

Utredning om behovet for rettslig grunnlag for bruk av ulik tvang og makt i skolen.

Marius Storvik

Utredning avgitt til Kunnskapsdepartementet 1. mars 2018.

Innholdsfortegnelse

1. Innledning.....	4
1.1. Utrederens oppgaver.....	4
1.2. Bakgrunnen for utredningen.....	5
1.3. Betragtninger om rettskilder, rettsutvikling og framgangsmåte.....	6
1.4. Oversikt over utredningens innhold og utforming.....	9
2. Kasus.....	10
2.1. Om kasusene.....	10
2.2. Inngrep i bevegelsesfrihet / frihetsberøvelse.....	10
2.2.1. Nekte elever å være visse steder.....	10
2.2.2. Pålegge elever å være visse steder.....	10
2.3. Inngrep i kroppslig integritet.....	11
2.3.1. Akutte nødvendige skadeavvergende tiltak.....	11
2.3.2. Planlagte skadeavvergende tiltak.....	11
2.3.3. Tiltak som ikke er skadeavvergende.....	12
2.4. Kasusene oppsummert.....	12
3. Tvang og makt?.....	13
3.1. Hva er tvang og makt?.....	13
3.2. Tvang og makt i helselovgivningen.....	14
3.2.1. Helsehjelp, sikkerhetstiltak og grunnleggende behov.....	14
3.2.2. Helse- og omsorgstjenestelovens § 9-2.....	15
3.2.3. Terskler for tvang og makt.....	16
3.2.4. Tvang der motstand oppgis.....	16
3.2.5. Tvang og makt det ikke kan samtykkes til.....	16
3.3. Tvang og makt i barnevernsinstitusjoner.....	17
3.3.1. Barnevernlovens § 5-9 og rettighetsforskriften.....	17
3.3.2. Lovlig, forbudt og vedtakspiktig tvang og makt.....	18

3.4.	Oppsummering av sammenlignbare regelverk	19
4.	Rettslige rammer for bruk av makt i skolen	21
4.1.	Noen metodiske betraktninger	21
4.2.	Staten som pliktsubjekt for grunnloven og menneskerettsloven	21
4.3.	Integritetsvernet etter EMK	22
4.4.	Særlige rettigheter for barn	24
4.5.	Særlige rammer i opplæringsloven	25
4.5.1.	Forbudet mot fysisk refselse	25
4.5.2.	Rett til trygt og godt skolemiljø som fremmer helse, trivsel og læring	26
5.	Rettferdiggjørelse av rettighetsinngripende tiltak	28
5.1.	Hvordan skal kollisjoner mellom rettigheter løses?	28
5.2.	Rettferdiggjøring av rettighetsinngrep	28
5.3.	Vilkårene for rettferdiggjøring av rettighetsinngrep	29
5.3.1.	Inngrep krever hjemmel i lov	29
5.3.2.	Nødvendighet og proporsjonalitetskravet	30
5.3.3.	Diskrimineringsforbudet	31
6.	Inngrepshjemler	32
6.1.	Mulige inngrepshjemler	32
6.2.	Opplæringslova § 9A-4 - Gripe inn	32
6.3.	Opplæringslovens § 9A-10 – Ordensreglement	33
6.4.	Nødverge som rettsgrunnlag for tvang og makt i skolen	35
6.5.	Nødrett som rettsgrunnlag for tvang og makt i skolen	36
7.	Sammenfatning og konklusjoner	39
7.1.	Sammenfatning og konklusjon om gjeldende rett	39
7.2.	Konklusjoner	41

1. Innledning

1.1. Utrederens oppgaver

Departementet kontaktet meg med forespørsel om å utrede behovet for rettslige grunnlag for bruk av ulik tvang og makt mot elever i skolen. Jeg gav uttrykk for min forståelse for oppdraget; at behovet for rettslig grunnlag for bruk av tvang og makt i skolen vil bero på:

1. Rettslige rammer for bruk av tvang og makt i skolen.
2. Hvilken bruk av tvang og makt i skolen som faktisk praktiseres.
3. Hvilken praksis som faller utenfor gjeldende rett.
4. Vurdering av hvilke hjemler som kan og eventuelt bør gis.

De rettslige rammene for bruk av tvang og makt i skolen fordrer en rettsdogmatisk utlegging av gjeldende rett.

Punkt 2 krever kunnskap om faktisk praksis. Kunnskap om hvilken tvang og makt som praktiseres er begrenset. Både rettskilder og personer med tilknytning til skolen har atskillige kasus og beretninger om faktisk praksis. Kasus og beretninger gir innsyn i hva som skjer og kan skje. Det kan likevel ikke gi innsyn i hvor representative hendelsene er. Behovet for rettslige grunnlag kan baseres på omfang av faktisk praksis. Det kan også baseres på eksistensen av ulike kasus med ukjent omfang, som er rettslig problematisk.

I samråd med departementet har jeg ikke gjennomført empiriske undersøkelser for å avdekke omfanget av faktisk praksis. Jeg har likevel gjennomført atskillige samtaler med personer med bakgrunn som skolepersonell, pårørende, ansatte hos fylkesmenn, organisasjoner og elever. Basert på samtalene har jeg utviklet og definert noen ulike kasus. Dette er altså typetilfeller av atferd eller situasjoner. Det forutsettes at disse kasusene har oppstått, og vil oppstå.

I det tredje punktet vil kasusene vurderes mot gjeldende rett. Denne vurderingen tar sikte på å avklare hvilke deler av hvilke kasus som faller utenfor rammene av gjeldende rett. Allerede nå vil det pekes på en viss rettsusikkerhet. I disse spørsmålene er det relativt få rettskilder. Dette gjør at konklusjonene vil være mer eller mindre usikre. Utrederens oppgave vil da være å peke på hva som er sikkert og hva som er usikkert. Den sikre retten, de lege lata, er et uttrykk for hva som utvilsomt er gjeldende rett. Det kan være flere årsaker til, og grader av usikkerhet. Der løsningen framstår forsvarlig vil utreder peke på hvilken løsning som bør være riktig. Det er

dette som kalles «de sententia ferenda», altså hvordan avgjørelsen bør være innenfor rammene av gjeldende rett.

Det er likevel grenser for hvor langt det kan pekes på løsninger basert på gjeldende rettskilder. For det første stilles det krav til hjemmelen. Det er begrenset hvor langt en kan finne tilsynelatende rimelige løsninger uten at lovgiver har gitt hjemmel. For det andre kan det være politiske spørsmål. Det kan altså være prinsipielle spørsmål om hvordan de vanskeligste situasjonene bør løses. Dette går inn på vurderinger av hvilke hjemler som kan og bør gis.

Oppdraget fra departementet er tilknyttet skolen. Skillet mellom grunnskole og videregående er ikke spesifisert. I både Djupedalutvalget og Prop 57 L er spørsmålet særlig tilknyttet grunnskolen, og ikke videregående. Denne utredningen tar som utgangspunkt at oppdraget gjelder både grunnskole og videregående skole. Noen steder gir forskjellene i skoleslag noe ulike rettslige grunnlag. Det pekes da på dette, og hovedvekten legges på grunnskolen.

Utrederen har tolket oppdraget slik at fokus har vært på materielle hjemler. Underveis i arbeidet har sammenhengen mellom de materielle og de prosessuelle reglene bydd på vansker. Gode prosessuelle regler kan gjøre det lettere å forsvare en svak materiell regel. Dette fordi reglene samlet sett kan gi et forsvarlig resultat. I arbeidet har det vært forutsatt akseptable prosessuelle regler, uten at dette har vært undersøkt nærmere.

Det ble inngått avtale om utredningen, og frist til 1. mars 2018 for avslutning av arbeidet.

1.2. Bakgrunnen for utredningen

NOU 2015:2 (Djupedalutvalget) ba departementet om å «utrede behovet for rettslig grunnlag for bruk av tvang i grunnopplæringen». ¹ Djupedalutvalget viste til behovet for hjemler for bruk av tvang kan være aktuelt i «særskilte tilfeller i forbindelse med elever som er utagerende». ² Henvendelser til fylkesmennene og Utdanningsdirektoratet tyder på at noen skoler bruker tvang overfor enkelte elever. ³

Djupedalutvalget peker på at det oppgis to ulike begrunnelser for tvangsbruk: «at eleven er utagerende eller på andre måter representerer en fare for seg selv, andre elever eller ansatte». ⁴ Utagering er en betegnelse for når barn lever ut indre konflikter, impulser eller affekter uten å

¹ NOU 2015: 2 s. 24.

² NOU 2015: 2 s. 239.

³ NOU 2015: 2 s. 244.

⁴ NOU 2015: 2 s. 244.

ta hensyn til situasjon eller konsekvenser væremåten kan ha for andre. I motsetning til innagerende atferd, er utagerende atferd en fellesbetegnelse på atferdsvansker som dreier seg om brudd på skolens normer, regler og forventninger. Ogden peker på at atferden hemmer undervisnings-, og læringsaktiviteter. Dermed også elevens læring og utvikling, og den vanskeliggjør positiv samhandling med andre.⁵

Djupedalutvalget peker på at det må tas stilling til hvordan utagering i skolen skal løses. Utvalgets utgangspunkt er at problemstillingen er aktuell i skolen, og at både regelverk og praksis bør ryddes opp i. Utvalget peker på at tvang er ett grunnlag for å håndtere utagerende atferd, men utelukker ikke andre grunnlag for å løse utagerende atferd.

Djupedalutvalget peker på at hjemmel for bruk av tvang og makt kan gi følgende fordeler: 1. Trygghet til elev, medelever og ansatte. 2. Ivareta rettssikkerheten til eleven det gjelder. 3. Få slutt på uhjemlet bruk av tvang.

Departementet fulgte opp Djupedalutvalget med Prop 57 L (2016-2017). Departementet videreførte de ansattes plikt til å gripe inn overfor krenking som mobbing, vold, diskriminering og trakassering. Inngrepsplikten dreier seg om pågående og akutte situasjoner. Departementet peker på at inngrepsplikten gjør seg gjeldende ved stansing av slåsskamp eller annen fysisk krenkelse, stanse en utfrysningssituasjon eller stanse og irettesette elever som krenker andre elever verbalt.⁶ Både høringsinstanser og departementet sluttet seg til behovet for en utredning om det rettslige grunnlag for bruk av tvang og makt i skolen.

1.3. Betraktninger om rettskilder, rettsutvikling og framgangsmåte

Hvilke rettskilder som er relevante for bruk av tvang og makt avhenger av perspektiv. Hvem har behov for rettslig grunnlag for tvang og makt i skolen? Elevene? Lærerne? Skolelederne? Foresatte? Domstolene? Påtalemyndigheten? Politikerne? Samfunnet? Behovet avhenger av hvem som stiller spørsmålet. Det vil også være ulike rettskilder avhengig av perspektivvalget.

Det har vært tilstrekkelige rettslige grunnlag for bruk av tvang og makt i skolen til å avklare om en lærer skal straffes for bruken av tvang og makt. Utgangspunktet for en slik vurdering vil være straffelovens hjemler. Det har vært tilstrekkelig rettslig grunnlag til å vurdere arbeidsrettslige reaksjoner mot en lærer som bruker tvang og makt i skolen. Utgangspunktet for

⁵ Terje Ogden, *Sosial kompetanse og problematferd i skolen*, 2. utgave Oslo s. 39.

⁶ Prop. 57 L (2017-2017) s. 22.

en slik vurdering vil være arbeidsmiljøloven og arbeidskontrakten. Det har også vært tilstrekkelig rettslig grunnlag til å avgjøre erstatningsspørsmål for bruk av tvang og makt i skolen. Utgangspunktet for en slik vurdering vil være aktuelle erstatningsrettslige regler.

Det er gjort systematiske søk i rettspraksis på spørsmål om tvang i skolen. Det har vært funnet både straffesaker og arbeidsrettssaker.⁷ Der det er gitt reaksjoner har lærere åpenbart gått utenfor det som er akseptabelt, som der lærere tar kvelertak, slår eller sparker elever. Slik maktbruk er utenfor det området det kan være aktuelt å gi hjemmel.

Så kan det vurderes om de nedre grensene for straffbarhet eller arbeidsrettslige reaksjoner kan gi veiledning til spørsmålet om behov for hjemmel. Problemet er at det er ikke gitt at enhver maktbruk fra lærere uten hjemmel skal gi reaksjoner. Det har vært flere saker der polititjenestemenn har brukt for mye makt for å utføre tjenesteoppdrag. I slike saker har høyesterett i flere avgjørelser gitt en «*forholdsvis romslig ramme når man skal vurdere handlingen i ettertid*».⁸ Dette betyr at ikke enhver maktoverskridelse i tjenesteoppdrag vil være straffbar.

Høyesteretts uttalelse gjaldt politiet, og ikke lærere. Vi har ikke slike avgjørelser for skolen. Jeg antar likevel at det samme gjelder i skolen. Jeg antar også at det samme gjelder for arbeidsrettslige reaksjoner. Dersom en lærer benytter større makt enn det er hjemmel for, men dette skjer innenfor rammen av lærergjerningen, vil det neppe være naturlig med en straffe- eller arbeidsrettslig reaksjon. Det er imidlertid ikke opplagt hvilken rettslig konstruksjon som vil benyttes. Dette gjør at behovet for rettslige grunnlag for bruk av tvang og makt i skolen ikke nødvendigvis samsvarer med arbeids- eller strafferettslig praksis. Det er etter dette lite relevant å spørre om og når det kan gis noen reaksjoner. Av denne grunn fokuseres det ikke på disse rettskildene i denne utredningen.

I stedet for å fokusere på reaksjoner ved overtredelse av normen tas det utgangspunkt i rettighetsperspektivet. Rettighetsperspektivet har vokst gradvis fram i lovgivningen med stadig flere rettighetsbestemmelser. Ved Grunnloven av 1814 ble det innført et strafferettslig legalitetsprinsipp. Dette krevde lovhjemmel for strafferettslige reaksjoner. I begynnelsen ble det ikke krevd lovhjemmel for reaksjoner som ikke kunne kategoriseres som straff.

⁷ Se eksempelvis Rt. 1993 s. 851, Rt. 1995 s. 661 og LA-2003-369.

⁸ Sitatet er fra Rt. 1995 s. 661 på side 664. Rettsregelen er gjentatt i flere saker. Rt. 2007 s. 1172 oppsummerer greit denne rettstilstanden. Se også Høgberg, Alf Petter, "Om reelle hensyn og deres betydning for grensen mellom straffbare og straffefrie handlinger". TfR 2000 s. 525-649.

Det strafferettslige legalitetsprinsippet utviklet seg til et alminnelig legalitetsprinsipp. Hvor langt dette strakk seg inne i institusjoner var lenge uklart. Ved Grunnlovsrevisjonen av 2014 ble det alminnelige legalitetsprinsippet grunnlovsfestet. Etter dette er borgerne gitt som rettighet at forvaltningen må ha hjemmel ved inngrep overfor borgerne.⁹

Denne utviklingen har vi etter hvert også sett i skolen. I 1995 kom den første regelen om psykososiale arbeidsforhold i skolen.¹⁰ Først krevde bestemmelsen bare at trivsel og psykososiale forhold skulle fremmes. Nå er elever gitt en lovbestemt rettighet om trygt og godt skolemiljø som også som garanteres av prosessuelle regler.¹¹ I kapittel 3 og 4 vil et utvalg av relevante rettigheter behandles.

Det er ikke alltid at praksis henger med lovgivningen.¹² Noen rettigheter vil vanskelig kunne operasjonaliseres på grunn av rettighetens natur. Andre ganger er retten klar nok, men problemet er at borgeren ikke har noen effektiv prøvningsrett. Denne problemstillingen gjelder i hovedsak grupper som er særlig sårbare, og som av den grunn ikke har fått gjennom sin rett.¹³ Det er altså et økende krav til at særlig sårbare grupper skal få gjennom sin rett.¹⁴

Utfordringen i det norske systemet er at rettslige spørsmål mellom borger og forvaltning i liten grad kommer for domstolene. Dette gjelder i større grad for særlig sårbare grupper. Avgjørelser om tvangsbruk i institusjoner har i hovedsak blitt avgjort på et forvaltningsmessig plan.¹⁵

Praksisen fra forvaltningen på tvang i skolen er vanskelig tilgjengelig. Beslutninger fattes i klasserom eller av rektor uten krav til notoritet. Noen klagesaker kommer til fylkesmannsnivå, men disse er ikke nødvendigvis representativ for praksisen i klasserommene. Det er ikke gjort forsøk på å hente inn systematiske uttalelser fra forvaltningen på deres praksis. Det er gjort søk i uttalelser fra både Kunnskapsdepartementet, Utdanningsdirektoratet og Sivilombudsmannen.¹⁶ Dette gir anvisning på forståelsen av gjeldende regelverk, men opplyser ikke noe om faktisk praktisering.

⁹ Legalitetsprinsippet behandles noe mer inngående i punkt 5.3.1.

¹⁰ Forskrift nr 928 av 12.01.1995 om miljørettet helsevern i barnehager og skoler m.v. § 12.

¹¹ Se Opplæringslovens kapittel 9A.

¹² Dette er en av hovedproblemstillingene i retts sosiologien. Det behandles ikke videre her.

¹³ EMD har i Alajos Kiss mot Ungarn, søker 38832/06, dom av 20.05.2010, i avsnitt 42 slått fast en rettsregel om vern av særlig sårbare grupper. Rettsregelen er så langt gjentatt i mer enn 20 saker.

¹⁴ Det finnes ingen uttømmende definisjon av særlig sårbare grupper. Ulike grupper funksjonshemmede omfattes av sårbare grupper. Jeg vil også anta barn generelt er mer sårbare enn andre samfunnsborgere. Barn som utsettes for tvang og makt i skolen vil nok ofte tilhøre andre sårbare grupper enn bare barnegruppen. Se også Prop 57 L (2016-2017) s. 76.

¹⁵ Det kan pekes på enkelte unntak fra ulike rettsområder. Det er ikke funnet noen eksempler på dette fra skolen.

¹⁶ Det er ikke funnet noen uttalelser fra Sivilombudsmannen om bruk av tvang og makt i skolen.

For å oppsummere; kunnskapen om hvilken tvang og makt som faktisk anvendes er høyst usikker. Det finnes ikke relevant domstolspraksis. Det finnes ikke tilgjengelig relevant forvaltningspraksis. Som vi kommer tilbake til er eksisterende hjemler for bruk av tvang og makt i skolen uklare.

1.4. Oversikt over utredningens innhold og utforming

I det neste kapitlet vil jeg presentere kasusene. Kapitlet er en framstilling av mulig praksis av bruk av tvang og makt i skolene. Kapitlet bygger dels på hva som blir fortalt fra skolene, og dels på hva som følger av de rettslige rammene.

I kapittel 2 undersøkes hva som menes med tvang og makt. I den sammenheng undersøkes også regelverkene for tvang og makt i helselovgivningen og i barnevernsinstitusjoner. Dette gir et sammenligningsgrunnlag for hvordan problemstillingen er løst på sammenlignbare områder.

I kapittel 0 utpensles rettslige rammer for bruk av tvang og makt i skolen. Her pekes det på ulike rettigheter med betydning for bruk av tvang og makt i skolen. Dette kapitlet har altså et rettighetsfokus. Kapitlet er i hovedsak ment å gi en oversikt over rammene. Fordi formålet er å klargjøre rammene går det i liten grad inn i kildene. Rammene i kapittel 0 bygger noe videre på den forskningen som er gjort i min ph.d. avhandling, der jeg har gått atskillig mer i dybden på rammene.

De færreste rettigheter er absolutte. Dette gjelder også rettighetene med betydning for tvang og makt i skolen. I kapittel 0 redegjøres det for hvordan det lovlig kan gripes inn i rettighetene som er beskrevet i kapittel 0. Drøftelsene og redegjøringene i både kapittel 0 og 0 gjøres på et overordnet nivå. Drøftelsene er ment å skulle gi oversikt og utgangspunkter. Drøftelsene er ikke ment å skulle behandle alle detaljer.

2. Kasus

2.1. Om kasusene

Spørsmålet i det følgende er hva slags type situasjoner det brukes tvang i skolen. For å kunne vurdere behovet for rettslige grunnlag må vi også vite når tvang brukes. Jeg har bare funnet fragmenter av kunnskap om faktisk anvendelse av tvang i skolen. For å vurdere behovet for hjemler må det fastslås hva slags intervensjoner som faktisk skjer i skolen. Basert på egen erfaring fra ulike roller i ulike institusjonstyper, systematisk gjennomgang av rettspraksis, litteratur og samtaler om tematikken med ulike aktører i skolen, har jeg utviklet noen kasus. Kasusene er typetilfeller der det antas at tvang brukes i skolen. Kasusene er altså ikke dokumentasjon på at slik tvang anvendes. Det er heller ikke anslag av omfanget av tvang.

2.2. Inngrep i bevegelsesfrihet / frihetsberøvelse

2.2.1. Nekte elever å være visse steder

Det første kasuset er der elever nektes å oppholde seg på nærmere bestemte steder. I utgangspunktet kan skoleeier, som eier, beslutte hvem som kan oppholde seg hvor i bygningene. Dette gjør at skoleeier i utgangspunktet kan nekte elever å oppholde seg på eksempelvis skolens kontorer, lager eller klasserom. Skolen har plikt til å gi elever opplæring. Som et neste utgangspunkt har eleven rettskrav på å oppholde seg der opplæringen skjer. Med hjemmel i ordensreglementet kan eleven utvises eller bortvises fra opplæringen. Jeg kan ikke se at det er rettslig problematisk at skolen kan nekte elever å være visse steder.

Problemstillingen med tanke på tvang er om beslutningen om å nekte eleven å være på nærmere bestemte steder kan gjennomføres med bruk av nødvendig fysisk tvang og makt. Dette kasuset kan ha to former:

1. Bruk av fysisk makt for å fjerne elever fra opplæringen.
2. Bruk av fysisk makt for å fjerne elever fra andre steder.

2.2.2. Pålegge elever å være visse steder

Inngrep i bevegelsesfriheten kan gjøres ved å nekte opphold visse steder eller ved å pålegge opphold visse steder. I utgangspunktet er det ene en begrensning i bevegelsesfriheten, mens det andre er frihetsberøvelse. Som nevnt overfor vil det være en glidende overgang mellom

variantene. Skoleplikten pålegger elever som et utgangspunkt å være der opplæringen skjer. En kan også tenke seg at en elev pålegges å oppholde seg et sted der det kan være tvilsomt om det skjer opplæring. Eksempelvis et grupperom med en ufaglært assistent uten adekvat undervisningsopplegg eller på rektors kontor. Dette gir to ulike varianter av kasuset:

1. Bruk av fysisk makt til å føre og holde elever der opplæringen skjer.

Bruk av fysisk makt til å føre og holde elever på steder der opplæring ikke skjer.

2.3. Inngrep i kroppslig integritet

2.3.1. Akutte nødvendige skadeavvergende tiltak

Det neste kasuset er skadeavvergende tiltak. Dette er bruk av nødvendig tvang for å forhindre skade. Det kan være snakk om selvskading, skade på medelever, på andre eller skade på eiendom. Skadeavvergende tiltak for å hindre skade på medelever konsumeres av kasuset om nødvendig tvang for å forhindre krenkelser. Dette kasuset vil omfatte tre former for akutte nødvendige skadeavvergende tvangstiltak:

1. Tvang og makt for å forhindre selvskading.
2. Tvang og makt for å forhindre skader på medelever.
3. Tvang og makt for å forhindre skader på andre enn elever.
4. Tvang og makt for å forhindre skade på eiendom.

2.3.2. Planlagte skadeavvergende tiltak

Det finnes situasjoner og elever der skolen kan og bør forutse at skadelige handlinger vil komme. Selv om situasjonene forutsees kan det kreve bruk av fysisk tvang og makt for å forhindre skade. Slik planlagt bruk av tvang og makt skiller seg prinsipielt fra tvangsbruk i akutte situasjoner. På samme måte som overfor kan det både være snakk om selvskading, skade på medelever, andre eller eiendom. Det er ikke gitt at planlagte tiltak for å hindre skade hos medelever konsumeres av kasuset om nødvendig tvang og makt for å forhindre krenkelser. Dette kasuset vil omfatte fire former for planlagte skadeavvergende tvangstiltak:

1. Planlagt tvang og makt for å forhindre selvskading.
2. Planlagt tvang og makt for å forhindre skade på medelever.
3. Planlagt tvang og makt for å forhindre skade på andre enn elever.
4. Planlagt tvang og makt for å forhindre skade på eiendom.

2.3.3. Tiltak som ikke er skadeavvergende

Det er lett å legitimere tvang og makt med skadeavvergende formål. Tvang og makt kan også anvendes med andre legitime formål. Som vi senere kommer tilbake til gir opplæringsloven elever rett til eksempelvis helse, trivsel og læring. Det kan tenkes bruk av fysisk tvang med slike formål.

2.4. Kausene oppsummert

Oppsummert gir dette følgende 13 ulike varianter av tvang og makt:

1. Bruk av fysisk makt for å fjerne elever fra opplæringen.
2. Bruk av fysisk makt for å fjerne elever fra andre steder.
3. Bruk av fysisk makt til å føre og holde elever der opplæringen skjer.
4. Bruk av fysisk makt til å føre og holde elever på steder der opplæring ikke skjer.
5. Tvang og makt for å forhindre selvskading.
6. Tvang og makt for å forhindre skader på medelever.
7. Tvang og makt for å forhindre skader på andre enn elever.
8. Tvang og makt for å forhindre skade på eiendom.
9. Planlagt tvang og makt for å forhindre selvskading.
10. Planlagt tvang og makt for å forhindre skade på medelever.
11. Planlagt tvang og makt for å forhindre skade på andre.
12. Planlagt tvang og makt for å forhindre skade på eiendom.
13. Tvang og makt uten skadeavvergende formål

3. Tvang og makt?

3.1. Hva er tvang og makt?

Djupedalutvalget har kun pekt på «*tvang*». Oppdraget fra departementet gjaldt «*tvang og makt*». Det er sentralt for utredningen hva som ligger i begrepene tvang og makt. Jeg vil derfor først forklare hva som menes med begrepene i denne utredningen. Opplæringsloven gir ingen definisjon av tvang og makt. Begrepene tvang og makt henger sammen, men det er likevel enkelte nyanser.

Begrepsparet tvang og makt ble innført ved den tidligere Sosialtjenestelovens kapittel 6A. Dette er nå videreført i Helse- og omsorgstjenesteloven §9-2. Opprinnelig skulle bare «*tvang*» hjemles, og skulle defineres som: «*tiltak som begrenser en persons valg-, handle- eller bevegelsesfrihet eller som påfører fysisk eller psykisk ubehag.*»¹⁷ En slik begrepsforståelse henger sammen med tvangsbegrepet i straffeloven. Der er tvang en betegnelse på at en må «*gjøre, tåle eller utholde noe*».¹⁸ Tvang kjennetegnes ved at autonomien eller selvbestemmelsesretten krenkes. Det avgjørende i tvang er selve viljeskrenkelsen.

Departementet ønsket å åpne for «*direkte inngrep for å stoppe brukernes handlinger, f.eks i forbindelse med skadeavverging.*»¹⁹ Fordi departementet var usikker på om dette var inkludert i tvangsbegrepet, ble begrepsparet tvang og makt brukt. *Makt* er betegnelsen på de fysiske virkemidlene som brukes for å gjennomføre viljeskrenkelsen. Det er ikke vanlig å bruke betegnelsen makt uten at det foreligger en viljeskrenkelse. Makt forstås her som en kvalifisert form for bruk av tvang.

Det er ulike grenser for autonomi og selvbestemmelse i helsetjenestene og i skolen. For videregående opplæring er det rettslige utgangspunktet nokså likt helsetjenestene: Pliktsubjektene må gi en ytelse som borgeren har rett til. Denne konstruksjonen er i utgangspunktet basert på at borgeren samtykker til de nærmere tiltakene.

Videregående skole og helsetjenestene har begge samtykke som grunnleggende rettsgrunnlag. Om en elev i videregående motsetter seg tiltak, plikter skolen i utgangspunktet å respektere elevens beslutning. I slike tilfeller kan rammene i regelverket betraktes som vilkår. Om motstanden mot tiltak settes på spissen, kan tiltakene stilles som vilkår for opplæringsretten. Skoleplassen kan da gjøres avhengig av tiltaket. Eleven må da velge mellom samtykke til

¹⁷ Ot.prp.nr. 58 (1994-95) s. 16.

¹⁸ Straffelovens § 251.

¹⁹ Ot.prp.nr. 58 (1994-95) s. 16.

tiltaket, eller oppgivelse av skoleplassen. Vilkårslæren vil da være den rettslige konstruksjonen som tillater tvang og makt. Det problematiske, som er temaet i utredningen, er spørsmålet om bruk av makt i skolen.

For grunnskolen blir dette noe annerledes. Opplæringsloven gir både plikt til grunnskoleopplæring, og nærmere rammeverk for innholdet av plikten. Det rettslige grunnlaget for opplæring er altså lov, og ikke samtykke. Noen slik lovpålagt plikt finnes ikke for helsetjenestene. Derfor kreves det større grad av samtykke i helsetjenestene enn i grunnskolen.

Slik jeg ser det er opplæringsplikten tilstrekkelig hjemmel for å tilsidesette muntlig motstand. Dette henger også sammen med at barn har noe mindre selvbestemmelsesrett enn voksne. For grunnskolen anses det rettslige rammeverket i utgangspunktet å gi hjemler for mindre inngripende *tvang*.

Dette krever noen presiseringer. For det første er ikke eksistensen av en hjemmel noen generalfullmakt for å utøve tvang og makt. Utøvelse av tvang og makt vil normalt kreve et vedtak eller en beslutning etter nærmere vilkår og rammer. For det andre er det et skille mellom den rettslige rammen, og hva som er klokt. Utøvelse av tvang vil normalt ha en menneskelig kostnad, dette gjør at tvang og makt bør unngås. Endelig gjelder hjemmelen mindre inngripende *tvang* og ikke *makt*. Der motstand mot et tiltak må overvinnes ved fysiske virkemidler vil det kreve et mer presist rettsgrunnlag.

3.2. Tvang og makt i helselovgivningen

3.2.1. Helsehjelp, sikkerhetstiltak og grunnleggende behov

Tvangshjemlene i pasient- og brukerrettighetsloven er begrenset til «helsehjelp». Helsehjelp er definert som «*handlinger som har forebyggende, diagnostisk, behandlende, helsebevarende, rehabiliterende eller pleie- og omsorgsformål, og som er utført av helsepersonell*».²⁰ Helsehjelp omfatter kun tiltak som har den aktuelle pasientens helse som formål. Det betyr at tiltak som gjøres av hensyn til tredjeperson; det være helsepersonell, medpasienter, pårørende eller andre, ikke regnes som helsehjelp.

De fleste tvangshjemlene i psykisk helsevernloven gjelder «psykisk helsevern», som i denne sammenheng langt på vei tilsvare «helsehjelp» etter pasient- og brukerrettighetsloven.²¹ Noen

²⁰ Pasient- og brukerrettighetslovens § 1-3c.

²¹ Se Psykisk helsevernloven § 1-2.

av tvangshjemlene har et sikkerhetsformål.²² Psykisk helsevernloven mangler både klare tvangsdefinisjoner, og grensedragninger mellom ulike tiltaks formål.

Helse- og omsorgstjenesteloven har i kapittel 9 hjemler for og regulering av bruk av tvang og makt mot personer med psykisk utviklingshemning. Tvang og makt kan anvendes i både akutte og planlagte nødssituasjoner. I tillegg «for å dekke brukerens eller pasientens grunnleggende behov for mat og drikke, påkledning, hvile, søvn, hygiene og personlig trygghet, herunder opplærings- og treningstiltak».²³ Denne listen vil i det følgende omtales som grunnleggende behov. Helsehjelp gis med hjemmel i pasient- og brukerrettighetsloven, og faller utenfor de grunnleggende behov og dette kapitlet i helse- og omsorgstjenesteloven.

3.2.2. Helse- og omsorgstjenestelovens § 9-2

Den eneste loven som definerer tvang og makt er helse- og omsorgstjenestelovens § 9-2. Bestemmelsen er gitt slik ordlyd:

«Som bruk av tvang eller makt etter reglene i kapitlet her regnes tiltak som brukeren eller pasienten motsetter seg, eller tiltak som er så inngripende at de uansett motstand må regnes som bruk av tvang eller makt.»

Hensikten med bestemmelsen er å gi psykisk utviklingshemmede rettssikkerhetsgarantier. Når noe etter bestemmelsen regnes som tvang og makt utløses rettssikkerhetsgarantier. Det er altså ikke automatisk forbudt å bruke tvang og makt. Det stilles krav til at rettssikkerheten skal ivaretas ved bruk av tvang og makt. Ved tolkningen av bestemmelsen er det derfor ikke avgjørende om et tiltak er forsvarlig, men om rettssikkerhetsgarantier bør utløses.

Effektivitet og ressursbruk er sentrale mothensyn til at rettssikkerhetsgarantier utløses. Rettssikkerhetsgarantiene kjennetegnes både ved krav til notoritet, prosedyrer og overprøving. Det går ikke nærmere inn på hvilke rettssikkerhetsgarantier som finnes eller bør finnes i verken skolen eller helsetjenestene. Rettssikkerhetsgarantiene har likevel som fellestrekk at de for tjenesteyteren utløser dokumentasjonsarbeid, og at det binder opp ressurser både hos tjenesteyter og tilsyns- og klageorgan.

²² Eksempelvis Psykisk helsevernloven § 4-8.

²³ Helse- og omsorgstjenesteloven §9-5 (3) c.

3.2.3. Terskler for tvang og makt

Etter bestemmelsen er det to terskler for at en intervensjon regnes som bruk av tvang eller makt. For det første regnes det som tvang eller makt der det gjøres motstand. Den andre terskelen i lovbestemmelsen «*tiltak som er så inngripende at de uansett motstand må regnes som bruk av tvang eller makt*».

Formuleringen i den første terskelen, «motsetter seg», har ingen formkrav. Etter ordlyden er det tilstrekkelig at det identifiseres motstand. Dette gjør at muntlig motstand vil være tilstrekkelig. Som føring sies det senere i bestemmelsen at «*[a]lminnelige oppfordringer...anses ikke som bruk av tvang eller makt.*» Det vil altså ikke være tvang om en person oppgir sin motstand på bakgrunn av alminnelige oppfordringer.

3.2.4. Tvang der motstand oppgis

Det er uklart hvor langt en alminnelig oppfordring kan strekke seg. En rolig samtale på brukerens premisser, der motstanden søkes å overvinnnes ved rasjonelle og rimelige argumenter går videre enn en alminnelig oppfordring. Det har likevel formodningen mot seg at motstand overvunnet slik fortsatt må anses som tvang og makt. Terskelen kan da bli noe uklar. Etter Pasient- og brukerrettighetsloven § 4A-3(1) følger det at motstand som overvinnnes ikke regnes som tvang. Ordningen der er altså motstand overvunnet med tillitsskapende tiltak og informasjon skal sees bort fra. Det er rimelig at overtalelse som overvinner muntlig motstand ikke skal regnes som tvang eller makt.

Så kan det videre spørres hvor grensene for slik overtalelse går. Utgangspunktet for helsehjelp etter Pasient- og brukerrettighetsloven er gyldig samtykke. For at samtykke skal være gyldig krever Pasient- og brukerrettighetslovens § 4-1(1) informasjon om helsetilstand og innholdet i helsehjelpen. Samtykke basert på løgn eller bevisst unnlattelse av informasjon vil være ugyldig. Dette setter en rimelig grense for hvordan muntlig motstand kan overvinnnes. Etter min oppfatning må en tilsvarende grense anvendes ved tiltak etter Helse- og omsorgstjenestelovens § 9-2.

3.2.5. Tvang og makt det ikke kan samtykkes til

Den andre terskelen i lovbestemmelsen «*tiltak som er så inngripende at de uansett motstand må regnes som bruk av tvang eller makt*». Personer i en særlig sårbar stilling har særlig behov

for rettssikkerhetsgarantier. Både psykisk utviklingshemmede, som bestemmelsen i Helse- og omsorgstjenesteloven § 9-2 retter seg mot, og barn anses som særlige sårbare personer. Selv om disse i utgangspunktet kan samtykke til tiltak, kan både samtykkekompetansen og grunnlaget for samtykket være tvilsomt.

Av den grunn gir lovteksten to føringer for hva som ligger utenfor rammen av hva det kan samtykkes til. For det første skal bruk av *«inngrepene varslingssystemer med tekniske innretninger skal alltid regnes som bruk av tvang eller makt»*. Bestemmelsen verner mot tilfeller der autonomi og integritet faktisk begrenses ved bruk av tekniske innretninger eller overvåkning. Faste og planlagte innretninger har ikke noe akutt eller nødpreg. Når slike tiltak alltid skal regnes som bruk av tvang og makt skyldes det nok på den ene side at de er konstante og situasjonsuavhengige. Det foreligger da ingen individuell vurdering av tiltaket. Videre er rettssikkerhetsgarantier ved slike tiltak noe som stort sett gjennomføres en gang. Dette gjør at rettssikkerhetsgarantiene blir lite ressurskrevende. Dette tilsier at slike tiltak må regnes som bruk av tvang og makt.

Problemstillingen med tanke på den andre føringen er hva slags tvang og makt det kan samtykkes til. Lovtekstens føring er formulert slik: *«...ledelse med hånden eller andre fysiske påvirkninger av liknende art anses ikke som bruk av tvang eller makt»*. For sammenhengens skyld må det legges til; «selv om det samtykkes». Dersom en må samtykke til tvang og makt, vil det ofte være tvilsomt om samtykket er reelt. Derfor må en generelt være varsom med samtykke til tvang og makt.²⁴ Samtidig kan ikke enhver fysisk påvirkning som en elev aksepteres anses som tvang. Grensene ved fysisk påvirkning er vanskelige. «Ledelse» innebærer en fysisk påvirkning som styrer retningen. Den fysiske maktbruken ved «ledelse» er ikke stor nok til å skape framdriften. Dersom en person ikke ønsker å bevege seg, vil det være bruk av tvang og makt å skape bevegelsen. Ved å stille krav til at framdriften skal komme fra brukeren, sikres både samtykke og det sikres at den fysiske påvirkningen skal være beskjeden.

3.3. Tvang og makt i barnevernsinstitusjoner

3.3.1. Barnevernlovens § 5-9 og rettighetsforskriften

Det rettslige grunnlaget for bruk av tvang og makt i barnevernsinstitusjoner er barnevernloven § 5-9. Bestemmelsen gir rettigheter, oppstiller forbud og utgjør en forskriftshjemmel. Som

²⁴ Se Storvik 2017 s. 136-141.

rettighetsbestemmelse har den liten betydning, da de nevnte rettighetene langt på vei følger av menneskerettslige forpliktelser. Pedagogisk kan de likevel ha en betydning ved at de gjør rettighetene tilgjengelig. Det forbys fysisk refselse, innlåsing og kommunikasjonskontroll. Kun forbudet mot fysisk refselse er et absolutt forbud.

Forskriftshjemmelen er benyttet til forskrift nr 1103 av 15.11.2011 om rettigheter og bruk av tvang under opphold i barnevernsinstitusjon. Forskriften oppstiller visse rettigheter, men viktigere er det at forskriften oppstiller tvangshjemler og saksbehandlingsregler. På tross av at forskriftens primære oppgave er å gi tvangshjemler kalles den rettighetsforskriften.

3.3.2. Lovlig, forbudt og vedtakspliktig tvang og makt

Rettighetsforskriftens § 13 har overskriften «Forbud mot bruk av tvang eller makt». Den er gitt slik ordlyd:

«Tvangsmedisinering, fysisk refsing, isolasjon, mekaniske tvangsmidler eller annen bruk av fysisk tvang eller makt er ikke tillatt verken i straffe-, behandlings- eller oppdragelsesøyemed. Mindre inngripende fysisk tvang eller makt, som for eksempel kortvarig fastholding eller bortvisning fra fellesrom, kan imidlertid anvendes når dette er åpenbart nødvendig som ledd i institusjonens ansvar for å gi forsvarlig omsorg eller av hensyn til trygghet og trivsel for alle på institusjonen.»

I tråd med overskriften forbyr bestemmelsen bruk av fysisk tvang og makt der formålet er straff, behandling eller oppdragelse. Samtidig tillates «mindre inngripende fysisk tvang eller makt» om formålet er «forsvarlig omsorg» eller «trygghet og trivsel» for andre.

Skillet mellom «fysisk tvang og makt» som er forbudt, og «mindre inngripende fysisk tvang og makt» som er lovlig, er ikke opplagt. Som eksempler på forbudt tvang og makt nevnes tvangsmedisinering, fysisk refsing, isolasjon og mekaniske tvangsmidler. Som eksempler på «mindre inngripende fysisk tvang og makt» nevnes kortvarig fastholding og bortvisning fra fellesrom.

Inngrepets styrke ved gjennomføring av «isolasjon» og «bortvisning fra fellesrom», vil avhenge av motstanden fra beboeren. Om en beboer fysisk motsetter seg «bortvisning fra fellesrom» vil den fysiske maktbruk være større enn der det kun gis muntlige protester mot «isolat». På samme måte kan nok det fysiske inngrepet ved «fysisk refsing» være likt inngrepet ved «kortvarig fastholding». Maktbruk gjennomført med stor styrke vil likevel vanskelig falle innenfor lovlig

maktbruk etter § 13. Ved mindre maktbruk vil inngrepets styrke alene være en lite egnet indikator for å skille mellom lovlig og ulovlig bruk av tvang og makt etter forskriften.

De forbudte intervensjonene har formål som straff, behandling eller oppdragelse. De tillatte intervensjonene har formål som omsorg, trygghet og trivsel. Inngrepets formål utgjør det primære skillet mellom lovlig og ulovlig, tvang og makt etter forskriftsteksten. Dersom det skjer kortvarig fastholding i oppdragelsesformål vil dette i barnevernsinstitusjoner være ulovlig. Dersom det samme gjøres i omsorgsformål vil det ikke være lovlig.

Forskriftens neste bestemmelse omhandler nødssituasjonene. Forskriftens § 14 tillater «nødvendig tvang» med skadeavvergende formål. På samme måte som etter § 13 er tiltakets formål, og ikke tiltakets styrke avgjørende for lovligheten.

Maktbruk med hjemmel i rettighetsforskriftens § 14 utløser rettssikkerhetsgarantier. Tiltak beskrevet i rettighetsforskriftens § 13 er enten lovlig eller forbudt. Sett i sammenheng gir bestemmelsene grunnlag til å dele bruk av makt i tre kategorier: Lovlig-, forbudt - og vedtakspliktig maktbruk. Dette vil også omtales som grønn, rød og gul maktbruk.

3.4. Oppsummering av sammenlignbare regelverk

I barnevernsinstitusjoner har vi sett at samme tiltak, eksempelvis fysisk fjerning av et barn fra fellesrom, vil kunne kategoriseres som lovlig (grønn), forbudt (rød) eller vedtakspliktig (gul). Den avgjørende faktoren som avgjør hvordan tiltaket skal kategoriseres er formålet til maktutøveren. Subjektive forhold hos den sterkeste part avgjør vanligvis om rettssikkerhetsgarantier utløses eller ikke.

Vekten på subjektive forhold er både en styrke og en svakhet ved regelverket i barnevernsinstitusjoner. Det muliggjør å løse praktiske situasjoner med klokskap. Det gjør også at de mange små daglige situasjonene kan løses uten å binde opp ressurser rettssikkerhetsgarantier. Svakheten er at det kan være vanskeligere å fange opp maktmisbruk.

Der noe kategoriseres som tvang og makt etter helse- og omsorgstjenesteloven er rettsvirkningen at rettssikkerhetsgarantier utløses. Dette er samme funksjonen når tiltak vurderes som nødssituasjon etter rettighetsforskriftens § 14. Tiltak som utløser rettssikkerhetsgarantiene er verken forbudt eller utelukket. At noe omfattes av definisjonen er som et gult flagg å regne; her må en være varsom fordi det er større mulighet for misbruk.

I en rettslig sammenheng er det interessant og relevant hvilke rettsvirkninger som utløses. Der kategorisering utløser rettsvirkninger, blir kategoriseringen interessant og relevant. Etter gjeldende rett har det ingen rettsvirkninger om tiltak i skolen defineres som tvang og makt. Etter gjeldende regelverk har kategoriseringen begrenset relevans i skolen. I spørsmålet om det er behov for rettslige grunnlag for bruk av tvang og makt, kan kategoriseringen ha noe for seg.

Barn som bor på barnevernsinstitusjon eller har psykisk utviklingshemning har også skoleplikt. De andre regelverkene sier noe om hvordan samfunnet møter de samme barna på andre arenaer. De uttrykker noe om hvilke vurderinger og behov som er gjort på andre områder. Det sier også noe om hvordan disse vanskelige situasjonene er løst på beslektede områder.

Jeg mener det er klokt å skille mellom grønn, rød og gul maktbruk. Det hevdes at det ofte er vikarer og nyansatte som må utøve maktbruk i skole, helseinstitusjoner og barnevernsinstitusjoner. Dersom dette medfører riktighet er personalet som utøver maktbruken minst skikket til både forsvarlig skjønnsutøvelse og rettslig kategorisering. Dette øker barns risiko for å bli utsatt for misbruk. For å verne om barn bør området som utløser rettssikkerhetsgarantier ikke være for beskjedent. I tillegg bør det sikres at det ikke kun er subjektive faktorer som utløser rettssikkerhetsgarantier.

Helse- og omsorgstjenesteloven gir bare vedtakskompetanse til det aktuelle personalet for nødssituasjoner. For alle planlagte vedtak, der hovedvekten av vedtakene bør ligge, er vedtaksansvarlig den som har overordnet faglig ansvar for tjenesten. Dette gjør at en kan planlegge bruk av tvang og makt, og underlegge dette rettssikkerhetsgarantier. Dette gjør også beslutninger om maktbruk i større grad foretas av kompetent personell.

4. Rettslige rammer for bruk av makt i skolen

4.1. Noen metodiske betraktninger

Ved rettsanvendelse undersøkes vanligvis om vilkårene i en bestemmelse er oppfylt. I denne utredningen er ikke spørsmålet om visse vilkår i en lovbestemmelse er tilfredsstilt. Spørsmålet er om det er behov for rettslig grunnlag for bruk av tvang og makt i skolen. Utgangspunktet for drøftelsen er at det ikke er opplagt at opplæringslovens bestemmelser tilfredsstiller behovet. De relevante bestemmelsene vil drøftes og tolkes senere i utredningen. Overordnede rettslige prinsipper og forpliktelser vil utgjøre rammer for tolkningen som senere skal gjøres. I det følgende vil disse overordnede prinsipper og rammer redegjøres for.

Utleggingen av de rettslige rammene tar ikke sikte på å gå inn i detaljene i de ulike rettskildene. I denne sammenheng er det stort sett tilstrekkelig å peke på kildene og hvilke rammer de setter.

4.2. Staten som pliktsubjekt for grunnloven og menneskerettsloven

Etter Grunnlovsreformen i 2014 ble Grunnloven tillagt et eget menneskerettskapittel. Utgangspunktet er Grunnlovens § 92 som er gitt slik ordlyd:

«Statens myndigheter skal respektere og sikre menneskerettighetene slik de er nedfelt i denne grunnlov og i for Norge bindende traktater om menneskerettigheter.»

Bestemmelsen pålegger «Statens myndigheter» en særlig forpliktelse til å respektere og sikre menneskerettighetene. Skolen er i hovedsak eid av kommuner, og er derfor ikke et statlig organ eller statens myndigheter. Skolen og kommunene er derfor ikke pliktsubjekter for menneskerettighetene.²⁵ Fordi kommunene ikke er pliktsubjekter for menneskerettighetene har statens myndigheter en særlig forpliktelse til å sikre rettslige rammer som gjør at menneskerettighetene følges.

Selv om kommunene eller skoleeier ikke plikter å respektere og sikre menneskerettighetene etter Grunnloven og traktatene vil disse likevel kunne ha selvstendig betydning, og være tolkningsfaktorer. Særlig relevant er menneskerettslovens som inkorporerer en rekke menneskerettskonvensjoner. Lovens § 2 opplister hvilke konvensjoner som skal gjelde som norsk lov. Lovens § 3 sier at konvensjonene ved motstrid skal gå foran norsk lov. Dette gjør at

²⁵ Se Michael Reiertsens, «EMK og kommunene i Lov og Rett 07 / 2015.

kommunen plikter å anvende reglene i menneskerettskonvensjonene som norsk lov. Som vi kommer tilbake til løser ikke menneskerettsloven opp i problemene som kan oppstå.

4.3. Integritetsvernet etter EMK

Barn har en iboende integritet som følge av deres menneskeverd, og barn har rett til vern om sin integritet.²⁶ I min ph.d. avhandling skrev jeg om hvordan ulike bestemmelser i EMK oppstilte vern av kroppslig integritet, bevegelsesfrihet, privatliv og diskriminering.²⁷ Problemstillinger om diskriminering tas ikke opp her.²⁸ I denne sammenheng finner jeg det tilstrekkelig å peke på at disse fire typene integritet er underlagt et grunnleggende og prinsipielt vern gjennom både Grunnloven og EMK.

Både kroppslig integritet og privatliv er vernet av EMK artikkel 3 og 8. Artikkel 3 verner om alvorlige inngrep, mens artikkel 8 verner om inngrep som ikke er alvorlige. Der et tiltak griper inn i det vernede gode etter noen av artiklene utløses krav til rettssikkerhetsgarantier. De nærmere kravene til rettssikkerhetsgarantiene behandles senere. Poenget her er å si noe om hvor terskelen ligger for at rettssikkerhetsgarantiene skal utløses. Det relevante er derfor innslagspunktet etter EMK artikkel 8.

EMK artikkel 8 verner om fire interesser; privatliv, hjem, familieliv og korrespondanse. Av disse er privatliv mest interessant. Spørsmålet er da hvor terskelen ligger for at et tiltak i skolen skal anses å gripe inn i privatlivet. Den nærmere inngrepsterskel følger av domstolens praksis. For artikkel 8 er vanligvis problemet om vilkårene for inngrep er oppfylt. Spørsmålet om innslagspunktet for rettssikkerhetsgarantiene er mer uvanlig. Jeg har ikke funnet noen saker som direkte omhandler innslagspunktet i skolen. Terskelen må derfor utledes generelt av EMDs praksis.

Begrepet privatliv må forstås bredt, og er ikke underlagt noen uttømmende definisjon.²⁹ EMD har likevel uttalt at begrepet omfatter «*the physical and psychological integrity of a person*».³⁰ Psykiske inngrep i privatlivet anses som bruk av tvang, og anses å ligge utenfor tematikken i

²⁶ Randi Sigurdson, «*Tvangsplassering og tilbakehold av barn med utfordrende atferd – En sammenligning av regler i barnevernloven, helse- og omsorgstjenesteloven og psykisk helsevern loven*», Tromsø 2013 (disputasutgave) s. 58.

²⁷ Marius Storvik, «*Rettslig vern av pasienters integritet i psykisk helsevern*», Tromsø 2017, s. 142-232.

²⁸ Det gjelder også særlige problemstillinger om aldersdiskriminering av barn.

²⁹ Se eksempelvis Peck mot Storbritannia, søker 44647/98, dom av 28.01.03, avsnitt 57.

³⁰ Se eksempelvis Y.F. mot Tyrkia, søker 24209/94, dom av 22.07.03, avsnitt 33 og X mot Østerrike, søker 8278/78, 13.12.79.

156, Kommisjonsavgjørelse.

denne utredningen. Om de fysiske intervensjonene uttales det i Y.F. mot Tyrkia at «*a person's body concerns the most intimate aspects of private life*». ³¹ Videre presiseres det i Storck mot Tyskland at «*even a minor interference with the physical integrity of an individual must be regarded as an interference with the right to respect for private life under Article 8 if it is carried out against the individual's will*». ³² Det antydes her at terskelen for inngrep er satt svært lavt. I andre avgjørelser pekes det på at handlinger som griper inn i privatlivet må overstige en minimumsterskel av alvorlighet for å regnes som inngrep. ³³

Det er vanskelig å peke på den nedre terskelen for inngrep i privatliv ved fysiske intervensjoner. Jeg finner at henvisningen til viljen i Storck mot Tyskland kan fungere som en retningslinje. Det vil være et noe større handlingsrom der viljeskrenkelse unngås. Om vi sammenligner med Helse- og omsorgstjenestelovens system vil mindre inngrep som ledelse med hånden, ikke regnes som tvang dersom en unngår viljeskrenkelsen. Etter min vurdering framstår en slik terskel også som rimelig ved vurderingen etter EMK. Dersom en unngår viljeskrenkelse kan mindre inngripende fysisk tvang gjennomføres uten hjemmel, uten at det vil regnes som et inngrep i privatlivet etter EMK artikkel 8. Jeg legger derfor til grunn at den nedre terskelen for inngrep er lik mellom Helse- og omsorgstjenesteloven § 9-2 og EMK artikkel 8.

Retten til bevegelsesfrihet er også en del av integritetsvernet. Det primære vernet av bevegelsesfriheten er gitt gjennom forbudet mot vilkårlig frihetsberøvelse i EMK artikkel 5. Det andre alternativet er tilleggsprotokoll 4 artikkel 2 (P4-2). Enhver frihetsberøvelse vil også være inngrep i bevegelsesfriheten, derfor sammenfaller tersklene noe.

Inngrep i bevegelsesfriheten krever etter P4-2 hjemmel i lov for å rettfærdiggjøres. Tematikken her er når lovskravet utløses. En kunne derfor tenkt seg at det var tilstrekkelig å undersøke inngrepsterskelen etter P4-2. ³⁴ Det må imidlertid antas at Opplæringslovens opplæringsplikt hjemler alminnelige begrensninger i bevegelsesfriheten. På samme måte må det også legges til grunn at elever i videregående har samtykket til alminnelige begrensninger i bevegelsesfriheten. Den nedre terskelen for inngrep i bevegelsesfriheten vurderes derfor å ikke være relevant. Det relevante er den nedre terskelen for frihetsberøvelse etter EMK artikkel 5.

³¹ Se eksempelvis Y.F. mot Tyrkia, søker 24209/94, dom av 22.07.03, avsnitt 33 og X mot Østerrike, søker 8278/78, 13.12.79.

156, Kommisjonsavgjørelse.

³² Storck mot Tyskland, søker 61603/00, dom av 16.06.2005, avsnitt 143.

³³ Se eksempelvis Bensaid mot Storbritannia, søker 44599/98, dom av 06.02.2001, avsnitt 46.

³⁴ Om forholdet mellom EMK artikkel 5 og P4-2, se Storvik 2017 s. 183-184.

I Austin mot Storbritannia oppstiller EMD rettsregelen for den nedre terskelen for inngrep i EMK artikkel 5. Domstolen skriver: «...the starting-point must be his concrete situation and account must be taken of a whole range of criteria such as the type, duration, effects and manner of implementation of the measure in question.»³⁵ Vurderingstemaet som anføres er avviket mellom to situasjoner. Det skal altså tas utgangspunkt i situasjonen som ikke er frihetsberøvelse, og så skal det vurderes om endringen gjør at det må anses å være frihetsberøvelse.

I min ph.d. avhandling fant jeg flere eksempler på frihetsberøvelse med varighet på under 40 minutter, uten at borgeren hadde gjort motstand og uten bruk av låste dører.³⁶ Avgjørende er en konkret helhetsvurdering der det ikke er mulig å peke på enkeltfaktorer.³⁷ Det vil ikke være tilstrekkelig om en elev må oppholde seg i et eget rom, atskilt fra andre elever i 45 minutter. Dersom dette gjøres med pønalt formål, har negative effekter på barnet og implementeres uheldig, vil det nok være frihetsberøvelse. Fordi det må bero på en helhetsvurdering, er det ikke mulig å dra opp generelle linjer for hvilken praksis som kan aksepteres.

Staten har både positive og negative forpliktelser for å ivareta menneskerettighetene. De negative forpliktelsene medfører at staten har et forbud mot å selv gripe inn i de vernede goder. De positive forpliktelsene medfører at staten har en plikt til å hindre at andre griper inn i de vernede goder. Den negative forpliktelsen er alltid sterkest. Den positive forpliktelsen vil variere etter hvilken rettighet det er snakk om, og hvilke tiltak det er rimelig at staten kunne tatt for å verne borgeren.

4.4. Særlige rettigheter for barn

Barnekonvensjonen oppstiller en rekke særlige rettigheter for barn. Det viktigste er at konvensjonen oppstiller et krav til å ta et barneperspektiv. Det gjøres ved at de særlige forhold ved barn kreves vurdert ved ulike intervensjoner som dreier seg om barn. Kanskje mest

³⁵ Austin mfl. mot Storbritannia, søker 39692/09, dom av 15.03.2012 (Grand Chamber), avsnitt 57.

³⁶ Se Storvik 2017 s. 191-196.

³⁷ For nærmere undersøkelser om avgjørelser som berører ulike enkeltfaktorer se blant annet: H.L. mot Storbritannia søker 45508/99, dom av 5. oktober 2004, Austin mfl. mot Storbritannia, søker 39692/09, dom av 15.03.2012 (Grand Chamber), Ashingdane mot Storbritannia, søker 8225/78, dom av 28. mai 1985, Storck mot Tyskland, søker 61603/00, dom av 16.09.2005, Shimovolos mot Russland, søker 30194/09, dom av 21.06.2011, Novotka mot Slovakia, søker 47244/99, dom av 04.11.2003, Witold Litwa mot Polen, søker 26629/95, dom av 04.04.2000, Ulisei Grosu mot Romania, søker 60113/12, dom av 22.03.2016, Ümit Bilgiç mot Tyrkia, søker 22398/05, dom av 03.09.2013, Gillan og Quinton mot Storbritannia, søker 4158/05, dom av 12.01.2010, Bollan mot Storbritannia, søker 42117/98, dom av 04.05.2000, Guzzardi mot Italia, søker 7367/76, dom av 06.11.1980 og Freimanis og Lidums mot Lativa, søkere 73443/01 og 74860/01, dom av 09.02.2006.

grunnleggende er kravet om hensynet til barnets beste skal vurderes ved alle beslutninger som berører barn. Konvensjonen oppstiller flere andre rettigheter som beskyttelse mot vold, vern av utviklingshemmede, høyest oppnåelig levestandard og disiplin i tråd med menneskeverdet.

Både Barnekonvensjonen, Grunnloven og EMK har bestemmelser om rett til utdanning.³⁸ Retten er konkretisert med noe ulikt innhold. Grunnloven gir rett til grunnleggende opplæring, og stiller krav til at opplæringen skal ivareta den enkeltes evner og behov. Videre stilles det kvalitative krav til innholdet i opplæringen. Retten til utdanning er lovhjemlet gjennom Opplæringslovens §§ 2-1 og 3-1.

I denne sammenheng er det viktigste poenget med retten til utdanning selve retten. Dette betyr at barn, uavhengig av om de utøver vold eller utsettes for vold har krav på opplæring. Dette gjør at det ikke er et alternativ å nekte barn opplæring.³⁹

4.5. Særlige rammer i opplæringsloven

4.5.1. Forbudet mot fysisk refselse

Opplæringslovens § 9-10 forbyr fysisk refsing. Dersom bestemmelsen forstås som et generelt forbud mot bruk av makt i skolen, vil bestemmelsen være en særlig skranke som hindrer at maktbruk kan rettferdiggjøres. Flere lærere jeg har pratet med, har forstått bestemmelsen som et forbud mot all maktbruk. Deres tolkning setter begrensninger for hvor langt lærere kan gå i å gripe inn i situasjoner etter Opplæringslovens § 9A-4. Spørsmålet i det følgende er hvordan bestemmelsen skal forstås, og hvilke skranker den setter.

Forarbeidene gir ingen klar definisjon av refselse. Likevel settes det inn i en kontekst av disiplinærtiltak.⁴⁰ Det pekes også på sammenhengen med strafferettslige reaksjoner.⁴¹ Det synes som leksikaldefinisjonen av refsing samsvarer med forarbeidenes forståelse: «*Strafflignende reaksjon som, uansett om den blir foretatt av en offentlig myndighet, rettslig sett ikke er straff og ikke forutsetter rettergang og dom*».⁴² Fordi det er en strafflignende reaksjon er det relevant å sammenligne det med straff. Etter den alminnelige definisjonen er

³⁸ Grunnlovens § 109, Barnekonvensjonens artikkel 28 og EMK P1-2.

³⁹ Når dette er sagt viser Ali mot Storbritannia, søker 40385/06, avvisningsavgjørelse av 11.01.2011, at heller ikke retten til utdanning er absolutt. Saken er en av få saker for EMD om skolen. Saken dreide seg om utvisning fra skolen.

⁴⁰ Se eksempelvis Prop. 57 L (2016-2017) s. 84.

⁴¹ Se NOU 1995: 18 punkt 30.3.1.1.

⁴² <https://snl.no/refselse> sist sjekket 15.01.18.

straff *«et onde som staten påfører en lovovertreder på grunn av lovovertrædelsen i den hensikt at det skal føles som et onde».*

Om dette parafraseres vil en ende med at hensikten med refselse er at den føles som et onde. Det er moralsk problematisk å påføre barn onder med hensikt. Det sentrale med refselse er de disiplinære og preventive effektene, og ikke at det føles som et onde. Samtidig synes det å være akseptert at refselse *kan* føles som et onde.⁴³ Slik jeg forstår refseselsbegrepet kan det parafraseres slik: *«refsing er et onde som skolen påfører en elev på grunn av elevens atferd i den hensikt at det skal disiplinere».*

Som disiplinærtiltak er det avgjørende at refsing blir gjennomført med en disiplinær hensikt. Onder som skolen påfører en elev på grunn av atferden, uten at hensikten er disiplinerende vil følgelig ikke være refsing. Formålet med intervensjonen vil altså være sentralt.

Vi kan tenke oss at en lærer bruker fysisk maktbruk for å hindre en voldssituasjon i skolegården. Maktbruken kan oppleves som et onde for eleven. Maktbruken vil også være en reaksjon på elevens atferd. Formålet med maktbruken vil være å stanse voldssituasjonen. Formålet er ikke å disiplinere eller oppdra eleven. Maktbruken vil ikke ha et oppdragersk formål. Formålet er å hindre vold. Slik maktbruk skiller seg fra refselse fordi den ikke er et planlagt disiplinærtiltak.

Dette gjør at forbudet mot fysisk refselse kun setter begrensninger på hvilke disiplinærtiltak som kan benyttes. Bestemmelsen utgjør derfor ingen generell skranke mot bruk av makt i skolen.

4.5.2. Rett til trygt og godt skolemiljø som fremmer helse, trivsel og læring

Gjennom flere omganger med lovendringer har Opplæringslova kapittel 9A om elevers skolemiljø blitt tilføyd. Bestemmelsene skal på ulike måter sikre at skolemiljøet fremmer helse, trivsel og læring. Dette gjøres gjennom at det gis rettigheter både for fysisk og for psykososialt skolemiljø.

Grunnprinsippet slås fast i § 9 A-2 som er gitt slik ordlyd: *«Alle elever har rett til eit trygt og godt skolemiljø som fremjar helse, trivsel og læring.»* Bestemmelsen er konkretisert og operasjonalisert gjennom andre bestemmelser i kapitlet.

⁴³ Videre spørsmål om straffens hensikt går vi ikke inn på her.

I denne sammenhengen er det ikke nødvendig å gå inn på hva som ligger i kravet til skolemiljø. Det er tilstrekkelig å peke på at elevene har rett til slikt skolemiljø. I denne sammenheng betyr det at skolen har en lovfestet forpliktelse til å iverksette tiltak dersom skolemiljøet trues. Mer konkret betyr det at skolen også må ha hjemler for å sikre skolemiljøet.

5. Rettferdiggjørelse av rettighetsinngripende tiltak

5.1. Hvordan skal kollisjoner mellom rettigheter løses?

Som vi har sett er barn i skolen gitt ulike rettigheter. Noen ganger kan rettighetene kollidere. Spørsmålet i det følgende er hvordan vi skal løse konflikten mellom kolliderende rettigheter. Et typisk eksempel fra skolen er at en gutt plager en jente, og læreren så fjerner gutten fra situasjonen. Eksemplet kan gjøres mer eller mindre alvorlig, det kan også vris og tilpasses ulike konvensjonsbestemmelser. I neste kapittel skal vi komme tilbake til ulike kasus. Eksemplet er kun viktig for å illustrere rettighetskollisjonen, og hvordan denne prinsipielt kan løses.

I eksemplet griper guttens handling inn i jentas privatliv. Etter nærmere vilkår kan staten ha en positiv forpliktelse til å hindre guttens handling. Intervensjonen, å fjerne gutten fra situasjonen, griper også inn i guttens privatliv. Staten har en negativ forpliktelse til å ikke gripe inn i guttens privatliv. Det vil altså være situasjoner der både passivitet og aktivitet vil gripe inn i vernede rettigheter. Det vil være en kollisjon mellom rettigheter.

Rettighetene er ikke absolutte. De ulike rettighetene kan, etter nærmere vilkår begrenses. Dersom vilkårene for begrensnig i rettighetene ikke oppfylles, vil begrensninger eller intervensjoner i rettigheter, være rettighetskrenkelser. At staten *kunne* rettferdiggjort en intervensjon, er irrelevant så lenge intervensjonen ikke er rettferdiggjort. Rettferdiggjøringen av rettighetskollisjonen må også balansere de ulike rettighetene. Rettighetskollisjonen vil derfor bli løst gjennom rettferdiggjørelsesprosessen.

5.2. Rettferdiggjøring av rettighetsinngrep.

Det finnes absolutte og relative vilkår for at rettighetene skal kunne rettferdiggjøres. Det finnes vilkår av materiell og prosessuell art. Det mest grunnleggende vilkåret er lovkravet. Problemstillingen i denne utredningen er behovet for rettslige grunnlag, dette gjør at lovkravet er tematikken og fokuset i det følgende. Fordi det kan være snakk om en viss sammenheng mellom de ulike vilkårene vil jeg kort redegjøre for disse.

Jeg har identifisert relevante vilkår som må være tilfredsstillt for at inngrep i elevs integritet i skolen skal rettferdiggjøres. Listen er ikke uttømmende. Den viktigste avgrensningen er at saksbehandlingsregler ikke behandles. I denne sammenhengen vurderer jeg hensynet til barnets beste å være en saksbehandlingsregel. Vilråene her mener jeg kan leses av både grunnloven, menneskerettsloven, og opplæringsloven.

5.3. Vilkårene for rettferdiggjøring av rettighetsinngrep

5.3.1. Inngrep krever hjemmel i lov

Legalitetsprinsippet har i ulike varianter og styrker vært sentralt i vår konstitusjon etter 1814. Først ble det strafferettslige legalitetsprinsippet grunnlovsfestet i § 96. Dette oppstiller et lovkrav for straff, og er i utgangspunktet ikke relevant i vår sammenheng. Etter hvert ble det utviklet et alminnelig legalitetsprinsipp. Dette har fått sin foreløpig endelige form gjennom Grunnlovens § 113: «*Myndighetenes inngrep overfor den enkelte må ha grunnlag i lov.*» Det er verdt å merke seg at det er ulike legalitetsprinsipp på strafferettens og forvaltningsrettens område. Dette vil jeg også komme tilbake til senere når spørsmålet om rekkevidden av nødrett skal behandles. I det følgende behandles det alminnelige legalitetsprinsippet.

Legalitetsprinsippet er grunnlaget for forståelsen av rettsstaten.⁴⁴ Formålet med § 113 var å «synliggjøre prinsippet og samtidig vise at det fungerer som en reell skranke for makthavernes myndighetsutøvelse».⁴⁵ Etter Grunnlovsendringen har Høyesterett behandlet flere saker om legalitetsprinsippet i saker om sikring av bevis. Spørsmål om bevissikring er regulert av det alminnelige legalitetsprinsippet, og ikke det strafferettslige legalitetsprinsippet. Høyesteretts uttalelser har derfor betydning utenfor strafferetten. I den første saken etter Grunnlovsendringen oppsummeres begrunnelsen for legalitetsprinsippet slik:

«Lovkravet fremmer forutberegnelighet og legger til rette for at den enkelte kan treffe rasjonelle valg. Det motvirker vilkårlighet og usaklig forskjellsbehandling, jf. også Grunnloven § 98 første ledd som slår fast at «[a]lle er like for loven». Lovkravet støtter Stortingets lovgiverfunksjon etter Grunnloven § 75 [bokstav] a og den demokratiske ideen som ligger bak ordningen med at lovgivningskompetansen er hos en folkevalgt nasjonalforsamling: Den utøvende makt kan ikke gå lenger i sin maktbruk overfor borgerne enn det fullmaktene fra lovgiver gir grunnlag for.»⁴⁶

Etter å ha gitt denne begrunnelsen for legalitetsprinsippet går førstevoterende så over til det konkrete hjemmelskravet. Saken gjaldt oppbevaring av materiale fra kommunikasjonskontroll. Førstevoterende Bårdsen uttaler:

«For å gi en slik hjemmel som Grunnloven og menneskerettskonvensjonene krever, holder det ikke at loven er formelt sett i orden, og at den etter alminnelige tolkningsprinsipper gir grunnlag

⁴⁴ Innst. 186 S (2013-2014) s. 31.

⁴⁵ Dok.nr. 16 (2011-2012) s. 248.

⁴⁶ Rt. 2014 s. 1105 avsnitt 26.

for lagringen. Det gjelder også kvalitative krav: Loven må være tilgjengelig og så presis som forholdene tillater. Den må dessuten - i lys av den forhøyede risikoen for misbruk og vilkårlighet som erfaringsmessig kan foreligge når myndigheter tillates å operere i hemmelighet - gi rimelige garantier knyttet til blant annet formen for lagring, bruken av materialet, mulighetene for innsyn, sikkerhet og sletting.»⁴⁷

Det oppstilles et strengere hjemmelskrav her enn i Rt. 2010 s. 612 (Tvangsvask), der dommer Bårdsen igjen var førstevoterende. Noe av årsaken til det strengere hjemmelskravet, er at resultatet kan anvendes som bevis i en straffesak. Det kan ikke være hele begrunnelsen; dels fordi begrunnelsen bygger på en prinsipiell framstilling av legalitetsprinsippet og dels fordi de særlige straffeprosessuelle hensyn løftes ut av avgjørelsen. Denne avgjørelsens tolkning av legalitetsprinsippet har også senere blitt vist til i avgjørelser utenfor strafferettens område.⁴⁸

Basert på denne gjennomgangen må det konkluderes med at lovskravet har blitt innskjerpet etter Grunnlovsrevisjonen i 2014. Det har på ulike forvaltningsområder vært en aksept for inngrep som har vært forsvarlige og faglig begrunnet. Det må antas at dette også gjelder i skolen. Basert på gjennomgangen overfor kan dette neppe være tilstrekkelig rettslig grunnlag. Dersom myndighetene må gjøre inngrep overfor den enkelte, må også myndighetene skaffe seg tilstrekkelig hjemmel.

5.3.2. Nødvendighet og proporsjonalitetskravet

Når lovkravet er oppfylt, oppstiller menneskerettighetene krav til at inngrepene er nødvendige og i tråd med lovens formål. Dette kan også formuleres som krav til proporsjonalitet. I forvaltningsretten er det omstridt om det finnes et generelt krav til proporsjonalitet. Som vist overfor vil maktbruk være inngrep i integriteten som er vernet av menneskerettighetene. De ulike menneskerettighetsbestemmelsene oppstiller spesielle krav til proporsjonalitet. Proporsjonalitetskravet kan dels leses ut av domstolens praksis, og dels direkte av konvensjonstekstene. Det menneskerettslige proporsjonalitetskravet må derfor oppstilles som et spesifikt krav ved inngrep i goder vernet av menneskerettighetene.

⁴⁷ Rt. 2014 s. 1105 avsnitt 30. Uttalelsen er senere gjentatt i HR-2016-1833-A avsnitt 15 og i HR-2018-105-A avsnitt 22. Alle avgjørelsen omhandler straffeprosessuelle bevissspørsmål.

⁴⁸ Rt. 2015 s. 93 på avsnitt 60 og HR-2016-01286-A avsnitt 25.

Så kan det spørres hvor langt proporsjonalitetskravet strekker seg. EMD har i flere saker forbeholdt seg retten til å ikke derogere den endelige klassifikasjonen av umenneskelig eller nedverdiggende.⁴⁹ Dette er altså en sikkerhetsventil for domstolen.

Dersom legitim fysisk maktbruk møtes med fysisk maktbruk, må ofte den legitime maktbruken enten øke eller stanse. Proporsjonalitetsprinsippet legitimerer at styrken i den legitime maktbruken kan øke. En risikerer da en eskalerende fysisk maktbruk begrunnet i proporsjonalitet. Det er nok i slike tilfeller det kan være aktuelt med derogasjon av proporsjonalitetsprinsippet; at maktbruken kan overstige det som uansett er akseptabelt.

5.3.3. Diskrimineringsforbudet

I tillegg til disse kravene finnes det andre vilkår for rettighetsinngripende tiltak som bare unntaksvis gjør seg gjeldende. Et eksempel på dette er diskrimineringsforbudet som både er solid hjemlet i norsk rett og gjennom EMK. Det kan være snakk om ulike terskler og ulikt innhold mellom de ulike bestemmelsene om diskriminering. Som en felles kjerne er forskjellsbehandling av en person eller gruppe som tilhører en utsatt gruppe uten at forskjellsbehandlingen kan rettfærdiggjøres.

Elevene som kan være særlig utsatt for tvang og makt i skolen vil ofte være elever som kan identifiseres som en eller annen utsatt gruppe. Der disse elevene utsettes for tvang og makt fordi de tilhører gruppen, og ikke på grunn av atferden eller situasjonene, vil dette kunne være diskriminering. I praksis vil nok problemstillingen være relevant, men fra et lovgivningsperspektiv vil det være vanskelig å korrigere for dette.

⁴⁹ Se eksempelvis *Herczegfalvy mot Østerrike*, søker 10533/83, dom av 24.09.92, avsnitt 82.

6. Inngrepshjemler

6.1. Mulige inngrepshjemler

I kapittel 2 har jeg redegjort for kausene. I de andre kapitlene er de rettslige rammene for kausene fastlagt. Likevel er relevante inngrepshjemler så langt ikke behandlet. I dette kapitlet vil jeg forsøke å oppsummere gjeldende rett med tanke på inngrepshjemlene.

I det følgende vil alle de aktuelle hjemlene jeg har funnet behandles. Dette er Opplæringslova §§ 9A-4 og 9A-10. I tillegg vil henholdsvis nødrett og nødverge kort behandles.

6.2. Opplæringslova § 9A-4 - Gripe inn

Opplæringslova § 9A-4 er gitt slik ordlyd:

«Alle som arbeider på skolen, skal følge med på om elevane har eit trygt og godt skolemiljø, og gripe inn mot krenking som mobbing, vald, diskriminering og trakassering dersom det er mogleg.»

Pliktsubjektene etter bestemmelsen er alle som arbeider på skolen. Dette omfatter både renholdere og lærere. Pliktsubjektene pålegges to ulike plikter; å følge med og gripe inn. At de skal følge med innebærer en aktivitetsplikt. Aktivitetsplikten kan altså ikke unnskyldes fordi de ikke har sett.

Aktivitetsplikten er gitt gjennom formuleringen «gripe inn». Før 1. august 2017 skulle personalet selv gripe inn dersom det var nødvendig og mulig. Ved lovendringen fra 1. august 2017 ble disse forbeholdene tatt bort.⁵⁰ Etter dette er det en plikt til å gripe inn.

Plikten er knyttet til krenkelser som den ansatte selv er vitne til og som pågår.⁵¹ Som eksempel nevner forarbeidene å bryte opp en slåsskamp eller stanse annen fysisk krenkelse. Både basert på ordlyden og forarbeidene er det klart at Opplæringslova § 9A-4 er en hjemmel for bruk av tvang og makt.

Forarbeidene peker på at plikten likevel begrenses av hva som er mulig å gjennomføre, at den ansatte selv krenker elever, fare for skade eller straffbare situasjoner. Det er altså en flytende grense av hva som er mulig, og hva som er nødvendig som setter grensene. Jeg kan ikke se at

⁵⁰ Prop 57 L (2016-2017) s. 76.

⁵¹ Prop 57 L (2016-2017) s. 76.

bestemmelsen er problematisk i forhold til det jeg har skrevet overfor om både de rettslige rammene og i forhold til rettferdiggjørelsen av rettighetsinngripende tiltak.

Bestemmelsens viktigste begrensninger at den er begrenset til tvang og makt som har som formål å hindre krenkelser. Bestemmelsen pålegger skolens ansatte å gripe inn mot «*krenking som mobbing, vald, diskriminering og trakassering*». Felles for disse krenkelsene er at det er atferd som retter seg mot en eller flere elever. Dette gjør at bestemmelsen passer på de tilfeller der en elev krenker medelev(er) på en slik måte at det omfattes av bestemmelsen.⁵²

Dersom det er snakk om nødvendig tvang og makt med formål å sikre elevers lovfestede rett til helse, trivsel og læring, uten at det er risiko for krenkelser, vil dette falle utenfor bestemmelsen. Formålet med intervensjonen vil altså avgjøre om den omfattes av bestemmelsen. Hjemmelen kan ikke benyttes til å oppfylle lovkravet om å sikre skolemiljø, så lenge det ikke omfatter å gripe inn mot krenkelser.

Elevers helse, trivsel og læring kan trues av medelever, uten at det er risiko for krenkelser. Det kan tenkes at en elev vedvarende hyler høyt i en skoletime. Det kan tenkes at en elev kaster egne og medelevers skolesaker, uten at det skjer på en krenkende måte. Det kan tenkes at en elev stadig tar borti medelever, uten at det skjer på en krenkende måte. Det kan også tenkes at elevens atferd rettes mot skolens ansatte. Slik elevatferd vil kunne gripe inn i rettighetene til både skolemiljø og arbeidsmiljø som skolens andre aktører har.

6.3. Opplæringslovens § 9A-10 – Ordensreglement

I punkt 4.5.1 ble forbudet mot fysisk refselse behandlet. Dette forbudet er plassert i Opplæringslovens § 9A-10 som også hjemler skolens ordensreglement. Bestemmelsens andre ledd lyder:

«Reglementet skal gi regler om rettane og pliktene til elevane så langt dei ikkje er fastsette i lov eller på annan måte. Reglementet skal innehalde regler om orden og oppførsel, om kva tiltak som kan nyttast mot elevar som bryt reglementet, og om korleis slike saker skal behandlast.»

I første setning fastslås det at ordensreglementet har en subsidiær karakter. Rettigheter eller plikter som følger av andre kompetansegrunnlag trengs ikke spesifiseres i ordensreglementet.

⁵² Se drøftelsen om derogasjon av klassifiseringen i avsnitt 5.3.2.

Før komma i andre setning kreves det at reglementet skal inneholde regler om orden og oppførsel. Det stilles altså krav til fastsetting av en atferdsnorm. Fordi atferdsnormen har subsidiær karakter, og fordi det er lokale desentraliserte reglement, må det aksepteres atskillig lavere presisjonsnivå enn for annen lovgivning.

Andre komma i andre setning krever spesifisering av «tiltak» ved reglementsbrudd. Isolert synes det som andre komma stiller krav til en uttømmende opplisting av reaksjoner ved reglementsbrudd. Dette kan forstås som at ordensreglementet skal beskrive reaksjoner i akutte, varme situasjoner. Formuleringen i tredje komma, at slike saker skal «behandlast», indikerer at der det benyttes reaksjoner etter ordensreglementet skal dette skje etter saksbehandling.

I bestemmelsens tredje ledd sies det at:

«Skolen kan berre nytte tiltak som er fastsette i ordensreglementet. Tiltaka skal ikkje innebere fysisk refsing eller anna krenkjande behandling. Før det blir teke avgjerd om tiltak, har eleven rett til å forklare seg munnleg for den som skal ta avgjerda.»

Her brukes igjen begrepet «tiltak», som er betegnelsen på reaksjoner ved brudd på ordensreglementet. Her oppstilles det begrensninger i hva slags tiltak som kan benyttes; forbudet mot fysisk refselse, og krav til at det er fastsatt i ordensreglementet.⁵³ Endelig gis elever rett til å forklare seg før avgjørelse om tiltak fattes. Av sammenhengen i lovteksten er det klart at «tiltak» som anvendes ved brudd på atferdsnormen er refselse.

Forarbeidene til bestemmelsen peker på den tidligere rettstilstanden, der skulle «ordensreglementet skal ha reglar om dei refsingstiltaka som skal kunne brukast.»⁵⁴ Ordensreglementet hjemlet refselsestiltak, og ikke andre tiltak for atferdsstyring.

Opplæringslovutvalget la seg på den samme linjen. Eksemplene på tiltak som kunne fastsettes i ordensreglementet var: «Bortvising, heving av lærekontrakt, tap av rettar og liknande».⁵⁵ Etter at utvalget har videreført forbudet mot fysisk refsing eller annen krenkende atferd skrives det: «Ut over dette gjer utvalet ikkje framlegg om særlege reglar om retten til å bruke makt eller til ransaking i skolen.»⁵⁶ Etter dette ble det pekt på at det kan være behov for regler om tvang og makt overfor psykisk utviklingshemmede elever. Utvalget mente slik tvang burde utredes på et

⁵³ Forbudet mot fysisk refselse er tidligere behandlet i punkt 4.5.1.

⁵⁴ Se Ot.prp.nr.46 (1997-1998) Om lov om grunnskolen og den vidaregåande opplæringa (opplæringslova) s. 113.

⁵⁵ Ot.prp.nr.46 (1997-1998) Om lov om grunnskolen og den vidaregåande opplæringa (opplæringslova) s. 115.

⁵⁶ Ot.prp.nr.46 (1997-1998) Om lov om grunnskolen og den vidaregåande opplæringa (opplæringslova) s. 116.

senere tidspunkt. Det er etter dette klart at utvalget ikke mente ordensreglementet kan fungere som tvangshjemmel.

Departementet sluttet seg til utvalgets vurderinger. «*På same måten som opplæringslovutvalet gjer departementet ikkje framlegg om særreglar for bruk av fysisk makt, ransaking eller liknande.*» Etter dette kommenterer departementet særreglene i dagjeldende sosialtjenestelov kapittel 6A, som nå er videreført i Helse og omsorgstjenesteloven kapittel 9. Så skrives det: «*[d]epartementet har komme til at desse reglane ikkje bør gjelde for tenester gitt etter lovutkastet her*». Ved endringen av bestemmelsen om ordensreglement i 2017 fastslås det at endringen er videreføring av gjeldende rett.⁵⁷

Verken lovteksten eller forarbeidene gir indikasjoner på at bestemmelsen om ordensreglement kan tjene som hjemmel for tvang eller makt. I et brev til Oslo kommune av 29.06.2011 legger Kunnskapsdepartementet den samme lovforståelsen til grunn.⁵⁸ Det er altså en relativt klar lovtekst, klare forarbeider og en klar forståelse av forvaltningen.

Tematikken i utredningen er tvang og makt, forstått som fysiske inngrep. Ordensreglementet hjemler tiltak ved brudd på atferdsnormene. Det følger entydig av rettskildene at ordensreglementet ikke kan hjemle fysisk tvang og makt. Det konkluderes at ordensreglementet ikke kan tjene som rettslig grunnlag for bruk av tvang i skolen.

6.4. Nødverge som rettsgrunnlag for tvang og makt i skolen

Jeg vil nå gå over til spørsmålet om nødrett eller nødverge kan være rettslige grunnlag for bruk av tvang og makt i skolen. Jeg vil først kort kommentere nødverge før hovedvekten av diskusjonen legges på nødrett.

Nødverge etter Straffelovens § 18 gjør handlinger som ellers er straffbare straffrie når den avverger ulovlig angrep, ikke går lengre enn nødvendig og ikke går ut over hva som er forsvarlig. Kjernen av nødvergebestemmelsen er vold eller andre krenkelser. I punkt 6.2 er det vist at plikten til å gripe inn gjelder ved vold og andre krenkelser. Jeg kan ikke se at det skal oppstå nødvergesituasjoner som ikke kan hjemles i § 9A-4. Fordi Opplæringslovens bestemmelse er *lex specialis* er ikke eventuelt andre rettsgrunnlag relevante. Det må etter dette

⁵⁷ Prop. 57 L (2016-2017) s. 82.

⁵⁸ 200801350/HTF.

konkluderes med at nødverge ikke er et relevant rettslig grunnlag for bruk av tvang og makt i skolen.

6.5. Nødrett som rettsgrunnlag for tvang og makt i skolen

I denne utredningen har det vært vist flere ganger at spørsmålet om rettslige grunnlag for tvang og makt i skolen har vært reist en rekke ganger. Fram til denne utredningen har spørsmålet blitt dyttet på. Dette reiser spørsmål om hvilket rettsgrunnlag som har vært benyttet mens utredningen har blitt utsatt. Svaret finnes i Ot.prp.nr. 46 (1997-1998) der det skrives:

«Nødrett og nødverje gir ein viss rett for personalet på skolen til å stoppe basketak og slåsting mellom elevar med fysisk makt og til å verje seg sjølv mot elevar som er trugande eller valdelege, jf. §§ 47 og 48 i straffelova. Det kan altså ut frå forholda vere lovleg å bruke fysisk makt for å hindre at elevane skader seg sjølv eller andre, eller skader eigedommen til skolen eller eigedommen til andre.»⁵⁹

En mente at nødrett og nødverge “gir ein viss rett” ved hjelp av “fysisk makt”. I strafferettsteorien ble det skrevet at det *«utvilsomt er lovens mening at nødvergehandlingen ikke bare er straffri, men fullt ut lovlig»*. At handlingen fullt ut lovlig innebærer at også andre sanksjoner enn straff er utelukket. Det kan derfor synes som det har vært en rettsforståelse at nødrett har vært tilstrekkelig som rettsgrunnlag for tvang og makt i skolen.

I punkt 5.3.1 er det utviklingen av legalitetsprinsippet behandlet. Dette aktualiserer spørsmålet om nødrett kan tjene som rettsgrunnlag for forvaltningen. Nødrett og nødverge er i Straffeloven regulert som straffrihetsgrunner. Det er en prinsipiell forskjell på en straffrihetsgrunn og et hjemmelsgrunnlag for myndighetene. At en handling kan gjøres straffritt, betyr ikke hjemmelskravene etter legalitetsprinsippet er tilfredsstilt. Straffrihet og hjemmel er to ulike rettslige størrelser.

Dersom vilkårene for nødrett er tilfredsstilt, kan ikke utøveren av en ellers straffbar handling straffes for det. Dette må også gjelde for personell i skolen. Nødrett derfor en funksjon ved at skolepersonell som forsvarlig løser situasjoner utenfor hjemlene ikke kan straffes. Det er ikke tvilsomt at nødrett har en rettslig funksjon som straffrihetsgrunn også for skolens ansatte.

⁵⁹ Ot.prp.nr.46 (1997-1998) Om lov om grunnskolen og den vidaregåande opplæringa (opplæringslova) s. 114.

Det er imidlertid ikke gitt at vilkårene for straffrihet og det alminnelige legalitetsprinsippet samsvarer. Den nevnte uttalelsen i forarbeidene viser at nødrett blitt forstått- og hatt funksjon som et ulovfestet rettsgrunnlag for forvaltningen. Det har nok vært slik at de samme forhold som har gjort handlinger straffrie på grunn av nødrett, også har oppfylt hjemmelskravet for nødrett som et ulovfestet forvaltningsrettslig rettsgrunnlag. I det følgende er tematikken og begrepsbruken nødrett som rettsgrunnlag for forvaltningen, og ikke nødrett som straffrihetsgrunn.

Det er neppe tvilsomt at nødrett har vært et ulovfestet rettsgrunnlag for forvaltningen. Spørsmålet er om nødrett fortsatt kan være rettsgrunnlag for bruk av tvang og makt i skolen. Jeg har overfor pekt på at det synes som forståelsen av legalitetsprinsippet har endret seg. Dette har vært en gradvis prosess, men det synes som prosessen har eskalert etter grunnlovsfestningen i 2014. Dette indikerer at rommet for nødrett som rettsgrunnlag er innskjerpet.

Nødrett som hjemmelsgrunnlag har vært problematisert i både Bjørn Henning Østenstads og min egen juridiske doktorgrader.⁶⁰ Det har derfor vært teoretiske arbeider som har problematisert eksistensen av nødrett som rettsgrunnlag. Begge arbeidene har vært på helserettens område. Begge forfatterne har pekt på at lovkravet etter EMK stiller strengere krav til lovhjemmelen enn det som har vært vanlig i alminnelig forvaltningsrett. Forfatterne har pekt på at lovkravet etter EMK vanskelig kan tilfredsstilles ved nødrett.

På lignende måte har Sivilombudsmannen også problematisert nødrett som rettsgrunnlag. Senest i besøksrapporten fra Ålesund sjukehus av 12.12.2017 uttales: «*Etter ombudsmannens oppfatning står dagens bruk av nødrett som et eget rettsgrunnlag for å gi ECT uten samtykke i et problematisk forhold til Grunnlovens krav om at myndighetenes inngrep overfor den enkelte må ha grunnlag i lov.*»⁶¹ Sivilombudsmannen har pekt på det som problematisk, men har likevel ikke endelig konkludert.

Jeg kunne her ha gått videre inn i begrunnelsene og ulike avgjørelser fra menneskerettsdomstolen. Dette er det imidlertid redegjort for i begge de nevnte arbeidene. Det finnes altså gode argumenter for at nødrett ikke lengre eksisterer som rettsgrunnlag for forvaltningen.

⁶⁰ Bjørn Henning Østenstad, «Heimelsspørsmål i behandling og omsorg overfor psykisk utviklingshemma og aldersdemente», Bergen 2011 særlig s. 551-790, se særlig sidene 616-621. Marius Storvik, «Rettslig vern av pasienters integritet i psykisk helsevern» Tromsø 2017 s. 302-306.

⁶¹ Besøksrapport, Ålesund sjukehus, avdeling for sjukehuspsykiatri, 19.–21. september 2017, av 12.12.2017. s. 37-38.

Avklaringer av spørsmål om ulovfestet rett skjer i et samspill mellom juridisk teori og domstolene. Fordi slike saker sjeldent kommer for vår øverste domstol, kan det ta tid før vi får en autoritativ rettskilde. Så langt er rettskildematerialet ikke klart nok å dra en sikker konklusjon.

Jeg tror ikke nødrett kan være rettsgrunnlag for bruk av tvang og makt i skolen.

Dersom domstolene likevel skulle akseptere nødrett som rettsgrunnlag må det stilles kvalitative krav til praksisen. I min avhandling har jeg pekt på to kvalitative krav som må oppfylles for at intervensjoner med hjemmel i nødrett kan aksepteres.⁶² For det første må det være forutsigbart/tilgjengelig at en slik løsning kan anvendes. For det andre må det oppstilles vern mot vilkårlighet. At det kan tas ut søksmål i ettertid er ikke tilstrekkelig vern mot vilkårlighet.

⁶² Marius Storvik, «Rettslig vern av pasienters integritet i psykisk helsevern» Tromsø 2017 s. 302-306.

7. Sammenfatning og konklusjoner

7.1. Sammenfatning og konklusjon om gjeldende rett

Etter drøftelsen i kapittel 0 kom jeg fram til følgende 13 ulike varianter av tvang og makt:

1. Bruk av fysisk makt for å fjerne elever fra opplæringen.
2. Bruk av fysisk makt for å fjerne elever fra andre steder.
3. Bruk av fysisk makt til å føre og holde elever der opplæringen skjer.
4. Bruk av fysisk makt til å føre og holde elever på steder der opplæring ikke skjer.
5. Tvang og makt for å forhindre selvskading.
6. Tvang og makt for å forhindre skader på medelever.
7. Tvang og makt for å forhindre skader på andre enn elever.
8. Tvang og makt for å forhindre skade på eiendom.
9. Planlagt tvang og makt for å forhindre selvskading.
10. Planlagt tvang og makt for å forhindre skade på medelever.
11. Planlagt tvang og makt for å forhindre skade på andre.
12. Planlagt tvang og makt for å forhindre skade på eiendom.
13. Tvang og makt uten skadeavvergende formål.

De fire første kausene gjelder inngrep i bevegelsesfrihet. Det finnes ikke spesifikke hjemler for bevegelsesfrihet. Likevel vil § 9A-4 kunne anvendes der det gripes inn i bevegelsesfriheten som en del av inngrep for å forhindre krenkelser. Intervensjonene må altså gjøres for å tilfredsstillende et begrenset formål. Så lenge formålet er å hindre krenkelser kan det i prinsippet tenkes at det finnes rettslig grunnlag for de fire første kausene.

Det finnes imidlertid ikke hjemmel for inngrep i bevegelsesfriheten der dette gjøres av hensyn til eleven det gripes inn mot, av hensyn til ansatte eller for å sikre et skolemiljø som er trygt og godt, og fremmer helse, trivsel og læring.

Kasusene 5, 6, 9 og 10 dreier seg om vold mot elever. Dette er i kjernen av inngrepsplikten etter Opplæringslova § 9A-4. Hvorvidt det er vold mot eleven selv, eller medelever, må være underordnet. Etter min oppfatning er det klart at det finnes rettslig grunnlag i Opplæringslovens § 9A-4 til å løse kasusene 5 og 6.

Det er litt mer problematisk med de planlagte tiltakene i kasusene 9 og 10. Problemet er at planlagte integritetskrenkelser bør underlegges prosessuell kontroll. Jeg kan ikke se at inngrep med hjemmel i Opplæringslovens § 9A-4 plikter å underlegges prosessuell kontroll. I

forbindelse med lovkravet ble det pekt på at planlagt bruk av tvang og makt gir en forhøyet risiko for misbruk og vilkårlighet. Noe som gjorde at Høyesterett i en sak oppstilte krav om rimelige garantier ved slik risiko.⁶³ Jeg kan ikke se at slike garantier er tilfredsstillt her. Jeg er derfor i tvil på om det finnes tilstrekkelig rettslig grunnlag for bruk av tvang og makt i kausene 9 og 10.

Kasusene 7, 8, 11 og 12 dreier seg om tvang og makt for å forhindre skade på andre enn elever. Inngrepshjemmelen i Opplæringsloven § 9A-4 er i sin utforming og funksjon fokusert på krenkelser av elever. Skolens personale og eiendom faller i utgangspunktet utenfor hjemmelens formål. Bestemmelsens ordlyd er imidlertid ikke entydig på at inngrep kun skal skje for å verne elever. Etter mitt skjønn vil nok kasus 7, om tvang og makt for å forhindre skade på andre elever, måtte godtas. Jeg kan ikke se at det er grunnlag for utvidende tolkning verken for de planlagte intervensjonene eller for vern av eiendom.

Det som skiller kasusene 5 til 8 fra 9 til 12, er at intervensjonen i de siste kasusene er planlagt. Planleggingen er et viktig moment i vurdering av nødrett. Dersom nødrett fastholdes som rettsgrunnlag er «nød» er grunnleggende kjennetegn ved situasjonen. Der intervensjonene er forutsigbare, og skolepersonell løser situasjonene basert på faste rutiner, mangler nødpreget. Dette gjør at disse situasjonene må falle utenfor nødretten.

Av de 13 kasusene mener jeg, med større og mindre sikkerhet, at det mangler rettslig grunnlag for følgende kasus:

8. Tvang og makt for å forhindre skade på eiendom.
9. Planlagt tvang og makt for å forhindre selvskading.
10. Planlagt tvang og makt for å forhindre skade på medelever.
11. Planlagt tvang og makt for å forhindre skade på andre.
12. Planlagt tvang og makt for å forhindre skade på eiendom.
13. Tvang og makt uten skadeavvergende formål.

I tillegg mener jeg rettsgrunnlaget er mangelfullt for de fire kasusene som dreier seg om bevegelsesfrihet/frihetsberøvelse.

⁶³ Rt. 2014 s. 1105 avsnitt 30, se også drøftelsen i kapittel 5.3.1.

7.2. Konklusjoner

Utredningens overordnede spørsmål er behovet for rettslige grunnlag for bruk av tvang og makt i skolen. Utredningen dreier seg om komplekse spørsmål. Rettskildematerialet har ikke alltid gitt klare svar. Jeg har forsøkt å vise hvor jeg er i tvil om gjeldende rett, og begrunnelsene for det. Konklusjonene om gjeldende rett er derfor mer eller mindre sikre.

Det første svaret på utredningen ligger i denne usikkerheten. Jeg mener å ha forutsetningene til å kunne gi avklaringer i spørsmålene. Når jeg likevel er usikker, må usikkerheten være større i skolene. Det må presumeres at usikkerheten gir rom for ulik rettsforståelse og praksis i de ulike klasserom og grupperom. Dette gir en presumsjon om at bruken av tvang og makt i skolen er preget av vilkårlighet. Tvang skal ikke være vilkårlig, derfor er usikkerheten uholdbar.

Behovet for rettslige grunnlag avhenger ikke bare av gjeldende rett, men også av hvilken rettstilstand som er ønskelig. Det kan ikke være kontroversielt å gi tvangshjemler for skadeavvergende tiltak. Om det skal gis tvangshjemler av andre hensyn er ikke like opplagt. Dette vil dels være spørsmål om politiske avveininger, men også dels spørsmål om hva slags prosedyrer og kontroll tvang underlegges. Dersom det gis vide tvangshjemler kan bruken holdes nede ved omstendelige vedtak og prosedyrer.

Slik jeg forstår kildene er det to årsaker til manglende tvangshjemler etter gjeldende rett. For det første har en eldre forståelse av legalitetsprinsippet og nødrett gitt inntrykk av at det ikke har vært så viktig med hjemlene.

For det andre er det usikkert hvilke effekter tvangshjemler vil gi. Abraham Maslow skal ha sagt *«I suppose it is tempting, if the only tool you have is a hammer, to treat everything as if it were a nail.»* Det er en rimelig antagelse at hjemlene som gis, også brukes. Det er da rimelig å frykte at flere tvangshjemler gir mer tvang i skolen. Det er en situasjon vi ikke ønsker.

Til grunn for et slikt resonnement, ligger en presumsjon om at det bare brukes tvang og makt der det er hjemler. Dette en logisk brist, som i rettssosiologien kalles lysbryteteorien. Lover endrer sjelden praksis umiddelbart. Det må antas at skolens personale unngår å bruke tvang og makt i det lengste, men at de likevel bruker det som er absolutt nødvendig uavhengig av hjemmel. Det er derfor ikke gitt at klarere hjemler vil gi økt tvang.

Slik jeg ser det har lovgiver to valg. Lovgiver kan enten late som tvang ikke skjer, eller lovgiver kan underlegge tvangen effektiv kontroll. Bruk av tvang og makt i skolen bør tenne gule lys.⁶⁴

⁶⁴ Se punkt 3.4. der det ble pekt på grønne, gule og røde situasjoner.

Gule lys bør utløse effektiv kontroll. All tvangsbruk bør systematisk evalueres. Det bør fattes vedtak som vurderes av noen utenfor situasjonen. Ikke minst bør elever og foresatte få prosessuelle rettigheter. Uten gule lys blir tvangen et internt og skjult anliggende. Skjult tvang øker risikoen for vilkårlighet og misbruk.

Når Djupedalutvalget mente behovet for rettslig grunnlag for bruk av tvang og makt i skolen måtte utredes, oppgav de tre begrunnelser: 1. Sikkerhet om gjeldende rett vil gi økt trygghet for aktørene i skolen, til elev, medelever og ansatte. 2. Tvangshjemler vil bedre rettssikkerheten til elevene det gjelder. 3. Tvangshjemler vil få slutt på uhjemlet bruk av tvang.⁶⁵ Med de samme begrunnelsene konkluderer jeg slik:

Utredningen har vist at det er behov for nye rettslige grunnlag for bruk av ulik tvang og makt i skolen.

⁶⁵ NOU 2015: 2 s. 244.