

VITENSKAPELIG PUBLIKASJON

Rettsikkerhet er ikke for alle

Regler om tvang i lys av byråkratisk metode og insisterende praksis

Wenche Natland Dahlen

Jurist, universitetslektor ved Institutt for psykisk helse, NTNU
wenche.n.dahlen@ntnu.no

Elizabeth Langsrud

Jurist, ph.d., førsteamanuensis ved Institutt for sosialt arbeid, NTNU
elizabeth.langsrud@ntnu.no

SAMMENDRAG Rettsliggjøringen av helse- og omsorgstjenestene innebærer en betydelig grad av kompleksitet som både krever faglig kompetanse og ivaretagelse av rettsikkerhetsgarantier fra ikke-jurister. Dette er to sentrale premisser som ligger til grunn i tvangslovgivningen, og er ment å styrke rettsikkerheten til brukere og pasienter i møte med helse- og omsorgstjenestene. I denne artikkelen ser vi på de to ovennevnte premisser for tvangslovgivningens anvendelse etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9, i lys av forskning som beskriver landskapet som lovgivningen er ment å virke i. Forskningen viser utstrakt bruk av «byråkratisk metode» og «insisterende praksis», noe som kan tyde på at de premisser som følger av gjeldende rett, heller ikke vil bli oppfylt gjennom ny tvangslovgivning. Ut fra dette bakteppet diskuterer vi betydningen for rettsikkerheten til personer med utviklingshemming som følge av diskrepansen mellom lovens idealer og helse- og omsorgstjenestens realiteter.

NØKKELOORD ikke-jurister, helse- og omsorgstjenester, insisterende praksis, tvang, utviklingshemmede

ABSTRACT The legalization of health and welfare services requires non-legal professionals to uphold the rule of law. Fulfilling this complex task demands both legal knowledge

and evidence-based practice. These central premises are meant to limit coercive practices in healthcare services. In this article we examine these premises by considering research describing the areas applicable to the endorsement of this law. Research shows a widespread use of a “bureaucratic method” and “insistent practices”. This seems to suggest that the newly proposed legislative act’s premises will not be fulfilled in practice. Against this backdrop, we discuss whether statutory due process guarantees – in practice – apply to individuals with intellectual disability.

KEYWORDS non-legal professionals, healthcare services, insistent practice, intellectual disability, use of force and coercion

1. Introduksjon

Artikkelens tema er utviklingshemmedes rettssikkerhet i lys av regler om tvang og makt i helse- og omsorgstjenesten.¹ Tvangsreglenes formål er å ivareta grunnleggende rettssikkerhetsgarantier, der omsorgen utøves med bruk av tvang og makt overfor den utviklingshemmede.² Reglene bidrar til å ramme inn hva som er nødvendig bruk av tvang, og setter grenser for uforsvarlig og urettmessig bruk av tvang og makt. Blant annet uttrykkes dette gjennom helse- og omsorgstjenesteloven (hol.) § 9-1, hvor det heter at formålet er å «forebygge og begrense bruk av tvang og makt». Tilsvarende gode intensjoner kommer frem av forslaget til nye felles regler om tvang og inngrep uten samtykke. Etter utvalgets vurdering vil lovforslaget «bidra til en markant reduksjon i den faktiske tvangsbruken».³ Det er utvalgets oppfatning at de nye reglene vil «gi gode muligheter for en enhetlig tilnærming til de menneskerettslige kravene».⁴

Imidlertid kreves det en operasjonalisering av tvangsreglene i tjenesten. Det å beskrive hvordan rettssikkerheten ivaretas i ulike beslutningsprosesser, er en viktig

1 Ifølge Helsedirektoratets rapport *Om utredning og diagnostisering av utviklingshemmede* fra 2019, s. 27, er forekomsten av utviklingshemmede i Norge mellom 0,95 % og 1,23 % av befolkningen. I 2022 mottok 20 689 av disse over 18 år helse- og omsorgstjenester. Ved utgangen av året var det registrert 1 789 godkjente tvangsvedtak etter hol. kapittel 9, ifølge *Tall fra kommunalt pasient- og brukerregister 2022*. Dette var en økning på 127 tiltak fra 2021. Tvangsvedtakene var begrunnet i behovet for å dekke grunnleggende behov hos den utviklingshemmede, jf. § 9-5 tredje ledd bokstav c, eller for å avverge skade på seg selv eller omgivelsene, jf. hol. § 9-5 tredje ledd bokstav b.

2 LOV-2011-06-24-30 om kommunale helse- og omsorgstjenester m.m. (helse- og omsorgstjenesteloven) § 9-1.

3 NOU 2019: 14 Tvangsbegrensingsloven – Forslag til felles regler om tvang og inngrep uten samtykke i helse- og omsorgstjenesten, s. 32.

4 Ibid.

del av rettssosiologien.⁵ Den er opptatt av at virkningen av lovgivningen ikke er gitt på forhånd. Hvordan loven virker og i hvilken grad den faktisk etterleves, avhenger blant annet hva den går ut på, og hvem den retter seg til.⁶ I vår sammenheng retter reglene seg i all hovedsak til ikke-jurister. Reglene går ut på å regulere bruk av tvang og makt, og som vi vil komme nærmere inn på, inneholder de ut fra sin utforming krav til både juridisk og helse- og omsorgsfaglig skjønnsutøvelse.

Satt inn i en rettssosiologisk sammenheng kan reglene om bruk av tvang og makt i helse- og omsorgstjenesten betraktes som refleksiv rett. Denne retten bygger på en aksept for at et samfunnsområde er så spesialisert og i så rask utvikling at det vanskelig vil kunne være gjenstand for en tradisjonell normativ regulering.⁷ En viktig grunn for dette er at lovgiver har liten kunnskap om området som reguleres.⁸ Men den refleksive retten tar samtidig høyde for at området også er kompleks og dynamisk, og unngår derfor detaljregulering.⁹ I stedet for faste kriterier vektlegges diskresjonært skjønn.¹⁰ På den måten overlater lovgivningen beslutningsmyndigheten til virksomheten som har mest innsikt i de sosiale prosessene.¹¹ Den refleksive lovgivningen kjennetegnes av skjønsmessige vilkår som gir et stort tolkningsrom, i tillegg til at den er avhengig av andre kunnskaper enn de juridiske.¹² I vårt tilfelle er dermed juridisk kompetanse og helse- og omsorgsfaglig kompetanse hos den ansatte essensiell for at tvangsreglene blir forstått og brukt på en forsvarlig måte. Men til tross for betydningen begge disse to kompetanser har for rettssikkerheten til den utviklingshemmede, er det vår oppfatning at disse sjelden ses i sammenheng. I artikkelen har vi derfor valgt å sette søkelys på *forholdet mellom kompetansekravene som følger av helse- og omsorgstjenestelovens kapittel 9, og den formelle og faktiske kompetansen hos de ansatte i helse- og omsorgstjenesten slik den beskrives i offentlige rapporter og forskning.*

For å belyse spørsmålet om hvilke kompetansekrav som kan utledes av reglene om bruk av tvang og makt overfor utviklingshemmede, har vi foretatt en rettsdogmatisk analyse av aktuelle rettskilder som kan klargjøre kravene til kompetanse

5 Inger-Johanne Sand, «Retts sosiologisk teori i komplekse samfunn: Hva slags teori har vi behov for?», *Kritisk juss* 38(3–4), 2012, s. 181–203.

6 Vilhelm Aubert, *Retts sosiologi*, Universitetsforlaget 1968, s. 57.

7 Gunther Teubner, «Substantive and reflexive elements in modern law», *Law and Society Review*, Vol. 17(2) 1983, s. 239–286 (s. 267–275).

8 Inger-Johanne Sand, Styring av kompleksitet. Rettslige former for statlig rammestyring og desentralisert statsforvaltning, Fagbokforlaget 1996, s. 92.

9 Ibid.

10 Inger-Johanne Sand, *Retts samfunn og legitimitet*, Universitetsforlaget 2017, s. 125–126.

11 Ibid.

12 Günther Teubner 1983, gjengitt i Håkan Hydén, *Sociology of Law as the Science of Norms*, Taylor & Francis 2022, s. 238–239.

som følger av gjeldende helse- og omsorgstjenestelov kapittel 9 og tilsvarende regulering i forslag til ny tvangsbegrensningslov. For å belyse den faktiske formelle kompetansen hos ansatte i helse- og omsorgstjenesten og deres juridiske og helse- og omsorgsfaglige tilnærming ved bruk av tvang og makt i praksis har vi foretatt en dokumentanalyse av relevante offentlige rapporter og relevant publisert forskning innenfor en norsk kontekst.¹³

I det følgende presenterer vi rettssikkerhetsbegrepet som et førende prinsipp for tvangsreglene. Dernest foretar vi en gjennomgang av kompetansekravene som følger av gjeldende rett, før vi gir en beskrivelse av ansattes formelle helse- og omsorgsfaglige kompetanse i helse- og omsorgstjenesten, slik den fremkommer i offentlige dokumenter. Vi kommer så inn på rapporter og forskning som gir et bilde av juridiske ferdigheter hos ikke-jurister, og som skildrer fagutøvelsen ved bruk av tvang og makt overfor utviklingshemmede.¹⁴ Avslutningsvis i artikkelen diskuterer vi forholdet mellom lovens premisser og helse- og omsorgstjenestens praksis i lys av utviklingshemmedes rettssikkerhet.

2. Tvangsreglenes idealer

2.1 Rettssikkerhet – en ledestjerne ved bruk av tvangsregler

Rettssikkerhet og faglig integritet står sentralt ved utøvelse av velferdstjenester.¹⁵ Når det gjelder «rettssikkerhet», har begrepet mer enn én betydning.¹⁶ Ifølge Aubert kan vi forstå rettssikkerhet som graden av beskyttelser som staten gir borgeren i form av rettigheter – dette er ofte rettigheter staten selv har definert at borgeren skal ha.¹⁷ Den andre betydningen av begrepet, som fremheves av Aubert, handler om statens beskyttelse av borgeren i møte med myndighetene, noe som ivaretas gjennom lovgivning og håndhevelse av denne. Graver hevder at rettssikkerhetsverdier dermed blir en del av yrkesetikken til dem som tolker innholdet i og bruker rettsregler, men at det ikke kan utledes større «rettssikkerhet» enn det som følger av innholdet i gjeldende rett.¹⁸ I NOU 1991: 20 befestes begrepet som

13 «Dokumentanalyse» er en type kvalitativ innholdsanalyse av ulike kilder som kan belyse sammenhenger og gi informasjon om det vi studerer, se Asbjørn Johannessen, Per Arne Tuft og Line Christoffersen, *Introduksjon til samfunnsvitenskapelig metode*, 6. utgave, Abstrakt Forlag 2021, s. 236.

14 Forskningen på ikke-juristers bruk av rettsregler har et relativt lite omfang og er ikke utelukkende rettet mot ansatte i helse- og omsorgstjenesten, men også andre velferdstjenester.

15 St.meld. nr. 19 (2008–2009) Ei forvaltning for demokrati og fellesskap, s. 29.

16 Torstein Eckhoff og Eivind Smith, *Forvaltningsrett*, 12. utgave, Universitetsforlaget 2022, s. 61.

17 Vilhelm Aubert, *Rettsosologi*, Universitetsforlaget 1982, s. 48.

18 Hans Petter Graver, *Alminnelig forvaltningsrett*, 5. utgave, Universitetsforlaget 2019, s. 114–115.

et forhold som åpenbarer seg i lovs form med formål om «å sikre den private part fundamentale rettsgoder, rettigheter og menneskeverd gjennom riktige forvaltningsavgjørelser».¹⁹ Rettssikkerhet er imidlertid ikke bare knyttet til innholdet i avgjørelsene som tas, men også til *hvordan* myndighetene opptrer overfor individet. Ifølge Luhmann er det sistnevnte som utgjør rettssikkerhetens indre kjerne.²⁰ *Hva* de ansatte i helse- og omsorgstjenesten oppfatter som tvang og makt, vil med andre ord ha direkte følger for *hvordan* de opptrer overfor de utviklingshemmede i ulike situasjoner.

For Ikdahl og Eriksen fremstår rettssikkerhetsbegrepet som mer komplekst. De identifiserer fire forskjellige sider ved rettssikkerhetsbegrepet, som til dels er overlappende. Disse sidene ivaretas gjennom ulike regelsett: straffelovgivningen, legalitetsprinsippet, materielle velferdsrettigheter og saksbehandlingsregler.²¹ Det er nettopp kompleksiteten ved å måtte forholde seg til overlappende og til dels konkurrerende sider ved rettssikkerhetsbegrepet vi finner interessant i vår sammenheng. På den ene siden har vi samfunnets omsorgsplikt overfor den utviklingshemmede, og på den annen side dennes rett til ikke å bli utsatt for integritetskrenkende behandling. Bernt og Rasmussen formulerer denne spenningen som at det ligger en type rettssikkerhet i å bli tatt hånd om når man trenger det, selv om man protesterer.²² Den rettssikkerhetsmessige kompleksiteten ligger da i den rettslige og helse- og omsorgsfaglige vurderingen av hvilke situasjoner ved bruk av tvang og makt som kan forsvares som både riktig og nødvendig.²³ Mæhle og Aarli peker på at det ligger et alvor i rettsanvendelsen, ettersom det kan være flere forsvarlige standpunkter, og at den enkelte rettsanvender følgelig har et selvstendig ansvar for å søke etter den beste løsningen og begrunne denne.²⁴

Vi knytter derfor rettssikkerhetsbegrepet til rettsanvenderens kompetanse til å operasjonalisere kravene til, *som et minimum*, å finne en rettslig og helse- og omsorgsfaglig *forsvarlig* løsning. I det følgende vil vi derfor se på hvilken kompetanse lovgiver har vurdert er nødvendig for ivaretagelse av forsvarlige løsninger ved bruk av tvang og makt overfor den utviklingshemmede.

19 NOU 1991: 20 Rettssikkerhet for mennesker med psykisk utviklingshemming, s. 14.

20 Walter Reese-Schäfer, *Niklas Luhmann: En innføring*, Abstrakt forlag 2009, s. 181.

21 Ingunn Ikdahl og Christoffer Conrad Eriksen, «Navs kontrollsystem og trygdeskandalen», *Tidsskrift for erstatningsrett, forsikringsrett og trygderett* 4–2022, s. 186–230 (s. 193–194). <https://doi.org/10.18261/teft.19.4.2>.

22 Jan Fridthjof Bernt og Ørnulf Rasmussen, *Frihagens forvaltningsrett*, bind 1, 2. utg., Fagbokforlaget 2010, s. 59.

23 Terje Olsen mfl., Kunnskapsstatus: Rettssikkerhet for personer med utviklingshemming, Nordlandsforskning, rapport 4, 2016.

24 Synne Sæther Mæhle og Ragna Aarli, *Fra lov til rett*, 3. utgave, Gyldendal 2022, s. 422.

2.2 Tvang og makt – hvilke kompetansekrav kan utledes av gjeldende rett?

Helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 om rettssikkerhet ved bruk av tvang og makt overfor enkelte personer med psykisk utviklingshemming har som formål «å hindre at personer med psykisk utviklingshemming utsetter seg selv eller andre for vesentlig skade og å forebygge og begrense bruk av tvang og makt», jf. hol. § 9-1. Bruk av tvang og makt er et unntak fra hovedregelen om å finne andre løsninger slik at tvang og makt unngås, jf. hol. § 9-5 første ledd. I de tilfeller der det brukes tvang og makt overfor psykisk utviklingshemmede, stiller lovgiver krav til kompetanse. Dette kan utledes av ordlyden i hol. § 9-9 første ledd, jf. *rett til kvalifisert personale*. Hva som menes med kvalifisert, fremgår av ordlyden i annet ledd. Denne angir *hvilken* utdanning denne kompetansen gjelder, som ved tiltak etter § 9-5 bokstav b er *bestått utdanning i helse-, sosial- eller pedagogiske fag på høgskolnivå*, og ved tiltak etter § 9-5 bokstav c *bestått avsluttende eksamen i studieretning for helse- og sosialfag i videregående opplæring*.²⁵

Kompetansekravet som følger av ordlyden i § 9-9 tredje ledd, retter seg mot gjennomføringen av tvangstiltakene. Både forut for og i forbindelse med gjennomføringen av tvangstiltakene er det et krav fra lovgiver om at den ansatte skal vurdere alternative løsninger. Kompetansekravet etter § 9-9 kan dermed tolkes som å omfatte alle helse- og omsorgsfaglige vurderinger i forbindelse med tjenesteytingen.

Det helsefaglige kompetansekravet understøttes av en uttalelse fra EFTA-domstolen. Domstolen hevder at tvang skal besluttes og gjennomføres av personer med kompetanse til dette, jf. «*autorisert helsepersonell*».²⁶

«myndigheten til å utøve tvungen helsehjelp ikke ligger hos den markedsdeltaker som er tildelt den aktuelle kontrakt, men hos det helsepersonell som har autorisasjon basert på sin yrkesmessige status etter nasjonal lovgivning, og som er ansatt hos den aktuelle markedsdeltaker.»

Helsepersonelloven (hpl.) § 4 lovfester forsvarlighetsplikten for alt helsepersonell som en rettslig standard med dynamisk innhold, og inneholder både en rettslig og

25 Det er ikke tilsvarende detaljerte krav til utdanning i andre deler av helse- og omsorgslovgivningen.

26 Sak E-4/22, *Stendi AS/Norlandia AS mot Oslo kommune*, 28. mars 2023. <https://eftacourt.int/download/4-22-judgment/?wpdmdl=8431>. Interessant i vår sammenheng er uttalelsen om at offentlig oppdragsgivers adgang til å påberope unntaket i EØS-avtalen art. 32, jf. art. 39, påvirkes av at «adgangen til å beslutte tvangsbeføyelser overfor pasienter uten samtykkekompetanse som motsetter seg helsehjelpen, ikke er lagt direkte til den offentlige oppdragsgiverens kontraktspart, men til helsepersonellet i arbeid hos kontraktsparten», jf. avsn. 36. Skoghøy påpeker at EFTA-domstolens uttalelser som rådgivende organ er prejudikat, jf. HR-2016-2554-P (Holship).

en helsefaglig norm.²⁷ Bestemmelsen oppstiller en individuell plikt til å innrette seg etter egen kompetanse og søke bistand der egen kompetanse slutter.²⁸ Plikten kan ses som en nedre grense mot en uforsvarlig praksis. Spørsmålet om hva som er faglig forsvarlig etter hpl. § 4, må derfor vurderes konkret i forhold til vurderinger av den aktuelle handling eller beslutning.²⁹ Standarden for hva som er faglig forsvarlig, er dynamisk og krever at helsepersonellet holder seg faglig oppdatert innenfor eget fagområde.³⁰ En vesentlig del av faglig kunnskap i vår sammenheng er kunnskap om diagnosen psykisk utviklingshemming og hva denne innebærer for den som skal gi helse- og omsorgstjenester til denne gruppen.³¹ For å overholde forsvarlighetskravet, som er å gi god omsorg med minst mulig bruk av tvang, må ansatte ha evnen til å navigere mellom hovedregelen om å finne andre løsninger og unntaket om tiltak med bruk av tvang og makt for å ivareta den utviklingshemmedes rett til forsvarlig omsorg.³²

2.3 Forslaget til ny tvangsbegrensningslov

NOU-forslaget til felles regler om tvang og inngrep uten samtykke i helse- og omsorgstjenesten har tilsvarende formål som gjeldende tvangslov, det vil si å begrense bruk av tvang i helse- og omsorgssektoren.³³ At helsepersonelloven kommer til anvendelse, legges også til grunn i utvalgets forslag til ny tvangsbegrensningslov. De kompetansekrav som følger av hol. kapittel 9, videreføres for en stor del i utvalgets forslag. Kravet i hol. § 9-9 om to tjenesteytere til stede ved bruk av tvang og makt innsnevres til kun å gjelde krav om to tjenesteytere til stede når tiltaket gjelder kroppslig/fysisk tvang.³⁴ Utvalget legger imidlertid til grunn at det

27 LOV-1999-07-02-64 om *helsepersonell m.v.* (helsepersonelloven). Se også hol. § 9-5 som stiller krav til at tvang og makt bare kan anvendes når det er «faglig og etisk forsvarlig».

28 Kravet er dekkende både for ansatte som innehar den formelle kompetanse etter § 9-9 tredje ledd, og for ansatte som har fått dispensasjon fra utdanningskravet. Disse må reelt sett ha kompetanse til å utføre sine oppgaver på en forsvarlig måte.

29 Ot.prp. nr. 13 (1998–1999), s. 216.

30 Ot.prp. nr. 13 (1998–1999), s. 216.

31 Helsedirektoratet 2021, Gode helse- og omsorgstjenester til personer med utviklingshemming, Nasjonal veileder.

32 Se Rundskriv IS-10/2015 kapittel 9 punkt 4.5.5.

33 NOU 2019: 14 Tvangsbegrensningsloven – Forslag til felles regler om tvang og inngrep uten samtykke i helse- og omsorgstjenesten; Helse- og omsorgsdepartementet, Høringsnotat om oppfølging av forslagene fra Tvangslovutvalget, 6. juli 2021. I høringsnotatet fulgte de mest sentrale delene av NOU-forslaget som gjelder hovedtrekk og rammeverk for ny lovgivning. Det er per i dag ikke tatt stilling til forslagene som omtales i høringsnotatet, men det er uttalt at disse vil legges frem som lovproposisjon for Stortinget. Det er uklart når dette vil skje. Se kapittel 31, «Om utvalgets lovutkast § 1-7», s. 754.

34 Helse- og omsorgsdepartementet. Høringsnotat om oppfølging av forslagene fra tvangslovutvalget, s. 128.

faglige forsvarlighetskravet som hovedregel tilsier at autorisert helsepersonell deltar ved gjennomføring av tvangstiltak overfor personer med utviklingshemming.³⁵

En vesentlig endring for ansatte i den kommunale helse- og omsorgstjenesten er at NOU-forslaget er diagnoseuavhengig. Det innebærer at diagnosen psykisk utviklingshemming ikke lenger er et vilkår, men erstattes av vilkåret manglende beslutningskompetanse. Dette øker personkretsen til å inkludere personer med andre utfordringer, som eksempelvis autisme eller utviklingsforstyrrelse. Utvalget legger til grunn at innføring av vilkåret «manglende beslutningskompetanse» vil bidra til en styrking av selvbestemmelsesretten og derigjennom ha en tvangsbegrensende virkning.³⁶ Samtidig mener utvalget at vurderinger av beslutningskompetanse er faglig og etisk krevende, og at dette stiller store krav til innholdet i ansattes kompetanse.³⁷ De peker også på at den faglige kompetansen er særlig betydningsfull i forkant av eventuell tvangsbruk.³⁸

2.4 Hva innebærer kompetansekravene for dem som utøver tvang og makt?

På bakgrunn av gjennomgangen av tvangsreglene har vi påpekt flere kompetansekrav til ansatte i helse- og omsorgstjenesten.³⁹ For det første foreligger det et premiss om *rettsanvendelseskompetanse*. Det følger av at deres arbeid innebærer myndighetsutøvelse og dermed er lovregulert. Den *juridiske metoden* er etter mal fra rettspraksis, da særlig fra Høyesteretts avgjørelser, og definerer et rettskildehierarki som brukes til å løse juridiske problemstillinger.⁴⁰ Man kan legge til grunn at lovgiver vanligvis forventer at reglene skal tolkes i overensstemmelse med den juridiske metoden. En forutsetning for dette er at den ansatte vet hvordan man går frem for å løse rettslige spørsmål. Rettsanvendelse handler om å bruke generelle regler som man finner frem til og tolker ved hjelp av rettskildereglene, i konkrete situasjoner i yrkesutøvelsen.⁴¹ Regelverk må således både leses og forstås for å kunne etterleves.

I rettsanvendelsen av helse- og omsorgstjenestelovens kapittel 9 knyttes imidlertid juridisk kompetanse og helse- og omsorgsfaglig kompetanse sammen. På grunn av reglens refleksive utforming inneholder de vilkår som krever faglige,

35 Ibid., s. 620.

36 NOU 2019: 14, punkt 3.3.3.5.

37 Ibid., punkt 21.2.3.

38 NOU 2019: 14, s. 620.

39 Jf. hol. §§ 4-1, 8-1 og 8-2 og kapittel 9, § 9-9.

40 Torstein Eckhoff, *Rettskildelære*, Universitetsforlaget 2001, s. 20–21.

41 Jørn R.T. Jacobsen, «Om omgrepet juridisk metode», *Jussens Venner* 6–2003, s. 361–375 (s. 375), og Knut Bergo, *Retts praksis. Lærebok i norsk juridisk metode*, Fagbokforlaget 2022, s. 54.

skjønnsmessige vurderinger.⁴² Disse kan vanskelig oppfylles uten at rettsanvenderen innehar begge kompetanser. *Faglig kompetanse* refererer i denne sammenheng til teoretisk og helse- og omsorgsfaglig kunnskap.⁴³ Denne kompetansen omfatter også kommunikative ferdigheter og evne til etisk refleksjon.⁴⁴

Forslag til ny tvangslovgivning er tilsvarende utformet på en slik måte at bruken av reglene også krever helse- og omsorgsfaglig begrunnede avveininger for å imøtekomme kravet til forsvarlighet. Det handler ikke bare om å definere om en handling eller beslutning faller inn under tvangsregelen, men også det å skulle avgjøre hva som er adekvate alternative tiltak, og hvorvidt kriteriene for iverksettelse av tiltaket foreligger i den konkrete situasjonen.⁴⁵ Eksempelvis ligger det i hol. § 9-5 første ledd et rettslig krav om en helse- og omsorgsfaglig vurdering, både av om tvang kan benyttes, og i tilfelle hvilke alternative tiltak til tvang som kan anvendes.⁴⁶

Østenstad har i sitt doktorgradsarbeid utviklet en rettslig avveiningsmodell for å gjøre det lettere å avgjøre i hvilke tilfeller bruk av tvang overfor sårbare grupper er juridisk riktig.⁴⁷ Modellen består av elementene selvbestemmelsesrett, herunder integritet, og menneskeverd og paternalisme. Bigby og Douglas har utviklet en helse- og omsorgsfaglig modell for beslutningsstøtte i syv trinn.⁴⁸ Disse trinnene er ment som hjelp for å identifisere de avveininger og konsekvenser som er nødvendig for å kunne bistå den utviklingshemmede med å ta ulike valg i hverdagen.⁴⁹ Etter vår vurdering stiller begge disse modellene høye krav til beslutningstakerens kompetanse. Samtidig oppfatter vi ikke at modellene stiller større krav til juridisk og helse- og omsorgsfaglig kompetanse enn hva som kan utledes av lovens krav.

Ut fra gjennomgangen av dagens tvangslovgivning har vi utledet to grunnleggende premisser: krav til juridisk kompetanse, og helse- og omsorgsfaglig

42 Teubner 1983 i Hydén 2023, s. 138–139.

43 Meld. St. 8 (2022–2023) Menneskerettar for personar med utviklingshemming. Det handlar om å bli høyrte og sett, s. 96–97.

44 Ibid.

45 Terje Olsen mfl. 2016.

46 Jf. hol. § 9-5 første ledd.

47 Bjørn Henning Østenstad, Heimelspørsmål i behandling og omsorg overfor psykisk utviklingshemma og aldersdemente. Rettslege og etiske problemstillingar ved bruk av tvang og inngrep utan gyldig samtykke, Fagbokforlaget 2011, s. 119.

48 Jacinta Douglas og Christine Bigby, «Development of an evidence-based practice framework to guide decision making support for people with cognitive impairment due to acquired brain injury or intellectual disability», *Disability and rehabilitation*, 42(3) s. 434–441 (s. 438). <https://doi.org/10.1080/09638288.2018.1498546>

49 Sadeta Demic og Anita Gjermstad, «Å stå i det uvisse. Tjenesteyteres erfaringer med beslutningsstøtte i møte med personer med alvorlig utviklingshemming i kommunale botilbud». *Tidsskrift for velferdsforskning*, 7(1) 2021, s. 1–15. <https://doi.org/10.18261/issn.2387-5984-2021-01-04>

kompetanse. Vi mener kompetansekravene stiller store krav til den ansattes forkunnskaper samtidig som de utgjør idealene i omsorgen for personer med utviklingshemming. Vi vil i det følgende kapittelet se nærmere på etterlevelsen av disse idealene, gjennom relevante dokumenter som skildrer *realitetene* i helse- og omsorgstjenesten.

3. Helse- og omsorgstjenestens realiteter

3.1 Formell helse- og omsorgsfaglig kompetanse hos ansatte i tjenestene for utviklingshemmede

I et krav om kunnskapsbasert praksis ligger det implisitt et premiss om at den som skal identifisere behov for helse- og omsorgstjenester, og yte disse i henhold til kravene til forsvarlig praksis, har den nødvendige grunnleggende kompetansen til å gjøre dette, noe som forutsetter bruk av oppdatert forskningsbasert kunnskap.⁵⁰

Det er gjennom flere tiår dokumentert alvorlig kompetansemangel hos ansatte i den kommunale helse- og omsorgstjenesten til utviklingshemmede. Så langt tilbake som i 1973 uttalte Lossius-utvalget at «knapt noe annet arbeidsfelt i Norge er så avhengig av ufaglært arbeidskraft» som i omsorgen for psykisk utviklingshemmede etter statens overtakelse av Helsevernet for psykisk utviklingshemmede (HVPU) i 1970.⁵¹ I 1989 var andelen ansatte uten relevant helse- og sosialfaglig utdanning i disse tjenestene på hele 72 %.⁵²

Dette bildet har i de senere år ikke endret seg vesentlig. I NOU 2016: 17 dokumenteres det fortsatt lav kompetanse som en gjennomgående utfordring i tjenestene til personer med utviklingshemming.⁵³ Utredningen konkluderer med at det her er en generell aksept for lavere standard enn i tjenestene for befolkningen ellers. I en rapport fra Helsetilsynet i 2017 ble dette bildet ytterligere forsterket.⁵⁴ Rapporten beskriver tjenester preget av lav fagkompetanse, og alvorlig svikt i tjenestetilbudet i 79 % av de undersøkte kommunene. Rapporten avdekket små muligheter for selvbestemmelse, manglende journalføring og tjenester som ikke var faglig forsvarlige. Andelen ansatte med universitets- eller høyskoleutdanning er fortsatt ikke særlig bedret.⁵⁵ En rapport fra 2020 viser til at det fremdeles er stor mangel på

50 Jf. Ot.prp. nr. 55 (2002–2003), s. 25.

51 NOU 1973: 25 Omsorg for psykisk utviklingshemmede, s. 89.

52 NOU 1994: 8 Kompetanseutvikling i arbeidet for psykisk utviklingshemmede, s. 18.

53 NOU 2016: 17 På lik linje – Åtte løft for å realisere grunnleggende rettigheter for personer med utviklingshemming.

54 Helsetilsynet 2017.

55 Myndighetene har lagt frem en plan for rekruttering, kompetanse og fagutvikling i helse- og omsorgstjenesten, jf. Kompetanseløft 2025, men som man ikke har sett noen effekter av ennå.

kompetanse i tjenestene.⁵⁶ En kommunerevisjon fra mars 2022 påpeker tilsvarende mangler ved ansattes kompetanse relatert til bo- og aktivitetstilbud i Trondheim kommune for personer med utviklingshemming.⁵⁷ Fra Lossius-utvalget og frem til i dag har tjenestene for utviklingshemmede i stor grad manglet formell helse- og omsorgsfaglig kompetanse.

Sivilombudsmannens forebyggingsenhet poengterer at det ikke er tilstrekkelig at ansatte har realkompetanse og høy grad av personlig egnethet.⁵⁸ De finner at manglende formell fagkompetanse i praksis utgjør en risiko for ivaretagelsen av beboerens rettssikkerhet.⁵⁹

Stortingsmelding nr. 8 (2022–2023) identifiserer tilsvarende rettssikkerhet for utviklingshemmede som et spesielt utsatt område.⁶⁰ I meldingen pekes det på mangel på informasjon og veiledning om sentrale rettigheter, noe som kan ha sammenheng med at reglene er skjønnsmessige og overlater den konkrete avveiningen av innholdet til den ansatte. Reglernes utforming gir dermed lite forutberegnelighet og mindre prosessuell rettssikkerhet for denne sårbare gruppen. Sistnevnte kommer også til uttrykk gjennom tall fra 2022 som viser at det ble fattet 1 789 tvangsvedtak overfor utviklingshemmede, hvorav kun 6 av disse ble påklaget.⁶¹

Likeledes er det svært få saker etter § 9-11 første ledd som sendes videre til Barneverns- og helsenemnda fra det enkelte statsforvalterembete. I perioden 2020–2022 gjaldt dette kun 25 saker.⁶² Statsforvalterens klagesaksbehandling på dette området har blitt kritisert av Sivilombudet.⁶³

3.2 Rettsanvendelsen hos ikke-jurister i helse- og omsorgstjenesten og i andre velferdstjenester

Den helse- og omsorgsfaglige og juridiske kompetansen til de ansatte i tjenesten er i henhold til flere offentlige rapporter dokumentert til stort sett å være fraværende.⁶⁴ Forskingen viser at ikke-jurister er klar over at deres yrkesrolle omfatter

56 FO/NAKU, Ingen tid å miste. En kartlegging av kompetansesituasjonen i tjenester til personer med utviklingshemming, Rapport 06/20.

57 Trondheim kommunerevisjon, Kvalitet i bo- og aktivitetstilbud og tildeling av bolig, Rapport 1/2022-F.

58 Sivilombudsmannen endret navn til Sivilombudet 1. juli 2021.

59 SOMFOR-2020-61, Sivilombudsmannens besøk til bofellesskap, Drammen kommune – 3.-5., 16.–20. og 23.–27. november 2020.

60 Meld. St. 8 (2022–2023), s. 31.

61 Ibid.

62 Statistikk fra Barneverns- og helsenemnda.

63 Se eksempelvis sak 2023/107.

64 Se eksempelvis (1) LDOs gjennomgang av 32 saker i 2019 fra Fylkesmannen i Hedmark. Sakene gjaldt tvang og makt mot personer med utviklingshemming etter hol. kap. 9. Det var

både faglige vurderinger og myndighetsutøving. Samtidig tyder den på at ikke-jurister har lav bevissthet om at myndighetsutøvelsen er rettslig forankret og dermed er knyttet til rettsanvendelse.⁶⁵ Undersøkelser gjennomført av blant andre Mjøen, Holst, samt Dahlen og Langsrud, viser at tenkemåten hos mange ansatte i helse- og omsorgstjenesten skiller seg fra jurister.⁶⁶ Andenæs har benyttet betegnelsen «byråkratisk rettsanvendelse» på ikke-juristers måte å håndtere oppgaver på som er rettslig regulert – i motsetning til juristenes «judisielle rettsanvendelse».⁶⁷ Det som blant annet skiller disse to typer av rettsanvendelse, er at der den judisielle metoden er tro mot rettskildhierarkiet, legger den byråkratiske metoden vekt på andre rettskilder enn det som følger av den juridiske metoden.⁶⁸ Og det er nettopp dette at personen ikke gjør et forsøk på å tolke loven selv, som Graver i NOU 1987 nr. 18 fremhever som betegnende for den «byråkratiske rettsanvendelsen».⁶⁹ I Dahlen og Langsrud sin undersøkelse er det de elektroniske malene som styrer rettsanvendelsen, og de ansattes manglende kunnskap om innholdet i reglene medfører følgefeil

gitt dispensasjon fra utdanningskravet i 31 av sakene, jf. hol. § 9-9. (2) BVHN-2023-19-BOO. Barneverns- og helsenemnda opphevet statsforvalterens overprøvsvedtak da tiltakene ikke ble funnet å være faglig og etisk forsvarlige. (3) SOMFOR-2021-65. Rapporten viser til økt risiko for bruk av tvang og makt som følge av manglende kvalifisert personale og manglende kapasitet til veiledning og oppfølging av ansatte. Arbeidet med forebygging av inngripende tvang fremsto også som mangelfullt, og beskyttelse mot umenneskelig og nedverdiggende behandling ble ikke godt nok ivare tatt. (4) SOMFOR-2022-68. Gjennomgang av tvangsvedtak i perioden 2017–2022 viste at samtlige av aktuelle beboere hadde hatt perioder med inngripende tiltak på mange måneder, uten godkjente tvangsvedtak. To av disse pågikk sammenhengende i mer enn ett år, jf. punkt 3.3. (5) SOMFOR-2021-64. Rapporten slår fast at totalsituasjonen for beboerne ga risiko for umenneskelig og nedverdiggende behandling. Manglende fagkompetanse i tjenesten, herunder manglende helsemessig oppfølging, bidro til at uttrykk for smerte og sykdom ble møtt med fysisk makt og tvang. (6) SOMFOR-2020-61 påpekte at bemanningssituasjonen for beboere med særlige utfordringer innebar mange ansatte uten formell kompetanse, jf. punkt 4.5.4. Ordet «hverdagstvang» ble brukt om situasjoner der det ble lagt føringer for beboere, som kan oppfattes som direktiver og maktbruk, jf. punkt 5.2.

- 65 Se blant annet funn i følgende fem studier innenfor ulike velferdsområder: (1) Kristian Andenæs, *Sosialomsorg i gode og onde dager*, Tano Aschehoug 1992, kap. 8., (2) Lars Inge Terum, *Portvakt i velferdsstaten. Om skjønn og beslutninger i sosialtjenesten*, Kommuneforlaget 2002, s. 11 flg., (3) Tor Egil Viblemo mfl., *Hvordan fire lover forstås og virker i praksis – resultater og effekter*, Oxford Research AS 2016 s. 15, (4) Wenche Natland Dahlen og Elizabeth Langsrud, «Ikke-juristers bruk av rettsregler. En analyse av profesjonsutøveres beskrivelse av rettsanvendelsen i helse- og velferdstjenestene», *Kritisk juss* 2021, s. 185–206. (5) Øyvind Holst, *Samfunnsvernets begrensninger: En kritisk analyse av lovverket for gjennomføring av dom på tvunget psykisk helsevern*, Universitetet i Bergen (doktorgradsavhandling), 2020.
- 66 Se Odd Morten Mjøen, *Å arbeide i noens hjem. Ideologi og praksis i bofelleskap for personer med utviklingshemming*, Norges teknisk-naturvitenskapelige universitet (doktoravhandling), 2019; Holst 2020; Dahlen og Langsrud 2021.
- 67 Kristian Andenæs 1992, s. 63 flg.
- 68 Ibid.
- 69 *Utdredning om forenkling av rettsregler og rettslig regulering*, utarbeidet av Hans Petter Graver på oppdrag fra Forbruker- og arbeidsdepartementet, se avsnitt 4.2, «Ulike typer rettsanvendelse», s. 25.

ved etableringen av faktum. Sistnevnte fører til implikasjoner både for hva som blir innhentet av opplysninger, og valg av metode for informasjonsinnhenting.⁷⁰

For det annet fremkommer det at ikke-jurister har liten kjennskap til juridisk metode, slik at de mangler forutsetningene for en judisiell rettsanvendelse.⁷¹ Følgen er at forhold *utenfor* selve loven får påvirke deres handlinger og beslutninger.⁷² Forklaringer som trekkes frem, er at regelverket er vanskelig å forstå, at det er manglende kobling mellom faglig og juridisk kompetanse, at det er utfordrende å få oversikt over hvilke regler som gjelder, og at ansatte i tjenesten ikke anerkjenner reglenes funksjon.⁷³ Ettersom det i vår sammenheng er snakk om situasjoner som involverer bruk av tvang og makt, er det i første rekke lovbestemmelser som gir den ansatte nødvendig legalitet til å foreta begrensninger i den utviklingshemmedes autonomi.⁷⁴

For det tredje er det dokumentert flere mangler og feil ved rettsanvendelsen.⁷⁵ Blant annet har det gjennom tilsyn med helse- og omsorgstjenester til utviklingshemmede blitt påpekt manglende oppfyllelse av lovkravene, som følge av at de ansatte ikke er kjent med reglene og heller ikke forstår hva som faller inn under begrepene «makt» og «tvang».⁷⁶ Dette kan bero på at man fremfor å etterleve lovens vilkår følger tjenestens «regler» og kollegaers praksis.⁷⁷ Implementering av nye regler og manglende tiltak fra nasjonalt hold for å sikre regeletterlevelse er tidkrevende.⁷⁸ Dette kan virke inn på beslutningssituasjonen og føre den ansatte inn i en byråkratisk beslutningsmåte.⁷⁹

70 Dahlen og Langsrud 2021, s. 202–205.

71 Ibid., s. 193–194.

72 Kristian Andenæs, «Ikke-juridiske profesjoner som rettsanvendere. Om kunnskap og kunnskapsmangler ved retten som styringsinstrument. Pasientrettigheter – hva nå?», *Skriftserie om forbrukerspørsmål*, 1985, s. 132–149 (s. 132).

73 Dahlen og Langsrud 2021.

74 Jf. «legalitetsprinsippet» nedfelt i Grunnloven § 113. I motsetning til omsorg og helsehjelp som ikke er basert på tvang og makt, og hvor handlingen dermed hviler på samtykke.

75 Helsetilsynet, «Det gjelder livet. Oppsummering av landsomfattende tilsyn i 2016 med kommunale helse- og omsorgstjenester til personer med utviklingshemming», Rapport 4/2017, Helsetilsynet; «Rettsikkerhet for utviklingshemmede II. Oppsummering av landsomfattende tilsyn i 2006 med rettsikkerhet knyttet til bruk av tvang og makt overfor personer med psykisk utviklingshemming», Rapport 5/2007; og Helsetilsynet, «Oppsummering av landsomfattende tilsyn 2005 med rettsikkerhet ved bruk av tvang og makt overfor personer med psykisk utviklingshemming», Rapport 2/2006.

76 Ibid.

77 Dahlen og Langsrud 2021, s. 201.

78 Elizabeth Langsrud, Halvor Fauske og Willy Lichtwarck, «Et empirisk blikk på forholdet mellom begrunnelseskravet som norm og barneverntjenestens praksis ved beslutninger om hjelpetiltak», *Retfærd*, nr. 1/161, 2019, s. 47–61 (s. 56. flg.).

79 Torstein Eckhoff og Hans Petter Graver, *Regelstyring av lokale forvaltningsvedtak. Praktisering av bygningsloven*, Tano Aschehoug 1991, s. 197.

3.3 Bruk av tvang og makt overfor utviklingshemmede – den helse- og omsorgsfaglige utøvelsen i praksis

Det er gjort flere studier i tjenester for personer med utviklingshemming, som på ulik måte viser fravær av helse- og omsorgsfaglig forankrede beslutninger og handlinger. Eksempelvis har Gjermstad mfl. har foretatt en gjennomgang av studier gjort i perioden 2010–2014.⁸⁰ Funn i til sammen 12 av de utvalgte studier viser manglende selvbestemmelse og brukermedvirkning i tjenestene for personer med utviklingshemming. Witsø og Kittelsaa har pekt på flere utfordringer knyttet til selvbestemmelse for utviklingshemmede i bofellesskap, eksempelvis ved at foreldre eller ansatte bestemte og regulerte den utviklingshemmedes aktiviteter og sosiale omgang.⁸¹ Et større forskningsprosjekt mellom Nord universitet og NTNU har undersøkt ulike sider ved kommunale bofellesskap for personer med utviklingshemming, i samarbeid med seks kommuner.⁸² Ett bidrag i prosjektet er en doktoravhandling av Guddingsmo som belyser perspektiver på selvbestemmelse.⁸³ Avhandlingen angir blant annet hvordan utviklingshemmede selv definerer egen selvbestemmelse. De forstår selvbestemmelse som noe man kan bestemme, når ansatte har bestemt at en får lov til å bestemme noe selv.⁸⁴ Selvbestemmelse er dermed noe utviklingshemmede opplever å bli tildelt som en gave, og ikke som en universell menneskerett.

En annen doktoravhandling, av Henriksen, viser at ansattes forståelse av diagnosen utviklingshemming har betydning for utøvelse av makt overfor beboere i et bofellesskap.⁸⁵ Funn fra studien viser at rettigheter gjøres irrelevante uten å være det, gjennom at ansatte definerer egne handlinger til ikke å være tvang, men hjelp og «rammer».⁸⁶ På den måten frarøves beboerne den rettssikkerheten som tvangslovreguleringen er ment å gi dem. Studien viser til at ansattes valg av tiltak, med bruk av til dels omfattende makt, er legitimert ved det ansatte til enhver tid definerer som beboerens «form». Dårlig form tilsidesetter selvbestemmelse og medvirkning, og legitimerer bruk av stramme «rammer». Henriksen beskriver

80 Anita Gjermstad mfl., «Everyday life of persons with intellectual disability living in residential settings: a systematic review of qualitative studies», *Disability & Society* 2017, s. 213–232. <https://doi.org/10.1080/09687599.12284649>.

81 Aud Elisabeth Witsø og Anna M. Kittelsaa, «Active adult lives for persons with learning disabilities – The perspectives of professionals», *British Journal Learn Disabil.* 2017, s. 1–7. <https://doi.org/10.1111/bld.12207>

82 Prosjektet har resultert i boken: Jan Tøssebro (red.), *Hverdag i velferdsstatens bofellesskap*, Universitetsforlaget 2019.

83 Hilde Guddingsmo, *Jeg forstår mye mer enn du tror! Perspektiver på selvbestemmelse*, Norges teknisk-naturvitenskapelige universitet (doktoravhandling) 2022.

84 *Ibid.*, s. 79.

85 Stine Marlen Henriksen, *Forståelse, makt og materialitet*, Nord universitet (doktoravhandling) 2022.

86 *Ibid.*, s. 230.

maktbruken som «insisterende praksis» i form av skjulte strategier for å omgå en uttrykt vilje, og å forebygge at en vilje uttrykkes.⁸⁷

Owren og Linde har undersøkt bruk av det de definerer som «uformell tvang», også kalt «insisterende praksis» eller «hverdagstvang», i tjenester for personer med utviklingshemming.⁸⁸ Forskerne mener «uformell tvang» er inngrep som juridisk ikke utgjør tvang. Funn fra studien forteller om hvordan uformell tvang kan opptre i form av press eller avledende teknikker, som åpne og skjulte former for påvirkning som ledd i å overvinne eller å omgå personens uttrykte vilje, eller forebygge at viljen kommer til uttrykk.⁸⁹ I eksemplene fra studien til Owren og Linde beskrives det i liten grad bruk av dokumenterte tiltak og prosedyrer. Tjenesteyterne baserer sine avgjørelser på relativt løse avtaler seg imellom, noe den enkelte «tilstreber å realisere i mer eller mindre improviserte samhandlinger med tjenestebroker».⁹⁰ Det er med andre ord, slik forskerne beskriver det, ikke helse- og omsorgsfaglig dokumenterte objektive vurderinger med grunnlag i forskning og anerkjente metoder som anvendes når «uformell tvang» utøves. Begrepet «insisterende praksis» beskrives som handlinger som «er i strid med tjenestebrokers vilje på måter som ikke utgjør tvang».⁹¹ Resultatet av denne praksisen er at ansatte er omforent om at det de gjør ikke er tvang, selv om det i realiteten er tvang ut fra tvangslovgivningens definisjon.

Også i doktoravhandlingen til Mjøen finner vi flere eksempler på insisterende praksis.⁹² Måten tjenesten er organisert på, blir styrende for ansattes beslutninger om hva den utviklingshemmede får lov til å bestemme selv. Er det skrevet handleliste for en bestemt ukedag, kan ikke den utviklingshemmede handle noe annet enn det som allerede er bestemt og skrevet på listen.⁹³ Studien uttrykker et omfattende tjenestefokus hvor forhåndsdefinerte oppgaver gjennomføres på bekostning av den utviklingshemmedes egne ønsker og behov.⁹⁴ Mjøen beskriver dagsplaner som en ny ideologi i disse tjenestene. Dette innebærer at idealet om normalisering og selvbestemmelse som var grunntanken i Ansvarsreformen, nå erstattes av prosedyrer, planer og rutiner som ikke er redskaper for å nå mål, men som har blitt mål i seg selv.⁹⁵

87 Ibid., s. 146.

88 Thomas Owren og Sølvi Linde, «Uformell tvang i tjenester for personer med utviklingshemming», *Fontene Forskning*12(1), 2019, s. 58–71.

89 Ibid., s. 67.

90 Ibid., s. 69.

91 Ibid., s. 62.

92 Mjøen 2019.

93 Ibid., s. 246.

94 Ibid., s. 348.

95 Mjøen 2019, s. 349. Se også St.meld. nr. 47 (1989–1990) Om gjennomføring av reformen for mennesker med psykisk utviklingshemming.

Tilsvarende viser internasjonal forskning bruk av tvang forkledd som «frivillig handling».⁹⁶ Studier fra behandling i psykiatrien gir oss eksempler på tilbakehold av helseopplysninger, kroppsspråk eller synlige tvangsmidler, som remmer, for at pasienten «frivillig» skal gjøre det behandlerne ønsker.⁹⁷ Det er fra denne forskningen begrepet «insistent practice», forstått som «uformell tvang», opprinnelig kommer.

Ut fra rapporter og forskning som vi har gjennomgått, synes verken den juridiske kompetansen eller den helse- og omsorgsfaglige kompetansen å være til stede i praksis, selv om dette forutsettes i lovgivningen. Gjennomgangen viser to alternative tilnærminger til å konferere loven og bruk av helse- og omsorgsfaglig skjønn ved bruk av tvang og makt overfor psykisk utviklingshemmede. De alternative tilnærmingene kan forstås i lys av de konseptuelle begrepene *byråkratisk metode* fra Graver og Andenæs, og *insisterende praksis* fra Owren og Linde.⁹⁸ Ved førstnevnte praktiseres «rettsanvendelse» uten bruk av juridisk metode.⁹⁹ Sistnevnte innebærer såkalte «helse- og omsorgsfaglige vurderinger» hvor det man gjør, ikke defineres som bruk av tvang, men hvor handlingene i sin praksis og beslutningene i sitt innhold er tvang – loven tatt i betraktning.¹⁰⁰ Sett under ett er disse to forholdene problematiske. Personer med utviklingshemming er en særlig sårbar gruppe som ofte er helt avhengig av andre for oppfyllelse av grunnleggende rettigheter. Avslutningsvis vil vi derfor diskutere noen implikasjoner for utviklingshemmedes rettssikkerhet som følge av det vi oppfatter som en diskrepans mellom lovens premisser og helse- og omsorgstjenestens praksis.

4. Diskusjon

4.1 Betydningen av tvangslovgivningens utforming for utviklingshemmedes rettssikkerhet

Faktiske omsorgshandlinger reguleres som hovedregel i kombinasjon av den utviklingshemmedes rett til selvbestemmelse og den ansattes helse- og omsorgsfaglige

96 Sarah Potthof mfl., «Voluntary in quotation marks: a conceptual model of psychological pressure in mental healthcare based on a grounded theory analysis of interviews with service users», *BMC Psychiatry*, 22 :186, 2022. <https://doi.org/10.1186/s12888-022-03810-9>

97 *Ibid.*, s. 7 og 9.

98 Se NOU 1987: 18, utarbeidet av Hans Petter Graver på oppdrag fra Forbruker- og arbeidsdepartementet, avsnitt 4.2, «Ulike typer rettsanvendelser», s. 25, og Andenæs 1992, s. 63 flg., for omtale av byråkratisk metode. Se Owren og Linde 2019 for insisterende praksis, jf. Potthof mfl. 2022 for «insistent practice».

99 Andenæs 1992, s. 63 flg. og Graver i NOU 1987: 18, s. 25.

100 Potthof mfl. 2022 og Owren og Linde 2019.

skjønn.¹⁰¹ Imidlertid er ikke forholdet mellom den som utøver og den som mottar omsorgen, likeverdig.¹⁰² Denne ubalansen utjevnes gjennom lovgivning, som er rettighetsbestemt for den som mottar tjenester, og pliktbestemt for den som yter tjenester.¹⁰³ Tvangslovgivningen er et normativt verktøy for å iverksette visse politiske og verdimeslige idealer. Ettersom tvang er svært integritetskrenkende for den som tvangen retter seg mot, er det fra et rettssikkerhetsperspektiv sentralt at tvangsreglene er egnet til etterlevelse av dem som får oppgaven med å beslutte og utføre tvangen.

Regulering av bruk av makt og tvang overfor personer med utviklingshemming er imidlertid et komplekst spørsmål. På den ene siden kan tvangshjemlene oppfattes som en legitimering av bruk av tvang i flere situasjoner enn det som er tilsiktet fra lovgivers side. Lovgiver må derfor sørge for at reglene er mulige å praktisere av de ansatte i helse- og omsorgstjenesten. Etter vår oppfatning, stiller dette blant annet krav til at tvangsreglenes språk, oppbygging og klarhet er av en slik karakter at det er forståelig for den ansatte. På den annen side er utviklingshemmedes utfordringer ikke ensartede, og deres kontekstuelle forhold kan variere. Det er dermed et poeng at lovgivningen makter å fange opp dette. Dette forsøkes løst gjennom den refleksive rettens skjønnsmessige regler.¹⁰⁴ Disse er, i motsetning til faste regler, mer egnet til å gi rom for konkrete vurderinger ut fra den enkeltes situasjon. Refleksiv rett kan således ses som mer demokratisk i den forstand at den overlater rettsanvendelsen til spesialiserte områder eller virksomheter.¹⁰⁵ Den tar dermed større hensyn til de komplekse sosiale prosessene som utspiller seg, enn den tradisjonelle normative retten gjør.¹⁰⁶ Imidlertid er den refleksive retten sårbar ved at en rekke ikke-rettslige faktorer kan sette regeletterlevelsen ut av spill, særlig hvis de kontekstuelle betingelsene ikke trekker i samme retning som lovgivningen.

På den annen side regulerer lovgivningen hvordan virksomheten skal organiseres, hvem som skal ta beslutningene, og eventuelle prosedyrer disse skal følge. Derigjennom kan den refleksive lovgivningen påvirke hvilke argumenter som trekkes inn i og vektlegges i beslutningsprosessen. Den sosiale kompleksiteten innebærer likevel at problemstillinger kan ses i lys av flere perspektiver som igjen kan gi utslag i flere og ulike syn på både avveininger og resultat.

101 Bente Ohnstad, «Rettsikkerhet i helse- og sosialtjenesten sett i lys av den rettslige regulering av tjenesteyternes posisjon som henholdsvis myndighets- og profesjonsutøvere», *Kritisk juss* 2004 (30), s. 118–143 (s. 126–128).

102 NOU 1991: 20.

103 Jf. eksempelvis pbrl. §§ 3-1 flg. og § 4-1, og hpl. § 4.

104 Teubner 1983 i Hydén 2023.

105 Hydén 2023, s. 133.

106 Sand 2017, s. 125.

Videre kan rettsreglene gjennom sin skjønnsmessige utforming oppleves som svært krevende og dermed vanskelig å håndtere for dem som skal etterleve disse. Dette er regler som er mer komplekse enn det som kan formidles og iverksettes gjennom rent rettslig regulering, eksempelvis en rettslig standard som «faglig forsvarelig». ¹⁰⁷ Spørsmålet er om bruk av merkelappen «insisterende praksis», og ikke «tvang», fører til en uheldig legitimering av situasjoner som – ut fra lovgivers vilje – i praksis er tvang. Det er imidlertid ikke vårt poeng å kritisere det de ansatte gjør. Når tilsynsrapporter og forskning viser at det velges løsninger som ikke er lovhjemlet, kan dette blant annet skyldes forståelige grunner som at de ansatte befinner seg i situasjoner som skaper stor frykt. Vår hensikt er å beskrive noe av den virkeligheten som reglene er ment å virke i, ettersom reglene best lar seg forklare på en meningsfull måte ved at de ses i lys av faktorene som bidrar til å forme regeletterlevelsen. ¹⁰⁸

4.2 Betydningen av «byråkratisk rettsanvendelse» for utviklingshemmedes rettssikkerhet

Søkelyset på manglene ved tjenestene settes ofte på behovet for god nok regelverksutforming, i tillegg til bemanningsspørsmålet. Men vi er også opptatt av at reglene må virke sammen med tilstrekkelig juridisk kompetanse og helse- og omsorgsfaglig kompetanse for at utøvelse av forsvarlige vurderinger og regeletterlevelse skal bli en realitet, og ikke kun et ideal.

Et interessant spørsmål i den forbindelse er hvilken betydning det har for utviklingshemmedes rettssikkerhet at andre faktorer enn dem som faller inn under idealene i den juridiske metoden, vinner frem i helse- og omsorgstjenesten. Graver og Andenæs har, som tidligere nevnt, begge satt spørsmålsteget ved om den juridiske metoden er beskrivende for ikke-juristers rettsanvendelse, ettersom metoden bærer mer preg av å være byråkratisk enn judisiell. ¹⁰⁹ Graver poengterer at lovgivningens utforming skjer med tanke på en judisiell rettsanvendelse, selv i tilfeller hvor sakene i flertall løses av ikke-jurister i førstelinjetjenesten. ¹¹⁰

I vår sammenheng kompliseres rettsanvendelsen av at ansatte i helse- og omsorgstjenesten blir avkrevd å foreta helse- og omsorgsfaglige, skjønnsmessige avveininger innenfor rammen av loven. Det at lovgivningen er utformet skjønnsmessig, er

¹⁰⁷ Sml. Sand 2012, s. 16.

¹⁰⁸ Kristian Andenæs, «En kort innføring i rettsosiologien og dens problemstillinger», i Kristian Andenæs og Thomas Mathiesen, *Introduksjon til rettsosiologien*, Stensilserie nr. 94, Institutt for kriminologi og rettsosiologi, Universitetet i Oslo 2003, s. 4.

¹⁰⁹ NOU 1987: 18, s. 25 og Andenæs 1992, s. 63 flg.

¹¹⁰ NOU 1987: 18, s. 29.

et uttrykk for at ikke alle situasjoner lar seg definere på forhånd. Den refleksive retten overlater avveier og beslutninger til den med best kunnskap om området.¹¹¹ Det er dermed et poeng at reglene både tolkes og brukes i tilknytning til den konkrete saken. Man kan si at lovverket på dette området «hviler på bruk av faglig skjønn og kunnskap om den enkelte personen og situasjonen på det tidspunktet vurderingene skjer».¹¹²

Offentlige rapporter og forskning som vi har gjennomgått, indikerer imidlertid at den skjønsmessige vurderingen skjer innenfor rammen av mer eller mindre etablert praksis. Boe hevder at det vil fremstå som noe merkelig hvis et forvaltningsorgan ikke med rette kan følge egen praksis eller innordne seg lovforståelsen til et overordnet organ.¹¹³ Det forhold at rettsanvenderen ikke selvstendig tar stilling til hva som er gjeldende rett, kan imidlertid medføre implikasjoner for den utviklingshemmedes rettssikkerhet. For selv om reglene ikke gir en klar og tydelig avgrensning av hva som faller utenfor og hva som faller innenfor, åpner likevel ikke tolkingsmarginen for å ta hensyn til alle slags utenforliggende faktorer. Det bør legges til grunn at lovgivers intensjon er at en regel skal brukes på de tilfeller den er ment for. Det er et vesentlig poeng at det er kunnskapsbasert helse- og omsorgsfaglig skjønn lovgiver etterspør hos rettsanvenderen – ikke målrasjonelle synspunkter eller andre irrelevante og utenforliggende forhold.¹¹⁴ En konsekvens av eksempelvis å følge «etablert praksis» eller basere lovtolkningen på ferdig formulerte tekster er at den utviklingshemmedes rettigheter kan fremstå som mer begrenset enn det som opprinnelig følger av lovteksten og lovgivers intensjon.¹¹⁵

Og det er nettopp uvitenhet om reglens innhold og betydning som vi på bakgrunn av forskning og rapporter oppfatter er et sentralt problem i helse- og omsorgstjenesten. Dette i kombinasjon med manglende kompetanse til å foreta forsvarlige juridiske og helse- og omsorgsfaglige vurderinger av egne handlinger og beslutninger. Det kan argumenteres med at det følger et krav om veiledning fra spesialisthelsetjenesten, jf. hol. § 9-9, som er ment å sikre at de tiltak som anvendes, er i henhold til kompetansekravene, herunder at tiltaket bygger på riktig forståelse

111 Sand 2017.

112 Terje Olsen mfl., s. 75, oppsummerer funn i avhandlingen til Tina Luther Handegård, *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*, Universitetet i Tromsø (doktoravhandling) 2005.

113 Erik Boe, *Rettskildelære under debatt*, Universitetsforlaget 2021, s. 64.

114 St.meld. nr. 19 (2008–2009).

115 Se eksempelvis Aina Aune Kane, «Navs begrunnelser for enkeltvedtak. Hvilke forhold kan påvirke utformingen av Navs enkeltvedtak, og hvilke konsekvenser kan det ha for brukernes rettssikkerhet?», *Tidsskrift for velferdsforskning* 2018, s. 313–329. Se også Dahlen og Langsrud 2021.

av den aktuelle situasjonen. Sivilombudet synes derimot ikke å være veldig optimistisk med tanke på å få til endringer av rutiner og en lik praksis, ettersom mange ansatte i helse- og omsorgstjenesten synes å mangle den «faglige grunnforståelsen» for å kunne ta til seg slik veiledning.¹¹⁶ Vi deler denne bekymringen.

4.3 Betydningen av «insisterende praksis» for utviklingshemmedes rettssikkerhet

I stortingsmelding om menneskerettigheter for personer med utviklingshemming fremheves viktigheten av at rettssikkerhetsgarantiene holdes i hevd av den ansatte. Dette gjelder også ved de mange små situasjoner og handlemåter som fremtrer i dagliglivet. Begrensninger som settes i slike situasjoner, kan samlet sett oppleves som så integritetskrenkende at de med god grunn bør betegnes som tvang.¹¹⁷ Det er med andre ord ikke kun de mest krevende samhandlingssituasjonene som tillegges rettssikkerhetsaspektet. Dette står i sterk kontrast til forskningen som viser et mangfold av tvangsbruk overfor utviklingshemmede – fra det mer til det mindre inngripende, herunder «insisterende praksis».

Vi mener det er alvorlig når helsevitenskapelig forskning opererer med begrep som insisterende praksis forstått som «uformell tvang», ettersom dette kan oppfattes som en legitimering av handlinger og avgjørelser som i realiteten er tvang.¹¹⁸ Faktiske handlinger hviler som tidligere nevnt på selvbestemmelse, men begrenses av tvangslovgivningen. Linde og Owren skriver om «insisterende praksiser» at de kjennetegnes av at de ansatte handler mot den utviklingshemmedes uttrykte vilje, og ikke lar seg styre eller begrense av dennes motstand før de står på «grensen til tvang».¹¹⁹ Det er problematisk med slike «gråsoner», ettersom det kan innebære at handlinger etter sitt innhold er tvang, men hvor tvangen da ikles en annen språkdrakt av den som sitter med definisjonsmakten. Tvangstiltakene utøves også i temmelig lukkede systemer, som kommunale bofellesskap, som i høy grad er fritatt fra den samfunnsdebatt og sosial kontroll som kjennetegner mange andre områder av myndighetsutøving.¹²⁰ På den annen side kan en ukritisk omfavnelser av selvbestemmelsesretten oppfattes som en fornektelse av at mange personer med

116 Sivilombudets gjennomgang av søknader, se eksempelvis Sivilombudet, Besøksrapport bolig for personer med utviklingshemming i Hamar kommune 19.–20. oktober 2021, s. 28.

117 Meld. St. 8 (2022–2023).

118 Se eksempelvis Thomas Owren og Sølvi Linde 2019.

119 Sølvi Linde og Thomas Owren, «Mellom vilje og valg», *Tidsskrift for omsorgsforskning*, årg. 3 nr. 1, 2017, s. 55–63 (s. 55). <https://doi.org/10.18261/ISSN.2387-5984-2017-01-09>

120 NOU 2019: 14, vedlegg 1, «Generell dissens», s. 808.

utviklingshemming har et særlig omsorgsbehov som de bør få innfridd.¹²¹ Det har derfor avgjørende betydning for den utviklingshemmedes rettssikkerhet at de ansatte i helse- og omsorgstjenesten har nødvendig rettslig og helse- og omsorgsfaglig kompetanse til å kunne fastsette hva som *ikke* er og hva som *er* tvang.

5. Rettssikkerhet for alle?

Andre virksomheter innen helse- og omsorgstjenesten baserer seg stort sett på kompetent personell. Man kan eksempelvis vanskelig se for seg en aksept for at personer uten formell helsefaglig utdanning blir satt i direkte pasientbehandling innen psykisk helsevern. Når det ytes helse- og omsorgstjenester til psykisk utviklingshemmede, synes holdningen til kompetansekravet å være mer lemfeldig – noe som vises gjennom antallet dispensjoner.¹²² Rettssikkerheten til utviklingshemmede som særlig sårbar gruppe blir enda mer utsatt når den helse- og omsorgsfaglige kompetansen ikke er til stede, og bruk av juridisk metode heller ikke virker inn som en motvekt.¹²³

Hva så om kompetansen til regeletterlevelsen mangler – vil ikke da muligheten til å bringe saken inn for rettslig prøving gi utviklingshemmede den nødvendige rettssikkerhet? Det er generelt få vedtak om tvang og makt etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 som bringes inn for domstolene for rettslig prøving. Få saker bringes i utgangspunktet inn for tingrettene som førsteinstans, og ønsker man å angripe tingrettens dom er anke til lagmannsrett prosessuelt begrenset ved bestemmelser om adgang til å nekte anken fremmet. Anker til Høyesterett er enda strengere regulert; her kan anker ikke fremmes uten samtykke. Det er dermed ingen ubetinget rett til mer enn førsteinstansbehandling.

For saker regulert av tvl. kap. 36 gjelder dessuten den særlige innskrenkningen at det ved domstolsbehandlingen forutsettes at tvangen etter vedtaket fremdeles pågår, jf. tvl. § 36-1 (2). Når tvangsvedtakene er av kortere varighet enn tiden

121 NOU 2016: 17 På lik linje – åtte løft for å realisere grunnleggende rettigheter for personer med utviklingshemming, s. 38.

122 Se f.eks. Bjerkan mfl., «Gjennomgang av vedtak etter sosialtjenesteloven kapittel 4A – om bruk av tvang og makt overfor personer med psykisk utviklingshemming», SINTEF Teknologi og samfunn, 2011, og Tina Luther Handegård og Hege Gjertsen, «Kapittel 4A - en faglig revolusjon? Evaluering av sosialtjenestelovens kapittel 4A: rettssikkerhet ved bruk av tvang og makt overfor enkelte personer med psykisk utviklingshemming», Nordlandsforskning, Rapport 1/08, 2008, og NOU 2016: 17 s. 125. Det er gjennom flere år påpekt i ulike offentlige utredninger at det gis dispensasjoner fra utdanningskravet i stort omfang. Dette bekrefte av Sivilombudets gjennomgang av søknader, se eksempelvis Sivilombudets rapport 19.–20. oktober 2021, hvor alle søknader om dispensasjon var innvilget.

123 Kristian Andenæs, *Sosialrett*, Tano Aschehoug 1985, s. 143.

det tar for å få prøvd forvaltningsvedtaket i underinstansene, blir overprøvningsmuligheten i Høyesterett ikke reell.¹²⁴ To nyere saker fra Høyesterett om rettslig overprøving av vedtak om tvang og makt overfor utviklingshemmede illustrerer dette.¹²⁵ Det kan reises gyldighets søksmål etter at tvangsvedtaket er falt bort, men det forutsetter at aktualitetsvilkåret i tvl. § 1-3 er oppfylt. Rettssikkerheten svekkes derfor etter vår vurdering ytterligere i de tilfeller hvor samme tvangstiltak går igjen i nye vedtak påfølgende år, uten rettslig overprøving.

Et annet spørsmål er hvorvidt det kan reises erstatningskrav for konvensjonsbrudd.¹²⁶ Ifølge Høyesteretts ankeutvalg er det «sikker rett at påstand om at det er begått brudd på EMK er et rettskrav som det etter tvisteloven § 1-3 første ledd kan avsies dom for».¹²⁷ Vi kan imidlertid ikke finne at det noen gang har vært reist erstatningssøksmål knyttet til vedtak om bruk av tvang og makt overfor utviklingshemmede i helse- og omsorgstjenesten.

Sammenhenger mellom kompetanse i helse- og omsorgstjenesten og omfanget av tvangsbruk overfor utviklingshemmede er dessverre et lite utforsket område.¹²⁸ Like fullt er vår påstand at hvis utviklingen av rettssikkerheten til utviklingshemmede begrenser seg til vedtakelse av ny tvangslovgivning – uten at premisene forslaget bygger på, faktisk er til stede – så vil rettssikkerhetsgarantier være noe utviklingshemmede formelt sett fortsatt har, men ikke noe de får oppfylt. Ny tvangslovgivning alene vil med andre ord ikke bidra til at rettssikkerheten for denne sårbare gruppen styrkes. For å oppnå samsvar mellom idealer og realiteter må også begge forutsetningene for regelletterlevelse komme på plass. Det motsatte vil innebære at *rettssikkerhet – det er ikke for alle*.

124 Tvangsvedtakets virketid starter ved Statsforvalterens stadfestelse, jf. HR-2017-1844-U avsnitt 9, og saksbehandlingen overstiger ofte ett år. Tvangsvedtakets varighet er imidlertid begrenset til ett år, men samme vedtak kan besluttes år etter år.

125 HR-2019-702-U og HR-2017-1844-U.

126 Se HR-2016-2178-U. Saken gjaldt erstatningssøksmål for urettmessig tilbakeholdelse for tvungen legeundersøkelse og observasjon. Saksøker hadde også krevet fastsettelsesdom for at det forelå brudd på EMK artikkel 5 nr. 1.

127 Ibid., avsnitt 13.

128 Det finnes noen få studier og tilsynsrapporter som indikerer økt bruk av tvang ved manglende kompetanse, se eksempelvis Karl Elling Ellingsen, Kim Berge og Dirk Lungwitz, «Rule of law - wishful thinking? Exemptions from educational requirements and the use of coercion against people with intellectual disability», *Scandinavian Journal of Disability Research*, vol. 13, No. 2, 2011, s. 151–166, og Sivilombudet, Besøksrapport besøk til boliger for personer med utviklingshemning i Kristiansand kommune 16.–18. november 2022. Sistnevnte viste at en stor andel av de ansatte ikke oppfylte lovens krav om helsefaglig utdanning, ved bruk av tvang og makt (s. 22). Manglende kvalifisert personale var en av faktorene som bidro til å øke risikoen for maktbruk (s. 23).