



# **Rettsikkerhet ved bruk av tvang og makt overfor personer med psykisk utviklingshemning.**

**- Med fokus på tjenesteytere -**

***av Christine Torgersen Aspheim***

*Liten masteroppgave i rettsvitenskap*

*ved Universitetet i Tromsø*

*Det juridiske fakultet*

*Høst 2010*

<b><u>1</u></b>	<b><u>INNLEDNING</u></b>	<b>4</b>
1.1	TEMA OG AKTUALITET	4
1.2	HISTORIKK	5
1.3	BEGREPSAVKLARING	6
1.4	RETTLIG GRUNNLAG FOR BRUK AV TVANG OG MAKT	11
1.4.1	TVANG OG MAKT PÅ BAKGRUNN AV KOMMUNENS OMSORGSPLIKT	13
1.5	AVGRENSNINGER OG VIDERE FREMSTILLING.	14
<b><u>2</u></b>	<b><u>RETTSKILDESSITUASJONEN</u></b>	<b>15</b>
<b><u>3</u></b>	<b><u>STILLES DET KRAV TIL UTDANNING OG/ELLER KOMPETANSE HOS TJENESTEYTERE SOM ANVENDER TVANG OG MAKT?</u></b>	<b>18</b>
3.1	INNLEDNING	18
3.2	KRAV TIL KVALIFISERTE PERSONALE ETTER SOSIALTJENESTELOVEN	18
3.3	KRAV TIL UTDANNING	20
3.4	UNNTAK FRA KRAVENE SOM STILLES TIL TJENESTEYTERE	21
3.4.1	DISPENSASJON	22
3.5	HVILKET ANSVAR HAR KOMMUNEN FOR Å SIKRE KVALIFISERTE TJENESTEYTERE	25
3.5.1	PLIKT ETTER FORSKRIFTER	26
3.6	KRAV TIL FORSVARLIGHET	27
3.7	KORT OPPSUMMERING	30
<b><u>4</u></b>	<b><u>HAR TJENESTEYTER RETT ELLER PLIKT TIL Å YTRE SEG /VARSLE DERSOM HAN ELLER HUN OPPDAGER ULOVLIG TVANG OG MAKT?</u></b>	<b>30</b>
4.1	INNLEDNING	30
4.2	YTRINGSFRIHET	31
4.3	TAUSHETSPLIKT	33
4.3.1	HVILKE OPPLYSNINGER OMFATTES	34
4.3.2	I HVILKEN FORBINDELSE MÅ TJENESTEYTEREN HA FÅTT KJENNSKAP TIL OPPLYSNINGENE	36
4.3.3	HVEM GJELDER TAUSHETSPLIKTEN OVERFOR	37
4.3.4	SAMTYKKE	39
4.3.4.1	Hypotetisk samtykke	40
4.3.5	ANDRE UNNTAK FRA TAUSHETSPLIKTEN	41
4.4	LOJALITETSPLIKT	42
4.5	VARSLINGSRETT	43
4.5.1	NÅR FORELIGGER DET VARSLING?	43
4.5.2	KRITIKKVERDIGE FORHOLD	43
4.5.3	FORSVARLIG VARSLING	45
4.5.4	LOJALITETSPLIKTEN	46

4.5.5	AKTSOM GOD TRO OM OPPLYSNINGENS RIKTIGHET	48
4.5.6	FREMGANGSMÅTE	49
<b>4.6</b>	<b>GJENGJELDSE</b>	<b>54</b>
<b>4.7</b>	<b>ARBEIDSAVTALER</b>	<b>55</b>
<b>4.8</b>	<b>PLIKT TIL Å VARSLE?</b>	<b>56</b>
<b>4.9</b>	<b>OPPSUMMERING</b>	<b>58</b>
<b>5</b>	<b>AVSLUTNING</b>	<b>59</b>
<b>5.1</b>	<b>STRAFFBARHETEN</b>	<b>59</b>
<b>5.2</b>	<b>NY SAMHANDLINGSREFORM</b>	<b>60</b>
<b>6</b>	<b>KILDELISTE</b>	<b>62</b>

# 1 Innledning

## 1.1 Tema og aktualitet

Tema for oppgaven er rettsikkerhet ved bruk av tvang og makt overfor personer med psykisk utviklingshemning etter lov 13. desember 1991 Nr. 81 om sosiale tjenester m.v. (heretter sotjl.) kapittel 4A.

I rapport<sup>1</sup> fra helsetilsynet ble det avdekket at det forelå bruk av tvang og makt overfor personer med psykisk utviklingshemning i strid med sosialtjenesteloven kapittel 4A, i 41 av 53 kommuner som det ble ført tilsyn med. Tilsynet viste blant annet at tvang og makt ble anvendt uten at det forelå vedtak, og i flere tilfeller var heller ikke de ansatte kjent med interne rutiner og prosedyrer knyttet til tvang og makt. Tiltak som skal sikre at andre løsninger blir prøvd før tvangsvedtak, ble heller ikke iverksatt i tilstrekkelig grad. Det var stor variasjoner i forhold til kunnskap og forståelse blant de ansatte om hva begrepet tvang omfatter. Til dette blir det uttalt i rapporten at det kan få store konsekvenser for holdninger til og bevisstheten om tilrettelegging av situasjoner for å unngå bruk av tvang og makt.

Flere kommuner hadde heller ikke sikret at de ansatte hadde fått opplæring i forståelsen av bestemmelsene i kapittel 4A. Det ble også avdekket at det forelå svikt i rapportering og kommunikasjonsrutiner mellom ansatte og ledere for tjenesten. Helsetilsynet uttaler i rapporten at dersom lovens krav til bruk av tvang og makt ikke er oppfylt, kan det føre til at rettsikkerheten ikke ivaretas.

Rapporten viser aktualiteten i temaet jeg har valgt. På denne bakgrunn ønsker jeg å se nærmere på noen av de mest sentrale problemstillingene som nevnes i rapporten.

Hovedvekten i oppgaven vil ligge på hvordan tjenesteytere kan bidra til å ivareta rettsikkerheten til den enkelte. En av forutsetningene for at rettsikkerheten ved bruk av tvang og makt ivaretas på en tilfredsstillende måte er kvalifiserte tjenesteytere. Tjenesteytere i en bolig vil være nærmest til å observere om det er behov for bruk av tvang og makt for å ivareta omsorgen, og hvorvidt bruk av tvang og makt er i tråd med

---

<sup>1</sup> Rapport fra Helsetilsynet 2/2006 s. 6 og 7.

sosialtjenesteloven kapittel 4A. Tjenesteytere vil også være de som eventuelt skal gjennomføre bruk av tvang og makt. Den første hovedproblemstillingen er om det stilles noe krav til utdanning og/eller kompetanse hos tjenesteytere som anvender tvang og makt etter sosialtjenesteloven kapittel 4A.

Hvis tjenesteyteren observerer at det blir anvendt tvang og makt i strid med sosialtjenesteloven kapittel 4A, så ønsker han eller hun gjerne at bruken skal opphøre. I andre tilfeller burde det vært utøvd tvang og makt for å verne tjenestemottaker mot seg selv. Andre hovedproblemstilling er om tjenesteytere har rett eller plikt til å varsle/ytre seg dersom han eller hun oppdager tvang og makt i strid med sosialtjenesteloven kapittel 4A.

## **1.2 Historikk**

Ansvar for personer med utviklingshemning lå lenge på familien til vedkommende. Fra forrige århundre, særlig fra 1950-tallet, ble det bygd ut institusjonstilbud. Dette ble etter hvert utviklet til en egen etat i den fylkeskommunale spesialisthelsetjenesten, helsevernet for psykisk utviklingshemmede (forkortet HVPU). Fra 1991 ble ansvaret for tjenestetilbudet til utviklingshemmede personer overført til kommunene. I HVPU fantes det regler om bruk av tvang og makt i de større institusjonene. Ved avvikling av institusjonene ble disse funnet overflødig, da det ble hevdet at behovet for tvang var skapt av selve institusjonaliseringen. Videre ble det hevdet at påfallende og farlig atferd ville avta når institusjonene ble avviklet.

Det ble allikevel etter dette ansett nødvendig å innføre regler om bruk av tvang og makt, for å kunne regulere atferden til enkelte personer med psykisk utviklingshemning med utfordrende atferd, og for å begrense bruken av tvang og makt. Ved lov av 19. juli 1996 nr. 60 ble det innført et nytt kapittel 6A i sosialtjenesteloven. Kapitlet regulerte rettsikkerheten for bruk av tvang og makt overfor personer med psykisk utviklingshemning. Kapitlet åpnet dermed for bruk av tvang og makt etter nærmere bestemte vilkår, men kapitlet gjaldt bare midlertidig. Et utvalg, kalt

rettssikkerhetsrådet, ble oppnevnt for å vurdere reglene. Utvalget kom frem til at det hadde blitt en redusering av bruken av tvang og makt i omsorgstjenestene etter at kapittel 6A trådte i kraft. Utvalget foreslo derfor å gi reglene permanent virkning, men for å knytte bestemmelsene nærmere de alminnelige bestemmelser om sosiale tjenester i sosialtjenesteloven kapittel 4, foreslo utvalget at reglene burde flyttes til kapittel 4A.<sup>2</sup>

### **1.3 Begrepsavklaring**

Det vil her gis en forklaring på sentrale begreper for oppgaven.

#### **Personer med psykisk utviklingshemning.**

Personer med psykisk utviklingshemning benyttes en rekke steder i sosialtjenesteloven kapittel 4A, for eksempel i kapitteloverskriften, men er ikke nærmere definert.

I følge forarbeidende<sup>3</sup> er fellestrekket for personer med psykisk utviklingshemning at utviklingen av kognitive funksjoner som tenkning, hukommelse, læring, problemløsningsferdighet, persepsjon og språk har gått langsommere enn hos jevnaldrende. Samlebetegnelsen for disse funksjoner og ferdigheter er intelligens. Begrepet personer med psykisk utviklingshemning brukes for øvrig bare når svikten i utviklingen av kognitive funksjoner viser seg før 15-16 års alder.

Rundskriv<sup>4</sup> til sosialtjenesteloven viser til definisjon fra kjente diagnoselister, hvor psykisk utviklingshemning er definert som "en tilstand med signifikant nedsatt intelligens og samtidig forekommer mangler eller svekkelser i adaptiv atferd, personens alder tatt i betraktning. Tilstanden må manifestere seg før 18-årsalderen".

#### **Tjenestemottaker og tjenesteyter**

Ordlyden "tjenestemottaker" og "tjenesteyter" benyttes en rekke steder i, sosialtjenesteloven men er ikke nærmere definert. I det følgende benyttes "tjenestemottaker bare om person med psykisk utviklingshemning, som mottar

---

<sup>2</sup> Asbjørn Kjønstad og Aslak Syse s. 287 og 288.

<sup>3</sup> NOU 1991: 20, s. 31-32.

<sup>4</sup> Se Rundskriv I-41/98, Rettigheter for og begrensninger og kontroll med bruk av tvang og makt mv overfor enkelte personer med psykisk utviklingshemning, s 23.

tjenester etter sosialtjenesteloven, og som det potensielt utøves tvang og makt overfor. Med "tjenesteyter" forstås den som yter tjenester og som eventuelt gjennomfører tvang og makt etter sosialtjenesteloven kapittel 4A.

### **Tvang og makt**

Tvang og makt er definert i sosialtjenesteloven § 4A-2 andre ledd som "tiltak som tjenestemottaker motsetter seg eller tiltak som er så inngripende at de uansett motstand må regnes som bruk av tvang eller makt. Bruk av inngripende varslingssystemer med tekniske innretninger skal alltid regnes som bruk av tvang eller makt."

Ordlyden definerer tvang og makt i første setning, mens annen setning viser eksempler på tiltak som alltid skal regnes som tvang og makt. Ordlyden er ikke uttømmende.

Ordlyden "tvang *eller* makt" viser at lovgiver ser på tvang og makt som to forskjellige ting. Naturlig språklig forståelse av "tvang" er f.eks. en handling som gjennomføres mot noens vilje. Makt brukes ofte om styrkeforholdet mellom mennesker. En maktposisjon hos en person innebærer også en avmaktsposisjon hos en annen. Det at en person har makt betyr ikke nødvendigvis at han bruker sin makt. I denne betydning kan man si at tvang er bruk av makt. Makt kan imidlertid også forstås som selve styrken i en handling, f.eks. "dra noen etter seg med makt".

I forarbeidene uttales det at begrepene tvang og makt kan være synonymer.

Maktbegrepet skiller seg imidlertid ut fordi det også indikerer styrkeforholdet mellom mennesker, og at dette har betydning for tjenesteyter ved ivaretagelsen og respekten for personer med utviklingshemning. Det kommer også frem i forarbeidene at det ikke bare er den fysiske tvangsutøvelsen som skal reguleres etter loven, men også forhold hvor tjenesteyter påvirker situasjonen i så stor grad at det blir nødvendig å treffe vedtak.<sup>5</sup> Dette må bety at lovgiverne ønsker oppmerksomhet mot den maktposisjonen tjenesteyter har og hvordan han/hun bevisst eller ubevisst bruker denne for å utløse nødvendigheten av tvang.

---

<sup>5</sup> Ot.prp. nr.55 (2002-2003) s. 26.

Ordlyden "tiltak" forstås som konkrete handlinger fra tjenesteyter. For eksempel at tjenesteyter låser et matskap slik at tjenestemottakeren ikke får tilgang. Det at "tjenestemottaker motsetter seg" betyr at tiltaket strider mot tjenestemottakerens vilje. Denne viljen kan for eksempel komme til uttrykk gjennom verbale protester og/eller fysisk motstand. Uavhengig av om tjenestemottaker viser motstand må tiltaket regnes som bruk av tvang og makt dersom det er "så inngripende".<sup>6</sup> Etter forarbeidene regnes "så inngripende" hvis det antas å medføre fysisk eller psykisk ubehag, smerte og lignende som man normalt vil reagere på.<sup>7</sup>

I følge forarbeidene er ikke ordlyden uttømmende og hva som er bruk av tvang og makt må avgjøres etter en helhetsvurdering. Videre uttales det at tvang eller makt foreligger når handlinger utføres til tross for en persons motstand, som enten kommer til uttrykk verbalt eller fysisk. Tvang og makt blir videre avgrenset mot det som betegnes som lettere inngrep, selv om vedkommende gir uttrykk for motvilje mot handlingen. Det er ikke alle inngrep og påvirkninger som kan betegnes som tvang eller makt.<sup>8</sup>

Eksempel på hva som vil være tvang og makt, er hvis tjenesteyter legger medisiner til tjenestemottaker i syltetøyet for å lure han eller hun til å ta medisiner, hvis tjenestemottaker motsetter seg dette. Hvis tjenestemottaker derimot ikke nekter å ta medisiner, men tjenesteyter legger det i syltetøyet fordi tjenestemottaker har vanskeligheter med å svelge tablettene, kan ikke dette regnes som bruk av tvang eller makt.

Bruk av tekniske varslingsystemer vil alltid regnes som tvang og makt, jf sotjl. §4A-2 andre ledd siste setning. Da det i bestemmelsen står "alltid" må det bety at det også regnes som tvang og makt selv om tjenestemottaker samtykker og ikke motsetter seg tiltaket. Eksempel på varslingsystemer som alltid regnes som tvang eller makt etter sotjl. § 4A-2 siste ledd, er hvis det blir satt opp alarmer på dørene i en bolig for å kontrollere hvor tjenestemottaker går.

---

<sup>6</sup> Ot.prp. nr.58 (1994-1995) s. 16.

<sup>7</sup> *Ibid* s. 37.

<sup>8</sup> *Ibid* s. 16.



I følge sotjl. § 4-2 andre ledd siste ledd regnes ikke "alminnelig oppfordringer og ledelse med hånden eller andre fysiske påvirkninger av liknende art", som bruk av tvang eller makt. Dette er adferd som er allmenn akseptert mellom mennesker og krever ikke lovhjemmel. Forarbeidene sier at dette også må gjelde for offentlig tjenesteyting. Dette er milde inngrep som tjenestemottakere kan komme seg ut av ved å vise fysisk motstand. Tjenestemottakers evne og vilje til å vise motstand vil være avgjørende for hvor synlig motstanden blir for tjenesteyter. Det må derfor uansett foretas en objektiv vurdering av om en person normalt ville ha motsatt seg handlingen.<sup>9</sup>

### **Rettsikkerhet**

Rettsikkerhet er noe som angår forholdet mellom borgere og forvaltningen<sup>10</sup>. Ordet rettsikkerhet brukes om krav til rettsriktige avgjørelser. Rettsriktige avgjørelser er viktig i de tilfeller hvor forvaltningen har myndighet til å treffe vedtak overfor borgere. Vedtak om tvang og makt er særlig inngripende og kravene til rettsriktige avgjørelser tilsvarende høye.<sup>11</sup>

I juridisk litteratur<sup>12</sup> blir rettsikkerhet gjerne delt inn i to: 1) Regler som tar sikte på å skape trygghet for riktige avgjørelser, som kalles for rettsikkerhetsgarantier, og 2) Krav til reglens innhold. Det avgrenses mot krav som stilles til reglens innhold, herunder regler som sørger for at borgerne skal ha visse grunnleggende rettigheter. I det følgende behandles bare rettssikkerhetsgarantiene.

I nevnte litteratur omtales en rekke virkemidler for å oppnå økt rettsikkerhet. For det første kan lovgiver utforme de materielle reglene på en mest mulig klar og oversiktlig måte. En slik utforming gjør reglene mer tilgjengelige for beslutningstakere som ofte ikke er jurister. Blir reglene utilgjengelige og kompliserte blir de vanskeligere å overholde i praksis.

---

<sup>9</sup> *Ibid* s. 27.

<sup>10</sup> Olav Molven et. al., *Sosialrett*, 6 utgave, Oslo 2003 s. 84.

<sup>11</sup> Asbjørn Kjønstad, Jan Fridthjof Bernt, Alice Kjellevoid, Harald Hove, *Sosial trygghet og rettsikkerhet*, 2. utgave, Bergen 2000, s. 50.

<sup>12</sup> *Ibid* s. 50 og 51.

Videre økes rettsikkerheten ved prosessuelle regler som tar sikte på en betryggende saksbehandling. Etter sotjl. § 4A-7 har tjenestemottaker, verge eller hjelpeverge og pårørende rett til å klage inn beslutninger og vedtak for fylkesmannen og fylkesnemnda for sosiale saker. Etter § 4A-12 er det åpnet for å bringe saken inn for overprøving hos tingretten. Det er de samme personer som har rett til dette, men tjenestemottaker kan bare reise sak på egen hånd, dersom han eller hun forstår hva saken gjelder, jf bestemmelsen andre ledd andre setning. Ved tingrettens overprøving får kapittel 36 i lov 17. juni 2005 Nr. 90 tvisteloven anvendelse, jf sotjl. § 4-12 første ledd. Det som kjennertegner overprøving etter kapittelet 36 i tvisteloven er rask og effektiv behandling, og at staten betaler saksomkostninger uansett utfall i saken.

En annen viktig måte å skape rettsikkerhet på er at de organer som treffer avgjørelser består av personer med god faglig og juridisk innsikt. Foreligger ikke dette er det fare for at saksbehandlingsregler ikke blir fulgt og at vedtak treffes uten at de nødvendige vilkårene er oppfylt. Det er derfor viktig at de som treffer beslutninger og vedtak om bruk av tvang og makt har god innsikt, kjennskap og forståelse i forhold til sosialtjenesteloven kapittel 4A.

En fjerde måte å skape rettsikkerhet på er å la andre organer kontrollere eller overprøver vedtak som treffes. Fylkesmannen plikter å føre tilsyn med kommunens virksomhet etter sosialtjenesteloven kapittel 4A, jf sotjl. § 2-6. Det skal også føres stedlig tilsyn og dette kan utføres uten samtykke fra tjenestemottaker. Fylkesmannen kan få innsyn i opplysninger som trengs for å utføre oppgavene, uten hensyn til taushetspliktreglene, jf sotjl. § 2-6 tredje ledd.

Fylkesmannen skal også overprøve vedtak, jf sotjl. § 4A-8. Fylkesmannen har derfor både overprøvingskompetanse og skal føre tilsyn. Som det ble nevnt gir det økt rettsikkerhet ved at forskjellige organer fører kontroll og tilsyn med vedtak som blir truffet. Her er både tilsyn og overprøving blitt lagt til fylkesmannen.

Dette har blitt nærmere kommentert i forarbeidene. Ved høring var det instanser som mente at det var uheldig kombinasjon å ha oppgaver på samme hånd, og at tilsynet blir bundet opp på en uheldig måte når tilsynsorganet har overprøvd kommunens vedtak.

For departementet var det et poeng at oppgavene var samlet på en hånd, ikke minst ut ifra effektivitetshensynet. Fylkesmannen vil som tilsyn instans ha god kjennskap til saken fra overprøvingsomgangen.<sup>13</sup> Det kan stilles spørsmål om dette er en god løsning når rettssikkerheten er så viktig ved regler som åpner for bruk av tvang eller makt.

Selv om rettssikkerheten etter sosialtjenesteloven kapittel 4A ivaretas blant annet gjennom kontroll, tilsyn og domstolsadgang kan det allikevel ikke garanteres for at enhver ulovlig tvangshandling eller at slike tiltak ikke blir gjennomført blir oppdaget. Tjenesteytere vil være sentrale for at rettssikkerheten blir ivaretatt best mulig. Det er de som jobber med tjenestemottaker som best kan observere situasjoner som skjer i hverdagen. Tjenesteyter er derfor en viktig forutsetning for god rettssikkerhet for den enkelte. For at tjenesteyter skal øke rettssikkerheten til den enkelte må tjenesteytere i det minste kjenne til reglene om bruk av tvang og makt, og ha mulighet til å melde ifra hvis det er lovstridig bruk eller gjennomføring ikke blir gjort.

Hvordan tjenesteyter skal sikre at slike forhold blir tatt opp, og øke rettssikkerheten til den enkelte, blir nærmere drøftet nedenfor. Det som er en viktig forutsetning er at tjenesteyter oppdager ulovlige forhold og har mot til å ta opp forholdene med noe som kan gjøre noe med situasjonen.

#### **1.4 Rettslig grunnlag for bruk av tvang og makt**

Kapitteloverskriften til sosialtjenesteloven kapittel 4A er "rettssikkerhet ved bruk av tvang og makt overfor enkelte personer med psykisk utviklingshemning". Ordlyden "enkelte personer" viser at kapitlet ikke kommer til anvendelse overfor enhver person med psykisk utviklingshemning, men bare dersom visse vilkår er oppfylt.

Vilkårene som må foreligge for at tvang og makt kan anvendes er for det første at det må være for "å hindre at personer med psykisk utviklingshemning utsetter seg selv eller andre for vesentlig skade", jf sotjl. § 4A- 1 første ledd.

---

<sup>13</sup> Ot.prp. nr.58 (1994-1995) s. 33.

Videre vilkår for bruk av tvang og makt etter sotjl. § 4A-5 første ledd, er at "andre løsninger enn bruk av tvang eller makt skal være prøvd før tiltak (...) settes i verk". "Tvang og makt kan bare brukes når det er faglig og etisk forsvarlig" og "tiltaket må ikke gå lenger enn der som er nødvendig for formålet, og må stå i forhold til det formålet som skal ivaretas", jf sotjl. § 4A-5 andre ledd.

Etter samme bestemmelse tredje ledd kan tvang og makt anvendes i følgende situasjoner:

- a) skadeavvergende tiltak i nødssituasjoner,
- b) planlagte skadeavvergende tiltak i gjentatte nødssituasjoner,
- c) eller tiltak for å dekke tjenestemottakers grunnleggende behov for mat og drikke, påkledning, hvile, søvn, hygiene og personlig trygghet, herunder opplærings- og treningstiltak.

I tillegg til disse vilkårene kan tvang eller makt bare anvendes som ledd i tjenester etter sotjl. § 4-2 bokstav a-d, og personen det blir anvendt tvang og makt overfor må ha diagnosen psykisk utviklingshemmet, jf § 4A-2, første ledd.

Disse vilkårene er kumulative og det betyr derfor at alle vilkårene må være oppfylt for at bruk av tvang eller makt ikke skal være lovstridig.

Tvang og makt etter sotjl. § 4A-5 tredje ledd bokstav a treffes på grunnlag av beslutninger, mens tvang og makt etter bokstav b og c i samme bestemmelse treffes på grunnlag av vedtak, jf § 4A-7 første og andre ledd.

Ulovlig tvang og makt er en samlebetegnelse på bruk av tvang og makt som er strid med sotjl. kapittel 4A. Dette gjelder enten når vilkårene som her er presentert ikke er oppfylt eller når saksbehandlingsreglene i sotjl. kapittel 4A ikke er fulgt.<sup>14</sup>

Sosialtjenesteloven regulerer ikke hva rettstilstanden er hvis vilkår for tvang og makt er oppfylt, men tiltak blir ikke truffet og derfor heller ikke gjennomført. Nedenfor vil jeg gå litt nærmere inn på dette.

---

<sup>14</sup> Rapport fra Helsetilsynet 2/2006 s. 13.

#### 1.4.1 Tvang og makt på bakgrunn av kommunens omsorgsplikt

Etter sotjl. § 4-3 har de som ikke kan dra omsorg for seg selv rett til hjelp etter sotjl.4-2 bokstav a-d. Etter bokstav d reguleres retten til plass i bolig med heldøgns omsorgstjenester. Dette vil si at når personer ikke kan dra omsorg for seg selv, er det kommunen som tar dette ansvaret, hvis vilkårene er oppfylt. Kommunen vil derfor få en omsorgsplikt overfor disse.

Etter forarbeidene var hjemmelsgrunnlaget for bruk av tvang og makt før det ble lovfestet, først og fremst hjemlet i en kommunal omsorgsplikt.<sup>15</sup> Dette må bety at noe av bakgrunnen for lovfestning av bruk av tvang og makt er kommunens omsorgsplikt.

I en dom fra Oslo tingrett (TOSLO-2007-175150), var det spørsmål om vedtak etter sosialtjenesteloven kapittel 4A var gyldig. Vedtakene var truffet overfor en mann med diagnosen psykisk utviklingshemning, som bor i bolig. I dommen blir det også sagt noe om hvordan situasjonen er hvis vedtak om bruk av tvang og makt ikke ble gjennomført. Et av hensynene som kommunen begrunnet vedtaket i var omsorgsplikten kommunen hadde overfor mannen.

Mor og far til mannen, som ved siden av staten ved helse og omsorgsdepartementet, stod mot hverandre i saken. Mor hevdet at vilkårene for å kunne anvende tvang og makt ikke var til stede, og at tiltakene i tillegg var nedverdiggende for mannen. Far hevdet tvert i mot at vilkårene forelå og at det kunne oppstå krenkende eller nedverdiggende situasjoner dersom personalet ikke grep inn med tvang.

Retten kom til etter en nærmere vurdering at vilkårene etter sosialtjenesteloven kapittel 4A var oppfylt. Retten sa seg ikke enig i mors påstand om at tiltakene var nedverdiggende eller krenkende for mannen etter sotjl. § 4A-1 tredje ledd. Retten sa enig med far om at tvangstiltak kunne hindre at det oppstår nedverdiggende eller krenkende situasjoner for

---

<sup>15</sup> Ot.prp. nr.58 (1994-1995) s. 11.

mannen. Retten uttalte at det ikke er vanskelig å forstå at pårørende kan oppfatte tvang som nedverdiggende, men at tvang i dette tilfelle var en del av den nødvendige omsorgen ovenfor mannen.<sup>16</sup>

Dette vil derfor si at hvis det ikke blir anvendt tvang og makt der vilkårene for dette foreligger, og det er nødvendig for å ivareta omsorgen, kan dette være en mer nedverdiggende situasjon for tjenestemottaker. Etter sotjl. § 4A-1 siste ledd skal ingen behandles på en nedverdiggende måte, og dette følger også av EMK art 3. I tillegg vil det være i strid med omsorgsplikten kommunen har overfor den enkelte.

Det kan være vanskelig for uavhengige organer og andre å fange opp alle situasjoner hvor det ikke foreligger bruk av tvang og makt, der dette er nødvendig for å ivareta omsorgen til tjenestemottaker. Tjenesteytere blir derfor veldig sentral for at slike forhold blir oppdaget. Det er tjenesteytere som kan være nærmest til å oppdage dette, siden det ofte er han eller hun som følger tjenestemottakers i det daglige liv. Det er derfor viktig for tjenestemottaker at det er kvalifiserte tjenesteytere som kan observere om det er behov. Videre er det viktig at tjenesteyter har mulighet til å kunne gi beskjed, fortelle eller varsle om dette til noen som kan gjøre noe med situasjonen, slik at omsorg til den enkelte ivaretas. Oppgaven videre vil derfor også reise spørsmål om det stilles noe krav til utdanning/kompetanse som gjør at tjenesteyter kan ivareta omsorgsplikten, og om tjenesteyter har rett eller plikt til å ytre/varsle om slike forhold.

### **1.5 Avgrensninger og videre fremstilling.**

Sotjl. kapittel 4A kommer både til anvendelse for voksne og for de under 18 år. Jeg har valgt å avgrense oppgaven til voksne, fordi det vil være andre spørsmål som i tillegg vil måtte besvares i forhold til de under 18. Dette vil blant annet være spørsmål om alminnelig grensesetting, som ikke vil bli diskutert her.

---

<sup>16</sup> Se dommen s. 2 og 9.

I den videre fremstilling vil det i det i punkt 2 sies litt om rettskildene som vil bli benyttet i oppgaven. I punkt 3 vil jeg ta opp spørsmålet om det stilles noe krav til kvalifikasjoner og/eller kompetanse til tjenesteytere. I punkt 4 vil tjenesteyteres rett til å informere om rettstridig bruk av tvang og makt, eller at det er nødvendig med tiltak, bli drøftet. Herunder hvem slik informasjon kan gis til. Avslutningsvis vil det også bli sagt noe kort om straffbarheten for rettstridig bruk av tvang og makt og samhandlingsreformen.

## **2 Rettskildessituasjonen**

Tvang og makt overfor personer med psykisk utviklingshemning er som sagt hjemlet i sosialtjenesteloven kapittel 4A. Denne loven regulerer imidlertid ikke en rett eller plikt for tjenesteyter til å ytre eller varsle om rettstridig bruk av tvang og makt, eller at det ikke er truffet vedtak der dette er nødvendig for å ivareta omsorgen. Det blir derfor også nødvendig å gå til annet lovverk ved løsningen av spørsmålet om tjenesteyter har en slik rett eller plikt til å ytre og varsle. Blant annet Grunnloven og arbeidsmiljøloven vil anvendes for å besvare spørsmålet.

Reglene i sosialtjenesteloven kapittel 4A er videreføring av de tidligere reglene i sosialtjenesteloven kapittel 6A, som nå er opphevet. Virkeområdet for lovene er det samme, så forarbeidene til kapittel 6A vil derfor fortsatt være av betydning ved tolkning av bestemmelsen i kapittel 4A. De mest sentrale forarbeidene er Ot.prp. nr. 55 (2002-2003), som er forarbeider til kapittel 4A. Ot.prp. nr. 58 (1994-1995) og tilleggsproposisjon, Ot.prp. nr. 57 (1995-1996), som er forarbeider til kapittel 6A. Forarbeider til annen lovgivning, som for eksempel Grunnloven og arbeidsmiljøloven vil også bli benyttet der det trengs for å tolke lovbestemmelsene.

Helselovgivningen er i stor utstrekning en fullmaktslovgivning. Lovgiveren delegerer her myndigheten videre. Forskrifter som blir gitt utgjør en viktig og stor del av

regelverket innenfor helseretten. Der forskriftene ligger innenfor fullmaktens rammer er disse like bindende som loven selv.<sup>17</sup>

Etter sotjl. § 4A-14 kan kongen gi forskrifter til utfylling og gjennomføring av sotjl. kapittel 4A. Slike forskrifter er ennå ikke gitt. Etter sotjl. § 2-1 tredje ledd kan kongen også gi forskrift med nærmere innhold om internkontroll. Kommunens plikt til å føre internkontroll etter sotjl. § 2-1 andre ledd er nærmere utdypet i forskrift 20. desember 2002 nr. 1731 om internkontroll i sosial og helsetjenesten. For å sikre kvalitet i tjenesteytingen etter sosialtjenesteloven kapittel 4A er forskrift 27. juni 2003 nr. 792 om kvalitet i pleie og omsorgstjenestene blitt gitt. Begge forskriftene gjelder også for sosialtjenesteloven kapittel 4A, jf begge forskriftenes § 2.

Etter lov 21. mai 1990 Nr. 30 menneskerettsloven (heretter mnskrl.) § 2 gjelder sentrale konvensjoner som norsk lov. Særlig viktig konvensjon i forhold til bruk av tvang og makt er Den europeiske menneskerettskonvensjon 4. november 1950 (heretter EMK). Etter lov 17. mai 1814 Grunnloven § 110 c, har staten plikt til å sikre og respektere menneskerettigheter. I tilfelle motstrid mellom norsk lovgivning og bestemmelsene i EMK må norsk lov vike, jf mnskrl. § 3. For å unngå motstrid kan man velge det tolkningsalternativ som ikke vil stride med konvensjonen. Dette vil derfor også få betydning for hvilken løsning og alternativ man velger ved bruk av tvang og makt.

Aktuelle artikler i EMK i forhold til mitt tema kan være art 3, 5, 6, 8, 13 og 14. Disse bestemmelsene regulerer blant annet at ingen skal bli utsatt for nedverdiggende behandling og retten til personlig frihet. Ved utarbeidelsen av sosialtjenesteloven kapittel 6A ble lovutkastet vurdert i forhold til EMK. Det ble konkludert med at bestemmelsene om tvang og makt ikke ville komme i strid med EMK. I forarbeidene til sosialtjenesteloven kapittel 4A fremgår det at forslag til endringer ikke medførte endret vurdering i forhold til menneskerettighetene. Men det ble uttalt at det kreves en spesiell årvåkenhet for å redusere risikoen for at loven anvendes på en slik måte at det krenker den enkeltes menneskerettigheter.<sup>18</sup>

---

<sup>17</sup> Asbjørn Kjønnstad, *Helserett*, 2. utgave, Oslo 2007 s. 61.

<sup>18</sup> Ot.prp. nr.55 (2002-2003) s. 19.



Det finnes ikke Høyesterettspraksis som direkte er relevant for oppgaven. Det foreligger derimot noe underrettspraksis. Når det ikke finnes Høyesterettspraksis burde slike avgjørelser ha en viss interesse<sup>19</sup>. Underrettspraksis vil derfor bli lagt vekt på og benyttet i oppgaven.

Rundskriv kan gi informasjon om departementets eller direktoratets oppfatning av innholdet og forklarende utdypninger i enkelte bestemmelser. Dette kan gis i form av eksempler, som er viktig for hvordan loven blir forstått og anvendt.<sup>20</sup> Rundskriv er først og fremst en veiledning til de myndigheter som skal praktisere loven.<sup>21</sup>

Rundskriv er derfor ikke en autoritativ rettskildefaktor. Hvis departementet er lojale overfor lovens tekst og gir klare anvisninger på hvordan en bestemmelse skal forstås, er det grunn til å legge vekt på rundskrivet, bl.a. fordi det gjerne vil danne grunnlag for forvaltningspraksis. Et rundskriv må på mange punkter suppleres med andre rettskilder for at rettsanvendelsen skal bli korrekt.<sup>22</sup>

Innenfor sosialretten blir det gitt rundskriv som gjerne forklarer bestemmelser nærmere. Rundskriv vil bli derfor bli benyttet i oppgaven. Det mest sentrale rundskrivet til kapittel 4A er gitt av sosial og helsedirektoratet.

Praksis fra andre offentlige organer kan også ha interesse. Dette vil ha interesse så lenge organet tar standpunkt til rettsspørsmål og produserer praksis på sine områder. Slik praksis kan derfor være relevant som løsningsbidrag.<sup>23</sup> I oppgaven vil sivilombudsmannens uttalelser og fylkesnemnda avgjørelser bli anvendt.

---

<sup>19</sup> Nils Nygaard, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgave, Oslo 2004 s. 210.

<sup>20</sup> Olav Molven, s. 204.

<sup>21</sup> Se Rt. 1990 s. 874, s. 887.

<sup>22</sup> Olav Molven, s. 204.

<sup>23</sup> Nils Nygaard, s. 211 og 212.

### **3 Stilles det krav til utdanning og/eller kompetanse hos tjenesteytere som anvender tvang og makt?**

#### **3.1 Innledning**

For noen tjenestemottaker vil det oppstå situasjoner hvor han eller hun ikke klarer å forstå eller vurdere konsekvensene av sine egne handlinger. Dette kan være atferd som skader en selv eller andre, og grunnleggende omsorgsbehov som ikke blir ivaretatt. Tjenesteyter vil derfor komme opp i situasjoner hvor det må vurderes om bruk av tvang og makt er nødvendig. Tjenesteyter vil også være de som gjennomfører eventuell bruk av tvang og makt. Det er derfor viktig for at tjenesteytere er i stand til å vurdere slike situasjoner og kjenner til regelverket. Dette vil da bidra til at omsorgsplikten kommunen har overfor tjenestemottakeren blir ivaretatt og at rettssikkerheten for den enkelte øker.

Spørsmålet blir derfor om det stilles noe krav til kompetanse og/ eller utdanning til tjenesteytere som jobber med tjenestemottaker.

#### **3.2 Krav til kvalifiserte personale etter sosialtjenesteloven**

Etter sotjl. § 4-9 andre ledd har tjenestemottaker "rett til kvalifisert personale ved gjennomføringen av tiltak etter 4A-5 tredje ledd bokstav b og c". Dette betyr at det er en rettighetsbestemmelse for den enkelte tjenestemottaker og en plikt for kommunen. Denne retten foreligger ved gjennomføringen av de planlagte tiltakene som er bruk av tvang og makt i gjentatte nødssituasjoner eller tiltak for å dekke tjenestemottakers grunnleggende behov.

Det første spørsmålet er hva som menes med "kvalifisert personale". Etter ordlyden må dette bety at tjenestemottaker har rett til tjenesteytere som har kompetanse i forhold til bruk av tvang og makt. Det må altså være kompetente tjenesteytere som gjennomfører tvang og makt.

Det sies i forarbeidene at ”under utøvelse av tjenesten er det nødvendig å ha kjennskap til hva som er tvang, når tvang kan anvendes og hvilke krav som stilles til prosedyrer og gjennomføring.”<sup>24</sup>

Dette må bety at tjenesteytere må ha kjennskap til hva som ligger i begrepet tvang og makt, vilkårene for anvendelse, fremgangsmåten og hvordan slik bruk skal gjennomføres.

I henhold til forarbeidene er også kompetanse hos tjenesteytere en vesentlig forutsetning for blant annet å kunne begrense bruken av tvang og makt.<sup>25</sup> Ett av vilkårene for bruk av tvang og makt er som sagt i punkt 1.4, at andre løsninger skal prøves først. Derfor er det viktig med kompetente tjenesteytere som kan være med å finne andre løsninger en bruk av tvang og makt, for å hindre vesentlig skade og for å ivareta omsorgen til den enkelte.

Ofte kan det være en årsak til at tjenestemottakeren har en utfordrende atferd. Personer som har vanskeligheter for å si ifra om smerte og følelser, kan vise dette i form av en vanskelig atferd. Det er derfor også viktig å ha kompetente tjenesteytere som har forutsetning for å vite om dette kan være tilfelle og som dermed kan prøve å løse årsaken til den utfordrende atferden. Det er svært uheldig hvis det blir anvendt tvang og makt overfor en tjenestemottaker, som har en utfordrende atferd, fordi han eller hun for eksempel har somatiske plager.

I en dom fra Oslo tingrett (TOSLO-2007-175150) var spørsmålet om vilkårene for bruk av tvang og makt etter sosialtjenesteloven kapittel 4A var oppfylt, og om vedtakene skulle opprettholdes. Ved avgjørelsen legger også tingretten vekt på om kvaliteten på tjenesteyterne er god nok. Tingretten uttaler at personalet som var knyttet til tjenestemottaker i saken hadde relativ høy kompetanse, personalet var stabilt og at noe av personalet hadde jobbet med tjenestemottakeren i lengre tid.<sup>26</sup>

---

<sup>24</sup> Ot.prp. nr. 58 (1994-1995) s. 12.

<sup>25</sup> Ot.prp. nr. 55 (2002-2003) s. 16.

<sup>26</sup> Se siste side.

Tjenestemottaker har derfor rett på kvalifiserte tjenesteytere, som innebærer at tjenesteytere har kompetanse og kjenner til sosialtjenesteloven kapittel 4A. Kjennskap innebærer både i forhold til vilkår, prosessuelle reglene og hva som vil si at noe er tvang og makt. Dette bidrar til blant annet at gjennomføringen blir riktig og blir minst mulig nedverdiggende for tjenestemottaker. Det vil ikke holde at tjenesteyter vet at reglene eksisterer, men det må i tillegg kreves at tjenesteyter kjenner til innholdet.

### **3.3 Krav til utdanning**

Det skal være to tjenesteytere til stede ved gjennomføring av tvang og makt, jf sotjl. § 4A-9. Etter bestemmelsen tredje ledd første setning stilles det utdanningskrav til en av de to tjenesteytere som skal gjennomføre tiltak etter sotjl. § 4A-5 tredje ledd bokstav b. Det kreves her minimum utdanning på høyskole nivå innenfor helse, sosial eller pedagogiske fag. Dette vil si at loven opererer med et minstekrav. Det stilles videre krav om at eksamen er bestått, det vil derfor ikke være tilstrekkelig at tjenesteyteren er student innenfor fagområdet.

Ved gjennomføring av tiltak etter 4A-5 tredje ledd bokstav c, kreves det at en av tjenesteyterne minimum har bestått utdanning innenfor helse og sosial etter videregående opplæring, jf 4A-9 tredje ledd andre setning.

Loven stiller forskjellig krav til ferdighetene til tjenesteyter avhengig av hvilke tiltak som skal gjennomføres. Det kreves høyest utdanning ved gjennomføring av tvang eller makt i "planlagte skadeavvergende tiltak i gjentatte nødssituasjoner", jf sotjl. § 4A-5 tredje ledd bokstav b. Begrunnelsen for dette er at den utfordrende atferden til tjenestemottaker kan være vanskeligere å håndtere i gjentatte nødssituasjoner, og det må derfor stilles strengere krav til tjenesteytere, slik at han eller hun er i stand til å håndtere dette.

I en sak fra Sandefjord tingrett (TSAFO-2007-37407) gjaldt saken overprøving av vedtak etter sosialtjenesteloven kapittel 4A. Her legger også tingretten vekt på at det er personell med utdanning som står for gjennomføring av tiltakene. Det var her utpekt faglige ansvarlige for gjennomføringen av vedtakene og de øvrige som var involvert i tjenestene rundt tjenestemottaker var vernepleiere eller autorisert personell.<sup>27</sup>

Dommen viser at retten legger vekt på utdanningskravet når det skal vurderes om tiltak på bruk av tvang og makt skal opprettholdes.

I rundskrivet fra sosial og helsedirektoratet sies det at det å arbeide for utviklingshemmede krever kunnskaper fra ulike fagområder som etikk, psykologi, medisin og lignende. Denne kunnskapen må også kunne omsettes i praksis og anvendes. I tillegg til dette må tjenesteyteren ha kunnskaper om utviklingshemning og vite hvilke utfordringer funksjonshemningen medfører for tjenesteytingen. Det som best mulig sikrer at tjenesteytere har denne kunnskapen er gjennom formell utdanning hvor disse kunnskapene inngår.<sup>28</sup>

Dette viser at tjenesteyter med både utdanningskrav og kjennskap til reglene i sosialtjenesteloven, vil være de som har best forutsetninger for å kunne gjennomføre tvang og makt. Dette bidrar til at tjenesteytere kan gjennomføre tiltakene på en riktig måte, vurdere om tvang og makt er rettstridig og se om det er behov for å fatte vedtak for å ivareta omsorgen. Disse kravene blir derfor viktig for at tjenesteytere skal kunne ivareta rettssikkerheten til den enkelte. Oppfyller ikke tjenesteyter disse kravene er muligheten større for at loven ikke blir overholdt på riktig måte.

### **3.4 Unntak fra kravene som stilles til tjenesteytere**

Sotjl. § 4A-9 stiller ikke krav til kvalifikasjoner og utdanning til tjenesteyter ved gjennomføring av tvang og makt i nødssituasjoner etter sotjl § 4A-5 tredje ledd bokstav

---

<sup>27</sup> Se dommen siste side.

<sup>28</sup> IS- 10-2004, s. 70.

a. Dette er bruk av tvang og makt som ikke er planlagt og som oppstår i nødssituasjoner. Oppstår en slik nødssituasjon er det tjenesteyter som må treffe beslutning om bruk av tvang og makt, hvis det ikke er tid til at den som har det daglige ansvaret for tjenesten kan gjøre det, jf § 4A-7 første ledd.

Begrunnelsen for at slike krav ikke er stilt kan være at dersom det oppstår en nødssituasjon, må skaden avverges så fort så mulig. Personale som ikke oppfyller kravene må også ha mulighet til å hindre at en selv eller tjenestemottaker useresentlig skade. Allikevel bør det stilles krav til kvalifikasjoner der det kan være behov for å anvende tvang og makt i slike situasjoner. Det er like viktig at tjenesteytere også ved slik anvendelse av tvang og makt vet at avgjørelsen ligger innenfor grensen av hva som er lovlig. Det burde derfor være rimelig at alle som jobber med tjenestemottakere som kan ha en utfordrende atferd, og tvang og makt kan være aktuelt, kjenner til regelverket og innholdet i det.

### **3.4.1 Dispensasjon**

Etter sotjl. § 4A-9 tredje ledd siste setning, kan fylkesmannen gi dispensasjon fra utdanningskravet. Dette kan bare gjøres i "særlige tilfeller". En slik dispensasjon betyr at utdanningskravet i "særlig tilfeller" kan fravikes.

Begrunnelse for at slik dispensasjon kan gis, er i følge rundskrivet fra helsedirektoratet, at enkelte kommuner i perioder vil mangle personell med nødvendig kvalifikasjoner som loven krever. For at nødvendige tiltak i slike situasjoner skal kunne gjennomføres, er det åpnet for at fylkesmannen kan gi dispensasjon.<sup>29</sup>

Det står ikke noe videre i loven om hva som ligger i "særlig tilfelle". Etter ordlyden er det dispensasjon som ikke skal gis i alle tilfeller, men bare unntaksvis.

---

<sup>29</sup> IS- 10 -2004 s.71.

Etter forarbeidene er det avgjørende om fylkesmannen finner det forsvarlig<sup>30</sup>. Det sies ikke noe videre om når det kan sies å være forsvarlig. En naturlig tolkning av forsvarlig er blant annet at det må være tillitsfullt og trygt.

I rundskrivet, som akkurat nevnt ovenfor, uttales det at slike dispensasjoner kan bare gis i konkrete saker. Videre sies det at fylkesmannen bør legge vekt på "tjenesteyteres kunnskaper om utviklingshemning og erfaringer med hvilke krav denne funksjonshemmingen stiller til tjenesteytingen". Dette for å avhjelpe at tjenesteytere ikke oppfyller formelle krav til utdanning.

Dette betyr at de kravene som loven stiller blir erstattet med tjenesteytere som har kunnskap og erfaringer om personer med psykisk utviklingshemning.

Helsedirektoratet viser videre til kriterier som bør foreligge for at forsvarlighetskravet blir innfridd. Kriteriene vil bare være eksempler, og det kan tenkes at andre krav også bør stilles. Eksempler som det blir vist til er blant annet at alle som deltar i gjennomføringen bør være i gang med eller ha gjennomført kurs om tjenesteyting til utviklingshemmede, og at det etableres en veiledningsordning, der veileder bør ha treårig høgskoleutdanning, og at det skjer en fordeling av kvalifisert personale i turnus.<sup>31</sup> Videre blir det uttalt at dispensasjonen kan bygges opp slik at kommunen i nærmere spesifisert tid skaffer seg fagkompetansen etter loven, og at kommunen dokumenterer at slik kompetanseheving vil skje.

Det ser derfor ut som helsedirektoratet stiller noen vilkår som bør foreligge for at dispensasjoner som gis kan sies å være "forsvarlig".

Eksempel på hvor det kan foreligge "særlig tilfelle", og det derfor vil være forsvarlig etter direktoratets syn å gi disse, er hvis et forlengelsesvedtak viser at tiltaket har personal som innehar kompetanse og gode holdninger ved gjennomføring av tiltaket. Dette viser at helsetilsynet gjennom sitt eksempel mener at dispensasjon kan gis dersom

---

<sup>30</sup> Ot.prp. nr.55 (2002-2003) s. 58.

<sup>31</sup> Side 71 og 72 i samme rapport.

tjenesteytere har kompetanse og personlige egenskaper i det aktuelle tiltaket, men mangler utdanningskrav. Helsedirektoratet sier at dette allikevel kan synes å være i strid med det som blir sagt i forarbeidene.<sup>32</sup> I forarbeidene til kapittel 4A blir det uttalt at det i tilknytning til sosialtjenesteloven kapittel 6A ble søkt om dispensasjon fra utdanningskravet i loven i et høyt antall saker, og at denne utviklingen er bekymringsverdig.<sup>33</sup>

Vi ser her at helsedirektoratet har en oppfatning om at kompetansen og gode holdninger kan oppfylle vilkåret om å få dispensasjon i "særlig tilfeller" etter sotjl § 4A-9. I forarbeidene uttrykkes det som sagt en bekymring ved at utdanningskravene ikke er oppfylt. Bekymringen i forarbeidene bør tas på alvor, da relevant utdanning vil bidra til at loven blir overholdt og at tjenesteytere bedre kan vurdere om det foreligger behov for å anvende tvang og makt. Hvis dette ikke skal følges bør det heller være lovgivers oppgave og vurdere om det bør lempes på de formelle utdanningskravene.

I en sak fra fylkesnemnda for sosiale saker (FNV-2007-20-BUS), klagde pårørende som var mor til en gutt med psykisk utviklingshemning, på tiltak som innebar bruk av tvang og makt. Mor hevdet at gutten ville utagere mindre dersom blant annet personale hadde bedre kompetanse. Det var mange ansatte som arbeidet med gutten. Flere tjenesteytere var ansatt i små stillingsprosenter, og studenter var med å bistå. For å øke kompetansen til de ansatte var det benyttet mye ressurser på kursing og veiledning. Det var søkt om dispensasjon fra utdanningskravet for ti personer.

Fylkesmannen, som var part i saken, uttaler at kravet om andre løsninger enn bruk av tvang og makt skal være prøvd først etter sotjl § 4A-5 første ledd, innebærer for eksempel at bemanning og ansattes kompetanse må vurderes.

Fylkesnemnda sa seg enig i at det var for mange ansatte som arbeidet rundt gutten, at det må utvises varsomhet med å ha studenter til stede, og dispensasjon for ti ansatte synes noe høyt. Selv om mor fikk medhold på flere punkter, ble klagen ikke tatt til følge, fordi tvang og makt ble ansett nødvendig uavhengig av om punktene kunne forbedres.

---

<sup>32</sup> *Ibid.*

<sup>33</sup> Ot.prp. nr.55 (2002-2003) s. 16.



Dette viser at fylkesnemnda ikke har sett det som avgjørende at det er gitt dispensasjoner i for stor grad, hvis det blir funnet at tiltakene uansett er nødvendige. Det viser allikevel aktualiteten i at det ikke bør gis dispensasjon til for mange ansatte i en bolig.

For at tjenesteytere skal ha best mulig grunnlag for å ivareta rettssikkerheten til den enkelte, bør det ikke gis dispensasjoner i for stor grad. Det bør gis med forsiktighet slik at kravet "særlig tilfelle" overholdes.

### **3.5 Hvilket ansvar har kommunen for å sikre kvalifiserte tjenesteytere**

Etter sotjl. 4A-4 plikter kommunen å gi "nødvendig opplæring" etter sotjl. § 2-3, herunder faglig veiledning og oppfølging ved gjennomføring av tiltak.

Etter ordlyden vil "nødvendig opplæring" være opplæring som gjør at tjenesteytere kan utføre sitt arbeid på en tilfredsstillende måte. Hvis tjenesteytere skal utøve tvang og makt har kommunen derfor ansvaret for at tjenesteyterne får den opplæringen de trenger for å gjennomføre tvang og makt, slik at utøvelsen skjer på en forsvarlig måte. Etter § 4A-4 plikter kommunen også å gi oppfølging til de tjenesteytere som gjennomfører tiltak.

Etter sotjl. § 2-3 andre ledd vil tjenesteytere være forpliktet til å delta i den opplæringen som blir bestemt, og som er nødvendig for å holde kvalifikasjoner ved like, men loven sier ikke noe om konsekvensene hvis deltagelse ikke skjer.

Det understrekes også i forarbeidene til sosialtjenesteloven kapittel 4A at hovedansvaret for tvangstiltak ligger hos kommunen, og at den enkelte tjenesteyter har krav på nødvendig opplæring og veiledning, før han eller hun påtar seg å gjennomføre tiltak hvor tvang og makt inngår. Det sies videre at tjenesteytere som skal anvende tvang må ha kjennskap til tiltakets juridiske, etiske og faglige rammer.<sup>34</sup>

---

<sup>34</sup> Se s. 22.

Dette betyr at tjenesteytere skal ha opplæring og veiledning om sosialtjenesteloven kapittel 4A.

### 3.5.1 Plikt etter forskrifter

Formålet med internkontrollforskriften er å bidra til faglig forsvarlige sosialtjenester og at sosialtjenesteloven oppfylles, jf forskriften § 1. Etter internkontrollforskriften § 4 bokstav c, skal de ansvarlige for virksomheten blant annet sørge for at arbeidstakerne har tilstrekkelig med kunnskap og ferdigheter innenfor det aktuelle fagfeltet.

De ansvarlig for virksomheten blir her tolket som den som har det daglige ansvaret for tjenesten, og den som har det overordnede faglige ansvaret for tjenesten. Hvem som har det daglige ansvaret for tjenesten, blir tolket her som den som er enhetsleder eller tjenesteleder for boligen (daglige ansvarlig vil heretter også bli omtalt som tjenesteleder).

Kommunen utpeker en bestemt person som skal ha det overordnede faglige ansvaret. Det er nærliggende at dette er etatssjefen for tjenesten, men kan også for eksempel være kommunelegen. Det må være klare ansvarslinjer for hvem som har ansvaret for vedtak etter sosialtjenesteloven kapittel 4A, for sikre og rettsikkerheten til den enkelte.<sup>35</sup>

Dette vil si at det er kommunen som har hovedansvaret, men at det er overordnede faglige ansvarlige og tjenestelederen som skal sørge for at tjenesteytere har tilstrekkelig kunnskap og ferdigheter innenfor sosialtjenesteloven kapittel 4A.

Som påpekt ovenfor stiller ikke sotjl. § 4A-9 noe krav om kvalifisert personal og utdanning, ved gjennomføring av tvang og makt i nødssituasjoner. Etter loven og internkontrollforskriften skal disse allikevel ha opplæring, slik at de får ferdigheter og kunnskap om regelverket.

I rundskrivet fra sosial og helsedirektoratet blir det uttalt at disse tjenesteyterne "må gis tilstrekkelig kunnskap til å fatte slike beslutninger på en forsvarlig måte, jf § 4A.4".<sup>36</sup>

---

<sup>35</sup> IS- 10 -2004, s.49.

<sup>36</sup> IS- 10- 2004, s. 64.

Så vidt jeg kjenner til holdes det kurs om kapittel 4A i enkelte kommuner, slik at tjenesteyter blir kjent med regelverket. Hvis det er mange vikarer og tjenesteytere i små stillinger kan det være usikkert om slike kurs vil nå frem til alle.

I forhold til kvalitetsforskriften er formålet å sikre at personer som mottar pleie og omsorgstjenester etter sosialtjenesteloven, får ivare tatt sine grunnleggende behov med respekt for det enkelte menneskets selvbestemmelses rett, egenverdi og livsførsel, jf § 1. I henhold til forskriften § 3 skal kommunen utarbeide skriftlige prosedyrer som sikrer at grunnleggende behov blir dekket. Etter sotjl. § 4A-5 tredje ledd bokstav c kan det tenkes at det må benyttes tvang og makt for å ivareta tjenestemottakers grunnleggende behov. Etter forskriften må det utarbeides prosedyrer slik at det sikres at tjenesteyter dekker slike grunnleggende behov som tjenestemottaker trenger. Dette kan være særlig viktig i boliger hvor det er mange tjenesteyter som jobber, slik at ansatte til en hver tid vet hvilke grunnleggende behov som må ivaretas.

### **3.6 Krav til forsvarlighet**

I helseretten gjelder et grunnleggende prinsipp om at helsepersonell skal utføre sitt arbeid i samsvar med "krav til faglig forsvarlighet og omsorgsfull hjelp". Dette prinsippet er blitt nedfelt i lov 2. juli 1999 Nr. 64 helsepersonelloven (heretter hlspl.) § 4.

Et lignende prinsipp er også nedfelt i sotjl. kapittel 4A, jf § 4A-5 andre ledd første setning. Prinsippet gjelder i forhold til bruk av tvang og makt, og dette er uttrykt ved at "tvang og makt kan bare brukes dersom det er faglig og etisk forsvarlig". Dette vil si at det er både krav om etisk forsvarlighet og faglig forsvarlighet.

En naturlig forståelse av hva som menes med etisk er at det har noe med vår moral å gjøre, mens en naturlig tolkning av "forsvarlighet" vil som nevnt ovenfor være at det er tillitsfullt og trygt.

Når det i lovteksten er skrevet både faglig og etisk forsvarlig, tyder det på at det er to selvstendige krav, som begge må være oppfylt.

I forarbeidene uttales det at kravet til faglighet og etikk ikke er to uavhengige begreper, men at de vil gå inngå i hverandre. Dette betyr at faglig forsvarlighet forutsetter at det etisk sett kan forsvares og motsatt.<sup>37</sup>

Kravet til faglig og etisk forsvarlig er et alminnelig krav, og i utgangspunktet trenger ikke kravet å være lovfestet. I forarbeidene til sosialtjeneloven kapittel 6A ble det sagt at bruk av tvang og makt setter særlig store krav til tiltakets faglige og etiske forsvarlighet, og kravene ble derfor foreslått lovfestet.<sup>38</sup> Kravene ble også videreført i kapittel 4A.

Da kravet ikke trenger å være lovfestet for å være gjeldende, og det uttales i forarbeidene<sup>39</sup> at det gjelder et alminnelig krav om at alle tjenester skal være etisk og faglig forsvarlig, betyr det at kravet gjelder uansett innenfor sosialretten, ikke bar når tvang og makt skal anvendes.

Siden begrepene inngår i hverandre, vil kravet til faglig forsvarlighet bli nærmere drøftet nedenfor. Spørsmålet blir om hva som ligger i "faglig forsvarlig" i forhold til bruk av tvang og makt.

Kravet i forhold til bruk av tvang og makt vil derfor måtte bety at det kan bare anvendes og gjennomføres dersom det er "faglig forsvarlig".

I forarbeidene sies det at kravet gjelder både i forhold til innholdet i vedtaket og for utøvelsen av tvang og makt. Hvis innholdet eller utøvelse ikke oppfyller kravet til faglig forsvarlighet, vil tiltaket derfor være i strid med loven.<sup>40</sup>

Dette vil derfor bety at dersom tiltaket kan sies å være "faglig forsvarlig," må både innholdet og selve utførelsen av tiltaket oppfylle kravet til "faglig forsvarlighet". At utøvelsen ikke oppfyller kravet til faglig forsvarlighet kan tenkes hvis bruken ikke har de virkningene som man hadde trodd, og det vil derfor være lite hensiktsmessig å utøve tvangen.

---

<sup>37</sup> Ot.prp. nr.58 (1995-1996) s. 21.

<sup>38</sup> *Ibid.*

<sup>39</sup> *Ibid.*

<sup>40</sup> *Ibid* s. 22.

Det sies videre i forarbeidene at de metoder som skal brukes må være vitenskapelig aksepterbare for at kravet til faglig forsvarlighet skal være oppfylt. Dette innebærer at metodens virkninger og bivirkninger i forhold til atferden er godt dokumentert, og det må være alminnelig enighet i fagmiljøene om dokumentasjonen.<sup>41</sup>

Dette vil si at spørsmålet om kravet "faglig forsvarlighet" er oppfylt, må søkes løst utenfor jusen område, og på fagfeltes område.

Spørsmålet om det er "faglig forsvarlig" kan i følge forarbeidene ikke bare besvares ut i fra vitenskapen. Det må også vurderes om prosessen tiltaket bygger på er forsvarlig, og om det foreligger tilstrekkelig kunnskap om både korte og langsiktige bivirkninger. Tiltaket må også ses i sammenheng med tjenesteyteres faglige kompetanse og personlig egenhet.<sup>42</sup> Kravet til faglig forsvarlig henger derfor sammen med kvaliteten på tjenesteytere.

I tillegg vil kravet omfatte at alle som anvender tvang og makt, har et personlig ansvar for at tiltak utføres innenfor vedtakets rammer og instruksjer, og at interne kontrollrutiner følges opp. Dette vil bety at tjenesteytere som gjennomfører tvang og makt i tillegg har ett personlig ansvar i henhold til kravet om "faglig forsvarlighet".<sup>43</sup>

Hva som menes med at tjenesteyter har et personlig ansvar kan sammenlignes med hlspl. § 4. Etter denne bestemmelsen skal kravene utøves etter det som kan forventes ut ifra "helsepersonellens kvalifikasjoner, arbeidets karakter og situasjonen for øvrig". Dette vil blant annet bety at tjenesteytere ikke skal gjennomføre tvang og makt dersom de ikke er i stand til å gjennomføre tiltaket korrekt. Hvis tjenesteyter er i tvil om hvordan det skal gjennomføres bør de kreve å få nødvendig opplæring, som de har krav på først, for at kravet til faglig forsvarlighet skal være oppfylt.

---

<sup>41</sup> *Ibid.*

<sup>42</sup> *Ibid.*

<sup>43</sup> *Ibid.*

### **3.7 Kort oppsummering**

Både lovgivning, forskrifter, forarbeider og domstolene stiller krav til kvalifiserte tjenesteteytere. Slik jeg ser det er kvalifiserte tjenesteteytere og utdanningskrav to forskjellige krav. Kvalifiserte tjenesteteytere har derfor blitt drøftet uavhengig av utdanningskravet. Selv om tjenesteteytere tilfredsstiller utdanningskravet, er det ikke sikker at han eller hun kjenner til lovverket. For at tjenesteteytere skal kunne ivareta rettsikkerheten til den enkelte er det viktig at de har tilstrekkelig kjennskap også om regelverket.

Det kan gis dispensasjon fra utdanningskravet etter sotjl § 4A-9 tredje ledd i "særlige tilfeller", men ikke fra kravet om at tjenesteteyter skal ha kvalifikasjoner. I rundskrivet fra sosial og helsedirektoratet vil vilkåret "særlig tilfeller" være oppfylt i forlengelsesvedtak, hvis tjenesteteytere har kompetanse og gode holdninger. Dette på tross at det uttrykkes en bekymring over at det blir gitt for mange dispensasjoner i forarbeidene. Det beste siktemålet for kommunen må være å følge forarbeidene og få flest mulige tjenesteteytere som oppfyller utdanningskravet ved gjennomføring av tvang og makt.

Kravet til faglig forsvarlighet vil være ett overordnet prinsipp, siden det ikke trenger å være lovfestet for å komme til anvendelse. Kravet vil gjelde både i forhold til innholdet i tiltaket og ved gjennomføringen. Kravet innebærer også et personlig ansvar, som blant annet vil si at tjenesteteytere ikke skal gå utenfor det han eller hun mestrer.

## **4 Har tjenesteteyter rett eller plikt til å ytre seg /varsle dersom han eller hun oppdager ulovlig tvang og makt?**

### **4.1 Innledning**

Den neste hovedproblemstillingen er om tjenesteteyter har noe rett til å gi beskjed, fortelle, eller varsle, dersom han eller hun observerer at det blir benyttet rettstridig tvang eller makt, eller at det ikke blir truffet tiltak der det er nødvendig.

Dersom det blir anvendt tvang og makt når vilkår etter sosialtjenesteloven kapittel 4A ikke foreligger eller saksbehandlingsreglene ikke er fulgt, er dette rettstridig. Hvis vilkårene for bruk av tvang og makt foreligger, men det ikke blir truffet tiltak, kan dette være ett brudd på kommunes omsorgsplikt, og tjenestemottaker kan komme i en mer nedverdiggende situasjon uten tiltak, jf ovenfor. Tjenestemottakere vil ofte mangle forutsetninger for og selv kunne klage eller ta opp problemene på egen hånd<sup>44</sup>. Hvis tjenesteyter observerer slike situasjoner er spørsmålet om hvem han eller hun kan meddele informasjon om forholdene til, slik at situasjonen kan endre seg.

## 4.2 Ytringsfrihet

Det første spørsmålet blir derfor om hvor langt ytringsfriheten gjelder for tjenesteytere til å kunne meddele informasjon om slike situasjoner videre.

Ytringsfriheten er hjemlet i Grl. § 100 og i EMK art 10. Ytringsfriheten er altså en grunnlovsrettighet og en grunnleggende menneskerettighet. Her vil fokuset ligge på rettsgrunnlaget etter grunnloven.

I Grl. § 100 første ledd sies det at *"ytringsfrihet bør finne sted"*. Når det i bestemmelsen heter "bør", betyr dette skal.

Ytringsfrihet innebærer blant annet å kunne meddele opplysninger, informasjon, ideer og budskap til andre, enten privat eller offentlig. Dette kan for eksempel foregå igjennom media. Denne retten innebærer også å motta informasjon. Da dette er en rett, betyr det at en person som benytter seg av retten til å ytre seg ikke kan få noen sanksjoner, hvis vilkårene er fulgt.

Etter Grl. § 100 tredje ledd heter det at *"frimodige ytringer om statsstyrelsen og hvilkensomhelst anden gjenstand ere enhver tiladte"*. Da det i bestemmelsen sier "enhver" tyder dette på at tjenesteytere også faller inn under ordlyden.

---

<sup>44</sup> Se Rt. 2004 s. 1588, punkt 29.

I sivilombudsmannens melding fra 2007<sup>45</sup> gjaldt saksforholdet ytringsfriheten for en lærer som var ansatt i kommunen. Saksforholdet er ikke direkte relevant her, men det sivilombudsmannens uttaler om offentlige ansattes ytringsfrihet er derimot av betydning. Ombudsmannen uttaler at det som utgangspunkt gjelder at offentlige ansatte har ytringsfrihet på lik linje som alle andre.

Etter en naturlig tolkning av "frimodige ytringer" betyr dette frie og åpne ytringer. I forarbeidene sies det at frimodige ytringer vil være *"ytringer som det kan kreves både mot og uavhengighet for å fremsette"*. Ytringen må inngå i en eller flere av de prosesser som yttingsfriheten skal verne, som er sannhetssøking, demokrati eller individets meningsdannelse, jf GrL § 100 andre ledd. Ordet "Statsstyrelsen" vil verne ytringer om politikk og offentlige spørsmål. "Gjenstand" viser tilbake til "statsstyrelsen og betyr "gjenstand" av politisk karakter. Med "politisk karakter" menes alle offentlige interessante tema som det kan forventes at mennesker og samfunnsborgere tar stilling til både politisk, samfunnsmessig, moralsk og kulturell art. Dette vil da dekke hele spekteret av emner som hører til i det offentlige og den demokratiske debatt, både lokalt, regionalt, nasjonalt og internasjonalt.<sup>46</sup>

Hvis tjenesteyter observerer at andre tjenesteytere utøver ulovlig tvang, vil det å meddele slik informasjon til andre, være en situasjon som det kan kreves mot for å fortelle. Det samme må gjelde dersom tjenesteytere meddeler at omsorgsplikten ikke blir ivaretatt fordi slike tiltak ikke blir gjennomført.

Slike situasjoner vil også være et tema som det kan forventes at andre enn tjenesteyteren vil ta stilling til og som skaper debatt. Dette fordi tvang og makt, eller manglende tiltak som er nødvendig for å ivareta omsorgsplikten, vil være en aktualitet andre borgere også vil ha meninger om. Det vil både være politiske og etiske meninger i slike saker.

Dette vil derfor si at som utgangspunkt har tjenesteytere ytringsfrihet på lik linje som alle andre og kan derfor ytre seg om det som skjer på offentlige arbeidsplasser i en kommune.

---

<sup>45</sup> Somb-2007-31, s 107-109.

<sup>46</sup> NOU 1997-27, pkt. 10.3.4.



Etter Grl. § 100 tredje ledd andre setninger kan unntak fra ytringsfrihet gjøres dersom *”særlig tungtveiende hensyn gjør det forsvarlig holdt op imod ytringsfrihedens begrundelser”*.

Etter en naturlig forståelse av dette må de hensyn som taler for at ytringen ikke skal finne sted, veie vesentlig tyngre enn ytringsretten, og det må være forsvarlig at disse hensynene går foran.

I forarbeidene sies det at begrensninger i ytringsfriheten krever særlig grunnlag. Slike grunnlag kan for eksempel følge av taushetsplikt, arbeidstakers lojalitetsplikt og avtaler.<sup>47</sup>

Nedenfor blir det derfor drøftet om taushetsplikt, lojalitetsplikt og avtaler kan sette begrensninger for tjenesteyteres rett til å ytre seg om ulovlig bruk av tvang og makt, eller om manglende tiltak der dette er nødvendig.

### **4.3 Taushetsplikt**

Taushetsplikt for tjenesteytere er regulert i sosialtjenesteloven kapittel 8. Etter sotjl § 8-8 har ”enhver som utfører tjeneste eller arbeid for sosialtjenesten eller en bolig etter denne loven, har taushetsplikt etter forvaltningsloven §§ 13 til 13 e. Overtredelse straffes etter straffeloven § 121.”

Etter sotjl. § 8-1 kommer forvaltningslovens regler om taushetsplikt til anvendelse, men med de begrensninger som følger av kapittelet 8 i sosialtjenesteloven.

Etter lov 10. februar 1967 forvaltningsloven (heretter fvl.)§ 13 heter det at ”Enhver som utfører tjeneste eller arbeid (...) plikter å hindre at andre får adgang eller kjennskap til det han i forbindelse med tjenesten eller arbeidet får vite om”, og etter bokstav a, som her vil være mest relevant” noens personlige forhold”.

---

<sup>47</sup> Ot.prp. nr.84 (2005-2006) s. 15.

Taushetsplikt kan defineres som en plikt for tjenesteytere til ikke å meddele personlig opplysninger til tredjeperson. Det er altså en plikt til ikke å gi opplysninger til andre, men ingen plikt til og ikke motta informasjon. Motsetningen til taushetsplikt er opplysningsplikt. Dette er da en plikt til å si ifra om de aktuelle opplysningene.

Etter ordlyden "enhver" vil tjenesteytere være omfattet av bestemmelsen. På bakgrunn av ordlyden vil det ikke ha noe betydning om tjenesteytere har ulik kompetanse og utdanning, om de jobber heltid, deltid eller er vikarer. Bestemmelsen vil komme til anvendelse overfor alle tjenesteytere uavhengig av dette.

#### **4.3.1 Hvilke opplysninger omfattes**

Taushetsplikten omfatter "personlige forhold", så spørsmålet blir derfor hva som faller inn under ordlyden.

Etter en naturlig tolkning av "personlig forhold" er dette noe som er knyttet til den enkelte person og som vil regnes som privat. Dette er gjerne noe man selv vil velge å dele med andre.

Etter lovens forarbeider uttales det at taushetsplikten har sin vesentlige betydning når det gjelder forhold som direkte knytter seg til en person og som for eksempel gjelder vedkommendes helse, karakter og familieforhold. Utpreget "personlig" er opplysninger som for eksempel gjelder fysisk og psykisk helse. Taushetsplikten er også omfattet av enkelte andre forhold som er egnet til å karakterisere vedkommende. Det avgjørende er hva den tradisjonelle oppfatning av hva som hører til personlighet og privatliv, der grensespørsmålene er vanskelig.<sup>48</sup>

I den juridiske teori sies det at utgangspunktet er at "personlige forhold" er alle opplysninger som sier noe om enkeltindivider og at dette kalles gjerne for

---

<sup>48</sup> Ot.prp. nr.3 (1976-1977), s. 136.

personidentifiserbar data. Disse opplysningene kan være lagret på forskjellige måter, som for eksempel i journaler, i tjenesteyterens hukommelse og i dokumenter.<sup>49</sup>

Det som derfor vil være hovedelementet er om opplysningene er personlige, som kjennetegner tjenesteyteren, og særlig hvis det er opplysninger om fysisk og psykisk helse.

Om bruk av tvang og makt eller manglende tiltak kan sies å være "personlige forhold" blir derfor det neste spørsmålet.

Anvendelse av tvang eller makt overfor en tjenestemottaker kan fortelle noen om den psykiske helsen, i den forstand at tvang og makt blir benyttet fordi vedkommende har en utfordrende atferd. Dette er derfor opplysninger som sier noe om enkeltindividets "personlige forhold".

Hvis det derimot ikke blir truffet et vedtak der dette er nødvendig, sier det noe om at tjenestemottaker har behov for anvendelse av tvang og makt. Dette forteller derfor også noe om den psykiske helsen til tjenestemottaker. Dette er derfor også et "personlig forhold" etter fvl. § 13 nr1.

Bruk av tvang og makt og manglende tiltak der dette er nødvendig, er "personlige forhold", som er knyttet til tjenestemottakeren. Slike opplysninger er derfor underlagt tjenesteyteres taushetsplikt etter fvl. § 13 nr 1.

Dersom en tjenesteyter benytter tvang og makt enten ulovlig eller feil, blir spørsmålet om dette er et "personlig forhold" som også omfattes av taushetsplikten.

Etter en naturlig forståelse av taushetspliktsreglene etter sosialtjenesteloven, jf forvaltningsloven, er dette regler som tar sikte på å beskytte personer som mottar tjenester etter sosialtjenesteloven, som her er tjenestemottaker. Dette vil derfor si at reglene ikke tar sikte på å beskytte de som utfører tjenester etter sosialtjenesteloven, og derfor heller ikke tjenesteytere. Det er opplysninger om "personlig forhold" tilknyttet

---

<sup>49</sup> Asbjørn Kjønstad og Aslak Syse, s. 147.

tjenestemottakeren bestemmelsen regulerer. Tjenesteytere som rettstridig anvender tvang og makt er derfor ikke beskyttet etter denne bestemmelsen.

Anvendelse av tvang og makt i strid med sosialtjenesteloven kapittel 4A vil derfor kunne være et "personlig forhold" etter fvl. § 13 nr 1 for tjenestemottakeren, men ikke for de som gjennomfører. Tjenesteytere som får kjennskap til dette har derfor ikke taushetsplikt om eventuelle feilvurderinger og svikt fra andre tjenesteytere.

Det kan også tenkes at de som gjennomfører tvang og makt etter sotjl. 4A-9 selv om vilkårene ikke foreligger, har fått pålegg av for eksempel tjenesteleder om å gjennomføre dette. At tjenesteleder eller faglig ansvarlig i tjenesten pålegger tjenesteytere dette, vil heller ikke være et "personlig forhold" som omfattes av taushetsplikten til tjenesteytere, selv om det kan være følsomt for dem at det blir kjent.

De som er ansvarlige for at tiltak ikke blir truffet der dette er nødvendig, vil derfor heller ikke være beskyttet av taushetsplikten etter fvl. § 13. De ansvarlige vil være de som kan ta beslutning om bruk av tvang og makt eller treffe vedtak etter sotjl. § 4A-7.

Taushetsplikten etter fvl. § 13 tar bare sikte på å beskytte tjenestemottakers "personlige forhold". Dette betyr at tjenesteytere kan ytre seg om forhold som ikke faller inn under taushetspliktreglene, men må passe på at "personlige forhold" ikke samtidig blir røpet.

#### **4.3.2 I hvilken forbindelse må tjenesteyteren ha fått kjennskap til opplysningene**

Det som tjenesteyteren "*i forbindelse med tjenesten eller arbeidet får vite om*" "*personlige forhold*", er underlagt taushetsplikten, jf fvl. § 13.

Dette vil derfor måtte gjelde de opplysninger som tjenesteyteren får vite i sammenheng i sin stilling. Etter ordlyden vil derfor ikke tjenesteyteren ha taushetsplikten om det han eller hun får vite på sin fritid.

Her må tjenesteyteren gjøre en vurdering om det er noen på fritiden som meddeler tjenesteyteren opplysninger i forbindelse med at han eller hun opptrer i sin stilling. Et

eksempel kan være hvis tjenesteyter får vite noe om en tjenestemottaker på sin fritid av en som forteller dette i fortrolighet. Dette kan trekke i retning av at tjenesteyteren får informasjon i kraft i sin stilling, og at opplysningene derfor er underlagt taushetsplikt, jf Rt. 1989 s. 1363.

Har tjenesteyteren fått kjennskap til opplysninger om "personlige forhold" på sin fritid, som ikke kan antas at han eller hun har fått i egenskap av sin stilling, foreligger det ikke taushetsplikt om disse opplysningene. Utgangspunktet blir derfor at ytringsfriheten gjelder med hensyn til disse opplysningene.

#### **4.3.3 Hvem gjelder taushetsplikten overfor**

Tjenesteyteren har taushetsplikt overfor "andre" etter fvl. § 13. En naturlig tolkning av "andre" er at dette betyr enhver person utenom en selv. Tjenesteyteren vil derfor også ha taushetsplikt overfor andre ansatte i boligen.

Etter fvl. § 13b nummer 3 er det gjort et unntak fra dette. Begrunnelsen er hvis det trengs for en "hensiktsmessig arbeids- og arkivordning". Mange tjenestemottakere kan ikke selv formidle informasjon om sin egen hverdag. I en bolig må nødvendige informasjon gis mellom tjenesteytere for å kunne følge tjenestemottakeren opp og for å kunne utføre sitt arbeid. Dersom tjenesteyteren observerer ulovlig bruk av tvang og makt kan det stilles spørsmål om dette har noe med hvordan tjenesteytere skal kunne få utført sitt arbeid. Det vil derfor være tvilsomt om tjenesteytere kan informere hverandre om ulovlig tvang og makt.

Dersom det foreligger manglende vedtak der dette er nødvendig er dette opplysninger som beskriver noe om atferden til en person. Slike opplysninger vil kunne være nødvendig for at tjenesteytere kan følge med på slik atferd. Det trekkes derfor i retning at slike opplysninger kan meddeles mellom tjenesteytere.

Daglig ansvarlig i tjenesten vil måtte ha nødvendig informasjon for å kunne drive boligen forsvarlig, og for å kunne gi nødvendig opplæring og veiledning. Bestemmelsen vil også regulere at tjenesteyter kan gi nødvendig informasjon til ansvarlig i tjenesten, slik at vedkommende kan utføre sitt arbeid. Hvis det blir oppdaget ulovlig tvangsbruk, vil det trekke i retning for at det er ansvarlig i tjenesten som skal ha informasjonen, slik at han eller hun kan gjøre noe med situasjonen, og slik at tjenesten blir forsvarlig.

Eksempel på når det ikke er nødvendig at tjenesteyter videreformidler informasjon er hvis tjenestemottaker har henvendt seg til tjenesteyter om et "personlig forhold", som ikke vil ha betydning for arbeidet med tjenestemottakeren.

Siden tjenesteyteren har taushetsplikt overfor "andre", vil taushetsplikten også forligge utenfor virksomheten. Personer utenfor virksomheten vil for eksempel være familie, verge, media, venner og andre offentlige kommunikasjonskanaler.

Utgangspunktet blir derfor at pårørende ikke skal ha informasjon i tilfeller tjenestemottakeren blir utsatt for ulovlig tvang og makt eller om omsorgssvikt. Pårørende, verge eller hjelpeverge har blitt gitt rettigheter etter sosialtjenesteloven til blant annet å få informasjon, dersom det treffes beslutninger og vedtak om bruk av tvang og makt, jf § 4A-7 første og tredje ledd. De samme har også rett til å høres før vedtak treffes, jf sotjl § 4A-3 første ledd. Hvem som anses som pårørende er nærmere definert i sotjl § 4A-3 siste ledd.

I rundskrivet fra sosial og helsedirektoratet blir det sagt at i de fleste tilfeller vil det være tjenesteyter som tar initiativ til bruk etter sosialtjenesteloven kapittel 4A, og at pårørende og verge eller hjelpeverge også kan ta slik initiativ.<sup>50</sup>

Da pårørende, verge eller hjelpeverge har rett på å vite om tvang og makt som blir anvendt, og kan ta initiativ til dette, vil det virke urimelig at disse ikke skal ha informasjon dersom dette blir anvendt ulovlig eller at slike tiltak er nødvendig.

---

<sup>50</sup> IS- 10- 2004, s. 65.

Etter pasientrettighetsloven § 3-3 andre ledd skal informasjon til pårørende gis blant annet hvis pasienten "åpenbart ikke kan ivareta sine interesser" på grunn av psykisk utviklingshemming. Etter en naturlig tolkning av "åpenbart" vil være dersom det fremstår som utvilsomt at vedkommende ikke kan ivareta sine egne interesser.

Blir det anvendt ulovlig tvang og makt eller at omsorgen til tjenestemottaker ikke blir ivaretatt, og vedkommende ikke har mulighet til å si ifra om forholdene selv, vil det ikke være tvil om at tjenestemottaker ikke kan ivareta sine egne interesser.

Da lovgiver i annen lovgivning har tatt hensyn til at pårørende skal ha informasjon dersom det er åpenbart at en person med psykisk utviklingshemming ikke kan ivareta sine egne interesser, virker det naturlig at en slik rett også må foreligge ved ulovlig tvangsbruk og omsorgsvikt.

På bakgrunn av dette kan det ikke sies å foreligge brudd på taushetsplikten, hvis informasjon om ulovlig tvangsbruk eller brudd på omsorgsvikten, gis til de samme personer som skal underrettes, og har adgang til å uttale seg etter sotjl. § 4A-7 og § 4A-3.

Neste spørsmål er om det foreligger noen andre unntak fra taushetsplikten når det gjelder opplysninger om personlige forhold.

#### **4.3.4 Samtykke**

Taushetsplikten kan fravikes hvis tjenestemottaker samtykker til at opplysningene kan gis til andre, jf fvl. § 13a nummer 1. Samtykke vil si at tjenestemottakeren gir tillatelse til å gi opplysninger til andre, som egentlig ikke har rett på informasjon. Det foreligger altså en rett for tjenesteytere til å fravike taushetsplikten, hvis tjenestemottaker samtykker. Dette vil i enkelte situasjoner være vanskelig å innhente, fordi tjenestemottaker ikke er i stand til å kunne samtykke.

Enhver person som blir utsatt for ulovlig tvang og makt, eller som blir utsatt for nedverdiggende behandling, vil som regel at noen skal få vite om forholdene, slik at handlingene kan opphøre. Personer med psykisk utviklingshemning, som ikke er i stand til å ivareta sine egne interesser er en ekstra sårbar gruppe. Oppdager tjenesteytere at det blir anvendt ulovlig tvang og makt, eller at tjenestemottakeren blir behandlet på en nedverdiggende måte, kan det være nødvendig å fravike taushetsplikten dersom forholdene ikke løses internt. Det som vil bli nærmere drøftet nedenfor er om tjenesteyteren kan samtykke på vegne av tjenestemottakeren, for å kunne gi informasjon videre til noen som kan gjøre noe med situasjonen for tjenestemottaker.

#### **4.3.4.1 Hypotetisk samtykke**

Et hypotetisk samtykke vil si at tjenesteyter i den konkrete situasjonen formoder at tjenestemottaker ønsker at informasjonen skal gis videre, dersom han eller hun hadde vært i stand til å avgi et uttrykkelig eller stilletiende samtykke.<sup>51</sup>

Om tjenesteyter kan gjøre unntak fra hovedregelen om taushetsplikt med grunnlag i et hypotetisk samtykke, må vurderes nærmere. Det bør vurderes om det er nødvendig å gi informasjonen til andre. Ved spørsmålet om det er nødvendig, bør det foretas en avveining om det å gi informasjon til andre veier tyngre, enn hensyn som trekker i retning av at taushetsplikten skal overholdes.

Taushetsplikt begrunnes blant annet med personvern og tillitsforhold. Det er rimelig at tjenesteyter har krav på at personlig informasjon ikke gis videre fra de som han eller hun mottar tjenester fra. Det at tjenesteytere har taushetsplikt skaper også et tillitsforhold mellom tjenestemottaker og tjenesteyter.

Disse hensynene sett opp imot situasjoner der det blir anvendt ulovlig tvang og makt, eller at tjenestemottaker blir utsatt for nedverdiggende behandling, kan ikke sies å gjøre seg like gjeldende. Bruk av unødig tvang eller makt eller mangel på slikt vedtak, vil kunne føre til at både den fysiske og psykiske helsen til tjenestemottaker kan skades.

---

<sup>51</sup> Aslak Syse, *Pasientrettighetsloven med kommentarer*, 3 utgave, Oslo 2009 s. 301.



Det vil skape større tillitt hvis tjenesteytere som oppdager slike situasjoner prøver å få forholdene til å opphøre eller forbedres. Dersom dette ikke blir gjort internt, vil det derfor være nødvendig for tjenesteyter å gi informasjon til andre, som har myndighet til å gjøre noe med situasjonen. Andre vil her for eksempel fylkesmannen.

Dersom tjenestemottaker opplever ulovlig tvangsbruk eller nedverdiggende situasjoner kan det antas at han eller hun ville ha samtykket til at informasjon gis videre, slik at situasjonen kunne opphøre eller forbedres, dersom tjenestemottaker var i stand til å forstå hva samtykke innebærer.

Dette trekker i retning av at tjenesteyter i slike situasjoner kan gi informasjon videre til andre som kan gjøre noe med situasjonen, med grunnlag i et hypotetisk samtykke etter fvl. § 13a nummer 1. Et hypotetisk samtykke i de situasjoner som det her dreier seg om, vil ikke kunne rekke lengre enn at informasjon gis videre til andre som kan gjøre noe med situasjonen.

#### **4.3.5 Andre unntak fra taushetsplikten**

Etter fvl. § 13a nummer 2 vil ikke taushetsplikten være til hinder for at opplysninger enten gis i statistisk form, eller ved at "*individualiserende kjennetegn utelates på annen måte*", hvis behovet for beskyttelse kan sies å bli ivaretatt. Dette betyr at opplysninger kan meddeles så lenge de gis i anonymisert form. Opplysningene blir da ikke knyttet til en person, og kan derfor ikke sies å røpe vedkommendes "personlige forhold" etter fvl § 13.

Å gi opplysninger i anonymisert form kan allikevel være problematisk hvis tredje person kan skjønne hvem det snakkes om. Det hjelper ikke å anonymisere hvis det indirekte blir røpet hvilken person det gjelder. Dette kan gjøre det vanskelig for tjenesteyter å diskutere etiske problemer som oppstår på arbeidssstedet knyttet til anvendelse av tvang og makt på fritiden. Venner og familie vet gjerne hvor tjenesteyter har sitt arbeidsssted. Å diskutere anvendelse av tvang og makt på et mer generelt grunnlag er det adgang til.<sup>52</sup>

---

<sup>52</sup> Asbjørn Kjønstad og Aslak Syse, s. 149.

Hvis opplysningene anonymiseres er ikke opplysningene underlagt taushetsplikt. Dette vil derfor si at tjenesteytere kan ytre seg om opplysninger som er anonymisert og som ikke kan røpe tjenestemottakers "personlige forhold".

Taushetsplikten kan også fravikes etter fvl § 13 b nummer 6. Etter bestemmelsen er ikke taushetsplikten til hinder for at forvaltningsorganet anmelder eller gir opplysninger til påtalemyndighet eller vedkommendes kontrollmyndighet. Dette må være ønskelig av allmenne hensyn eller at lovbruddet har naturlig sammenheng med angiverorganets oppgaver. Etter sotjl § 8-8 tredje ledd kan slike opplysninger "bare gis når det er nødvendig for å fremme sosialtjenestens eller boligens oppgave, eller for å forebygge vesentlig fare for liv eller alvorlig skade for noens helse".

Bestemmelsen vil ikke få direkte anvendelse for tjenesteytere. Det er ikke den enkelte tjenesteyter som kan gi slik informasjon videre til andre forvaltningsorganer, men forvaltningsorgan som sådan. Om informasjon skal gis vil være en avgjørelse av organets ledere, som her vil være tjenesteleder, eller en annen person som har fått delegert myndighet til å ta avgjørelsen i slike spørsmål.<sup>53</sup> Siden disse unntakene fra taushetsplikten ikke får direkte anvendelse for den enkelte tjenesteyter, vil ikke dette bli nærmere drøftet.

#### **4.4 Lojalitetsplikt**

Lojalitetsplikt kan også begrense tjenesteyteres ytringsfrihet etter GrL § 100. Det neste spørsmålet blir derfor om lojalitetsplikten setter grenser for at tjenesteytere ytrer seg om de forholdene som er relevant for oppgaven.

I forarbeidene til Grunnloven uttales det at åpenbar illojalitet kan være ønskelig og tillatt under særlig vilkår, og det tenkes her på de situasjoner hvor arbeidstaker varsler. Det ble anbefalt i forarbeidene at varsling burde lovreguleres.<sup>54</sup> Dette er bakgrunnen for at varsling ble lovregulert i lov 17. juni 2005 Nr. 64 arbeidsmiljøloven (heretter arbml.) § 2-4, som trådte i kraft 1. januar 2007.

---

<sup>53</sup> *Ibid* s. 159.

<sup>54</sup> NOU-1999-27, punkt 6.2.4.1.

Etter arbml. § 1-2, jf § 1-8, kommer loven til anvendelse overfor kommuner og de ansatte i kommunen. Retten til å varsle etter arbml. § 2-4 gjelder både for privat og offentlig sektor. Arbeidstakere uavhengig av stilling kan benytte seg av denne retten. Varslingsretten kommer derfor til anvendelse overfor tjenesteytere etter sosialtjenesteloven kapittel 4A. Varslingsretten er en rett for arbeidstakere, men ingen plikt. Om lojalitetsplikten setter grenser for tjenesteyteres ytringsfrihet vil derfor løses etter arbml. § 2-4.

## **4.5 Varslingsrett**

Hovedregelen er at *"arbeidstakere har rett til å varsle om kritikkverdige forhold i virksomheten"*, jf arbml § 2-4 (1).

Begrunnelsen for bestemmelsen er at det er viktig at det blir sagt ifra i tide. Blir dette gjort kan for eksempel sykdommer avverges eller reduseres, og for eksempel begynnende trakassering motvirkes eller forhindres. Fra et helse, miljø og sikkerhetsperspektiv er det grunnleggende at det blir sagt i fra før konsekvensene av at det ikke blir sagt ifra inntreffer.<sup>55</sup>

Etter en naturlig forståelse av "varsling", betyr dette meddelelse, opplyse og gi beskjed.

### **4.5.1 Når foreligger det varsling?**

Det er varsling hvis tjenesteyter sier i fra om kritikkverdige forhold internt til ledelsen eller andre i virksomheten, eller eksternt til tilsynsmyndigheter, media, mv.<sup>56</sup> Varsling vil derfor også omfatte de tilfeller tjenesteyter henvender seg til andre medarbeidere om "kritikkverdige forhold".

### **4.5.2 Kritikkverdige forhold**

---

<sup>55</sup> Henning Jakhelln, *Oversikt over arbeidsretten*, 4. utgave, Oslo 2007 s. 312.

<sup>56</sup> Ot.prp. nr.84 (2005-2006) s. 7.

Det som tjenesteyter har rett til å varsle om etter arbmbl § 2-4 (1) er "kritikkverdige forhold". Etter en naturlig språklig forståelse av ordlyden vil "kritikk" være en bedømmelse, meddelelse, bebreidelse og omtale om noe, som fremsettes av andre. I noen sammenhenger kan det være snakk om positiv kritikk, men da ordlyden sier kritikkverdig vil dette være kritikk som er negativt.

I lovens forarbeider uttales det at "kritikkverdige forhold" foreligger når det er straffesanksjonerte forhold og mislighold av andre lovbestemte forbud eller påbud, brudd på virksomhetens etiske retningslinjer eller etiske stander, som det er bred oppslutning om i samfunnet. Eksempler som gis på "kritikkverdige forhold" er ulovligheter, ukultur, uetisk og annen skadelig aktivitet. Eksempel på noe som ikke vil være "kritikkverdige forhold" etter bestemmelsen, er ansattes egne politiske eller etiske overbevisning. Ytringer om spørsmål som gjelder arbeidsplassen og som ikke kan regnes som varsling, vil omfattes av retten til ytringsfriheten etter Grl. § 100.<sup>57</sup>

Spørsmålet blir om ulovlig bruk av tvang og makt eller manglende tiltak vil være "kritikkverdige forhold"

Som nevnt innledningsvis foreligger ulovlig tvang og makt enten fordi vilkårene for bruk av tvang og makt ikke er oppfylt, eller fordi saksbehandlingsreglene ikke er fulgt. Der saksbehandlingsregler for bruk av tvang og makt ikke er fulgt, kan behovet for å anvende tvang og makt fortsatt foreligge. Bruk av tvang og makt er inngrep i personlig frihet, og det vil derfor være viktig at riktig saksbehandling er fulgt, før tvang og makt anvendes. Der vilkårene for bruk av tvang og makt ikke foreligger, har ikke lovgiver ansett det som nødvendig med slik bruk. Blir dette allikevel anvendt blir det gjort uten at det finnes lovhjemmel. Bruk av tvang og makt i begge situasjonene vil være i strid med lovbestemmelsene i sosialtjenesteloven kapittel 4A, og vil derfor være et "kritikkverdig forhold" etter arbmbl. § 2-4.

Som også nevnt innledningsvis kan manglende bruk av tvang og makt der dette er nødvendig, være mer nedverdiggende for tjenestemottaker, og ett brudd på omsorgsplikten kommunen har overfor vedkommende. Slik er situasjonen når vilkårene

---

<sup>57</sup> *Ibid* s. 51.

for bruk av tvang og makt foreligger, men vedtak blir ikke fattet. Slike forhold stiller seg annerledes enn ved rettstridig bruk av tvang og makt, fordi det ikke er direkte i strid med vilkår eller saksbehandlingsregler i sosialtjenesteloven kapittel 4A. Ut i fra dommen som nevnt ovenfor, TOSLO-2007-175150, kan allikevel slike forhold være i strid med formålet etter sotjl. § 4A-1 siste ledd, som sier at ingen skal behandles på en nedverdiggende måte. Det at ingen skal behandles på en nedverdiggende måte følger også av EMK art 3. Kommunen ivaretar heller ikke sin ulovfestede omsorgsplikt, hvis nødvendige tiltak ikke blir fattet. Slike forhold vil derfor også trekke i retning av å være "kritikkverdige forhold" etter arbml. § 2-4.

Rettstridig tvang og makt eller manglende tiltak der det er helt nødvendig, vil derfor være et "kritikkverdige forhold", som tjenesteytere kan varsle om etter arbml. § 2-4 (1).

Hvis en tjenesteyter selv mener at tvang og makt ikke er nødvendig selv om vilkårene er oppfylt, eller hvis tjenesteyter mener at tvang og makt bør benyttes, selv om vilkårene for dette ikke er tilstede, er dette forhold som det ikke vil være rettmessig å varsle om etter arbml § 2-4. Ønsker tjenesteyter å ta opp forhold om tvang og makt som ikke er "kritikkverdige forhold", må tjenesteyter benytte seg av retten til å ytre seg etter Grl. 100. Forholdene må da tas opp på et generelt grunnlag, som ikke er i strid med reglene om taushetsplikt, jf ovenfor.

#### **4.5.3 Forsvarlig varsling**

Etter arbml. § 2-4 (2) første punktum fremgår det at "arbeidstakers fremgangsmåte ved varsling skal være forsvarlig". Første spørsmålet er hva som her menes med "forsvarlig".

Etter en naturlig forståelse av "forsvarlig" vil det bety at det skal være trygt og tillitsvekkende. Tjenesteyter må derfor varsle på en slik måte.

Etter lovens forarbeider sies det at poenget med forsvarlighetskravet er at det skal stilles visse krav til måten varslingen skal skje på, og meningen er ikke å begrense retten til å varsle. Videre uttales det at forsvarlighetskravet er en videreføring av den ulovfestede lojalitetsplikten i forhold til varslingssituasjonen. Lojalitetsplikten vil derfor

være sentral i tolkningen om fremgangsmåten anses å være forsvarlig. Avgjørelsen beror på en konkret og skjønnsmessig helhetsvurdering. Vurderingen vil etter forarbeidene i hovedsak være om tjenesteyter har hatt forsvarlig grunnlag for kritikken og om tjenesteyter har tatt tilbørlig hensyn til arbeidsgivers interesser med hensyn til måten det varsles på. Forarbeidene legger vekt på konkrete momenter som innebærer om tjenesteyter har vært i aktsom god tro om opplysningenes riktighet, til hvem og hvordan det ble sagt fra, hva slags opplysninger det er, ytringenes skadepotensiale og opplysningenes allmenn interesse.<sup>58</sup>

Poenget med forsvarlighetskravet er altså hvordan tjenesteyter opptrer ved varslingen. Selv om det er kritikkverdige forhold forventes det at en viss fremgangsmåte ved varslingen følges.

Siden lojalitetsplikten vil være helt sentral ved vurderingen blir spørsmålet hva som menes med lojalitetsplikten.

#### **4.5.4 Lojalitetsplikten**

At noen er lojale vil etter en naturlig forståelse blant annet bety at han eller hun viser respekt overfor andre og er pålitelig.

Det som menes med lojalitetsplikt i et arbeidsforhold er at partene er forpliktet til å forholde seg lojalt overfor den andre parts interesser. Arbeidsforholdet forutsetter et tillitsforhold mellom partene og av dette følger det at arbeidstaker har en generell forpliktelse til å fremme arbeidsgivers interesser på en lojal måte. Ansatte som har en overordnede eller ledende stilling, stilles det strengere krav til lojalitetsplikten, enn til ansatte i mer underordnede stillinger. Lojalitetsplikten er ikke lovfestet, men er kommet til uttrykk gjennom Høyesteretts praksis.<sup>59</sup>

---

<sup>58</sup> Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 51.

<sup>59</sup> Henning Jakhelln, s. 302 og 303.

I Rt. 1990 s. 607 uttales det av Høyesterett at *"det må legges til grunn at det foreligger en alminnelig og ulovfestet lojalitets- og troskapsplikt i ansettelsesforhold"*.<sup>60</sup>

Lojalitetsplikten blir også her uttrykt som en troskapsplikt.

Dette betyr at lojalitetsplikten har sitt rettsgrunnlag i ulovfestet rett, som er slått fast gjennom rettspraksis. Lojalitetsplikten gjelder også for de som er ansatt i offentlig tjeneste.

Ved vurderingen av lojalitetsplikten skal det blant annet legges vekt på om varslingen vil medføre ett brudd på lovfestet taushetsplikt, da det normalt betraktes som illojalt hvis ytringen innebærer et brudd på lovfestet taushetsplikt.<sup>61</sup>

Spørsmålet blir derfor om varsling vil være i strid med taushetsplikten til tjenesteyter. Det som tjenesteyter har taushetsplikt om, som drøftet i punkt 4.3, vil heller ikke tjenesteyter kunne varsle om. I drøftelsen ovenfor var det tjenestemottaker som var beskyttet av taushetsplikten, og ikke de som gjennomførte eller ga pålegg om å gjennomføre ulovlig tvang eller makt. Heller ikke de som unnlater å treffe tiltak er beskyttet av taushetsplikten etter fvl § 13.

Videre i forarbeidene sies det at selv om taushetsplikten regulerer forholdet til andre enn arbeidsgiver, vil brudd på reglene etter omstendigheten også innebære en tjenesteforsømmelse i forhold til arbeidsgiver.

Det må også vurderes hvor stor skade ytringen medfører på arbeidsgiversinteresser. I forarbeidene uttales det at arbeidsgiver allikevel ikke kan påberope seg arbml. § 2-4 andre ledd for å beskytte straffbar, lovstridig, uetisk eller skadelig virksomhet.<sup>62</sup>

Som drøftet i punkt 4.5.2, vil det være lovstridig å anvende tvang og makt dersom vilkårene ikke er oppfylt, eller dersom saksbehandlingsreglene ikke er fulgt.

---

<sup>60</sup> Se s. 114.

<sup>61</sup> Ot.prp. nr.84 (2005-2006) s. 18.

<sup>62</sup> *Ibid* s. 51.

Der tiltak ikke blir truffet selv om dette er nødvendig, ble også drøftet ovenfor i punkt 4.5.2. at det ville være i strid med § 4A-1 og EMK art 3. I tillegg vil dette være i strid med kommunens omsorgsplikt.

Dette vil derfor si at det ikke vil være i strid med lojalitetsplikten å varsle om at det foregår ulovlig tvang og makt, eller at det ikke blir fattet nødvendig tiltak, så lenge dette ikke dette røper tjenestemottakers "personlige forhold".

#### **4.5.5 Aktsom god tro om opplysningens riktighet**

Etter forarbeidene vil et konkret moment i vurderingen av forsvarlighet være om arbeidstakeren var i aktsom god tro om opplysningens riktighet.<sup>63</sup> Dette vil si at tjenesteytere som skal varsle må være i aktsom god tro i forhold til om tjenesteytere har rettstridig utøvd tvang og makt, og om det faktisk er nødvendig med tiltak på bruk av tvang og makt der dette ikke foreligger.

Det uttales videre i forarbeidene i forhold til aktsom god tro at tjenesteyter må ha gjort det han eller hun kunne gjøre for å bringe riktig fakta på bordet. Dette vil være tilstrekkelig, selv om det senere viser seg at tjenesteyter har tatt feil. Om tjenesteyter har vært i aktsom god tro vurderes ut ifra hva tjenesteyteren visste eller burde ha visst da det ble varslet. Foreligger det uriktigheter og tjenesteyter skjønte eller burde ha skjont dette, trekker dette i retning av at handlemåten har vært illojal.

Kravet til aktsomhet vil også variere. Det må også tas hensyn til fare og skadegrad hvis tjenesteyteren ikke varsler, samt en vurdering av tidsmoment. Det skal ytterligere også legges vekt på om tjenesteyteren har god kjennskap til forholdene og om dette ligger innenfor tjenesteyteres fagområde.<sup>64</sup>

Dette vil si at hvis tjenesteyter har tatt feil i forhold til om andre utøver ulovlig tvang og makt, eller at det er nødvendig med tiltak, men kunne ha funnet ut dette ved å undersøke forholdene nøyere, trekker det i retning av at tjenesteyter ikke har vært i

---

<sup>63</sup> *Ibid.*

<sup>64</sup> *Ibid* s. 19.



aktsom god tro. Har derimot tjenesteyteren gjort det han eller hun kunne for å bringe riktig fakta på bordet vil det ikke være uaktsomt. Allikevel vil det særlig ved ulovlig tvang og maktbruk kunne skade tjenestemottakers helse, slik at det vil være viktig å få varslet dersom noen tror det foreligger rettstridig bruk.

Dette bidrar til å vise at det er viktig med kvalifiserte tjenesteytere, og at det ikke gis dispensasjon i for høy grad. Det er viktig at tjenesteytere kjenner til bestemmelsene i sosialtjenesteloven kapittel 4A og de faktiske forholdene, slik at de er i stand til å vurdere om det er ulovlig tvang og makt, eller om det er nødvendig å treffe tiltak, og at det derfor eventuelt burde varsles om forholdet.

#### **4.5.6 Fremgangsmåte**

Spørsmålet blir derfor hvilken fremgangsmåte tjenesteytere må følge ved lovlig varsling.

I forarbeidene blir det uttalt at intern varsling alltid vil være forsvarlig. Intern varsling vil si å varsle til overordnede, eller andre i henhold til varslingsrutiner, eller på en ryddig måte i forhold til hvordan virksomheten er organisert. Dette vil også gjelde ved varsling til verneombud og tillitsvalgte. Det vil også være forsvarlig å varsle til en ansvarlig person i virksomheten. Med ansvarlig person menes en representant for ledelsen som har påvirkning eller beslutningsmyndighet i spørsmålene det varsles om.<sup>65</sup>

Intern fremgangsmåte vil derfor alltid være forsvarlig fremgangsmåte for tjenesteytere og ligge innenfor ytringsfriheten.

Da det kreves at saken først må tas opp internt, må det være naturlig å kreve at tjenesteyter varsler om forholdene til daglige ansvaret for tjenesten, dersom ikke han eller hun blir hørt av de øvrige det er rettmessig å varsle til.

I tilfeller der tjenesteytere ikke blir hørt av den som har det daglige ansvaret for tjenesten, og det derfor foreligger svikt på ledernivå, kan det være vanskelig å vite hvilke

---

<sup>65</sup> *Ibid* s. 39.

andre personer innefor kommunen tjenesteyter kan varsle til. Det kan oppleves som svært ubehagelig å forhøre seg med tjenesteleder om hvor man skal henvende seg videre for å varsle internt i kommunen. Tjenesteytere jobber i hjemmene til tjenestemottaker, og jobber derfor ikke i samme bygning som resten av kommunen. Hvis vi ser dette fra hvordan virksomheter normalt fungerer, jobber man ofte under "samme tak" som ledelsen. Da vet man ofte hvem som for eksempel er sjefen over sin egen avdelingsleder. Når man ikke jobber under "samme tak" er ikke dette like lett å vite.

Hvis tjenesteleder blir varslet av tjenesteyter kan tjenesteleder gjøre noe med saken eller bringe saken videre til rette personer. Det må derfor sies at hvis tjenesteyter har prøvd å si ifra til tjenesteleder, som har mulighet til å gjøre noe med saken, har tjenesteyter gjort det som skal til for å varsle internt. Derfor er kravet til intern varsling oppfylt hvis tjenesteyter har varslet til tjenesteleder.

Bare unntaksvis vil slik intern varsling falle utenfor varslingsretten. Dette kan for eksempel være hvis det unødvendig skader en enkelt person, slik situasjonen kan være ved grunnløs kritikk.<sup>66</sup>

Dersom forholdene tilsier det plikter arbeidsgiver å legge til rette for intern varsling etter arml. § 2-4, jf arml § 3-6. Etter arml § 3-1 plikter arbeidsgiver å vurdere risikoforholdene i virksomheten i relasjon til helse, miljø- og sikkerhet. Dette vil innebære at arbeidsgiver også må vurdere andre risikoforhold, som for eksempel fare for helse til pasienter.<sup>67</sup>

Bruk av rettstridig tvang og makt eller manglende tiltak vil som sagt kunne være til skade for den fysiske og psykiske helsen til en tjenestemottaker. Det vil være viktig for tjenestemottakers rettsikkerhet at tjenesteyter kan si ifra internt om de oppdager ulovlig bruk av tvang og makt. Det vil også være viktig at tjenesteytere kan si ifra at det er nødvendig med omsorgstiltak. Dette taler derfor for at kommunen plikter å legge til rette for intern varsling.

---

<sup>66</sup> *Ibid* s. 40.

<sup>67</sup> *Ibid* s. 54.

I rapporten som det ble vist til i innledningen, ble det avdekket svikt i blant annet kommunikasjonsrutiner mellom tjenesteutøver og tjenesteleder. Til dette uttaler helsetilsynet at det kan føre til sårbarhet og risiko for svikt.

Hvis tjenesteyter varsler til tjenesteleder om rettstridig tvang og makt eller at det er mangel på slike tiltak overfor en tjenestemottaker, vil dette også bidra til å avdekke, rette opp og forebygge overtredelse av sosial- og helselovgivningen, slik som internkontrollforskriften § 4 bokstav g krever.

Det uttales i forarbeidene at forsvarlighetskravet skjerpes hvis det varsles offentlig. Offentlig varsling vil foreligge hvis det varsles til media og andre kommunikasjonskanaler med stor og åpen mottakerkrets. Det må her tas hensyn til om det er forsvarlig grunnlag for kritikken, om forholdene har allmenn interesse og om det først har blitt varslet internt.<sup>68</sup>

Spørsmålet blir derfor om forhold som oppgaven reiser har allmenn interesse.

Allmenn interesse vil foreligge hvis det gjelder forhold som flere i samfunnet har en interesse eller en mening om, selv om forholdet ikke direkte rammer dem selv. De fleste har en mening om det å benytte tvang eller makt overfor andre personer eller at det foreligger omsorgsvikt. Ulovlig tvang og makt eller manglende omsorg, har vi sett skaper debatt i media. Det vil være ekstra viktig at samfunnet tar vare på personer som ikke har mulighet til å hevde sine rettigheter, som igjen vil åpne for en enda sterkere nødvendighet for diskusjon i det offentlige rom. I tilfeller der ulovlig tvang og makt blir utøvet vil graden av alvorlighet ha betydning for hvor stor allmenn interesse slike forhold har. Det samme vil også gjelde der det ikke blir truffet tiltak der dette er nødvendig.

I forarbeidene blir det nevnt eksempler på hva som vil ha stor allmenn interesse. Her nevnes forhold som innebærer en trussel for liv eller helse. Etter hva som uttales i

---

<sup>68</sup> *Ibid* s. 51.

forarbeidene vil slike forhold gjøre tjenesteyter rettmessig til å informere til det offentlige. Motsatt kan tenkes hvis det er personalkonflikter mellom de ansatte.<sup>69</sup>

Ulovlig anvendelse av tvang eller makt, eller manglende tiltak, kan innebære at tjenestemottakers fysisk og psykisk helse kan skades. Dette betyr at hvis tjenesteyter har forsvarlig grunnlag for kritikken, om forholdene har allmenn interesse og om det har blitt varslet internt, er tjenesteyter berettiget til å varsle om slike forhold til det offentlige, men ”tjenestemottakers personlige” forhold må ikke røpes.

I juridisk teori hevdes det at det er ett større problem at offentlige ansatte ikke uttaler sitt syn i det offentlige rom, enn at det en sjelden gang skjer et overtramp. Grunnen til at ansatte velger å forholde seg taus kan være av flere grunner. De ansatte kan være redde for å kritisere av frykt for uformelle reaksjoner fra arbeidsgiver, som for eksempel utfrysning og reduserte opprykksmuligheter. Viktigheten ved at ansatte kan ytre seg er stor for å få forhold belyst. Den demokratiske kontroll med forvaltningen vil bli bedre, dersom ansatte har vid adgang til å delta i debatt. Skal det sikres at informasjonen i størst mulig grad er riktig, må man også akseptere en del grunnløs kritikk.

Det sies videre i teorien at der tjenestemenn er lavere ned i et hierarki, bør de avholde seg fra offentlig kritikk. På en annen side har hensynet til samarbeid og andre hensyn i retning av lojalitetsplikten overfor ledelsen mindre vekt hvor lengre ned i hierarkiet vedkommende er. Der muligheten er mindre for å vinne frem med sine synspunkter internt er det større grunn til å gå til offentligheten med sin kritikk. Det kan være at ansatte har prøvd å ta opp spørsmål med sine overordnede uten å lykkes, før personene velger å gå ut offentlig. Momenter som det her må tas hensyn til er om saken haster, ansattes plass i hierarkiet, tidligere erfaringer med ledelsen og foranledningen til at uttalene ble fremsatt.<sup>70</sup>

Uttalelsen vil bety at dersom ikke tjenesteytere blir hørt internt og pga deres plass i hierarkiet, vil hensynet til lojalitetsplikten ikke stå seg like sterkt. Dette kan særlig gjøre

---

<sup>69</sup> *Ibid* s. 17.

<sup>70</sup> Torstein Eckhoff og Eivind Smith, *Forvaltningsrett*, 8 utgave, Oslo 2006 s. 107, 109 og 110.

seg gjeldene ved alvorlig brudd på sosialtjenesteloven om bruk av tvang og makt og intet skjer ved intern varsling.

Etter arbml. § 2-4 (2) siste setning vil tjenesteyter ha rett til å varsle til "tilsynsmyndigheter eller andre offentlige myndigheter".

En "rett" vil bety at tjenesteytere kan varsle, men har ingen plikt. Etter sotjl. §§ 2-6 er det fylkesmannen som skal føre tilsyn med sosialtjenesteloven kapittel 4A, og etter sotjl. § 2-7 er det statens helsetilsyn som har det overordede faglige tilsyn med sosialtjenesten. Dette vil da bety at tjenesteyter vil kunne varsle til disse organene.

Etter forarbeidene vil "tilsynsmyndigheter eller andre offentlige myndigheter" være organer som skal føre tilsyn eller overvåke gjennomføring av lover og regler. Statens helsetilsyn blir nevnt som ett konkret eksempel.<sup>71</sup>

Etter forarbeidene uttales det at det vil være rimelig å kreve at det foreligger et visst grunnlag for påstanden, men legger til grunn at tilsynsmyndighetene uansett vil klare og "sile ut useriøse henvendelser", og behandle sakene på en forsvarlig måte. Det sies også at taushetsplikten neppe vil gjelde ved varsling til offentlige myndigheter om straffbare handlinger.<sup>72</sup>

Det vil si at det lempes på kravet til at tjenesteyter har vært i aktsom god tro i forhold til sakens riktighet. Begrunnelsen for dette er at det er bedre at tilsynsmyndigheter blir varslet en gang for mye, enn en gang for lite. Dette har gode grunner for seg når det er snakk om rettssikkerhet og omsorgsplikt.

Selv om tjenesteytere har rett til å varsle, kan det hende de vegrer seg fordi de frykter gjengjeldelse fra arbeidsgiver. Det neste spørsmålet som derfor reiser seg er om tjenesteytere har noe vern dersom de velger å varsle.

---

<sup>71</sup> *Ibid* s. 52.

<sup>72</sup> *Ibid* s. 40.

## 4.6 Gjengjeldelse

Arbml. § 2-5 tar sikte på å verne de ansatte mot dette. Bestemmelsen første ledd første setning sier at "gjengjeldelse mot arbeidstaker som varsler i samsvar med § 2-4 er forbudt".

Ordlyden "gjengjeldelse" kan tolkes som hevn. Dette kan for eksempel tenkes i form av mobbing, tjenesteytere som jobber som vikarer kan tenkes å få mindre vakter, som en form for utpressing og fratras mulighet til oppgradering og lignende.

I forarbeidene sies det at gjengjeldelse vil både omfatte formelle og uformelle sanksjoner. Alt som kan regnes som ugunstig behandling, som følge av at en ansatt har varslet etter § 2-4, vil falle inn under "gjengjeldelse" etter bestemmelsen. Formelle sanksjoner kan for eksempel være oppsigelse, suspensjon og avskjed og ordenstraff med hjemmel etter tjenestemannsloven. Uformelle sanksjoner kan være endringer i arbeidsoppgaver og interne overføringer og såkalt tjenstlig tilrettevisning overfor offentlig ansatte.

Gjengjeldelsesforbudet vil sette krav til arbeidsgivers utøvelse av styringsretten, men gjengjeldelse innebærer ikke at det setter grenser for at arbeidsgiver kommer med motytringer. Tjenesteyter må også ha fulgt vilkårene for å varsle for å være beskyttet mot gjengjeldelse.<sup>73</sup> Dette vil si at en tjenesteyter som benytter seg av varslingsretten må tåle at arbeidsgiver ytrer seg tilbake om sine meninger om forholdet. Dette må bety at tjenesteyter bare skal akseptere konstruktiv og saklig motytringer.

Benytter tjenesteyter seg av varslingsretten for å varsle om ulovlig tvangsbruk eller manglende tiltak, og varslingen er i samsvar med vilkår etter arbml. § 2-4 kan ikke arbeidsgiver svare med formelle eller uformelle sanksjoner. Det er arbeidsgiver som har bevisbyrden for å sannsynliggjøre at slik gjengjeldelse ikke har forekommet, jf arbml. § 2-5 første ledd andre setning.

---

<sup>73</sup> *Ibid* s. 52.

## 4.7 Arbeidsavtaler

Spørsmålet her er om kommunen kan innskrenker tjenesteyteres rett til ytringsfrihet og varslingsrett gjennom arbeidsavtaler.

Grunnloven er lov av høyeste rang og arbeidsgiver vil ikke kunne innskrenke denne retten for tjenesteytere gjennom avtaler. Utgangspunktet er at offentlige ansatte har lik rett til å ytre seg som alle andre, og dette må derfor respekteres av kommunene som arbeidsgiver.

Etter arbm. § 1-9 kan ikke loven fravikes til ugunst for arbeidstakeren. Arbeidsgiver kan derfor ikke gjennom en arbeidsavtale avtale strengere vilkår enn det som følger av loven. Tjenesteyters rett til å varsle kan derfor ikke begrenses gjennom avtale. Det kan derfor ikke avtales at tjenesteyter skal ha en begrenset rett til å ytre seg på bakgrunn av at varslingsretten innskrenkes. Dette medfører at tjenesteytere heller ikke ensidig kan bli pålagt munnkurv fra arbeidsgiver. Munnkurv fra arbeidsgiver vil derfor være uberettiget, hvis det er i strid med det som tjenesteyter har rett til å ytre eller varsle om.

Etter forarbeidene uttales det at arbeidsavtale ikke kan innskrenke retten til ytringsfriheten, men arbeidsavtaler, instruks og lignende kan presisere det som følger av lojalitetsplikt eller utvide ytringsfriheten.<sup>74</sup> Tjenesteyteres rett til ytringsfriheten og retten til å varsle kan derfor ikke innskrenkes gjennom arbeidsavtale.

I følge forarbeidene er det mange kommuner som har utarbeidet mediestrategier, hvor ekstern informasjon går via noen utvalgte. For å oppnå dette må man få kontroll over andre ansattes eksterne ytringer. Dette må gjøres ved og gi retningslinjer eller instruks for ansattes kontakt med media. Slike retningslinjer og instruks må allikevel ligge innenfor Grl. § 100.<sup>75</sup>

I sivilombudsmannen uttaleser i sak Somb-2007-31, sies det at kommuner må ha en nokså vid adgang til å fastsette retningslinjer, som sier noe om hvem som kan uttale seg når det kommer henvendelser fra aviser m. v. Dette innebærer at det normalt skal

---

<sup>74</sup> *Ibid* s. 14

<sup>75</sup> NOU- 1999- 27, punkt 6.2.4.1.

henvises til virksomhetsleder, rådmann, pressetalsperson eller lignende. Det uttales videre at det ikke syntes å være grunnlag for å kunne oppstille en generell regel som innebærer at ansatte ikke har adgang til å ytre seg offentlig innenfor eget arbeidsområdet.<sup>76</sup>

Momenter som kan tale for at det er rettmessig å fravike retningslinjer er alvorlighetsgraden, om det er viktig å få forholdet belyst for å skape en offentlig debatt og hvor stor interessen er for allmennheten og lignende.

#### **4.8 Plikt til å varsle?**

Spørsmålet er om det kan foreligge en plikt for tjenesteytere å varsle om bruk av ulovlig tvang og makt, eller om manglende vedtak der dette er nødvendig. Plikt vil si at tjenesteytere må varsle om den informasjonen han eller hun sitter med.

Forarbeidene til Grunnloven § 100 trekker et skille mellom ansatte i det offentlige, som jobber i et politisk sekretariat og ansatte som sitter med faglige oppgaver. Ansatte med faglige oppgaver kan for eksempel være personer med faglig ansvar for helse. Det sies at disse personene bør både ha en rett og en plikt til å redegjøre for problemer, utfordringer og mulige løsninger på sitt fagfelt. Dette begrunnes med at disse ansatte har en slik kompetanse som ikke bør stenges ute fra det offentlige rom.<sup>77</sup>

Spørsmålet er om tjenesteyter kan si å ha et faglig ansvar for helse. En naturlig tolkning av dette vil være at faglige ansvarlige personer ikke omfatter tjenesteytere. Det trekkes mer i retning av at dette er personer som har et større faglig ansvar. I sotjl. § 4A-7, som omhandler hvem som kan treffe beslutninger og vedtak om bruk av tvang og makt, skilles det mellom tjenesteytere og faglig ansvarlig. Faglig ansvarlig i en bolig vil ofte være en person som tar seg av mer rene faglige spørsmål, og ikke den som deltar i tjenesteyters hverdag på samme måte som tjenesteytere.

---

<sup>76</sup> Side 110

<sup>77</sup> NOU- 1999-27, punkt 6.2.4.1.



Etter arbmbl. § 2-3 (2) bokstav b skal arbeidstaker underrette arbeidsgiver og verneombudet når vedkommende blir oppmerksom på mangler som kan medføre fare for helse. Når det i bestemmelsen står skal, betyr dette at det foreligger en plikt for arbeidstaker til å varsle.

Dette må derfor bety at tjenesteytere som oppdager at det ikke er tiltak på tvang og makt der dette er nødvendig, kan ha en plikt til varsle om dette. Tjenesteyter sin plikt å varsle til arbeidsgiver må være til han eller hun som har det daglige ansvaret for tjenesten.

Etter hlspl. § 17 skal helsepersonell gi informasjon til tilsynsmyndigheter om forhold som blant annet kan medføre "fare for pasienters sikkerhet". Skade trenger ikke å være inntruffet, det holder at forholdet representerer en fare. Allikevel skal "fare for pasienters sikkerhet" tolkes strengt. Dette innebærer at det må være påregnelig eller sannsynlig at helsetilstanden for eksempel forverres.<sup>78</sup>

Loven kommer til anvendelse overfor helsepersonell, jf lovens § 2. Hvem som regnes som helsepersonell er nærmere definert i hlspl. § 3, jf hlspl. §§ 48 og 49. Tjenesteytere som for eksempel er helsefagarbeider, hjelpepleier, omsorgsarbeider, sykepleier, vernepleier etter hlspl. § 48 bokstav f, j, o, v, æ, vil være omfattet av loven. I lovens forarbeider uttales det at loven vil gjelde all yrkesutøvelse der man opptrer som helsepersonell<sup>79</sup>. Dette betyr at det foreligger profesjonsmessige regler og reglene i hlspl. kommer inn som et supplement for tjenesteytere som er helsepersonell.

Hvis det blir anvendt ulovlig tvang eller makt eller det ikke blir truffet nødvendig tiltak, kan dette føre til at helsetilstanden til tjenestemottaker forverres både fysisk og psykisk. Er det rettstridig bruk er det ikke tvil om at dette kan påvirke tjenestemottaker helsetilstand både fysisk og psykisk. Blir det ikke truffet vedtak der det burde kan det hende at tjenestemottakers grunnleggende behov ikke blir ivaretatt. Grunnleggende behov kan etter sotjl § 4A-5 bokstav c være behov for mat og drikke, hvile, søvn og personlig trygghet. Hvis slike grunnleggende behov ikke blir ivaretatt kan dette både

---

<sup>78</sup>Ot.prp. nr. 13 (1998-1999), s. 255.

<sup>79</sup>*Ibid* s. 213.

forverre den fysiske og psykiske helsen til tjenestemottaker. Tjenesteyteren må her vurdere hvor alvorlig situasjonen er for tjenestemottakeren.

Dette vil si at tjenesteytere som er helsepersonell etter loven, kan ha en plikt til å varsle om slike forhold til tilsynsmyndigheter. Dette vil for eksempel gjelde vernepleiere og hjelpepleiere, men må sies å være like aktuelt for tjenesteytere som ikke er helsepersonell.

#### **4.9 Oppsummering**

Utgangspunktet er at tjenesteytere har ytringsfrihet på lik linje som alle andre, men at retten kan begrenses av lovbestemt taushetsplikt, lojalitetsplikten og avtaler. En snevrere adgang til ytring enn det som følger av loven, kan ikke begrenses gjennom arbeidsavtale.

Ytringsfrihet for tjenesteyter begrenses gjennom taushetsplikten i fvl. § 13, for opplysninger som gjelder tjenestemottakers "personlig forhold". Lojalitetsplikten setter også begrensninger på at tjenesteytere kan ytre seg om opplysninger som faller inn under taushetsplikten. Det er tjenestemottaker som er beskyttet av taushetsplikten, og ikke ansatte i tjenesten. Tjenesteytere som anvender ulovlig tvang eller makt er derfor ikke beskyttet av taushetsplikten. Det samme vil gjelde for de som ikke treffer tiltak der dette er nødvendig for å ivareta omsorgen, eller for de som gir pålegg om å gjennomføre rettstridig bruk.

Bruk av ulovlig tvang og makt eller manglende tiltak ville være "kritikkverdig forhold" etter arbml. § 2-4, som derfor vill gi tjenesteyter en rett til å varsle om forholdene, så lenge dette ikke samtidig innebærer brudd på taushetsplikten.

Kravet til forvarlig varsling, innebærer at intern varsling må prøves først, før tjenesteytere kan varsle til det offentlige. Det vill allikevel alltid anses forsvarlig å varsle internt og til tilsynsmyndigheter. Grensen for å ytre seg og varsle til det offentlige om alvorlige forhold vil tjenesteytere være mer berettiget til, og i enkelte tilfeller vil det også foreligge en plikt til å varsle.

## 5 Avslutning

### 5.1 Straffbarheten

Hvis tjenesteyter går utenfor det som er tillatt etter sosialtjenesteloven kapittel 4A, er spørsmålet om dette kan være straffbart etter lov 22. mai. 1902 Nr. 6 straffeloven (heretter strl.).

Etter strl. § 222 *"straffes den, som ved rettstridig adferd eller ved å true med sådan tvinger nogen til å gjøre, tåle eller undlate noget, eller som medvirker hertil"*.

I LG-2003-4882 (Gulating) var spørsmålet om en psykolog hadde anvendt tvang og makt overfor en person med autisme. Psykologen hadde holdt personen nede på gulvet i minst en time for å avverge farlig atferd, og spørsmålet var om psykologen hadde brukt tvang og makt utover det som var lovlig etter lovbestemmelser. Saken er ikke direkte relevant her, fordi dette er snakk om psykolog og autister, som faller utenfor sosialtjenesteloven kapittel 4A. Men dommen er tatt med for å belyse at tvang og makt utover det som følger av lovbestemmelser vil kunne dømmes etter straffeloven. Saken belyser derfor at bruk av tvang og makt utover det som følger av sosialtjenesteloven kapittel 4A, vil falle inn under strl. § 222.

Det finnes altså hjemmel for å straffe tjenesteytere eller andre ansatte som anvender tvang og makt overfor en tjenestemottaker utover det som følger av sosialtjenesteloven kapittel 4A. I tillegg til hjemmel må tjenesteyter ha utvisst skyld, det må ikke foreligge straffefrihetsgrunner og tjenesteyteren må være tilregnelig. Disse øvrige straffbarhetsvilkårene vil ikke bli nærmere drøftet her. Det skal bare nevnes at hvis alle de fire vilkårene for straffbarhet foreligger, vil tjenesteyter kunne straffes. Den som medvirkning til anvendelse av tvang og makt utover det som følger av sosialtjenesteloven kapittel 4A, kan også straffes.

Straffebestemmelse som kan tenkes å regulere forholdet der det mangler tiltak om bruk av tvang og makt der dette er nødvendig, er strl. § 242 andre ledd.

Etter strl. § 242 andre ledd, straffes den som "rettstridig forlater" noen i "hjelpesløs tilstand", som han eller hun "plikter (...) å dra omsorg for". Medvirkning til dette straffes også.

Til dette sies det i forarbeidene at omsorgsplikt som rettslig grunnlag for bruk av tvang har blitt avledet fra bestemmelser i straffeloven, særlig §§ 242 andre ledd og 387. Disse bestemmelsene pålegger en indirekte hjelpeplikt, den enkeltes rett til tjeneseter og kommunens plikt til å yte tjenester etter sosialtjenesteloven og kommunehelsetjenesteloven. Formen for handleplikt forutsetter i utgangspunktet at tjenestemottaker medvirker frivillig og hvorvidt pliktforholdet utgjør rettslig grunnlag for bruk av tvang er usikkert, i hvert fall utover klare nødssituasjoner.<sup>80</sup>

Om manglende tvang og makt der dette er nødvendig for å ivareta omsorgen kan straffes etter straffeloven, er derfor litt uklart. Det er ikke plass for å drøfte dette nærmere.

## **5.2 Ny samhandlingsreform**

Det kan også nevnes at helse og omsorgsdepartementet har foreslått ny lov om kommunale helse- og omsorgstjenester. Dette forslaget vil erstatte kommunehelsetjenesteloven og sosialtjenesteloven.

I oppfølgingen av den nye samhandlingsreformen om forslag til ny kommunal helse og omsorgslov, uttales det at regler om tvang og makt etter sosialtjenesteloven bør samordnes mer enn de er i dag. Det vil være ett mål på lengre sikt å samordne de forskjellige tvangsreglene. På bakgrunn av dette foreslår departementet at reglene om tvang og makt etter sotjl kapittel 4A i hovedsak videreføres uendret inntil videre. Mindre tilpassninger er foreslått som for eksempel at en definisjon av pårørende etter

---

<sup>80</sup> Ot.prp. nr.58 (1994-1995) s. 11.

pasientrettighetsloven § 1-3 skal legges til grunn, i stedet for og ha særregler om hvem som anses som pårørende i den nye loven.<sup>81</sup>

I forarbeidene til sotjl. kapittel 4A fryktes det at et felles regelverk for personer med psykisk utviklingshemning og personer med demens vil kunne svekke rettssikkerhet til den enkelte tjenestemottaker med psykisk utviklingshemning. Et flertall av høringsinstansene mente allikevel at det på sikt bør bli et felles regelverk for anvendelse av tvang og makt overfor psykisk utviklingshemmede og demente.<sup>82</sup>

---

<sup>81</sup> Høringsnotat, forslag til ny lov om kommunale helse- og sosiale helsetjenester, samhandlingsreformen, s. 25 og 394.

<sup>82</sup> Ot.prp. nr. 55 (2002-2003) s. 20.

## 6 Kildeliste

### Juridisk litteratur

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

Asbjørn Kjønnstad, *Helserett*, 2. utgave (Oslo 2007).

Asbjørn Kjønnstad, Jan Fridthjof Bernt, Alice Kjellevold, Harald Hove, *Sosial trygghet og rettsikkerhet*, 2. utgave (Bergen 2000).

Aslak Syse, *Pasientrettighetsloven med kommentarer*, 3. utgave (Oslo 2009).

Henning Jakhelln, *Oversikt over arbeidsretten*, 4. utgave (Oslo 2007).

Kristian Andenæs, Olav Molven, Ørnulf Rasmussen, Kirsten Sandberg, Lasse Warberg, *Sosialrett*, 6. utgave (Oslo 2003).

Nils Nygaard, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgave (Oslo 2004).

Torstein Eckhoff og Eivind Smith, *Forvaltningsrett*, 8. utgave (Oslo 2006).

### Lovgivning

lov 17. mai 1814 Grunnloven

lov 22. mai. 1902 Nr. 6 straffeloven

lov 10. februar 1967 forvaltningsloven

lov 13. desember 1991 Nr. 81 sosialtjenesteloven

lov 21. mai 1999 Nr. 30 menneskerettloven

lov 2. juli 1999 Nr. 64 helsepersonelloven

Lov 2. juli 1999 Nr. 63 pasientrettighetsloven

lov 17. juni 2005 Nr. 62 arbeidsmiljøloven

lov 17. juni 2005 nr. 90 tvisteloven.

## **Forskrifter**

20. desember 2002 nr. 1731 internkontroll i sosial og helsetjenesten.

27. juni 2003 nr. 792 kvalitet i pleie og omsorgstjenestene.

## **Forarbeider**

Ot.prp. nr.3 (1976-1977). Om endringer i lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (regler om taushetsplikt m. m.).

NOU 1997-27. "ytringsfrihed bør finne sted".

Ot.prp. nr. 58 (1994-1995) Bruk av tvang og makt m. v overfor personer med psykisk utviklingshemming

Ot.prp. nr. 13 (1998-1999), Helsepersonell m v(helsepersonelloven).

Ot. Prp nr 55, (2002-2003) 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. 84 (2005-2006), Arbeidsmiljøloven (varsling).

## **Rettspraksis**

Rt. 1989 s. 1363.

Rt. 1990 s. 607

Rt. 1990 s. 874.

Rt. 2004 s. 1588

LG-2003-4882.

TOSLO-2007-175150.

TSAFO-2007-37407.

## **Annen forvaltningspraksis**

Somb-2007-31.

FNV-2007-20-BUS.

## **Rundskriv**

IS- 10-2004. Lov om sosiale tjenester kapittel 4A.

Rundskriv I-41/98. Rettigheter for og begrensninger og kontroll med bruk av tvang og makt mv overfor enkelte personer med psykisk utviklingshemming.

## **Annet**

Rapport fra Helsetilsynet 2/2006, Rettsikkerhet for utviklingshemmede.

Høringsnotat, forslag til ny lov om kommunale helse- og sosiale helsetjenester, samhandlingsreformen.

Antall ord i oppgaven: 17329.