye rundskrivet (til kapittel 9) tar tid. Det står ingen ting om dette i rundskrivet fra 2004.

7.2.5 Faktisk og registrert tvangsbruk

Begge evalueringene konkluderer med at den faktiske tvangsbruken er gått ned, slik sett er loven en suksess. Man har ingen kontroll på mørketall og underrapportering, og uklare rapporteringsrutiner som har endret seg noen ganger i løpet av de årene lovverket har vært i kraft gjør det vanskelig å sammenligne tallene. Tendensen har likevel vært at den registrerte tvangen har økt. Det så ut til at den hadde stabilisert seg på i underkant av 1000 vedtak overfor ca. 900 personer årlig, og rundt 20.000 enkeltmeldinger overfor i overkant av 1000 personer i årene fram til 2012. Men i 2013 var det en tydelig økning i alle disse tallene, til 1260 vedtak overfor 1100 personer og 24.000 enkeltmeldinger overfor 1100 personer.

7.3 Rettssikkerhet

I kritikken mot institusjonsomsorgen under HVPU ble det etterlyst bedre rettssikkerhet for beboerne og en klar lovhjemling av bruk av tvang og makt, med bedre kontroll. I lovkapitlet har man flere tiltak for å bedre rettssikkerheten, som jeg nå vil ta for meg.

7.3.1 Klar lovhjemling

Det var under HVPU-perioden tidvis en utstrakt tvangsbruk, selv om man ikke hadde noen tydelig lovhjemmel for dette. I forbindelse med reformen startet arbeidet med en eventuell lovregulering. I lovkapitlet er det tydelige vilkår knyttet til tvangsbruken og det er gitt begrenset anvendelsesområde. Kunnskapen om og forståelsen av tvangsdefinisjonen og lovverket generelt har vært varierende, men økende. At lovverket er kjent er en forutsetning for at det følges. Lovverket kan kritiseres for å ha en noe diffus definisjon av tvangs- og maktbegrepene. Nordlandsforskning pekte på noen utfordringer knyttet til kontrollen av private virksomheter, lovkapitlets anvendelse som tiltak i forbindelse med at utviklingshemmede begår straffbare handlinger (eller for å forhindre dette), og arenaproblematikken (det gjelder potensielt ikke overalt den utviklingshemmede ferdes i sitt dagligliv).

7.3.2 Saksbehandling og overprøving

Den omfattende saksbehandlingen og Fylkesmannens automatiske overprøving blir ansett som viktige rettssikkerhetsgarantier, og skal sikre at de øvrige reglene blir fulgt. Evalueringen fra Rådet (2002) og tilsynserfaringene (2003-2006) viste at det var store variasjoner mellom

kommunene i hvor godt de ivaretok saksbehandlingen. Evalueringen fra Nordlandsforskning (2008) og SINTEFs undersøkelse (2011) viste imidlertid at det foregikk mye bra arbeid rundt om i kommunene knyttet til utforming, iverksettelse og gjennomføring av tiltak, og at saksbehandlingsreglene ble fulgt. Dette kan tyde på en positiv utvikling. Fylkesmannens automatiske overprøving skal sikre at vedtakene er i samsvar med lovverket. SINTEFs undersøkelse viste at Fylkesmannen ved flere anledninger knytter vilkår til godkjenning av vedtak og innvilgelse av dispensasjoner fra utdanningskravet. I undersøkelsen kom det også fram at det var noe uklarhet knyttet til klassifiseringen av vedtak, noe som får betydning for hvilket utdanningskrav som gjelder²²¹. Evalueringen fra Nordlandsforskning og informantene til Handegårds doktorgradsavhandling trekker fram at formaliseringen av omsorgsarbeidet som følge av vedtak om tvang (rapportering og evaluering) tar unødige mye tid, og at personalet bruker mye tid og ressurser på å utforme tiltakene og å følge saksbehandlingsreglene.

7.3.3 Tilsyn og kontroll

For å sikre bedre kontroll med tjenestene skal Fylkesmannen føre tilsyn. Så lenge de midlertidige reglene gjaldt skulle det føres tilsyn med godkjente vedtak, og det kunne også føres tilsyn på Fylkesmannens eget initiativ. Tilsyn med vedtak økte for hvert år, det samme gjorde antall vedtak. Tilsyn på eget initiativ sank jevnt i samme periode.

Begrepet stedlig tilsyn kom inn med innføringen av de permanente reglene i 2004, og antallet gjennomførte slike økte for hvert år fram til 2008, før det sank for hvert år fram til 2012, men øker litt i 2013. De fleste stedlige tilsyn er med godkjente vedtak. Andelen har ligget mellom 20 og 30 prosent. Den stiger fram til 2006, ligger lavt i 2007-2008, før den øker en del i 2009 og så synker jevnt for hvert år. Jeg har ikke sett noen begrunnelse for dette, men antar det er snakk om et ressursproblemmå. Det kan også være at dette ikke er blant satsningsområdene. I absolutte tall økte antall tilsyn fra 2012 til 2013, noe som kan tyde på mer oppmerksomhet og/eller ressurser til dette området²²².

Ved gjennomføringen av tvangstiltak regulert i vedtak skal det som hovedregel være to tjenesteytere til stede. Slik kan de også kontrollere hverandre. Rådet konkluderer i sin evaluering med at loven har ført til en bedret kontroll med bruk av tvang og makt under tjenesteutøvelsen.

²²¹ Siden det er ulike utdanningskrav til tiltak etter henholdsvis bokstav b og c, se punkt 4.3.15.

²²² Det økte fra 173 til 206 gjennomførte stedlige tilsyn. Da antall vedtak samtidig økte kraftig (med 27 prosent), sank andelen vedtak som fikk tilsyn fra 17 til 16 prosent.

7.3.4 Klager

Tross tvangsbruk er det svært få klagesaker på dette området. Fylkesmannen og Fylkesnemndene, som er klageinstans for henholdsvis beslutning om tvangstiltak i akutte nødsituasjoner og godkjente vedtak om tvangstiltak, har behandlet mellom to og åtte saker årlig. Det vil si at mellom 0,1 og 0,5 prosent av personene som har enkeltmeldinger og/eller vedtak benytter klageretten. Pårørende og verge er også gitt klagerett på vegne av den utviklingshemmede. Når det gjelder klager for domstolene har jeg bare funnet tre saker.

Nordlandsforskning fant i sin evaluering at personalet noen ganger opplever forholdet til pårørende problematisk, blant annet i forhold til når det er nødvendig å bruke tvang. Man kunne tenke seg at uenighet om det kunne bli brakt inn for klageinstansene, men blir altså det i veldig liten grad. Det betyr enten at konfliktene løses på lavere nivå, at klageadgangen ikke er kjent (dog plikter både kommunen og Fylkesmannen å opplyse om den) eller at den ene parten gir seg eller ikke orker å ta saken videre. Dette har jeg ingen opplysninger om²²³.

7.4 Integritet og selvbestemmelse

Tjenestetilbudet skal så langt det er mulig tilrettelegges i samarbeid med den det gjelder, og lovverket setter et ettertrykkelig forbud mot nedverdiggende eller krenkende behandling. Ifølge Ellingsen var det før lovbestemmelsene ble innført liten praksis for å høre på hva brukeren selv ønsket, og konflikter ble ikke sett på som et problem, men som et tegn på at personalet hadde vært standhaftige og ikke gitt etter. Etter innføringen av lovbestemmelsene skjedde det ifølge hans informanter store endringer, blant annet ved at brukerne nå var med og bestemte selv. Rådet konkluderte også i sin evaluering med at loven hadde ført til en høyere erkjennelse av brukerens rett til respekt for sin integritet og selvbestemmelsesrett, og tydeliggjorde dette i sitt lovutkast. Nordlandsforskning advarte i sin evaluering mot at selvråderetten gjør at utviklingshemmede får en del muligheter til å ta valg som ikke alltid oppleves som optimale av omgivelsene. Dersom personalet lar være å gripe inn når det er grunn til det, enten fordi de er

²²³ Forholdet mellom pårørende/verge (ofte foreldre eller søsken) og personalet kan være komplisert. Det kan også være en del dårlig samvittighet fra familiens side for at de ikke makter å gi brukeren det han/hun trenger og er avhengig av det offentlige, og usikkerhet eller uenighet om hva som er best. Mange har måttet kjempe om ressurser et helt liv. Å ta en sak til retten kan oppleves som en ekstra belastning, og man risikerer at det var til ingen nytte hvis man taper. Det kan også være at pårørende/verge "backer unna" for å la personalet "gjøre jobben sin", eller at de er redde for at konflikten kan gå utover tilbudet til brukeren. Dette er selvsagt bare spekulasjoner. Materialet mitt sier ikke noe om dette.

usikre eller fordi de bruker selvråderetten som unnskyldning for å ikke gjøre noe, har det gått for langt. Handegård så eksempler på dette i den passivt brukerstyrte omsorgsprofilen.

7.5 Holdningsendring

Ifølge rundskrivet ligger den viktigste beskyttelsen mot krenkende behandling og overgrep ikke i regelverket, men i omsorgsmiljøenes (og samfunnets) verdier og holdninger. Noe av intensjonen med lovverket var at man skulle få et bevisst forhold til tvangsbruk og kontinuerlig lete etter andre og mindre inngripende løsninger og tiltak. Denne intensjonen henger nært sammen med intensjonen om å forebygge og begrense bruk av tvang og makt og intensjonen om å sikre utviklingshemmedes integritet og selvbestemmelse.

Rådet konkluderte i sin evaluering med at loven hadde ført til en høyere erkjennelse av brukerens rett til respekt for sin integritet og selvbestemmelsesrett (noe de vektla i sitt lovutkast), og at man i en del tilfeller hvor bruk av tvang hadde framstått for personalet som nødvendig før, hadde man likevel greid å komme fram til andre og mindre inngripende tiltak. Dette viser at tvangsbruken kan reduseres med bevisstgjøring og kontinuerlig søken etter andre løsninger og måter å tilrettelegge situasjoner på. Nordlandsforskning konkluderte også i sin evaluering med at lovreglene hadde ført til økt fokus på forebygging og begrensnig av bruk av tvang og makt, og at personalet tenkte mer alternativt og reflekterte mer over hva de gjorde, hvorfor de gjorde det og hva konsekvensene av det de gjorde kunne bli, samt at de mange steder kom fram til alternative eller mindre inngripende tiltak.

Tilsynserfaringene viste at der det var fattet vedtak så var gjennomføringen av tvangstiltakene oftest i tråd med vedtakene. De viste også variasjoner knyttet til kunnskap og forståelse hos ansatte om hva begrepet tvang omfattet, noe Helsetilsynet advarte om at kunne få konsekvenser for holdninger til og bevissthet om tilrettelegging av situasjoner for å unngå bruk av tvang og makt. Ellingsen fant blant sine informanter at det var skjedd store endringer i måten personalet forholdt seg til brukerne og bruk av tvang og makt på. Man lyttet mer til hva brukerne ønsket, og lovbestemmelsene, med sine detaljerte krav og vilkår, gjorde at de ble tvunget til å reflektere og verbalisere egen praksis og kunnskapsgrunnlaget den bygde på. Ellingsen advarer mot at refleksjonene og endringsprosessene må holdes vedlike, og at det er fare for at tjenestemiljøene på et tidspunkt når et slags metningspunkt eller mener de har kontroll over situasjonen og at oppmerksomheten mot tvang dermed avtar.

Også Handegård fant i sin avhandling at lovreguleringen hadde ført til at personalet i større grad reflekterte over og fikk et mer bevisst forhold til bruk av tvang og makt, men advarer samtidig mot at tvangstiltakenes detaljerte utforming kan gjøre at de får preg av å være en ferdig oppskrift, og at dette igjen kan føre til at personalet bare utfører oppskriften (tvangstiltaket) uten å reflektere over det de gjør.

7.6 Faglighet

Det er krav om at all tvangsbruk skal være faglig og etisk forsvarlig, og det er stilt krav til utdanningsnivå hos personalet ved gjennomføringen av tvangstiltak regulert i vedtak. SINTEFs undersøkelse fant at tvangstiltakene var godt faglig forankret. I overprøvingsvedtakene til fylkesmennene ble dette særlig vektlagt gjennom kravet om faglig og etisk forsvarlighet, herunder kommunenes forhold til spesialisthelsetjenesten. Tilsynserfaringene viste at der det var fattet vedtak ble tvangstiltakene oftest gjennomført i tråd med vedtakene. Man må derfor kunne slutte at de dermed er faglig og etisk forsvarlige.

Rådet konkluderte i sin evaluering med at bistand fra spesialisthelsetjenesten ved utformingen av tvangstiltak fortsatt burde være en lovpålagt og prioritert oppgave for denne. De så også at den ikke hadde tilstrekkelig kapasitet til å behandle alle sakene ved innføringen av lovbestemmelsene, noe som førte til lang saksbehandlingstid. Nordlandsforskning fant i sin evaluering at forholdet mellom Fylkesmannen og habiliteringstjenesten generelt er godt, men advarer mot at det kan bli for tett, i og med at de har ulike roller og oppgaver regulert i loven. De fant også at Fylkesmannen i stor grad vektlegger habiliteringstjenestens uttalelser, spesielt knyttet til faglig og etisk forsvarlighet.

Det har hele veien vært en utfordring å få på plass den formelle kompetansen blant personalet. Rådet kommenterer det høye antallet dispensasjoner fra utdanningskravet (2002), det samme gjør Nordlandsforskning (2008). Tilsynserfaringene avdekket store variasjoner knyttet til opplæring og veiledning av personalet. Selv om Fylkesmannen bare skal gi dispensasjoner i særlig tilfeller, viser tallene at mellom 44 og 98 prosent av alle godkjente tvangsvedtak hvert år har fått innvilget slike dispensasjoner²²⁴. Det skal dog bemerkes at andelen har vært synkende siden toppen i 2009, og har gått ned fra 98 prosent til 74 prosent i 2012²²⁵.

²²⁴ Ellingsen, Berge og Lungwitz (2011) er svært kritiske til det høye antallet dispensasjoner fra utdanningskravet, og mener det undergraver både lovverket og rettssikkerheten.

²²⁵ Selv om den gikk noe opp, til 77 prosent, i 2013. Antall vedtak økte samtidig med 27 prosent, noe som kan bidra til å forklare dette. Rekrutteringsprosesser tar tid.

Dette kan tyde på at Fylkesmannen er strengere ved innvilgelsen og/eller at kommunene har bedret rekrutteringen av personell med riktig fagkompetanse.

Ifølge Handegård så det ut til at man hadde lyktes med å skape en kompetansekultur blant personalet i boligene og Nordlandsforskning mente i sin evaluering at de så en "gryende faglig revolusjon". Ellingsen fant også endringer i personalets holdning til utdanning, som hadde fått økt status siden lovbestemmelsene ble innført, og at det var mer vekt på en formalisert og verbalisert faglighet i tjenesteytingen. I stedet for at man arbeider ut fra pragmatiske kalkyler eller at alle skal handle likt ut fra en uartikulert og diffus kollektivt forankret faglighet, mener Ellingsen at lovverket har tvunget fram refleksjon, slik at arbeidet må begrunnes løpende ut fra faglige vurderinger og en etisk forankret refleksiv praksis.

7.7 Oppsummering

Ikke alle intensjonene er like enkle for meg å vurdere, da det varierer i hvor stor grad datamaterialet jeg har er dekkende. Flere av intensjonene går også over i hverandre, og jeg vil understreke at arbeidet som gjøres etter lovkapitlet er og må være et helhetlig arbeid. Det er analytiske og forenklende årsaker til oppdelingen i seks intensjoner her.

Datamaterialet i denne oppgaven sier ingen ting om det skjer skader som følge av at man ikke bruker tvang, eller om tvangsbruk ikke evner å *hindre skade* (intensjon nr. 1). Siden dette er inngrepskriterium går jeg ut fra at personalet, kommunen og Fylkesmannen mener og tror at beslutningene og vedtakene om bruk av tvang og makt er nødvendige og oppfyller lovens hovedvilkår om at tvang bare skal brukes for å hindre vesentlig skade.

Når det gjelder å *forebygge og begrense bruken av tvang og makt* (2) gjøres det et stort arbeid, både i kommunene og hos Fylkesmannen. Det er stor oppmerksomhet knyttet til utformingen og iverksettelsen av tiltak, men variasjoner i hvor godt kommunene *legger forholdene til rette* (2.1), blant annet knyttet til rapporteringsrutiner, internkontroll, opplæring og veiledning av ansatte, samt ressurstildeling. Å finne *andre løsninger* (2.2) enn bruk av tvang og makt har fått økt oppmerksomhet i løpet av årene loven har vært i kraft, og personalet har mange steder greid å finne andre eller mindre inngripende tiltak, også i situasjoner hvor tvangsbruk tidligere har framstått som nødvendig. *Forholdsmessighetskravet* (2.3) forutsetter jeg oppfylt i de godkjente vedtakene, men har ikke data på dette utover at det er et av lovens vilkår for bruk av tvang og makt. Jeg har ikke data på at lovkapitlet blir brukt utover det lovfestede *anvendelsesområdet* (2.4), men Fylkesmannen har gitt uttrykk for uklarheter knyttet

til private virksomheter, arenaproblematikk og om bestemmelsene kan brukes for å hindre utviklingshemmede å begå straffbare handlinger. Den registrerte tvangen (2.5) har vært stigende for hvert år, så ut til å ha stabilisert seg fram til 2012, men steg i 2013 (uten at jeg vet hvorfor). Mye tyder på at den faktiske tvangsbruken har gått ned.

Det er mange som mener at utviklingshemmede har fått bedre *rettssikkerhet* med denne lovreguleringen (3). Det er nå en *klar lovhjemling* for bruk av tvang og makt, med tydelige vilkår og begrenset anvendelsesområde (3.1). Kunnskapen om lovverket har vært varierende, hvilket ikke er bra. At lovverket er kjent er en forutsetning for at det følges. *Saksbehandlingen* er omfattende og grundig, med automatisk overprøving av Fylkesmannen (3.2). Dette sikrer kontroll med maktbruken, men tar samtidig mye tid og ressurser for personalet (og Fylkesmannen). Mye tyder på at saksbehandlingsreglene følges i større grad nå enn tidligere. Fylkesmannen fører *tilsyn* (3.3) med vedtak (og i noen grad med steder uten vedtak/enkelt-meldinger). Andelen vedtak som får tilsyn har vært jevnt synkende siden 2009. At det som hovedregel skal være to tjenesteytere til stede ved gjennomføringen av vedtak gjør at de kan kontrollere hverandre. Det er svært få *klagesaker* på dette området (3.4).

Mange mener utviklingshemmede har fått bedre muligheter til å bestemme over sitt eget liv nå. Loven har trolig ført til en høyere erkjennelse av brukerens rett til respekt for sin *integritet og selvbestemmelsesrett* (4). Samtidig advares det mot at selvråderetten kan gå for langt og bli en hvilepute.

Det ser ut til å ha vært en *holdningsendring* (5), både knyttet til utviklingshemmedes integritet og selvbestemmelsesrett, og tvangsbruk. Lovverket har bidratt til et mer bevisst forhold til bruk av tvang og økt fokus på forebygging og å se etter andre og mindre inngripende løsninger. Samtidig advares det mot at tiltakene kan oppfattes som ferdige oppskrifter, slik at personalet slutter å reflektere, eller at tjenestemiljøene når et metningspunkt og mener de har kontroll på situasjonen. Det må også settes av ressurser i form av både tid og penger til opplæring og veiledning for å holde refleksjonen og endringsprosessene vedlike.

Undersøkelser viser at tvangstiltakene som er regulert i vedtak er godt *faglig* forankret (6) og at de oftest blir gjennomført i tråd med vedtaket. Bistand fra spesialisthelsetjenesten ved utforming av tiltakene sikrer faglig og etisk forsvarlighet. Å få på plass den nødvendige kompetansen og få ned antallet dispensasjoner fra utdanningskravet har vært en utfordring, men at andelen vedtak med dispensasjoner har vært synkende siden 2009 virker lovende.

8 Loven, intensjonene og virkeligheten

I forrige kapittel tok jeg for meg oppfyllelsen av intensjonene bak helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9. I dette kapitlet vil jeg gå videre med analysen og diskutere forholdet mellom loven og virkeligheten, eller retten og samfunnsforholdene. Jeg lener meg tungt på *Retten sosiale funksjon* (Aubert 1976) og undersøkelsen av hushjelploven (Aubert, Eckhoff og Sveri 1952), men trekker også veksler på andre av Auberts verker²²⁶.

Først vil jeg kort ta for meg litt om velferdsrettens formålsbestemmelser og verdigrunnlag generelt. Så går jeg mer inn på forholdet mellom verdier og normer i lovgivningen og ulike beslutningsmodeller og håndteringsmåter basert på formålsrasjonalitet og normrasjonalitet. Til slutt tar jeg for meg norminnsiktens betydning for normetterlevelsen og lovens påvirkning på den faktiske atferden.

Det er helse- og omsorgstjenesteloven det refereres til i dette kapitlet²²⁷. Der jeg anser det som hensiktsmessig oppgir jeg tallet til intensjonen jeg nevner²²⁸.

8.1 Formålsbestemmelser og verdigrunnlag

Velferdslovene inneholder formålsbestemmelser som gir uttrykk for de grunnleggende verdiene og de overordnede prinsippene som disse lovene bygger på. Disse bestemmelsene ses på som statsmyndighetenes erklærte verdigrunnlag.

Slik innleder Kjørstad og Syse om velferdslovgivningens verdigrunnlag og formålsbestemmelser (2012, s. 43). De ulike formålsbestemmelsene varierer sterkt både med hensyn til utforming, detaljeringsgrad og ambisjonsnivå, og består av relativt vage verdibegreper. Ved fusjon av lover blir noen ganger gamle formuleringer flyttet inn i nye lover uten at sammenstillingen er tilstrekkelig gjennomtenkt, noe Kjørstad og Syse mener gjelder for helse- og omsorgstjenesteloven (s. 49). Formålsparagrafen som har vært omtalt i denne oppgaven er formålsbestemmelsen for kapittel 9 og står som første paragraf der (§ 9-1).

²²⁶ Endring av samfunnsforhold, sosiale strukturer og klasseforhold er et gjennomgående perspektiv hos Aubert, spesielt i *Retten sosiale funksjon*. Jeg tilskriver dette delvis tiden den ble skrevet i. Ved bruken av Aubert i denne oppgaven ser jeg bort fra dette perspektivet ved teoretiseringen hans.

²²⁷ Selv om disse bestemmelsene var i sosialtjenesteloven kapittel 6A i 1999-2003, og i samme lov kapittel 4A i 2004-2011. Det er selve bestemmelsene om bruk av tvang og makt jeg her sikter til, hvor de står eller har stått er i denne sammenhengen mindre viktig.

²²⁸ Se kapittel 5 og 7.

Helse- og omsorgstjenesteloven har også en felles formålsbestemmelse som gjelder for hele loven, § 1-1. Det er denne Kjørstad og Syse sikter til. Den har allmenne formuleringer om forebygging, behandling og tilrettelegging, sosial trygghet, likeverd, likestilling, en aktiv og meningsfylt tilværelse i fellesskap med andre og at tjenestetilbudet skal være tilpasset den enkeltes behov og tilrettelagt med respekt for den enkeltes integritet og verdighet. Som Kjørstad og Syse påpeker er ikke helse- og omsorgstjenesten alene om å arbeide for disse målsettingene, og den er heller ikke gitt virkemidler til fullt ut å virkeliggjøre de ambisiøse målsettingene. Det dreier seg om mål som man skal strekke seg mot (s. 49).

Formålsparagrafene gir uttrykk for overordnede målsettinger. De pålegger ikke offentlige myndigheter rettslige plikter og gir ikke enkeltindivider konkrete rettigheter, men kan gi veiledning ved skjønnsutøvelsen og ved fastlegging av tolkningen av loven. Ved valg mellom ulike alternativer bør man velge det som best fremmer lovens formål. Det dreier seg altså ikke bare om "lovgivningslyrikk", men om programerklæringer som kan få rettslig betydning (Kjørstad og Syse 2012, s. 49-50).

I formålsbestemmelsen til kapittel 9 (§ 9-1) står det i første ledd at formålet er å hindre at utviklingshemmede utsetter seg selv eller andre for vesentlig skade og å forebygge og begrense bruk av tvang og makt. Jeg anser dette for å være de to hovedintensjonene med dette lovverket. I min analyse er dette henholdsvis intensjon nr. 1 og nr. 2. I andre ledd står det at tjenestetilbudet skal tilrettelegges med respekt for den enkeltes integritet og selvbestemmelsesrett (intensjon nr. 4 i min analyse). Til slutt kommer forbudet mot nedverdiggende og krenkende behandling i tredje ledd (noe jeg har subsumert under intensjon nr. 4). Selv om andre og tredje ledd ikke er formulert som eksplisitte formål i lovteksten må de likevel leses som det, da de utgjør en del av formålsparagrafen.

Min analyse i kapittel 5 viste at vi ikke bare finner kapittel 9s formål i selve formålsparagrafen, men også i andre paragrafer i kapitlet, f.eks. i formuleringen av vilkår for bruk av tvang og makt i § 9-5. Mange av bestemmelsene er ikke formulert som eksplisitte formål, men er snarere resultat av en operasjonalisering av hovedintensjonene med lovverket.

Som jeg har vært inne på må denne lovgivningen ses i sammenheng med HVPU-reformen og dens intensjoner. Disse var blant annet nedfelt i avviklingsloven²²⁹ § 1 (formålsparagrafen), og er tredelt:

- a. Bedre og normalisere levekårene for mennesker med utviklingshemning

²²⁹ Som var det rettslige grunnlaget for avviklingen av HVPU og overføring av ansvaret til kommunene.

- b. Legge forholdene til rette for at personer med utviklingshemning så langt som mulig kan leve og bo selvstendig og ha en aktiv og meningsfylt tilværelse i fellesskap med andre
- c. Fremme avvikling av institusjonsomsorgen for mennesker med utviklingshemning og fremme utviklingen av alternative tilbud

Det siste punktet (c) handler om de praktiske sidene ved reformen: institusjonsomsorgen (HVPU) ble lagt ned og erstattet av mindre, kommunale boenheter, *desentraliseringsdelen* av reformen. Delen om å leve og bo selvstendig i det andre punktet (b) må ses i sammenheng med dette. Siste del av det andre punktet, en aktiv og meningsfylt tilværelse i fellesskap med andre, er *integreringsdelen* av reformen.

Første punkt (a) er det ideologiske grunnfjellet for reformen, nemlig *normaliserings-tankegangen*, som går ut på at utviklingshemmede skal ha en normalisert tilværelse med skiftninger etter døgn-, ukes- og årssyklus som "alle andre", og motta tjenester fra kommunen, i stedet for en spesialisert omsorg. I tillegg kommer bedringen av levekårene, etter kritikken mot hvordan utviklingshemmede hadde vært behandlet under institusjonsomsorgen. I juni 2013 kom en stortingsmelding om utviklingshemmedes levekår, som viser at det har skjedd betydelige fremskritt på dette området etter gjennomføringen av reformen 20 år tidligere. Samtidig viser statusbeskrivelsen at det fortsatt er en vei å gå for at personer med utviklingshemning skal oppnå faktisk og reell likestilling (Meld. St. 45 (2012-2013)).

Nå vil jeg gå nærmere inn på de grunnleggende verdiene i lovgivningen og hvordan de er omsatt til mer konkrete normer for atferd for at de skal oppfylles.

8.2 Verdier og normer

En *verdi* kan ifølge Aubert være noe faktisk foreliggende (som verdien av en potet), eller forestillinger/idealer om en mulig virkelighet, som blir verdifulle gjennom aktørens preferanser (1976, s. 17)²³⁰. Verdiene som ligger til grunn for helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 er av den siste typen. Det er intensjonene, som redegjort for i kapittel 5. *Normer* er forventninger til atferd, hvordan vi skal handle (s. 18). En norm foreligger ifølge Aubert når visse forventninger regelmessig blir utløst i en bestemt type situasjoner (1964, s. 30).

Hvis verdien refererer til et mål, noe vi streber etter, blir normene en regulering av atferd som kan føre til målet. Intensjonene bak loven er målene til lovgiver, bestemmelsene i

²³⁰ Jf. Østerbergs skille mellom sosiale (etiske) og økonomiske (materielle) verdier (2003, s. 76).

kapittel 9 søker å regulere atferden som skal føre til at intensjonene blir oppfylt. Verdien er overordnet og peker ut målet (intensjonene), normene følger av verdien og angir midlene (bestemmelsene). Et overordnet mål med innføringen av dette lovkapitlet, som også står i formålsparagrafen, var å redusere bruken av tvang og makt i tjenesteytingen (intensjon nr. 2, § 9-1). Ifølge min analyse er dette operasjonalisert i flere bestemmelser i lovkapitlet: kommunen skal legge forholdene til rette for det (2.1, § 9-4), andre løsninger må prøves først (2.2, § 9-5), det må være en viss forholdsmessighet mellom inngrepet og skaden man søker å begrense (2.3, § 9-5), og bestemmelsene er gitt begrenset anvendelsesområde (2.4, § 9-2). Intensjonene om å sikre utviklings-hemmedes integritet og selvbestemmelsesrett (4, § 9-1 og § 9-3), skape holdningsendring blant personalet (5) og å øke fagligheten i tjenesteytingen (6, § 9-5, § 9-7 og § 9-9) kan også anses som operasjonaliseringer av det overordnede målet om å redusere tvangsbruken. Det er også en tanke at rettssikkerheten (3, i lovkapitteloverskriften) ville øke ved klar lovhjemling (3.1, hele lovkapitlet, § 9-2, § 9-5 og § 9-6), omfattende saksbehandling og overprøving (3.2, § 9-7 og § 9-8), tilsyn og kontroll (3.3, § 12-3), samt klageadgang (3.4, §§ 9-11 og 9-12), og at dette også ville få ned bruken av tvang og makt (2). Alt dette kan anses som operasjonaliseringer av det overordnede målet til konkrete normer eller "delverdier", midler til å oppnå målet om å redusere og begrense bruken av tvang og makt.

Skillet mellom mål og middel, eller verdi og norm, er relativt. Noe som i én handlingsrekke er et mål, kan i en annen være et middel, og omvendt²³¹. Det jeg her har omtalt som midler til å oppnå målet om å redusere tvangsbruken er også mål i seg selv, som å øke rettssikkerheten og kontrollen (3), sikre integriteten og selvbestemmelsesretten (4), oppnå holdningsendring (5) og bedre fagligheten (6).

Normenes tilblivelse kan ifølge Aubert ofte forklares med at de er avledet av forsøk på å oppnå noe ønskelig (de overordnede målene/verdiene), men de defineres gjerne med utgangspunkt i de sosiale omgivelsenes forventninger. Det foreligger en sosial norm når forventningene til en aktør i en bestemt posisjon melder seg med en viss ensartethet og stabilitet (1976, s. 18). Når normene er nedfelt i lovgivning må man kunne si at de er relativt ensartede og stabile. Et annet sted skriver Aubert at rettens "regler er formelle og uttrykkelige" (1964, s. 201). Men hvis det er uklart hva normen innebærer i praksis, slik at det gir uklare handlings-

²³¹ Noe helt klart skille mellom begrepene norm og verdi får man ifølge Aubert ikke uten å konstruere en kunstig terminologi som ikke stemmer med den som blir brukt i samfunnsvitenskapen, men han søker å tegne opp hva forskjellen består i når begge begreper blir brukt ved siden av hverandre (1976, s. 19). Ifølge Østerberg er forholdet mellom sosiale normer og verdier nært. Normene uttrykker hva som tillegges vekt, settes høyt, anses som verdifulle. Normene viser dermed tilbake til verdier, og er midler til å virkeliggjøre verdifulle tilstander (2003, s. 76).

alternativer, svekker dette ensartetheten og stabiliteten. Det var derfor det var viktig å få på plass en klar lovhjemling (3.1). Ved kritikken av tvangsbruken under HVPU-perioden kom det fram at mange var usikre på hva man hadde lov til å gjøre, noe som førte til kravet om en klar og tydelig lovhjemling.

8.2.1 Forventninger og reaksjoner

Sosiale normer er altså satt sammen av forventninger. Når visse forventninger regelmessig blir utløst i en type situasjoner er det tegn på at det foreligger en norm. Det må være en viss varighet og stabilitet i forventningene²³². Den personen som *har* forventningene kaller Aubert *normsenderen*, og den som opplever forventningene som rettet mot seg er *normmottakeren* (1964, s. 30). Forventningene kan uttrykkes på forskjellige måter. De kan komme på forhånd ved at normsenderen gir uttrykk for hvordan vedkommende regner med at normmottakeren vil handle, eller ønsker at denne skal handle. De kan også komme i etterkant, gjennom reaksjoner på handlinger (Aubert 1976, s. 18).

Kapittel 9 gir uttrykk for hvordan lovgiver (normsenderen) ønsker at personalet skal handle. Dette kommer til uttrykk som rettslige normer. Fylkesmannen ved sin overprøving er etter min mening gitt et visst delegert normsenderansvar, ved at det er Fylkesmannen som har direkte kontakt med personalet, og som kan formidle forventninger til personalet utover det som står i lovteksten. Fylkesmannens behandling av vedtak bidrar til å presisere, utdype og konkretisere normene som er gitt av lovgiver. Kanskje kan man si at Fylkesmannen er *normvideresender*, en videresender av de forventningene lovgiver (normgiver) har sendt og som Fylkesmannen er satt til å forvalte, men i bearbeidet form. På nettsidene til Fylkesmannen står det at "Fylkesmannen er statens representant i fylket og har ansvar for å følge opp vedtak, mål og retningslinjer fra Stortinget og regjeringen. Fylkesmannen er dessuten et viktig bindeledd mellom kommunene og sentrale myndigheter" (Fylkesmannen 2014). Fylkesmannen kan gi vilkår for godkjenning av vedtak og dispensasjonssøknader, eller avslag med begrunnelse i at enkelte ting må endres først. Dette kan både være uttrykk for hvordan Fylkesmannen som norm(videre)sender ønsker at miljøpersonalet som normmottaker skal handle, og det kan være en reaksjon på deres handlinger. Tilbakemeldinger fra Fylkesmannen

²³² Begrepet "sosial norm" er ikke uløselig knyttet til *formuleringer* av normer, verken skriftlig eller muntlig (Aubert 1964, s. 32). Det er altså et bredere begrep enn rettslig norm eller regel. Normbegrepet på sitt bredeste er ifølge Østerberg en abstrakt samlebetegnelse for en rekke ulikeartede påbud som påvirker atferden vår. Lovene håndheves av rettsapparatet, og utgjør bare en del av samfunnsnormene. Sed og skikk er en annen viktig del, som ikke håndheves av noen særskilt instans, og som ikke nødvendigvis sammenfaller med lovene. Disse finnes dessuten ikke fastslått i skrevne tekster som kan tolkes nøyaktig av fagfolk (2003, s. 75).

på enkeltmeldinger om bruk av tvang og makt i akutte nødssituasjoner er også eksempel på reaksjoner i etterkant²³³. Disse reaksjonene kan innebære uttrykk for ønsker om hvordan normmottakerne skal handle i fremtiden. Fylkesmannen er her norm(videre)sender, men i andre sammenhenger er Fylkesmannen normmottaker, som når myndighetene (lovgiver) gir føringer for hvordan Fylkesmannen skal gjøre overprøvingen og føre tilsyn (for eksempel via veiledere fra Helsetilsynet)²³⁴.

Forventninger kan meddeles ved at de stiller opp et generelt mønster for riktig handling, eller gjennom spesifikke påbud og forbud, og gjennom sanksjoner knyttet til konkrete handlinger og valgsituasjoner²³⁵. Ved å bli utsatt for, eller observere, serier av slike påbud, forbud og sanksjoner kan mottakerne ifølge Aubert lære å se dem som uttrykk for generelle regler. Rettsmyndighetene meddeler sine normer både gjennom generelle bestemmelser og gjennom individuelle avgjørelser, både før og etter handlingen (1976, s. 18). I kapittel 9 er de generelle bestemmelsene. Gjennom overprøvingen av vedtak, og eventuelt tilbakemeldinger på beslutning om bruk av tvang i akutt nødssituasjon, tar Fylkesmannen individuelle avgjørelser, både før (ved vedtak) og etter (ved enkeltmeldinger) handlingen. Overprøvingen av vedtak kan også representere reaksjon på handlinger i etterkant, da et vedtak maksimalt kan godkjennes for 12 måneder om gangen og må gjennom ny overprøving i forbindelse med eventuell fornyelse. Da kan Fylkesmannen komme med reaksjoner i etterkant av vedtaket som er utløpt og forventninger før neste vedtak godkjennes.

8.2.2 Normetterlevelse som et mål i seg selv

Når midler blir til sosiale normer kommer det til et nytt motiv for handling i tillegg til ønsket om å realisere det opprinnelige målet (verdien). Aktøren vil få negative sosiale sanksjoner dersom vedkommende ikke etterlever normen, uavhengig av om aktøren, kanskje med rette, mener at avviket er begrunnet i et klarere syn på hvilken atferd som er best egnet til å realisere intensjonen bak den normen vedkommende har satt seg ut over, altså det opprinnelige målet (Aubert 1976, s. 18). Med andre ord kan man være enig i intensjonene, men uenig med

²³³ Kritikken mot tvangsbruken under HVPU kan også sies å være reaksjoner i etterkant, og påvirket den etterfølgende atferden.

²³⁴ Jeg minner om at normer ikke bare er rettslige. Sivilombudsmannen kan også ta opp saker på eget initiativ (ikke bare behandle klager fra borgerne), og kan avgi uttalelser om forvaltningens praksis (Sivilombudsmannen 2014a, s. 7). Dette kan også være en normsender for Fylkesmannen.

²³⁵ Med sanksjoner sikter Aubert til reaksjoner som i kraft av å ha frastøtende eller tiltrekkende betydning for den som blir utsatt for dem/mottar dem, påvirker dennes handlinger (1964, s. 72). Sanksjoner kan være både positive og negative, i form av for eksempel ros eller misbilligelse, belønning eller straff (1976, s. 18).

operasjonaliseringen i de konkrete lovbestemmelsene. Det å følge normen kan bli et middel til å sikre seg mot negative sosiale sanksjoner snarere enn et middel til å realisere verdiene bak normen²³⁶. Motivet for normetterlevelse har da endret seg.

Handegård advarte mot at detaljerte prosedyrer for gjennomføring av tvangsvedtak kan framstå som ferdige oppskrifter som kan bidra til at personalet bare utfører uten å reflektere. Å blindt følge prosedyren som er satt opp blir en kontrast til den økte bevisstheten og refleksjonen rundt tvang og makt lovkapitlet søker å oppnå. Hvis det å følge normen, her prosedyren for tvangstiltak, blir et middel for å sikre seg mot negative sosiale sanksjoner på arbeidsplassen (jf. sterk kollektivitet) eller fra Fylkesmannen²³⁷ kan man miste den overordnede verdien av syne. De mange og detaljerte vilkårene for bruk av tvang og makt kan også virke mot sin hensikt hvis fokus blir å krysse av for dem på en sjekkliste i stedet for å ta et skritt tilbake og vurdere situasjonen. Dog er flere av vilkårene ment for å sikre en helhetlig vurdering av situasjonen og nødvendigheten av bruk av tvang.

Ellingsen framhever at detaljerte og rigide vilkår var nødvendig for å bryte gjennom det sterke kollektivet som var i hver bolig og tillate tjenesteyterne å reflektere rundt egen praksis. Samtidig risikerer man at noen gjør som personalet i den atferdsterapeutiske omsorgsprofilen til Handegård, nemlig brukte lovverket som en legitimering av den praksisen de allerede hadde uten å ta innover seg de overordnede verdiene. Man kan også se for seg at man søker å definere vekk det man gjør slik at det ikke skal regnes som tvang.

Etterlevelsen av lovbestemmelser er ifølge Aubert, Eckhoff og Sveri aldri fullkommen (1952, s. 10). Det finnes lovområder hvor overtredelser er det vanlige, hvor kløften mellom rettens krav og vanlig praksis er både dyp og bred, f.eks. utdanningskravet i § 9-9 og det svært høye antallet dispensasjoner fra dette, som egentlig bare skal brukes "i særlige tilfeller". Samtidig er det ikke slik at alle balanserer på grensen til lovbrudd, noen går lenger enn loven krever. De overordnede verdiene som er nedfelt i kapittel 9 kan for eksempel anses som retningslinjer, hvor etterlevelsen er vanskelig å måle konkret. Det gir seg mer utslag i endrede holdninger og endret praksis.

Det er ifølge Max Weber ikke nødvendig at alle som deler overbevisningen om at en spesifikk rettsregel betinger en bestemt handlingsnorm, faktisk også alltid etterlever den. Det store flertall oppfører seg dessuten uansett i overensstemmelse med rettsreglene enten fordi omverdenen billiger det og misbilliger det motsatte, eller av ren og skjær tilvenning til de

²³⁶ Å følge normen kan også bli et middel til å søke å oppnå positive sosiale sanksjoner, min bemerkning.

²³⁷ Arbeidsplassen og Fylkesmannen er her to ulike avsendere av sanksjoner. Jeg mener ikke å foreta noen vekting eller likestilling av dem. Hvem som betyr mest kan variere, jf. Handegårds ulike omsorgsprofiler.

regelmessigheter i tilværelsen som oppfattes som sedvaner – ikke fordi de føler seg pliktige overfor loven. Hvis den sistnevnte holdning blir utbredt mister retten sin gjennomslagskraft (Weber 1922, s. 33).

8.2.3 Realisering av verdier

I angivelsen av en verdi ligger det ifølge Aubert ofte nokså tydelig hvilken atferd som er den riktige. Da vil det å propagandere for målene eller for midlene, ved å snakke om verdier eller atferdsnormer, ofte komme ut på ett (1976, s. 18-19)²³⁸. Man kan argumentere for å redusere tvangsbruken (2) og øke rettssikkerheten (3) (overordnet verdi/mål), eller argumentere for at andre og mindre inngripende løsninger enn bruk av tvang må prøves (2.2), eller at saksbehandlingsrutinene må følges (3.2) (atferdsnormer som søker å oppnå de samme overordnede verdiene/målene). Målet og veien til målet blir opplevd i sammenheng.

Men situasjonen kan også være annerledes, slik at mål og midler, verdi og normer, er mer usikkert forbundet og kan komme til å sprike (s. 19). I mitt materiale er det ikke noen direkte eksempler på dette, men det høye antallet dispensasjoner fra utdanningskravet kan bidra til at målet om faglighet og kompetent personell blir vannet ut ved at Fylkesmannen ved innvilgelsen av et stort antall dispensasjonssøknader signaliserer at dette ikke er viktig. Dette kan påvirke hvordan normene oppfattes.

Enda mer vanlig er ifølge Aubert en situasjon hvor det blir stilt opp visse målsettinger, visse verdier, som det er stor enighet om, som frihet, demokrati og rettssikkerhet. Når verdiene skal realiseres, oppstår uenighet om hvilke konkrete normer som bør stilles opp og hvilken oppførsel fra myndighetenes eller borgernes side som følger av verdien, altså operasjonaliseringen av verdien eller målet. Det kan skyldes at verdiene er så upresist formulert at de kan tolkes av ulike grupper ut fra deres varierende interesser, eller at det er ulike oppfatninger av virkeligheten, eller av hvilke handlinger som faktisk vil føre fram imot den prosjekterte idealtilstanden (1976, s. 19)²³⁹. Kanskje er det ikke enighet om akkurat hvordan idealtilstanden ser ut heller, selv om man kaller den det samme. Når det gjelder tvangsbestemmelsene i kapittel 9 var man redd for at de ville oppfattes som muligheter snarere enn som begrensninger, og det ble jobbet mye for å sikre tydelig kommunikasjon av

²³⁸ Propagandering er her brukt i betydningen å agitere, forkynne eller ivre for noe, å drive påvirkningsarbeid for utbredelsen av en idé, lære eller sak (fra *Norske synonymer* og *Norsk ordbok*, Kunnskapsforlaget).

²³⁹ Det blir uenighet i spørsmålet om hvor velegnet midlene er til å oppnå det gitte mål, jf. Weber 2000, s. 162.

dette under lovforberedelsen. Det er og har vært uenighet om hvor stort skjønnsrom som skal ligge i denne loven. Jeg kommer tilbake til dette.

8.2.4 Ærbødighet vs. unødvendig barnepike – loven riktig "an sich"

Aubert, Eckhoff og Sveri mener mange trolig har en ambivalent innstilling til lov og rett. På generelt plan er den preget av ærbødighet og respekt. Samtidig blir den direkte personlige kontakt med loven oppfattet som ubehagelig og ulystvekkende. Det er få som liker å tenke på at akkurat *de* trenger loven som barnepike, men liker å tro at de kan ordne opp i egne forhold (1952, s. 136). "Alle" er enige om at det er et mål, en verdi, å redusere bruken av tvang og makt, at det er bra å prøve andre løsninger først og at det er positivt med økt bevissthet og refleksjon rundt bruk av tvang og makt. Det kan derimot være noe uenighet knyttet til midlene, blant annet hvor strenge vilkår og sterk kontroll det skal være.

Husmødrene mente at hushjelploven generelt sett (les: for andre) hadde ført til forandringer, men avviste tanken på at loven hadde hatt virkning for dem. "Det er liksom de sier at loven rent abstrakt, så lenge den er langt fra dem selv, er bra og effektiv. Men de garderer seg mot den mistanken at den skulle spille noen rolle i deres eget liv" (s. 137). Selv har de nemlig alltid behandlet hushjelpene sine bra²⁴⁰.

Husmødrene synes det er bra med en hushjelplov, men det er ifølge Aubert, Eckhoff og Sveri nærmest et uttrykk for en "idealistisk rettsoppfatning". Det blir oppfattet som "riktig" at det finnes slike rettsregler, uavhengig av om loven er effektiv. Hushjelploven er riktig "an sich" (altså i seg selv). På samme måte mener nok også de aller fleste at det er riktig at det finnes rettsregler som regulerer bruken av tvang og makt overfor utviklingshemmede, men akkurat hvordan idealene skal operasjonaliseres i konkrete bestemmelser kan det være mer uenighet om. Uenigheten ligger etter mitt inntrykk i hvor sterk lovreguleringen skal være, altså hvor mye som skal overlates til skjønn. Man kan se for seg lignende argumenter fra miljøpersonalet som fra husmødrene, nemlig at loven er bra generelt, men for sitt eget vedkommende blir det en unødvendig (og tidkrevende) barnepike, siden de selv uansett ville handlet i samsvar med idealene (verdiene/målene/intensjonene) som ligger til grunn for loven.

²⁴⁰ Aubert, Eckhoff og Sveri nevner i denne forbindelse begrepet "pluralistic ignorance", som jeg ikke går mer inn på her.

8.2.5 Likebehandling og positiv særbehandling – skjønn

Avveiningen av hvor stort skjønnsrom som skal ligge i lovgivningen, spesielt den velferdsrettslige, er et kjent problem i lovgivningspraksis. På den ene siden har man legalitetsprinsippet (at det skal være lovhjemmel) og at like tilfeller skal behandles likt, på den andre siden har man erkjennelsen av at hver person og situasjon er unik, og at rigide regler kan føre til uønskede og utilsiktede virkninger.

Så kan man spørre hva likebehandling er. På grunn av ulikheter i utgangspunktet kan enkelte personer stille dårligere enn andre selv om de formelt behandles på samme måte. Dette kan gjøre det nødvendig med en formelt ulik behandling for at de reelt sett skal være behandlet likt. Slik likebehandling kan anses som motstykket til diskriminering²⁴¹.

1. januar 2014 trådte den nye diskriminerings- og tilgjengelighetsloven i kraft, hvis formål er å fremme likestilling uavhengig av funksjonsevne (§ 1)²⁴². Formålet med diskrimineringsvernet er å sikre likeverd og fremme like muligheter for alle uavhengig av nedsatt funksjonsevne. Forskjellsbehandling av positiv karakter, som fremmer lovens formål og ikke virker uforholdsmessig, rammes derfor i utgangspunktet ikke av forbudet mot diskriminering (i § 5)²⁴³. Dette ble lovfestet i § 6 om lovlig forskjellsbehandling og § 7 om positiv særbehandling²⁴⁴. For å vurdere dette er vi tilbake til skjønn.

8.2.6 Regelanvendelse og skjønnsutøvelse

Noen regler stiller opp en enkel oppskrift: hvis de og de fakta er oppfylt skal den og den rettsfølgen inntreffe (Boe 2010, s. 70):

Hvis $x \rightarrow$ så (skal) y

Men på flere rettsområder er bedømmelsen av om lovens (grunn)vilkår er oppfylt (regelanvendelsen) bare første skritt i avgjørelsesprosessen. Neste ledd er skjønnsutøvelsen: hvis fakta er slik som regelen sier, så *kan* det ene eller annet vedtak treffes, bare det ligger innenfor lovens ramme (s. 71):

²⁴¹ Hentet fra NOU 2002:12 *Rettslig vern mot etnisk diskriminering*, s. 34. Dette kan gjelde personer med utviklingshemming eller andre funksjonshemminger, eller etnisk minoritetsbakgrunn som i denne NOU-en.

²⁴² Denne loven erstattet diskriminerings- og tilgjengelighetsloven fra 2008, som hadde vært i kraft siden 1. januar 2009.

²⁴³ NOU 2005:8 *Likeverd og tilgjengelighet*, s. 179.

²⁴⁴ Jeg har sett lignende begrunnelser for at det skal være en særlovgivning om bruk av tvang og makt overfor utviklingshemmede – det fører til at de har bedre rettssikkerhet enn med den "vanlige" lovgivningen.

Hvis $x \rightarrow$ så (kan) y eller z

Regler som hjemler skjønnsutøvelse i tillegg til regelanvendelsen gir *skjønnsfrihet*, ikke plikt eller rettskrav. Skjønnsutøvelsen består i å velge *om* og *hvordan* myndighet skal brukes, innenfor lovens rammer (s. 72).

Skjønnsutøvelse er ifølge Boe noe annet enn å utøve subsumsjonsskjønn, som er en del av regelanvendelsen og knytter an til vage ord og uttrykk. Det benyttes for å vurdere om fakta faller innunder vilkåret eller ikke, og handler om "hvis"-siden av regelen. Hvis vilkåret er oppfylt kommer eventuelt skjønnsutøvelsen, med mindre det ikke er en "hvis, så skal"-regel (s. 72-73)²⁴⁵.

Vurderingen av om et gitt tiltak regnes som tvang eller ikke etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 (§ 9-2 andre ledd) krever subsumsjonsskjønn. Hvis tiltaket regnes som tvang må det vurderes om vilkårene for å anvende dette (i § 9-2 første ledd og § 9-5) er oppfylt. Vilkaeret om anvendelsesområde i § 9-2 første ledd er ren regelanvendelse (hvis det gjelder bruk av tvang og makt som ledd i tjenester etter § 3-2 nr. 6 bokstavene a til d til personer med utviklingshemning, er vilkåret oppfylt). Vilkaerene i § 9-5 er mer skjønns-pregede (andre løsninger, forholdsmessighetskravet, hindre vesentlig skade, faglig og etisk forsvarlighet etc.). Etter min oppfatning er det her snakk om subsumsjonsskjønn som må anvendes, for å vurdere om vilkaerene er oppfylt, og dermed en del av regelanvendelsen.

Det juridiske frie skjønn, som er på høyresiden av pilen, er noe annet enn faglig skjønn eller profesjonsskjønn. For å subsumere faktum og finne ut om vilkaerene er oppfylt er det nødvendig med annen ekspertise i tillegg til den juridiske. Juristene har ikke kompetanse til å finne andre løsninger eller vurdere om dette er prøvd i tilstrekkelig grad, og heller ikke til å vurdere om tiltaket er faglig forsvarlig. Det faglige skjønnet utøves som et ledd i subsumsjonsskjønnet, på venstresiden av pilen. Det er altså et utvidet skjønnsrom der, men ikke noe anledning til å bruke det juridiske frie skjønn (høyresiden). Om vilkaerene er oppfylt er det ikke noe "kan"-alternativ.

²⁴⁵ Subsumsjonsskjønn kalles også lovbundet skjønn eller lovskjønn. Eckhoff og Graver skiller mellom *formalistiske avgjørelser*, som er basert på faste regler, *avveieende avgjørelser*, som er baserte på en vurdering av ulike hensyn, og *målrettede avgjørelser*, som er motivert av bestrebelser på å nå et mål (1991, s. 159). Ved avveiningsregler er det sentralt om avveiningen bare er knyttet til empiriske realiteter og normer i rettsdogmatisk betydning (jf. subsumsjonsskjønn) eller om den også omfatter valg mellom verdier og normer som involverer rettsanvenderens normer (skjønnsfrihet) (Eriksen 2001, s. 49). I retts sosiologien differensieres det gjerne mellom *rettsanvendelsesskjønn* (som handler om forståelser av lovtekstens begreper, presisering av faktum og subsumsjon av faktum under de anvendte reglene, jf. subsumsjonsskjønn) og *forvaltningsskjønn* eller det frie skjønn (som handler om avveininger mellom forvaltningens faglige, etiske og politiske hensyn).

Når loven henviser til et skjønn hos den som skal treffe avgjørelsene er det ifølge Andenæs for at det skal være mulig å ta hensyn til omstendighetene i det individuelle tilfelle. Dette for å unngå "stivbeinte" eller "firkantede" regler som kan virke urimelige i enkelttilfeller. Ulempen er at det blir vanskeligere for borgerne å forutse sin rettsstilling, og man får mindre garanti for en ensartet praksis (2002, s. 68). Med forbehold om at jeg har forstått jussen riktig er det i kapittel 9 snakk om utøvelsen av et subsumsjonsskjønn (og faglig skjønn), for å vurdere om vilkårene er oppfylt i hvert enkelt tilfelle, altså på "hvis"-siden av regelen, og ikke skjønnsfrihet på "så skal/kan"-siden av regelen. Dermed er skjønnen en del av regelanvendelsen. Dette sikrer legalitetsprinsippet, forutberegneligheten og rettssikkerheten bedre enn den rene/frie skjønnsutøvelse. Om subsumsjonen viser at vilkårene er oppfylt *skal* visse rettsfølger inntreffe.

Ifølge Terum og Grimen er skjønn uløselig knyttet til all profesjonsutøvelse. Skjønn bærer i seg muligheten for vilkårlighet og uforutsigbarhet, samtidig som det er nødvendig, da det som skal håndteres ikke kan reguleres i detalj ved hjelp av lover, regler og retningslinjer. Videre er skjønn nødvendig i all anvendelse av generell kunnskap/generelle regler på enkelttilfeller og en forutsetning for individualisert behandling. Terum og Grimen understreker at skjønn ikke er det samme som synsing, men "en måte å resonnere og argumentere på under betingelser av ubestemthet, hvor det er mulig å skille mellom god og dårlig skjønnsutøvelse" (2009, s. 13).

Sosialarbeidere har ifølge Ericsson sin egen måte å bruke loven på, som kan opprøre jurister (1998, s. 192). De fatter beslutninger basert på sitt sosialfaglige skjønn, og etter at beslutningen er fattet finner de ut hvilke paragrafer de kan bruke, eventuelt hvilke som utgjør hindringer de må forsere. "De juridiske kravene fremstår ikke som metodeprinsipper som bør følges for å sikre en god avgjørelse, men som krav om legitimering av inngrepets nødvendighet overfor samfunnet" (Larsen og Johnsen 1992, s. 270). Regelverket kan oppleves som en hindring for vedtak de anser som ønskelige. Jeg har ikke inntrykk av at det er slik det gjøres når det gjelder tvangstiltak overfor utviklingshemmede, men regelverket er nok ikke alltid utgangspunktet, slik det er med juridisk metode. I en del tilfeller tror jeg man i omsorgen bruker det faglige skjønnen til å vurdere hva slags tiltak som vil være best, og at man så vurderer det opp mot regelverket før det settes i verk. Det kan være mange runder fram og tilbake med ulike tiltak, utprøving og vurdering, mens regelverket hele tida ligger i bakhodet og må vurderes før man prøver ut nye tiltak.

I uforutsette nødssituasjoner, hvis en bruker løper ut i veien for eksempel, tror jeg alle tjenesteytere vil handle "på instinkt" og hindre vedkommende med tvang. Enhver oppegående person ville gjort det, og handlingen ville trolig i dette tilfellet uansett falt innunder nødverge etter straffeloven § 48²⁴⁶. I etterkant kommer så (forhåpentligvis) vurderingen av om det faktisk forelå fare for vesentlig skade og om resten av vilkårene var oppfylt, og melding fylles ut og sendes inn til Fylkesmannen.

Tallene viser at det i snitt sendes inn 20 meldinger per person årlig. Da er det neppe ofte snakk om faktisk uforutsette nødssituasjoner, men hendelser som forekommer sjelden eller i ulik form. Da vil tjenesteyterne ofte ha rutiner eller i hvert fall et handlingsregister å spille på, og er neppe helt uforberedt. Vurderingen av ulike tiltak opp mot lovverket er nok da til en viss grad gjort. Dette kan også gjøres i etterkant, ved debriefing og diskusjon i personalgruppa, og Fylkesmannen kan komme med tilbakemeldinger som gir føringer for lignende situasjoner i framtida. Dette er noe av grunnen til at alle som jobber i omsorgen bør kjenne til disse reglene, slik at verdiene om minst mulig bruk av tvang, andre løsninger, forholdsmessighetskravet og brukernes integritet og selvbestemmelsesrett ligger i bakhodet til alle til enhver tid, som en del av den faglige skjønnsvurderingen.

I neste avsnitt vil jeg se på forholdet mellom regler som gir uttrykk for visse verdier som skal følges og regler som oppstiller tydelige atferdsnormer.

8.3 Handlingsveiledning

Regler kan i ulik grad gi veiledning for hvordan vi skal handle. Noen regler setter opp verdier lovgiver ønsker at våre handlinger skal være i samsvar med, mens andre regler stiller opp mer presise atferdsnormer som trekker klare grenser mellom ønsket og uønsket atferd.

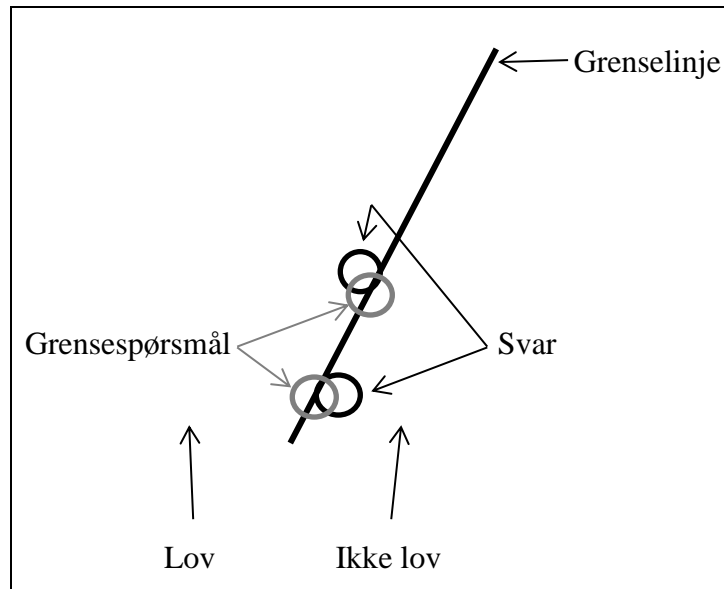
8.3.1 Grensedragning vs. magnetiske sentra

Normer, og spesielt rettsregler, har ifølge Aubert den egenskap at de ofte prøver å trekke opp en skarp grenselinje mellom det forbudte og det tillatte, eller mellom den atferd som skal føre til en bestemt rettsvirkning og den atferd som ikke har denne virkningen. Interessen samler

²⁴⁶ Ikke alle uforutsette nødssituasjoner er så klare. Uavhengig av om handlingen personalet gjør faller innunder nødverge eller nødrett er det helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 som gjelder, og saksbehandlingsreglene der skal følges (særlovgivning går foran generell lovgivning).

seg derfor om grensespørsmålene. Juridisk teknikk, både i formuleringen av normene og i bevisførsel for domstolene, er utviklet med sikte på å løse slike grensespørsmål (1976, s. 19).

Figur 1: Grensedragning



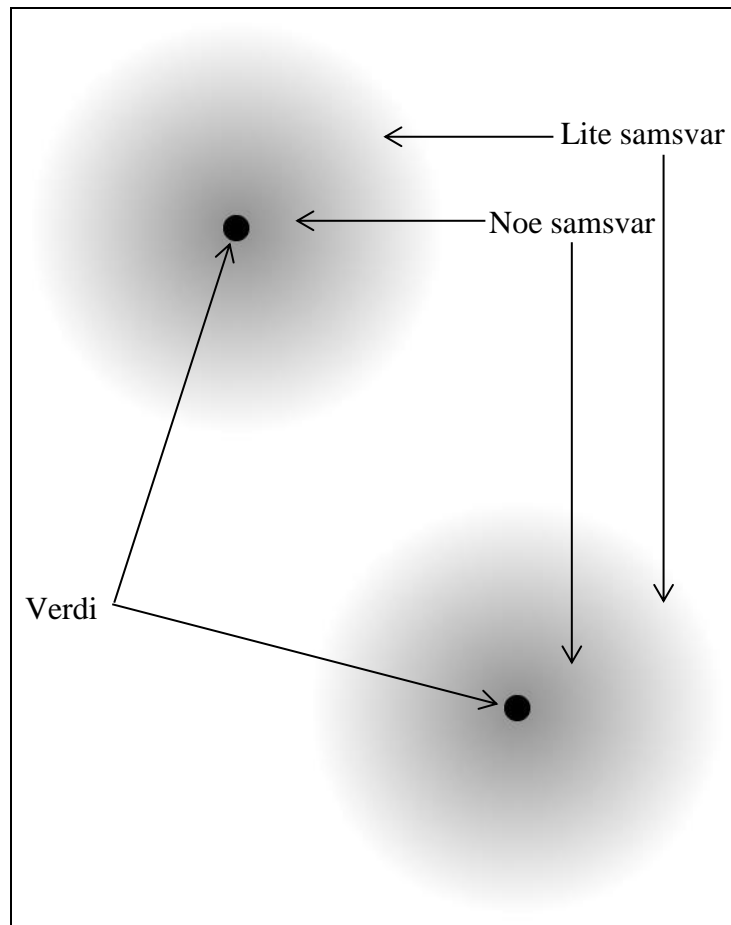
I figuren representerer streken skillet (grensen) mellom det som er lov og det som ikke er lov. De to grå sirklene representerer grensespørsmål, atferd som ved første øyekast ikke klart hører hjemme på den ene eller andre siden av streken, og som man må bruke juridisk teknikk for å løse. De to svarte sirklene representerer løsningene, eller svarene på grensespørsmålene. De er havnet på hver sin side av streken/grensa²⁴⁷.

For å betegne et samfunn som en rettsstat, med rettssikkerhet for borgerne, pleier en nettopp å kreve at det skal være mulig, med ganske høy grad av sikkerhet, å avgjøre hva som er henholdsvis forbudt og tillatt, og at denne avgjørelsen ikke må avhenge for mye av dommers eller andres personlige skjønn (s. 19). Lovgivning som åpner for mye bruk av skjønn vanskeliggjør forutberegneligheten for borgerne.

Holder en seg til formuleringen av verdier, av mål for våre handlinger, kommer det ikke fram noe kart med klare grenselinjer. Snarere blir det et punktkart med magnetiske sentra som burde trekke atferden til seg, med varierende skyggelegging ettersom atferden er mer eller mindre i samsvar med verdien. Dette blir typiske gradsspørsmål, ofte gjenstand for svært skjønnsmessig bedømmelse (s. 19-20). De magnetiske sentra er verdiene.

²⁴⁷ Aubert bruker ikke disse figurene (Grensedragning og Magnetiske sentra), de er det jeg som har laget, på bakgrunn av hans teori.

Figur 2: Magnetiske sentra



I figuren representerer den svarte prikken i midten verdien. Handlinger som befinner seg i det mørkegrå helt inntil den svarte prikken er så godt som i fullt samsvar med denne. Handlinger som befinner seg litt ut i det grå feltet samsvarer til en viss grad med verdien, men ikke fullkomment. Jo lengre vekk fra sentrum man kommer, jo mindre samsvar er det mellom den aktuelle handlingen og verdien²⁴⁸.

Verdiene er forsøkt operasjonalisert i normer i de enkelte lovbestemmelsene. Men i vurderingen av om det foreligger fare for vesentlig skade, om andre mindre inngripende løsninger er prøvd i tilstrekkelig grad og må anses som nytteløse, om forholdsmessighetskravet er oppfylt eller om det aktuelle tiltaket er faglig og etisk forsvarlig, finnes det ikke fasitsvar. Det er understreket at det beror på en helhetsvurdering av enkelttilfellet. Miljøpersonalet og Fylkesmannen må for hvert enkelt punkt komme fram til om det i det aktuelle tilfellet samsvarer (godt nok) med verdien, og så foreta en helhetsvurdering av alle punkter.

²⁴⁸ Verdien/sentrum må anses som idealtyper, og de finnes som kjent ikke i virkeligheten. Meningen er å tilstrebe å handle i samsvar med verdien, i praksis er det nesten umulig å være i fullt samsvar.

Man kan si det er Fylkesmannens ansvar å få handlinger knyttet til tvang og makt inn mot den svarte sirkelen i midten, mest mulig i samsvar med verdien.

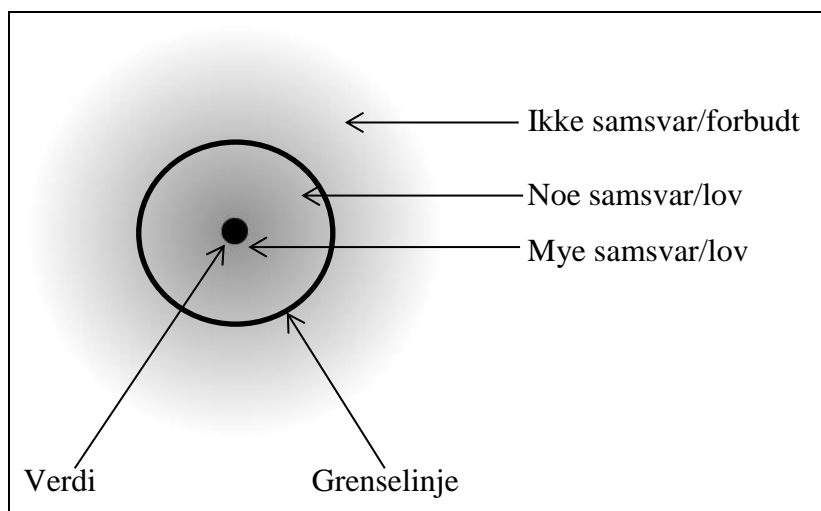
Atferdsnormer med grensdragning mellom det forbudte og det tillatte, trusler om negative sanksjoner, og etterlevelse/avvik blant normens adressater er ifølge Aubert hovedelementer i den strafferettslige modellen av lovers virkninger (1976, s. 157). Noen lover må forstås ut fra en annen modell, der verdi er grunnbegrepet. Aubert bruker sosialomsorgsloven som eksempel²⁴⁹. Sanksjonene kan være både negative og positive, og loven er knyttet til fordeling av ressurser. Formidlerne mellom loven og borgerne spiller en stor rolle og preger ofte håndhevingen (Fylkesmannen for kapittel 9s vedkommende). Spørsmål om avvik eller etterlevelse må da erstattes av spørsmålet om verdiene eller intensjonene bak loven blir realisert. Jeg vil si at kapittel 9 representerer en blanding.

På den ene siden angis målsettinger og verdier som søkes realisert gjennom løst angitte virkemidler, med et litt mer presist beskrevet apparat, slik Aubert beskriver sosialomsorgsloven (1976, s. 156), for eksempel å forebygge og begrense bruk av tvang og makt og å sikre utviklingshemmedes integritet og selvbestemmelsesrett (§ 9-1 og § 9-3). På den andre siden stilles det opp noen nokså klare normer for atferd og definerte grenser som ikke må overskrides, slik Aubert beskriver den strafferettslige modellen, for eksempel saksbehandlingsreglene og utdanningskravet (§ 9-7 og § 9-9). I tillegg er det noen normer som definerer grenser som må vurderes nærmere i hvert enkelt tilfelle, for eksempel hva som regnes som bruk av tvang og makt og om det er til ugunst for brukeren at det er to tjenesteytere til stede (§ 9-2 og § 9-9).

Kapittel 9 er altså en hybrid av de to modellene og har også noen bestemmelser som ligger midt mellom. For eksempel oppstiller loven et forbud mot nedverdiggende eller krenkende behandling (grensdragning) og et påbud om at tjenestetilbudet skal tilrettelegges med respekt for den enkeltes fysiske og psykiske integritet og så langt som mulig i overensstemmelse med brukerens selvbestemmelsesrett (verdi/magnetisk sentrum) (§§ 9-1 og 9-3). Vi får da en blanding av de to figurene:

²⁴⁹ Senere erstattet av sosialtjenesteloven og nå helse- og omsorgstjenesteloven (svært grovt sagt).

Figur 3: Magnetisk sentrum med grensedragning



Den svarte prikken i midten er verdien, her respekt for brukernes integritet og selvbestemmelsesrett. Den svarte ringen er grensen mellom behandling som er nedverdiggende eller krenkende (på utsiden) og behandling som ikke er det (på innsiden). Det som befinner seg på utsiden av den svarte ringen er forbudt (ikke i samsvar med verdien). Men det er en glidende overgang fra behandling som ikke er nedverdiggende eller krenkende (så vidt på innsida av ringen, noe samsvar med verdien), og behandling som i stor grad tar hensyn til og viser respekt for brukernes integritet og selvbestemmelsesrett (nært verdien, mye samsvar)²⁵⁰.

8.3.2 Verdier uten presise atferdsnormer

Noen lover, eller enkelte paragrafer i en lov, kan først og fremst gi uttrykk for en verdi, som sosialomsorgsloven. Verdiene følges i liten grad opp av presise atferdsnormer (Aubert 1976, s. 20). Dette kan dels bunne i at det er mindre risikabelt politisk å slutte seg til en verdi enn til en norm, særlig fordi verdiformuleringer ofte er vage og flertydige. Men en lov kan også legge hovedvekten på verdiene heller enn normene av andre grunner. Som midler til å fremme en målsetting kan faste atferdsnormer bli for stive. De passer ikke i alle situasjoner, særlig ikke når de forhold loven regulerer er ulikeartede og i stadig forandring. Det fortøner seg da som rasjonelt og vitenskapelig å overlate valget av praktiske inngrep til et forvaltningsorgan, til domstolene eller til grupper av eksperter. Det er slik argumentasjon som ligger til grunn for deler av kapittel 9. Målet, verdien blir autoritativt fastslått, mens midlene, de konkrete hand-

²⁵⁰ Det er også gradforskjeller på nedverdiggende og krenkende behandling. Det er forskjell på slik behandling som er rett på utsiden av ringen (grensa), og behandling som befinner seg helt ytterst der det grå går over i hvitt. Der går det over i mishandling og overgrep.

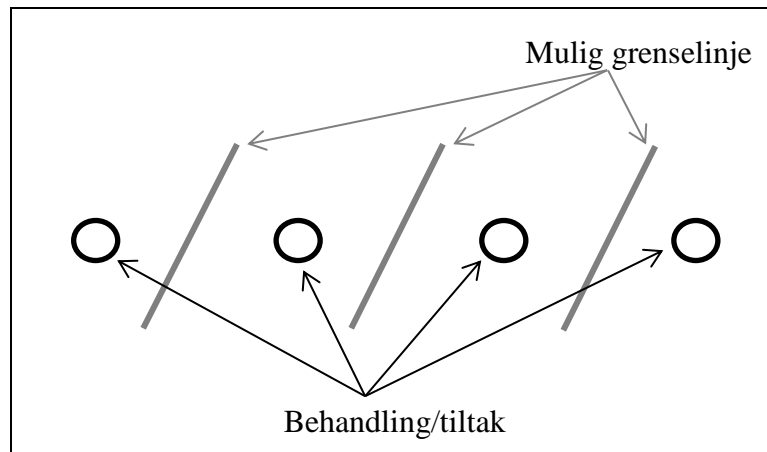
lingsvalg blir overlatt til organer og personer som har faglige forutsetninger for å bedømme sammenhengen mellom midler og mål. I praksis kan det bety at disse organene får mulighet til å definere verdiene innenfor de rammene som er stilt opp, som kan være uklare og tøyelige. I kapittel 9 har man til en viss grad operasjonalisert de overordnede verdiene til atferdsnormer, eller kanskje er det riktigere å si at man har operasjonalisert de overordnede verdiene ned til "delverdier", som det blir opp til de aktuelle organer/personer/eksperter å oppfylle (Fylkesmannen og miljøpersonalet). Man har søkt å finne en balansegang mellom klare vilkår og rom for skjønn. Som nevnt over, noen bestemmelser bærer preg av å være relativt vage overordnede verdier, noen trekker opp en klar grense mellom hva som er tillatt og hva som er forbudt, noen definerer en slags grense som må vurderes konkret i hvert enkelt tilfelle, og noen er en kombinasjon av verdiangivelse og grensedragning.

8.3.3 Rettssikkerhet og tvangsanvendelse

Ut fra hensynet til rettssikkerheten går ikke tvangsanvendelse godt sammen med rettsregler som bare viser til verdier og målsettinger (Aubert 1976, s. 21). Reglene må definere grensen mellom det forbudte og det tillatte, eller mellom det som er påbudt og det som ikke er påbudt. Den øvre grensen for tvang (at krenkende og nedverdiggende behandling er forbudt, § 9-1 tredje ledd) er eksempel på en bestemmelse som definerer grensen mellom den tvang som etter lovverket kan godtas etter nærmere fastsatte vilkår, og den tvang som under ingen omstendigheter skal forekomme. Slik sett er bestemmelsen klar og tydelig. Men om en behandling er krenkende og/eller nedverdiggende, eller om et konkret tvangstiltak havner på den ene eller andre siden av denne grensen, må vurderes konkret i hvert enkelt tilfelle²⁵¹. Man kan si at verdien er omsatt til en litt mer konkretisert verdi som skal gi føringer for vurderingen, men grensen er ikke trukket opp en gang for alle og det kan være uenighet om en gitt behandling eller et gitt tiltak havner på den ene eller den andre siden av denne grensen.

²⁵¹ Jf. subsumsjonsskjønn, se punkt 8.2.6.

Figur 4: Skjønnsmessig grensedragning



Sirklene representerer ulike behandlingsopplegg eller tvangstiltak. Strekene representerer mulige grenselinjer mellom hva som er nedverdiggende eller krenkende behandling (og dermed forbudt), og hva som ikke er det (og dermed lov). Hvor grensen skal trekkes har betydning for hvor mange av behandlingsoppleggene eller tvangstiltakene som er lovlige (altså ikke nedverdiggende eller krenkende).

Et annet område hvor grensen ikke er trukket opp en gang for alle er når strafferetten og rettspsykiatrien møtes for å finne ut om det foreligger fare for gjentakelse av den straffbare handlingen. Det er ifølge Aubert rimelig å se det slik at domstolen i samarbeid med rettspsykiateren er pålagt å realisere en verdi, nemlig å hindre fremtidige straffbare handlinger, og så selv må bedømme om midlet sikring²⁵² er nødvendig for å realisere formålet (1976, s. 22). Dette kan ses som en parallell til at Fylkesmannen i samarbeid med miljøpersonalet og habiliteringstjenesten er pålagt å realisere hovedverdiene bak kapittel 9 (hindre vesentlig skade og begrense tvangsbruken), men at de selv må bedømme om tvang og makt som midler er forsvarlig/nødvendig.

Det finnes rettsregler som hjemler tvangsinngrep der gjerningsinnholdet ikke er klart definert og verdiene bak må overta styringen. Vilkårene for bruk av tvangsmidler er, innenfor en viss ramme, angitt gjennom en målsetting, en verdi som skal realiseres, uavhengig av om

²⁵² Sikring (straffeloven 1902 tidligere § 39) ble erstattet med særreaksjonene tvungent psykisk helsevern, tvungen omsorg og forvaring (straffeloven 1902 nye §§ 39, 39a og 39c) fra 1. januar 2002 i forbindelse med en større endring i utilregnelighetsreglene og særreaksjonene (Rundskriv fra Riksadvokaten RA-2001-04). Disse særreaksjonene kan idømmes for å *verne samfunnet mot farlige forbrytere* når en tidsbestemt (fengsels)straff ikke anses tilstrekkelig (forvaring) eller når lovbryteren er straffri etter utilregnelighetsreglene i § 44 (tvungent psykisk helsevern og tvungen omsorg), det vil si var psykotisk eller bevisstløs/hadde sterk bevissthetsforstyrrelse på handlingstidspunktet, eller psykisk utviklingshemning i høy grad. I den nye straffeloven (2005) som ikke er trådt i kraft ennå er forvaring regulert i § 40, tvungent psykisk helsevern i § 62 og tvungen omsorg i § 63. Utilregnelighetsreglene står der i § 20 bokstavene b, c og d.

noe bestemt "gjerningsinnhold" foreligger (Aubert 1976, s. 22). Det ligger hos Fylkesmannen å vurdere dette i praksis for kapittel 9s vedkommende. I arbeidet med å utforme lovverket og kritikken av HVPU-regimet lå nettopp at tvangsbruken ikke var regulert, og en klar og tydelig lovhjemling ble etterlyst. Legalitetsprinsippet medfører også krav om klare lovhjemler ved bruk av tvang i behandlingssmessig sammenheng (Syse 1995, s. 189).

8.4 Beslutningsmodeller

Selv om vi finner mange innslag av den formålsrettete tenkningen, forankret i verdier, er det karakteristiske for jussen ifølge Aubert at verdiene/interessene/målsettingene er blitt omsatt til relativt presise atferdsnormer, med nokså klare angivelser av de følger det har om atferden ligger på den ene eller den andre siden av en opptrukket grense (jf. figur 1). Hvordan bestemmelsene blir praktisert og hva følgene av ulike atferdsalternativer faktisk blir er en annen sak (1976, s. 23).

Aubert mener legegjerningen er et godt eksempel på en motsetning til den juridiske måten å gripe inn på: Lov av 16. mai 1860 om Sundhetskommisjoner stilte opp sunnheten som verdi og medisinfaget som et av virkemidlene til å realisere verdien. Lov om lægers rettigheter og plikter av 29. april 1927 slo (blant annet) fast hvem som kan praktisere som lege. Hovedforutsetningen er at vedkommende har en bestemt utdanning og ekspertise. Derimot finnes det ikke rettsregler om selve behandlingen, og ingen atferdsnormer som sier noe om hvordan legen skal forholde seg når han står overfor en pasient med bestemte symptomer. Da må legen bygge på sine medisinske kunnskaper og metoder som kan forandre seg fra år til år som følge av vitenskapelige nyvinninger. Det kan ikke lovreguleres at en operasjon skal foretas på visse gitte indikasjoner. Men fra tid til annen, når det blir klaget over behandlingen og dens resultater, oppstår det tvil om hvor mye som bør overlates til legens skjønn (1976, s. 23)²⁵³.

²⁵³ Ifølge Kjønstad har norsk helserett forlatt den paternalistiske legemodellen og bygger nå i betydelig utstrekning på en rettighetsmodell (2005, s. 22). Pasientrettigheter ble et sentralt begrep i løpet av 1980-tallet (Kjønstad 2007, s. 70), og kulminerte med pasientrettighetsloven vedtatt i 1999 (ifbm. samhandlingsreformen (2012) omdøpt til pasient- og brukerrettighetsloven). Leger og annet helsepersonell er underlagt reglene i helsepersonelloven, som også er fra 1999. Blant de lovfestede pasientrettighetene er retten til å bli pasient og få nødvendig helsehjelp, retten til å få forsvarlig behandling og omsorg, retten til å medvirke ved behandlingen og få informasjon, retten til innsyn i egen journal, retten til å avstå fra behandling (krav om informert samtykke) og retten til erstatning/pasientskadeerstatning (sistnevnte regulert i pasientskadeloven av 2001) (2007, s. 24-26). Auberts bruk av legegjerningen som eksempel mener jeg står seg nettopp som et eksempel, selv om ikke rettstilstanden er den samme. Eriksen bruker også den medisinske handlingsmodell basert på "klinisk fornuft" som eksempel på motstykke til den juridiske deduktive logikk (2001).

Med utgangspunkt i skillet mellom verdier og normer kommer vi ifølge Aubert over til et skille mellom to modeller for avgjørelser. Den ene er instrumentell, som legens. Den andre består i å subsumere faktiske forhold under normer og regler, som juristene gjør. I begge tilfeller ligger det en forankring i verdier. De instrumentelle avgjørelser er imidlertid ikke nærmere avgrenset ved normer, men ved vitenskapelige eller nyttebetonte avgjørelser. I den typiske juridiske avgjørelse ligger styringen primært i de presise atferdsnormene. Det beslutende organ kan ikke så lett fravike disse selv om det ser at andre avgjørelser ville være bedre egnet som instrumenter til å fremme verdien bak reglene (1976, s. 23).

8.4.1 Normrasjonalitet og formålsrasjonalitet

Avgjørelser som framkommer ved at fakta blir subsumert under en norm eller regel kaller Aubert *normrasjonelle*. Avgjørelsen skjer gjennom en deduksjon fra normen (1976, s. 31). Rasjonaliteten ligger i å følge normene. De *formålsrasjonelle* avgjørelsene bygger på valg av midler til å realisere et formål ut fra kausalvitenskapelige kunnskaper (s. 31-32). Rasjonaliteten ligger da i å realisere formålet. I praksis svarer ingen avgjørelsesmåte helt til noen av disse rene typene (s. 32)²⁵⁴. Auberts skille mellom normrasjonalitet og formålsrasjonalitet har nær tilknytning til Webers begrepspar "Wertrationalität" (norm) og "Zweckrationalität" (formål/hensikt) (Aubert 1976, s. 31). Den siste er basert på visse verdier og oppfatninger av rett, mens den første hviler på generelle regler og prosedyrer (Deflem 2008, s. 45 om Weber).

Skillet mellom normrasjonalitet og formålsrasjonalitet peker tilbake på skillet mellom norm og verdi (formål). Aubert hevder at verdiformuleringer i rettsregler ofte blir brukt nettopp for å la formålsbetraktningene og den faglige ekspertisen styre anvendelsen av loven (s. 32-33). Når en lov formulerer atferdsnormer som trekker klare grenser omkring det tillatte eller det påbudte blir annen ekspertise enn den juridiske mindre relevant. Innenfor lovgivning og rettshåndheving forutsetter formålsrasjonelle avgjørelser at verdiene blir stilt opp uten at atferdsnormene blir låst fast. I normrasjonelle avgjørelser må den ikke-juridiske fagekspertisen være bygget inn på forhånd (s. 33).

Som jeg allerede har vært inne på mener jeg at helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 både har bestemmelser som krever formålsrasjonalitet og som krever normrasjonalitet. For-

²⁵⁴ De må anses som idealtyper i weberiansk forstand. Idealtyper konstrueres ved å abstrahere og kombinere et begrenset antall elementer fra virkeligheten i den hensikt å muliggjøre beskrivelse og forståelse av et kaos av empiriske hendelser. Formålet er rent analytisk (Deflem 2008, s. 40). De "'rene' typer skal (...) utelukkende betraktes som grensetilfeller som er særlig verdifulle og uunnværlige for analysen – grensetilfeller, mellom hvilke (...) virkeligheten (...) stadig beveger seg i form av blandingstyper" (Weber 2000, s. 157).

målsbestemmelsen (§ 9-1), samt de uttalte intensjonene i forarbeidene og spesielt i rundskrivet (som analysert i kapittel 5 i denne oppgaven) er verdiformuleringer som skal styre anvendelsen av loven (formålsrasjonalitet). Delvis er de konkretisert ned til atferdsnormer (normrasjonalitet). Verdien/intensjonen om å forebygge og begrense bruken av tvang og makt (§ 9-1 første ledd) er for eksempel operasjonalisert ned til bestemmelser om at kommunen plikter å legge forholdene til rette for minst mulig bruk av tvang og makt (§ 9-4 første ledd), at andre løsninger må prøves først og forholdsmessighetskravet opprettholdes (§ 9-5), samt at bestemmelsene er gitt begrenset anvendelsesområde (§ 9-2).

Noen av disse bestemmelsene er klare og tydelige og levner ikke rom for skjønn, slik som bestemmelsen om anvendelsesområde. Det eneste man kan gjøre er å anvende normrasjonalitet og bestemme om man er på den ene eller andre siden av den opptrukne grensen. Enten er det snakk om "bruk av tvang og makt som ledd i tjenester etter [helse- og omsorgstjenesteloven] § 3-2 nr. 6 bokstavene a til d til personer med (...) utviklingshemning", eller så er det ikke det (§ 9-2 første ledd). Kun om det er dette det er snakk om kommer reglene i kapittel 9 til anvendelse.

Andre av bestemmelsene beror *ikke* på en ren normrasjonell vurdering, for eksempel om andre løsninger er prøvd i tilstrekkelig grad og om forholdsmessighetskravet er oppfylt. Det må også foretas en formålsrasjonell vurdering om i hvilken grad de overordnede verdiene er oppfylt i hvert enkelt tilfelle. Er andre og mindre inngripende tiltak prøvd i tilstrekkelig grad og står tiltaket i forhold til det formålet som skal ivaretas? Pålegget i § 9-9 fjerde ledd om at tiltaket skal vurderes kontinuerlig og straks avbrytes dersom vilkårene for vedtaket ikke lenger er til stede eller det viser seg å ikke ha de forutsatte konsekvenser eller å ha uforutsette, negative virkninger er et pålegg om å ha verdiene i bakhodet hele tiden. For å være normrasjonelle (følge reglene) må personalet kontinuerlig vurdere tiltakene formålsrasjonelt.

For at avgjørelser skal være mulige å kontrollere må de verbaliseres, og man må kunne følge argumentasjonsrekken. Offentlighetsprinsippet er grunnfestet i norsk lovgivning og praksis, og regnes som et grunnleggende demokratisk prinsipp²⁵⁵. Retten er ikke bare offisiell, den er også offentlig, i betydningen at dens avgjørelser og prosedyrer i prinsippet er åpen for gransking fra hvem som helst som blir berørt eller er det minste interessert (Aubert 1982, s. 62). Som jeg allerede har vært inne på er legegjerningen en fundamentalt annen måte å jobbe på enn den rettslige. Ifølge Aubert kunne legene nyte "proseduralt hemmelighold", mens dommeren offentlig må rettferdiggjøre sine dommer og vurderinger, og er under

²⁵⁵ Jf. NOU 2003:30 *Ny offentlighetslov*, s. 42.

konstant overvåkning (s. 63). Før lovreglene om bruk av tvang og makt overfor utviklingshemmede kom kan man si at tjenesteyterne nøy proseduralt hemmelighold. Tvangsbruken måtte ikke begrunnes. Men i saksbehandlingen fram til vedtak om tvangstiltak etter loven skal alt verbaliseres og begrunnes (noe som for personalet ofte er både tidkrevende og utfordrende), men siden det kan fremkomme svært personlige opplysninger er slike dokumenter unndratt offentlighet²⁵⁶. Fylkesmannen har rollen som overvåker/kontrollør (men kan også bli kontrollert av retten og av Helsetilsynet). Jeg vil nå se nærmere på strukturen rundt avgjørelsene.

8.4.2 Avgjørelser i par og trekant

Det er ifølge Aubert en tendens til systematisk sammenheng mellom hvilken modell for beslutningstaking som brukes og samhandlingsstrukturen som danner rammen om avgjørelsene. Den formålsrasjonelle avgjørelsen brukes i dyaden (noe som foregår mellom to, i et par), som når legen foreskriver et behandlingsopplegg for en pasient²⁵⁷. Avgjørelsen tas mellom de to, basert på en instrumentell vurdering (ofte gjort av legen) av hva som best vil realisere formålet (1976, s. 33).

Den normrasjonelle avgjørelsen, og spesielt dommen, knytter seg gjerne til en samhandling mellom tre, i en trekant, en triade. En tredjeperson som blir bragt inn i en konflikt kan velge å subsumere fakta under normer snarere enn å selv velge midler til å realisere en verdi (s. 33). Det er lettere å ta stilling til om konflikten faller innunder den eller den normen (normrasjonell avgjørelse) enn å ta stilling til hvilke midler som best vil realisere formålet (formålsrasjonell avgjørelse), eventuelt hva formålet er.

Igjen er kapittel 9 en hybrid. Det foretas en instrumentell vurdering av om tvang og makt er nødvendig overfor brukeren, og parallelt må man vurdere om lovens formål ivaretas og om tiltaket faller innunder og er i samsvar med bestemmelsene i kapittel 9. Man må foreta både en normrasjonell og en formålsrasjonell avveining. Hva slags samhandlingsstruktur danner så rammen om beslutninger i tilknytning til kapittel 9?

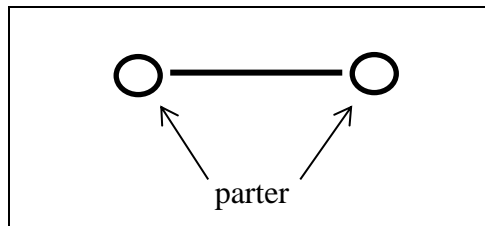
²⁵⁶ Opplysninger som er underlagt taushetsplikt er unntatt fra innsynsretten, jf. offentlighetsloven § 13.

²⁵⁷ Dette blir dog en asymmetrisk dyade, der legen behersker situasjonen i kraft av sin faglige autoritet, og maktforholdet er dermed skjevt, da pasienten er avhengig av legens ekspertise.

8.4.3 Nye polyader

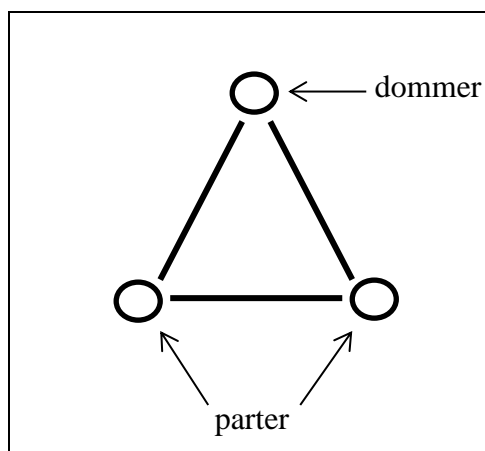
Ved utforming og stadfesting av vedtak om bruk av tvang og makt overfor utviklingshemmede passer verken dyaden eller triaden for beslutningstaking. I dyaden er det to parter som skal bli enige om hvordan de skal løse konflikten eller uenigheten. Partene kan være likeverdige, men trenger ikke å være det.

Figur 5: Dyade (to)



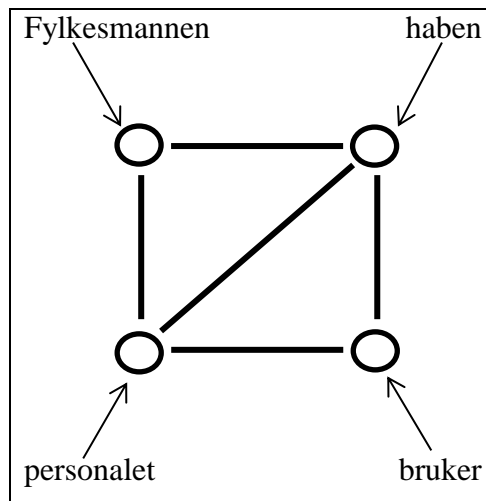
Ved beslutning om bruk av tvang og makt i en akutt nødssituasjon kan man si at dyaden passer til en viss grad, men da er det en asymmetrisk dyade, hvor personalet har vesentlig mer makt enn brukeren (den utviklingshemmede). Det er en viss kontroll i etterkant i form av at det sendes inn enkeltmeldinger til Fylkesmannen, og denne kan komme med tilbakemeldinger og kommentarer på bakgrunn av innsendte enkeltmeldinger. Men Fylkesmannen er uten sanksjonsmuligheter, og kan ikke påvirke beslutningen da den allerede er tatt. Derimot kan Fylkesmannens uttalelser påvirke hvordan personalet (den ene av de to partene) handler i tilsvarende situasjoner ved en senere anledning, og slik sett kan det ha trekk av å være en triade (selv om det ikke avsies noen dom/kjennelse).

Figur 6: Triade (tre)



I triaden kommer en tredjeperson inn for å avgjøre konflikten mellom de to partene. Man kunne tenke seg at ved vedtak om bruk av tvang og makt representerer Fylkesmannen dommeren i triaden, og personalet og brukeren de to partene, men dette stemmer ikke med hvordan det er i virkeligheten. Derfor har jeg sett behov for å videreutvikle Auberts modeller for konfliktløsning, rettere sagt *utvide* fra trekant til firkant, til en tetrade²⁵⁸.

Figur 7: Tetrade (fire)



I tetraden er det fire faktorer²⁵⁹, her personalet, brukeren, Fylkesmannen og haben²⁶⁰. Personalet er de kommunalt ansatte tjenesteyterne, miljøpersonalet. Det er ofte de som tar initiativ til å utrede om det er nødvendig med tvangstiltak. Brukeren er beboeren med utviklingshemning, tjenestemottakeren, som blir utsatt for tvangsbruken. Haben er spesialisthelsetjenesten (ved voksenhabiliteringen), som har en lovfestet plikt til å delta i utformingen av tvangstiltak (og bidra til andre løsninger), samt at de skal avgi uttalelse til Fylkesmannen om tiltakenes faglige og etiske forsvarlighet. Haben samhandler derfor med alle de tre andre faktorene i tetraden: med personalet for å finne andre løsninger og/eller hensiktsmessige tvangstiltak, med brukeren for å bli kjent med denne og slik være i stand til å vurdere hva

²⁵⁸ Begrepene dyade og triade, som Aubert bruker, kommer av de greske tallene (duo for to, og tria for tre). I de nye modellene følger jeg samme begrepsbruk: tetras betyr fire, pente fem, hexa seks, hepta sju og slik kan man fortsette å lage polyader med stadig flere faktorer (polys er gresk for mange). Det handler om x antall faktorer som ses under ett, som en helhet. De greske tallene har jeg hentet fra Johnsen 2014. (Man kunne selvsagt også laget en monade, men denne vil da bare bestå av én (mono betyr en), og har ingen relevans her.)

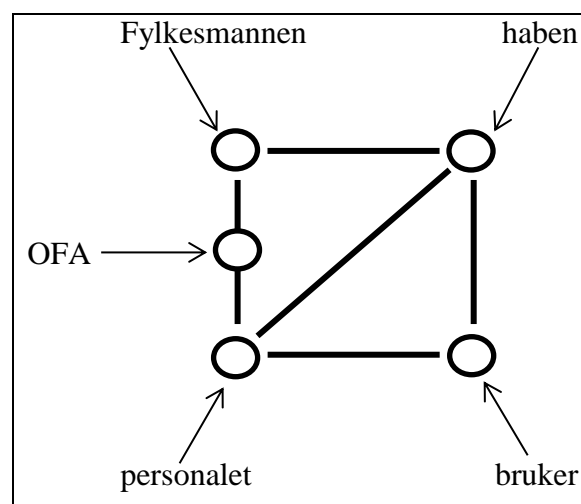
²⁵⁹ Når det gjelder dyaden og triaden har jeg i figurene holdt meg til de generelle benevningene "part" og "dommer". Dette fordi det er disse begrepene Aubert bruker, og modellene er ment å være generelle. Når jeg nå utvider modellene er det direkte koblet til mitt felt, og de er ikke lenger ment å være generelle (idealtyper). Derfor bruker jeg de konkrete termene til de relevante faktorene her.

²⁶⁰ Jeg bruker her "haben", hvilket sikter til spesialisthelsetjenesten (voksenhabiliteringen), og er den benevninga som er vanlig i feltet. Det er en forkortelse for voksenhabiliteringen/nevrohabiliteringen.

som kan være hensiktsmessig, og med Fylkesmannen ved at de avgir uttalelse om faglig og etisk forsvarlighet. Fylkesmannen overprøver vedtakene, og samhandler med personalet som gjennomfører tvangstiltakene, og med haben i spørsmål om faglig og etisk forsvarlighet.

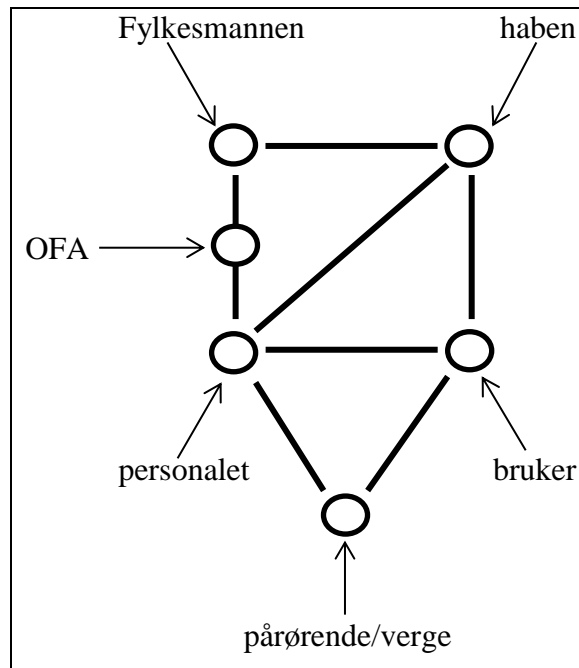
Egentlig er det kommunen som fatter vedtakene som Fylkesmannen så overprøver. Slik sett kunne man tenke seg at kommunen burde inn i modellen mellom personalet og Fylkesmannen, da alle papirer sendes via kommunens overordnet faglig ansvarlige (OFA). Mitt inntrykk er at dette hovedsakelig handler om en videresending begge veier, og at det dermed bare er et mellomledd/bindeledd mellom personalet og Fylkesmannen. Modellen får en ny (femte) faktor, og ser slik ut:

Figur 8: Pentade (fem)



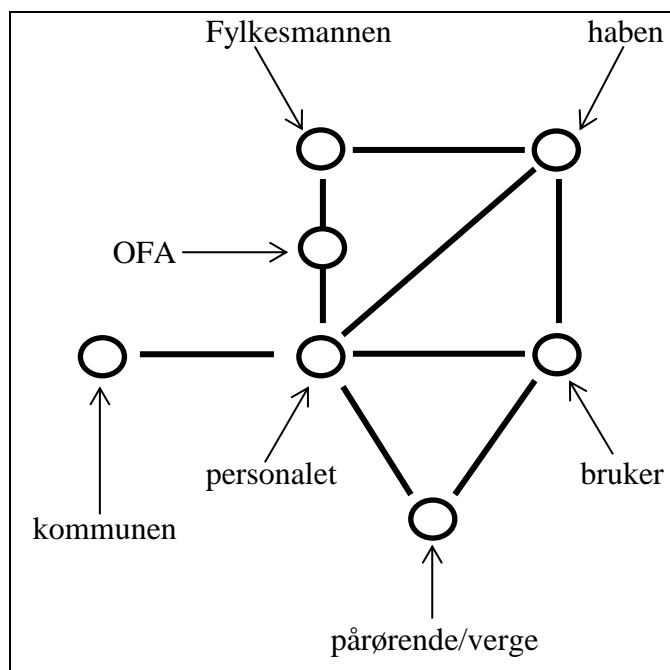
En annen part som skal bli informert, og har uttalelsesrett og klageadgang, er pårørende/verge. Vergen kan være en av de pårørende, men behøver ikke å være det. Likevel har jeg slått disse to partene sammen til én. Vergen og pårørende kan være enige eller uenige i hvordan personalet jobber med brukeren, og enige eller uenige seg imellom. I enkelte tilfeller kan det være konflikt, slik at pårørende/verge taler den utviklingshemmedes sak/står på dennes side, i andre tilfeller kan det være slik at pårørende/verge ønsker tvangstiltak velkommen og står slik sett på personalets side. I noen tilfeller ønsker pårørende at personalet skal bruke mer tvang enn de har lov til. Pårørende/verge kan også ha andre oppfatninger, som verken går sammen med brukerens eller personalets. Ved overprøving av vedtak kan pårørende/verge uttale seg til Fylkesmannen om tvangstiltaket, men gjør det sjelden. Derfor er det i modellen ingen direkte samhandling mellom pårørende/verge og Fylkesmannen.

Figur 9: Hexade (seks)



En siste faktor jeg vil legge til, er kommunen (generelt, ikke OFA). Det er kommunen som styrer helse- og omsorgstjenestene og tilbudet til den utviklingshemmede er deres ansvar. Det er de som står for bevilgninger og dermed tilgangen til ressurser (tid/penger). Kommunen har også en lovfestet plikt til å legge forholdene til rette for minst mulig bruk av tvang og makt i tjenesteytingen. I utvidelsen av modellen har jeg valgt å bare tegne opp samhandling mellom kommunen og personalet. Det kan innvendes at det er den enkelte bruker som får innvilget tjenester, men i bevilgninger over budsjettet og i hva kommunen signaliserer at den fokuserer på, og hvordan det legges til rette, er det påvirkningen på personalet som er tydeligst. Det er også de som må lage best mulig tjenester ut fra de rammebetingelsene kommunen gir. I rundskrivet er det understreket at bruk av tvang ikke skal være noen erstatning for tilstedeværelse fra personalet, men tenker man ennå mer helhetlig rundt omsorgen og målrettet jobbing med utfordrende atferd kan slike rammebetingelser ha innvirkning på om tvangsvedtak er aktuelt eller ikke.

Figur 10: Heptade (sju)



Prosessen med å få på plass et gyldig og overprøvd vedtak om bruk av tvang og makt involverer mange aktører, i den utvidede modellen (figur 10) er vi oppe i sju. Dette kan være et tegn på kompleksiteten i både samfunnet generelt og i kravene til hvordan retten skal håndtere utfordringer i dagens samfunn. Jeg vil igjen understreke at Auberts modeller av dyade og triade må anses som idealtyper, mens modellene slik jeg har utvidet dem her er nært knyttet til det konkrete feltet jeg har sett på.

Når så mange aktører, med ulik bakgrunn og tilnærming, skal samarbeide om å finne løsninger, kan det by på utfordringer. I neste avsnitt vil jeg se nærmere på koblingen av rettslig regulering og miljøarbeidet som gjøres i boligene.

8.5 Når ulike normsystemer løser samme problem

Aubert analyserer i en artikkel hvordan to ulike profesjoner, med ulike tradisjoner, handlingsalternativer og måter å løse ting på skal prøve å løse det samme "problemet" (1982). I artikkelen er det juss og psykiatri, i kapittel 9 kan man si at det er juss og miljøterapi.

Det virker som en rettslig løsning, eller en løsning med et sterkt rettslig element, anses som nødvendig på disse livsområdene, men på samme tid viser det seg at en annen type bidrag, av ikke-rettslig og terapeutisk karakter, er påkrevet.

Aubert (1982, s. 56) sikter her til at jurister og leger/psykiatere må samarbeide, men koblingen av rettslige og ikke-rettslige bidrag i løsningen av et problem er også tydelig ved reguleringen av bruk av tvang og makt overfor utviklingshemmede. Den rettslige håndteringen består ifølge Aubert i å svare en spesifikk handling eller unnlattelse med en spesifikk type reaksjon. Det antas å være et rettferdighetsforhold mellom avviket og den rettslige reaksjonen. Den psykiatrisk-psykologiske håndteringsmåten har utviklet seg til en fullskala "ta vare på hele personen"-holdning²⁶¹. Innen strafferettsfeltet ble trenden mot psykiatrisk behandling beskrevet som et substitutt for en reaksjon på lovbruddet, nemlig en reaksjon på lovbryteren i stedet (s. 56-57). Når det gjelder kapittel 9 er det ikke snakk om en handling eller unnlattelse som trenger en straffereaksjon, men utfordrende atferd som må takles for å hindre at utviklingshemmede skader seg selv eller andre²⁶². Dette kan være utagerende handlinger, eller "unnlattelse" i form av at vedkommende for eksempel nekter å spise eller pusse tennene. Det ligger som et krav at man skal forsøke å finne årsaken til problemet, og dermed implisitt må man ta hele personen med i betraktningen og ikke se på handlingene isolert sett. Håndteringen har dermed mer til felles med den psykiatrisk-psykologiske håndteringsmåten enn den rettslige²⁶³. Samtidig ligger det også en rettslig håndteringsmåte i enkelte av vilkårene, for eksempel anvendelsesområdet.

Den rettslige håndteringsmåten er ifølge Aubert typisk ikke-vitenskapelig og består i et veldig spesialisert svar på spesifikke handlinger. Den terapeutiske håndteringsmåten forsøker å være vitenskapelig og består ideelt sett av et bredt og ansvarlig svar til en helhetlig personlighet sin situasjon (1982, s. 58). Noen oppgaver krever samtidig bruk av de to håndteringsmåtene, som kapittel 9. Dette innebærer at en eller begge må kompromisere med forventningene til sin rolle (s. 58). Juristen mangler spesialisering i det aktuelle feltet, men er høyt spesialisert i form og prosedyre (s. 64). Der jussen mangler ekspertise må denne komme inn fra feltet selv eller fra andre eksperter. I kapittel 9 stilles det opp noen vilkår og saksbehandlingsregler som juristen vil være best skikket til å vurdere, men som må fylles ut av

²⁶¹ Aubert skriver i artikkelen om grensefeltet mellom juss og psykiatri, og artikkelen ble opprinnelig publisert i 1958. Svært mye har endret seg på dette feltet siden da. Eksempelet står seg like fullt. Offisielt heter det nå ikke psykiatri, men psykisk helsevern. Jeg velger likevel å bruke den gamle termen, det stemmer mer overens med eksemplene fra Auberts tid.

²⁶² Det er altså en tvangsbruk som ikke er strafferettslig begrunnet, jf. Syse (1995, s. 442-447).

²⁶³ Atferdsterapien er blitt kritisert for å være for instrumentell og fokusere på betinging og klassisk læringspsykologi, hvilket har mer til felles med den rettslige enn den psykiatrisk-psykologiske håndteringsmåten, men jeg går ikke inn på en diskusjon av atferdsterapi som fag her, det ville sprengt rammene for en oppgave som allerede er svært omfattende.

ekspertise fra feltet selv. Dette kan komme både fra personalet og fra spesialisthelsetjenesten. Hvordan dette foregår i praksis har jeg ikke materiale på, da måtte man gått inn i enkeltsaker.

Det er ikke nok at en måte å løse problemer på er prinsipielt rett. Den må også anerkjennes som riktig av et visst antall av de involverte for at den skal være funksjonell (Aubert 1982, s. 75). Dette gjelder også selv om den er rettslig regulert. Og ikke bare må den anerkjennes, den må også være kjent.

Skal loven påvirke faktiske forhold eller holdninger, så må den bli kjent. Kanskje ikke direkte og i detalj, men i hvert fall indirekte og i hovedsaken.

Med dette sikter Aubert, Eckhoff og Sveri (1952, s. 19) til at de det gjelder må vite at det finnes en lov som regulerer det aktuelle spørsmålet, og/eller ha en viss innsikt i hvordan dette er ment å løses rettslig.

8.6 Norminnsiktens betydning for normetterlevelsen

Kunnskapsnivået om lovene i befolkningen har betydning for forutberegneligheten og rettsikkerheten (Aubert, Eckhoff og Sveri 1952, s. 21). Data om lovkunnskap kan brukes som indikator på hvor langt lovens tankegang har trengt gjennom, dessuten må man kjenne dagens kunnskapsnivå for å vite hvordan opplysningsvirksomheten skal drives (s. 19).

En lov kan virke gjennom mange kanaler, dels ved at det blir spredt opplysning om den direkte, og dels ved at den blir anvendt av domstolene eller andre offentlige organer (s. 19). Når det gjelder hushjelploven og helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 kan vi nærmest se bort fra påvirkning ved at noen av partene reiser sak. Aubert, Eckhoff og Sveri skriver at det forekommer praktisk talt aldri for hushjelplovens vedkommende. Det samme må vi kunne si om kapittel 9 basert på det svært lave antallet klagesaker. Dog prøves alle vedtak juridisk hos Fylkesmannen ved overprøvingen. Av denne grunn beror spørsmålet om loven skal få noen betydning i ennå høyere grad enn ellers på om de personer hvis livsforhold den tar sikte på å regulere får kjennskap til den (s. 20). For kapittel 9s vedkommende vil det da hovedsakelig si personalet som yter tjenester til utviklingshemmede og de utviklingshemmedes pårørende/verge. Den utviklingshemmede selv vil i de fleste tilfeller hvor bruk av tvang og makt er aktuelt ha relativt liten evne til å tale egen sak. Dog kan man se for seg at de overordnede verdiene i kapittel 9 aktualiseres i stadig større grad i diskusjonen om selvbestemmelse og at utviklingshemmede da selv, eventuelt med bistand fra pårørende, kan

bruke verdiene knyttet til integritet og selvbestemmelsesrett som ligger i § 9-1 og § 9-3 (jf. intensjon nr. 4), også når det ikke er snakk om den rene tvangsbruk.

Det er en mulighet for indirekte påvirkning fra loven (s. 146):

En kan få vite av andre som kjenner loven, hvordan et visst forhold skal ordnes uten selv å lese loven eller til og med uten å høre loven nevnt ved navn. Dette er imidlertid neppe så vanlig. Stort sett vil nok spredning av opplysning om de enkelte regler på grunnlag av loven, være kombinert med henvisninger til loven i en eller annen form.

Enkelte lover vekker større interesse og blir lettere kjent mens diskusjonen og forberedelsene pågår enn de gjør etterpå (s. 134), jf. Rådets henvisning til Kroken om at virkningene satte inn allerede i 1998. Dette viser at publisitet og offentlig diskusjon er en viktig del av opplysningsarbeidet knyttet til lovgivningen. Samtidig har vi sett at det har tatt tid å realisere intensjonene bak loven og at man fortsatt ikke er i mål.

8.6.1 Regler innfører noe nytt vs. lovfesting av sedvane

Når regler innfører noe nytt må all norminnsikt komme fra loven selv, men når sedvaner lovfestes kan norminnsikt både komme fra loven selv og fra sedvanen²⁶⁴ (som har bestemt innholdet i loven) (Aubert, Eckhoff og Sveri 1952, s. 127-128). Regler som innfører noe nytt har som mål å endre sedvanen (skikk og bruk, praksis).

Regler innfører noe nytt: lov → norminnsikt (→ sedvane)

Lovfesting av sedvane: lov → norminnsikt

(↑) ↑
sedvane

Aubert, Eckhoff og Sveri skiller mellom norminnsikt og kjennskap til loven. Norminnsikt er kunnskap om innholdet i reglene (1952, s. 127), men denne trenger ikke å være direkte knyttet til kunnskap om at det finnes en lov. Begrepet handler om forestillinger om hvordan et eller annet forhold *skal* eller *bør* ordnes eller *pleier* å ordnes (s. 122). Kjennskap

²⁶⁴ Sedvane brukes her i betydningen skikk og bruk, vane eller praksis, og ikke nødvendigvis innarbeidet eller uskrevne regel. Aubert, Eckhoff og Sveri sikter altså her til lovfesting av skikk og bruk, eller det som allerede er praksis. Reglene innfører da ikke noe nytt (annet enn at det blir en lovbestemmelse). Sedvanerett er rettsregler som er dannet ved at sedvaner i lengre tid til stadighet har vært fulgt, slik at de etter hvert er blitt oppfattet som rettslig bindende (Falkanger 2009). Som vilkår for å anerkjenne en sedvane som sedvanerett har det ifølge Aubert vært vanlig å kreve at den skal være utøvet *i den overbevisning at det dreier seg om et rettslig forhold* (1976, s. 50). Andenæs legger til at den må være *langvarig* og *ensartet* (opinio juris) (2002, s. 112).

til loven går ut på at man vet at det finnes en lov, men forutsetter ikke noen viten om selve innholdet i loven (s. 122).

Innholdet i regler som er en lovfesting av sedvane viste seg å være mer kjent i hus-hjelplovens tilfelle (enn de reglene som innførte noe nytt), noe Aubert, Eckhoff og Sveri forklarer med at det er to måter å få greie på dem på: ved kontakt med loven og ved iakttagelse av sedvanen. De tolket videre dette som at sedvanen under de foreliggende forhold var en mer effektiv oppdrager og et mer virksomt propagandamiddel²⁶⁵ enn en ny lov (1952, s. 130):

Mer konkret betyr vel dette at en lov som gjennomfører noe nytt, ofte vil være lite effektiv til å begynne med. Få blir påvirket av den. Først når det nye er blitt skikk og bruk i enkelte innflytelsesrike kretser, begynner normene å utøve et sterkt trykk slik at den konformitetsskapende prosessen blir akselerert. En kan også si det slik at lovens påvirkning som regel må formidles av den enkeltes nære sosiale miljø for å føre til norm-konformitet noenlunde raskt. Mens denne konformitetsdannende prosessen finner sted "automatisk", er lovgiverens problem i slike tilfelle å vinne de opinionsskapende individer innen de sosiale grupper en søker å påvirke. Det gjelder særlig på områder hvor det er vanskelig å øve kontroll og hvor det ligger liten realitet i sanksjonstrusler.

Dette kan tyde på at nye lover ikke er effektive før de oppnår et visst preg av sedvane, og vi kan stille opp denne årsaksrekken:

lov → sedvane → effekt

Loven må altså innom sedvanen før den får effekt. Dette forklares med "sedvanens dominerende innflytelse" og "vanens makt" (s. 131). Når en lov er ny påvirker den sedvanen noe, men jo mer den har påvirket og endret sedvanen til å være i samsvar med loven, jo mer vil sedvanen fortsette å endre seg, siden det er to påvirkningsfaktorer (loven og sedvanen). Om man søker å endre en praksis (sedvane) bør man altså ikke stole på at innføringen av lovregler alene kan gjøre dette (i hvert fall ikke raskt), men kombinere dette med andre virkemidler som mer direkte søker å påvirke den praksisen man vil endre.

lov → sedvane → effekt
↑
ikke-rettslige virkemidler

Norminnsikten har to potensielle kilder – loven og sedvanen (praksis), som dels kan virke i samme retning og dels hver for seg (s. 148). Om loven og sedvanen er i overensstemmelse vil de virke i samme retning, og akkurat som at når verdiene og normene er i

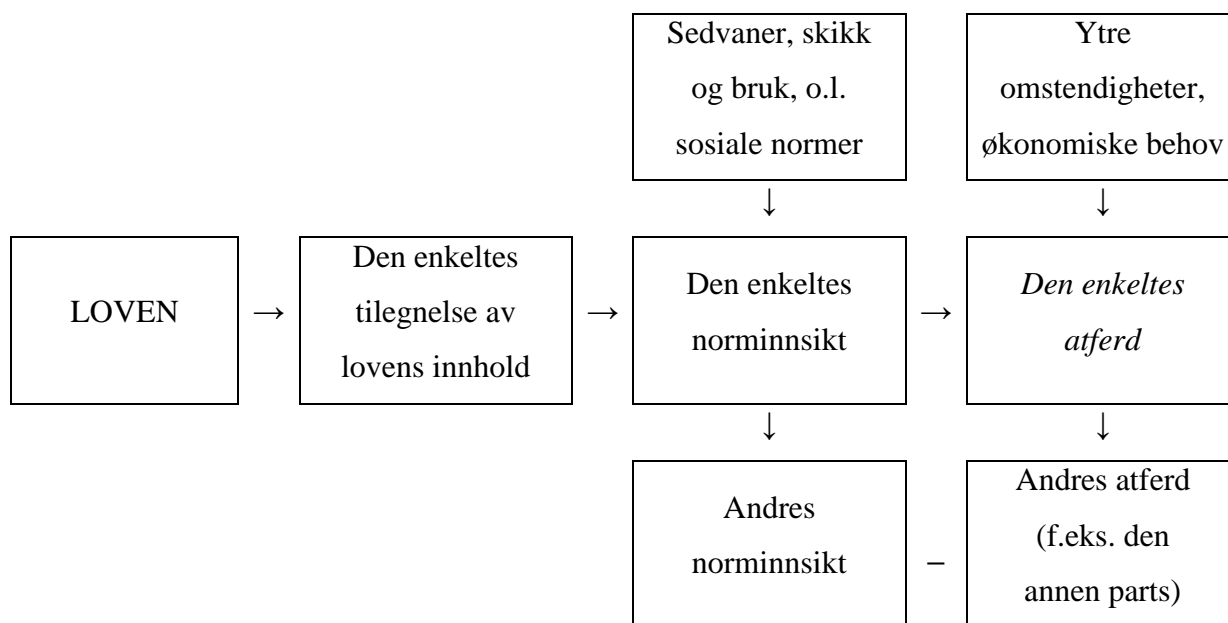
²⁶⁵ Se fotnote 238 om termen propagandering.

overensstemmelse, vil det gå ut på ett hvilken av dem man propaganderer for. Men om det ikke er samsvar mellom dem virker de mot hverandre, noe som kan være forvirrende. Eksempel på dette er at kapittel 9 stiller opp et utdanningskrav det bare kan gis dispensasjon fra i særlige tilfeller, mens praksis er at dette gjøres i svært stor utstrekning. Dette kan bidra til å underminere viktigheten og legitimiteten av utdanningskravet i loven.

8.7 Påvirkning på den faktiske atferden

Spørsmålet om loven påvirker den faktiske atferden lå bak mye av arbeidet med undersøkelsen av hushjelploven. Aubert, Eckhoff og Sveri mente at hvis en slik påvirkning hadde funnet sted, måtte den ha fulgt en bane som antydnet i figuren (1952, s. 163):

Figur 11: Faktorer for lovens påvirkning på den faktiske atferden



De var mest opptatte av årsaksrekken som fører fra loven til den enkeltes atferd, altså den midterste raden i figuren (LOVEN → Den enkeltes tilegnelse av lovens innhold → Den enkeltes norminnsikt → *Den enkeltes atferd*²⁶⁶).

For at loven skal få noen virkning, må den i en eller annen form bli lest eller oppfattet gjennom omtale. Videre må lesingen eller omtalen sette slike merker hos de enkelte individer, at de får en viss innsikt i lovens normer. Dette kan så direkte sette spor i den del av vedkommendes ytre atferd som er relevant i forhold til lovens bestemmelser. Men den norminnsikten som har sin kilde i kontakt med loven, kan også formidle en indirekte påvirkning.

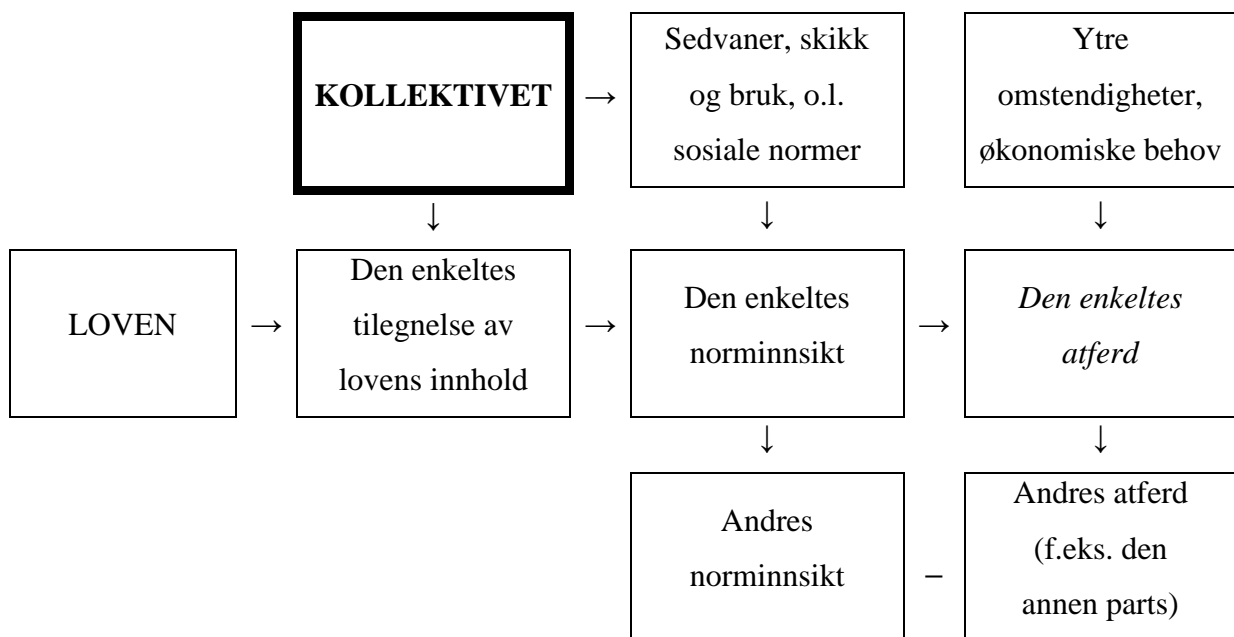
²⁶⁶ Loven er skrevet med store bokstaver i originalfiguren, men kursiveringen av "Den enkeltes atferd" er min.

Dels ved at andre imiterer – eller tilpasser seg til – ens (evt. lovlydige) atferd. Og dels kan det skje ved at norminnsikten blir kommunisert verbalt til andre, og at deres atferd forandrer seg ved at de nye normene blir innlært.

Det er dette som er skjematisk uttrykt ved modellen i denne figuren (s. 164). Jeg skal straks forklare figuren nærmere.

For egen regning vil jeg legge til en faktor i denne figuren, som jeg mener er viktig for å forstå kapittel 9s påvirkning: kollektivet tjenesteyterne tilhører. Figuren blir da slik:

Figur 12: Faktorer for lovens og kollektivets påvirkning på den faktiske atferden



Den nye faktoren har jeg skrevet med store bokstaver fordi kollektivet, sammen med loven (som har store bokstaver originalt), etter min mening utgjør de to viktigste grunnfaktorene for kapittel 9s påvirkning av omsorgspraksisen og den enkelte tjenesteyters atferd.

Kollektivet er her forstått som et uttrykk for den kulturen tjenesteyterne opererer innenfor, både personalgruppa som helhet og omsorgskulturen i videre forstand. Doktorgradsavhandlingene til Handegård og Ellingsen synliggjorde hvor viktig omsorgskulturen er for den enkeltes atferd. Handegård viste hvor ulik mottakelse lovverket hadde fått i de ulike omsorgsprofilene, og Ellingsens redegjørelse for den sterke kollektive fagligheten viste hvor vanskelig det var for enkeltpersoner å komme fram med sine meninger (det ville blitt ansett som et svik mot kollektivet). Slikt påvirker den enkeltes tilegnelse av lovens innhold. Hva som er gangbare sosiale normer i omsorgen for utviklingshemmede generelt, og spesielt i den enkelte bolig (på det enkelte tjenestested), er sterkt påvirket av kollektivet. Dette påvirker

igjen den enkeltes norminnsikt (sammen med den enkeltes tilegnelse av lovens innhold), som så påvirker den enkeltes atferd. Atferden er også påvirket av ytre omstendigheter og økonomiske forhold. Den enkeltes norminnsikt påvirker andres norminnsikt, og den enkeltes atferd påvirker andres atferd. En enkelt tjenesteyters atferd kan påvirke både brukerens (den utviklingshemmedes) atferd og andre tjenesteyteres atferd²⁶⁷. Etter hvert vil dette endre både kollektivet og de sosiale normene, som så igjen vil påvirke tilegnelsen av lovens innhold og den enkeltes norminnsikt.

8.8 Avslutning

I dette kapitlet har jeg sett på forholdet mellom verdier og normer, normer som en operasjonalisering av verdier, og hvordan normgiver kan påvirke normmottaker gjennom forventninger til og reaksjoner på handlinger. Jeg har også vurdert ulike måter å realisere verdier på gjennom lovgivningen, og på den ene siden lovgivning som representerer en tydelig grensedragning mellom det forbudte og det tillatte, og på den andre siden lovgivning med visse verdier som fungerer som magnetiske sentra som trekker atferd til seg for at den skal være mer i samsvar med den aktuelle verdien. Enkelte lovbestemmelser kan være en kombinasjon, hvor det er magnetiske sentra som skal få atferden mer i samsvar med en verdi, samtidig som den trekker opp en grense et stykke ut fra verdien, eller hvor det er en tydelig grensedragning, men at denne er avhengig av en skjønnsmessig vurdering.

Normrasjonalitet og formålsrasjonalitet er to ulike beslutningsmåter. Beslutninger kan involvere et ulikt antall personer/instanser, og jeg utvidet her Auberts dyade og triade til å ende med en heptade, med sju faktorer som bidrar når beslutningsprosessen knyttet til vedtak om bruk av tvang og makt overfor utviklingshemmede skal gjennomføres. Jeg har også sett på samarbeidet mellom profesjoner med ulike håndteringsmåter, hvilket er nærliggende når såpass mange personer/instanser sammen skal komme fram til en god løsning.

Til slutt tok jeg for meg norminnsiktens betydning for normetterlevelsen, og lovens og kollektivets påvirkning på den faktiske atferden til tjenesteyterne i denne omsorgen, sterkt inspirert av undersøkelsen av hushjelploven.

Oppsummerende kan man si at dette kapitlet i stor grad har handlet om lovens (muligheter for) påvirkning på praksisen den (for)søker å regulere. I neste kapittel vil jeg ta for meg vekselvirkningen mellom loven og praksis, eller mellom loven og virkeligheten. Det er ikke

²⁶⁷ Kollektivet påvirker også andres norminnsikt og atferd, men dette er ivarettatt gjennom midtlinja, ved at det påvirker den enkeltes atferd ("den enkelte" er jo også "andre").

bare loven som påvirker praksis, praksis (virkeligheten) påvirker også loven. Retten lever ikke i et vakuum fra samfunnet rundt, men er en del av det og blir påvirket av det.

9 Vekselvirkning mellom loven og virkeligheten

Som jeg nevnte innledningsvis (se punkt 1.4) er et grunnleggende perspektiv hos meg vekselvirkningen mellom retten og samfunnsforholdene for øvrig. Dette er også en helt grunnleggende innsikt i retts sosiologi²⁶⁸. Man kan ikke forstå rettens påvirkning uten å samtidig snu spørsmålet og spørre etter påvirkningen samfunnsforholdene for øvrig både har og har hatt på utviklingen av rettsregler og rettsavgjørelser (jf. Mathiesen 2011, s. 103). Derfor er det viktig å belyse "det gjensidige forholdet mellom samfunnsstrukturen og rettssystemet" (Aubert 1976, s. 7). Aspekter ved samfunnsforholdene, for eksempel kritikk mot manglende rettssikkerhet og utstrakt tvangsbruk i omsorgen for utviklingshemmede, kan påvirke rettsnormene, slik at vi får lovregler som skal regulere og begrense bruken av slik tvang. Disse kan så virke tilbake og stimulere en utvikling i omsorgen, slik at "forholdene utvikles i en gjensidig prosess, [...] i en vekselvirkning" (Mathiesen 2011, s. 134).

Jeg vil nå gå gjennom historien til de lovbestemmelsene som regulerer bruk av tvang og makt overfor utviklingshemmede, med spesiell vekt på hvordan omsorgsfeltet og (tvangs)lovgivningen har påvirket hverandre.

9.1 Kritikk mot omsorgen – rop etter regler (S→R)

Under HVPU vokste det fram en sterk kritikk mot manglende rettssikkerhet og utstrakt (og uhjemlet) tvangsbruk på institusjonene som tilhørte denne omsorgen. Dette førte etter hvert til en avvikling av institusjonsomsorgen, til fordel for mindre kommunale boenheter. Man trodde at en del av tvangsbruken var institusjonsbetinget, og at problemet dermed ville bli mindre ved avviklingen av disse. Likevel ble Røkke-utvalget satt ned for å utrede rettssikkerhets-spørsmål når det gjaldt utviklingshemmede, herunder om det var nødvendig med egne regler for å regulere bruk av tvang. Det viste seg at tvangsbruken fortsatte, og at omsorgskulturen

²⁶⁸ Dalberg-Larsen mener retts sosiologien består av studier av hvordan samfunnet påvirker retten (genetisk retts sosiologi), studier av hvordan retten påvirker samfunnet (operasjonell retts sosiologi), og studier av hvordan virkninger av retten kan føre til at det oppstår behov for, og formuleres krav om, endringer i rettssystemet (feedback, det rettslige kretsløpet) (2005, s. 45-46). I denne oppgaven er det på sett og vis størst fokus på det Dalberg-Larsen kaller operasjonell retts sosiologi, altså hvordan retten har påvirket samfunnsforholdene. I dette kapitlet forsøker jeg å ta for meg påvirkning begge veier, samt feedback.

mange steder var den samme i de mindre kommunale boenhetene som den hadde vært i HVPU-institusjonene²⁶⁹.

9.2 Noen lovforslagsrunder (R↔S)

Røkke-utvalgets innstilling (NOU 1991:20) dannet grunnlaget for et lovforslag om bestemmelser som skulle regulere bruk av tvang overfor utviklingshemmede (Ot.prp. nr. 58 (1994-95)). Etter kritikk ble det lagt fram et nytt lovforslag, hvor forholdet til menneske-rettighetene var utredet (og som også hadde noen nye formuleringer) (Ot.prp. nr. 57 (1995-96)). Dette lovforslaget ble vedtatt i Stortinget i juli 1996 og sendt på høring i februar 1997. I april 1998 kom Stortingsmelding nr. 26 (1997-98), med reviderte forskrifter med kommentarer. Loven ble endelig vedtatt i Stortinget i juni 1998.

Det var altså flere runder fram og tilbake mellom feltet/det øvrige samfunnet og lovgiver før loven ble vedtatt. I utgangspunktet skulle loven gjelde i tre år før den skulle evalueres, hvilket viser at lovgiver anerkjente betydningen av å få viten om hvordan loven kom til å slå ned i omsorgsfeltet, og at dette kunne føre til at loven burde endres.

9.3 Regler kommet – hva skjer? (R→S→R)

Loven trådte i kraft 1. januar 1999 (sosialtjenesteloven kapittel 6A). I loven selv var det nedfelt at Rådet skulle komme med sin vurdering av hvordan lovverket fungerte i praksis, samt forslag til eventuelle endringer i lovverket. I april 2001 vedtas, etter initiativ fra Rådet, at lovens virketid skal forlenges med to år, i til sammen fem, fordi de mener at de trenger noe mer tid for å evaluere hvordan den har fungert (Ot.prp. nr. 62 (2000-2001)). Rådet kommer med sin sluttrapport i juni 2002, med forslag til endringer. Loven endres noe (noen av forslagene til Rådet følges, andre ikke)²⁷⁰, vedtas som et permanent kapittel 4A (i sosialtjenesteloven) i april 2003, og trer i kraft 1. januar 2004 (Ot.prp. nr. 55 (2002-2003)).

Rådet konkluderte i sin rapport (2002) med at loven hadde ført til bedre kontroll med tvangsbruken, høyere anerkjennelse av brukerens integritet og selvbestemmelsesrett, og redusert den faktiske tvangsbruken. Samtidig trakk de fram noen punkter det måtte jobbes med, blant annet det høye antallet søknader om dispensasjon fra utdanningskravet og rede-

²⁶⁹ Kanskje ikke så overraskende med tanke på at mye av personalet og den faglige tankegangen var den samme. Reformen var hovedsakelig en ansvars- og boligreform, ikke en reform av den daglige (praktiske) omsorgen.

²⁷⁰ For en oversikt over hvilke av Rådets forslag som ikke ble fulgt, se fotnote 100.

gjørelse i sakspapirene om hvilke andre løsninger som var prøvd først. Erfaringene fra feltet hadde betydning for utformingen av den videre lovreguleringen. Kapitteloverskriften ble endret, atferdsendrende tiltak ble fjernet som selvstendig grunnlag for bruk av tvang, og bestemmelsene i forskriften ble innarbeidet i selve loven for å gjøre det mer oversiktlig. Ellingsen (2006) fant at loven (kapittel 6A) hadde bidratt til at personalet hadde endret holdningene til utdanning, faglighet og refleksjon. Handegård (2005) fant også at loven hadde hatt betydning for det daglige omsorgsarbeidet, men at omsorgsmiljøenes faglige profil hadde stor betydning for hvordan tvangsreguleringen ble tillempet og hvilke konsekvenser den fikk.

Tilsynserfaringene (2003-2006) viste at det var store variasjoner i hvordan loven fungerte ute i kommunene. Noen steder fungerte den bra, mens andre steder hadde man et godt stykke igjen før alt var i samsvar med lovverket. Man fant at bruk av tvang var i tråd med vedtakene når slike var fattet, hvilket viser at lovgivningen har hatt effekt. Samtidig ble det uttrykt bekymring for den uhjemlede tvangsbruken og at denne ikke ble fulgt opp tilstrekkelig. Det var også store variasjoner mellom kommunene knyttet til opplæring og kjennskap til rutiner for beslutning, rapportering og oppfølging.

Nordlandsforsknings evaluering (2008) konkluderte med at lovreguleringen hadde vært svært positiv for personer med utviklingshemning. Den hadde ifølge informantene deres bidratt til at tvangsbruken var gått betydelig ned, økt fokus på forebygging og begrensning av bruk av tvang og makt, mer alternativ tenking og refleksjon blant personalet, og andre og mindre inngripende tiltak. Samtidig ble det pekt på områder hvor man ikke var helt i mål, blant annet utfordringer med å få på plass kompetanse, opplæring og veiledning, få ned antall dispensasjoner og få på plass et velfungerende internkontrollsystem.

SINTEFs gjennomgang av saksbehandlingen hos Fylkesmannen noen år senere (2011) viste at det var stor oppmerksomhet knyttet til iverksettelsen og videreføringen av tiltak, og at disse var godt faglig forankret, men at det var noe uklarhet rundt kategoriseringen av vedtak.

9.4 Stillstand (–) (S → | R)

I forbindelse med samhandlingsreformen ble det i juni 2011 vedtatt at disse bestemmelsene skulle flyttes til den nye helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 (Prop. 91 L (2010-2011)), med virkning fra 1. januar 2012. I forarbeidene skrives at lovverket bør tas opp til ny vurdering, men at man avventer fordi man tenker seg en helhetlig vurdering av all tvangslov-

givning²⁷¹. Derfor ble gjeldende rett bare videreført. Det var ingen gjennomgang av status i feltet i proposisjonen, kun en kort gjennomgang av gjeldende rett og et par begrepsendringer uten betydning for rettstilstanden.

Ved behandlingen av lovforslaget om å gjøre de midlertidige reglene i kapittel 6A om til et permanent kapittel 4A var et flertall av høringsinstansene for å på sikt ha et felles regelverk om bruk av tvang for utviklingshemmede og demente (Ot.prp. nr. 55 (2002-2003), s. 9). Når det åtte år senere blir vedtatt å flytte disse bestemmelsene ser det altså ut til at man i mellomtiden overhodet ikke har arbeidet med dette spørsmålet. I det samme lovutkastet ble behovet for evaluering og oppfølging av regelverket understreket (s. 54). Rådet anbefalte en ny evaluering av reglene og praktiseringen av dem etter at de nye bestemmelsene hadde vært i kraft i ca. 5 år. Sosial- og helsedirektoratet bestilte en evaluering fra Nordlandsforskning, som samlet inn data i 2007 og leverte rapporten i januar 2008. Da hadde de nye reglene vært virksomme i fire år. I rapporten kommer det fram at det var stor enighet om at de positive sidene ved lovverket veide tyngre enn de uheldige, men det ble samtidig pekt på utfordringer med praktiseringen og reglene. Det er vanskelig ut fra mitt materiale å si noe om hva som er blitt gjort med utfordringene knyttet til praktiseringen av lovverket, men noen endring i lovbestemmelsene er i hvert fall ikke gjort, heller ikke da man hadde sjansen når reglene uansett skulle flyttes. Nekter retten å la seg påvirke?

9.5 Oppklarende rundskriv? (S → r)

Ved flyttingen av lovbestemmelsene i 2012 ble det bestemt at rundskrivet for sosialtjenesteloven kapittel 4A (IS-10/2004) også skulle gjelde for helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 inntil nytt rundskriv var utarbeidet. Siden det kun var noen få begrepsendringer, og ingen endring i gjeldende rett, skulle man tro at det bare var å gå gjennom rundskrivet og endre de få begrepene det var snakk om. Men arbeidet med det nye rundskrivet har tatt tid, og nå, over to år etter at de nye reglene trådte i kraft, nesten tre år etter at de ble vedtatt, er det nye rundskrivet fortsatt ikke kommet. De som fikk oppgaven med å utforme det nye rundskrivet er ledende personer på feltet og så at for å møte noen av utfordringene man har erfart

²⁷¹ Paulsrud-utvalget, som tok for seg reglene om bruk av tvang i psykisk helsevern, stilte seg bak målet om å på lengre sikt oppnå en samordning av de forskjellige tvangsreglene, spesielt trekkes forholdet mellom psykisk helsevernloven og bruk av tvang overfor utviklingshemmede og demente fram som problematisk og uklart (NOU 2011:9 *Økt selvbestemmelse og rettssikkerhet. Balansegangen mellom selvbestemmelsesrett og omsorgsansvar i psykisk helsevern*, s. 12). Østenstad etterspør også dette (2011, s. 796).

at feltet sliter med i anvendelsen av reglene, var det behov for en større revidering selv om gjeldende rett ikke var endret²⁷².

Det er uklart for meg om det er lovgiver som har sett behovet for en avklaring av visse punkter feltet har slitt med eller om det er de som fikk oppgaven som nærmest har utvidet eget mandat noe. Uansett er det snakk om en påvirkning fra feltet. Siden gjeldende rett ikke er endret (foreløpig) er det ikke snakk om påvirkning på retten, men rundskrivet tjener som en veileder for saksbehandlere og tjenesteytere og kan dermed få ganske stor betydning for rettsanvendelsen. Derfor har jeg i overskriften ikke satt en stor R, men en liten r. Hvis vi har et svært bredt rettsbegrep kan man si at det har vært en påvirkning på retten.

Forarbeider har i juridisk teori en selvsagt status som rettskilde, men det har vært noe uenighet om hvilken vekt som skal legges på etterarbeider som rettskildefaktor ved tolkningen av rettsregler. Hva rundskrivet skal regnes som kommer jeg tilbake til.

9.5.1 Forarbeider og etterarbeider som rettskilder

I norsk rettstradisjon har det vært vanlig å legge stor rettskildemessig vekt på uttalelser i forarbeidene. De brukes for å finne veiledning til hvordan lover skal forstås (Kjønstad og Syse 2012, s. 94). Med lovforarbeider siktes det til utsagn i alle dokumentene som ligger til grunn for lovvedtaket, for eksempel uttalelser fra det oppnevnte utvalget (i utvalgsinnstilling/ NOU) eller forslaget til lovtekst (før i odelstingsproposisjon (Ot.prp.), nå i Prop. L.) (Boe 2010, s. 137). I tillegg til å gi veiledning ved tolkning av lovens ordlyd, finner vi forhistorien til loven i forarbeidene, samt at formålet med loven ofte opplyses der. Når man kjenner til dette kan man unngå å gi loven en anvendelse som ikke var tilsiktet (s. 137-138).

Også lovens etterarbeider kan ifølge Boe ha rettskildebetydning (2010, s. 138). Det er da hovedsakelig snakk om stortingsmeldinger og andre offentlige dokumenter som er kommet til etter at loven er vedtatt (Kjønstad og Syse 2012, s. 95). Boe understreker at mesteparten av det som står i slike dokumenter er uten juridisk relevans. Som rettskildefaktor teller bare utspill som er ment som innspill i tolkingsprosessen (2010, s. 138). Kjønstad og Syse uttrykker skepsis til vekten av slike etterarbeider og mener at borgernes rettigheter ikke bør kunne innskrenkes gjennom politiske signaler i etterkant. Videre gir lovformen viktige garantier mot maktmisbruk og sikrer en åpen og demokratisk behandling i endringsprosesser, noe som er et viktig kjennetegn på en rettsstat. De frykter at grunnlovens prinsipper om hvordan lov-

²⁷² Personlig samtale med Karl Elling Ellingsen, som leder dette arbeidet, på NAKU-konferansen i Trondheim 20. juni 2013. Se også fotnote 220.

endringer skal finne sted kan bli undergravd hvis læren om etterarbeider får gjennomslag (2012, s. 95)²⁷³.

9.5.2 Formålet med rundskrivet

Rundskrivet til lovkapitlet om bruk av tvang og makt overfor utviklingshemmede skulle bidra til en utdyping og avklaring av lovbestemmelsene. I det første rundskrivet (til kapittel 6A, I-41/1998) står det at innholdet er utformet slik at det skal gi nødvendig veiledning i saksbehandlingen og ved vurderingen av tiltak (s. 15). I forordet til det andre rundskrivet (til kapittel 4A, IS-10/2004) står det at Sosial- og helsedirektoratet (som var utgiver) ønsket at rundskrivet skulle lette arbeidet med oppfølging av bestemmelsene og bidra til å bedre rettsikkerheten og tjenestetilbudet for de personene det gjelder (s. 6). Videre står det, som en videreføring fra forrige rundskriv, at det skal gi nødvendig veiledning til de saksbehandlere, tjenesteytere og instanser som har ansvar etter loven, og at det forsøker å sette vanskelige spørsmål inn i en sammenheng (s. 15). Om grunnlaget for rundskrivet står det at merknadene bygger på forarbeidene til 4A (inkludert forarbeider og forskrift til 6A når det gjelder det som er videreført), og at det er tatt inn erfaringer fra Rådets sluttrapport (s. 15).

I kapittel 6A var forskriften lovhjemlet²⁷⁴. Rundskrivet var en veileder til denne forskriften og selve loven, men ikke selv lovhjemlet. Rundskrivet nevnes for første gang i lovforarbeidene i stortingsmeldinga, som en orientering om hvordan det går med arbeidet med den. Den nevnes også i denne stortingsmeldinga i forbindelse med behovet for å sikre at brukere av regelverket kobler sammen relevante lov- og forskriftsbestemmelser. Departementet tilstrebet å sikre dette gjennom rundskrivet til lov og forskrift (St.meld. nr. 26 (1997-98), s. 9). I lovutkastet til nytt permanent kapittel 4A nevnes at Rådet vurderte det som viktig med det gyldige og relativt lett tilgjengelige rundskrivet. Departementets klare inntrykk var også at rundskrivet hadde gjort regelverket mer oversiktlig og lettet arbeidet for brukerne av regelverket. Derfor skulle departementet sørge for at det ble utarbeidet et rundskriv om de nye reglene også (Ot.prp. nr. 55 (2002-2003), s. 54).

²⁷³ Syse skrev om de tallrike rundskrivene Sosialdepartementet ga ut i forbindelse med HVPU-reformen (til sammen 30 rundskriv i løpet av årene 1988-1992) at de ikke kunne anses som rettslig bindende instrumenter, men at de inneholdt viktig informasjon omkring reformens sosialpolitiske innhold. Slike statlige retningslinjer er ikke bindende for kommunene når de ikke er nedfelt i lov eller forskrift, men vil kunne peke på ønskede målsettinger og gi veiledning til kommunenes arbeid med reformen. De pålegger altså ikke kommunene rettslige plikter, og tildeler ikke enkeltindivider rettigheter (1994, s. 277).

²⁷⁴ Gitt i Kgl res 18. september 1998 med hjemmel i sosialtjenesteloven § 6A-8 tredje ledd, § 6A-15 og § 7-9 femte ledd og kommunehelsetjenesteloven § 1-3 siste ledd og § 3-3.

Det er uklart for meg hvilken rettskildemessig betydning som skal tillegges rundskrivet. Det inngår ikke som en del av lovens forarbeider, men bygger på disse. Meningen er vel å gjøre stoffet i forarbeidene lettere tilgjengelig og utdypet ved eksempler. Rundskrivet som nå er under produksjon vil komme en stund etter at loven er trådt i kraft. Er det dermed etterarbeider? Det brukes av mange som anvender regelverket, og dermed kan det ikke utelukkes at praktiseringen vil endre seg. Siden det revideres uten at gjeldende rett er endret vil det potensielt innebære en tolkningsendring, eller en endring i rettsanvendelsen²⁷⁵.

9.6 Handlingslammelse?

Det er altså en stund siden disse reglene ble endret. Til tross for flere undersøkelser og rapporter fra feltet har lovgiver valgt å ikke foreta noen endring. Heller ikke da reglene ble flyttet til en ny lov. Østenstad slår fast at de problemstillingene som loven regulerer har vært oppfattet som vanskelige i juridisk teori, og at dette tradisjonelt har kommet til uttrykk i usikkerhet og til dels handlingslammelse hos lovgiver. "I ikke liten grad er situasjonen den samme i dag" (2011, s. 791). Østenstad mener forklaringen sannsynligvis kan finnes i en sentral og underliggende etisk problemstilling, nemlig hvilken vekt individets selvbestemmelsesrett skal ha i møte med en paternalistisk velferdstenking som fokuserer på behovet for å verne den hjelpetrengende mot skade (samme sted). Men vi kan ikke la usikkerhet føre til handlingslammelse. Det må føre til utredning!²⁷⁶ Vi må gå inn i de etiske problemstillingene, finne ut hvordan forholdene er i omsorgen i dag og hvordan dagens regler fungerer i praksis. Deretter må vi vurdere om reglene er hensiktsmessige slik de er, eller om de bør endres. Vi må også vurdere om intensjonene fortsatt er de samme, og om reglene samsvarer med intensjonene og bidrar til at de oppfylles.

²⁷⁵ Kjøenstad og Syse skriver at administrative uttalelser om hvordan lover skal eller bør tolkes ofte skjer i form av rundskriv fra overordnede til underordnede organer. Disse er da bindende for praksis i de underordnede organene, og skal sikre lik praksis (2012, s. 103). Om rundskrivet til pasient- og brukerrettighetsloven skriver de at det ikke dreier seg om rettslig bindende normer, men om "informasjonsformidling til og inspirasjonskilder for dem som skal treffe rettslige beslutninger", og at et hovedformål er å fremme lik praksis (s. 229).

²⁷⁶ At oppgavens eneste utropstegn står akkurat her er ikke tilfeldig. Jeg tillater meg her å gå utover den rene forskerrollen og komme med min mening om hva som bør gjøres, basert på hva jeg har funnet i denne oppgaven og min kjennskap til feltet. Jeg er enig med Østenstad, som mener at det bør settes ned et offentlig utvalg med et bredt mandat til å greie ut spørsmålene om en samordna lovgivning når det gjelder tvang og inngrep uten samtykke i behandling og omsorg overfor personer uten samtykkekompetanse, (2011, s. 797). Jeg mener også at det må utredes nærmere hvordan lovbestemmelsene i kapittel 9 fungerer i praksis, slik at nytt lovverk bedre kan møte de utfordringene vi aner ligger der. Se også punkt 10.7.

10 Idealer, intensjoner og realiteter

Innledningsvis stilte jeg disse spørsmålene, som har vært veiledende for arbeidet:

Hvordan fungerer lovgivningen som regulerer bruk av tvang og makt overfor utviklingshemmede i praksis, og i hvilken grad oppfylles dens intensjoner?

- *Hva er intensjonene?*
- *Hvordan fungerer lovgivningen i praksis?*
- *Oppfylles intensjonene?*
- *Har lovgivning og praksis påvirket hverandre?*
- *Hva gjenstår eventuelt for at intensjonene skal oppfylles?*

Dette har jeg forsøkt å svare på, og i dette kapitlet vil jeg prøve å samle trådene. Kapitlet vil bære preg av de store linjene. Derfor er mange av nyanseringene tatt bort. Jeg henviser til resten av oppgaven for nyanser og forbehold.

Her vil jeg ta for meg idealene (intensjonene), realitetene (virkeligheten/praksis) og hvilke tiltak som er nødvendige for at realitetene skal bli enda mer i samsvar med idealene.

10.1 En lov i søkelyset²⁷⁷

Aubert, Eckhoff og Sveri skriver at det som kan trekkes ut av deres undersøkelse, som også gjelder for denne oppgaven, er opplysninger om de faktiske forhold som loven tar sikte på å regulere, hvor langt loven har ført i retning av å omdanne forholdene, og opplysninger som gir utgangspunkt for videre reformarbeid. De faktiske forholdene kan påvirke selve målsettingen (1952, s. 18). Når det gjelder hvor langt loven har ført i retning av å omdanne forholdene kan det være vanskelig å avgjøre hva som kommer av loven og hva som skyldes andre faktorer. Det er ofte enklere å fastslå hva loven ennå ikke har oppnådd, enn hvilke endringer den har drevet fram (s. 165). Når det gjelder utgangspunkt for videre reformarbeid må man kjenne de faktiske tilstander for å kunne sette de videre mål for arbeidet.

"De undersøkelser det er behov for, er særlig slike som kan avdekke generelle mekanismer i oversettelsen av lovens idealer til hverdagens virkelighet" (Aubert 1976, s. 165). Jeg vet ikke om jeg kan oppfylle denne ambisiøse målsettingen, men vil i hvert fall gi mitt bidrag

²⁷⁷ Dette var tittelen på undersøkelsen av hushjelploven og dens virkninger.

til hvordan denne spesifikke lovens idealer er blitt omsatt til hverdagens virkelighet og hvilke tiltak jeg mener er nødvendige i det videre arbeidet.

10.2 Ideal, realiteter og tiltak

Lovens idealer, eller intensjoner, analyserte og presenterte jeg i kapittel 5. I kapittel 6 tok jeg for meg de faktiske forhold som loven tar sikte på å regulere og hvor langt loven har ført i retning av å omdanne forholdene, noe jeg fortsatte med og koblet direkte på intensjonene for å vurdere hvorvidt de var oppfylt, i kapittel 7. I tabellen under har jeg i stikkordsform forsøkt å gi en oversikt over dette og hva som bør gjøres for å oppfylle intensjonene i større grad.

Tabell 10: Ideal, realiteter og nødvendige tiltak for å oppfylle intensjonene i loven

Ideal	Realitet	Tiltak
1. Hindre skade	Inngrepskriterium	Evig vurdering
2. Forebygge/begrense tvangsbruk	Økt oppmerksomhet	Evig fokus
2.1. <i>Legge forholdene til rette</i>	Varierer	Bevilge nok ressurser
2.2. <i>Finne andre løsninger</i>	Økt oppmerksomhet	Evig fokus
2.3. <i>Forholdsmessighetskravet</i>	Vilkår	Evig vurdering
2.4. <i>Begrenset anvendelsesområde</i>	Arenaproblematikk	Avklare/endre loven
2.5. <i>Registrert tvangsbruk</i>	Stigende, mørketall	Sørge for at loven følges
2.6. <i>Faktisk tvangsbruk</i>	Trolig gått ned	Registrere/undersøke
3. Rettssikkerhet	Bedret	Evig fokus
3.1. <i>Klar lovhjemling</i>	Ja	Informere om loven
3.2. <i>Saksbehandling/overprøving</i>	Følges i større grad	Følge opp
3.3. <i>Tilsyn og kontroll</i>	Nedgang senere år	Bevilge mer ressurser?
3.4. <i>Klageadgang</i>	Benyttes knapt	Finne ut hvorfor
4. Integritet og selvbestemmelse	Bedret	Evig fokus
5. Holdningsendring	Økt bevissthet	Ressurser/oppmerksomhet
6. Faglighet	Tiltak, ikke personalet	Rekrutteringstiltak

Om et aktuelt tvangstiltak oppfyller inngrepskriteriet om å hindre vesentlig skade (1) og om vilkåret om forholdsmessighet (2.3) mellom tvangstiltaket og skaden som skal forhindres er

oppfylt vil alltid være en vurdering i hvert enkelt tilfelle. For å finne ut om dette overholdes må man gå inn i hver enkelt sak og vurdere. Noe slikt har jeg ikke i mitt materiale.

Intensjonen om å forebygge og begrense bruken av tvang og makt (2), legge forholdene til rette (2.1), finne og prøve andre og mindre inngripende tiltak først (2.2), samt å ivareta rettssikkerheten (3), integriteten og selvbestemmelsesretten (4) til personer med utviklingshemning må være et evig fokus. Mitt materiale tyder på at vi er godt på vei. Disse intensjonene er delvis omsatt til atferdsnormer (eller delverdier) som kanskje er litt mer håndgripelige. Ved å følge disse, altså se til at vilkårene for bruk av tvang er oppfylt (jf. klar lovhjemling, 3.1), følge saksbehandlingsreglene (3.2), føre tilsyn og kontroll (3.3) og opplyse om klageadgangen (3.4), vil man ivareta rettssikkerheten (3) (den overordnede intensjonen).

Det finnes ikke tall på den faktiske tvangsbruken (2.6)²⁷⁸. Jeg har presentert tall på antall vedtak, enkeltmeldinger og personer som omfattes av dette årlig, men disse tallene sier ikke noe om hvor mye tvangstiltakene blir brukt. Det skal registreres hver gang, men finnes ikke i noen oversikt. Da må man inn i hver enkelt sak, og registreringen kan være mangelfull. Tallene antyder at den registrerte tvangen (2.5) har vært økende, men så ut til å ha stabilisert seg inntil det kom en markant økning i 2013. Da snakker man om antall vedtak og enkeltmeldinger, samt personer som omfattes, ikke om hvor mye tvangstiltakene faktisk blir brukt. Tiltak i noen tvangsvedtak brukes kanskje en gang hver tredje måned (som frisørvedtaket i punkt 4.4.4), mens andre brukes fast to ganger om dagen (for eksempel tannpuss morgen og kveld) eller det kan være store variasjoner, når bestemte former for utagering er det som utløser tvangstiltaket. Uansett telles hvert vedtak som ett, og dermed telles all denne tvangsbruken likt, selv om det vil være stor forskjell i omfang på frisørvedtaket, som blir brukt fire ganger i året, og tannpussvedtaket som blir brukt 730 ganger i året hvis det gjøres hver morgen og kveld.

Materialet mitt antyder at den faktiske tvangsbruken er gått ned. I så fall har man greid å forebygge og begrense noe av tvangsbruken (2). En økning i antall vedtak og enkeltmeldinger kan være positivt, da det tyder på at regelverket følges. Jeg tror fortsatt det er en del tvang som ikke er regulert i vedtak og som det ikke sendes inn enkeltmeldinger på i etterkant, hvilket kan ha mange årsaker. Det kan skyldes manglende kunnskap om lovverket og/eller tvangsdefinisjonen, eller man unngår det bevisst. Det trengs både oppmerksomhet og ressurser for å opprettholde og fortsette den gode utviklingen jeg mener det har vært i om-

²⁷⁸ Dette har ikke eksplisitt vært en egen delverdi/-intensjon i analysen tidligere, men jeg ser det som nødvendig å ha med som et eget punkt her, for å skille mellom den registrerte og den faktiske tvangsbruken.

sorgen etter at lovverket trådte i kraft. Det trengs ressurser for å legge forholdene til rette (2.1), for å oppfylle saksbehandlingsreglene (3.2), finne andre løsninger (2.2), føre kontroll og tilsyn (3.3), bidra til videre holdningsendring (5) og for å få nok kompetent personale (6) (faglærte er dyrere enn ufaglærte). For å videre oppfylle intensjonene er ressurser og oppmerksomhet helt avgjørende.

Jeg tror også innsatsen bør rettes inn mot omsorgen for utviklingshemmede som helhet. Helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 regulerer ikke bare de tilfellene hvor tvangstiltak er eller vurderes aktuelt. Det har også bestemmelser om at tjenestetilbudet skal tilrettelegges i samarbeid med den det gjelder og at nedverdiggende og krenkende behandling er forbudt. Intensjonene om å sikre og øke utviklingshemmedes integritet og selvbestemmelsesrett (4), å få til en holdningsendring i omsorgen (5) og å øke fagligheten (6) kan, og bør etter min mening, tjene som rettesnorer for hele sektoren, ikke bare der det er snakk om tvangstiltak. For å oppfylle intensjonene vil det også kreve konstant fokus, og det må gjøres utstrakt informasjonsarbeid slik at personalet er i stand til å reflektere bevisst rundt den jobben de gjør. Det asymmetriske maktforholdet som ligger i relasjonen mellom personalet og brukeren, som er en forutsetning for å drive påvirkning og omsorgsarbeid på en forsvarlig måte, bærer også et potensiale for overskridelse i seg²⁷⁹. Derfor trengs bevissthet rundt tvang og makt i hele sektoren, ikke bare der tvangstiltak vurderes. Også fordi utfordrende atferd kan ha kompliserte årsaker, og for å oppfylle HVPU-reformens mål om å bedre utviklingshemmedes livskvalitet og sikre et godt tjenestetilbud trengs en helhetlig innsats i omsorgen²⁸⁰.

10.3 Har loven omdannet forholdene?

Erfaringene fra feltet tyder på at den faktiske tvangsbruken har gått ned. Det er større oppmerksomhet knyttet til forebygging og begrensnig av bruk av tvang og makt nå enn før, og holdningen til tvangsbruk og utviklingshemmedes integritet og selvbestemmelsesrett har endret seg som følge av lovgivningen. Den har ført til at utviklingshemmede har bedre rettsikkerhet, og til større fokus på faglighet og etikk i omsorgen.

²⁷⁹ Jf. omsorgens janusansikt og tvetydighet (Ruyter og Vetlesen 2001, s. 5)

²⁸⁰ Ellingsen, Berge og Lungwitz understreker også at for å styrke utviklingshemmedes rettigheter, må *alle* i denne omsorgen handle i overensstemmelse med intensjonene som er nedfelt i dette lovverket (2011, s. 164).

10.4 Utgangspunkt for videre arbeid

De utfordringene som fortsatt gjenstår er at arbeidet med spørsmål knyttet til tvang og makt varierer sterkt. Noen steder gjøres et bra arbeid, andre steder har det ikke blitt gjort så mye. Utfordringen blir å ta vare på den gode utviklingen som har vært og øke fokus de stedene hvor dette har manglet slik at det ikke er så store variasjoner.

Saksbehandlingsreglene følges i større grad, men dette må følges opp. Det har vært en nedgang i antall dispensasjonssøknader, noe som kan tyde på at man har greid å rekruttere mer kompetent personale, men fortsatt er tallet alt for høyt. For å kontrollere utviklingen i tvangsbruken bør bedre registreringsrutiner på plass.

Mange av intensjonene er av en slik art at det ikke bare er å jobbe seg til det punktet hvor de er oppfylt og så snu ryggen til og ta fatt på neste problem. Det krever et evig fokus på å forebygge og begrense tvangsbruken, finne andre løsninger, og å ivareta utviklingshemmedes rettssikkerhet, integritet og selvbestemmelse. Dette forutsetter tilgang til nok ressurser. Det samme gjør arbeidet med holdningsendring, å legge forholdene til rette, å rekruttere kompetent personale, å føre tilsyn og kontroll og å følge saksbehandlingsreglene. Det må også informeres om lovreglene, gjennom opplæring og veiledning.

Til slutt trengs mer kunnskap. Både om den lovhjemlede og den ulovhjemlede tvangsbruken, om holdninger, faglighet og om hvorfor klageadgangen knapt benyttes. Som jeg skrev i forrige kapittel: det bør også utredes om lovbestemmelsene er hensiktsmessige slik de er i dag, eller om de bør endres. For å gjøre dette trengs en gjennomgang av hvordan dette fungerer i omsorgen i dag.

10.5 Intensjonsoppfyllelse

Noen av intensjonene bak kapittel 9 blir oppfylt gjennom loven selv: klar lovhjemling (3.1) og begrenset anvendelsesområde (2.4), eller er vilkår for å anvende tvang eller makt: hindre skade (1), finne andre løsninger (2.2), forholdsmessighetskravet (2.3), faglighet (6), saksbehandling/overprøving (3.2), samt tilsyn og kontroll (3.3). Vilkårene oppfylles i varierende grad. Materialet viser at det er økt oppmerksomhet rettet mot dem, og at man ser en positiv utvikling. Andre av intensjonene er mer overordnede verdier som ikke er omsatt til klare atferdsnormer (og som heller ikke kan bli omsatt til det): å forebygge og begrense tvangsbruken (2), rettssikkerheten (3), integritet og selvbestemmelse (4) og holdningsendring (5). De er mer som ledestjerner å regne.

10.6 Påvirkning og endring

Når det gjelder et så vidt stabilt propagandamiddel som formelle lover er det fullt berettiget å legge stor – eller størst – vekt på langtidsvirkningene (Aubert, Eckhoff og Sveri 1952, s. 168). Man skal heller ikke undervurdere betydningen av praksis. Endringer i deler av omsorgen kan forplante seg til andre deler av omsorgen slik at de stedene som er kommet langt med tanke på å ha en praksis som er i overensstemmelse med lovverket påvirker praksis andre steder. Endringer i sedvanen på denne måten vil lette tilegnelsen av lovbestemmelsene, da det er to måter å få greie på dem på – loven selv og sedvanen/praksis. Aubert, Eckhoff og Sveri påpeker at man kanskje ikke kan tillate seg å beskrive loven som drivkraften bak en slik forandring, men å holde denne tendensen fra de forandringer som skyldes lovens innflytelse på lang sikt er neppe mulig (s. 169).

Som jeg har vært inne på er det ikke bare retten som påvirker samfunnet, samfunnets øvrige normer (altså de ikke-rettslige) påvirker også retten. Det betyr at når normene generelt i samfunnet endrer seg, skjer det også en endring av rettsnormene (Mathiesen 2011, s. 103). I omsorgshistorien til utviklingshemmede har det skjedd drastiske endringer i synet på disse menneskene, hva de trenger, og hva samfunnet er villig til å gi dem. Etter krigen var det institusjonsoppbygging som sto i fokus. I tida rundt HVPU-reformen var det sterkt fokus på normalisering, desentralisering og integrering. Nå er det selvbestemmelse, brukermedvirkning og empowerment som gjelder²⁸¹. Utviklingshemmede skal bli hovedpersoner i eget liv. Det er klart dette påvirker retten og hvordan vi tolker den. Den relativt ferske diskriminerings- og tilgjengelighetsloven, med fokus på blant annet likeverd og like muligheter og rettigheter, viser dette.

Uansett om det er rettslige normer eller normer i samfunnet for øvrig som er drivkraften må konklusjonen være at det skjer endringer. Og størst endringer skjer når disse kreftene jobber sammen. Jeg antar det er en slik innsikt som ligger bak innledningen til et av kapitlene i rundskrivet (IS-10/2004, s. 13):

Et regelverk skaper ikke et tilstrekkelig vern mot krenkende behandling eller andre former for overgrep mot mennesker med utviklingshemning. Den viktigste beskyttelse ligger i de verdier og de holdninger omsorgsmiljøene og samfunnet ellers besitter.

Dette fordrer en bred og helhetlig innfallsvinkel når man søker å påvirke, uansett om det er retten, omsorgen eller samfunnet for øvrig man sikter på.

²⁸¹ Jf. Selboe, Bollingmo og Ellingsen (2005).

10.7 Fokus, fokus, fokus

For å komme videre med dette arbeidet trengs kontinuerlig fokus. Det krever ressurser og oppmerksomhet. Flere advarte mot at de positive virkningene man så de første årene etter at lovbestemmelsene om bruk av tvang og makt trådte i kraft kunne avta når oppmerksomheten avtok. Men vi kan ikke tillate oss å miste fokus på dette. Ikke fordi det er svært mange personer det handler om, men fordi bruk av tvang er svært inngripende for de som blir utsatt for det og belastende for de som må utføre det. Dessuten kan ikke dette ses løsrevet fra holdninger generelt til utviklingshemmede og hva slags behandling de fortjener. I stortingsmeldinga om utviklingshemmedes levekår som kom i juni 2013 (Meld. St. 45 (2012-2013)) vies tvang og makt knappe to sider av de over 80 sidene meldingen består av. Bruk av tvang og makt i yting av helse- og omsorgstjenester reiser vanskelige etiske spørsmål, men vi kan ikke la usikkerheten føre til handlingslammelse. Vi må utrede, undersøke og vurdere, og vie både oppmerksomhet og ressurser til arbeidet med disse spørsmålene, både på overordnet, prinsipielt plan, og konkret i den daglige omsorgen.

Oppgaven består av 51.856 ord.

Litteraturliste

- Andenæs, Johs. (2002): *Innføring i rettsstudiet*. Oslo: Cappelen Akademisk.
- Andenæs, Johs. (2004): *Alminnelig strafferett*. 5. utgave ved Magnus Matningsdal og Georg Fredrik Rieber-Mohn. Oslo: Universitetsforlaget.
- Andersen, Barbro (2011): "Frykter 'omsorgsghetto'". URL: <http://www.nrk.no/nyheter/distrikt/nordland/1.7568808> [Lesedato: 10. april 2012]
- Aubert, Vilhelm, Torstein Eckhoff og Knut Sveri (1952): *En lov i søkelyset. Sosialpsykologisk undersøkelse av den norske hushjelplov*. Oslo: Akademisk Forlag.
- Aubert, Vilhelm (1964): *Sosiologi*. Oslo: Universitetsforlaget.
- Aubert, Vilhelm (1976): *Rettsens sosiale funksjon*. Oslo: Universitetsforlaget.
- Aubert, Vilhelm (1982): "Legal justice and mental health". Kapittel 2. I: *The hidden society*, s. 55-82. New Brunswick: Transaction Books (første utgave utgitt i 1965 av The Bedminster Press). Artikkelen ble opprinnelig publisert i *Psychiatry: Journal for the Study of Interpersonal Processes*, Volum 21 (1958), nr. 2, s. 101-113.
- Bacchi, Carol (2009): *Analysing Policy: What's the problem represented to be*. Frenchs Forest NSW: Pearson Australia.
- Boe, Erik (2010): *Grunnleggende juridisk metode. En introduksjon til rett og rettstenkning*. Oslo: Universitetsforlaget.
- Christie, Nils (1977): "Konflikt som eiendom". I: *Tidsskrift for rettsvitenskap*, vol. 90, s. 113-132.
- Dalberg-Larsen, Jørgen (2005): *Lovene og livet. En retts sosiologisk grunnbog*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag.
- Dahl, Bård Kjetil (2012a): "Ordforklaringer". URL: <http://institusjon.histos.no/index.php?do=visDiverse&vis=27> [Lesedato: 10. april 2012]
- Dahl, Bård Kjetil (2012b): "Kort historikk i årstall". URL: <http://institusjon.histos.no/index.php?do=visDiverse&vis=26> [Lesedato 10. april 2012]
- Deflem, Mathieu (2008): *Sociology of law. Visions of a scholarly tradition*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Eckhoff, Torstein og Hans Petter Graver (1991): *Regelstyring av lokale forvaltningsvedtak – praktisering av bygningsloven*. Oslo: Tano.

- Ellingsen, Karl Elling, Kim Berge og Ditlev Johnsen (2005): "Omstillinger innenfor miljøarbeid – fra instruks til samhandling". Kapittel 6. I: *Selvbestemmelse for tjenestenytere*. Aud Selboe, Leif Bollingmo og Karl Elling Ellingsen (red.). Oslo: Gyldendal Akademisk.
- Ellingsen, Karl Elling (2006): *Lovregulert tvang og refleksiv praksis. En studie av hvordan innføringen av sosialtjenestelovens kapittel 6A påvirker utformingen og gjennomføringen av tjenestene til utviklingshemmede som oppfattes å ha en utfordrende atferd*. Doktorgradsavhandling. Luleå tekniska universitet, Institutionen för hälsovetenskap.
- Ellingsen, Karl Elling, Kim Berge og Dirk Lungwitz (2011): "Rule of law – wishful thinking? Exemptions from educational requirements and the use of coercion against people with intellectual disability". I: *Scandinavian Journal of Disability Research*, volum 13, nr. 2, s. 151-166.
- Ericsson, Kjersti (1998): "Regler og relasjoner i barnevernet". I: *Tidsskrift for velferdsforskning*, volum 1, nr. 4, s. 187-194.
- Eriksen, Erik Oddvar (2001): *Demokratiets sorte hull – om spenningen mellom fag og politikk i velferdsstaten*. Oslo: Abstrakt forlag.
- Eutanasiprogrammet*. URL: <http://www.folkemord.no/Tyskland/5267/6191> [Lesedato: 14. april 2012]
- Falkanger, Thor (2009): "Sedvanerett". I: *Store norske leksikon*. URL: <http://snl.no/sedvanerett> [Lesedato: 1. april 2014]
- Fjeldvær, Elisabeth²⁸² (2012): *Sterilisasjonslovgivning, rasehygiene og institusjonsoppbygging etter medisinsk modell. Et utsnitt av utviklingshemmedes omsorgshistorie i Norge*. Bacheloroppgave/fordypningsoppgave i kriminologi. Universitetet i Oslo, Institutt for kriminologi og rettssosiologi.
- Fjermeros, Halvor (2009): *Åndssvak! Et bidrag til sentralinstitusjonenes og åndssvakeomsorgens historie*. Oslo: Universitetsforlaget.
- Fjermeros Halvor (2012): "Paradoksenes historie". URL: <http://institusjon.histos.no/index.php?do=visDiverse&vis=23> [Lesedato: 10. april 2012]
- Fylkesmannen (2014): "Om Fylkesmannen". URL: <http://www.fylkesmannen.no/Om-Fylkesmannen/> [Lesedato: 19. mars 2014]

²⁸² Navneendring høsten 2012: la til Mork som mellomnavn.

- Gitlesen, Jens Petter (2011): "Stuer psykisk utviklingshemmede sammen i 'omsorgsghettoer'".
URL: http://www.nfunorge.org/view.cgi?link_id=0.1010.42506&session_id=0
[Lesedato: 10. april 2012]
- Godal, Anne Marit (2012): "Utviklingshemning". I: *Store norske leksikon*. URL:
<http://snl.no/utviklingshemning> [Lesedato: 13. februar 2014]
- Halvorsen, Knut (2008): *Å forske på samfunnet. En innføring i samfunnsvitenskapelig metode*.
Oslo: Cappelen Akademisk.
- Hammerslev, Ole og Mikael Rask Madsen (2013): "Introduktion". Kapittel 1. I: *Rettssociologi
– klassiske og moderne perspektiver*. Ole Hammerslev og Mikael Rask Madsen (red.).
København: Hans Reitzels forlag.
- Handegård, Tina Luther (2005): *Tvang, makt og ambivalens. En studie av hvilken betydning
lovreglene om bruk av makt og tvang overfor psykisk utviklingshemmede kan få i det
daglige omsorgsarbeidet*. Doktorgradsavhandling. Universitetet i Tromsø, Institutt for
sosiologi.
- Handegård, Tina Luther og Hege Gjertsen (2008): *Kapittel 4A – en faglig revolusjon?
Evaluering av sosialtjenestelovens kapittel 4A. Rettssikkerhet ved bruk av tvang og
makt overfor enkelte personer med psykisk utviklingshemning*. NF-rapport nr.: 1/2008.
Bodø: Nordlandsforskning.
- Helsedirektoratet (2011): "ICD-10". URL: [http://helsedirektoratet.no/kvalitet-planlegging/
helsefaglige-kodeverk/icd-10/Sider/default.aspx](http://helsedirektoratet.no/kvalitet-planlegging/helsefaglige-kodeverk/icd-10/Sider/default.aspx) [Lesedato: 12. februar 2014]
- Helsetilsynet (2005): *Praksis knyttet til tvangsbruk overfor personer med utviklingshemning
etter sosialtjenesteloven kapittel 4A og kommunenes generelle ivaretagelse av
hjelpetiltak etter § 4-2, a-e. Tilsynserfaringer 2003-2004*. Rapport fra Helsetilsynet
6/2005.
- Helsetilsynet (2006): *Rettssikkerhet for utviklingshemmede. Oppsummering av
landsomfattende tilsyn i 2005 med rettssikkerhet ved bruk av tvang og makt overfor
personer med utviklingshemning*. Rapport fra Helsetilsynet 2/2006.
- Helsetilsynet (2007): *Rettssikkerhet for utviklingshemmede, II. Oppsummering av
landsomfattende tilsyn i 2006 med rettssikkerhet knyttet til bruk av tvang og makt
overfor personer med utviklingshemning*. Rapport fra Helsetilsynet 5/2007.
- Helsetilsynet (2008): *Nødvendig tvang? Ein gjennomgang av data hos fylkesmennene om
bruk av tvang og makt overfor menneske med utviklingshemning for perioden 2000-
2007*. Rapport fra Helsetilsynet 7/2008.

- Helsetilsynet (2010): *Det vil helst gå bra... Oppsummering av landsomfattende tilsyn i 2009 med kommunale sosial- og helsetjenester til barn i barne- og avlastningsboliger*. Rapport fra Helsetilsynet 2/2010.
- Holden, Børge (2007): "Et eksempel på atferdsanalytisk behandling av alvorlig problematferd". I: *SOR Rapport*, nr. 1, s. 14-22.
- Hydén, Håkan (2013): "Klassisk nordisk rettssociologi". Kapittel 3. I: *Rettsociologi – klassiske og moderne perspektiver*. Ole Hammerslev og Mikael Rask Madsen (red.). København: Hans Reitzels forlag.
- Høigård, Cecilie (2007): "Kriminalitetsbilder og kriminalstatistikk". Kapittel 4. I: *Kriminologi*. Liv Finstad og Cecilie Høigård (red.). Oslo: Pax.
- ICD-10 (2014). *Den internasjonale statistiske klassifikasjonen av sykdommer og beslektede helseproblemer*. 10. utgave kom i 2011, revidert 2014. Norsk utgiver: Helse- direktoratet (IS-2164), med tillatelse fra Verdens helseorganisasjon (WHO).
- Johansen, Arne-Johan (1996): *Fra dårekiste til normalisert omsorg. En vandring gjennom omsorgshistoria for menneske med psykisk utviklingshemming*. Harstad: Høgskolen i Harstad skriftserie.
- Johansen, Arne-Johan (2012): "Psykisk utviklingshemmede og samfunnet". URL: <http://institusjon.histos.no/index.php?do=visDiverse&vis=24> [Lesedato: 10. april 2012]
- Johnsen, Sven R. (2014): "Tallord". URL: <http://home.hisf.no/SVENJO/latin/latin.htm> [Lesedato: 29. mars 2014]
- Kebbon, Lars (1992): "Normalisering – Klisjé og virkelighet". I: *Mot normalt? Omsorgs- ideologier i forandring*. Johans Tveit Sandvin (red.). Oslo: Kommuneforlaget.
- Kirkebæk, Birgit (1990): "Fra idiot til utviklingshæmmed". I: *Fra idiot til menneske – psykisk utviklingshæmmedes ret til utvikling*. Hanne Bros (red.). København: Socialstyrelsens Informations- og Konsulentvirksomhed (SIKON).
- Kirkebæk, Birgit (1993): *Da de åndssvage blev farlige*. Holte: SocPol.
- Kjønstad, Asbjørn (2005): *Helserett. Pasienters og helsearbeideres rettsstilling*. 1. utgave. Oslo: Gyldendal Akademisk.
- Kjønstad, Asbjørn (2007): *Helserett. Pasienters og helsearbeideres rettsstilling*. 2. utgave. Oslo: Gyldendal Akademisk.
- Kjønstad, Asbjørn og Aslak Syse (2012): *Velferdsrett I. Grunnleggende rettigheter, retts- sikkerhet og tvang*. Oslo: Gyldendal Juridisk.

- Kramås, Petter, (1999): "Den rettslige situasjonen og behov for rettslig avklaring". Kapittel 3. I: *Tvang, makt og forsvarlighet. Juridiske, etiske og faglige sider ved sosialtjenesteloven kapittel 6A*. Petter Kramås, Lars Gunnar Lingås og Jan Skjerve. Oslo: Kommuneforlaget.
- Kroken, Jørn (2011): *Bruk av tvang og makt. Sosialtjenesteloven kapittel 4A i praksis*. Oslo: Universitetsforlaget.
- Kvamme, Elsa (2011): "Legenes krig". Dokumentarfilm. Alertfilm. URL: <http://www.nrk.no/nett-tv/klipp/828085/> [Visningsdato: 14. april 2012]
- Larsen, Mette Yvonne og Jon T. Johnsen (1992): "Rettsikkerhet ved tvungen omsorgsovertakelse". I: *Lov og rett*, nr. 5, s. 231-277.
- Malt, Ulrik (2009): "Utviklingshemning psykisk". I: *Store medisinske leksikon*. URL: http://sml.snl.no/utviklingshemning_psykisk [Lesedato: 13. februar 2014]
- Mathiesen, Thomas (2011): *Retten i samfunnet. En innføring i retts sosiologi*. Oslo: Pax.
- Nissen, Hans (2012): "Steriliseringsloven av 1934". URL: <http://www.kildenett.no/artikler/2007/Steriliseringsloven%20av%201934> [Lesedato: 17. mai 2012]
- Nordlandsforsknings evalueringsrapport (2008): se Handegård og Gjertsen (2008).
- Norsk Helseinformatikk (2008): "Psykisk utviklingshemning". URL: <http://nhi.no/foreldre-og-barn/barn/livsstil/psykisk-utviklingshemning-2847.html?page=all> [Lesedato: 11. april 2012]
- Roll-Hansen, Nils (1980): "Den norske debatten om rasehygiene". I: *Historisk Tidsskrift*, nr. 3, s. 259-283.
- Rundskriv I-41 (1998): *Lov om sosiale tjenester kapittel 6A. Rettigheter for og begrensning og kontroll med bruk av tvang og makt m.v. overfor enkelte personer med psykisk utviklingshemning*. I-41/1998. Oslo: Sosial- og helsedirektoratet.
- Rundskriv IS-10 (2004): *Lov om sosiale tjenester kapittel 4A. Rettsikkerhet ved bruk av tvang og makt overfor enkelte personer med psykisk utviklingshemning*. IS-10/2004. Oslo: Sosial- og helsedirektoratet.
- Rundskriv RA-04 (2001): *Utilregnelighetsregler og særreaksjoner*. RA-2001-04. Oslo: Riksadvokaten.
- Ruyter, Knut W. og Arne Johan Vetlesen (red.) (2001): *Omsorgens tvetydighet – egenart, historie og praksis*. Oslo: Gyldendal Akademisk.
- Rydland, Sølve og Lene Granli (2010): "Plasseres i 'omsorgsghettoer'". URL: <http://www.nrk.no/nyheter/distrikt/hordaland/1.7364176> [Lesedato: 10. april 2012]

- Rådet (2002): Sluttokumentet fra Rådet for vurdering av praksis og rettssikkerhet etter sosialtjenesteloven kapittel 6A (Rådet for kapittel 6A). Avgitt 11. juni 2002.
- Sandvin, Johans Tveit (1992): "Fra normalisering til sosial integrasjon". I: *Mot normalt? Omsorgsideologier i forandring*. Johans Tveit Sandvin (red.). Oslo: Kommuneforlaget.
- Sandvin, Johans Tveit (1995): "Fra utbygging til avvikling". I: *HVPU-reformen i forskningens lys*. Tor Inge Romøren (red.). Oslo: Ad Notam Gyldendal.
- Schei, Tore, Arnfinn Bårdsen, Dag Bugge Nordén, Christian Reusch og Toril M. Øie (2007): *Twisteloven. Kommentartutgave. Bind II. §§ 21-1 til 37-3*. Oslo: Universitetsforlaget.
- Selboe, Aud, Leif Bollingmo og Karl Elling Ellingsen (red.) (2005): *Selvbestemmelse for tjenestenytere*. Oslo: Gyldendal Akademisk.
- Simonsen, Eva (2000): *Vitenskap og profesjonskamp. Opplæring av døve og åndssvake i Norge 1881-1963*. Oslo: Unipub.
- SINTEF-rapport (2011): *Gjennomgang av vedtak etter sosialtjenesteloven kapittel 4A – om bruk av tvang og makt overfor personer med utviklingshemning*. Rapportnr.: SINTEF A18961. Forfattere: Anne Mette Bjerkan, Jan W. Lippestad og Tonje Lossius Husum.
- Sivilombudsmannen (2014a): *Melding for året 2013 fra Sivilombudsmannen*. Dokument 4 (2013-2014). Avgitt mars 2014.
- Sivilombudsmannen (2014b): "Sivilombudsmannen". URL: https://www.sivilombudsmannen.no/?lang=no_NO [Lesedato: 08. april 2014]
- Slettan, Svein og Toril Marie Øie (2008): *Forbrytelse og straff. Bind 1: Innføring i strafferett*. Oslo: Universitetsforlaget.
- Syse, Aslak (1994): "HVPU-reformen i et rettslig perspektiv". I: *Kritisk Juss*, s. 267-282.
- Syse, Aslak (1995): *Rettsikkerhet og livskvalitet for utviklingshemmete. Rettigheter, vern og kontroll som rettslige virkemidler*. Oslo: Ad Notam Gyldendal.
- Syse, Aslak (2007): *Psykisk helsevernloven. Lov 2. juli 1999 nr. 62 om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern*. Kommentartutgave med forskrifter. Oslo: Gyldendal Akademisk.
- Syse, Aslak (2012): "Samtykkekompetanse, integritetsvern og tvangsbruk". Kapittel 7. I: *Velferdsrett II. Barnevern- og sosialrett*. Asbjørn Kjønstad og Aslak Syse (red.). Oslo: Gyldendal Juridisk.
- Söder, Mårten (1979): *Anstalter för utvecklingsstörda. En historisk-sociologisk beskrivning av utvecklingen*. 1: 1866-1916. 2: 1916-1944. Stockholm: ALA.

- Söder, Mårten (1981): *Vårdorganisation, vårdideologi och integrering. Sociologiska perspektiv på omsorger om utvecklingsstörda*. Doktoravhandling. Sociologiska institutionen, Uppsala Universitet.
- Söder, Mårten (1992): "Normalisering og integrering: Omsorgsideologier i et samfunn i endring". I: *Mot normalt? Omsorgsideologier i forandring*. Johans Tveit Sandvin (red.). Oslo: Kommuneforlaget.
- Terum, Lars Inge og Harald Grimen (2009): "Profesjonsutøvelse – kvalitet og legitimitet". Kapittel 1. I: *Evidensbasert profesjonsutøvelse*. Harald Grimen og Lars Inge Terum (red.). Oslo: Abstrakt forlag.
- Tilsynsmelding 2005*. Statens Helsetilsyn. Utgitt februar 2006.
- Tilsynsmelding 2010*. Statens Helsetilsyn. Utgitt mars 2011.
- Tilsynsmelding 2011*. Statens Helsetilsyn. Utgitt mars 2012.
- Tilsynsmelding 2012*. Statens Helsetilsyn. Utgitt mars 2013.
- Tilsynsmelding 2013*. Statens Helsetilsyn. Utgitt mars 2014.
- Tøssebro, Jan (2010): *Hva er funksjonshemming*. Oslo: Universitetsforlaget.
- Weber, Max (1922): *Økonomi og samfund*. Utdrag. I: *Rettssociologi – klassiske og moderne perspektiver*. Ole Hammerslev og Mikael Rask Madsen (red.). København: Hans Reitzels forlag.
- Weber, Max (2000): *Makt og byråkrati. Essays om politikk og klasse, samfunnsforskning og verdier*. Utvalg og innledning ved Egil Fivelstad. Oslo: Gyldendal.
- Østenstad, Bjørn Henning (2000): *Bruk av tvang mot psykisk utviklingshemma under yting av kommunale sosial- og helsetenester*. Bergen: Fagbokforlaget.
- Østenstad, Bjørn Henning (2011): *Heimelsspørsmål i behandling og omsorg overfor psykisk utviklingshemma og aldersdemente. Rettslege og etiske problemstillinger ved bruk av tvang og inngrep utan gyldig samtykke*. Bergen: Fagbokforlaget.
- Østerberg, Dag (2003): *Sosiologiens nøkkelbegreper og deres opprinnelse*. Oslo: Cappelen Akademisk.
- Årsrapport 2010*. Statens Helsetilsyn. Utgitt mars 2011.
- Årsrapport 2013*. Statens Helsetilsyn. Utgitt mars 2014.

Alle kilder som er brukt i denne oppgaven er oppgitt.

Lover

Avviklingsloven. Midlertidig lov om avvikling av institusjoner og kontrakter om privatpleie under det fylkeskommunale helsevern for psykisk utviklingshemmede av 10. juni 1988, nr. 48. (opphevet)

Barnevernloven. Lov om barneverntjenester av 17. juli 1992, nr. 100.

Betalingsloven. Se åndssvake-loven.

Diskriminerings- og tilgjengelighetsloven. Lov om forbud mot diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne av 20. juni 2008, nr. 42. (opphevet)

Diskriminerings- og tilgjengelighetsloven. Lov om forbud mot diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne av 21. juni 2013, nr. 61.

Helse- og omsorgstjenesteloven. Lov om kommunale helse- og omsorgstjenester m.m. av 24. juni 2011, nr. 30.

Helsepersonelloven. Lov om helsepersonell m.v. av 2. juli 1999, nr. 64.

Helsetilsynsloven. Lov om statlig tilsyn med helse- og omsorgstjenesten m.m. av 30. mars 1984, nr. 30.

Hushjelploven. Midlertidig lov om arbeidsvilkår for hushjelp av 3. desember 1948, nr. 5. (opphevet)

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

Offentlighetsloven. Lov om rett til innsyn i dokument i offentlig verksemd (offentleglova) av 19. mai 2006, nr. 16.

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

Pasientskadeloven. Lov om erstatning ved pasientskader mv. av 15. juni 2001, nr. 53.

Psykisk helsevernloven. Lov om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern av 2. juli 1999, nr. 62.

Rettshjelpsloven. Lov om fri rettshjelp av 13. juni 1980, nr. 35.

Sivilombudsmannsloven. Lov om Stortingets ombudsmann for forvaltningen av 22. juni 1962, nr. 8.

Smittevernloven. Lov om vern mot smittsomme sykdommer av 5. august 1994, nr. 55.

Sosialomsorgsloven. Lov om sosial omsorg av 5. juni, nr. 2. (opphevet)

Sosialtjenesteloven. Lov om sosiale tjenester m.v. av 13. desember 1991, nr. 81. (opphevet)

Straffeloven 1902. Almindelig borgerlig Straffelov av 22. mai 1902, nr. 10.

Straffeloven 2005. Lov om straff av 20. mai 2005, nr. 28.

Sykehusloven. Lov om sykehus m.v. av 19. juni 1969, nr. 57. (opphevet)

Tvisteloven. Lov om mekling og rettergang i sivile tvister av 17. juni 2005, nr. 90.

Tvistemålsloven. Lov om rettergangsmåten i tvistemål av 13. august 1915, nr. 6. (opphevet)

Vergemålsloven. Lov om vergemål for umyndige av 22. april 1927, nr. 3. (opphevet)

Vergemålsloven. Lov om vergemål av 26. mars 2010, nr. 9.

Åndssvake-loven. Lov om hjem som mottar åndssvake til pleie, vern og opplæring av 28. juli 1949, nr. 5. (opphevet) (også kalt betalingsloven)

Offentlige dokumenter

(I kronologisk rekkefølge)

St.prp. nr. 37 (1915): *Om mottagelse av fru Hjorts pleie- og arbeidshjem for aandssvake som gave m.v.*

St.meld. nr. 71 (1952): *Landsplan for åndssvakeomsorgen*

NOU 1973:25 *Omsorg for psykisk utviklingshemmede* (Lossius I-utvalget)

NOU 1985:34 *Levekår for psykisk utviklingshemmede* (Lossius II-utvalget)

NOU 1991:20 *Rettsikkerhet for mennesker med psykisk utviklingshemming* (Røkke-utvalget)

Ot.prp. nr. 58 (1994-95) *Om lov om endringer i sosialtjenesteloven og kommunehelsetjenesteloven (bruk av tvang og makt m v overfor personer med psykisk utviklingshemming)*

Ot.prp. nr. 57 (1995-96) *Om lov om endringer i sosialtjenesteloven og kommunehelsetjenesteloven (begrensning og kontroll med bruk av tvang og makt m v overfor enkelte personer med psykisk utviklingshemming – tilleggsproposisjon til Ot.prp. nr. 58 1994-95)*

St.meld. nr. 26 (1997-98) *Begrensning og kontroll med bruk av tvang i tjenesteyting (Lov om sosiale tjenester m v kapittel 6A Rettigheter for og begrensning og kontroll med bruk av tvang og makt m v overfor enkelte personer med psykisk utviklingshemming)*

Ot.prp. nr. 62 (2000-2001) *Om lov om endringer i lov 13. desember 1991 nr. 81 om sosiale tjenester m. v. (endring og utvidelse av tilsynet med tjenester i omsorgsboliger og andre hjemmebaserte tjenester og forlengelse av virketiden for kapittel 6A)*

Ot.prp. nr. 55 (2002-2003) *Om lov om endringer i lov om sosiale tjenester m.v. og lov om helsetjenesten i kommunene (rettsikkerhet ved bruk av tvang og makt overfor enkelte personer med psykisk utviklingshemning)*

Prop. 91 L (2010-2011) *Lov om kommunale helse- og omsorgstjenester m.m. (helse- og omsorgstjenesteloven)*

Meld. St. 45 (2012/2013) *Frihet og likeverd. Om mennesker med utviklingshemming*

Vedlegg

Vedlegg 1: Lovteksten (helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9)

Vedlegg 2: Maler

Vedlegg 3: Oversikt over rapportene

Vedlegg 4: Tidslinje over materialet

Vedlegg 5: Registrert tvang

Vedlegg 6: Rettsavgjørelser

Vedlegg 7: Spesialpensum

Vedlegg 1: Lovteksten

Lov om kommunale helse- og omsorgstjenester m.m. (helse- og omsorgstjenesteloven) av 24. juni 2011 nr. 30.

Kapittel 9. Rettssikkerhet ved bruk av tvang og makt overfor enkelte personer med psykisk utviklingshemning²⁸³

§ 9-1. Formål

Formålet med reglene i dette kapitlet er å hindre at personer med psykisk utviklingshemning utsetter seg selv eller andre for vesentlig skade og forebygge og begrense bruk av tvang og makt.

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

Ingen skal behandles på en nedverdiggende eller krenkende måte.

§ 9-2. Virkeområde

Reglene i kapitlet her gjelder bruk av tvang og makt som ledd i tjenester etter § 3-2 nr. 6 bokstavene a til d til personer med psykisk utviklingshemning.

Som bruk av tvang eller makt etter reglene i kapitlet her regnes tiltak som brukeren eller pasienten motsetter seg, eller tiltak som er så inngripende at de uansett motstand må regnes som bruk av tvang eller makt. Bruk av inngripende varslingssystemer med tekniske innretninger skal alltid regnes som bruk av tvang eller makt etter reglene i kapitlet her. Alminnelige oppfordringer og ledelse med hånden eller andre fysiske påvirkninger av liknende art anses ikke som bruk av tvang eller makt.

§ 9-3. Rett til medvirkning og informasjon

Tjenestetilbudet skal så langt som mulig tilrettelegges og gjennomføres i samarbeid med brukeren eller pasienten.

Brukeren, pasienten, pårørende og verge skal høres før det treffes vedtak om bruk av tvang og makt etter reglene i kapitlet her og gis informasjon om adgangen til å uttale seg i

²⁸³ Hentet fra www.lovdato.no 21. januar 2014

saker som skal overprøves, klageadgang og adgangen til å bringe vedtaket inn for tilsynsmyndighet og tingretten.

Dersom verge ikke allerede er oppnevnt der kommunen anser det aktuelt å fatte vedtak om bruk av tvang og makt etter reglene i kapitlet her, skal verge oppnevnes. Kommunen skal begjære oppnevning av verge dersom ikke oppnevning er begjært av andre som kan fremsette slik begjæring, jf. vergemålsloven § 56. Opplysninger om personlige forhold som vergen mottar, kan bare gis videre dersom det er nødvendig for å utføre vergeoppdraget.

Som pårørende regnes den som er definert som pårørende i pasient- og brukerrettighetsloven § 1-3 bokstav b.

§ 9-4. *Krav til forebygging*

Kommunen plikter å sørge for at forholdene legges til rette for minst mulig bruk av tvang og makt. I tillegg til å tilrettelegge tjenestetilbudet i overensstemmelse med reglene i § 9-1 andre ledd, jf. også § 9-5 første ledd, plikter kommunen å gi nødvendig opplæring etter § 8-1, herunder faglig veiledning og oppfølging i gjennomføring av tiltak etter kapitlet her.

§ 9-5. *Vilkår for bruk av tvang og makt*

Andre løsninger enn bruk av tvang eller makt skal være prøvd før tiltak etter kapitlet her settes i verk. Kravet kan bare fravikes i særlige tilfeller, og det skal i så fall gis en begrunnelse.

Tvang og makt kan bare brukes når det er faglig og etisk forsvarlig. I vurderingen skal det legges særlig vekt på hvor inngripende tiltaket er for den enkelte bruker eller pasient. Tiltakene må ikke gå lenger enn det som er nødvendig for formålet, og må stå i forhold til det formålet som skal ivaretas. Tvang og makt kan bare brukes for å hindre eller begrense vesentlig skade.

Det kan anvendes tvang og makt i følgende tilfeller:

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

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

Mekaniske tvangsmidler som hindrer brukerens eller pasientens bevegelsesfrihet, herunder belter, remmer, skadeforebyggende spesialklær og liknende kan bare brukes for å gi nødvendig støtte for fysiske funksjonshemninger, for å hindre fall og for å hindre at brukeren eller pasienten skader seg selv. I alle tilfeller må vilkårene i § 9-5 være oppfylt.

Dersom en nødssituasjon etter § 9-5 tredje ledd bokstavene a og b gjør det nødvendig å skjerme brukeren eller pasienten fra andre personer, skal skjermingen foregå i et ordinært beboelsesrom med ulåst dør. Sikkerhetsmessige hensyn kan unntaksvis tilsi at døren låses. Vedkommende skal i alle tilfeller holdes under oppsyn, og skjermingen skal avbrytes straks situasjonen er brakt under kontroll.

Det er ikke tillatt med opplærings- og treningstiltak etter § 9-5 tredje ledd bokstav c som påfører brukeren eller pasienten smerte eller psykisk eller fysisk skade, herunder all form for fysisk refselse, eller som innebærer betydelig fysiske og psykiske anstrengelser for brukeren eller pasienten eller medfører fysisk isolering.

§ 9-7. Kommunens saksbehandling

Beslutning om bruk av tvang og makt etter § 9-5 tredje ledd bokstav a treffes av den som har det daglige ansvaret for tjenesten, eller - dersom det ikke er tid til dette - av tjenesteyteren. Beslutningen skal nedtegnes straks etter at tiltaket er gjennomført. Reglene i tredje ledd bokstavene a til e og bokstav i om hva som skal nedtegnes, gjelder tilsvarende. Det skal straks sendes melding om beslutningen til den faglig ansvarlige for tjenesten, Fylkesmannen, verge og pårørende, eller på den måten Fylkesmannen beslutter. Meldingen skal opplyse om adgangen til å klage etter § 9-11 første ledd.

Vedtak i medhold av § 9-5 tredje ledd bokstav b og c treffes av den som har det overordnede faglige ansvaret for tjenesten. Vedtak kan treffes for inntil tolv måneder om gangen. Spesialisthelsetjenesten skal bistå ved utformingen av tiltakene.

Vedtaket skal settes opp skriftlig og inneholde:

- a. brukerens eller pasientens navn og tid og sted for vedtaket,
- b. beskrivelse av brukerens eller pasientens situasjon og en faglig vurdering av denne,
- c. beskrivelse av de tiltakene som skal settes i verk og den faglige begrunnelsen for disse,
- d. fastsettelse av tidsramme for tiltakene,
- e. bekreftelse på at vilkårene i kapitlet er oppfylt, herunder begrunnelse etter § 9-5 første

- ledd annet punktum,
- f. opplysning om hvilken holdning brukeren eller pasienten og dennes representant har til tiltaket,
 - g. angivelse av faglig ansvarlig for gjennomføringen av tiltaket,
 - h. opplysning om Fylkesmannens overprøvingsmyndighet og adgang til å uttale seg i saker som skal overprøves etter § 9-8, og
 - i. opplysning om tilsynsmyndighet.

Vedtaket skal sendes Fylkesmannen til overprøving etter § 9-8. Vedtaket skal samtidig sendes spesialisthelsetjenesten, verge og pårørende som kan avgi uttalelse til Fylkesmannen. Frist for å avgi slik uttalelse er en uke fra vedtaket er mottatt. Vedtaket kan ikke iverksettes før det er godkjent av Fylkesmannen. Dersom vedtaket er påklaget etter § 9-11 andre ledd, kan vedtaket ikke iverksettes før fylkesnemnda for barnevern og sosiale saker har godkjent vedtaket.

§ 9-8. Fylkesmannens overprøving

Fylkesmannen skal overprøve vedtak etter § 9-5 tredje ledd bokstav b og c, jf. § 9-7 fjerde ledd. Fylkesmannen skal prøve alle sider av saken.

Fylkesmannen skal gi vergen og pårørende opplysning om klageadgangen etter § 9-11 andre ledd.

§ 9-9. Krav til gjennomføring og evaluering

Spesialisthelsetjenesten skal bistå ved gjennomføringen av tiltak etter § 9-5 tredje ledd bokstav b og c.

Brukeren eller pasienten har rett til kvalifisert personale ved gjennomføringen av tiltak etter § 9-5 tredje ledd bokstav b og c. Ved gjennomføringen av disse tiltakene skal det være to tjenesteytere til stede dersom dette ikke er til ugunst for brukeren eller pasienten.

Når tiltak etter § 9-5 tredje ledd bokstav b gjennomføres, skal den ene av de to tjenesteyterne minst ha bestått utdanning i helse-, sosial- eller pedagogiske fag på høgskolenivå. Når tiltak etter § 9-5 tredje ledd bokstav c gjennomføres, skal den ene av de to tjenesteyterne minst ha bestått avsluttende eksamen i studieretning for helse- og sosialfag i videregående opplæring. Fylkesmannen kan i særlige tilfeller gi dispensasjon fra utdanningskravet.

Tiltaket skal vurderes kontinuerlig, og avbrytes straks, dersom vilkårene for vedtaket ikke lenger er til stede eller det viser seg ikke å ha de forutsatte konsekvenser eller å ha uforutsette, negative virkninger.

§ 9-10. *Plikt til å føre journal*

Reglene i helsepersonelloven kapittel 8 om dokumentasjonsplikt og forskrift om pasientjournal gjelder.

§ 9-11. *Klage*

Beslutning etter § 9-5 tredje ledd bokstav a kan påklages av brukeren eller pasienten, verge og pårørende til Fylkesmannen. Fylkesmannen skal prøve alle sider av saken.

Vedtak etter § 9-5 tredje ledd bokstavene b og c som er overprøvd av Fylkesmannen etter § 9-8, kan påklages av brukeren eller pasienten, vergen og pårørende, til fylkesnemnda for barnevern og sosiale saker. Klageadgangen gjelder også hvis Fylkesmannen har nektet å godkjenne kommunens vedtak, forutsatt at kommunen fortsatt ønsker å gjennomføre tiltaket. Fylkesnemnda skal prøve alle sider av saken.

Det kan oppnevnes et eget utvalg av fagkyndige for saker som etter reglene i dette kapitlet skal behandles av fylkesnemnda. Forhandlingsmøte for saker etter denne bestemmelsen, skal holdes snarest og hvis mulig innen to uker etter at fylkesnemnda mottok saken, jf. barnevernloven § 7-14. For øvrig gjelder reglene i barnevernloven §§ 7-1 til 7-8 og §§ 7-11 til 7-21. Kongen kan gi forskrift om at disse reglene skal gjelde helt eller delvis.

Klagesaken skal forberedes av Fylkesmannen etter bestemmelsene i forvaltningsloven § 33 første til fjerde ledd. Fylkesmannen skal redegjøre for de omstendigheter som ligger til grunn for vedtaket. De skriftlige uttalelser og forklaringer som vedtaket bygger på, skal vedlegges. Det skal opplyses om hvilke personer som skal gi forklaring for fylkesnemnda.

Klagefristen er tre uker fra vedtaket eller melding om beslutning er kommet frem til den som har klagerett etter første og andre ledd.

§ 9-12. *Overprøving i tingretten*

Vedtak i klagesak etter § 9-11 andre ledd kan bringes inn for tingretten etter reglene i tvisteloven kapittel 36. Søksmålsadgangen gjelder ikke hvis fylkesnemnda for barnevern og sosiale saker har nektet å godkjenne kommunens vedtak.

Saksøker er den som tvangsinngrepet er rettet mot. Saksøker kan reise sak på egen hånd dersom vedkommende har evne til å forstå hva saken gjelder. Søksmål kan også reises av pårørende eller verge. Om adgangen for et barn til å reise søksmål gjelder pasient- og brukerrettighetsloven § 6-5.

Fristen til å reise søksmål er to måneder fra den dag den som har rett til å reise søksmål, fikk melding om vedtaket.

§ 9-13. Spesialisthelsetjenesten

Reglene i dette kapitlet gjelder tilsvarende for spesialisthelsetjenesten når den deltar i tiltak etter kommunale vedtak etter § 9-7.

Som ledd i spesialisthelsetjenestens utførelse av oppgaver etter §§ 9-7 og 9-9, kan det treffes vedtak om bruk av tvang og makt i medhold av reglene i dette kapitlet.

Saksbehandlingsreglene i dette kapitlet gjelder så langt de passer.

Regionalt helseforetak plikter å sørge for at spesialisthelsetjenesten har den kompetansen og bemanningen som er nødvendig for å yte forsvarlig bistand til kommunene ved tiltak etter reglene i dette kapitlet.

§ 9-14. Forskrift

Kongen kan i forskrift gi nærmere bestemmelser til utfylling og gjennomføring av reglene i dette kapitlet.

Vedlegg 2: Maler

Her er utfyllingsmal for vedtak og enkeltmelding, hentet fra nettsidene til Fylkesmannen i Oslo og Akershus (åpent tilgjengelig) 10. april 2014.

Mal for vedtak:

Unntatt fra offentlighet: Offl § 13,
jf helse- og omsorgstjenesteloven § 12-

1

KOMMUNE / BYDEL: _____

VEDTAK OM TVANG OG MAKT ETTER LOV OM KOMMUNALE HELSE- OG OMSORGSTJENESTER § 9-5 TREDJE LEDD BOKSTAVENE B OG C

1. Personopplysninger

1.1 Hvem gjelder tiltaket for?

Etternavn, fornavn	Fødselsdato	
Bostedsadresse	Telefon	
Navn på tjenestested	Adresse og postnummer	Telefon /e-post

Er brukeren umyndig/umyndiggjort? (Sett X)	Ja:	Nei:
---	-----	------

Hvis JA: Skriv vergens navn, adresse og telefonnummer:

Navn	Adresse og postnummer	Telefon /e-post

Har brukeren hjelpeverge? (Sett X)	Ja:	Nei:
---	-----	------

Hvis JA: Skriv hjelpevergens navn, adresse og telefonnummer:

Navn	Adresse og postnummer	Telefon /e-post

1.2 Brukerens pårørende

Slektsforhold	Etternavn, fornavn	Adresse	Telefon

1.3 Hvilke medisinske diagnoser foreligger?

--

1.4 Bekreft at det foreligger enkeltvedtak om helse- og omsorgstjenester (jf. § 9-2 første ledd)

	Sett X
Vedtak etter lov om kommunale helse- og omsorgstjenester § 3-2 nr. 6 a-d	

2. Opplysninger om bruker og tiltakene det er fattet vedtak om

2.1 Gi en beskrivelse av brukerens generelle situasjon.

jf. § 9-7 tredje ledd pkt. b

--

2.2 Dersom det tidligere har vært fattet vedtak om bruk av tvang og makt, skal det gis en evaluering av hvordan det enkelte tiltak har fungert i foregående vedtaksperiode.

--

2.3 Hvilke type tiltak fattes det nå vedtak om? (Sett X i rubrikken(e) til venstre.)

<input type="checkbox"/>	§ 9-5 tredje ledd bokstav b – planlagte skadeavvergende tiltak i gjentatte nødssituasjoner
<input type="checkbox"/>	§ 9-5 tredje ledd bokstav b – bruk av mekaniske tvangsmidler
<input type="checkbox"/>	§ 9-5 tredje ledd bokstav b – bruk av inngripende varslingssystemer
<input type="checkbox"/>	§ 9-5 tredje ledd bokstav c – tiltak for å dekke brukers grunnleggende behov
<input type="checkbox"/>	§ 9-5 tredje ledd bokstav c – bruk av mekaniske tvangsmidler
<input type="checkbox"/>	§ 9-5 tredje ledd bokstav c – bruk av inngripende varslingssystemer
<input type="checkbox"/>	§ 9-5 tredje ledd bokstav c – opplærings- og treningstiltak

2.4 Gi en beskrivelse av tiltakene som skal iverksettes.

--

2.5 Hvor skal tiltakene gjennomføres?

--

2.6 Gi en spesifikk beskrivelse og en faglig vurdering av situasjonen(e) som gjør det nødvendig å fatte vedtak om bruk av tvang og makt.

--

2.7 Beskriv hvorfor eller på hvilken måte det vurderes å foreligge fare for vesentlig skade.

--

2.8a Hvilket forebyggende arbeid er gjort, og hvordan har det fungert?

--

2.8b Hvilke andre løsninger er prøvd, og hvordan har disse fungert?

--

2.9 Gi en bekreftelse på at kravet til faglig og etisk forsvarlighet er oppfylt, jfr. § 9-5 andre ledd

jf. § 9-7 tredje ledd bokstav e

--

2.10 Under hvilke forhold skal tiltaket avbrytes?

--

2.11 Hvor lenge skal tiltaket vare?

jf. § 9-7 tredje ledd bokstav d

Antall måneder:

Er det sannsynlig at det skal gjøres nytt vedtak etter sluttdatoen? (sett X)

Ja:

Nei:

2.12 Hvilken holdning har brukeren til tiltaket?

jf. § 9-3 andre ledd og § 9-7 tredje ledd bokstav f

--

2.13 Hva er pårørendes/hjelpeverges holdning til tiltaket, og hvordan er de tatt med i utarbeidelsen av det?

jf. § 9-3 andre ledd og § 9-7 tredje ledd bokstav f

--

3. Opplysninger om tjenesteyterne

3.1 Overordnet faglig ansvarlig for Kap. 9 i kommunen / bydelen:

jf. § 9-7 andre ledd

--	--	--

Navn

Stilling

Telefon

3.2 I hvilken grad har den overordnede faglig ansvarlige deltatt i utarbeidelsen av tiltaket?

--

3.3 Navn på tjenested (er) og daglig ansvarlig

Tjenestested	Daglig ansvarlig	Besøksadresse	Postadresse	Telefon

3.4 Hvem er faglig ansvarlig for gjennomføringen av tiltaket?

if. § 9-7 tredje ledd bokstav g

Navn	Stilling	Tjenestested	Telefon

3.5 Hvem har deltatt i utarbeidelsen av tiltaket?

Navn	Stilling / funksjon	Tjenestested	Telefon

3.6 Hvilke tjenesteytere skal gjennomføre tiltaket?

Navn	Stillingsbetegnelse	Utdanning	Stillingsprosent	Ca. stillingsprosent hos tj.mottaker

3.7 Hvordan skal tjenesteyterne veiledes og følges opp faglig?

Navn på den som skal veilede	Stilling / funksjon	Tema for oppfølging og veiledning	Omfang/hyppighet

3.8 Hvem medvirker fra spesialisthelsetjenesten?

Navn	Stilling / funksjon	Tjenestested	Telefon

3.8. b Dersom spesialisthelsetjenesten ikke bistår i saken må det gis en begrunnelse her

--

3.9 Er det nødvendig å søke dispensasjon fra kravet til kompetanse? (jf. § 9-9 tredje ledd)

Sett X	
Ja:	Nei:

3.10 Dersom det blir vurdert at det vil være en ulempe for brukeren at to tjenesteytere er tilstede, må dette anføres særskilt under denne rubrikken

--

4. Opplysninger om registrering, dokumenthåndtering og evaluering

jf. § 9-10, samt forskrift om pasientjournal.

4.1 Hvordan dokumenteres opplysninger om tiltakene?

--

4.2 Hvem har ansvar for dokumenthåndtering, kontroll og evaluering av opplysningene?

Navn	Stilling / funksjon	Tjenestested	Telefon

4.3 Hvor ofte skal opplysningene kontrolleres? Sett X.

Fortløpende	
Daglig	
Ukentlig	
Månedlig	

4.4 Hvor oppbevares opplysningene?

--

5. Vedlegg

5.1 Vedlegg

Nr.	Innhold	Fra/instans	Dato

6. Sakens parter, innsyn og tilsyn

6.1 Hvor skal vedtaket sendes?

Sett kryss for at vedtaket sendes til:

Fylkesmannen for overprøving, jf. § 9-7 fjerde ledd	<input type="checkbox"/>
---	--------------------------

§ 9-8, Fylkesmannens overprøving:

”Fylkesmannen skal overprøve vedtak etter § 9-5 tredje ledd bokstavene b og c, jf. § 9-7 fjerde ledd. Fylkesmannen skal prøve alle sider av saken.

Fylkesmannen skal gi vergen eller hjelpevergen og pårørende opplysning om klageadgangen etter § 9-11 annet ledd.”

Vedtaket skal samtidig sendes til spesialisthelsetjenestene, verge eller hjelpeverge og pårørende. Alle disse kan gi uttalelse til Fylkesmannen med frist en uke fra vedtaket er mottatt, jf. § 9-7 fjerde ledd.

	Sett X
Spesialisthelsetjenesten	<input type="checkbox"/>
Vergen eller hjelpevergen	<input type="checkbox"/>
De pårørende	<input type="checkbox"/>

6.2 Partenes rett til innsyn og Fylkesmannens tilsynsmyndighet

Partene har som hovedregel rett til innsyn i sakens dokumenter jf. forvaltningsloven §§ 18 og 19

§ 12-3 første ledd, Fylkesmannens tilsynsmyndighet:

”Fylkesmannen skal føre tilsyn med lovligheten av kommunens oppfyllelse av plikter pålagt i kapitlene 3 til 10 og §§ 11-2, 11-3 og 11-4. Ved tiltak etter § 9-5 tredje ledd bokstavene b og c skal det også føres stedlig tilsyn.”

Vedtaket er fattet:

Dato

Sted

Underskrift av overordnet ansvarlig for Kap. 9

Mal for enkeltmelding:

Kommune /bydel: _____

Melding dette året: _____

MELDING OM SKADEAVVERGENDE TILTAK I NØDSITUASJONER
Lov om kommunale helse- og omsorgstjenester § 9-5 tredje ledd bokstav a.

1. Opplysninger om bruker, bosted og tjenestested:

Etternavn, fornavn	Fødselsdato
--------------------	-------------

Bostedsadresse	Telefon
----------------	---------

Navn på tjenestested	Adresse og postnummer	Telefon /e-post
----------------------	-----------------------	-----------------

2. Virkeområde:

	Sett X		
Brukeren er psykisk utviklingshemmet:			
Vedtak etter lov om kommunale helse- og omsorgstjenester § 3-2 nr. 6 a-d		Vedtaksdato:	

Eventuelle relevante tilleggsdiagnoser:

--

Eventuell utdypning om manglende diagnose eller manglende vedtak etter § 3-2 nr.6 a-d

--

3. Beskriv brukerens situasjon og gjør en faglig vurdering av denne:

--

4. 1 Hvor og når ble beslutningen om bruk av tvang og makt tatt:

Dato	Klokkeslett	Sted
------	-------------	------

4.2 Hva skjedde forut for bruk av tvang og makt? Hva tror du er årsaken til at situasjonen oppsto?

--

4.3 Hvilke andre løsninger ble prøvd før det ble brukt tvang og makt? Gi en eventuell begrunnelse for hvorfor andre løsninger ikke ble prøvd.

--

4.4 Beskrivelse av tiltaket som ble iverksatt.

Tiltakets varighet: Startet kl: Slutt kl: Varighet:

4.5 Hvilken reaksjon hadde brukeren etter tvangstiltaket og hvilken oppfølging er gitt?

--

5.1 Hvorfor ble det ansett å være en nødsituasjon?

--

5.2 Hvorfor hindret eller begrenset tvangstiltaket vesentlig skade:

--

5.3 Hvorfor ansees tvangstiltaket å være faglig og etisk forsvarlig?

--

6. Hvilken veiledning og oppfølging har tjenesteyterne som gjennomførte tiltaket fått?

--

7. Navn og underskrift av tjenesteyterne som besluttet og gjennomførte tiltaket:

Tjenesteyter	Underskrift

PUNKT 8 - 11 FYLLES UT AV DAGLIG ANSVARLIG PÅ TJENESTESTEDET

8. Navn og underskrift av daglig ansvarlig for tjenestestedet:

Navn	Telefon/e-post	Underskrift

9. Daglig ansvarlig for tjenestestedet sin vurdering og oppfølging i etterkant av tiltaket:

--

10. Navn på overordnet faglig ansvarlig for Kap. 9 i kommunen/ bydelen:

Navn	Adresse	Telefon/e-post

11. Meldingen er sendt til:

	Sett X
Fylkesmannen	
Overordnet faglig ansvarlig	
Verge/hjelpeverge Navn: Adresse:	
Pårørende: Navn: Adresse:	

Dato

Sted

Klageadgang for bruker, pårørende og hjelpeverge er § 9-11, første ledd. Klagen stiles til den overordnede faglig ansvarlige for tjenesten jf. forvaltningsloven § 33, klagefristen er 3 uker fra det tidspunkt meldingen er mottatt.

Vedlegg 3: Oversikt over materialet

Dette er en oversikt over det empiriske materialet jeg bruker i denne oppgaven.

Rapportene:

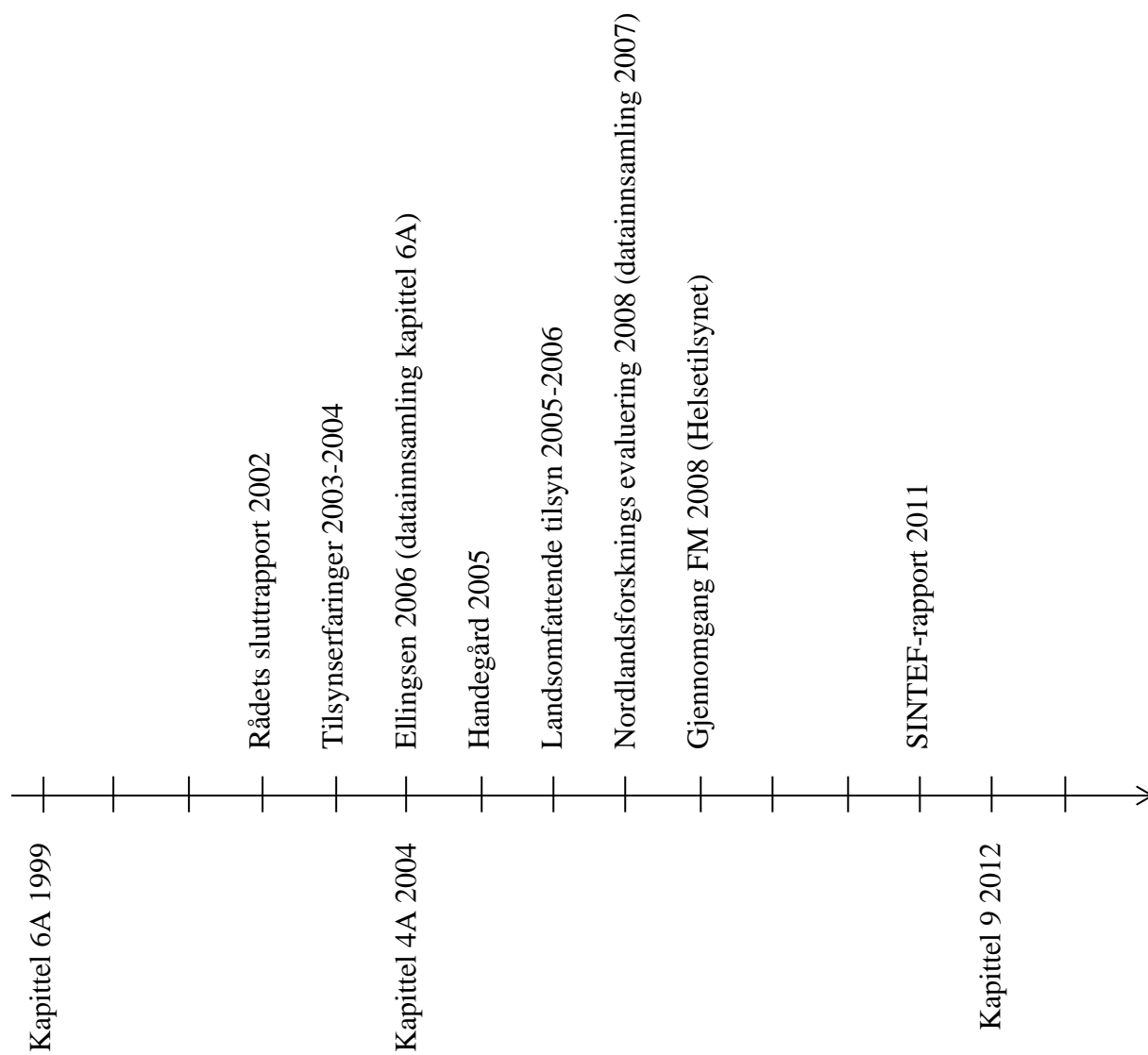
- Sluttdokumentet fra *Rådet for vurdering av praksis og rettssikkerhet etter sosialtjenesteloven kapittel 6A (Rådet)*. Avgitt 11. juni 2002.
- Tilsynserfaringer 2003-2004: *Praksis knyttet til tvangsbruk overfor personer med utviklingshemning etter sosialtjenesteloven kapittel 4A og kommunenes generelle ivaretagelse av hjelpetiltak etter § 4-2, a-e*. Rapport fra Helsetilsynet 6/2005.
- Oppsummering av landsomfattende tilsyn i 2005 med rettssikkerhet ved bruk av tvang og makt overfor personer med utviklingshemning. *Rettsikkerhet for utviklingshemmede*. Rapport fra Helsetilsynet 2/2006.
- Oppsummering av landsomfattende tilsyn i 2006 med rettssikkerhet knyttet til bruk av tvang og makt overfor personer med utviklingshemning. *Rettsikkerhet for utviklingshemmede, II*. Rapport fra Helsetilsynet 5/2007.
- Ein gjennomgang av data hos fylkesmennene om bruk av tvang og makt overfor menneske med utviklingshemning for perioden 2000-2007. *Nødvendig tvang?* Rapport fra Helsetilsynet 7/2008.
- *Kapittel 4A – en faglig revolusjon? Evaluering av sosialtjenestelovens kapittel 4A. Rettsikkerhet ved bruk av tvang og makt overfor enkelte personer med utviklingshemning*. Av Tina Luther Handegård og Hege Gjertsen. Nordlandsforskning – NF-rapport nr. 1/2008.
- *Gjennomgang av vedtak etter sosialtjenesteloven kapittel 4A – om bruk av tvang og makt overfor personer med utviklingshemning*. Rapportnr.: SINTEF A18961. Av Anne Mette Bjerkan, Jan W. Lippestad og Tonje Lossius Husum. (2011)

Doktorgradsavhandlingene:

- Karl Elling Ellingsen (2006)
- Tina Luther Handegård (2005)

(se litteraturlisten for fullstendig henvisning)

Vedlegg 4: Tidslinje over materialet



Vedlegg 5: Registrert tvang

Her har jeg, for oversiktens skyld, samlet tallene på antall meldinger og vedtak, samt personer som omfattes, altså tallene på den registrerte tvangen, fra tabellene i punkt 6.2.

Tabell 11: Antall enkeltmeldinger og vedtak, samt personer som omfattes 1999-2013

	Antall mld	Pers mld	Mld pers	Antall vedtak	Pers vedtak	Totalt pers
1999	99108	-	95	-	-	-
2000	35247	907	39	247	178	1085
2001	36466	987	37	346	270	1257
2002	21166	905	23	377	337	1242
2003	19697	876	22	429	395	1271
2004	22700	815	28	655	388	1203
2005	24337	1065	23	841	449	1514
2006	27439	1095	25	898	554	1649
2007	31533	1148	27	1268	679	1827
2008	33805	1152	29	1369	696	1848
2009	20313	1089	19	886	788	1877
2010	19569	1076	18	902	835	1911
2011	24158	1059	23	983	935	1994
2012	20791	1086	19	992	906	1992
2013	24123	1103	22	1259	1102	2205

Antall mld = Antall enkeltmeldinger

Pers mld = Personer med meldinger

Mld pers = Meldinger per person (snitt)

Antall vedtak = Antall godkjente vedtak

Pers vedtak = Personer med vedtak

Totalt pers = Totalt personer

Vedlegg 6: Rettsavgjørelser

Sak 1 (2000-2001)

- Pårørende (mor) påklaget vedtak om tvangstiltak til fylkesnemnda. Klagen ble ikke gitt medhold, og vedtaket dermed ikke opphevet. Behandlet i 2000.
- Pårørende anket til Midt-Trøndelag herredsrett (nr. 00-00023 A), hvor pårørende også ønsket behandlet at den det gjaldt skulle flytte hjem til sin familie. Herredsretten fant at den ikke kunne gå utover å overprøve det aktuelle vedtaket om tvangstiltak, det vil si at retten ikke ved dom kan beslutte noe som ikke er omhandlet i vedtaket som er gjenstand for overprøving.
- Pårørende anket dette videre til Frostating lagmannsrett (LF-2000-411 K), som stadfestet herredsrettens kjennelse.
- Pårørende anket også videre til Høyesterett (HR-2000-1090²⁸⁴), hvor kjæremålsutvalget stadfestet lagmannsrettens kjennelse. Dette ble altså et spørsmål om hva som kan prøves rettslig i disse sakene, hvor retten konkluderte med at rettsbehandlingen må avgrenses til å omhandle vedtakene slik de er overprøvd av Fylkesmannen.
- Behandlingen av den delen av saken som gjelder selve vedtaket om tvangstiltak ble tydeligvis gjort i Midt-Trøndelag herredsrett i 2001 (nr. 00-00523 a). Pårørende ønsket vedtaket opphevet, men herredsretten stadfestet Fylkesmannens vedtak.
- Pårørende anket denne dommen til Frostating lagmannsrett (LF-2001-201 M), som frifant staten. Dermed tapte pårørende her også.
- Pårørende anket igjen til Høyesterett (HR-2001-1276), men kjæremålsutvalget nektet anken fremmet i samsvar med (den nå opphevede) tvistemålsloven § 373 tredje ledd nr. 1, som gir adgang til å stanse behandlingen av en ankesak dersom avgjørelsen i en annen ankesak for Høyesterett kan ha betydning for henvisningsspørsmålet.

Sak 2 (2007)

Pårørende (mor) påklaget Fylkesmannens stadfesting av kommunens vedtak om tvangstiltak til Fylkesnemnda i 2007, som ikke tok klagen til følge. Pårørende anket dette til Oslo tingrett. I dommen kommer det fram at hjelpevergen (far) mener vedtaket er riktig og nødvendig.

²⁸⁴ Rt. 2000, s. 1532.

Retten finner at tvangsbruken det er snakk om i dette tilfellet er en del av den nødvendige omsorgen, og frifinner staten. Denne saken ble ikke anket videre. Ved lesing av dommen får man inntrykk av at det er en konflikt mellom mor på den ene siden, og boligen og hjelpeverge/far på den andre. Retten behandlet også to tiltak som ikke var regulert i vedtaket, som mor mente var tvang. Retten fant at de ikke var å regne som tvang.

Sak 3 (2007-2008)

Denne saken omhandler en person som før det ble fattet vedtak om tvangstiltak flere ganger var siktet og dømt for ran og ransforsøk, og idømt sikring to ganger. De forhold som foranlediget tvangsvedtaket var at vedkommende ble arrestert for 14 ildspåsettelser i løpet av en periode på 6 uker, at hun hadde søkt kontakt med politi og sykehus ved å simulere sykkelulykker, fortalt at hun var blitt voldtatt (man fant ingen bevis som tydet på voldtekt eller samleie på det nevnte tidspunkt), knivranet to barn og ranet to kiosker med bruk av kniv. Hun var underlagt sikring fram til 2004, og begikk disse nevnte nye lovbruddene i 2005.

Kommunen anså det som nødvendig med kontrolltiltak, og fattet vedtak om tvangstiltak knyttet til alarmsystemer på boligen hennes, samt tett overvåking av hennes ferdsel utenfor boligen (fotfølging). Fylkesmannen opphevet først vedtaket i sin overprøving, hvorpå kommunen foretok ny behandling og fattet nytt vedtak, som Fylkesmannen så stadfestet.

Personen det gjaldt påklaget dette til fylkesnemnda, men klagen førte ikke fram. Hun tok så saken videre til Sandefjord tingrett, med krav om opphevelse av tvangsvedtaket. Før rettsforhandlingene kunne starte fattet kommunen et nytt vedtak (ikke behov for alarmsystemer i bolig pga. endret bosituasjon (flyttet fra første til andre etasje), men fotfølgingsiltaket ble opprettholdt), som Fylkesmannen stadfestet, og den det gjaldt påklaget til fylkesnemnda, som ikke tok klagen til følge. Det er dette tvangsvedtaket som behandles av retten.

I dommen går det fram at tingretten mener at vilkårene for tvangstiltak er oppfylt, og at disse anses som nødvendige. Personen hadde ikke begått nye lovbrudd de siste to årene fram til dommen falt, noe som ble begrunnet nettopp med tvangstiltakene, da hennes evne til empati og forståelse av konsekvenser av sine handlinger, både for seg selv og andre, ikke syntes å ha endret seg. Retten frifant derfor staten, og tvangsvedtaket ble dermed opprettholdt. Men samtidig ga retten uttrykk for at de savnet en mer konkret risikoanalyse og plan for evaluering med sikte på eventuell nedtrapping av tvangsbruken.

Vedlegg 7: Spesialpensum

- Aubert, Vilhelm, Torstein Eckhoff og Knut Sveri (1952): *En lov i søkelyset. Sosialpsykologisk undersøkelse av den norske hushjelplov*. Oslo: Akademisk forlag. (185 s.)
- Aubert, Vilhelm (1964): *Sosiologi*. Oslo: Universitetsforlaget. (221 s.)
- Aubert, Vilhelm (1976): *Rettens sosiale funksjon*. Oslo: Universitetsforlaget. (356 s.)
- Aubert, Vilhelm (1982): "Legal justice and mental health". Kapittel 2. I: *The hidden society*, s. 55-82. New Brunswick: Transaction Books (første utgave utgitt i 1965 av The Bedminster Press). (28 s.)
- Ellingsen, Karl Elling (2006): *Lovregulert tvang og refleksiv praksis. En studie av hvordan innføringen av sosialtjenestelovens kapittel 6A påvirker utformingen og gjennomføringen av tjenestene til utviklingshemmede som oppfattes å ha en utfordrende atferd*. Doktorgradsavhandling. Luleå tekniska universitet, Institutionen för hälsovetenskap. (216 s.)
- Hammerslev, Ole og Mikael Rask Madsen (2013): "Introduktion". Kapittel 1. I: *Rettssociologi – klassiske og moderne perspektiver*. Ole Hammerslev og Mikael Rask Madsen (red.). København: Hans Reitzels forlag. (42 s.)
- Handegård, Tina Luther (2005): *Tvang, makt og ambivalens. En studie av hvilken betydning lovreglene om bruk av makt og tvang overfor psykisk utviklingshemmede kan få i det daglige omsorgsarbeidet*. Doktorgradsavhandling. Universitetet i Tromsø, Institutt for sosiologi. (240 s.)
- Hydén, Håkan (2013): "Klassisk nordisk rettssociologi". Kapittel 3. I: *Rettssociologi – klassiske og moderne perspektiver*. Ole Hammerslev og Mikael Rask Madsen (red.). København: Hans Reitzels forlag. (38 s.)
- Kjønstad, Asbjørn og Aslak Syse (2012): *Velferdsrett I. Grunnleggende rettigheter, rettsikkerhet og tvang*. Oslo: Gyldendal Juridisk. Kapittel 2 ("Rettighetstenkningen i velferdsretten") (42 s.) og kapittel 10 ("Tvangshjemler og tvangsbruk i velferdsretten") (89 s.). (131 s.)
- Syse, Aslak (2012): "Samtykkekompetanse, integritetsvern og tvangsbruk". Kapittel 7. I: *Velferdsrett II. Barnevern- og sosialrett*. Asbjørn Kjønstad og Aslak Syse (red.). Oslo: Gyldendal Juridisk. (48 s.)

Antall sider totalt: 1505. Godkjent av veileder Knut Papendorf.

