

Retningslinjer for Fylkesmannens oppgaver etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9

Målgruppe: Fylkesmannen

Saksbehandler: Hege Kristin Millerud og Alf Sverre Johnson

Godkjent av: Geir Sverre Braut, 16. september 2011

Sist vedtatt: 8. mars 2012

Vurderes innen: 31. desember 2016

I forbindelse med Helsedirektoratets revidering av rundskriv IS-10/2004, nå IS-10/2015 er det gjort en teknisk gjennomgang av retningslinjen. Retningslinjen er oppdatert på de punkter der det er vist til rundskrivet.

I forbindelse med ny helse- og omsorgstjenestelov fra 1. januar 2012 er det gjort en teknisk gjennomgang av retningslinjen. I teksten brukes fortsatt "tjenestemottaker" i stedet for ny benevnelse "bruker og pasient", da skillet mellom bruker og pasient har minimal betydning for helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9.

Innhold

1	Formålet med retningslinjene.....	4
2	Meldte beslutninger om skadeavvergende tiltak i nødssituasjoner.....	5
2.1	Innholdet i Fylkesmannens gjennomgang av meldinger.....	5
2.2	Oppfølging av funn fra meldingene	6
2.2.1	Oppfølging av ulovlig tvangsbruk	6
2.2.2	Oppfølging av gjentatte skadeavvergende tiltak overfor en tjenestemottaker.....	7
2.2.3	Oppfølging av saksbehandlingsfeil.....	7
2.2.4	Oppfølging av meldinger som faller utenfor kapittel 9	7
3	Klage på beslutning om skadeavvergende tiltak i nødssituasjoner	8
4	Fylkesmannens overprøving av vedtak.....	9
4.1	Generelt om Fylkesmannens overprøving	9
4.2	Initial gjennomgang av vedtak	9
4.3	Overprøving av vedtak.....	10
4.3.1	Sjekkliste til Fylkesmannens overprøving.....	10
4.4	Innhenting av opplysninger.....	15
4.5	Resultat av Fylkesmannens overprøving	15
4.5.1	Full godkjenning.....	15
4.5.2	Tilbakesending av vedtaket til videre behandling i kommunen	15
4.5.3	Vedtak hvor Fylkesmannen gjør endringer.....	16
4.5.4	Vedtak som ikke godkjennes.....	16
4.6	Underretning om Fylkesmannens avgjørelse	16
4.7	Iverksetting av tiltak.....	17
4.8	Videreføring av tiltak.....	17
4.9	Tilbaketrekking av godkjenning	18
5	Klager på vedtak.....	19
5.1	Klagerett og klagefrist	19
5.2	Klagen må oppfylle kravene til form og innhold	19
5.3	Utsatt iverksetting av tiltak.....	20
5.4	Forberedelse av klagen for fylkesnemnda	20
5.4.1	Fylkesmannen skal forhåndsvarsle aktuelle parter	20
5.4.2	Fylkesmannen skal påse at saken er tilstrekkelig opplyst.....	20
5.4.3	Fylkesmannens forberedelse for behandling i nemnda.....	20

6	Søknader om dispensasjon fra utdanningskrav	22
6.1	Kompetansekrav	22
6.2	Søknad om dispensasjon	22
6.3	Fylkesmannens vurdering	22
6.4	Fylkesmannens avgjørelse ved søknad om dispensasjon fra utdanningskrav	24

1 Formålet med retningslinjene

Helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 forutsetter at tjenester til personer med psykisk utviklingshemning tilrettelegges på en slik måte at det forebygger bruk av tvang og makt og at alle faglige tilnærminger utnyttes for å løse utfordringer gjennom frivillighet og samarbeid.

For de tilfelle tvang og makt ikke kan unngås skal helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 bidra til at rettssikkerheten ivaretas. Fylkesmannen har i denne sammenheng en sentral rolle. Retningslinjene omhandler oppgaver Fylkesmannen har etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9:

- kontroll av meldte beslutninger og behandling av klager på beslutninger,
- overprøving av vedtak, forberedelse av klager på vedtak for behandling i fylkesnemnda for barnevern og sosiale saker
- behandling av søknader om dispensasjon fra utdanningskrav

Formålet er å bidra til likebehandling av oppgavene og sikre at vilkår for å bruke tvang og makt overfor personer med psykisk utviklingshemning blir overholdt.

Selv om retningslinjene kun omtaler Fylkesmannens kontroll og saksbehandling av *kommunale* beslutninger og vedtak, vil de gjelde tilsvarende der spesialisthelsetjenesten tar beslutninger eller fatter vedtak, jf. helse- og omsorgstjenesteloven § 9-13.

Retningslinjene må sees i sammenheng med rundskriv [IS-10/2015 fra Helsedirektoratet](#). I forbindelse med ny helse- og omsorgstjenestelov fra 1. januar 2012 samt endringer i andre lover, er det gjort en teknisk gjennomgang av retningslinjen. I teksten brukes fortsatt "tjenestemottaker" i stedet for ny benevnelse "bruker og pasient", da skillet mellom bruker og pasient har minimal betydning for helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9.

Er ikke annet nevnt, vil lovbestemmelsene det vises til i fortsettelsen være hentet fra helse- og omsorgstjenesteloven.

2 Meldte beslutninger om skadeavvergende tiltak i nødssituasjoner

Etter § 9-7 første ledd skal beslutning om skadeavvergende tiltak i nødssituasjoner, jf.

§ 9- 5 tredje ledd bokstav a, nedtegnes. Meldingen skal sendes til den faglig ansvarlige for tjenesten, Fylkesmannen, verge eller hjelpeverge (hvis slik er oppnevnt) og pårørende, eller på den måten Fylkesmannen beslutter.

Det er ikke nærmere regulert hvordan Fylkesmannen skal følge opp meldingene, men det er naturlig å se Fylkesmannens ansvar i sammenheng med Fylkesmannens tilsynsrolle, jf. § 12-3.

Hovedformålet vil da være å bruke meldingene som grunnlag for å føre tilsyn med kommunens virksomhet etter kapittel 9.

Meldingene vil ikke bare gi informasjon om kommunens styring av tvang og makt etter kapittel 9. De kan også gi et bilde av kommunens generelle styring av tjenester til personer med psykisk utviklingshemning. Informasjonen kan gi grunnlag for ulike former for oppfølgingsaktiviteter. Som tilsynsmyndighet skal Fylkesmannen følge med på om kommunen

- benytter tvang og makt som er lovlig
- iverksetter arbeid med å regulere gjentakende tvang og makt i vedtak

2.1 Innholdet i Fylkesmannens gjennomgang av meldinger

For å bidra til at ulovlig bruk av tvang og makt ikke gjentar seg er det viktig at Fylkesmannen har rutine for å gjennomgå meldinger innen rimelig tid etter at de er mottatt. Gjennomgangen skal skje *innen én måned* etter at melding er mottatt.

Der Fylkesmannen har bestemt at beslutninger om skadeavvergende tiltak i nødssituasjoner ikke skal meldes fortløpende, men protokollføres, må Fylkesmannen fastsette hvordan protokollene skal gjøres tilgjengelig for gjennomgang.

Hvor grundig gjennomgangen av meldinger, herunder protokoller, skal være, vil avhenge av flere faktorer. For eksempel kan det ha betydning

- om Fylkesmannen har kunnskap om tjenestemottaker og tjenestested fra tidligere
- om innholdet i meldingen er forutsigbart
- om det er melding om tvang overfor en tjenestemottaker som ikke tidligere er kjent
- om det er gjentakende meldinger om bruk av tvang og makt overfor en tjenestemottaker
- om det er kommet inn klage eller uttrykt motstand fra tjenestemottaker, pårørende og/eller verge/hjelpeverge på tvangstiltaket og/eller tjenestetilbudet
- om det er endringer i form av økt/reduert frekvens av meldinger om en tjenestemottaker
- om tvangstiltak i nødssituasjon kommer i tillegg til tiltak regulert i godkjent vedtak

2.2 Oppfølging av funn fra meldingene

Fylkesmannen må foreta en helhetlig vurdering av om det er nødvendig med oppfølging. I vurderingen vil meldingens innhold og Fylkesmannens eventuelle øvrige kjennskap til tvangsbruken, tjenestemottakeren, virksomheten og kommunen ha betydning. Slik informasjon kan blant annet ha kommet fra tilsyn, klagesaker eller henvendelser fra verge/hjelpeverge, pårørende, kommunen eller spesialisthelsetjenesten.

I vurderingen inngår også hvor langt en skal gå med hensyn til undersøkelse og eventuell oppfølging, hvilke sider ved virksomheten det kan være grunn til å følge opp og på hvilken måte det eventuelt kan gjøres. Der hvor tilsyn anses som aktuelt vil det ofte være behov for å gjøre undersøkelser i forkant for å ha tilstrekkelig informasjonsgrunnlag til å konkludere med om tilsyn skal gjennomføres, og for å kunne velge den mest formålstjenlige måten å gjennomføre tilsynet på.

Fylkesmannens kontakt med virksomheten skal være innrettet slik at virksomhetens ansvar for internkontroll er tydeliggjort. I første omgang bør derfor Fylkesmannen la virksomheten selv vurdere situasjonen og foreslå hvordan eventuelle mangler og brudd på loven skal rettes opp.

Aktuelle prosedyrer/veiledere for gjennomføring av tilsyn er

- [Veileder for behandling av hendelsesbaserte tilsynssaker etter sosialtjenestelovgivningen, Internserien 10/2010](#)
- [Prosedyre for tilsyn utført som systemrevisjon, Internserien 1/2008](#)
- [Prosedyre for gjennomføring og rapportering av stedlig tilsyn med bruk av tvang og makt overfor enkelte personer med psykisk utviklingshemning, Internserien 14/2010](#)
- [Retningslinjer for oppfølging og avslutning av tilsyn ved lovbrudd i virksomheter, Internserien 8/2011](#)

I kapittel 2.2.1 til 2.2.5 er det gitt eksempler på oppfølging av funn fra meldinger.

2.2.1 Oppfølging av ulovlig tvangsbruk

Finner Fylkesmannen at tiltaket som benyttes er i strid med lovens krav, skal Fylkesmannen påpeke lovbruddet overfor virksomheten og be om at virksomheten sikrer at det ikke gjentar seg.

Dersom det avdekkes at tiltaket ikke er et skadeavvergende tiltak, men et tiltak for å dekke tjenestemottakerens grunnleggende behov etter § 9-5 tredje ledd bokstav c, skal Fylkesmannen be om at tiltaket opphører og at det gjøres nødvendige forberedelser til vedtak dersom dette ikke allerede er påbegynt. Det kan i denne sammenheng også være nødvendig å informere om at kommunen må ta kontakt med spesialisthelsetjenesten for bistand til utforming av tiltak.

2.2.2 Oppfølging av gjentatte skadeavvergende tiltak overfor en tjenestemottaker

En viktig del av tilsynsansvaret er å påse at kommunen ikke bygger på § 9-5 tredje ledd bokstav a som hjemmel når tiltaket fremstår som planlagt. For planlagte tiltak stilles strengere krav til utredning og Fylkesmannen skal prøve alle sider av saken. Der det kommer inn flere meldinger overfor en tjenestemottaker, må derfor Fylkesmannen følge med på om kommunen har iverksatt arbeid med å fatte vedtak etter kapittel 9.

Frem til vedtak foreligger må skadeavvergende tiltak i nødssituasjoner meldes. Dersom omfanget av tiltak er omfattende, bør beslutning om protokollføring eller en mer samlet oversendelse vurderes. Fylkesmannen skal i beslutningen informere om at protokollen må gjøres tilgjengelig for pårørende og for verge eller hjelpeverge der dette er oppnevnt.

2.2.3 Oppfølging av saksbehandlingsfeil

Der Fylkesmannen finner brudd på saksbehandlingsreglene må det vurderes om disse manglene har betydning for om tvangsbruken er rettsstridig eller ikke. I tillegg har det betydning om det er en enkeltstående eller gjentakende feil.

Meldinger som er så utilstrekkelig opplyst at det ikke lar seg gjøre å føre noen form for kontroll med innholdet skal rutinemessig følges opp.

Likeledes skal meldinger hvor det ikke fremgår om kopi er sendt til pårørende og eventuelt verge/hjelpeverge følges opp, da det er vesentlig at de som er gitt klagerett får mulighet til å ta stilling til meldingens innhold.

Der pårørende ikke ønsker å få tilsendt meldingene, gir rundskriv [IS-10/2015](#) punkt 4.7.3.2 anvisning på hvordan opplysningsplikten kan løses. Viser det seg at også verge/hjelpeverge ikke ønsker å motta meldinger, må derimot virksomheten informeres om at representant for tjenestemottakeren ikke kan unndra seg å motta meldinger. Er omfanget av meldinger omfattende, kan en beslutning av Fylkesmannen om å føre protokoll bidra til at vergens/hjelpevergens oppgaver blir mindre belastende.

2.2.4 Oppfølging av meldinger som faller utenfor kapittel 9

Dersom Fylkesmannen finner at meldingen gjelder person som ikke har diagnose psykisk utviklingshemning eller der tiltaket ikke er gjennomført som ledd i pleie- og omsorgstjenester, må virksomheten gjøres kjent med at tvangen faller utenfor kapittel 9 og at virksomheten må ha annen hjemmel for å kunne gjennomføre tiltaket.

Fylkesmannen kan også motta meldinger som omhandler tiltak som ikke er å regne som bruk av tvang og makt. Det kan være hensiktsmessig å følge opp dette der det er grunn til å tro at virksomheten vil sende nye meldinger om tilsvarende tiltak.

3 Klage på beslutning om skadeavvergende tiltak i nødssituasjoner

Meldingen skal inneholde informasjon om klageretten. Klageadgangen gjelder for tjenestemottaker, pårørende og for verge eller hjelpeverge som har mandat som omfatter kapittel 9, jf. § 9-11 første ledd.

Klagefristen er tre uker fra melding om beslutning er kommet fram til den som har klagerett, jf. § 9-11 femte ledd.

Fylkesmannen skal etter § 9-11 første ledd prøve alle sider av saken. De begrensninger i prøvingen av det frie skjønnnet som følger av pasient- og brukerrettighetsloven § 7-6 første ledd gjelder derfor ikke for klager på beslutninger.

I tillegg til å vurdere de begrunnelser som klager fremsetter, vil temaene i klagebehandlingen særlig falle sammen med temaene som framgår av § 9-7 første ledd og tredje ledd bokstav a til e. For øvrig vil klagebehandlingen følge ”[Veileder i behandling av klagesaker etter sosialtjenesteloven kap. 4](#)”. [Internserien 8/2008](#), så langt veilederen passer. Veilederen er senere omtalt som *Veileder i behandling av klagesaker*.

4 Fylkesmannens overprøving av vedtak

4.1 Generelt om Fylkesmannens overprøving

En overprøving av kommunale vedtak om tiltak etter kapittel 9, innebærer at Fylkesmannen skal prøve *alle* sider av saken, jf. § 9-8 første ledd. Til forskjell fra behandling av klagesaker etter pasient- og brukerrettighetsloven § 7-6, har Fylkesmannen full kompetanse til også å prøve forvaltningsskjønnet. Dette innebærer at Fylkesmannen skal prøve

- om saksbehandlingen er korrekt, herunder om det er lagt til grunn riktig fakta
- om riktige lovbestemmelser er benyttet og bestemmelsene er tolket rett
- om skjønnet som er utøvd er rimelig

I tillegg til kravene til saksbehandling som er gitt i helse- og omsorgstjenesteloven, herunder kapittel 9, gjelder også krav i forvaltningsloven, jf. § 2-2. I dette kapitlet er det de spesielle forhold ved behandling av saker etter kapittel 9 som tas opp. De krav til saksbehandling som er av generell karakter vil derfor ikke bli utdypet i dette kapitlet. Det henvises i stedet til *Veileder i behandling av klagesaker*.

4.2 Initial gjennomgang av vedtak

Et mål med en initial gjennomgang er å sørge for at en sak allerede fra starten blir saksbehandlet rett og hensiktsmessig, herunder avklare om det er nødvendig å treffe særlig rask avgjørelse.

Disse hensynene gjør seg særlig gjeldende for vedtak etter kapittel 9, da vedtak ikke kan iverksettes før de er godkjent av Fylkesmannen. For å unngå unødig tidsspille må Fylkesmannen allerede ved mottak kontrollere om sentrale krav er oppfylt. Fylkesmannen må derfor være ekstra oppmerksom der vedtaket regulerer tiltak som vil kunne bedre tjenestemottakers situasjon vesentlig, eller der vedtaket gjelder forlengelse av tiltak som ellers må opphøre grunnet utløp av vedtaksperiode.

I den initiale gjennomgangen forventes ikke en slik grundighet som den reelle overprøvingen vil innebære. Det vises til *Veileder i behandling av klagesaker* der det fremgår at initial gjennomgang blant annet skal klarlegge

- om Fylkesmannen er rett myndighet
- om rett fylkesmannsembete har fått henvendelsen
- om nødvendige dokumenter foreligger
- om henvendelsen etter sin art krever særlig rask avgjørelse

4.3 Overprøving av vedtak

I selve overprøvingen må Fylkesmannen ha en grundig prøving av alle sider av saken.

Fylkesmannen må påse at vedtaket er tilstrekkelig utredet, jf. forvaltningsloven

§ 17. Foruten de krav til kommunens vedtak som fremgår av § 9-7 tredje ledd, vil også øvrige krav i kapittel 9 inngå i overprøvingen.

Avsnitt 4.3.1 nedenfor inneholder en sjekkliste for hva Fylkesmannens skal kontrollere ved overprøvingen.

4.3.1 Sjekkliste til Fylkesmannens overprøving

1. Kontroll av om vedtaket ligger innenfor kapittel 4As virkeområde

Fylkesmannen må kontrollere om vedtaket gjelder en person med psykisk utviklingshemning, og at vedkommende mottar tjenester som beskrevet i § 9-2 første ledd.

Videre vil kontrollen gjelde om vedtaket regulerer tiltak som er å anse som tvang etter definisjonen i § 9-2 annet ledd, og at tiltaket/tiltakene omfattes av § 9-5 tredje ledd bokstav b eller c.

2. Kontroll av om vedtaket er truffet av overordnet faglig ansvarlig for tjenesten

Fylkesmannen må kontrollere om vedtaket er fattet av den som er overordnet faglig ansvarlig i kommunen, jf. § 9-7 annet ledd.

3. Kontroll av om kommunen har involvert spesialisthelsetjenesten ved utforming av tiltak

Fylkesmannen må kontrollere om det fremgår av opplysningene at spesialisthelsetjenesten har bistått i prosessen med utforming av tvangstiltak, jf. § 9-7 annet ledd.

4. Kontroll av om verge/hjelpeverge er oppnevnt og at mandatet omfatter kapittel 9

Fylkesmannen må kontrollere at verge/hjelpeverge er oppnevnt og at vergens/hjelpevergens mandat omfatter tiltaket.

5. Kontroll av om tiltaket har rett hjemmelsgrunnlag

Ved overprøving av vedtak kan det være vanskelig å skille mellom tiltak som er skadeavvergende og tiltak som iverksettes for å dekke grunnleggende behov. En grunn til det, er at formålet med lovreglene er å hindre at personer med psykisk utviklingshemning utsetter seg selv eller andre for vesentlig skade, jf. § 9-1 første ledd. Det betyr at også tiltak for å dekke tjenestemottakerens grunnleggende behov har som mål å hindre eller redusere skade. Likevel er det slik at for eksempel et opplærings- og treningstiltak ikke kan være et planlagt skadeavvergende tiltak, bare et tiltak for å dekke grunnleggende behov.

Omvendt kan ikke et planlagt skadeavvergende tiltak godkjennes som tiltak for å dekke grunnleggende behov, for eksempel for å redusere utdanningskrav til personell. Fylkesmannen må derfor skille mellom planlagt skadeavvergende tiltak i gjentatte nødssituasjoner og tiltak for å dekke grunnleggende behov. Særlig gjelder det for mekaniske tvangsmidler som hindrer

tjenestemottakerens bevegelsesfrihet og inngripende varslingssystemer med tekniske innretninger, som både kan være planlagt skadeavvergende og for å dekke grunnleggende behov.

Da det har betydning for krav til utdanning om et tiltak er skadeavvergende (§ 9-5 tredje ledd bokstav b) eller for å dekke grunnleggende behov (§ 9-5 tredje ledd bokstav c), må Fylkesmannen ved overprøvingen kontrollere om tiltak som skal godkjennes har rett hjemmelsgrunnlag.

At det overordnede formålet er det samme for alle tiltak, gjør at det er nødvendig å se mer på de nærliggende målene.

Hva skal tiltaket hindre?

Tiltak som skal hindre skade på andre eller ting, er alltid skadeavvergende. Tiltak som er rettet mot tjenestemottakeren selv kan både være skadeavvergende og for å dekke grunnleggende behov.

Enkelthendelser eller mer varige forhold?

Tiltak som primært skal hindre enkelthendelser av selvskading er som regel skadeavvergende. Tiltak som har mer langsiktige og varige mål er som regel for å dekke grunnleggende behov.

Låsing av skap kan være for å unngå at en person spiser eller drikker vaskemidler. Selv om dette som enkelthendelse er skadelig, vil det vanligvis være de mer langsiktige virkningene som skal unngås. Slike tiltak vil derfor som oftest iverksettes for å dekke grunnleggende behov.

En alarm (§ 9-2 annet ledd) som varsler når vedkommende blir urolig om natten, fordi slik uro ofte innebærer selvskading, vil være et skadeavvergende tiltak etter § 9-5 tredje ledd bokstav b. Skal den varsle når vedkommende går ut av leiligheten fordi tjenestemottaker for eksempel kan gå ut tynkledd når det er kaldt, er formålet å dekke grunnleggende behov, jf § 9-5 tredje ledd bokstav c. Tilsvarende gjelder dersom alarmen skal varsle for å gi hjelp til å gå på do eller komme seg opp etter fall.

Bruk av belte eller skinne (§ 9-6 første ledd) vil være et skadeavvergende tiltak etter § 9-5 tredje ledd bokstav b hvis de forhindrer fall eller slag mot egen kropp. Brukes belte eller skinne som hjelpemiddel for å spise eller sitte, er de derimot tiltak for å dekke tjenestemottakerens grunnleggende behov, jf. § 9-5 tredje ledd bokstav c.

6. Kontroll av om vedtaket inneholder de opplysninger som § 9-7 tredje ledd bokstavene a-i krever

Kravene i § 9-7 tredje ledd er kumulative, noe som innebærer at alle kravene må være oppfylt. Hvor utfyllende dokumentasjonen må være vil avhenge av sakens karakter. I tillegg er kravene innholdsmessig ulike. Noen krav kan oppfylles med ren utfylling, for eksempel opplysninger om personalia, mens andre krav fordrer en nærmere redegjørelse. Nedenfor blir innholdet i § 9-7 tredje ledd bokstavene a-i gjennomgått.

§ 9-7 tredje ledd bokstav a, brukerens eller pasientens navn og tid og sted for vedtaket

Her må Fylkesmannen kontrollere hvem vedtaket gjelder, hvilken kommune som har fattet vedtaket og vedtakstidspunktet.

§ 9 tredje ledd bokstav b, beskrivelse av brukerens eller pasientens situasjon og en faglig vurdering av denne

Her må Fylkesmannen kontrollere at vedtaket gir tilstrekkelig beskrivelse av situasjonen tjenestemottakeren befinner seg i, slik at det blir mulig å overprøve om vilkårene for tvangstiltaket er oppfylt. Dette vil omfatte beskrivelse av tjenestetilbud, bolig, aktivitetstilbud, atferd og helsetilstand, herunder om det foreligger vedtak om tvungen helsehjelp etter pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4A. I tillegg må det gis en faglig vurdering av vedkommendes situasjon. Det vil særlig være viktig med en faglig vurdering av atferden, om mulige årsaker til atferden (både bakenforliggende og utløsende årsaker), sammenhenger mellom årsaksfaktorer, hvordan de fremtrer og konsekvensene av dem.

§ 9-7 tredje ledd bokstav c, beskrivelse av de tiltakene som settes i verk og den faglige begrunnelsen for disse

Fylkesmannen må kontrollere at opplysninger om tiltakene er knyttet til tjenestemottakerens situasjon og behov, slik at det blir mulig å vurdere tiltakenes faglige og etiske forsvarlighet.

I kontrollen inngår om det er beskrivelse og faglig begrunnelse for valg av tiltak, formålet med tiltaket, hvor og hvordan det konkret skal gjennomføres.

§ 9 tredje ledd bokstav d, fastsettelse av tidsramme for tiltakene

Her må Fylkesmannen kontrollere om det er opplysninger om vedtaksperioden og at varigheten er innenfor grensen på tolv måneder, jf. § 9-7 annet ledd. Det inngår i overprøvingen å vurdere om tiltakenes art og andre omstendigheter medfører at varigheten bør settes kortere.

§ 9-7 tredje ledd bokstav e, bekreftelse på at vilkårene i kapitlet er oppfylt, herunder begrunnelse etter § 9-5 første ledd annet punktum

Fylkesmannen må kontrollere om kommunen i vedtaket bekrefter at den har vurdert og funnet vilkårene oppfylt. Selv om det foreligger slik bekreftelse, må Fylkesmannen i tillegg kontrollere at saken er så opplyst at det lar seg gjøre å overprøve om vilkårene er oppfylt.

En vesentlig grunn for Fylkesmannens overprøving er å sikre at tvangstiltak ikke gjennomføres unødig. Vilket om at *andre løsninger* enn tvang og makt skal være prøvd før tvangstiltak settes i verk, er derfor sentralt ved overprøvingen. Kravet gjelder både ved nye tiltak og ved videreføring av tiltak. Det skal tydelig fremgå av vedtaket hvilke andre løsninger som har vært prøvd.

Fylkesmannen må kontrollere om det er tilstrekkelig dokumentert at andre løsninger er forsøkt. Der andre løsninger ikke er forsøkt, skal kommunen gi en begrunnelse for å fravike kravet, jf. § 9-7 tredje ledd bokstav e. Fylkesmannen må da kontrollere om det foreligger *særlige tilfeller* slik at det kan unntas fra å prøve andre løsninger, jf. kravet i § 9-5 første ledd.

Fylkesmannen må videre undersøke om tvangstiltak som er vedtatt er *faglig og etisk forsvarlig*. Krav til faglig forsvarlighet innebærer å undersøke om tiltaket tilfredsstillende faglige krav til god praksis. Slik praksis er i stadig endring. I hovedsak kan Fylkesmannen støtte seg til habiliteringstjenestens uttalelse. Er Fylkesmannen i tvil, kan det være aktuelt å konferere med andre fylkesmenn eller bruke sakkyndig.

Loven krever at det legges særlig vekt på hvor inngripende tiltaket er for tjenestemottakeren. Selv om tiltaket i seg selv er faglig anerkjent, kan det være forhold ved gjennomføringen som medfører at tiltaket likevel ikke kan godkjennes. Her vil det være en nær sammenheng mellom kravet til *faglig og etisk forsvarlighet*. Selv om det påvises at et tiltak har en effekt, kan det ikke gjennomføres dersom det innebærer en nedverdiggende eller krenkende behandling av tjenestemottaker, jf. § 9-1 tredje ledd. Fylkesmannen må derfor undersøke om det er opplysninger om hvordan tiltaket oppleves for tjenestemottaker, herunder grad av ubehag, og om tiltaket er planlagt gjennomført i situasjoner som er stigmatiserende for tjenestemottaker. Her vil også opplysninger om tjenestemottakers holdning til tiltaket ha betydning, jf. § 9-7 tredje ledd bokstav f.

Som ledd i overprøvingen av kravet til faglig og etisk forsvarlighet, skal Fylkesmannen kontrollere om det er foretatt en *forholdsmessighetsvurdering*, ved at tiltakets alvorlighetsgrad er vurdert opp mot effekt. Det skal legges vekt på at tiltaket må virke klart mer positivt enn de negative konsekvensene som bruk av tvang kan få for tjenestemottakeren.

I vurderingen av kravet om faglig og etisk forsvarlighet, vil også eventuelt vedtak om tvungen helsehjelp etter pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4A kunne få betydning. I vurderingen må det derfor inngå å vurdere hvor omfattende og inngripende summen av alle tvangstiltak overfor tjenestemottakeren er.

Tvangstiltak skal kun settes i verk dersom dette forhindrer *vesentlig* skade, § 9-5 annet ledd siste setning. Fylkesmannen må derfor undersøke om tiltaket *hindrer eller begrenser vesentlig skade* på tjenestemottaker, andre personer eller ting. Er det fare for skade på andre personer eller ting, må det undersøkes om tiltaket er hjemlet som et planlagt skadeavvergende tiltak etter § 9-5 tredje ledd bokstav b, da tiltak etter samme bestemmelse bokstav c kun er ment for å dekke *tjenestemottakerens* grunnleggende behov.

For krav til gjennomføring av tiltak, se punkt 8 nedenfor.

§ 9-7 tredje ledd bokstav f, opplysning om hvilken holdning brukeren eller pasienten og dennes representant har til tiltaket

Fylkesmannen må undersøke om det fremgår av vedtaket hvilken holdning både tjenestemottaker, pårørende og verge/hjelpeverge har til tiltaket. Opplysninger om holdninger til tiltaket vil også kunne vise i hvilken grad partene er hørt og om de har fått anledning til å medvirke i saken, jf. § 9-3.

§ 9-7 tredje ledd bokstav g, angivelse av faglig ansvarlig for gjennomføring av tiltaket

Det må undersøkes om det fremgår hvem som har det daglige faglige ansvaret for gjennomføringen av tiltaket.

§ 9-7 tredje ledd bokstav h, opplysning om Fylkesmannens overprøvingsmyndighet og adgang til å uttale seg i saker som skal overprøves etter § 9-8

Her må Fylkesmannen undersøke om kopi av vedtaket er oversendt til spesialisthelsetjenesten, verge eller hjelpeverge, og nærmeste pårørende. Innunder denne undersøkelsen ligger også om partene har informasjon om at Fylkesmannen er overprøvingsmyndighet og at de har mulighet til å

gi *uttalelse innen én uke*. Fylkesmannen bør derfor ikke ferdigbehandle saken før uttalefristen har utløpt. Fylkesmannen kan gi impliserte utvidet frist til å komme med uttalelse.

Haster det å iverksette eller videreføre et tiltak, for eksempel fordi gjeldende vedtak utløper, kan Fylkesmannen overprøve vedtaket før uttalefristen har utløpt. I så fall skal Fylkesmannen kontakte pårørende og verge eller hjelpeverge.

Mottar Fylkesmannen vesentlige merknader til et vedtak, bør disse forelegges kommunen til uttalelse før overprøvingen avsluttes.

§ 9-7 tredje ledd bokstav i, inneholder opplysning om tilsynsmyndighet

Fylkesmannen må undersøke om det fremgår av vedtaket at Fylkesmannen er tilsynsmyndighet.

7. Kontroll av tiltak hvor det er satt særlige grenser, jf. § 9-6

For bruk av mekaniske tvangsmidler, tiltak som innebærer skjerming og opplærings- og treningstiltak er det satt særlige grenser. Omhandler vedtaket slike tiltak skal Fylkesmannen undersøke om tiltaket er innenfor grensene.

8. Kontroll av krav til gjennomføring av tiltak

Fylkesmannen må undersøke om vedtaket oppfylder tjenestemottakers rett på kvalifisert personale, herunder om de utdanningskrav som stilles er oppfylt.

Kravene til utdanning i § 9-9 er å anse som minimumskrav. Fylkesmannen må vurdere om det er forhold ved saken som gjør det aktuelt å vurdere om det må stilles strengere krav til utdanning, særlig for å sikre at vilkåret om faglig og etisk forsvarlighet er oppfylt. For eksempel er opplærings- og treningstiltak regulert i § 9-5 tredje ledd bokstav c, hvor det er lavere kompetansekrav enn for skadeavvergende tiltak. Enkelte opplærings- og treningstiltak kan imidlertid i sitt innhold være særlig inngripende og faglig krevende å gjennomføre.

Videre må det undersøkes om kravet om at det skal være to tjenesteytere til stede ved gjennomføring av tiltaket er oppfylt. Dersom det ikke skal være to tjenesteytere til stede ved gjennomføring, må Fylkesmannen undersøke om det i vedtaket er gitt en tilstrekkelig begrunnelse for å gjøre unntak fra hovedregelen.

Det stilles i § 9-9 også krav om at tiltaket skal vurderes kontinuerlig og avbrytes dersom vilkårene ikke lenger er til stede eller viser seg ikke å ha forutsatte konsekvenser eller ha uforutsette negative konsekvenser. Det må derfor undersøkes om det fremgår av vedtaket hvordan tiltaket skal følges opp og om det er angitt avbrytelseskriterier.

Det vil også kunne ha betydning for utfallet av overprøvingen hvilken opplæring og veiledning som er gitt og vil bli gitt til de som utfører / skal utføre tvangstiltaket, jf. kravet i § 9-4. Slike opplysninger er nært knyttet til kravet om faglig og etisk forsvarlighet. Ikke minst har opplæring og veiledning avgjørende betydning der det søkes om dispensasjon fra utdanningskravet, se kapittel 6.

4.4 Innhenting av opplysninger

Fylkesmannen kan selv innhente opplysninger der et vedtak er mangelfullt opplyst, jf. forvaltningsloven § 17, men kan også sende saken tilbake til kommunen, jf. § 9-8.

Tidsperspektivet vil ofte være av stor betydning i saker etter kapittel 9. Fylkesmannen må derfor vurdere om opplysningene enkelt og raskt lar seg avklare eller om manglene er av slik karakter eller omfang at saken bør sendes tilbake til kommunen for videre behandling.

For å sikre at det ved innhenting av opplysninger ikke går unødig tid til spille, må det settes stramme, men gjennomførbare frister for oversendelse av opplysningene.

Er informasjonen Fylkesmannen innhenter ikke allerede kjent for pårørende, verge/ hjelpeverge og spesialisthelsetjenesten, og den kan ha betydning for deres meninger om tiltaket, skal informasjonen også gis til dem, slik at de får mulighet til å kommentere opplysningene.

4.5 Resultat av Fylkesmannens overprøving

Foruten å godkjenne, har Fylkesmannen adgang til både å sende saken i retur til kommunen og selv foreta endringer.

For utfyllende informasjon om resultatet av overprøvingen, vises det til *Veileder i behandling av klagesaker*, særlig kapittel 3.3.3, 3.3.4 og 3.4. Nedenfor gjennomgås forhold av spesiell betydning for saker etter kapittel 9.

4.5.1 Full godkjenning

Når Fylkesmannen godkjenner kommunens vedtak fullt ut er det kommunens vedtak som i sin helhet skal legges til grunn for iverksettelse av tiltakene.

4.5.2 Tilbakesending av vedtaket til videre behandling i kommunen

Er det behov for endringer av betydning, bør Fylkesmannen som hovedregel sende saken tilbake til kommunen for videre behandling i stedet for selv å gjøre endringer. Spesielt gjelder dette når endringer er knyttet til utforming av tiltakene, da tiltak bør utformes av kommunen i samarbeid med spesialisthelsetjenesten.

Et eksempel på forhold som vil medføre tilbakesending er der det er behov for ytterligere utredning fra kommunens side.

Et annet eksempel er der spesialisthelsetjenesten ikke har bistått i utforming av tiltak, jf. kravet i § 9-7 annet ledd. For enkelte saker kan det imidlertid være hensiktsmessig at Fylkesmannen tar kontakt med spesialisthelsetjenesten for å undersøke om det lar seg gjøre å få en vurdering av tiltaket for å unngå en tilbakesending. En slik fremgangsmåte vil være avhengig av sakens alvorlighet, tiltakets karakter og at det er av hensyn til tjenestemottaker det er nødvendig med en rask avgjørelse. En forutsetning for en slik fremgangsmåte er nødvendigvis at spesialisthelsetjenesten selv mener det er mulig å gi en vurdering av tiltaket uten en mer inngående involvering i saken.

4.5.3 Vedtak hvor Fylkesmannen gjør endringer

Et vedtak kan inneholde flere tiltak, og Fylkesmannen kan da godkjenne enkelte tiltak som kan iverksettes/videreføres, selv om andre tiltak ikke blir godkjent. Som nevnt ovenfor bør

Fylkesmannen være tilbakeholden med å gjøre endringer som får betydning for selve innholdet i tiltaket.

Fylkesmannen kan også godkjenne tiltakene, men gjøre endringer ellers i vedtaket. Eksempler på dette er der Fylkesmannen mener vedtaksperioden av ulike årsaker bør begrenses eller der Fylkesmannen finner at kommunen har valgt uriktig hjemmelsgrunnlag for tiltaket, som at et skadeavvergende tiltak er hjemlet som tiltak for å dekke grunnleggende behov.

Når Fylkesmannen gjør endringer i kommunens vedtak, gjelder kommunens vedtak fortsatt ved iverksettelse, men med de endringer Fylkesmannen har gjort. Det er derfor særdeles viktig at både endringene og konsekvensene av endringene er tydelige, slik at det ikke er tvilsomt for de som skal iverksette vedtaket hva endelig vedtak går ut på. For eksempel vil endring av hjemmelsgrunnlag medføre at det blir stilt andre kompetansekrav for personell som skal gjennomføre tiltakene.

Tilsvarende gjelder der Fylkesmannen stiller vilkår for godkjenningen, for eksempel vilkår om at tiltaket kun kan gjennomføres av personer med særskilt kompetanse, eller at tiltaket kun kan gjennomføres på begrensede områder eller begrensede tider av døgnet.

4.5.4 Vedtak som ikke godkjennes

Finner Fylkesmannen at kommunens vedtak bryter med vilkår for adgangen til å benytte tvang og makt, skal vedtaket ikke godkjennes. Ved en ikke-godkjenning er det nødvendigvis Fylkesmannens vedtak som er gjeldende.

Dersom et vedtak som ikke blir godkjent omhandler skadeavvergende tiltak, må Fylkesmannen samtidig opplyse om tiltaket kan videreføres som skadeavvergende tiltak i nødssituasjoner inntil eventuelt nytt vedtak blir godkjent, eller om tiltaket må opphøre helt. Dette vil avhenge av om det er forhold ved saksbehandlingen eller selve tiltaket som er årsaken til at vedtaket ikke godkjennes.

4.6 Underretning om Fylkesmannens avgjørelse

Utfallet av Fylkesmannens overprøving skal formidles skriftlig til kommunen, med kopi til verge eller hjelpeverge, nærmeste pårørende og den delen av spesialisthelsetjenesten som har bistått kommunen ved utformingen av vedtaket.

Kravet til innholdet i underretningen vil være avhengig av resultatet av overprøvingen. Forvaltningsloven § 24 om krav til begrunnelse av enkeltvedtak gjelder også for overprøvingssaker. Fylkesmannen må begrunne hvorfor ikke kommunens vedtak godkjennes, eller hvorfor det er gjort endringer eller stilt vilkår. Har Fylkesmannen godkjent kommunens vedtak fullt ut, kan imidlertid underretningen med fordel være kortfattet. I stor grad kan det da vises til de vurderinger kommunen har gjort.

Der Fylkesmannen selv har utredet flere sider av saken grunnet mangelfulle opplysninger, må de nye opplysningene enten gjengis eller vises til slik at fremstillingen blir fullstendig.

Forslag til formulering ved full godkjenning:

Fylkesmannen har gjennomgått og overprøvd x kommunes vedtak av (dato) med underlagsmateriale. Vedtaket er særlig vurdert ut fra bestemmelsene i § 9-7 andre, tredje og fjerde ledd.

Vedtaket godkjennes og følgende tiltak (her nevnes tiltakene med henvisning til § 9-5 tredje ledd bokstav b eller c), kan gjennomføres frem til x dato.

Velger kommunen å forlenge tiltakene, må nytt vedtak oversendes Fylkesmannen senest x uker før vedtaket utløper.

Der Fylkesmannen har gjort endringer eller stilt vilkår for godkjenning, kan samme innledning som for full godkjenning benyttes. Eksempler på formuleringer der Fylkesmannen har gjort endringer eller stilt vilkår:

Av de tiltak som omfattes av kommunens vedtak, godkjennes kun følgende tiltak:
(opplisting av tiltak)

Tiltaket godkjennes, men hjemmelsgrunnlaget endres fra x til x (med henvisning til § 9-5 tredje ledd bokstav b eller c).

For gjennomføring av tiltaket stilles følgende vilkår (opplisting av vilkår).

Det må fremgå at det overprøvede vedtaket kan påklages til fylkesnemnda for barnevern og sosiale saker (heretter omtalt som fylkesnemnda) av tjenestemottakeren, vergen eller hjelpevergen og nærmeste pårørende, jf. § 9-11 annet ledd. Klageadgangen gjelder også Fylkesmannens avgjørelse om ikke å godkjenne et vedtak som kommunen ønsker å gjennomføre.

Klagefristen er tre uker fra vedtaket er kommet fram til den som har klagerett, jf. § 9-11 femte ledd.

4.7 Iverksetting av tiltak

Når et vedtak er godkjent kan tiltak iverksettes. Fylkesmannen kan imidlertid beslutte i sin godkjenning at vedtak ikke skal iverksettes før klagefristen er ute, jf. forvaltningsloven § 42 første ledd. Dette er særlig aktuelt der det ut fra opplysninger i saken er grunn til å forvente klage.

4.8 Videreføring av tiltak

Kommunen har ansvar for å sende inn nytt vedtak tidsnok til at det kan bli overprøvd før gjeldende vedtak utløper, hvis tiltak skal videreføres.

Fylkesmannen må bidra til at dette er gjeldende praksis. Fylkesmannen skal derfor, når vedtak godkjennes, opplyse når kommunen senest må sende nytt vedtak til overprøving om tiltak skal videreføres.

Hvor lang tid før et vedtak utløper det må sendes et nytt vedtak til Fylkesmannen, avhenger både av Fylkesmannens saksbehandlingstid, og av om nytt vedtak samsvarer med tidligere vedtak eller inneholder endringer som gjør overprøvingen mer arbeidskrevende. I embetsoppdraget til fylkesmennene står det at saksbehandlingstiden ikke skal overskride tre måneder. Det er også understreket at saker etter kapittel 9 skal prioriteres.

4.9 Tilbaketrekking av godkjenning

Blir Fylkesmannen kjent med forhold som gjør at de forutsetninger som lå til grunn for godkjenningen ikke lenger er til stede, kan Fylkesmannen trekke godkjenningen tilbake. Med mindre det er åpenbare grunner for å stanse tiltaket, bør imidlertid Fylkesmannen her utvise en viss forsiktighet. Det kan være tilstrekkelig å endre betingelser som gjelder for tiltaket, slik at hendelsene ikke oppstår igjen. Faglig ansvarlig i kommunen og aktuelle personer innen spesialisthelsetjenesten bør i så fall gis anledning til å vurdere tiltaket.

Partene kan påklage avgjørelsen om å trekke godkjennelsen. Det kommunale vedtaket med Fylkesmannens avgjørelse overprøves av fylkesnemnda, jf. § 9-11 annet ledd.

5 Klager på vedtak

I dette kapitlet beskrives Fylkesmannens oppgaver når Fylkesmannen som underinstans skal forberede klagesak for fylkesnemnda. Klage på vedtak behandles etter reglene i barnevernloven kapittel 7, og Fylkesmannens forberedelse skjer etter reglene i forvaltningsloven § 33, jf. helse- og omsorgstjenesteloven § 9-11.

Både vedtak som er godkjent og ikke godkjent av Fylkesmannen kan påklages til fylkesnemnda. Der et kommunalt vedtak ikke er godkjent av Fylkesmannen, er det en forutsetning for behandling av klagen at kommunen ønsker å iverksette vedtaket.

Det fylkesnemnda uansett skal ta stilling til er om tiltaket/tiltakene som er regulert i vedtaket skal iverksettes eller ikke.

5.1 Klagerett og klagefrist

Det er tjenestemottaker, verge eller hjelpeverge og pårørende som har klagerett, jf. § 9-11 annet ledd.

Kommunen har ikke rett til å klage, og kan derfor ikke påklage at Fylkesmannen har nektet å godkjenne et vedtak.

Klagefristen er tre uker fra vedtaket er kommet fram til den som har klagerett, jf. § 9-11 femte ledd.

Kommer klagen inn etter at klagefristen har utløpt, må Fylkesmannen vurdere om klagen likevel skal behandles eller om den skal avvises, jf. forvaltningsloven § 31. I den forbindelse må følgene for tjenestemottaker av at tiltak stoppes tillegges vekt. En avgjørelse om å avvise klagen fra behandling er et enkeltvedtak som kan påklages til fylkesnemnda.

Har det gått mer enn ett år, jf. forvaltningsloven § 31 fjerde ledd, vil vedtaket uansett ikke gjelde da vedtak maksimalt kan gjelde tolv måneder.

5.2 Klagen må oppfylle kravene til form og innhold

Forvaltningsloven § 32 stiller krav til klagens form og innhold. Det følger av denne bestemmelsen at klagen skal være skriftlig, og undertegnet av klager.

Klagen bør nevne de forhold det klages over, og inneholde opplysninger som kan være av betydning for behandlingen av klagen. Det er ikke krav om at klagen skal begrunnes, men det må gå klart fram at det er en klage rettet mot et tiltak etter § 9-5 tredje ledd bokstav b eller c som Fylkesmannen har overprøvd.

Dersom klagen inneholder feil eller mangler skal Fylkesmannen sette en kort frist for retting eller utfylling, jf. forvaltningsloven § 32.

5.3 Utsatt iverksetting av tiltak

Et vedtak som påklages kan ikke iverksettes før fylkesnemnda har godkjent vedtaket, jf. § 9-7 fjerde ledd. Det er derimot ikke i kapittel 9 stilt krav om at Fylkesmannen ved godkjenning skal utsette iverksettingen til klagefristen er utløpt. Der det ut fra opplysningene i saken kan forventes klage, bør imidlertid Fylkesmannen ved godkjenningen vurdere utsatt iverksetting, jf. punkt 4.7 ovenfor.

5.4 Forberedelse av klagen for fylkesnemnda

5.4.1 Fylkesmannen skal forhåndsvarsle aktuelle parter

Fylkesmannen skal varsle partene ved klage, da de kan ha interesse av sakens utfall og ønske om å uttale seg før saken tas under behandling, jf. forvaltningsloven § 33 tredje ledd og § 16. Unntak gjelder der partene allerede kjenner til klagen og klagens innhold, eller der det av andre grunner må anses åpenbart unødvendig å varsle.

Partene er tjenestemottakeren, vergen eller hjelpevergen og nærmeste pårørende, jf. § 9-11 annet ledd.

Det skal settes en frist for uttalelse. Fristen bør være kort, og gjelde fra den dag varselet blir sendt.

Fylkesmannen må også informere kommunen og spesialisthelsetjenesten om klagen, slik at de får mulighet til å komme med skriftlige kommentarer.

5.4.2 Fylkesmannen skal påse at saken er tilstrekkelig opplyst

Fylkesmannen har som underinstans ansvar for at saken er tilstrekkelig opplyst. Dette følger av forvaltningsloven § 33 første ledd, som blant annet viser til utredningsplikten i lovens kapittel IV.

Fylkesmannen kan etterkomme klagen og oppheve eller endre sin avgjørelse, eller avvise klagen. I praksis handler dette om å godkjenne et kommunalt vedtak som ikke er godkjent, eller ikke godkjenne et vedtak som er godkjent.

Finner Fylkesmannen at avgjørelsen ikke skal endres, skal Fylkesmannen tilrettelegge saken for behandling i fylkesnemnda.

Leder av fylkesnemnda har et ansvar for at saksforberedelsen er betryggende, jf. barnevernloven § 7-3 *Hovedprinsipper for saksbehandlingen i fylkesnemnda*, og § 7-12 *Saksforberedelsen i fylkesnemnda*. Fylkesmannen kan derfor bli bedt om å gjøre ytterligere forberedelser.

5.4.3 Fylkesmannens forberedelse for behandling i nemnda

Ved vurdering av klagen vil det ofte være de samme tema som må vurderes som ved overprøving av vedtak. Se kapittel 4 om krav til saksbehandling ved overprøving av vedtak.

Fylkesmannen skal samle sakens dokumenter. Det bør lages en kronologisk oversikt over dokumentene. Som underinstans skal Fylkesmannen særlig redegjøre for omstendigheter som ligger til grunn for vedtaket, jf. § 9-11 fjerde ledd. Det må klart framgå hvorfor Fylkesmannen har kommet til sin konklusjon, og hvorfor Fylkesmannen ikke finner å ta klagen til følge, herunder hvorfor kommunens vedtak bør godkjennes / ikke godkjennes.

Fylkesmannen skal opplyse om hvilke personer som skal gi forklaring for fylkesnemnda, jf. § 9-11 fjerde ledd. Overordnet faglig ansvarlig for tjenesten i kommunen og den som har løpende daglig ansvar for gjennomføringen av tiltakene der de utføres, vil være aktuelle. Det samme gjelder sentrale personer i spesialisthelsetjenesten.

Den offentlige part er staten ved Fylkesmannen. Som regel skal den offentlige parten være representert av advokat, jf. barnevernloven § 7-8 annet ledd.

6 Søknader om dispensasjon fra utdanningskrav

6.1 Kompetansekrav

§ 9-9 annet ledd gir tjenestemottaker rett til kvalifisert personale ved gjennomføring av tiltak etter § 9-5 tredje ledd bokstav b og c.

Hensynene bak bestemmelsen er at tvangstiltak er så inngripende i tjenestemottakers liv at personell som utfører tvangen må fylle formalkrav til utdanning, i tillegg til den særskilte kompetansen som trengs for å utføre tvangstiltaket overfor den bestemte personen.

Hvilken spesifikk kompetanse som kreves avhenger av om det er et planlagt skadeavvergende tiltak eller et tiltak for å dekke grunnleggende behov. Kravet kommer i tillegg til krav til opplæring som følger av § 4-1 første ledd bokstav d, samt §§ 8-1 og 8-2.

Utføres planlagte skadeavvergende tiltak i gjentatte nødssituasjoner, jf. § 9-5 tredje ledd bokstav b, skal minst en av tjenesteyterne ha bestått utdanning i helse-, sosial- eller pedagogiske fag på høyskolenivå.

Utføres tiltak for å dekke tjenestemottakers grunnleggende behov, jf. § 9-5 tredje ledd bokstav c, skal minst en av tjenesteyterne ha bestått avsluttende eksamen i studieretning for helse- og sosialfag i videregående opplæring.

Kompetansekravene er å anse som minimumskrav. Det kan for enkelte tiltak være aktuelt å stille strengere krav til utdanningen, se punkt 4.3.1 nr. 8.

6.2 Søknad om dispensasjon

§ 9-9 tredje ledd gir Fylkesmannen myndighet til å fravike utdanningskravene. Dette forutsetter en søknad fra kommunen. Søknaden om dispensasjon kan følge kommunens vedtak om tiltak etter § 9-5 tredje ledd bokstav b og c. Søknaden behandles da samtidig med overprøvingen. Søknad kan også komme etter at et vedtak er godkjent og iverksatt, for eksempel fordi kommunen trenger nytt personell i forbindelse med ferieavvikling.

6.3 Fylkesmannens vurdering

Fylkesmannen kan kun gi dispensasjoner *i særlige tilfeller*, jf. § 9-9 tredje ledd. Utover denne begrensningen anviser ikke loven hvordan Fylkesmannen skal behandle søknad om dispensasjon fra utdanningskrav. Det følger imidlertid av forarbeidene at det avgjørende skal være om Fylkesmannen finner det *forsvarlig* å dispensere.

Personellets kompetanse berører særlig vilkåret om faglig og etisk forsvarlighet. En søknad om dispensasjon fra utdanningskrav kan derfor ikke behandles løsrevet fra opplysningene i kommunens vedtak. Dette gjelder både når søknad foreligger sammen med vedtaket og når søknad kommer inn etter at Fylkesmannen har godkjent kommunens vedtak.

Nedenfor er det gitt eksempler på forhold som bør inngå i Fylkesmannens vurdering. Poenget med opplistingen er å gi momenter til vurderingen. Om momentene er relevante og hvilken vekt de skal ha, må vurderes konkret i den enkelte sak.

1. Tiltaket er av en slik karakter at formalkompetanse ikke bør fravikes. Dette kan særlig være aktuelt for tiltak der det kan være utfordrende å følge med på om tiltaket har negative virkninger og for gjennomføring av opplærings- og treningstiltak.
2. Det kan ha betydning for avgjørelsen hvilken formal- og realkompetanse den daglig ansvarlig for tjenesten har, herunder hvordan og i hvilken grad daglig ansvarlig er tilgjengelig og følger opp de ansatte som gjennomfører tiltaket.
3. Hvilken formal- og realkompetanse det øvrige personellet besitter kan ha betydning for om det er forsvarlig å gi dispensasjon.
4. Skal det være to tjenesteytere til stede ved gjennomføringen av tiltaket, vil det ha betydning hvilken kompetanse den andre tjenesteyteren har. I dette inngår også om den omsøkte skal ha aktiv eller passiv rolle under gjennomføringen.
5. Antallet personer det søkes dispensasjon for kan ha betydning for forsvarligheten av gjennomføringen av tiltaket. Jo flere det søkes for, desto større fare for at gjennomføringen blir uforsvarlig.
6. Realkompetansen til det personellet det søkes dispensasjon for har betydning for vurderingen, herunder om det aktuelle personellet kjenner tjenestemottaker godt.
7. Hvordan kommunen tilrettelegger for opplæring og veiledning av personellet har betydning for vurderingen. I dette inngår både opplæring i diagnosen psykisk utviklingshemning generelt, personen spesielt, og opplæring i og veiledning av det konkrete tiltaket.
8. En del tiltak krever ikke spesiell kompetanse når de er i funksjon. Dette *kan* gjelde enkelte tiltak som innelåsing av farlige gjenstander, bruk av inngripende varslingsystemer og spesialbelter under transport. Når det gjelder varslingsystemer vil det nødvendigvis ha stor betydning hvilken bistand som skal ytes når varselet utløses.

Det er imidlertid en forutsetning at tiltakene er godt faglig fundert i forkant, noe som skal kontrolleres gjennom overprøvingen.

9. Hvordan turnusen er lagt opp vil også kunne ha betydning for utfallet av vurderingen. Turnusen kan vise om kommunen har planlagt en forsvarlig fordeling av kvalifisert personale.

I saker hvor Fylkesmannen er i tvil, bør spesialisthelsetjenesten konsulteres for å få dens syn på hva som bør inngå av kompetanse for å kunne utføre tiltaket.

6.4 Fylkesmannens avgjørelse ved søknad om dispensasjon fra utdanningskrav

1. Fylkesmannen kan innvilge søknaden ved at den/de omsøkte får delta i gjennomføringen av tiltaket.
2. Fylkesmannen kan innvilge dispensasjon fra utdanningskrav for enkelte omsøkte, og avslå for andre.
3. Fylkesmannen kan innvilge søknaden, men sette vilkår for innvilgelsen, for eksempel at det sikres opplæring og veiledning eller stilles krav til turnus.
4. Fylkesmannen kan gi en tidsbegrenset dispensasjon, ved at det fra et gitt tidspunkt må være kompetanse som fyller formalkrav.
5. Fylkesmannen kan avslå søknad om dispensasjon. Dersom søknad om dispensasjon kommer i etterkant av et godkjent vedtak, må Fylkesmannen forsikre seg om at sentrale vilkår for godkjenningen fortsatt er oppfylt. Er vilkår for gjennomføringen ikke lenger til stede, må Fylkesmannen gjennom nytt vedtak trekke godkjenningen tilbake.

Fylkesmannens avgjørelse av søknader om dispensasjon fra utdanningskrav anses ikke som enkeltvedtak, og kan derfor ikke påklages.