

Bruk av tvang og makt overfor personer med psykisk utviklingshemming som er til fare for andre

I hvilken grad påvirker fare for andre de generelle vurderingene etter kapittel 9, og kan kapitlet brukes som surrogat for tvungen omsorg?

Kandidatnummer: 67

Antall ord: 14378



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

11. desember 2017

Innholdsfortegnelse

1. Innledning	5
1.1 Tema og problemstilling.....	5
1.2 Aktualitet	6
1.3 Avgrensninger og metodiske spørsmål	7
1.4 Virkeområde.....	9
1.5 Veien videre.....	9
2. Sentrale hensyn og prinsipper	11
2.1 Forholdet til menneskerettighetene.....	11
2.2 Hensyn og formål	12
2.2.1 Grunnleggende rettigheter og prinsipper i helse retten.....	12
2.2.2 Hovedformålene.....	12
2.2.3 Hensyn og menneskerettigheter	14
3. I hvilken grad påvirker fare for andre de generelle vurderingene etter kapittel 9?	16
3.1 Tvangsbegrepet	16
3.1.1 Motstandskriteriet- den subjektive vurderingen.....	16
3.1.2 Unntaket fra motstandskriteriet- den objektive vurderingen.....	17
3.2 Vilkår for bruk av tvang og makt	17
3.2.1 Generelt om vilkårene.....	17
3.2.2 Kravet om at andre løsninger skal være prøvd	17
3.2.3 Unntak fra kravet om andre løsninger i ”særlige tilfeller”	19
3.2.4 Vesentlighetskravet	20
3.2.4.1 Skade på egen person vs. andre	20
3.2.5 Nødvendighetskravet.....	22
3.2.6 Vilkåret om faglig og etisk forvarlighet.....	22
3.2.7 Forholdsmessighetskravet	23
4. Særlig om kapittel 9 kan brukes som surrogat for tvungen omsorg	25
4.1 Opptakt- forvaltningsinngrep eller strafferettslig særreaksjon?	25
4.2 Hvor langt strekker en ”nødsituasjon” seg?	26
4.2.1 ”Nødsituasjonene” etter bokstav a og b	26
4.2.2 Situasjonskravet	27
4.3 Hvor langt strekker bokstav c seg i vernet av andres interesser?.....	29
4.3.1 Utenfor ”nødsituasjonene” etter bokstav c.....	29
4.3.2 Kan ”personlig trygghet” også dekke andres interesser?.....	30
4.4 Hvor langt strekker lagmannsretten seg i vernet av andres interesser?	32
4.4.1 Innledning	32
4.4.2 Lovenes formål.....	32
4.4.3 I hvilken grad ivaretar dommene kapittel 9 sitt formål?	33
4.4.4 Når er man utenfor kapittel 9 sitt virkeområde?	35
4.4.4.1 Lovbruddets karakter og alvorlighetsgrad	36
4.4.4.2 Hvordan fornærmede opplever situasjonen	36
4.4.4.3 Gjentakelsesfare	36
4.4.4.4 Andre løsninger	37
4.4.4.5 Etske aspekter og andre hensyn ved å gå til anmeldelse av en psykisk utviklingshemmet.....	38
4.5 Konklusjon	39

5. Rettspolitiske og avsluttende betraktninger	41
5.1 Hvordan løses farlighetsproblematikken i Norge i dag?.....	41
5.1.1 Innledning	41
5.1.2 Få på tvungen omsorg	41
5.1.3 Høy henleggelsesrate ved lovbrudd begått av utviklingshemmede	43
5.1.4 Liten realitetsforskjell på tvungen omsorg og bruk av kapittel 9	44
5.1.5 Flere sitter på behandlingsdommer i våre naboland	44
5.1.6 Påvirkes rettssikkerheten til tjenestemottakeren?	45
5.1.7 Hva sier Fylkesmannen i Hordaland om dagens situasjon med tanke på farlighet? ...	46
5.2 Avsluttende betraktninger/ de lege ferenda	47
6. Litteraturliste.....	49
Litteratur	49
Lover og forskrifter (kronologisk)	49
Offentlige dokumenter (ordnet etter type og kronologi).....	49
<i>NOU</i>	49
<i>Odelstingsproposisjoner</i>	49
<i>Kodeverk og Rundskriv</i>	50
<i>Stortingsmeldinger</i>	50
<i>Stortingsproposisjoner</i>	50
Domstolspraksis (kronologisk)	50
Andre kilder	51
Tidsskrifter	51
Internettartikler	51

1. Innledning

1.1 Tema og problemstilling

I denne masteroppgaven behandles spørsmålet om bruk av tvang og makt overfor personer med psykisk utviklingshemming som er til fare for andre. Problemstillingene som reises er i hvilken grad fare for andre påvirker de generelle vurderingene etter kapittel 9, og om kapitlet kan brukes som surrogat for tvungen omsorg.

Bruk av tvang og makt overfor psykisk utviklingshemmede har i mange år vært et omtalt og diskutert tema. Mye av grunnen er at dette anses som et stort inngrep i menneskets privatliv og selvbestemmelse, og berører både juridiske, etiske og faglige spørsmål. Personer med en psykisk utviklingshemming blir ofte ansett som en sårbar gruppe mennesker med stort hjelpebehov. Derfor er også ivaretagelsen av deres rettsikkerhet viktig. I lov 24.juni 2011 nr. 30 om kommunale helse- og omsorgstjenester m.m (helse- og omsorgstjenesteloven) kapittel 9 fremgår bestemmelsene om rettsikkerheten ved bruk av tvang og makt overfor enkelte personer med psykisk utviklingshemming. Dette er en rettighetslov som i utgangspunktet skal verne de psykisk utviklingshemmede mot inngrep tjenesteytere og andre ikke har hjemmel til. På en annen side gir den også hjemmel til bruk av tvang og makt i gitte situasjoner.

Et særlig spørsmål reiser seg der tjenestemottakeren utgjør en fare for andre, og det vurderes tvangstiltak etter kapittel 9. Hvordan påvirkes da de generelle vurderingene etter kapittel 9? Videre retter lovgivningen seg generelt mot psykisk utviklingshemmede og deres rettigheter. Likevel har man sett at helse- og omsorgstjenesten kan få en beskyttelsesrolle der tjenestemottakeren utgjør en fare for andre. Spesielt der det er blitt begått lovbrudd av en psykisk utviklingshemmet er det vanskelig å vurdere om det er helse- og omsorgstjenestens oppgave å ivareta andres interesser. Et vanskelig spørsmål som da reiser seg er om kapittel 9 kan brukes som et alternativ, et surrogat, for straffelovens bestemmelse om tvungen omsorg.

1.2 Aktualitet

Tvangsbruk overfor personer med psykisk utviklingshemming fikk for første gang stor oppmerksomhet i media på 1970-tallet. Dagbladets journalist Arne Skouen avslørte i 1974 mishandlingen av den psykisk utviklingshemmede jenta ”Gro”. Avsløringen førte til en stor samfunnsdebatt om hva som var akseptabel behandling av psykisk utviklingshemmede med atferdsproblemer, og om store institusjoner var riktig botilbud for dem.¹ På den ene siden gjorde det institusjonspregede botilbudet gjennom HVPU (Helsevernet for psykisk utviklingshemmede) at fylkeskommunen og tjenesteyterne hadde god kontroll på hva tjenestemottakerne med utfordrende og farlig atferd foretok seg. Mens på den andre siden var den omfattende og uhjemlede bruken av tvang og makt overfor denne gruppen lite belyst, og foregikk i det store og det hele i skjul. Om rettssikkerheten til brukergruppen var tilstrekkelig ivaretatt sto derfor som et stort og uløst spørsmål.

Ringvirkningene av debatten førte til Lossius-utvalgets utgreiing som dannet grunnlaget for avviklingen av HVPU gjennom HVPU-reformen.² Det skulle nå bli kommunenes ansvar å gi personer med psykisk utviklingshemming tilbud om sosiale og helsemessige tjenester på lik linje med alle andre. Formålet med reformen var å sikre at gruppen fikk en bedre livssituasjon i og rundt egen bolig, samt bedre deres rettssikkerhet.³ Dette skulle gjøres ved å gå bort ifra de store institusjonene og at hver og en skulle ha egne boliger i hjemstedskommunen sin.

HVPU-reformen har fått en del positiv kritikk. Blant annet har reformen medført at psykisk utviklingshemmede i større grad får ivaretatt sin rettssikkerhet og selvbestemmelsesrett gjennom det omfattende lovverket. Likevel har ikke reformen fungert optimalt når det gjelder kontrollen av psykisk utviklingshemmede som utgjør en fare for seg selv og andre. En nylig avsagt dom fra Agder lagmannsrett⁴ viser akkurat det at helse- og omsorgstjenesten i stor grad har ansvar for psykisk utviklingshemmede som er til fare for andre. Et utdrag fra dommen belyser nettopp dette:

¹ Ukjent. ”Gro-saken”. *Dagbladet*. 1998.

² NOU 1985: 34. Levekår for psykisk utviklingshemmede.

³ St.meld. nr.67 (1986-87): Ansvar for tiltak og tjenester for psykisk utviklingshemmede. pkt. 1.1, s. 3.

⁴ se Agder lagmannsretts dom av 24.05.2017, LA-2016-080832.

”I årene frem mot mars 2014 er det ellers rapportert om angrep på ansatte med skrujern, forsøk på ildspåsettelse, angrep på en eldre dame under rømning, kasting av gjenstander og sten på ansatte, gjentatte ødeleggelser av inventar/TV i leiligheten hans, rømning vinterstid der han har hoppet i sjøen, farlige trafikksituasjoner når han har vært ute, utskjelling og trusler m.v. Angrepene hans kom gjerne uten forvarsel.

Enhetsleder ved Z, D, opplyste i sin vitneforklaring at seks av syv ansatte rundt A har sluttet eller blitt overflyttet til andre oppgaver etter eget ønske. Alle oppga frykt for voldsutbruddene hans som grunn for at de sluttet.”⁵

Dommen gjaldt gyldigheten av tvangstiltak gitt etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9, og viser at mindre kontroll og mer frihet har gjort at noen psykisk utviklingshemmede ikke takler denne boformen. Disse utfordringene er det i stor grad kommunene som må tas seg av. Bruk av tvang har da blitt ansett som nødvendig for å skape kontroll og sikkerhet, både for tjenestemottaker selv, men også for medbeboere, tjenesteytere og andre. Slik situasjonen er i dag er problemstillingen om bruk av kapittel 9 med tanke på farlige psykisk utviklingshemmede dermed høyst aktuell.

1.3 Avgrensninger og metodiske spørsmål

I denne masteroppgaven behandles lovreguleringen ved bruk av tvang og makt overfor personer med psykisk utviklingshemming som fremgår av helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9. Andre brukergrupper der bruk av tvang og makt kan være aktuelt vil derfor ikke bli nærmere vurdert. Unntaket er der annen tvangslovgivning brukes til sammenligning. Videre er det kun norsk rett som vil bli belyst, bortsett fra en liten komparativ del avslutningsvis.⁶

Fokuset er rettet mot en liten andel psykisk utviklingshemmede med utfordrende atferd, som er til fare for seg selv og andre. I fremstillingen kan det til tider virke som det er dette som er ”normalen”, noe det er greit å poengtere at det ikke er. Generelt er dette en sårbar og hjelpetrengende brukergruppe som heller blir utsatt - og offer for kriminalitet, utnyttelse og overgrep, enn at de begår det selv. Hensikten med oppgaven er derfor ikke å mørklegge bildet

⁵ se Agder lagmannsretts dom s. 9.

⁶ se pkt. 5.1.5.

av psykisk utviklingshemmede, men heller å rette søkelyset mot problematikken med dagens lovgivning som kun angår en liten gruppe tjenestemottakere.

Det må også nevnes at mangelen på rettspraksis og juridisk teori som belyser problematikken har vært en utfordring. For at oppgaven ikke skulle bli for ”flat” og kjedelig har derfor underrettspraksis blitt brukt i nokså stor grad. Selv om disse skal tillegges mindre rettskildevekt enn Høyesterettspraksis har de vært relevante å bruke aktivt i denne oppgaven. Dette for å belyse hvordan retten forholder seg til spørsmålet om farlige psykisk utviklingshemmede, og i hvilken utstrekning kapittel 9 blir brukt overfor denne brukergruppen.

Videre har det forholdsvis nye rundskrivet til Helsedirektoratet⁷ blitt brukt for å utdype hvordan hensyn og momenter skal vektlegges i de ulike vurderingene etter kapittel 9. Rundskrivet er gitt ut av et forvaltningsorgan og er dermed en argumentbærer for forvaltningspraksisen innenfor helseretten. Rettskildemessig blir rundskriv gjerne oppfattet som indikasjoner på hvordan lovverket skal forstås. Når fraværet av rettspraksis er såpass stort brukes rundskrivet aktivt av kommuner og fylkesmenn i vurderingen av tvangstiltak etter kapittel 9. Derfor brukes det også i denne oppgaven som en veiledning på hvordan lovverket skal forstås der lovteksten, forarbeidene og rettspraksisen er knapp.

Når det gjelder virkeområde til helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 er dette personer med ”psykisk utviklingshemming”.⁸ I del 4, der oppgaven retter seg mot særlige spørsmål knyttet til om kapittel 9 kan brukes som surrogat for tvungen omsorg, er det foretatt en avgrensning. Denne avgrensningen dreier seg om at tvungen omsorg kun gjelder personer som ikke kan straffes fordi vedkommende på handlingstiden var ”psykisk utviklingshemmet i høy grad”, jf. lov 20.mai 2005 om straff (straffeloven) § 20 bokstav c, jf. 63. Kapittel 9 gjelder alle med en psykisk utviklingshemming, uavhengig av graden av utviklingshemming. Avgrensningen er foretatt fordi selve vurderingen av utilregnelighet ikke er relevant for bruk av kapittel 9, og dermed heller ikke relevant for denne oppgaven. Tvungen omsorg blir kun brukt som eksempel på en strafferettslig særreaksjon som kan være aktuell for psykisk utviklingshemmede som begår lovbrudd.

⁷ Helsedirektoratet (2015). Rundskriv IS-10/2015: Rettsikkerhet ved bruk av tvang og makt overfor enkelte personer med psykisk utviklingshemming.

⁸ se pkt. 1.4 om virkeområde.

1.4 Virkeområde

Helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 avgrensner selv virkeområde i § 9-2 og gjelder ”...bruk av tvang og makt som ledd i tjenester ... til **personer med psykisk utviklingshemning.**” (min utheving). Loven gjelder dermed bare de som har fått diagnosen ”psykisk utviklingshemmet”. Hva som anses som psykisk utviklingshemmet fremgår ikke av loven, men av det medisinske kodeverket ICD-10. Kodeverket er opprinnelig utgitt av Verdens helseorganisasjon (WHO), med norsk oversettelse utgitt av Helsedirektoratet;

”Tilstand av forsinket eller mangelfull utvikling av evner og funksjonsnivå, som spesielt er kjennetegnet ved hemming av ferdigheter som manifesterer seg i utviklingsperioden, ferdigheter som bidrar til det generelle intelligensnivået, f.eks kognitive, språklige, motoriske og sosiale. Utviklingshemming kan forekomme med eller uten andre psykiske og somatiske lidelser.”⁹

Det er spesialisthelsetjenesten som står for utredningen og diagnostiseringen av om det foreligger en psykisk utviklingshemming. Når diagnosen er stadfestet gjelder loven uavhengig av graden av utviklingshemming, fra lett til dyp psykisk utviklingshemming.

1.5 Veien videre...

Den videre fremstillingen vil bli delt opp i fire deler. I del 2 vil det gis en forståelse av sentrale hensyn og prinsipper i helseretten. Videre blir spørsmålet i del 3 i hvilken grad fare for andre påvirker de generelle vurderingene etter kapittel 9.

I del 4 gis det en mer grundig fremstilling av de vanskelige spørsmålene rundt bruk av kapittel 9 der personer med psykisk utviklingshemming utgjør en fare for andre. Det vil bli vurdert i hvilke situasjoner loven gir hjemmel for bruk av tvang, og om kapittel 9 kan brukes for å ivareta andres interesser i og utenfor ”nødsituasjonene”. Videre vil to dommer fra lagmannsretten bli belyst for å vise rekkevidden av kapittel 9, og vurderingen av om man skal gå til anmeldelse ved lovbrudd begått av psykisk utviklingshemmede.

⁹ Helsedirektoratet: ICD-10: Den internasjonale statistiske klassifikasjonen av sykdommer og beslektede helseproblemer, 2015, s. 192.

Del 5 er den rettspolitiske delen av oppgaven der det vil bli sett på hvordan farlighetsproblematikken løses i Norge i dag. Hvem sitter igjen med ansvaret, og hvordan er praksis i de andre skandinaviske landene? Et intervju jeg har gjort med Fylkesmannen i Hordaland er også tatt med i denne delen for å få et innblikk i hvordan de som behandler tvangstiltak forholder seg til problematikken. Til slutt kommer noen avsluttende synspunkter jeg har gjort meg opp gjennom arbeidet med masteroppgaven.

2. Sentrale hensyn og prinsipper

2.1 Forholdet til menneskerettighetene

Enkelte av menneskerettskonvensjonene ble ved lov 21.mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) inkorporert i norsk rett. Blant annet gjaldt dette Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK). Det fremgår også nå av Grunnloven § 92 at ”statens myndigheter skal respektere og sikre menneskerettighetene slik de er nedfelt i denne grunnlov og i for Norge bindende traktater om menneskerettigheter.” Dersom det skulle oppstå motstrid mellom helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 og EMK, vil alltid EMK ha forrang.

I denne oppgaven er det grunnleggende menneskerettslige verdier det etter EMK må tas hensyn til. For det første er bruk av tvang og makt et inngrep i borgerens (den psykisk utviklingshemmedes) rettsstilling. Formålet med tvangslovgivningen i helse- og omsorgstjenesteloven er at brukeren skal være beskyttet mot overgrep og vilkårlighet fra myndighetenes side, og at vedkommende skal forutberegne sin rettsstilling. I kapittel 9 sin formålsparagraf fremgår det at ”ingen skal behandles på en nedverdiggende eller krenkende måte”, jf. § 9-1 tredje ledd. Det er dette som er kjernen i rettssikkerhetsbegrepet, og uttrykker verdier med ankerfeste i menneskerettighetene, jf. bl.a. EMK artikkel 3.

For å ivareta brukernes rettssikkerhet kreves det videre hjemmel i lov for inngrep i deres rettssfære. I EMK kommer dette blant annet til uttrykk i retten til frihet og sikkerhet, jf. EMK artikkel 5, og retten til respekt for privatliv og familieliv, jf. EMK artikkel 8. Kravet om lovhjemmel (legalitet) og at bruk av tvang og makt må tjene lovens formål er derfor en forutsetning etter EMK.

Videre står kravet til forholdsmessighet sentralt i EMK. Med dette menes det at det må være samsvar mellom det middel man bruker, og det målet man ønsker å oppnå. Dette fremgår bl.a. av artikkel 8 ved at inngrep i retten til respekt for privatliv og familieliv bare kan skje når det er ”... nødvendig i et demokratisk samfunn ... for å beskytte helse eller moral, eller for å

beskytte andres rettigheter og friheter.” Innen helseretten er kravet til forholdsmessighet og nødvendighet helt avgjørende for at inngrep i grunnleggende rettigheter, slik som tvang, kan forsvares.

Disse tre grunnleggende verdiene og prinsippene; legalitet, formål og forholdsmessighet, står sentralt i EMK, og må alltid tas hensyn til i helseretten.

2.2 Hensyn og formål

2.2.1 Grunnleggende rettigheter og prinsipper i helseretten

Enhver har ”rett til helse- og omsorgstjenester ...”. Dette fremgår i lov 2.juli 1999 om pasient- og brukerrettigheter (pasient- og brukerrettighetsloven- pbrl.) kapittel 2. Det foreligger heller ingen plikt til å ta imot slike tjenester. Videre krever ethvert inngrep i et menneskets grunnleggende rettigheter hjemmel i lov. Disse tre prinsippene: rettsikkerhet, selvbestemmelse og legalitet er viktig i arbeidet med helse- og omsorgstjenester, og skal alltid tas hensyn til i helseretten.¹⁰

Når det gjelder psykisk utviklingshemmede fremgår deres krav til rettsikkerhet, selvbestemmelse og legalitet av helse- og omsorgstjenesteloven, og pasient- og brukerrettighetsloven. Mens pbrl. gjelder for ”... alle som oppholder seg i riket”, jf. § 1-2 første ledd, gjelder hol. kapittel 9 for ”... personer med psykisk utviklingshemning”, jf. § 9-2 første ledd. Videre regulerer kapittel 9 bruk av tvang og makt. Dette er et stort inngrep i en persons grunnleggende rettigheter, og det stilles derfor strenge krav til anvendelsen av tvang. Som det fremgår av kapitteloverskriften står kravet til rettsikkerhet for de psykisk utviklingshemmede som selve grunnpilaren i anvendelsen av kapittelet. Det er deres rettsikkerhet som i utgangspunktet skal ivaretas gjennom lovgivningen.

2.2.2 Hovedformålene

Etter HVPU-reformen var det et overordnet formål å sikre at psykisk utviklingshemmede fikk en bedre livssituasjon. Dette skulle gjøres med egen bolig, og en ”normalisering” av

¹⁰ jf. EMK, se pkt. 2.1.

hverdagen i forhold til hvordan det tidligere var med store institusjoner under HVPU. Det fremgår også nå av formålsparagrafen i helse- og omsorgstjenesteloven ”å sikre at den enkelte får mulighet til å leve og bo selvstendig og til å ha en aktiv og meningsfylt tilværelse i fellesskap med andre”, jf. § 1-1 nr. 3. Likevel har vi sett at det da også ble vanskeligere å kontrollere og følge opp tjenestemottakere som har en utfordrende og farlig atferd.¹¹ Det at helse- og omsorgstjenesten yter tjenester som ivaretar lovens formål er uansett like viktig.

Formålene med lovgivningen er regulert i § 9-1. I første ledd fremgår det at formålet med reglene i kapittel 9 for det første er ”... å hindre at personer med psykisk utviklingshemning utsetter seg selv eller andre for vesentlig skade ...”. Dette er både et viktig formål, og et vilkår for bruk av tvang og makt etter § 9-5. I forhold til psykisk utviklingshemmede med utfordrende atferd står dette formålet sentralt da det fort kan oppstå situasjoner der vedkommende står i fare for å utsette ”... seg selv eller andre for vesentlig skade ...”.¹²

For det andre har reglene i første ledd som formål ”... og forebygge og begrense bruk av tvang og makt.” Dette forstås som at det skal være ”siste utvei”.¹³ Formålet innebærer at det skal arbeides aktivt for å tilrettelegge tjenestene slik at behovet for tvang blir minst mulig. Dette kommer til uttrykk i flere bestemmelser i kapittel 9. Blant annet plikter kommunen ”... å sørge for at forholdene legges til rette for minst mulig bruk av tvang og makt”, jf. § 9-4, og at ”andre løsninger enn bruk av tvang og makt skal være prøvd ...”, jf. § 9-5 første ledd.¹⁴ Bruk av tvang skal med andre ord ikke føre til redusert innsats for å sikre god kvalitet og riktig omfang på tjenestene.¹⁵

Formålene i § 9-1 første ledd kan by på problemer der man står overfor utviklingshemmede med utfordrende atferd. På den ene siden skal man hindre vesentlig skade på tjenestemottaker eller andre, mens på den andre siden skal man forebygge og begrense bruk av tvang og makt. Mens den første er et inngrepskriterium for bruk av tvang, er den andre et vern for å forebygge og begrense bruk av tvang.

¹¹ se pkt. 1.2.

¹² se pkt. 3.2.4 for nærmere vurdering av ”vesentlighetskravet”.

¹³ Ot.prp. nr. 55 (2002-2003): Om lov om endringer i lov om sosiale tjenester m.v. og lov om helsetjenesten i kommunene (rettssikkerhet ved bruk av tvang og makt overfor enkelte personer med psykisk utviklingshemning). pkt. 7.11 s. 39.

¹⁴ se pkt. 3.2.2 for nærmere vurdering om kravet til ”andre løsninger”.

¹⁵ Rundskriv IS-10/2015 s. 45.

I særlige situasjoner er bruk av tvang nødvendig, og da må det også tas hensyn til andres grunnleggende rettigheter.

Hensynet til andre er blant annet slått fast i Sårstelledommen.¹⁶ I dommen fremgår det at tjenesteyternes rettigheter må tas hensyn til for å sikre et forsvarlig arbeidsmiljø, jf. arbeidsmiljøloven § 4-4, jf. § 4-1. Saken gjaldt personalets betydelige belastning på grunn av de hygieniske forholdene omkring pasienten.¹⁷

I forhold til tjenesteyting der pasienten utgjør en fare for andre må dette gjelde tilsvarende. Dermed blir vurderingen av formålene i § 9-1 første ledd annerledes der man griper inn for å verne tjenestemottakeren selv, kontra der man griper inn for å verne andre. Selv om formålene i utgangspunktet skal ivareta rettssikkerheten til personer med psykisk utviklingshemming er det ikke slik at rettssikkerheten til andre (tjenesteytere, medbeboere og familie) er utelatt. Likevel vil det gjennom arbeid med å forebygge og begrense bruken av tvang også sannsynligvis være mindre sjanse for skade på vedkommende selv eller andre. Gjennom forebygging og god kartlegging vil man lettere kunne finne årsakene til utfordrende atferd, slik at man forhåpentligvis unngår bruk av tvang og makt. På den måten vil de to formålene innvirke på hverandre også der tjenestemottaker er til fare for andre.

2.2.3 Hensyn og menneskerettigheter

I § 9-1 andre ledd fremgår de hensyn som skal legges til grunn i utførelsen av tjenestene: ”Tjenestetilbudet skal tilrettelegges med respekt for den enkeltes fysiske og psykiske integritet, og så langt som mulig i overenstemmelse med brukerens eller pasientens selvbestemmelsesrett.” I pasient- og brukerrettighetsloven er dette formulert som at ”pasient og bruker har rett til å medvirke ved gjennomføring av helse- og omsorgstjenester.”, jf. § 3-1 første ledd. Det fremgår av forarbeidene til denne loven at:

”Retten til medvirkning bygger på respekt for den enkeltes autonomi og integritet og er en forutsetning for tjenester tilpasset den enkeltes behov. Medvirkning innebærer at pasienten får anledning til å gi uttrykk for sitt syn ...”¹⁸

¹⁶ se Høyesteretts dom av 25.05.2010, Rt. 2010 s. 612.

¹⁷ se Høyesteretts dom av 25.05.2010, Rt. 2010 s. 612, avsnitt 34.

¹⁸ Prop. 91 L (2010-2011): Lov om kommunale helse- og omsorgstjenester m.m. (helse- og omsorgstjenesteloven). pkt. 30.2.1.

Det skal derfor alltid søkes etter løsninger som er etter tjenestemottakerens ønsker, og bidra slik at vedkommende skal kunne få bestemme mest mulig selv. Kravet om selvbestemmelse og medvirkning er altså sentrale og viktige hensyn etter kapittel 9.

Det er liten tvil om at bruk av tvang og makt er et inngrep i den enkeltes fysiske og psykiske integritet, og selvbestemmelsesrett. Det oppstår dermed en verdikonflikt mellom første og andre ledd i § 9-1. På den ene siden står inngrepskriteriet for bruk av tvang og makt i første ledd første alternativ, mens på den andre siden står retten til selvbestemmelse og integritet i andre ledd. Likevel er det ivaretagelsen av disse hensynene det skal legges vekt på. Dermed vil også bruk av tvang kunne være formålstjenlig i forhold til andre ledd.

Det siste formålet fremgår av § 9-1 tredje ledd og er en oppfølging av reglene i EMK artikkel 3: ”Ingen skal behandles på en nedverdiggende eller krenkende måte.” Den er tatt med i formålsparagrafen for å tydeliggjøre betydningen av tjenestemottakerens verdighet og integritet i vurderingen og utformingen av tiltak etter kapittelet. I forarbeidene er det presisert at ikke enhver bruk av tvang og makt er ”nedverdiggende”. Det avgjørende er de konkrete omstendighetene.¹⁹

Samtlige formål i § 9-1 kommer stadig til anvendelse som momenter i vurderingen av andre bestemmelser i kapittelet, og er alltid viktige å ta hensyn til. Disse er med på å ivareta tjenestemottakerens rettigheter og står sentralt sammen med EMK.

¹⁹ Ot.prp. nr. 57 (1995-1996): 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- tilleggspolisjon til Ot.prp. nr. 58 (1994-1995). pkt. 3.2.1.

3. I hvilken grad påvirker fare for andre de generelle vurderingene etter kapittel 9?

3.1 Tvangsbegrepet

3.1.1 Motstandskriteriet- den subjektive vurderingen

I helse- og omsorgstjenesteloven § 9-2 andre ledd første punktum fremgår det for det første at tvang er ”... tiltak som brukeren eller pasienten motsetter seg ...”. Denne vurderingen er subjektiv, og det avgjørende er hva hver enkelt bruker motsetter seg. Med ”motsetter seg” menes både fysisk og verbal motstand.²⁰ Om tjenestemottakeren sier eller gjør noe som kan oppfattes som motstand, og tjenesteyteren likevel utfører handlingen, er det i utgangspunktet å anse som tvang.

Når det gjelder psykisk utviklingshemmede med farlig atferd er det ofte hensiktsmessig med strenge og klare retningslinjer. Dette for å skape trygghet og forutsigbarhet. Likevel kan det oppstå situasjoner der tjenestemottakere med slik atferd motsetter seg tiltak. Dersom handlingen uansett blir iverksatt vil det da med en gang anses som tvang?

Det er ikke slik at enhver handling som tjenestemottakeren motsetter seg blir definert som tvang. Dette vil vært lite hensiktsmessig og hadde ført til en langt større rekke av tvangstiltak enn det som er nødvendig. Derfor finnes det i § 9-2 andre ledd siste punktum en avgrensning mot at ”alminnelige oppfordringer og ledelse med hånden eller andre fysiske påvirkninger av liknende art anses ikke som bruk av tvang eller makt.” Som et generelt utgangspunkt kan man si at virkemidler som er vanlig å bruke i kommunikasjon mellom mennesker derfor er tillatt her som ellers, og skal ikke anses som tvang. Eksempler på dette er alminnelige, verbale instruksjoner eller korreksjoner, det å gi beskjeder, veilede, forklare og motivere.²¹

²⁰ Rundskriv IS-10/2015 s. 52.

²¹ Rundskriv IS-10/2015 s. 53.

3.1.2 Unntaket fra motstandskriteriet- den objektive vurderingen

Etter andre alternativ i § 9-2 andre ledd første punktum omfatter tvangsbegrepet også ”...tiltak som er så inngripende at de uansett motstand må regnes som bruk av tvang eller makt.” I forarbeidene fremgår det at det skal tas utgangspunkt i om tiltaket er så inngripende at en person normalt ville ha motsatt seg det.²² I motsetning til motstandskriteriet, som er en subjektiv vurdering, er man her over i en objektiv vurdering.

I forhold til tjenestemottakere med utfordrende atferd vil tiltak som begrenser vedkommendes handle- eller bevegelsesfrihet være aktuelt. Det naturlige utgangspunktet vil da være at et tiltak er å anse som objektivt inngripende dersom det innebærer en begrensning i vedkommendes alminnelige selvbestemmelse.²³ Låsning av dører for å hindre at tjenestemottaker stikker av, og fotfølging utenfor egen bolig er eksempler på dette. Når det gjelder denne brukergruppen kreves det ofte tettere oppfølging og mer kontroll enn ellers. Man kan derfor lettere gli over i en objektiv vurdering av om det foreligger tvang fordi kontrolltiltak ofte vil være aktuelt.

3.2 Vilkår for bruk av tvang og makt

3.2.1 Generelt om vilkårene

I helse- og omsorgstjenesteloven § 9-5 fremgår vilkårene for bruk av tvang og makt. Bestemmelsen er delt opp i tre ledd. De to første leddene, som gjelder punktene under, omhandler de materielle vilkårene for bruk av tvang og makt. Disse vilkårene må alltid være oppfylt for at det skal være aktuelt å vedta tvangstiltak. I siste ledd fremgår de tilfeller der tvang og makt kan brukes. Disse vil bli videre drøftet i del 4.

3.2.2 Kravet om at andre løsninger skal være prøvd

I § 9-5 første ledd første punktum fremgår det at ”andre løsninger enn bruk av tvang og makt skal være prøvd før tiltak ... settes i verk.” Med dette menes det at bruk av tvang og makt som den klare hovedregel skal være ”siste utvei”.²⁴ Andre løsninger skal søkes for å hindre eller

²² Ot.prp. nr. 58 (1994-1995): Om lov om endringer i sosialtjenesteloven og kommunehelsetjenesteloven (bruk av tvang og makt m.v overfor personer med psykisk utviklingshemming). s. 18.

²³ Rundskriv IS-10/2015 s. 54.

²⁴ Ot.prp. nr. 55 (2002-2003), pkt. 7.11 s. 39.

begrense vesentlig skade, basert på samarbeid og frivillighet med tjenestemottaker. Dette er i samsvar med pasientens selvbestemmelsesrett etter § 9-1 andre ledd. I forhold til tjenestemottakere med utfordrende atferd kan det spørres om kravet til ”andre løsninger” stilles annerledes der vedkommende utgjør en fare for andre.

I forarbeidene er det uttalt at ”hvis kommunen i samarbeid med tjenestemottakeren og vedkommendes representanter ikke finner løsninger slik at den utfordrende atferden dempes eller forsvinner, må kommunen be om bistand fra spesialisthelsetjenesten.”²⁵ Videre må de gå sammen å vurdere alle de faktorene som kan ha betydning for den utfordrende atferden, og endringer må gjøres i den grad man har tid og mulighet til dette. I rundskrivet er det videre presisert at gjennom grundige utredninger, der man får kartlagt eventuelle foranledninger og konsekvenser som utløser og opprettholder atferden, kan man muligens unngå at farlige situasjoner oppstår. I tillegg må det søkes etter hva personen ønsker å oppnå eller uttrykke med atferden, og gi vedkommende hjelp til å uttrykke dette på andre måter.²⁶ Det må likevel foretas en konkret vurdering av hvert enkelt tilfelle. Hvor stor risikoen for voldelig eller farlig atferd er vil her være av betydning. Har man å gjøre med en tjenestemottaker som kun tyr til vold i gitte situasjoner, som f.eks. ved gjennomføring av bestemte oppgaver, er det også lettere å gardere seg mot at slike uønskede situasjoner oppstår.

Agder lagmannsretts dom av 24.mai 2017²⁷ er et godt eksempel der man hadde prøvd ”andre løsninger” før omfattende og restriktive tvangstiltak ble iverksatt overfor bruker med utfordrende atferd. Kommunen hadde flere ganger forsøkt med mindre inngripende tiltak. Blant annet hadde de hatt fotfølging utført av kun én ledsager istedenfor to. Erfaring viste at dette medførte økende uro, rømminger og stigende risiko for skade. Ved bruk av to ledsagere ville man lettere kunne håndtere situasjoner uten bruk av tvang. Dermed ble også lovens formål om å forebygge og begrense bruk av tvang oppfylt. At volden var ”uforutsigbar og eksplosiv”, og at den rettet seg mot personalet og andre tilfeldige personer, tilsa etter lagmannsrettens syn, at tvangsvedtakene var forsvarlige og nødvendige.²⁸

²⁵ Prop. 91 L (2010-2011) pkt. 36.2.4.

²⁶ Rundskriv IS-10/2015 s. 41.

²⁷ se Agder lagmannsretts dom av 24.05.2017, LA-2016-080832.

²⁸ se Agder lagmannsretts dom s. 12 og 13.

3.2.3 Unntak fra kravet om andre løsninger i ”særlige tilfeller”

Det fremgår av § 9-5 første ledd siste punktum at kravet om ”andre løsninger” bare kan fravikes i ”... særlige tilfeller, og det skal i så fall gis en begrunnelse.” Det er ikke videre presisert hverken i lovteksten eller i forarbeidene hva som ligger i ”særlige tilfeller” og hvilke situasjoner som omfattes. Ordlyden ”særlig” tilsier imidlertid, etter normal juridisk forståelse, at terskelen er høy for at dette unntaket skal kunne komme til anvendelse. I forhold til utfordrende atferd der tjenestemottaker er til fare for andre, kan det spørres om dette kan anses som ”særlige tilfeller”.

I Helsedirektoratets rundskriv er en fravikelse fra kravet om at andre løsninger skal være prøvd at ”... faglige og etiske hensyn gjøre dette nødvendig”. Videre presiseres det at dette;

”.. vil kunne være tilfelle dersom det oppstår gjentatte nødsituasjoner, for eksempel i form av alvorlig selvskading eller voldsatferd rettet mot andre, der vesentlig skade må avverges ved hjelp av tvang før en har hatt tilstrekkelig tid til å prøve ut andre løsninger.”²⁹

Etter denne forståelsen ser det ut til å være tidsmomentet, at man har dårlig tid til å vurdere ”andre løsninger”, som ofte er avgjørende. Likevel kan ikke tidsmomentet brukes som begrunnelse alene. Både hensynet til tjenestemottakeren, risikoen for atferden og risikoen for vesentlig skade vil være tungtveiende i denne vurderingen. Ved inngripende tiltak, slik som ved kontroll og overvåkning, vil det tale imot at tiltaket settes i verk før ”andre løsninger” er forsøkt. Motsatt vil det tale for fravikelse dersom andre står i fare, slik som fare for alvorlig personskade, for eksempel på barn, eller ved fare for ildspåsettelse.³⁰

Igjen kan Agder lagmannsretts dom nevnes.³¹ Selv om fotfølgingen var inngripende og restriktiv var den nødvendig for å ivareta hensynet til andre. Her ble det i tillegg forsøkt med ”andre løsninger”. Dette tilsier at man strekker seg langt i å ivareta kravet om ”andre løsninger”. Unntaket ”særlige tilfeller” er situasjonsbetinget og brukes kun der skadepotensialet er stort, og faren gjerne retter seg mot andre.

²⁹ Rundskriv IS-10/2015 s. 72.

³⁰ Rundskriv IS-10/2015 s. 72.

³¹ se Agder lagmannsretts dom av 24.05.2017, LA-2016-080832.

3.2.4 Vesentlighetskravet

I § 9-5 andre ledd siste punktum fremgår det at tvang bare kan brukes for "... å hindre eller begrense **vesentlig** skade." (min utheving). Dette er et sentralt og absolutt kriterium. Ordlyden "vesentlig" tilsier at terskelen er høy, både til risikoen for skade og for skadepotensialet.

Når det gjelder kravet til risikoen ble det i forarbeidene til sosialtjenesteloven kapittel 4A uttalt at det må "... være sannsynlig at skaden vil oppstå i den enkelte situasjonen."³² Etter dette skulle det tilsi at det er et krav om vanlig sannsynlighetsovervekt, altså over 50 % sjanse for at skaden vil oppstå. I forarbeidene til tidligere kapittel 6A var det en mer kryptisk formulering; "Det er ikke mulig å gi nøyaktige anvisninger på den faregraden som gir grunnlag for inngrep. Her må faglig skjønn og kjennskap til personen og de konkrete forholdene være avgjørende."³³ Dette tilsier at det uansett må gjøres en helhetsvurdering. Et aspekt ved de "konkrete forholdene" kan imidlertid være at personen utgjør en fare for andre. I og med at andres grunnleggende rettigheter står like sterkt som tjenestemottakerens sine³⁴, er det nærliggende å tro at man tåler mindre risiko der faren rammer andre, i motsetning til der faren kun retter seg mot tjenestemottakeren selv.

"Vesentlig" markerer en terskel for hva slags skade som skal til for at man skal kunne gripe inn. I forarbeidene fremgår det at "vesentlig" må forstås som at det må ha et visst omfang og alvorlighetspreg.³⁵ Videre er det i rundskrivet satt opp noen momenter av betydning. Dette vil blant annet være skadens varighet og art, hvem skadefølgen rammer og i hvilken grad den er mulig å gjenopprette.³⁶ Det er også viktig å presisere at kravet til "vesentlig" ikke nødvendigvis er oppfylt selv om handlingen er ulovlig eller straffbar. Nasking, mindre alvorlig bruk av ulovlige rusmidler, eller mindre alvorlige skadeverk, vil ikke anses for å utgjøre eller medføre "vesentlig skade" i lovens forstand.³⁷

3.2.4.1 Skade på egen person vs. andre

Ved vurderingen av vesentlighetskravet kan det spørres om dette påvirkes av om andre står i fare for "vesentlig skade".

³² Ot.prp. nr. 55 (2002-2003) pkt. 7.11.

³³ Ot.prp. nr. 58 (1994-1995) pkt. 5 merknader til § 6A-3 s. 39.

³⁴ se pkt. 2.2.2.

³⁵ Ot.prp. nr. 55 (2002-2003) kapittel 7.11.

³⁶ Rundskriv IS-10/2015 s. 73.

³⁷ Rundskriv IS-10/2015 s. 74.

I forarbeidene fremgår det på et generelt grunnlag at ”... omfattende fysisk skade som tjenestemottakeren påfører seg selv eller andre ...” omfattes.³⁸ Det er ikke videre presisert om vesentlighetskravet blir påvirket av hvem skaden retter seg mot. I rundskrivet er det lagt til grunn en nyanse på om skaden rammer tjenestemottakeren selv eller andre. Når det gjelder skade på seg selv fremgår det at;

”Skader som vil anses som vesentlig skade, er blant annet varige sanseskader, brudd på ben i kroppen, alvorlige blødninger, skader med stort smertepotensiale og andre skader som i høy grad må antas å ville påvirke personens helsetilstand, mestringsferdigheter eller livskvalitet negativt.”³⁹

Dette viser at terskelen for ”vesentlig” i slike tilfeller ligger høyt, og at det skal mye til for å kunne gripe inn i form av tvangsbruk der skaden utelukkende går utover tjenestemottakeren selv.

På den annen side har man skade på andre; “Fysiske angrep på andre personer er alvorlig, og vil alltid måtte anses for å utgjøre vesentlig skade i lovens forstand.”⁴⁰ Videre vil som regel krenkelse av personalets eller andres integritet utgjøre en vesentlig skade. For eksempel plagsom og påtrengende atferd rettet mot andre personer, slik som uønskede seksuelle tilnærminger, truende eller skremmende atferd, spyting og annen tilgrising. I tillegg vil skadevoldende atferd rettet mot barn som den klare hovedregel alltid anses som ”vesentlig”.⁴¹

Det finnes lite rettspraksis i vurderingen av vesentlig skade, men det er tydelig at Helsedirektoratet gjennom rundskrivet har gått langt i vernet av andre personer. Brukerens selvbestemmelsesrett står sentralt når det gjelder skade på egen person. Dette viser seg blant annet når man ikke har anledning til å gå inn å korrigere eller å hindre for eksempel overspising eller annen avvikende atferd som går utover tjenestemottakeren selv. På den annen siden skal det ikke mye til før skadepotensialet etter lovens forstand anses som ”vesentlig” når brukerens atferd går utover andre. Hensynet til andres rettigheter står like sterkt som tjenestemottakeren sine, og fravær av inngrep kan da fort krenke andres interesser.

³⁸ Ot.prp. nr. 57 (1995-1996) pkt. 4.1, jf. Ot.prp. nr. 58 (1994-1995) pkt. 3.4.2.

³⁹ Rundskriv IS-10/2015 s. 74.

⁴⁰ Rundskriv IS-10/2015 s. 76.

⁴¹ Rundskriv IS-10/2015 s. 76.

3.2.5 Nødvendighetskravet

Nødvendighetskravet står i sammenheng med vesentlighetskravet: ”Tiltakene må ikke gå lenger enn det som er nødvendig for formålet ...”, jf. § 9-5 andre ledd tredje punktum. I forarbeidene ble det uttalt at ”atferd som ikke medfører uakseptabel skade eller ulempe, kan som hovedregel ikke gi grunnlag for bruk av tvang. Det er i samsvar med prinsippet om at bruk av tvang bare må benyttes der det er helt **nødvendig**”⁴² (min utheving). Dette tilsier at den aktuelle skaderisikoen må være av en viss størrelse. I rundskrivet fremgår det at dette må vurderes etter hvor alvorlig skade det er tale om og hvor sannsynlig det er at den aktuelle skaden skal inntreffe. I saker der risikoen knytter seg til fare for vesentlig skade på andre kan det være hensiktsmessig å få en farlighetsvurdering fra spesialisthelsetjenesten i vurderingen av om tiltaket er ”nødvendig”.⁴³

Videre fremgår det av rundskrivet at i nødvendighetskravet ligger det også at skaden ikke skal kunne avverges på andre måter.⁴⁴ Dette står i sammenheng med kravet i § 9-5 første ledd om at ”andre løsninger enn bruk av tvang og makt skal være prøvd ...”. Dermed kan vurderingen av om nødvendighetskravet er oppfylt også her få et særlig innhold der tjenestemottaker utgjør en fare for andre.⁴⁵

Til slutt fremgår det av rundskrivet at ”det minst inngripende tiltaket må velges” for at nødvendighetskravet er oppfylt.⁴⁶ Dette er i samsvar med formålene i tvangslovgivningen om at man skal ”... forebygge og begrense bruk av tvang og makt”, jf. § 9-1 første ledd andre alternativ. I tilknytning til utfordrende atferd der det vurderes fysisk inngripende tiltak kan det etter forholdene for eksempel være mindre inngripende med kortvarig skjerming med eller uten låst dør, enn ved fastholding og nedlegging.⁴⁷ Dette må uansett vurderes individuelt, og det varierer fra person til person hvor inngripende og belastende hvert enkelt inngrep virker.

3.2.6 Vilkåret om faglig og etisk forvarlighet

Når det gjelder faglig forvarlighet etter § 9-5 andre ledd første punktum skal dette omfatte både vedtaket og gjennomføringen av tiltaket. Videre fremgår det av rundskrivet at både

⁴² Ot.prp. nr. 58 (1994-1995) pkt. 3.4.2.

⁴³ Rundskriv IS-10/2015 s. 77.

⁴⁴ Rundskriv IS-10/2015 s. 77.

⁴⁵ se pkt. 3.2.2 og 3.2.3.

⁴⁶ Rundskriv IS-10/2015 s. 78.

⁴⁷ Rundskriv IS-10/2015 s. 78.

metoder og tiltak skal ha faglig forankring, i rimelig grad være anerkjent i fagmiljøet, og ha dokumentert effekt.⁴⁸ I sammenheng med faglig forsvarlighet skal tiltaket også prøves opp mot alminnelige etiske prinsipper. I hovedsak respekt for enkeltmennesket og dets autonomi. Et sentralt moment i vurderingen er igjen hvor inngripende og belastende tiltaket oppleves for tjenestemottakeren. Vilkåret står altså i sammenheng med nødvendighetskravet. Momenter i vurderingen kan være graden av fysisk makt, tiltakets varighet, graden av ubehag eller belastning, om tiltaket er uvanlig osv.

Videre er det kommunen som er ansvarlig for at tvangstiltaket er forsvarlig og de skal sørge for tilstrekkelig utredning, eventuelt innhente kompetanse ved behov. Spesielt er dette aktuelt der det vurderes tiltak ovenfor tjenestemottakere med utfordrende atferd der formålet er å hindre eller begrense vesentlig skade. I kravet til forsvarlighet bør personen da gjennomgå legeundersøkelser for å utelukke at sykdom eller smerter ligger til grunn for problemene.⁴⁹

3.2.7 Forholdsmessighetskravet

Kravet til forholdsmessighet er et prinsipp som går igjen i forvaltnings- og helseretten. Prinsippet går ut på at det formål tiltaket ønsker å oppnå må stå i et rimelig forhold til den belastning tiltaket påfører brukeren eller pasienten. I § 9-5 andre ledd tredje punktum er dette formulert som at det "... må stå i forhold til det formålet som skal ivaretas." Det betyr at man må kunne si at belastningen som påføres tjenestemottakeren må fremstå som rimelig i forhold til den positive konsekvens tiltaket har medført for vedkommende eller andre. Vurderingen må gjøres konkret i hver situasjon.

I tilknytning til forholdsmessighetsvurderingen der tjenestemottaker er til fare for andre, vil spørsmålet om denne vurderingen blir annerledes dukke opp. I rundskrivet er hensynet til andre et tungtveiende argument;

"I situasjoner der risikovurderingen tilsier at det er nødvendig å iverksette tiltak etter § 9-5 tredje ledd bokstav a eller b for å hindre eller begrense alvorlig fysisk eller psykisk skade på **andre personer**, vil det som hovedregel måtte anses som forholdsmessig å bruke den tvang som er påkrevet for formålet."⁵⁰
(min utheving)

⁴⁸ Rundskriv IS-10/2015 s. 80.

⁴⁹ Rundskriv IS-10/2015 s. 80.

⁵⁰ Rundskriv IS-10/2015 s. 79.

Sammenligningsvis har man i lov 2.juli 1999 nr. 62 om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern (psykisk helsevernloven) en bestemmelse som gir forholdsmessighetsvurderingen et særlig innhold. Utgangspunktet er her at tvungent psykisk helsevern bare kan finne sted ”... hvor dette etter en helhetsvurdering framtrer som den klart beste løsning”, jf. § 3-3 nr. 7. Det beror altså på en forholdsmessighetsvurdering der tiltaket må stå i rimelig forhold til den belastning tiltaket medfører. Unntaket fremgår av det andre alternativet der ”... han eller hun utgjør en nærliggende og alvorlig fare for **andres** liv eller helse.” (min utheving), jf. § 3-3 nr. 7. Her stilles det ingen krav til forholdsmessighet der vedkommende utgjør en nærliggende og alvorlig fare for andre.

Dermed vil også forholdsmessighetsvurderingen etter kapittel 9 få et særlig innhold der vedkommende er en fare for andre. Etter EMK vil vernet av andres interesser medføre at et tiltak er forholdsmessig dersom disse er truet.

4. Særlig om kapittel 9 kan brukes som surrogat for tvungen omsorg

4.1 Opptakt- forvaltningsinngrep eller strafferettslig særreaksjon?

Der personer uten en psykisk utviklingshemming begår straffbare handlinger er det naturlig med en ordinær rettergang hvor man stilles for retten, og eventuelt straffes for lovovertrædelsen. Dette stiller seg ofte annerledes når handlingen er begått av en person med psykisk utviklingshemming. Mange av de er sårbare og hjelpetrengende, og et fengsel er naturlig nok ikke den rette plassen for dem å være. Alternativet blir da tvangstiltak etter kapittel 9, eller en strafferettslig særreaksjon.

Agder lagmannsretts dom av 24.05.2017⁵¹ (heretter: Agder) er et godt eksempel der vurderingen av tvangstiltak med den begrunnelse å verne andre for fare sto sentralt. Tjenestemottakeren i dommen var lett til moderat utviklingshemmet med betydelige atferdsproblemer. Han hadde utøvd alvorlig vold mot personale og andre ved flere anledninger. Spørsmålet i saken var gyldigheten av tvangstiltak (blant annet fotfølging utført av personal) etter kapittel 9. Det bemerkelsesverdige i saken var at volden personen utøvde bar preg av å være alvorlig, men det var aldri snakk om å anmelde eller straffeforfølge forholdene.

Et annet eksempel, men med et annet utfall, har vi i Borgarting lagmannsretts dom av 23.07.2014⁵² (heretter: Borgarting). Denne saken gjaldt også en lett til moderat utviklingshemmet mann med betydelige atferdsproblemer, samt alvorlig voldshistorikk. I motsetning til i Agder var spørsmålet her behovet for fortsatt tvungen omsorg.

⁵¹ se Agder lagmannsretts dom av 24.05.2017, LA-2016-080832.

⁵² se Borgarting lagmannsretts dom av 23.07.2014, LB-2014-77482.

Selv om dommene har mange likhetstrekk endte de to tilfellene opp i forskjellig lovverk. I Agder som et forvaltningsinngrep etter kapittel 9, og i Borgarting som en strafferettslig særreaksjon etter straffelovgivningen. Dommene viser hvordan retten på ulike måter forholder seg til vurderingen av fare for andre, og hvilke lovverk som skal brukes der psykisk utviklingshemmede begår lovbrudd.

I denne delen av oppgaven vil det først bli vurdert hvor langt ”nødsituasjonene” etter § 9-5 strekker seg. Deretter er fokuset rettet mot vurderingen av andres interesser utenfor ”nødsituasjonene”. Til slutt gis det et innblikk i saksforholdene i lagmannsrettsdommene, og dermed rekkevidden av kapittel 9 der psykisk utviklingshemmede begår lovbrudd.

4.2 Hvor langt strekker en ”nødsituasjon” seg?

4.2.1 ”Nødsituasjonene” etter bokstav a og b

Begrepet dukker opp i § 9-5 tredje ledd og hjemler ”skadeavvergende tiltak i nødsituasjoner” i bokstav a, og ”planlagte skadeavvergende tiltak i gjentatte nødsituasjoner” i bokstav b. Felles for bokstavene er at det er snakk om ”nødsituasjoner”. Forskjellen ligger i at det stilles strengere krav til saksbehandlingen, utredning, utprøving av andre løsninger, utforming av tiltak, planlegging og gjennomføring i bokstav b enn i bokstav a. I og med at det er snakk om ”gjentatte nødsituasjoner” i bokstav b har man også bedre tid til å planlegge og vurdere hvordan man eventuelt skal forholde seg til dette i en ”nødsituasjon”. Den strenge kontrollen gjør at tiltak etter bokstav b i større grad enn bokstav a er med på å ivareta tjenestemottakerens rettssikkerhet.

I forhold til psykisk utviklingshemmede med utfordrende atferd er dette gjerne en atferd der behovet for tvang må forventes å gjenta seg eller vedvare. Bruk av tvang etter bokstav b for ”planlagte skadeavvergende tiltak i gjentatte nødsituasjoner” blir dermed ofte mer aktuelt. Kravet til ”nødsituasjon” står likevel likt etter de to bokstavene, og hvor tiltakene hjemles er derfor ikke avgjørende i vurderingen av om det foreligger en ”nødsituasjon”.

4.2.2 Situasjonskravet

En ”nødsituasjon” tilsier etter en normal språklig forståelse at det er snakk om en ”konkret faresituasjon.” Dette var formuleringen som ble brukt i den tidligere sosialtjenesteloven kapittel 6A⁵³. I forarbeidene til bestemmelsen ble det presisert at skademuligheten må være ”nærliggende og påregnelig.”⁵⁴ At det er tale om en nødsituasjon tilsier at det grenser mot inngrep på grunnlag av nødrett. Dette støttes av blant annet Østenstad.⁵⁵

Det videre spørsmålet er hvor den nedre grensen for ”nødsituasjon” skal gå, og hvor lenge en slik situasjon kan pågå.

Østenstad mener at det er naturlig å knytte tolkningen av ”nødsituasjoner” til den tradisjonelle kjernebetydning begrepet har, og at det dermed er tale om situasjoner preget av et raskt handlingsforløp mot et krisepunkt der skaden vil inntreffe.⁵⁶ Situasjoner som ikke er akutte og som heller gradvis utvikler seg over tid vil etter denne forståelsen falle utenfor, og må eventuelt hjemles i bokstav c.⁵⁷

Et relevant eksempel der tvangstiltak etter bokstav b ble vurdert har vi i Sandefjord tingretts dom av 3.april 2008⁵⁸. Dommen gjaldt en kvinne som hadde begått flere knivran og tilfeller av ildspåsettelse. Hun hadde tidligere sonet fengselsstraff, men var nå underlagt omsorgstjenesten. Det aktuelle tvangstiltaket gjaldt fotfølging utført av én ledsager utenfor egen bolig, omtalt som ”tvungen ledsager” i dommen.⁵⁹ Tingretten vurderte at: ”tvangstiltakene tjener såvel samfunnets behov for vern som hennes egen livskvalitet, og tvangsmidlet ligger klart innen det formål § 4A-1 første ledd trekker opp.”⁶⁰

Dommen er aktuell i forhold til vurderingen av hvor langt en ”nødsituasjon” kan strekkes. Kommunens og spesialisthelsetjenestens tiltak var hjemlet i bokstav b: ”planlagte skadeavvergende tiltak i gjentatte nødsituasjoner”. Det bemerkelsesverdige er at fotfølgingen

⁵³ se lov 13.desember 1991 nr. 81 om sosiale tjenester § 6A-4 første ledd [opphevet].

⁵⁴ Ot.prp. nr. 58 (1994-1995) s. 39.

⁵⁵ Østenstad, Bjørn Henning: *Heimelsspørsmål i behandling og omsorg overfor psykisk utviklingshemma og aldersdemente*, 2011, s. 380 og 524.

⁵⁶ Østenstad (2011) s. 525.

⁵⁷ se pkt. 4.3 for nærmere vurdering av bokstav c.

⁵⁸ se Sandefjord tingretts dom av 03.04.2008, saksnr. 07-037407TVI-SAFO.

⁵⁹ se Sandefjord tingretts dom s. 4.

⁶⁰ se Sandefjord tingretts dom s. 7.

skulle gjennomføres døgkontinuerlig så lenge tiltaket varte, uavhengig av om det forelå en konkret faresituasjon eller ”nødsituasjon”. Østenstad har kritisert dette, og mener at fotfølgingen burde vært vurdert opp mot bokstav c.⁶¹ Problematikken dreier seg da om tiltaket hadde som formål ”... å dekke brukerens eller pasientens grunnleggende behov ...”.⁶²

I rundskrivet virker det som man har lagt seg på samme linje. Det sentrale synes å være at om tiltaket ikke kan utsettes eller unnlates uten at situasjonen må forventes å bli vesentlig mer kritisk eller komme ut av kontroll, foreligger det en ”nødssituasjon”.⁶³ Slik man da ser det foreligger det en nødsituasjon så lenge det er en kontinuerlig ”fare” for at en uønsket hendelse vil skje. Nødsituasjonen begrenser seg dermed ikke til forbigående situasjoner, men også til en mer pågående og permanent tilstand.

Det ser ut til at det var sånn Sandefjord tingrett også forholdt seg til tolkningen av nødsituasjonsbegrepet i sin dom. Selv om dette er en dom fra lavere rettsinstans, og skal tillegges liten eller ingen rettskildemessig betydning, er den likevel av interesse fordi den viser hvordan retten i de senere årene har tolket nødsituasjonsbegrepet utvidende.

Både rundskrivet og dommen fra Sandefjord tingrett viser at det i dag har blitt vurdert som at ”nødsituasjoner” også kan tolkes som en mer vedvarende og permanent tilstand, selv om det ikke foreligger en konkret faresituasjon. Dette står i kontrast til hvordan ”nødsituasjoner” tidligere ble vurdert i forarbeidene. En slik tolkning vil sannsynligvis føre til flere tvangstiltak vurdert som ”nødsituasjoner” enn det som var den tidligere forståelse av en ”konkret faresituasjon” etter kapittel 6A i sosialtjenesteloven. Likevel reiser det et interessant juridisk spørsmål om en slik forståelse av ”nødsituasjon”, som rundskrivet og tingretten legger seg på, er formålstjenlig med kapittel 9. En vurdering av bokstav c krever derfor en nærmere drøftelse.

⁶¹ Østenstad (2011) s. 397.

⁶² Se nærmere vurdering av bokstav c i pkt. 3.2.

⁶³ Rundskriv IS-10/2015 s. 86.

4.3 Hvor langt strekker bokstav c seg i vernet av andres interesser?

4.3.1 Utenfor ”nødsituasjonene” etter bokstav c

Selv om det viser seg at man har lempet noe på nødsituasjonsbegrepet er det likevel flere situasjoner der man er utenfor det som kan defineres som en ”nødsituasjon”. Bruk av tvang og makt kan da eventuelt hjemles i § 9-5 tredje ledd bokstav c, og gjelder ”tiltak for å dekke brukerens eller pasientens grunnleggende behov...”. Lovgiver har med det nedfelt særlige skranker for hvilke interesser som kan vernes utenfor nødssituasjonene i bokstav a og b.

Tiltak etter bokstav c skal i utgangspunktet ”...dekke **brukerens** eller **pasientens** grunnleggende behov...” (min utheving). Etter ordlyden skal andre behov enn brukerens eller pasientens falle utenfor. Denne forståelsen støttes også av rundskrivet som slår fast at tiltak etter denne bokstaven primært har som ”... formål å hindre eller begrense vesentlig skade på tjenestemottakeren selv”.⁶⁴ Hensynet til tjenesteyterne, medbeboere eller andre gir dermed i utgangspunktet ikke grunnlag for å iverksette tiltak etter bokstav c.

Primært tar bestemmelsen sikte på å dekke grunnleggende behov til psykisk utviklingshemmede som ikke er i stand til å ivareta disse på egen hånd. Typiske eksempler på tvangstiltak hjemlet i bokstav c er hjelp til tannpuss, dusj, bruk av sengehest for at brukeren ikke skal falle ut av sengen osv. Mens de første går på konkrete grunnleggende behov: ”mat og drikke, påkledning, hvile, søvn og hygiene”, går den siste ut på ”personlig trygghet”. Selv om ”personlig trygghet” i utgangspunktet skal ”... dekke brukerens eller pasientens grunnleggende behov ...” kan det spørres om dette også kan omfatte situasjoner der tjenestemottaker er til fare for andre. Spørsmålet er om en krenkelse av andres interesser også kan representere en fare for ”vesentlig skade” på tjenestemottakeren selv.

⁶⁴ Rundskriv IS-10/2015 s. 87.

4.3.2 Kan ”personlig trygghet” også dekke andres interesser?

For å forstå problemstillingen kommer et eksempel:

Se for deg en tjenestemottaker som vurderes å få tvangstiltak hjemlet etter bokstav c. Tiltaket gjelder fotfølging utført av tjenestepersonalet. Personen oppleves i utgangspunktet som rolig, men har brukt alvorlig vold mot andre tidligere. Det foreligger ingen konkret faresituasjon som utgjør en ”nødsituasjon” etter bokstav a eller b, så disse er uaktuelle. Tvangstiltaket må derfor eventuelt hjemles etter bokstav c. Tiltaket gjelder heller ikke direkte ”tiltak for å dekke brukerens eller pasientens grunnleggende behov for mat og drikke, påkledning, hvile, søvn, hygiene ...”. Spørsmålet er om fotfølgingen da kan forsvares med å dekke tjenestemottakers ”... grunnleggende behov for ... personlig trygghet ...”, jf. § 9-5 tredje ledd bokstav c.

Dersom vedkommende vurderes til å ha en generell risiko for farlig atferd, som kan resultere i en straffbar handling, kan en avverging av dette medføre mindre inngrep overfor tjenestemottakeren enn en eventuell strafferettslig reaksjon. Selv om den hypotetiske situasjonen ville rettet seg mot en annens interesser (fravær av vold) kan den muligens også sies å ha dekket tjenestemottakers ”... grunnleggende behov for ... personlig trygghet ...”. Dette kan begrunnes med at en eventuell annen reaksjon ofte ville vært mer inngripende enn selve fotfølgingen. En straffereaksjon ville sannsynligvis også kunne medført ”vesentlig skade” på tjenestemottakeren selv. Som en naturlig konsekvens har man dermed i tillegg ivaretatt ”... brukerens eller pasientens grunnleggende behov... ”.

”Personlig trygghet” er ikke nærmere presisert hverken i kapittel 9 eller i lovens forarbeider. I rundskrivet fremgår det at ”utgangspunktet for vurderingen må imidlertid også her være at det er *pasientens eller brukerens* grunnleggende behov som skal dekkes.”⁶⁵ Det avskjærer dermed en mulighet for å anvende bokstav c der formålet først og fremst er å hindre eller begrense vesentlig skade på andre enn tjenestemottakeren. Det er derimot gitt en generell vurdering om forholdet til vernet av andre ved skadelig atferd og grensen mot straffelovgivningen i forarbeidene til den tidligere sosialtjenesteloven:

”Anvendelse av tvangstiltak må først og fremst ta utgangspunkt i vern av tjenestemottakeren og ivaretagelse av vedkommendes interesser ...

Røkke-utvalget la til grunn at ivaretagelse av andre formål enn ”hensyn til beboers livssituasjon” måtte hjemles i straffelovens bestemmelser om nødsituasjoner, §§ 47 og 48.

Departementet ga i *høringsnotatet* uttrykk for at dette ville være en for snever formålsavgrensing. Også hensynet til vern av tjenesteytere, andre personer og andres eiendeler bør fanges opp av

⁶⁵ Rundskriv IS-10/2015 s. 88.

lovbestemmelsene. Mangel på tiltak mot skadelig atferd rettet mot omgivelsene vil kunne føre til at politiet og strafferettspleien blir involvert, og at vedkommende pådrar seg erstatningsansvar. Departementet kan ikke se at dette er en ønskelig løsning. Også psykisk utviklingshemmede må stå til ansvar så langt dette følger av strafferettens regler, men i den grad handlingene skjer mens vedkommende mottar tjenester - og tjenesteutøverne har muligheter for å gripe inn - bør lovutkastet følge opp dette.”⁶⁶

Med denne forståelsen synes det avgjørende å være om handlingen skjer ”... mens vedkommende mottar tjenester- og tjenesteutøverne har muligheter for å gripe inn ...” Denne forståelsen er ytterligere presisert i brev fra Helse- og omsorgsdepartementet til Fylkesmannen i Oslo og Akershus hvor vurderingen av om ”personlig trygghet” også kan ivareta andres interesser sto sentralt:

”Det er ikke noe i veien for at tiltaket ivaretar andres behov for trygghet/beskyttelse også, men andres behov er ikke sentral i vurderingen. Etter departementets vurdering kan hensynet til den utviklingshemmede selv i gitte situasjoner tilsi at tiltak som skal beskytte vedkommende mot utnyttelse/skade, erstatningskrav og straffeforfølgning i utgangspunktet bør omfattes av bestemmelsen. I den forbindelse bør det ses hen til om det er stor sannsynlighet for at nye lovbrudd//selvskading etc. vil bli begått dersom det ikke iverksettes beskyttelsestiltak.”⁶⁷

Problemstillingen synes å være spesielt aktuell der tjenestemottakeren står i fare for å bli idømt en strafferettslig særreaksjon, som innebærer et klart mer alvorlig inngrep enn tiltaket som er aktuelt etter bokstav c. Eksempelet fra Sandefjord tingrett⁶⁸ viser nettopp dette: Som tidligere nevnt var tvangstiltakene i dommen hjemlet i bokstav b. I og med at dette var en døgkontinuerlig fotfølging så lenge tiltaket varte er det nærliggende å tenke at tiltakene kunne vært vurdert opp mot bokstav c. Dermed blir dommen aktuell i den grad man kan hjemle tvangstiltak her med hensyn til den generelle samfunnsbeskyttelse.

Tjenestemottakeren var tidligere straffedømt, og retten bemerket at tiltaket var ”... først og fremst en beskyttelse av samfunnet rundt henne ...” Her går tingretten langt i å begrunne tiltakene med behovet for samfunnsvern. Likevel presiserte de at tjenestemottaker samtidig ble skjermet ”... mot konsekvensene av sine handlinger og politiets eventuelle mer massive og belastende intervensjon.”⁶⁹ Igjen kan det presiseres at dommen skal gis lite rettskildemessig

⁶⁶ Ot.prp. nr. 58 (1994-1995) pkt. 3.4.1.

⁶⁷ Brev fra Helse- og omsorgsdepartementet til Fylkesmannen i Oslo og Akershus (2009) s. 3.

⁶⁸ se Sandefjord tingretts dom av 03.04.2008, saksnr. 07-037407TVI-SAFO.

⁶⁹ se Sandefjord tingretts dom s. 6.

betydning. Den reiser likevel en interessant problemstilling om tvangstiltak etter kapittel 9 kan brukes med den begrunnelse å verne samfunnet mot farlige psykisk utviklingshemmede, som dermed også kan medføre at tiltaket er med på ”... å dekke brukerens eller pasientens grunnleggende behov...”

En slik forståelse vil også ivareta andre viktig hensyn i kapittel 9. Blant annet kravet til nødvendighet i § 9-5 andre ledd tredje punktum, som innebærer at det minst inngripende tiltaket skal benyttes. Dersom en strafferettslig særreaksjon er alternativet, og formålet med f.eks. en fotfølging er å unngå dette, vil stort sett et tvangstiltak etter bokstav c være det minst inngripende. Likevel viser gjennomgangen av forarbeidene og brev fra Helse- og omsorgsdepartementet at andres behov ikke skal være sentral i vurderingen. Det videre spørsmålet blir dermed i hvilken grad andres interesser kan stå som det sentrale argumentet for tvangstiltak etter bokstav c, og når man eventuelt skal straffeforfølge forholdene.

4.4 Hvor langt strekker lagmannsretten seg i vernet av andres interesser?

4.4.1 Innledning

Det er i vurderingen av rekkevidden av kapittel 9 de to dommene fra lagmannsretten dukker opp. Når det er begått straffbare handlinger blir spørsmålet om man skal videre straffeforfølge forholdene eller om bruk av kapittel 9 gir tilstrekkelig samfunnsvern høyst reell. I en slik vurdering er det ikke bare behovet for samfunnsvern man må ta hensyn til, men også ivaretagelsen av tjenestemottakeren interesser. De to dommene vil nå bli belyst for å vise forskjeller og likheter på hvordan lovbrudd begått av psykisk utviklingshemmede blir behandlet i systemet. Tilslutt gis det en vurdering av når det er aktuelt å gå til en anmeldelse, og at man dermed faller utenfor kapittel 9s virkeområde.

4.4.2 Lovenes formål

I og med at man har med eventuelle straffbare forhold å gjøre er det hensiktsmessig å starte med formålene i kapittel 9 opp mot straffelovens formål, og hvilke interesser de to skal ivareta.

Som det gjennomgående har vært fokus på er formålet til kapittel 9 å ivareta rettssikkerheten til personer med psykisk utviklingshemming, gjennom ”... å hindre at personer med psykisk utviklingshemming utsetter seg selv eller andre for vesentlig skade og forebygge og begrense bruk av tvang og makt.”, jf. § 9-1 første ledd. Helse- og omsorgstjenesteloven er en rettighetslov hvor siktemålet er å ivareta tjenestemottakerens interesser, men også andres interesser.

På motsatt side har vi straffelovgivningen. Den har som hovedformål å virke allmennpreventiv, samt og sikre den enkelte borgers sikkerhet og trygghet.⁷⁰ Mens helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 gjelder ”... personer med psykisk utviklingshemning”, jf. § 9-2 første ledd, gjelder straffeloven ”... for handlinger foretatt i Norge ...”, jf. straffeloven § 4. Altså uavhengig av hvem som har begått handlingen.

De aktuelle lovene har vidt forskjellige formål og anvendelsesområder. Likevel vil grensen mellom de være overlappende når det gjelder psykisk utviklingshemmede som begår straffbare handlinger. Her vil begge lovgivningene kunne komme til anvendelse. Problematikken reiser seg der man tilsynelatende yter omsorgstjenester for den psykisk utviklingshemmede, men fokuset retter seg mot å verne samfunnet mot potensielle straffbare handlinger begått av vedkommende.

4.4.3 I hvilken grad ivaretar dommene kapittel 9 sitt formål?

I Borgarting gjaldt saken om det fortsatt var behov for tvungen omsorg, mens det var gyldigheten av tvangstiltak etter kapittel 9 som var spørsmålet i Agder. Begge sakene omhandlet personer med lett til moderat psykisk utviklingshemming, med betydelige atferdsproblemer, samt alvorlig voldshistorikk overfor personalet og andre.

Vedkommende i Borgarting hadde begått forsøk på drap, samt knivstikking. Han var tidligere dømt for flere alvorlige straffbare handlinger. Tjenestemottakeren i Agder hadde en generell utfordrende og farlig atferd. Lagmannsretten nevner bl.a.: ”...angrep på ansatte med skrujern, forsøk på ildspåsettelse, angrep på en eldre dame under rømning, kasting av gjenstander og sten på ansatte, gjentatte ødeleggelser av inventar/TV i leiligheten hans, rømning vinterstid der han hopper i sjøen, farlige trafikksituasjoner når han har vært ute, utskjelling, trusler

⁷⁰ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004): Om lov om straff (straffeloven). pkt. 6.3.1.

m.v.”⁷¹ Angrepene kom gjerne uten forvarsel og psykologen vurderte vedkommende som ”uforutsigbar og eksplosiv”.⁷² Det fremgår ikke av dommen fra Agder at noen av tilfellene var politianmeldt. Det må derfor legges til grunn at det ikke ble gjort.

Til sammenligning kan man se at det er to personer med mange likhetstrekk. Begge er voksne menn med en mental alder på ca. 8-9 år, de har betydelige atferdsproblemer, og de har ved gjentatte anledninger brukt alvorlig vold mot personalet og tilfeldige personer. At begge forholdene resulterte i (eller fare for) ”vesentlig skade” på andre er det liten tvil om. Dette bemerket også retten.

I dommen fra Borgarting sto ivaretagelsen av andres interesser sentralt og lagmannsretten bemerket dette ved at ”... bruk av tvang etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 ikke vil gi tilstrekkelig samfunnsvern.”⁷³ Dermed ville ikke eventuelle tvangstiltak ivareta kapittel 9 sitt formål. Lagmannsretten påpekte at kapittel 9 gjelder ”... helse- og omsorgstjenester ... hvor personen normalt ikke utgjør en fare for samfunnet.”⁷⁴

I dommen fra Agder hadde man en annen innfallsvinkel. Lagmannsretten begrunnet tvangstiltakene som til ”... dels å være av skadeavvergende karakter, men også iverksatt for å dekke hans grunnleggende behov”.⁷⁵ Spørsmålet blir da om tiltakene som var av ”skadeavvergende karakter”, og som var gitt for å verne andres interesser, overskygget de tiltakene som ble gitt for å ”... dekke hans grunnleggende behov”.

Det fremgår av faktum at voldsbruken mot andre var alvorlig. Blant annet angrep tjenestemottakeren ansatte med skrujern, samt slo ansatt hardt i hodet flere ganger i løpet av årene 2012 og 2013. ”Voldsbruken hans påførte henne en nakkeskade som hun fremdeles sliter med”.⁷⁶ Slik faktum beskrives er dette voldshandlinger som grenser opp mot alvorlighetsgraden i Borgarting.

⁷¹ se Agder lagmannsretts dom s. 9.

⁷² se Agder lagmannsretts dom s. 10.

⁷³ se Borgarting lagmannsretts dom s. 6.

⁷⁴ se Borgarting lagmannsretts dom s. 5.

⁷⁵ se Agder lagmannsretts dom s. 13.

⁷⁶ se Agder lagmannsretts dom s. 9.

Videre ble det i dommen opplyst om at "... seks av syv ansatte rundt A har sluttet eller blitt overflyttet til andre oppgaver etter eget ønske. Alle oppga frykt for voldsutbruddene hans som grunn for at de sluttet."⁷⁷ Selv om tvangstiltakene ble begrunnet med "... å dekke brukerens eller pasientens grunnleggende behov...", jf. hol. § 9-5 tredje ledd bokstav c, er det flere forhold som tilsier at tvangstiltakene i hovedsak rettet seg mot "...å hindre at personer med psykisk utviklingshemning utsetter ... **andre** for vesentlig skade" (min utheving), jf. hol. § 9-1 første ledd. Dermed ser mye av begrunnelsen for tiltakene ut til å være ivaretagelse av andres interesser og den generelle samfunnsbeskyttelse. Om tiltakene var med på å ivareta lovens formål er derfor usikkert.

4.4.4 Når er man utenfor kapittel 9 sitt virkeområde?

Som dommen fra Agder viser er det en generell høy terskel for å anmelde straffbare handlinger begått av psykisk utviklingshemmede, og omfatter stort sett bare alvorlige lovbrudd. Mye begrunnes nok med at man har en oppfatning om at pleietrengende og sårbare mennesker i stor grad skal ivaretas av omsorgstjenesten. Likevel fremgår det av Grunnloven § 98 at "alle er like for loven". Når politi/påtalemyndighet og domstolene er blitt tildelt oppgaven å ivareta den generelle samfunnsbeskyttelse, skal derfor i utgangspunktet lovbrudd begått av psykisk utviklingshemmede også behandles av disse etatene.

For at man skal havne utenfor kapittel 9 sitt virkeområde, der en psykisk utviklingshemmet har begått eller står i fare for å begå et lovbrudd, kreves det først og fremst en anmeldelse av forholdet. Dersom dette ikke blir gjort vil ikke politiet bruke tid og ressurser på å etterforske saken og ansvaret faller tilbake på kommunen. Som gjennomgangen viser blir alternativet da kontroll- og sikkerhetstiltak i form av tvang etter kapittel 9.

For å belyse rekkevidden av kapittel 9, og når man eventuelt faller utenfor dens virkeområde, er det hensiktsmessig å se på forholdene som er avgjørende for om man skal gå rettens vei ved lovbrudd begått av psykisk utviklingshemmede. Nordlandsforskning kom i 2005 med en veileder for hvordan denne vurderingen kan gjøres.⁷⁸ Argumenter fra denne vil nå bli vurdert, og dommen fra Agder lagmannsrett vil bli brukt som eksempel.

⁷⁷ se Agder lagmannsretts dom s. 9.

⁷⁸ Nordlandsforskning: "Når personer med utviklingshemming begår lovbrudd". *Ny veileder for habiliteringstjenesten i Nordland- 2.utgave*, 2005.

4.4.4.1 Lovbruddets karakter og alvorlighetsgrad

I enkelte alvorlige saker, slik som mordbrann, voldtekt, seksuell omgang med noen under 14 år, betydelig kroppsskade, drap og ran, har man en plikt til å anmelde forholdet. Denne plikten går foran taushetsplikten man har etter helse- og omsorgstjenesteloven § 12-1, jf. forvaltningsloven §§ 13 til 13e.

I forhold til dommen fra Agder er dette på grensen til hva som omfattes. Slik som voldshandlingene i dommen er beskrevet vil det ikke være en betydelig kroppsskade, men heller ikke langt unna. Når det er snakk om alvorlig voldsbruk hvor en ansatt fikk en nakkeskade er det klart nok at lovbruddet var av en viss alvorlighet. Noe som også kan trekkes inn i denne vurderingen er om det er begått gjentakende mindre alvorlige lovbrudd. Dette kan samlet sett tilsi at det er alvorlig nok til at det bør anmeldes, og bringes inn for politiet.⁷⁹ I og med at man hadde å gjøre med gjentakende voldshandlinger veier dette mot at hendelsene kunne vært anmeldt.

4.4.4.2 Hvordan fornærmede opplever situasjonen

Dersom ikke lovbruddet er av en slik alvorlighetsgrad som nevnt over må det i tillegg legges vekt på hvordan fornærmede opplever situasjonen. I dommen fra Agder fremgår det at voldshandlingene mot den ansatte resulterte i en nakkeskade som vedvarte. Noen beskrivelse av skadeomfanget utover dette nevnes ikke i faktum, men hendelsen ble ikke anmeldt av fornærmede. Det fremgår også at seks av syv ansatte rundt tjenestemottakeren sluttet eller ble overflyttet til andre oppgaver etter eget ønske.⁸⁰ Alle oppga frykt for voldsutbruddene som grunn for at de sluttet. At voldshandlingene har vært med å skape frykt blant tjenesteyterne er derfor klart, og burde blitt tillagt vekt i vurderingen av om man skulle ha gått til politiet og anmeldt forholdene.

4.4.4.3 Gjentakelsesfare

Videre må det vurderes i hvilken grad det er fare for gjentakelse. I den aktuelle sak ble personen voldsrisikovurdert av spesialisthelsetjenesten. Konklusjonen var;

”...at risikoen for voldelig adferd er "moderat" med det sikkerhetsregime man nå har etablert rundt ham, mens risikoen vurderes som "høy" for at eventuelle voldshandlinger vil være alvorlige. Uten dagens

⁷⁹ Nordlandsforskning (2005) pkt. 3.4 s. 13.

⁸⁰ se Agder lagmannsretts dom s. 9.

tiltak vurderes voldsrisikoen for "høy/akutt" med "høy" risiko for alvorlig voldsbruk."⁸¹

Dette gir klare holdepunkter for at de aktuelle tiltakene, med "fotfølging" utført av to ledsagere, hadde god effekt.⁸² På en annen side tilsier det også fare for gjentakelse av alvorlig voldsbruk. Derfor burde man muligens ha latt politiet vurdere om vedkommende skulle blitt videre straffeforfulgt. I dommen fra Borgarting om opprettholdelse av tvungen omsorg sto gjentakelsesfaren sentralt. Her ble nettopp "faren for fremtidig vold" tungen på vektskålen for fortsatt tvungen omsorg. Lagmannsretten fremhevet at tiltak etter kapittel 9 ikke ville gi tilstrekkelig samfunnsvern.⁸³

4.4.4.4 Andre løsninger

Det siste og mest avgjørende i vurderingen av om voldshandlingene burde anmeldes, er om saken kan løses på andre måter. Et slikt vilkår finner man også i § 9-5 første ledd første punktum, der "andre løsninger ... skal være prøvd ...". I forhold til anmeldelse av et lovbrudd står dette som et lignende prinsipp der tiltak etter kapittel 9 kan være hensiktsmessig i stedet for anmeldelse. I dommen fra Agder var det nettopp dette som ble gjort gjennom opprettholdelse av tvangstiltak. I dommen fra Borgarting ble det vurdert, men konklusjonen var at det ikke var forsvarlig og hensiktsmessig å gå bort ifra tvungen omsorg.

Uansett er det totalen som blir avgjørende for om et lovbrudd skal bli anmeldt, eller om tiltak etter kapittel 9 gir tilstrekkelig vern for tjenestemottaker og andre. Så lenge det ikke er tale om et alvorlig lovbrudd er det opp til den fornærmede og kommunen om man skal gå til en anmeldelse. I mange tilfeller vil tvangstiltak ofte være nok til at man får en ansent og farlig situasjon under kontroll. I andre tilfeller kan atferden som fører til lovbrudd være av en så alvorlig og utfordrende karakter at det ikke er mulig for helse- og omsorgstjenesten å gi den tilstrekkelige hjelp, behandling og omsorg den psykisk utviklingshemmede trenger.

I og med at man har å gjøre med en utfordrende brukergruppe, med vidt forskjellige behov, er det desto vanskeligere for helse- og omsorgstjenesten å avgjøre hva som er den mest hensiktsmessig løsning i enhver situasjon. I veilederen er det gitt en pekepinn på hvordan vurderingen kan gjøres;

⁸¹ se Agder lagmannsretts dom s. 13 og 14.

⁸² se Agder lagmannsretts dom s. 10.

⁸³ se Borgarting lagmannsretts dom s. 6.

”Som en generell veiledning kan en si at jo alvorligere et lovbrudd er (eks. seksuelle overgrep, vold med skaderesultat), jo mer krenkende fornærmede opplever dette og jo større faren for gjentakelse er, jo større grunn er det for å anmelde en sak ... Terskelen for anmeldelser bør generelt sett være så vidt høy at det ikke virker urimelig og framtrer som en lettvinnt løsning.”⁸⁴

Med dette lagt til grunn beror det på en konkret helhetsvurdering der momentene som har blitt belyst over danner grunnlaget for om man skal gå til en anmeldelse av lovbruddet. Med tanke på dommen fra Agder er det klart nok forhold som tilsier at en anmeldelse kunne vært hensiktsmessig. På en annen side virker det som tvangstiltakene etter kapittel 9, med bl.a. fotfølging utført av to ledsagere, virket etter sitt formål. Med slik omfattende overvåking og kontroll var risikoen for voldelig atferd mot andre begrenset til det moderate.

4.4.4.5 Ethiske aspekter og andre hensyn ved å gå til anmeldelse av en psykisk utviklingshemmet

Et argument for at man i saken fra Agder ikke valgte å gå til anmeldelse av den psykisk utviklingshemmede er muligens hjelpebehovet og det sammensatte diagnosebildet vedkommende hadde. Det er derfor nærliggende å tro at kommunen syntes det var vanskelig å eventuelt gå til en anmeldelse. En naturlig konsekvens av det å jobbe i omsorgstjenesten er at man får et nært forhold til tjenestemottakerne. Det å gå til anmeldelse av en tilsynelatende hjelpetrengende pasient kan derfor virke etisk vanskelig. Da føles det ofte mer riktig at kommunen og omsorgstjenesten tar ”støyten”, og ordner opp i vanskelige situasjoner på egen hånd uten å få i gang maktapparatet.

I andre tilfeller stiller dette seg annerledes. Ved alvorlige lovbrudd skal ikke kommunen ha ansvaret alene. Ansvar for sikkerhet og samfunnsbeskyttelse er ikke kommunens anliggende, men skal ivaretas av politi/påtalemyndighet og domstol.⁸⁵ Selv om en anmeldelse kan virke uforholdsmessig inngripende overfor brukergruppen er ikke dette en straff i seg selv. Det eneste man gjør er å overføre ansvaret for håndteringen av gitte situasjoner til de som er pålagt å ta seg av disse.

⁸⁴ Nordlandsforskning (2005) pkt. 3.2 s. 12.

⁸⁵ Nordlandsforskning (2005) pkt. 3.8 s. 16.

Ved vurderingen av anmeldelse må det også ses hen til situasjonen. Det kan ofte være vanskelig å skille mellom det som betraktes som alvorlige atferdsproblemer, eller utfordrende atferd, og det som må betegnes som lovbrudd. Mens de to første som regel blir kommunens ansvar, er den siste politiets, påtalemyndighetenes og domstolenes ansvar. Når det gjelder saken fra Borgarting var dette et alvorlig lovbrudd, som måtte ende med en opprettholdelse av en strafferettslig særreaksjon, tvungen omsorg. I Agder sto man derimot ovenfor et tilfelle med utfordrende atferd i form av vold mot andre. Noe som bl.a. resulterte i en nakkeskade hos en ansatt. Voldshandlinger er ulovlig, og dermed et lovbrudd som kan gi en strafferettslig reaksjon. På en annen side viser dommen at tjenestetilbudet fungerte godt gjennom de omfattende tvangstiltakene, og man slapp dermed den påkjenningen en eventuell straffesak ville hatt på vedkommende selv og de rundt ham. Likevel kan det spørres om det er riktig at helse- og omsorgstjenesten skal håndtere og løse alle situasjoner som oppstår.

4.5 Konklusjon

Problematikken om kapittel 9 kan brukes som surrogat for tvungen omsorg har ikke vært oppe til Høyesterett enda. Om tvangstiltak utenfor kan gis med det hovedformål å verne andre mot farlig psykisk utviklingshemmede har derfor en uklar rettstilstand.

Som gjennomgangen viser er det ulike forståelser av når man er i og utenfor en ”nødsituasjonen” etter bokstav a og b. Så lenge man er i en ”nødsituasjon” er ivaretagelsen av andres interesser et legitimt formål fordi det er snakk om en overhengende fare. Hensynet til andres interesser vil da veie tungt. Annerledes blir det når man er utenfor ”nødsituasjonene” i bokstav c. Ved en liberal tolkning av ”nødsituasjon”, slik som tingretten gjorde, vil det sannsynligvis også være mindre press på å bruke bokstav c som substitutt for å ivareta andres interesser. Dette har blitt kritisert i litteraturen og det er derfor uklart om en slik utvidende tolkning kan forsvares og er formålstjenlig etter kapittel 9.

Lagmannsretten, Helse- og omsorgsdepartementet, forarbeider og rundskriv viser at det er en oppfatning om at tvangstiltak etter kapittel 9 kan brukes for å verne andres interesser, herunder den generelle samfunnsbeskyttelse. På en annen side ligger kapittel 9 sitt formål om å ivareta rettssikkerheten til de psykisk utviklingshemmede i bunn, og det er deres hensyn

som først og fremst skal stå i fokus ved anvendelsen av kapitlet. Derimot kan en ivaretagelse av andres interesser medføre en ivaretagelse av tjenestemottakers interesser. Ved en slik forståelse kan også kapittel 9 sitt formål ivaretas. En tankevekker er likevel om det er riktig at helse- og omsorgstjenesteloven med vidt forskjellige formål fra straffelovgivningen kan brukes som surrogat for denne.

Der en psykisk utviklingshemmet står i fare for, eller har begått, et lovbrudd må vurderingen av om man skal til anmeldelse bero på de konkrete omstendigheter. Enkelte tjenestemottakere kan ikke ivaretas av omsorgstjenesten. Spesielt gjelder dette der det er begått alvorlige lovbrudd. Likevel viser underrettspraksis at det er en oppfatning om at psykisk utviklingshemmede i størst mulig grad skal ivaretas av helse- og omsorgstjenesten i kommunene.

5. Rettspolitiske og avsluttende betraktninger

5.1 Hvordan løses farlighetsproblematikken i Norge i dag?

5.1.1 Innledning

I forlengelsen av om kapittel 9 fungerer som surrogat for tvungen omsorg rettes blikket videre mot hvordan dagens løsning fungerer. Helse- og omsorgstjenesten står i det daglige overfor store utfordringer, som de i enkelte tilfeller ikke har forutsetninger for å ta seg av. Blant annet viser gjennomgangen at kapittel 9 blir brukt for å ivareta andres interesser og det generelle samfunnsvern. Selv om dette ikke var hensikten med lovgivningen har den tilsynelatende fungert, i den grad helse- og omsorgstjenesten klarer å ivareta psykisk utviklingshemmede med utfordrende og farlig atferd. Likevel er det i utgangspunktet ikke omsorgstjenestens oppgave å ivareta sikkerhet og samfunnsbeskyttelse. Som praksis viser er det imidlertid blitt en forståelse av at tvangstiltak kan brukes som surrogat for de strafferettslige særreaksjonene. Dermed faller ansvaret tilbake på kommunen og omsorgstjenesten.

I den avsluttende delen av oppgaven vil noen relevante rettspolitiske betraktninger kort bli belyst for at man skal danne seg et bilde av hvordan farlige psykisk utviklingshemmede blir behandlet i dag. Blir rettssikkerheten til tjenestemottakeren og andre i tilstrekkelig grad ivaretatt? Og finnes det alternative løsninger til hvordan det er i dag?

5.1.2 Få på tvungen omsorg

Statistisk sentralbyrå hadde i 2007 en gjennomgang av bruken av de nye strafferettslige utilregnelighetsregler og særreaksjoner fem år etter at de trådte i kraft. Resultatet viste at betydelig færre ble ilagt en særreaksjon sammenlignet med de som etter den tidligere lovgivningen ble ilagt en sikringsdom. En stor del av nedgangen ble forklart i en større oppmerksomhet rundt de alvorligste lovbruddene.⁸⁶ En gjennomgang av senere data viser den samme trenden. I fjor satt det det ni menn på tvungen omsorg, og siden ordningen ble opprettet i 2002 har bare 21 personer blitt dømt til denne særreaksjonen.⁸⁷

⁸⁶ Statistisk sentralbyrå v/ Thorsen, Lotte Rustad: "Nye særreaksjoner mindre brukt". *Samfunnsspeilet* 1/2007-20.årgang, 2007, s. 22.

⁸⁷ Flyum, O. & Svendsen, C.: "Vil ha flere farlige utviklingshemmede". *NRK*. 2016.

Grunnen til at tvungen omsorg brukes i såpass liten grad kan være at dette er en ordning for personer med psykisk utviklingshemming i høy grad. Den veiledende grensen går ved IQ på under 55, og man anses da som strafferettslig utilregnelig.⁸⁸ Forskning har vist at det er mindre forekomst av lovbrudd hos de med alvorligere grader av utviklingshemming enn hos lettere utviklingshemmede.⁸⁹ At tvungen omsorg derfor brukes i såpass liten grad kan muligens forklares noe med dette.

To eksempler fra lagmannsretten viser imidlertid at mye av grunnen også kan ligge i at terskelen for bruk av tvungen omsorg ligger høyt:

Gulating lagmannsretts dom av 26. april 2007⁹⁰:

En psykisk utviklingshemmet mann ble av tingretten dømt til tvungen omsorg for frihetsberøvelse av unggutter, seksuelle overgrep og knivtrusler. Lagmannsretten kom til at mannen måtte frifinnes fordi de straffbare forholdene ikke var alvorlige nok for å kunne dømmes til tvungen omsorg. Retten fant det likevel bevist at mannen hadde truet en miljøterapeut med brødkniv, og tre tilfeller der mannen hadde forsøkt å dra unge gutter vekk før han ble stoppet av tilfeldige forbipasserende. I ett av tilfellene dro han gutten inn i en fotgjengerundergang, la seg over gutten, presset seg mot han og gjorde samleiebevegelser. I etterkant forsøkte han å dra gutten inn i et skogholt, men ble stoppet.

Eidsivating lagmannsretts dom av 10. september 2007⁹¹:

En mann ble først dømt til fengsel for seksuell omgang med to mindreårige jenter. Saken ble gjenopptatt da bl.a. to rettspsykiatriske erklæringer viste at tiltalte var utviklingshemmet i høy grad. Han ble av tingretten dømt til tvungen omsorg, men i 2007 kom lagmannsretten til at mannen skulle frifinnes. Retten la vekt på at 24-åringen hadde hatt positiv fremgang, og mente at faren for gjentakelse ikke var nærliggende.

⁸⁸ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) pkt. 15.4.

⁸⁹ se bl.a. Lund, Jens: "Mentally retarded criminal offenders in Denmark", *British Journal of Psychiatry*, 156, 1990, s. 726-731, og Holland, T. m.fl. Prevalence of "criminal offending" by men and women with intellectual disability and the characteristics of "offenders": implications for research and service development". *Journal of intellectual disability research*, 46, 2002, s. 6-20.

⁹⁰ se Gulating lagmannsretts dom av 26.04.2007, publisert LG-2006-173707.

⁹¹ se Eidsivating lagmannsretts dom av 10.09.2007, publisert LE-2006-167596-2.

Dommene viser at terskelen for bruk av tvungen omsorg ligger langt høyere enn bruk av de ordinære strafferettslige reaksjonene. Selv om handlingene var grove, og ble begått mot mindreårige, er ikke dette nok for å få dom på tvungen omsorg. I tillegg må faren for gjentakelse være ”nærliggende”, jf. strl. § 63 jf. § 62. I Eidsivating lagmannsrett fikk mannen i utgangspunktet en fengselsstraff. Siden vedkommende senere viste seg å være utviklingshemmet i høy grad slapp han noen form for reaksjon. Igjen falt ansvaret tilbake på omsorgstjenesten i kommunen.

En annen grunn til at få psykisk utviklingshemmede sitter på tvungen omsorg kan være at få saker mot denne gruppen mennesker blir fulgt opp i straffesystemet. Dommene som er gjennomgått viser at påtalemyndighetene ofte er tilsynelatende fornøyde med at helse- og omsorgstjenesten skal ta seg av farlige psykisk utviklingshemmede. Når fengsel naturlig nok ikke er den ideelle løsningen for brukergruppen, og bruken av tvungen omsorg er lav, ser påtalemyndigheten i liten grad hensikten med å straffeforfølge lovbrudd begått av psykisk utviklingshemmede.

5.1.3 Høy henleggelsesrate ved lovbrudd begått av utviklingshemmede

En annen tankevekker i det norske systemet er det store antallet saker mot psykisk utviklingshemmede som blir henlagt. I og med at kriminaliteten må være alvorlig og faren for gjentakelse ”nærliggende”, jf. strl. § 63 jf. § 62, for å kunne få dom på tvungen omsorg, velger politiet ofte å henlegge sakene der ”småkriminelle” psykisk utviklingshemmede er involvert. I kombinasjon med at det er en oppfatning om at psykisk utviklingshemmede i størst mulig grad skal ivaretas av omsorgstjenesten i kommunen, og at det frivillige behandlingstilbudet er godt nok, medfører dette at kommunen får ansvaret.

Videre er saker der psykisk utviklingshemmede har begått lovbrudd ofte vanskelige og komplekse. Mangel på kunnskap om og graden av utviklingshemming kan ofte være en faktor. Igjen medfører dette en lang saksbehandlingstid der mange forhold må vurderes. I løpet av denne tiden kan kommunen ha klart å trygge situasjonen for vedkommende, og faren for gjentakelse kan ha blitt mindre. Et godt faglig arbeid med positiv utvikling for den utviklingshemmede kan medføre at det ikke anses nødvendig å ta ut tiltale.⁹² I andre tilfeller fungerer ikke arbeidet i den grad man ønsker, men tidsmomentet medfører at saken ikke blir

⁹² Nordlandsforskning (2005) pkt. 3.9.2 s. 19.

tatt med videre i straffesystemet. Resultatet er igjen at kommunen får ansvaret for til dels meget vanskelige oppgaver.

5.1.4 Liten realitetsforskjell på tvungen omsorg og bruk av kapittel 9

Forskjellen på tvangstiltak hjemlet i kapittel 9 og bruk av tvungen omsorg har i praksis også vist seg å være relativt liten. I straffeloven § 63 andre ledd første punktum fremgår det at ”tvungen omsorg skal utholdes i en fagenhet innenfor spesialisthelsetjenesten som er innrettet for formålet”. Videre fremgår det av andre punktum at ”når hensynet til domfelte tilsier det og sikkerhetshensyn ikke taler imot, kan fagenheten ... inngå avtale om gjennomføring av omsorgen utenfor fagenheten.” Dette medfører at den domfelte stort sett blir overført til de kommunale omsorgstjenestene etter et lite opphold i fagenheten. I slike tilfeller får kommunene bistand og støtte fra spesialisthelsetjenesten, og det fremgår av forskrift om tvungen omsorg § 6 at ”fagenheten har ansvaret for at den nødvendige sikkerhet blir opprettholdt...”.⁹³ I realiteten fungerer dermed tjenesten på lik linje som helse- og omsorgstjenester etter kapittel 9. En vesentlig forskjell er det likevel at ”staten skal dekke avtalepartens utgifter til gjennomføring av tvungen omsorg”, jf. § 11 i forskrift. Bruk av tvangstiltak etter kapittel 9 er på den andre siden en del av de helse- og omsorgstjenester som kommunen betaler for.

5.1.5 Flere sitter på behandlingsdommer i våre naboland

Det er ikke til å legge skjul på at utfordrende og farlig atferd hos psykisk utviklingshemmede som regel behandles som en kommunal omsorgsoppgave i Norge. En klar indikator er nettopp det at rundt 10 personer sitter på tvungen omsorg. I Danmark er det en annen praksis. Her behandles utfordrende og farlig atferd som et lovbrudd. Antallet personer med dom på særlige vilkår med tanke på deres psykiske utviklingshemming er over 300.⁹⁴ I Sverige ser man samme trenden der psykisk syke langt oftere blir dømt til behandling. Totalt ligger antallet tvangsdommer mot denne brukergruppen på nesten 4000 i året. I Norge er det samme tallet anslått til å være rundt 100.⁹⁵

⁹³ se forskrift om gjennomføring av særreaksjonen tvungen omsorg (2002).

⁹⁴ Mikkelsen, M. J., Klausen, A. K., & Sandberg, L.(2007): ”Stigende antal domfældte udviklingshæmmede”, *NDU-nyt*, 2, 2007, s. 17-26.

⁹⁵ Johansen, P. A. & Stokke, A.: ”Langt flere dømt til tvang i våre naboland”. *Aftenposten*. 2012. (I dette tallet ligger også tvungent psykisk helsevern.)

Det store gapet mellom antall tvangsdommer i Norge i forhold til de andre skandinaviske landene synes å være at det i Norge stilles svært strenge krav til at utilregnelige lovbrøyttere kan dømmes til tvungen behandling. I Danmark vil for eksempel de aller fleste få en behandlingsdom. Ikke alle disse blir innlagt på institusjon og sperret inne. Det ligger likevel som et premiss i flertallet av dommene at dersom man ikke tar medisinene eller nekter å samarbeide kan politiet igjen komme inn i bildet.⁹⁶ Slike premisser brukes i liten grad i Norge. Dersom man ikke får en dom om tvungen behandling er man tilsynelatende overlatt til psykiatrien i kommunen, eller til seg selv, uten at domstolene eller politiet er inne i bildet. Som en naturlig konsekvens viser helsestatistikken fra de tre skandinaviske landene at bruken av tvang i det etablerte helseapparatet i Norge er mye høyere sammenlignet med de andre.⁹⁷

5.1.6 Påvirkes rettssikkerheten til tjenestemottakeren?

Et spørsmål som kan stilles er om rettssikkerheten for tjenestemottakeren i slike saker blir godt nok ivaretatt. Selv om en henleggelse eller frifinnelse kanskje virker som en ”seier” for den det gjelder, er det ikke alltid det er den mest ideelle løsningen, hverken for den utviklingshemmede eller for samfunnet generelt. De strafferettslige særreaksjonene har som formål å ivareta sikkerheten og verne samfunnet for ny kriminalitet, mens kommunen har i liten grad samme hjemmelsgrunnlag til dette. Som gjennomgangen viser medfører en henleggelse eller frifinnelse til at tvilsomme tvangstiltak blir gjennomført i den hensikt å verne samfunnet. Dette blir et dilemma i forhold til den utviklingshemmedes rettssikkerhet.

Kommunenes helse- og omsorgstjenester er omfattende der de har ansvaret for et enormt antall hjelpetrengende med ulike behov på begrensede ressurser. Å få skreddersydd en ordning for en farlig og utfordrende psykisk utviklingshemmet kan derfor bli nedprioritert. Konsekvensen er at tjenestemottakeren får liten eller dårlig oppfølging av personell som ikke har kompetanse eller evne til å håndtere dette. Dette fører igjen til at vedkommende har dårlige forutsetninger for å komme ut av det kriminelle mønsteret og få en bedring, og rettssikkerheten kan bli svekket.

⁹⁶ Sandvik, S.: ”Ulik praksis i Danmark og Norge”. NRK. 2013.

⁹⁷ Johansen, P. A. & Stokke, A. (2012).

5.1.7 Hva sier Fylkesmannen i Hordaland om dagens situasjon med tanke på farlighet?

30.november 2017 gjorde jeg et telefonintervju med Fylkesmannen i Hordaland. Bakgrunnen var at jeg ønsket å høre deres syn om problematikken rundt farlige psykisk utviklingshemmede og den utstrakte bruken av kapittel 9.

I forhold til tvangstiltak etter bokstav c er Fylkesmannen av den oppfatning at dette ikke kan hjemles for å ivareta andres interesser. Er man utenfor ”nødsituasjonene” og tiltaket skal ivareta andres interesser kan ikke de godkjenne tvangstiltakene. Videre blir det årlig fattet over 200 tvangsvedtak i Hordaland. Flere av disse er tvangstiltak etter bokstav b hvor tjenestemottaker er til fare for andre. I forbindelse med disse er Fylkesmannen klar på at flere er forbundet med en viss grad av risiko for tjenestemottaker selv og andre. For Fylkesmannen er det likevel vanskelig å vurdere om det er forsvarlig at kommunen skal verne samfunnet mot farlige psykisk utviklingshemmede. De poengterer at det uansett er viktig med godt faglig samarbeid med kommunen og spesialisthelsetjenesten. Det er disse som har det beste og mest riktige bildet av tjenestemottakeren som eventuelt er til fare for andre. De har i tillegg mer kompetanse og innsyn i vurderingen av sårbarhet og farlighet.

Når det gjelder Fylkesmannens syn på om tvungen omsorg bør bli mer brukt har de få innvendinger. De forholder seg til det lovverket som er og fatter tvangstiltak der vilkårene er oppfylt. Fylkesmannen er likevel klar over problemstillingen, og vet at farlige psykiske utviklingshemmede kan være et problem for kommunen å ta vare på. De presiserer imidlertid at det er politiet sin oppgave å ta seg av lov og orden, og at det er de som eventuelt må vurdere om en sak skal straffefølges videre.

Deres oppfatninger støtter i det store og det hele opp om den lovforståelsen som er lagt til grunn de senere årene. Tvangstiltak etter bokstav b blir brukt for å ivareta andres interesser selv der kravet til ”nødsituasjon” heller virker tvilsomt. Mens bokstav c ikke blir brukt for å verne andres interesser.

5.2 Avsluttende betraktninger/ de lege ferenda

Så hva er alternativene til dagens omfattende bruk av tvangstiltak etter kapittel 9 og den begrensede bruken av tvungen omsorg (og de andre strafferettslige særreaksjonene)? Under arbeidet med denne oppgaven har jeg selv gjort meg opp noen meninger.

Som gjennomgangen viser brukes kontroll- og sikkerhetstiltak i stor grad for å verne samfunnet mot lovbrudd begått av helse- og omsorgstjenestens tjenestemottakere. Der tvang blir brukt for ”å hindre eller begrense vesentlig skade” i en ”nødsituasjon” etter bokstav a og b er ikke ivaretagelsen av andres interesser problematisk etter min mening. I slike situasjoner vil faresituasjon og hensynet til andre gjøre at tvangstiltak kan forsvares.

Problemet ligger i hvordan man skal tolke nødsituasjonsbegrepet og hvor langt dette kan strekkes. I og med at tiltak etter bokstav c skal ”... dekke brukerens eller pasientens grunnleggende behov...” er tvangstiltak med det hensyn å i stor grad verne andres behov en problematisk lovforståelse. Her kreves en klarere hjemmel for tilfeller der man er utenfor ”nødsituasjonene” etter bokstav a og b, og tjenesten i utgangspunktet ikke er med på ”å dekke brukerens eller pasientens grunnleggende behov...” etter bokstav c. På den måten ville man sannsynligvis fått en mer heldekkende lovhjemmel for bruk av tvang med hensyn til andre og det generelle samfunnsvern utenfor den normale forståelsen av en ”nødsituasjon”.

Det at mange saker mot psykisk utviklingshemmede henlegges, og at tvangstiltak heller blir brukt som et surrogat, må kunne forsvares i den grad man klarer å få en ansvarsavklaring mellom helse- og omsorgstjenesten, politiet og påtalemyndigheten. Denne ansvarsavklaringen mener jeg må komme bedre til uttrykk ved at politiet skal ta seg av lov og orden, mens kommunen og omsorgstjenesten skal ta seg av gode helsetjenester. Som Fylkesmannen klart uttrykte er det ikke deres eller kommunens ansvar å straffeforfølge tjenestemottakere. Der det foreligger en anmeldelse er jeg likevel av den oppfatning at dette må bli videre fulgt opp av politiet og påtalemyndighetene, slik at omsorgstjenesten ikke blir overlatt til seg selv.

Om et lovbrudd begått av en psykisk utviklingshemmet overlates til kommunen eller til politiet virker også å bære preg av tilfeldigheter, noe som er bekymringsverdig. Løsningen Danmark har på dette er at alle får en behandlingsdom. Slik jeg ser det gir dette klarere

holdepunkter for hvem som skal ha ansvar for hva. Så lenge man tar medisinene sine og forholder seg til behandlingen blir hverken politiet eller domstolene videre involvert. Man har det likevel som en ”sikkerhet” for at vedkommende overholder sine plikter til behandling. I Norge blir løsningen enten dom på tvungen omsorg, eller frivillig og/eller ingen behandling i kommunen, uten at domstolene er involvert. Etter mitt syn blir dette en enten-eller løsning.

Alternativet er da om tvungen omsorg bør brukes mer. Selv om man har sett at tvangstiltak etter kapittel 9 og tvungen omsorg i praksis fungerer nokså likt, er det likevel en vesentlig forskjell i deres formål. Mens tvangstiltak etter kapittel 9 er et forvaltningsinngrep, er tvungen omsorg en strafferettslig særreaksjon. Det skal derfor i utgangspunktet være en forskjell på hva som skal behandles hvor. For utilregnelige psykisk utviklingshemmede skal ikke en reaksjon være en straff i seg selv, men heller verne andre mot at ”du er farlig”. Likevel ser man at helse- og omsorgstjenesten som regel klarer å ivareta tjenestemottakers og andres interesser på en forsvarlig og god måte. Om tvungen omsorg derfor skal brukes mer stiller jeg meg heller kritisk til.

Oppgaven og problemstillingene som har blitt belyst er uansett vanskelige, både juridisk, etisk og faglig sett. At de alternative løsningene kan fungere noe bedre vet jeg ikke. Slik oppgaven og uttalelser fra fagpersoner viser ligger problematikken med farlige psykisk utviklingshemmede der, og ofte ender ansvaret opp hos kommunene.

6. Litteraturliste

Litteratur

Østenstad, Bjørn Henning: *Heimelspørsmål i behandling og omsorg overfor psykisk utviklingshemma og aldersdemente: Rettslege og etiske problemstillinger ved bruk av tvang og inngrep utan gyldig samtykke*, Bergen 2011.

Lover og forskrifter (kronologisk)

Grunnloven	Kongeriket Norges Grunnlov av 17.mai 1814
Forvaltningsloven- fvl.	Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven) av 10.februar 1967.
Sosialtjenesteloven- sotjl.	Lov om sosiale tjenester m.v.(sosialtjenesteloven) av 13.desember 1991 (<i>opphevet</i>).
Menneskerettsloven- mrl.	Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) av 21.mai 1999 nr. 30.
Psykisk helsevernloven- phvl.	Lov om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern (psykisk helsevernloven) av 2.juli 1999 nr. 62.
Pasient- og brukerrettighetsloven- pbrl.	Lov om pasient- og brukerrettigheter (pasient- og brukerrettighetsloven) av 2.juli 1999 nr. 63.
Straffeloven- strl.	Lov om straff (straffeloven) av 20.mai 2005 nr. 28.
Helse og omsorgstjenesteloven– hol.	Lov om kommunale helse- og omsorgstjenester m.m (helse- og omsorgstjenesteloven) av 24.juni 2011 nr. 30.
Forskrift	Forskrift om gjennomføring av særreaksjonen tvungen omsorg (2002)

Offentlige dokumenter (ordnet etter type og kronologi)

NOU

NOU 1985: 34

NOU 1985: 34 Levekår for psykisk utviklingshemmede.

Odelstingsproposisjoner

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

Ot.prp. nr. 58 (1994-1995): Om lov om endringer i sosialtjenesteloven og kommunehelsetjenesteloven (bruk av tvang og makt m.v. overfor personer med psykisk utviklingshemming.

Ot.prp. nr. 57 (1995-1996)	Ot.prp. nr. 57 (1995-1996): 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 (1994-1995))
Ot.prp. nr. 55 (2002-2003)	Ot.prp. nr. 55 (2002-2003): Om lov om endringer i lov om sosiale tjenester m.v. og lov om helsetjenesten i kommunene (rettssikkerhet ved bruk av tvang og makt overfor enkelte personer med psykisk utviklingshemning).
Ot.prp. nr. 90 (2003-2004)	Ot.prp. nr. 90 (2003-2004): Om lov om straff (straffeloven).

Kodeverk og Rundskriv

Kodeverk IS-2277 (2015)	Medisinsk kodeverk utgitt av Helsedirektoratet: ICD-10: Den internasjonale statistiske klassifikasjonen av sykdommer og beslektede helseproblemer 2015.
Rundskriv IS-10/2015	Rundskriv fra Helsedirektoratet (07/2015): Rettsikkerhet ved bruk av tvang og makt overfor enkelte personer med psykisk utviklingshemming. <i>Lov av 24.juni 2011 nr. 30 om kommunale helse- og omsorgstjenester kapittel 9.</i>

Stortingsmeldinger

St.meld. nr. 67 (1986-87)	St.meld. nr. 67 (1986-87): Ansvar for tiltak og tjenester for psykisk utviklingshemmede.
---------------------------	--

Stortingsproposisjoner

Prop. 91 L (2010-2011)	Prop. 91 L (2010-2011): Lov om kommunale helse- og omsorgstjenester m.m. (helse- og omsorgstjenesteloven).
------------------------	--

Domstolspraksis (kronologisk)

Dom av 26.april 2007 (Gulating lagmannsrett), publisert LG-2006-173707 (Lovdata)

Dom av 10.september 2007 (Eidsivating lagmannsrett), saksnr.: 06-167596AST-ELAG (Lovdata: LE-2006-167596-2).

Dom av 3.april 2008 (Sandefjord tingrett), saksnr.: 07-037497 TVI-SAFO (Lastet ned fra Lovdata: TSAFO-2007-175150).

Dom av 25.mai 2010 (Norges Høyesterett), Rt. 2010 s. 612, "Sårstelldommen".

Dom av 23.juli 2014 (Borgarting lagmannsrett), saksnr.: 14-077482AST-BORG/01 (Lastet ned fra Lovdata: LB-2014-77482).

Dom av 24.mai 2017 (Agder lagmannsrett), saksnr.: 16-080832ASD-ALAG (Lastet ned fra Lovdata: LA-2016-080832).

Andre kilder

Brev fra Helse- og omsorgsdepartementet til Fylkesmannen i Oslo og Akershus

"Klagesak etter sosialtjenesteloven kapittel 4A- bruk av tvang og makt overfor enkelte personer med psykisk utviklingshemning som begår straffbare handlinger-forespørsel om lovforståelse", datert 21.10.2009.

Tidsskrifter

Holland, T., Clare, C. H., & Mukhopadhyay, T.: "Prevalence of "criminal offending" by men and women with intellectual disability and the characteristics of "offenders": implications for research and service development". *Journal of intellectual disability research*, 46, 2002, s. 6-20.

Lund, Jens: "Mentally retarded criminal offenders in Denmark", *British Journal of Psychiatry*, 156, 1990, s. 726-731.

Mikkelsen, M. J., Klausen, A. K., & Sandberg, L.: "Stigende antal domfældte utviklingshæmmede", *NDU-nyt*, 2, 2007, s. 17-26.

Nordlandsforskning: "Når personer med utviklingshemming begår lovbrudd". *Ny veileder for habiliteringstjenesten i Nordland- 2.utgave*, 2005.

Statistisk sentralbyrå v/ Thorsen, Lotte Rustad: "Nye særreaksjoner mindre brukt". *Samfunnsspeilet 1/2007-20.årgang*, 2007, s. 22.

Internettartikler

Flyum, O. & Svendsen, C. (2016): "Vil ha flere farlige utviklingshemmede". *NRK*. Hentet fra: <https://www.nrk.no/norge/-vil-ha-flere-farlige-utviklingshemmede-1.12959266>

Johansen, P. A. & Stokke, A. (2012): "Langt flere dømt til tvang i våre naboland". *Aftenposten*. Hentet fra: <https://www.aftenposten.no/norge/i/9mvd9/Langt-flere-domt-til-tvang-i-vare-naboland>

Sandvik, S. (2013): "Ulik praksis i Danmark og Norge". *NRK*. Hentet fra: <https://www.nrk.no/norge/ulik-praksis-i-danmark-og-norge-1.10883274>

Ukjent (1998): "Gro-saken". *Dagbladet*. Hentet fra: <https://www.dagbladet.no/nyheter/gro--saken/65480116>