

Konsekvenser av å regulere brukerstyrt personlig assistanse utenfor dagens helse- og omsorgstjenestelovgivning

Terskelen for overprøving av hensiktsmessighetsskjønnet ved klage på BPA-vedtak

En utredning på oppdrag fra BPA-utvalget

OPPDRAGET

I brev 20 mai 2021 fra Utvalg om brukerstyrt personlig assistanse har jeg blitt bedt om å utrede rettslige sider av to problemstillinger utvalget ønsker belyst i sitt arbeid med å gjennomgå og foreslå forbedringer i ordningen med brukerstyrt personlig assistanse (BPA). I det følgende skal jeg gjøre rede for mine synspunkter på disse to problemstillingene i to deler av utredningen, men likevel slik at det bli trukket linjer mellom de to ulike temaene der det er innbyrdes sammenheng mellom disse.

I mandatet for utvalget understrekes at «Ordningsen skal defineres som et likestillingsverktøy, og ikke en helseordning». Utvalget blir bedt om å «utrede alle forslag, også konsekvensene av å flytte brukerstyrt personlig assistanse ut av helselovgivningen». I arbeidet skal det «ligge til grunn at ordningen fortsatt skal være et kommunalt ansvar», og utvalget skal «vurdere endringer i regelverket opp det kommunale selvstyret».

I mandatet oppsummerer departementet BPA-ordningens forhistorie og dagens aktuelle problemstillinger som følger:

«Brukerstyrt personlig assistanse (BPA) er en alternativ måte å organisere tjenestene praktisk og personlig bistand (personlig assistanse) på for personer

med nedsatt funksjonsevne og stort behov for bistand i dagliglivet, både i og utenfor hjemmet. Brukerstyring er en sentral del av ordningen, der bruker har rollen som arbeidsleder og påtar seg ansvar for organisering og innhold ut fra egne behov. Idéene bak brukerstyrt personlig assistanse kom fra «independent living»-bevegelsen i USA på 1960 tallet. Grunntanken var at fysisk funksjonshemmede selv visste best om sin egen situasjon, at de ønsket mer uavhengighet, selvbestemmelse og deltakelse i samfunnet.

Siden ordningen kom inn i norsk lovgivning på 2000 – tallet har den stadig vært gjenstand for større og mindre endringer, utvidelser og justeringer. Senest i 2015 ble ordningen med brukerstyrt personlig assistanse rettighetsfestet i pasient- og brukerrettighetsloven, som en særskilt rettighet for brukere som oppfylte bestemte vilkår. Rettighetsfestingen var en del av regjeringens arbeid med å følge opp intensjonen i FN-konvensjonen om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne.

Den toårige følgeevalueringen av rettighetsfestingen, rapporter fra aktører og interesse- og brukerorganisasjoner, og øvrige tilbakemeldinger og innspill til offentlige etater, synes å vise at det har oppstått et forventningsgap mellom de rettslige reguleringene og forventningene til hva som er mulig å oppnå innenfor rammene for dagens ordning. Det synes å være et stort spenn når det gjelder i hvilken grad ulike aktører opplever at kommunene imøtekommer henholdsvis lovens krav og intensjonen med brukerstyrt personlig assistanse.

Dette forventningsgapet gjenspeiles også i den pågående debatten om BPA-ordningens innhold og rekkevidde. Hovedtrekkene i debatten synes å være hvor langt brukerstyringen går, hvilke tjenester og arenaer som skal omfattes, og hvilke føringer kommunen som ansvarssubjekt kan og bør stille. Blant annet opplever noen brukere avgrensninger knyttet til arenabruk og omfanget av aktuelle tjenester som uhensiktsmessige og uklare, for eksempel assistansetjenester utenfor helse- og omsorgsfeltet og oppholdsprinsippets avgrensning.»

SENTRALE PROBLEMSTILLINGER I UTREDNINGSARBEIDET

I brev 20 mai 2021 gjør sekretariat til BPA-utvalget rede for det rettslige rammeverket i dagens lovgivning om denne formen for tjenester:

«Reguleringen av BPA i helse- og omsorgstjenesteloven er en videreføring av den tidligere reguleringen av dette i sosialtjenesteloven. Ordningen ble først lovfestet i sosialtjenesteloven, med virkning fra 1. mai 2000. Ordningen omfattet i første omgang kun personer som kunne organisere og styre den personlige assistansen selv, men fra desember 2005 ble den utvidet til å omfatte voksne personer som trenger bistand med arbeidsledelsen og barn under 18 år. Dette medførte at ordningen ble utvidet til også å omfatte personer over 18 år med kognitiv funksjonsnedsettelse og familier med barn med fysiske og kognitive funksjonsnedsettelser.

Fra januar 2012 ble de tidligere lovene om sosiale tjenester og om helsetjenesten i kommunene erstattet av helse- og omsorgstjenesteloven. Samtidig ble brukernes rettigheter overført til pasientrettighetsloven, som fikk

endret navn til pasient- og brukerrettighetsloven. BPA-ordningen ble ikke endret. Fra januar 2015 ble det innført en rett til BPA i pasient- og brukerrettighetsloven.

.....

Det vises til at det fremgår av vedlagte mandat at ordningen skal defineres som et likestillingsverktøy, og ikke en helseordning. BPA-utvalget mener at en fremtidig BPA-ordning i lys av dette bør reguleres mer helhetlig og gjennomgående enn i dag, med en tydeligere regulering av ansvar for å organisere og styre sin egen personlige assistanse for å kunne leve et mest mulig selvvalgt og selvstyrt liv. Det vurderes om en slik fremtidig regulering kan gjennomføres innenfor dagens helse- og omsorgstjenestelovgivning. Det vurderes imidlertid også om et alternativ kan være å regulere BPA-ordningen utenfor helse- og omsorgstjenestelovgivningen, som en egen kommunal velferdstjeneste. Og, som det fremgår av vedlagte mandat, er utvalget bedt om å utrede " alle forslag, også konsekvensene av å flytte BPA ut av helselovgivningen.»

I bakgrunnsnotat 11. juni 2021 gjør sekretariatet for BPA-utvalget nærmere rede for en rekke problemer knyttet til dagens organisering av BPA-tjenestene. Her oppsummeres problemene med dagens organisering av tjenestene som følger

«BPA har en særlig organisering, som nettopp skal bidra til at den enkelte kan leve et mest mulig selvvalgt og selvstendig liv. I BPA-ordninger skal assistansen enten styres av den som mottar assistansen selv, eller av en medarbeidsleder sammen med den som mottar assistansen. Det at dette ansvaret ligger på den som mottar assistansen, medfører at både kommunenes overordnede organisering av ordningen og involverte aktørers ansvar og oppgaver knyttet til ordningen, avviker fra organiseringen og fordelingen av ansvar og oppgaver i andre velferdsordninger, og at særlige spørsmål oppstår.

BPA er regulert på et overordnet og begrenset nivå i helse- og omsorgstjenesteloven og pasient- og brukerrettighetsloven. Reguleringen medfører at det i stor grad er opp til kommunene å etablere en praksis som oppfyller viktige forutsetninger for at BPA skal bidra til at den enkelte skal kunne leve et mest mulig selvvalgt og selvstendig liv.

En rekke spørsmål knyttet til organiseringen og aktørenes ansvar og oppgaver er ikke nærmere regulert. Det fører til at ordningen kan fremstå som komplisert og uoversiktlig både for den som har behov for slik assistanse, kommunen som skal organisere og administrere assistansen, tjenesteytere som skal tilrettelegge assistansen og assistentene som skal yte assistansen.»

I forlengelsen av det som her er anført, kommer så de særlige utfordringer som er knyttet til behandlingen av klager over kommunens vedtak og gjennomføring av brukerstyrt personlig assistanse. Klage skal etter Pasient- og brukerrettighetsloven § 7-2 gå til statsforvalteren. Tema i denne forbindelsen er i første rekke den rettslige rammen for og den praktiske gjennomføringen av klagebehandlingen, og

tegn på ulik praksis ved lovforståelse og prøvingsintensitet ved de ulike statsforvalterembetene.

**RETTLIGE OG ORGANISATORISKE RAMMER FOR KOMMUNALE HELSE- OG OMSORGSTJENESTER,
OG FOR SAMHANDLING MELLOM DISSE, ETTER DAGENS LOVGIVNING**

De problemer vi her står overfor, må forstås på bakgrunn av utfordringer man har hatt når det gjelder strukturen i dagens lovverk om kommunale helse- og omsorgstjenester. Denne har vært til dels fragmentert og ganske uoversiktlig, noe som har gjort det krevende å etablere og opprettholde et helhetlig organisatorisk og faglig grep på tilbudet til tjenestemottakere («brukere») med sammensatte behov på tvers av profesjonelle faggrenser, og særlig mellom helsetjenester og sosialfaglig basert tjenester. Manglende eller mangelfull kommunikasjon og koordinering mellom de ulike profesjonene har ikke sjelden vært en hindring både for effektiv ressursbruk og for et koordinert og helhetlig tjenestetilbud til den enkelte.

I NOU 2004:18 «Helhet og plan i sosial- og helsetjenestene»¹ ble det lagt frem et utkast til en samlet lov om sosial- og helsetjenester i kommunene: «Økonomisk stønad og andre tjenester som gis eller tilbys etter loven her, både slike tjenestemottakere har rettskrav på, og tjenester som gis uten rettsplikt for kommunen.»² Som konsekvens av dette ble foreslått oppheving av dagjeldende lover om hhv. helsetjenesten i kommunene³ og sosiale tjenester⁴.

Forslaget var utgangspunkt for utarbeidelsen av Helse- og omsorgstjenesteloven (LOV-2011-06-24-30), som gjelder (§ 1-2 første avsnitt) «helse- og omsorgstjenester som tilbys eller ytes i riket av kommunen eller private som har avtale med kommunen». Kommunen er her (§ 3-1 fjerde avsnitt) gitt ansvar for et en «helse- og omsorgstjeneste som «omfatter offentlig organiserte helse- og omsorgstjenester som ikke hører under stat eller fylkeskommune». Bestemmelser om en rekke individuelle tjenester i Sosialtjenesteloven 2009 (LOV-2009-12-18-131), som opplysning og veiledning (§ 17), økonomisk stønad (§ 18-2), kvalifiseringsprogram (§§ 29-32) og midlertidig botilbud (§ 27)⁵, ble imidlertid ikke flyttet inn i Helse- og omsorgstjenesteloven.

Samtidig ble det vedtatt en rekke endringer i bestemmelser i andre deler av lovverket om helse- og sosialtjenester. Særlig viktig var endringene i Pasientrettighetsloven (LOV-1999-07-02-63), der tittelen på denne ble endret til «Pasient- og brukerrettighetsloven», samtidig som det ble foretatt en rekke justeringer i lovteksten med utgangspunkt i en bred og tverrfaglig

¹ Jeg var leder for utvalget som avga denne innstillingen.

² Utkastets § 1-3 bokstav a.

³ Kommunehelsetjenesteloven (LOV-1982-11-19-66).

⁴ Sosialtjenesteloven 1991 (LOV-1991-12-13-81).

⁵ Men bestemmelsen i Sosialtjenesteloven § 16 om plikt til å «medvirke til å skaffe boliger til vanskeligstilte personer som ikke selv kan ivareta sine interesser på boligmarkedet», er gjentatt og utdypet noe i Helse- og omsorgstjenesteloven § 3-7.

formålsbeskrivelse av tjenestene. Her tas nå (i § 1-1) som utgangspunkt at denne loven skal «sikre befolkningen lik tilgang på tjenester av god kvalitet ved å gi pasienter og brukere rettigheter overfor helse- og omsorgstjenesten» og «fremme sosial trygghet og ivareta respekten for den enkelte pasients og brukers liv, integritet og menneskeverd.

I § 2-1a andre avsnitt i Pasient- og brukerrettighetsloven, om rett til nødvendig hjelp fra kommunen, er det i tråd med dette gitt en generell bestemmelse om at «Pasient og bruker har rett til nødvendige helse- og omsorgstjenester fra kommunen». Og bestemmelsen i lovens § 2-5 om rett til individuell plan for «den som har behov for langvarige og koordinerte helsetjenester», ble justert slik at den nå krever at individuell plan skal omfatte også «omsorgstjenester». Denne planen skal være «i samsvar med bestemmelsene i helse- og omsorgstjenesteloven, spesialisthelsetjenesteloven og lov om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern».

I tillegg finner vi en tilsvarende bestemmelse om individuell plan i Sosialtjenesteloven § 28. Denne fanger også opp situasjoner der det måtte være behov for en slik plan ved samordning av økonomisk stønad etter Sosialtjenesteloven med hjelpetilbud fra andre etater, som arbeidsmarkedsetaten.⁶

FORHOLDET MELLOM FAGLIG OG RETTSLIG INNHOLD AV REGLER OM RETT TIL BEHANDLING OG OMSORG, OG ØNSKE OM SAMORDNING

I NOU 2004:18 ble det fremmet forslag om å gå lenger i samordningen av de ulike tjenester enn etter den bestemmelsen man hadde i dagjeldende sosialtjenestelov⁷, på tvers av fag- og etatsgrenser, og også med medvirkning av statlige og kommunale organer⁸. Omdreiningspunkt var her ønsket om å sikre «et helhetlig og faglig forsvarlig tilbud for tjenestemottakeren»⁹ ved å kreve en utpekt planansvarlig som «skal sørge for at tjenestemottakerens behov og de tjenestetilbudene som man tar sikte på å gi, blir grundig utredet og sett i sammenheng»¹⁰. Det ble videre foreslått at den individuelle plan skulle forankres i et «samlet vedtak som angir det tjenestetilbudet som tjenestemottakeren skal få fra kommunen»¹¹, alternativt, hvis statlige eller fylkeskommunale organer skal medvirke ved tjenestetilbudet; i en avtale «mellom de tjenestenivåene som skal medvirke, om arbeids- og ansvarsfordelingen for tjenestetilbudet, og om innholdet i dette»¹².

⁶ Ot.prp. nr. 54 2002-2003 punkt 10.4 Departementets merknader.

⁷ LOV-1991-12-13-81 § 4-3a.

⁸ Utkastets § 3-6 nr. 5.

⁹ Utkastets § 3-7 nr. 1.

¹⁰ Utkastets § 3-6 nr. 3.

¹¹ Utkastets § 3-8 nr. 1.

¹² Utkastets § 3-8 nr. 5.

Forslaget om «samlet vedtak» for ytelsene til den enkelte tjenestemottaker ble ikke vurdert ved vedtakelsen av Helse- og omsorgstjenesteloven i 2011. Man valgte i stedet å forsterke dagjeldende regler, i Kommunehelsetjenesteloven § 6-2 og Sosialtjenesteloven § 4-3a, med en bestemmelse i den nye lovens § 7-1 andre avsnitt om at

«Dersom en pasient eller bruker har behov for tilbud både etter loven her og spesialisthelsetjenesteloven eller psykisk helsevernloven, skal kommunen sørge for at det blir utarbeidet en individuell plan, og at planarbeidet koordineres.»

I forskriften til denne bestemmelsen¹³ fastslås at ansvaret for å utarbeide individuell plan ligger på «Kommunens helse- og omsorgstjeneste, og helseforetaket».

I tillegg ble samordningsfunksjonen styrket ved en ny bestemmelse i lovens § 7-2, om plikt for kommunen til å tilby en koordinator som «skal sørge for nødvendig oppfølging av den enkelte pasient eller bruker, samt sikre samordning av tjenestetilbudet og fremdrift i arbeidet med individuell plan». Dette er da ment som en rent administrativ rolle, uten vedtaksmyndighet, jf. bestemmelsen i forskriften om gjennomføringen av den individuelle planen¹⁴:

«Den alminnelige ansvars- og funksjonsdelingen mellom de ulike tjenesteytere legges til grunn ved gjennomføringen av planen, dersom ikke annet avtales.»

Dette presiseres også i proposisjonen¹⁵, i kommentar til lovens § 7-2:

«Oppnevning av koordinator innebærer at en bestemt person får hovedansvar for koordinering og oppfølging av den enkelte pasient eller bruker, men ikke at vedkommende skal ha eneansvar for å koordinere tjenestetilbudet. Ansvaret for å utarbeide individuell plan må være forankret hos ledelsen av virksomheten, og ledelsen må sørge for rammebetingelser som gjør det mulig å fylle en koordinatorrolle.

Koordinatorrollen innebærer blant annet å være kontaktperson og ha ansvar for å følge opp innspill fra tjenestemottaker og pårørende. Koordinator har en viktig rolle i samhandlingen med spesialisthelsetjenesten, og skal bidra til at pasienten får et «sømløst» tilbud. Det bør ved behov etableres kontakt mellom koordinatorene på de to nivåene. Når koordinator ikke er fastlege, bør det etableres kontakt med fastlegen.»

Vi ser her at, til tross for rimelig klare intensjoner fra lovgivers side om å unngå dette, vil ønsket om en bedre samordning av tilbudet til den enkelte tjenestemottaker kunne skape utfordringer når det gjelder både faglig og organisatorisk ansvar, og ytelsenes rettslige karakter. Dette er sentrale praktiske -

¹³ Forskrift FOR-2011-12-16-1256 om habilitering og rehabilitering, individuell plan og koordinator § 18 første avsnitt.

¹⁴ § 20

¹⁵ Prop. 91 L 2010-2011 Til § 7-2 Koordinator.

og til dels prinsipielle – problemstillinger i diskusjonen om organisering og innhold av brukerstyrt personlig assistanse.

RAMMEN FOR REGLENE OM BRUKERSTYRT PERSONLIG ASSISTANSE

Brukerstyrt personlig assistanse ble i 2000¹⁶ introdusert i Sosialtjenesteloven 1991 som en tilføyelse i lovens § 4-2 bokstav a om «praktisk bistand og opplæring til dem som har et særlig hjelpebehov på grunn av sykdom, funksjonshemming, alder eller av andre årsaker». I proposisjonen til denne lovendringen¹⁷ ble brukerstyrt personlig assistanse beskrevet som «en alternativ organisering av praktisk og personlig hjelp for sterkt funksjonshemmede som har behov for bistand i dagliglivet, både i og utenfor hjemmet», der «Brukeren har rollen som arbeidsleder og påtar seg større ansvar for organisering og innhold i forhold til sine behov». Det understrekes at «Tjenesten skal være en del av de samlede kommunale omsorgstjenester og knyttes til personen – ikke til boligen». I forskrift til loven i 2003¹⁸ ble det fremholdt at brukere av pleie- og omsorgstjenester, og eventuelt pårørende/verge/hjelpeverge, skulle tas med på råd ved utforming eller endring av tjenestetilbudet, og at «Den enkelte bruker gis medbestemmelse i forbindelse med den daglige utførelse av tjenestene».

Innholdet av bistanden ved brukerstyrt personlig assistanse ble knyttet til lovbestemmelsen den ble en del av - § 4-2 bokstav a - som nå fikk følgende ordlyd:

«praktisk bistand og opplæring, herunder brukerstyrt personlig assistanse, til dem som har et særlig hjelpebehov på grunn av sykdom, funksjonshemming, alder eller av andre årsaker».

Det var med andre ord tale om en spesifisering av de tjenestetilbudene kommunen skulle ha for å oppfylle sin overordnede plikt etter rettighetsbestemmelsen i lovens § 4-3:

«De som ikke kan dra omsorg for seg selv, eller som er helt avhengig av praktisk eller personlig hjelp for å greie dagliglivets gjøremål, har krav på hjelp etter § 4-2 bokstav a-d.»

Dette var altså en utvidelse – eller alternativ organisering – av ytelser som borgeren hadde krav på etter daværende sosialtjenestelov.¹⁹

«Som den lovtekniske plasseringen tilsier, er praktisk bistand og opplæring utgangspunktet for hvilke tjenester som omfattes av sosialtjenesteloven § 4-2 bokstav a. Dette omfatter både husholdsoppgaver og direkte personlig bistand med påkledning, hygiene, mat mv. Oppgaver knyttet til personlig stell utføres i en del kommuner av hjemmesykepleien. Departementet vil understreke at

¹⁶ Ved lov 14-april 2000 nr. 32.

¹⁷ Ot.prp. nr. 8 1998-2000 , punkt 1, Innledning og sammendrag.

¹⁸ Forskrift FOR-2003-06-27-792 Kvalitetsforskrift for pleie- og omsorgstjenestene.

¹⁹ Ot.prp. nr. 8 1998-2000 , punkt 4.3 Hvilke bistandsformer ordningen omfatter.

oppgaver som kan utføres med hjemmel i sosialtjenesteloven § 4-2 bokstav a kan inngå ved tildeling av brukerstyrt personlig assistanse.»

Samtidig ble det understreket at bistand etter denne bestemmelsen ikke var helsehjelp:

«Tjenester som krever medisinskfaglig kompetanse og som derfor bare kan hjemles i kommunehelsetjenesteloven, skal normalt ikke inngå i tildelingen av brukerstyrt personlig assistanse.»

Den modifikasjonen som ble antydnet avslutningsvis her – at tjenester som krever medisinskfaglig kompetanse, «skal normalt ikke inngå i tildelingen av brukerstyrt personlig assistanse», kan ses som et frempek mot det som skjedde tre år senere,²⁰ da det ble innført i denne loven en ny § 4-3a om rett til *individuell plan* for «Den som har behov for langvarige og koordinerte tjenester». Denne bestemmelsen tok sikte på å sikre et *helhetlig tverrfaglig tilbud* til tjenestemottakeren: «Sosialtjenesten i kommunen skal samarbeide med andre tjenesteytere om planen for å bidra til et helhetlig tilbud for den det gjelder.»

I proposisjonen til bestemmelsen²¹ ble det likevel understreket at

«Det har ikke vært siktemålet med forslaget å gjøre endringer i de bestemmelser som regulerer de tjenester den enkelte har krav på. Det sentrale ved den foreslåtte lovendring er å legge til rette for et mer planmessig og koordinert opplegg for personer med langvarige og sammensatte hjelpebehov.»

Det var med andre ord ikke tale om verken nye materielle rettigheter for tjenestemottakeren eller flytting av ansvar og vedtakskompetanse ut av den enkelte fagetat, bare om en plikt for sosialetaten til å holde oversikt over og koordinere *sin egen* virksomhet, eventuelt sett i sammenheng med tiltak fra andre etater. Denne tilnærmingen ble også lagt til grunn da en bestemmelse om rett til brukerstyrt personlig assistanse ble tatt inn i Pasient- og brukerrettighetsloven § 2-1d²² i 2014.

I forkant av dette hadde vi fått den nåværende Sosialtjenesteloven av 2009 (LOV-2009-12-18-131). Denne videreførte ikke bestemmelsen om rett til praktisk bistand, idet man nå la opp til at individuell rett til tjenester innen helse- og sosialsektoren som alminnelig hovedregel skulle forankres i Pasient- og brukerrettighetsloven, som nå var under revisjon. Sosialtjenesteloven 1991 ble i tråd med dette først opphevd ved ikraftsettingen av den reviderte versjonen av denne loven, der det ble tatt inn i ny en ny § 2-1a hvor det ble fastslått som en bred generell norm i andre avsnitt at «Pasient og bruker har rett til nødvendige helse- og omsorgstjenester fra kommunen».

²⁰ Ved lov 2002 nr. 99.

²¹ Ot.prp. nr. 54 2002-2003 punkt.10-4 Departementets merknader.

²² Ved lov 20. juni 2014 nr. 41.

I merknadene til denne bestemmelsen²³ opplyses at den

«er en videreføring og harmonisering av pasientrettighetsloven § 2-1 første ledd andre punktum, kommunehelsetjenesteloven § 2-1 første ledd og sosialtjenesteloven § 4-3».

Og, føyes det til:

«For de tidligere sosiale tjenestene etter sosialtjenesteloven innebærer forslaget at dagens mer detaljerte utforming av rettigheter i sosialtjenesteloven § 4-3 erstattes med den rettslige standarden «nødvendige helse- og omsorgstjenester». Endringen er en videreføring av gjeldende rett og er ikke ment som noen utvidelse eller innskrenkning i forhold til dagens sosialtjenestelov.»

I fortsettelsen fremholdes at innholdet og omfanget av denne type tjenester må fastsettes individuelt og konkret, men at det er tale om en rettighet for tjenestemottaker:

«Som etter sosialtjenesteloven vil de som ikke kan dra omsorg for seg selv, eller som er helt avhengig av praktisk eller personlig bistand for å greie dagliglivets gjøremål, ha rett til «nødvendige helse- og omsorgstjenester» fra kommunen. I disse situasjonene vil det fortrinnsvis bli gitt tjenester etter helse- og omsorgstjenesteloven § 3-2 første ledd nr. 6 bokstav b, c og d. Rettighetsbestemmelsen omfatter hjelpebehov av rent praktisk eller personlig art.»

Samtidig understrekes det igjen²⁴ at brukerstyrt personlig assistanse ikke omfatter helsetjenester:

«Begrepet «personlig assistanse» omfatter praktisk bistand og opplæring og støttekontakt, jf. helse- og omsorgstjenesteloven § 3-2 første ledd nr. 6 bokstav b. ...

Helsetjenester er ikke omfattet av rettigheten. Når det gjelder personlig assistanse etter helse- og omsorgstjenesteloven § 3-2 første ledd nr. 6 bokstav b, følger dette forutsetningsvis ved at slike tjenester ikke regnes som helsetjenester. Avlastningstiltak vil imidlertid i mange tilfelle også omfatte helsetjenester. Det er derfor presisert i lovteksten at helsetjenester i avlastningstiltak ikke omfattes av rettigheten.»

Vi kan etter dette legge til grunn at det ikke er meningen at verken reglene om individuell plan eller om brukerstyrt personlig assistanse skal medføre en utvisking av rettslige, organisatoriske eller faglige grenser mellom sosial- og helsetjenester. Tanken har vært å videreføre tilnærmingen fra bestemmelsen som ble tilføyd i 2000 i Sosialtjenesteloven 1991, ved å pålegge de som har ansvaret

²³ Prop. 91 L 2010-2011. Til § 2-1a Rett til nødvendig hjelp fra kommunens helse- og omsorgstjeneste-

²⁴ Prop. 86 L 2013-2014. Til § 2-1 d

for ulike former for praktisk bistand og opplæring, å påse at man har en helhetlig tilnærming til tjenester som gis derfra. Helsetjenester skulle ikke inngå i dette. I fortsettelsen skal vi se at dette er en avgrensning som ikke alltid har vært enkel å holde fast ved, jf. den ukommenterte observasjonen i forarbeidene ved innføring av brukerstyrt personlig assistanse som ramme for tjenester etter Sosialtjenesteloven, gjengitt ovenfor:

«Oppgaver knyttet til personlig stell utføres i en del kommuner av hjemmesykepleien.»

Og dette utdypes i 2015 i rundskriv om «Rettighetsfesting av brukerstyrt personlig assistanse (BPA)»²⁵. Det tas her utgangspunkt i en angivelse av hvilke typer tjenester denne typen personlig assistanse kan omfatte:

«Bestemmelsen omfatter hjelp til alminnelig egenomsorg og personlig stell, også kalt personrettet praktisk bistand. Videre omfattes praktisk bistand til nødvendig rengjøring og annen nødvendig hjelp til alle dagliglivets praktiske gjøremål i hjemmet og i tilknytning til husholdningen. Hvis det er hensiktsmessig, skal tjenesten også innebære opplæring i dagliglivets praktiske gjøremål. For å oppfylle målsettingen om et aktivt liv i samvær med andre, jf. helse- og omsorgstjenesteloven § 1-1, må også tiltak utenfor hjemmet inkluderes. Også støttekontakt omfattes av begrepet personlig assistanse.»

I fortsettelsen fremholdes at «Helsetjenester er ikke omfattet av rettigheten», men så slår den praktiske virkelighet inn på tvers av systematikken i lovverket:

«Selv om helsetjenester ikke kan kreves organisert som BPA, vil det ofte kunne være hensiktsmessig, og i samsvar med intensjonen i ordningen, at kommunen legger enkle helsetjenester inn i BPA-ordningen dersom dette er forsvarlig og brukeren ønsker det. En god rettesnor kan være at det folk til vanlig gjør selv, bør også en assistent kunne gjøre så lenge det skjer innenfor forsvarlighetskravets ramme. Det må vurderes konkret om det er nødvendig med bistand av kvalifisert helsepersonell, om ufaglærte assistenter kan dekke brukerens bistandsbehov på en forsvarlig måte, eller om det er behov for andre tjenester i tillegg til BPA.»

Her bruker man klart nok betegnelsen «helsetjenester» med et annet innhold enn begrepet «helsehjelp», slik det er definert i Pasient- og brukerrettighetsloven § 1-3 bokstav c:

«handlinger som har forebyggende, diagnostisk, behandlende, helsebevarende, rehabiliterende eller pleie- og omsorgsformål, og som er utført av helsepersonell». (Min utheving.)

Det som sies i rundskrivet er åpenbart fornuftig, men det skaper mulighet for uklarhet om faglig og organisatorisk ansvar for de delene av tjenesten som kategoriseres som «enkle helsetjenester». Det avspeiler også at BPA-ordningen

²⁵ Helse- og omsorgsdepartementet nr. 1-9/2015.

vil kunne være aktuell for svært ulike typer tjenestemottakere med fundamentalt forskjellige behov for hjelp og bistand.

Dette vil kunne danne utgangspunkt for en generaliserende tilnærming til brukerstyrt personlig assistanse som er preget av et klassisk pasient- og omsorgsperspektiv. Det kan være en adekvat tilnærming for enkelte grupper som mottar slik assistanse, men vil kunne oppleves som både uhensiktsmessig og belastende for ellers godt fungerende tjenestemottakere. Både rundskrivet, lovverket og forarbeidene til lovene prøver å ta høyde for dette problemet. Men det synes som det er en latent – og noen ganger realisert - risiko for at det grunnleggende likestillingsperspektivet på brukerstyrt personlig assistanse - som et avgrenset og konkret målrettet hjelpetiltak som skal sikre et selvstendig, verdig og meningsfullt liv for tjenestemottakere med bestemte utfordringer – kan stå i fare for å bli skygget ut av tradisjonell pasient- og omsorgsrettet tenkning, noe som kan komme i konflikt med ideer om autonomivern og likeverd.

Dette er en sentral problemstilling og langt på vei utgangspunktet for den vurderingen som nå skal foretas av den rettslige og organisatoriske rammen for denne typen tjeneste.

BRUKERSTYRT PERSONLIG ASSISTANSE – FRITTSTÅENDE TJENESTETILBUD ELLER INTEGRERT OMSORGSTJENESTE?

Problemet

I sitt historiske utgangspunkt er brukerstyrt personlig assistanse ment som en utbygging av retten til praktisk bistand og personlig hjelp for funksjonshemmede med et betydelig og varig hjelpebehov, og ikke som et nytt tjenestetilbud: «Tjenesten skal være en del av de samlede kommunale omsorgstjenester og knyttes til personen – ikke til boligen».

Dette ble fastholdt i 2014 da brukerstyrt personlig assistanse ble lovfestet i Pasient- og brukerrettighetsloven § 2-1d, som «rett til å få slike tjenester organisert som brukerstyrt personlig assistanse» Her sies i proposisjonen om denne bestemmelsen:

«Brukerstyrt personlig assistanse (BPA) er en alternativ måte å organisere tjenestene praktisk og personlig bistand (personlig assistanse) på for personer med nedsatt funksjonsevne og stort behov for bistand i dagliglivet, både i og utenfor hjemmet. ... Tjenester som omfattes av rettigheten er praktisk bistand og opplæring, støttekontakt og avlastning for foreldre med hjemmeboende barn under 18 år med nedsatt funksjonsevne. Dette er tjenester som kommunen skal tilby etter helse- og omsorgstjenesteloven § 3-2 første ledd nr. 6 bokstavene b og d.»

Sentralt i denne sammenhengen er at det tas utgangspunkt i tjenestemottakerens rådighet over innhold og organisering av tjenestetilbudet; som arbeidsleder med «større ansvar for organisering og innhold» av tjenesten. Dette er et prinsipp som

ligger stadig fast i bunnen av dagens regelverk, men som til dels har blitt mindre tydelig som konsekvens av senere utvikling av tjenestenes innhold og organisering.

Innen den brede og sammensatte krets av tjenestemottakere som mottar eller bør motta tilbud om brukerstyrt personlig assistanse, vil det være personer med svært ulike behov for hjelp og evne til å administrere denne. Dette vil kunne medføre at tjenestetilbudet blir utviklet og organisert på grunnlag av generelle rutiner og organisasjonsmodeller som ikke gir det rom for personlig autonomi og individuell tilpasning som er forutsetning for etablering av brukerstyrt personlig assistanse. Her er det særlig tre forhold som krever oppmerksomhet og overveielse; forholdet til bestemmelsene om individuell plan, til samordningen av sosiale tjenester og helsetjenestetilbud, og til innholdet og rekkevidden av tjenestemottakerens rett til å organisere tilbudet.

Rettslig karakter og praktiske konsekvenser for tjenestemottakeren av at det er utarbeidet en individuell plan

Karakteren av reglene om individuell plan var et tema i arbeidet frem mot Helse- og omsorgstjenesteloven av 2011. I NOU-en som var utgangspunktet for departementets arbeid med denne, ble det foreslått en bestemmelse²⁶ som påla kommunen en alminnelig plikt til å «utarbeide en individuell plan for tjenestemottakere med behov for langvarige og koordinerte tjenestetilbud», altså også helsetilbud.

Ett av medlemmene i utvalget, Marianne Gullestad, dissenterte på dette forslaget, idet hun fremholdt at

«individuell plan må utformes som en rettighet for tjenestemottaker, noe som kommunen på faglig grunnlag kan ta initiativ til, ikke som en selvstendig plikt for kommunen.»

Bak dette lå i første rekke en bekymring for at en slik lovfesting av plikt til å utarbeide individuell plan ville innebære en svekkelse av pasientens eller brukerens autonomi, selv om man understreket at slike planer alltid skulle utarbeides i samråd med denne.

I det som ble lovens § 7-1, fulgte man tilsynelatende flertallsforslaget fra utvalget ved å fastslå en plikt for kommunen til å utarbeide slike planer, men her ble det også presisert i proposisjonen²⁷ at dette bare skulle innebære en plikt for kommunen til å

«vurdere om en person bør få tilbud om individuell plan, men ikke at individuell plan skal utarbeides mot pasientens eller brukerens vilje».

²⁶ Lovutkastet § 3-6 nr. 1.

²⁷ Prop. 91 L 2010-2011, merknader til bestemmelsen.

Og ble det fastslått:

«Prinsippet om samtykke fra pasient eller bruker vil fortsatt gjelde».

I tråd med dette beholdt man formuleringen i § 2-5 i det som nå ble Pasient- og brukerrettighetsloven, om «rett til å få utarbeidet individuell plan» (min utheving) for pasient eller bruker «med behov for langvarige og koordinerte helse- og omsorgstjenester».

Vi må vel etter dette si at tjenestemottakers personlige autonomi er godt ivaretatt på det rent juridiske plan. Spørsmålet blir da om det likevel er trekk ved bruken av individuell plan som ramme for tjenestetilbudet, som truer eller i alle fall svekker denne autonomien i praksis. En viktig faktor er her den utvidelsen av rammen for slik plan som ble foretatt da Pasientrettighetsloven av 1999 ble oppgradert til Pasient- og brukerrettighetsloven i 2011. Jeg skal se nærmere på det som skjedde her, og den betydning det kan ha fått for organiseringen av denne type tjenestetilbud.

Innpassing av brukerstyrt personlig assistanse i et tverrfaglig tjenestetilbud

Ved lovendringen av Pasient- og brukerrettighetsloven i 2011 ble lovens formål (§1-1) revidert til «å gi pasienter og brukere rettigheter overfor helse- og omsorgstjenesten», og beskrivelsen av den grunnleggende rettighetsposisjonen for tjenestemottaker (§ 2-1a andre avsnitt) som en «rett til nødvendig helse- og omsorgstjenester fra kommunen». I tråd med dette er brukerstyrt personlig assistanse i Helse- og omsorgstjenesteloven (§ 3-2 første avsnitt, nr. 6, bokstav b) i utgangspunktet omtalt som en type «Andre helse- og omsorgstjenester», på linje med «helsetjenester i hjemmet». Men som eksempler på dette («herunder») nevnes bare klassiske sosialtjenester som «praktisk bistand og opplæring og støttekontakt». Og i Pasient- og brukerrettighetsloven fastslås (§ 2-1d første avsnitt, tredje setning) at «Helsetjenester i avlastningstiltak omfattes ikke», samtidig som det i proposisjonen til bestemmelsen²⁸ understrekes at «Helsetjenester er ikke omfattet av rettigheten».

Vurderingen av hvorvidt eller i hvilket omfang en tjenestemottaker har krav på brukerstyrt personlig assistanse må imidlertid uansett foretas på grunnlag av den enkeltes konkrete livssituasjon, herunder også de helsetjenestene hun mottar. Her vil det kunne være tjenestemottakere med «behov for langvarige og koordinerte helse- og omsorgstjenester», noe som utløser rett til individuell plan etter bestemmelsene om dette i Helse- og omsorgstjenesteloven § 7-1. Denne skal da omfatte tjenester både etter denne loven og eventuelt også tjenester etter Spesialisthelsetjenesteloven og Psykisk helsevernloven, samt fra andre tjenesteytere.

²⁸

Prop. 86 L 2013-2014, merknader til bestemmelsen.

Som vi har sett, er individuell plan ikke noe rettslig eller forvaltningsmessig styringsinstrument, men bare en form for kvalitetssikring av det samlede tjenestetilbudet ved krav om en koordinert plan for de tilbud som gis eller skal gis til tjenestemottakeren. Men denne planen vil – og skal – definere premissene og danne utgangspunkt og ramme for de enkelte vedtak som treffes om ulike typer tjenester, herunder også brukerstyrt personlig assistanse. Det betyr at for noen tjenestemottakere vil det reelle spillerommet for personlige valg når det gjelder innholdet og organiseringen av brukerstyrt personlig assistanse, kunne være sterkt begrenset.

I noen situasjoner vil dette være uunngåelig. Konflikten vil kunne gå på valg av hvilke tjenester som skal ha «forkjørsrett», ut fra koordineringshensyn, hensyn til praktisk gjennomføring, eller rett og slett ønske om å begrense samlet ressursbruk.

For tjenestemottaker vil det kunne oppleves som belastende hvis hennes ønske om brukerstyrt personlig assistanse gjennomgående blir «satt i baksetet» der den kommer på tvers av organiseringen av andre helse- eller sosialtjenester. Det er ikke rettslig grunnlag for noen slik nedprioritering av brukerstyrt personlig assistanse i denne sammenhengen, men det er nærliggende å tro at hensynet til helhetlig bruk av kommunale ressurser, og respekt for faglige vurderinger ikke minst fra helseprofesjonen, vil kunne veie tungt i praksis når det treffes avgjørelser om innhold og organisering av tilbud om brukerstyrt personlig assistanse.

Jeg ser det som et uttrykk for en slik bekymring når departementet finner det nødvendig å presisere i mandatet til utvalget at «Ordningen skal defineres som et likestillingsverktøy, og ikke en helseordning», og ber utvalget om å «utrede alle forslag, også konsekvensene av å flytte BPA ut av helselovgivningen». Bak dette ligger etter alt å dømme en erkjennelse av at gjennomslagskraften av rettighetsbestemmelser om tjenestemottakers råderett og innflytelse på innhold og organisering av brukerstyrt personlig assistanse i vesentlig grad vil avhenge av den forvaltningsmessige struktur som de er plassert inn i.

Her er det også et poeng at innholdet og omfanget av brukerstyrt personlig assistanse ikke er – og ikke kan - reguleres presist i lov eller forskrift. Dette har som praktisk konsekvens at det langt på vei er opp til den enkelte kommune å utforme retningslinjer og rutiner for tildeling av slik assistanse, og eventuelt foreta innpassing av det som her er fastsatt, i et samlet tilbud til den enkelte tjenestemottaker. Dette reiser spørsmål om behov for statlige kontrollmekanismer og retningslinjer for å sikre en ensartet og forsvarlig organisering av dette tjenestetilbudet.

I det følgende skal jeg med disse utgangspunktene først legge frem noen tanker om den rettslige innplassering av regler om brukerstyrt personlig assistanse

i lovverket, før jeg avslutningsvis skal si litt om kontroll med og overprøving av kommunale vedtak om slike tjenester.

**INNPLASSERING OG UTFORMING AV REGLER OM BRUKERSTYRT PERSONLIG ASSISTANSE I
LOVVERKET**

I dag er reglene om brukerstyrt personlig assistanse forankret flere steder i lovverket. Regelverket er ikke overdrevent oversiktlig og enkelt å navigere i for andre enn spesialister.

Utgangspunktet er bestemmelsen i Helse- og omsorgsloven § 3-1, som fastslår at kommunen skal sørge for at personer som oppholder seg i kommunen, tilbys nødvendige helse- og omsorgstjenester som ikke hører inn under stat eller fylkeskommune. Denne er en generelt formet pliktregel eller «sørge for-regel», som pålegger kommunen å ha et adekvat og tilstrekkelig tjenestetilbud for «alle pasient- og brukergrupper, herunder personer med somatisk eller psykisk sykdom, skade eller lidelse, rusmiddelproblem, sosiale problemer eller nedsatt funksjonsevne».

I denne lovens § 3-2 kommer så en oppstilling av tjenester som kommunen «blant annet skal tilby». Her finner vi den første omtale av personlig assistanse, i nr. 6, bokstav b, «herunder praktisk bistand og opplæring og støttekontakt». I § 3-8 gjentas så kravet om at kommunen skal ha et slikt tilbud, samtidig som det introduseres et nytt krav; at denne tjenesten skal være «organisert som *brukerstyrt personlig assistanse*» (min utheving).

Ingen av disse bestemmelsene er rettighetsregler som den enkelte borger kan påberope seg. Rettskrav på denne type bistand, for personer «med langvarig og stort behov for personlig assistanse», er i stedet fastslått i Pasient- og brukerrettighetsloven § 2-1d. Denne retten gjelder bare for personer under 67 år eller som har fått innvilget slik assistanse før fylte 67 år.

Denne aldersbegrensningen ble tatt inn i bestemmelsen da den ble vedtatt i 2011 «Av hensyn til kostnadsnøytralitet», uten annen begrunnelse enn at «Antallet med rett til BPA vil kunne stige betydelig dersom brukere over 67 år inkluderes». I 2020²⁹ la man imidlertid inn en oppmykning av denne grensen, ved en tilføyelse om at rett til slik assistanse ikke bortfaller ved fylte 67 år for den som tidligere er tildelt slik.

Samtidig bemerkes i proposisjonen til denne endringsloven³⁰ at «Kommunen har etter helse- og omsorgstjenesteloven § 3-8 plikt til å ha tilbud om brukerstyrt personlig assistanse også til brukere som ikke omfattes av rettighetsfestingen». Her fastslås med andre ord at det foreligger en *plikt* til å ha et tilbud om en bistandsform også til tjenestemottakere som ikke har noe *rettskrav* på dette. Det kan knapt nok karakteriseres som forbilledlig lovgivningsteknikk.

Vi har sett at vedtak om brukerstyrt personlig assistanse ikke sjelden vil kunne skje innenfor rammen av eller i samspill med «individuell plan». Bestemmelser om rett til slik plan finner vi både i Pasient- og brukerrettighetsloven § 2-5 og i Sosialtjenesteloven § 28. Denne tilsynelatende dupliseringen avspeiler at det er

²⁹ LOV-2020-06-19-79.

³⁰ Prop. 93 L 2019-2020, merknad til endringsforslaget.

ulike bestemmelser om individuell rett til tjenester i de to lovene. Den generelle rett til nødvendig hjelp er fastslått i Pasient- og brukerrettighetsloven § 2-1a, og rett til avlastningstiltak i § 2-8, mens vi finner bestemmelser i Sosialtjenesteloven kapittel 4 også om rett til individuelle tjenester, herunder rett stønad til livsopphold (§ 18), stønad i særlige tilfeller (§ 19), rett til kvalifiseringsprogram (§ 29) og midlertid botilbud (§ 27).

Samordningen og samspillet mellom Pasient- og brukerrettighetsloven og Sosialtjenesteloven er et til dels vanskelig tema. For brukerstyrt personlig assistanse er det imidlertid, som vi har sett, fastslått at denne skal hente sitt innhold fra de etablerte virkemidlene i sosialtjenesten, med fokus på ulike typer rent praktisk rettede hjelpetiltak, og ikke på medisinsk basert helsehjelp og omsorgstiltak.

Pasient- og brukerrettighetsloven tar utgangspunkt i et allment behandlings-, habiliterings- og pleierettet perspektiv. Lovens formål (§ 1-1) er

«å bidra til å sikre befolkningen lik tilgang på tjenester av god kvalitet ved å gi pasienter og brukere rettigheter overfor helse- og omsorgstjenesten».

Det er altså ønske om å sikre «tilgang på tjenester» som inngangsportalen til denne lovens regler. Den er utformet som en lov om *virkemidler*. I motsetning til dette har Sosialtjenesteloven et bredere og mer direkte *målrettet* perspektiv på den bistand som gis der. I § 1 angis som hovedformål med denne loven

«å bedre levekårene for vanskeligstilte, bidra til sosial og økonomisk trygghet, herunder at den enkelte får mulighet til å leve og bo selvstendig, og fremme overgang til arbeid, sosial inkludering og aktiv deltakelse i samfunnet».

og å

«bidra til likeverd og likestilling og forebygge sosiale problemer».

Samspillet og balansen mellom disse to ulike tilnærmingene synes å være en viktig underliggende problemstilling i dagens debatt om innhold og organisering av brukerstyrt personlig assistanse. Det kan her være verdt å ta frem igjen den bekymringen Norges Handikapforbund ga uttrykk for i sin høringsuttalelse til utvidelsen i 2011 av rekkevidden til den daværende Pasientrettighetsloven³¹:

«NHF's erfaring er at omsorgstjenestene er dominert av helseprofesjoner med til dels manglende kunnskap om betydningen av samfunnsdeltakelse og andre sentrale sosialpolitiske områder. For at formålsbestemmelsene skal fungere som veiledende og retningsgivende for den kommunale virksomheten må disse trekkes inn i merknadene til relevante bestemmelser.»

Dette er ikke ment som et avgjørende argument for at bestemmelsene om brukerstyrt personlig assistanse skal tas ut av Helse- og omsorgstjenesteloven. De

³¹ Sitert i Prop. 91 L 2010-2011. S. 64.

hensynene som begrunnet vedtakelsen av denne overordnede felles rammeloven for disse tjenestene, står stadig like sterkt. Men bekymringene som er gjengitt ovenfor, tilsier at det er grunn til å reise spørsmålet om bestemmelsene om rett til brukerstyrt personlig assistanse bør få en selvstendig, tydeligere, og vesentlig mer nyansert og utpenslet, rettslig forankring enn sin nåværende inneklemt plass i Pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 2, midt i en rekke paragrafer om ulike former for helsehjelp. Det synes å være behov for et eget regelverk som klarere markerer denne rettigheten som en særlig tjenesteform som går utover rammen for de tradisjonelle oppgaver i denne loven; omsorg og behandling, og som gir en bedre veiledning og mer presise rettslige rammer for de kravene som skal stilles til dette tjenestetilbudet.

En egen lov om brukerstyrt personlig assistanse vil imidlertid ikke være uproblematisk. Dette er et en type tiltak som er ment å erstatte og supplere tradisjonelle praktiske hjelpetiltak, slik disse var beskrevet i Sosialtjenesteloven 1991³², og som nå tar utgangspunkt i Pasient- og brukerrettighetsloven § 2-1a andre avsnitt, om «rett til nødvendige helse- og omsorgstjenester fra kommunen». Utforming og oppfølging, og intern kontroll, med ulike typer brukerstyrt personlig assistanse, og samspill med andre tjenester, vil stadig måtte være forankret i sosialfaglig og medisinsk kompetanse, både når det treffes vedtak, og ved klagebehandling og statlig kontroll med tjenesten. Det vil da kunne bli ganske krevende for administrasjon og tjenesteytere om de forholde seg til ytterligere én lov som stiller krav til og setter rammer for virksomheten.

En mer nærliggende løsning synes å være å føye inn i Sosialtjenesteloven et eget kapittel om denne formen for bistand. Det vil tydeliggjøre denne hjelpeformens særtrekk som praktisk autonomireparasjon, basert på grunnleggende prinsipper om samfunnets ansvar for å ivareta selvbestemmelse, likeverd og livskvalitet for funksjonshemmede, og markere sammenhengen med ulike individuelle rettigheter i denne loven. I et slikt eget kapittel vil man kunne å gi mer presise retningslinjer for tjenestemottakerens rettigheter til slik tjeneste, og regler om de særlige spørsmål knyttet til organisering og styring av tjenesten, og tilsyn med denne.

Et alternativ til dette vil kunne være å føye inn et eget kapittel om brukerstyrt personlig assistanse i Pasient- og brukerrettighetsloven. Men det vil etter alt å dømme kunne bli mer krevende redaksjonelt og lovteknisk å støpe et hjelpetilbud med målsetting om å gi varig hjelp til selvstendig organisering av eget liv, inn i en lov som er fokusert på rett til ulike tjenester og beslutningsprosessene ved tildeling av disse.

Det faller utenfor rammen for mitt oppdrag her å presentere synspunkter på den nærmere utforming av reglene i et slikt større og autonomt sett bestemmelser

³² § 4-2 a-c, jf. § 4-3 om krav.på hjelp for "De som ikke kan dra omsorg for seg selv".

om denne rettigheten. I stedet skal jeg nå se på den andre hovedproblemstillingen jeg er bedt om å vurdere; reglene om klage over vedtak om slike tjenester, og statlig kontroll med disse.

KLAGE PÅ BPA-VEDTAK. STATLIG TILSYN

Utgangspunkter. Regler om klage eller tilsyn med kommunale helse- og omsorgstjenester

I Pasient- og brukerrettighetsloven § 7-2, første avsnitt, er det gitt en regel om klagerett til statsforvalteren blant annet over vedtak i lovens kapittel 2, der § 2-1d om brukerstyrt personlig assistanse. Klagetema er angitt som påstand om at bestemmelsene her «er brutt». Den nærliggende forståelse av denne formuleringen er at dette betyr at det bare er adgang til lovlighetsklage – altså i første rekke klage over at vedtak eller tjenesteutøving ikke oppfyller lovens krav om forsvarlig tjenestetilbud – jf. § 2-1a om rett til nødvendig hjelp fra kommunens helse- og omsorgstjeneste.

I § 7-7 er det imidlertid gitt nærmere bestemmelser om anvendelsen av Forvaltningslovens regler om behandling av klager i slike saker som klart forutsetter at også forvaltningens valg mellom handlingsalternativer som i utgangspunktet er lovlige, kan påklages. Etter at det er fastslått at reglene i Forvaltningsloven «gjelder så langt de passer, med de særlige bestemmelser som er gitt i dette kapitlet», kommer noen særlige regler om statsforvalterens vurdering ved klagebehandlingen som klart nok er rettet mot prøvingen av dette forvaltningsskjønnet – det såkalte «frie skjønn»:

*«Statsforvalteren skal ved prøving av kommunale vedtak om helsetjenester legge vekt på hensynet til det kommunale selvstyret ved prøving av det frie skjønn. For øvrige kommunale vedtak skal klageinstansen legge stor vekt på hensynet til det kommunale selvstyre **ved prøving av det frie skjønn** [min utheving], jf. forvaltningsloven § 34 andre ledd tredje punktum.»*

Utgangspunktet for disse bestemmelsene er ønsket om å unngå for detaljert prøving og regulering av den kommunale forvaltningsmessige skjønnsutøving ved klagebehandlingen. Dette er et hensyn som er søkt ivaretatt allerede i bestemmelsen i Forvaltningsloven § 34 andre avsnitt, om klageinstansens prøving av vedtaket. For slike klager er det her gjort et unntak fra det generelle utgangspunktet om at «klageinstansen [kan] prøve alle sider av saken og herunder ta hensyn til nye omstendigheter», og at den herunder «skal vurdere de synspunkter som klageren kommer med». I slike klagesaker skal klageinstansen ved sin avgjørelse

«legge stor vekt på hensynet til det kommunale selvstyre ved prøving av det frie skjønn»,

og

«Det skal fremgå av vedtaket hvordan klageinstansen har vektlagt hensynet til det kommunale selvstyret».

Bakgrunnen for denne særregelen er at en fullstendig overprøving av alle sider av et vedtak kan oppleves som problematisk når et statlig organ behandler klage over vedtak truffet av kommune eller fylkeskommune. I slike saker er det ikke noe generelt over-undersordningsforhold mellom første instans og klageorganet. Kommuner og fylkeskommuner er som alminnelig regel bare er underlagt statlig kontroll og instruksjonsmyndighet fra statlige organer så langt dette er fastsatt i lov, se Kommuneloven § 2-1 siste setning: «Begrensninger i det kommunale og fylkeskommunale selvstyret må ha hjemmel i lov».

Statlig kontroll av kommunale eller fylkeskommunale tjenester er derfor som rettslig utgangspunkt begrenset til lovlighetskontroll, både etter Kommuneloven § 27-1 av vedtak som er truffet, og ved «tilsyn med kommunens eller fylkeskommunens oppfyllelse av plikter pålagt i eller i medhold av lov» etter denne lovens § 30-1, jf. Helsetilsynsloven 2017 (LOV-2017-12-15-107) § 4 andre avsnitt, andre setning;

«Statsforvalteren skal føre tilsyn med om tjenestene er i samsvar med det som er bestemt i lover og forskrifter».)

Frem til ikraftsettingen av kommuneloven av 1992 kunne kommunale vedtak som rettslig utgangspunkt ikke påklages etter reglene i Forvaltningsloven. Den praktiske realitet var imidlertid at det var gitt særlige regler om klage til fylkesmannen eller annet statlig organ i flere sentrale lover, og da med full overprøvingsmyndighet for klageinstansen etter reglene i Fvl. § 34. Kommunelovutvalget 1992 (NOU 1990:13, forslag til § 55) foreslo at man faset ut alle daværende regler om slik forvaltningsklage over kommunalt eller fylkeskommunalt vedtak til statlig organ, og erstattet dem med ett sett regler om klage over enkeltvedtak – altså vedtak om rettigheter eller plikter til individuelle privatpersoner - til en eller flere særskilte kommunale klagenemnder, med unntak for vedtak truffet av kommunestyret eller fylkestinget, som skulle kunne påklages til departementet. Samtidig foreslo man en regel (utkastets § 56 nr. 2) om rett for part eller andre med klagerett etter Forvaltningslovens alminnelige regler (se Fvl. § 28 innledningen; «annen med rettslig klageinteresse i saken») til å bringe enkeltvedtak inn for statlig organ «til kontroll av vedtakets lovlighet».

Disse forslagene ble bare fulgt opp i begrenset grad ved den etterfølgende gjennomgangen av de aktuelle særlovene. Den formelle hovedregelen i Forvaltningsloven § 28 er nå at klage over kommunale enkeltvedtak går til

«kommunestyret eller fylkestinget, eller etter disses bestemmelse, formannskapet eller fylkesutvalget eller en eller flere særskilte klagenemnder oppnevnt av kommunestyret eller fylkestinget»,

men den praktiske hovedregel er stadig at på sentrale områder med særlovgivning er klageinstans departementet eller det organ det utpeker, i de fleste sammenhenger statsforvalteren. Lovlighetskontroll av kommunale eller fylkeskommunale vedtak blir bare satt i gang etter lovlighetsklage fra tre medlemmer av kommunestyre eller fylkesting, og bare av departement eller statsforvalter av eget tiltak «Hvis særlige grunner tilsier det». (Koml. § 27-1 første og andre avsnitt.) Lovlighetstilsyn med at kommunen eller fylkeskommunen oppfyller sine plikter etter lov, skjer ellers bare etter beslutning av statsforvalteren «der det i lov er gitt hjemmel for å føre tilsyn» (Kommuneloven § 30-2).

Rammen for prøving ved klage over vedtak om brukerstyrt personlig assistanse

Statsforvalterens prøving av vedtak om brukerstyrt personlig assistanse er forankret i Forvaltningsloven § 34 (se Pbrl. § 7-7 første setning). Utgangspunktet her er at klageinstansen skal – så langt klagen rekker – «prøve alle sider av saken og herunder ta hensyn til nye omstendigheter», men med den begrensning (Fvl. § 34 andre avsnitt, tredje setning) som er gjengitt ovenfor, om at klageinstansen skal «legge stor vekt på hensynet til det kommunale selvstyre ved prøving av det frie skjønn». Denne begrensningen av prøvingsintensiteten er så ytterligere nyansert i Pbrl. § 7-7 første avsnitt, andre og tredje setning, ved at det først sies at «Statsforvalteren skal ved prøving av kommunale vedtak om helsetjenester *legge vekt på* hensynet til det kommunale selvstyret ved prøving av det frie skjønn», hvoretter man gjentar Forvaltningslovens regel om at det skal legges «stor vekt» på hensynet til det kommunales selvstyre ved prøving av det frie skjønn ved «øvrigt kommunale vedtak».

Det rettslige innhold av disse verbale gymnastikkøvelsene er ikke så lett å få tak på for andre enn spesialister.

Her er det særlig viktig å være klar over at denne regelen ikke er en begrensning av klageinstansens kompetanse, hva den *kan* overprøve, men bare av hva den har *plikt til å prøve*. Jf. merknad til bestemmelsen i Prop. 91 L 2010-2011 punkt 34.7.9 Klageinstansen kompetanse:

«Utgangspunktet i forvaltningsloven § 34 er at klageorganet har full kompetanse til å prøve alle sider ved et påklaget vedtak. Hensynet til det kommunale selvstyret er ivaretatt ved at statlig organ har plikt til å legge vekt på det kommunale selvstyret ved prøving av kommuners «frie skjønn», jf. forvaltningsloven § 34 andre ledd.»

Dette betyr at denne bestemmelsen må oppfattes som et direktiv til klageinstansens utøving av *sitt* forvaltningsskjønn i saken, men ikke som et rettslig prøvingstema i en eventuell sak om *gyldigheten* av vedtaket i klagesaken. En kommune kan dermed ikke påberope seg at statsforvalterens vedtak i en klagesak er ugyldig fordi man ikke har lagt *tilstrekkelig* vekt på hensynet til det kommunale selvstyre, hvis det er på det rene at dette *har vært vurdert* ved

avgjørelsen i klagesaken. Klageinstansens vedtak vil bare kunne bli ugyldig hvis det må legges til grunn at statsforvalteren *overhodet ikke har tatt stilling til* om hensynet til kommunalt selvstyre er relevant i den aktuelle sammenhengen. Se her Tvisteloven (LOV-2005-06-17-90) § 1-4a nr. 1, om adgang for en kommune til å reise søksmål mot staten om gyldigheten blant annet av «avgjørelse som opphever eller endrer kommunens eller fylkeskommunens enkeltvedtak etter klage».

Skillet mellom forvaltningsskjønn og rettsanvendelse i saker om brukerstyrt personlig assistanse.

Bestemmelsene i Forvaltningsloven § 34 og Pasient- og brukerrettighetsloven § 7-7 pålegger altså klageinstansen å legge vekt – eller stor vekt – «på hensynet til det kommunale selvstyret ved prøving av det frie skjønn». Dette er en referanse til formålsbestemmelsen i Kommuneloven § 1-1 om at det skal legges til rette for «det lokale folkestyret». Det er med andre ord spørsmål om å verne det lokalpolitiske handlingsrommet i den enkelte kommune innenfor lovens rammer.

I saker om tildeling av ytelser etter helse- og sosiallovgivningen vil dette lokalpolitiske skjønnet så å si unntaksfritt gå på generelle valg - i retningslinjer eller budsjett og organiseringsvedtak. Det faglige og administrative skjønnet i enkeltsaker vil bli utøvd innenfor disse generelle rammene av tilsatte fagfolk og saksbehandlere. Regelen i Forvaltningsloven § 34 om at man skal «legge stor vekt på hensynet til det kommunale selvstyre ved prøving av det frie skjønn» tar klart nok ikke sikte på å skjerme slike individuelle administrative vurderinger mot overprøving, så lenge de ikke er foretatt av eller avspeiler lokalpolitiske valg formulert av folkevalgt organ i kommunen. Riktig forstått har denne begrensningen av prøvingstema ved klage derfor bare helt marginal betydning.

Hovedproblemet her er imidlertid manglende forståelse av skillet mellom rettsanvendelse og forvaltningsskjønn, eller «fritt skjønn» som dette siste betegnes i lovteksten og en del steder i dommer og litteratur. Rettsanvendelsen er forståelsen av de rettslige rammene for de vedtakene som treffes, og av saksbehandlingen og av de formål og hensyn som vedtaket er skal eller kan være basert på. Dette både kan og skal statlige klageinstanser prøve så langt dette er påklaget, og ellers der det er grunn til å undersøke det ut fra de opplysninger som foreligger.

Dette skillet kan være uskarpt eller i alle fall vanskelig å holde fast ved. Forvaltningsskjønnet eller «det frie skjønn» er avgjørelser som treffes ved valg mellom ulike vedtaks- eller handlingsalternativer som hver for seg er lovlige. I det ligger at det organet som treffer vedtak eller har ansvar for en tjeneste, har et spillerom for politisk, faglig eller administrativt skjønn. Grensene for dette skjønnet avgjøres ved tolking av lover og forskrifter, og etablerte forvaltningsrettslige prinsipper som krav om saklig begrunnelse og likebehandling.

I klager over vedtak om tildeling av ytelser innen helse- og sosialtjenester vil det grunnleggende vurderingstema normalt være om kravene til et forsvarlig tjenestetilbud er oppfylt; etter Pasient- og brukerrettighetsloven § 2-1a andre og tredje avsnitt om «pasient eller bruker» har fått «nødvendige helse- og omsorgstjenester fra kommunen» og «et verdig tjenestetilbud», herunder brukerstyrt personlig assistanse etter bestemmelsene om slike hvis hun har «langvarig og stort behov slik personlig assistanse. Dette er et juridisk spørsmål, som klageinstansen kan og skal prøve fullt ut, uten noe rom for spillerom av hensyn til lokalpolitisk handlingsrom.

Utfordringer ved utforming av nye regler om brukerstyrt personlig assistanse

Både vilkårene for og omfang og innhold av tjenester som brukerstyrt personlig assistanse vil måtte bero på konkrete og etterprøvbare faglige vurderinger. En hovedoppgave ved utarbeidelse av mer presise regler om dette vil være å utforme regler som gir gode og mest mulig presise retningslinjer for og krav til dette. Fortsatt vil det åpenbart være både behov og rom for et ikke helt lite spillerom for hvordan disse gis, både generelt og til den enkelte tjenestemottaker, og klart nok for spillerom for den enkelte kommune ved valg mellom alternativer som fremtrer som likeverdige og forsvarlige, men da med den viktige tilføyelsen at tjenestemottakerens individuelle valg og preferanser må tillegges stor vekt.

Denne grensedragningen og avveiningen vil kunne være vanskelig, men må gis klar rettslig status som et *faglig* vurderingstema som ikke kan skjermes mot overprøving ved klagesaksbehandling ved påberopelse av at dette er spørsmål om utøving av kommunalt forvaltningskjønn. Disse vurderingene vil som hovedregel måtte anses som rettslig normerte i loven, på linje med andre krav om faglig forsvarlig tjenestetilbud i både helse- og sosialforvaltningen. Og den konkrete skjønnsutøvingen innen disse rettslige rammer, vil bare helt unntaksvis kunne ses som utøving av «kommunalt selvstyre», som klageinstansen skal legge vekt på ved sin prøving av vedtaket.

I denne sammenheng er det viktig å holde fast ved at hensyn til budsjettdisiplin og prioritering av ressurser ikke skal inngå i vurderingen av lovligheten av et vedtak hvis det i ikke oppfyller generelle faglige minstestandarder. Lov går her foran budsjettvedtak; kommunen har rettslig plikt til å oppfylle minstekrav til tjenestetilbudet. Se her Kommuneloven § 14-5 første avsnitt, siste setning, der det slås fast at det generelle krav om at årsbudsjettet er en bindende ramme for bruk av kommunale midler, ikke gjelder «for utbetalinger som kommunen eller fylkeskommunen har en rettslig plikt til å foreta».

På denne bakgrunn er etter det etter min mening ikke noe behov for særlige regler om klage over vedtak om tildeling av brukerstyrt personlig assistanse. Forvaltningslovens regler om klageinstansens kompetanse og prøvingsplikt må gjelde fullt ut her. Bestemmelsen i dennes § 34 om hensyn til kommunalt selvstyre

er tilstrekkelig til å skjerme mot overdrevent finstilt prøving av valg mellom ulike alternative tjenestetilbud her, men vil etter alt å dømme være lite relevant.

Samtidig bør bestemmelsen i Pbrl. § 7-2 første avsnitt, første setning, reformuleres slik at klagerett ikke kan synes begrenset til situasjoner der de lovbestemmelser som nevnes der «er brutt». Første avsnitt, første setning, her bør lyde:

«Pasient eller bruker eller dennes representant kan klage til statsforvalteren over vedtak i sak om tildeling av tjenester etter kapitlene 2, og 4, samt § 5-1, § 6-2 og § 6-3.»

Den generelle bestemmelsen i Pasient og brukerrettighetsloven § 7-7 første avsnitt, andre og tredje setning, kan med fordel strykes, Den tilfører ikke noe ved siden av Fvl. § 34, og er egnet til å forsterke forvirringen om grensen mellom lovlighetsprøving og prøving av forvaltningsskjønn («fritt skjønn»).

Men her er det i alle fall grunnleggende viktig at det understrekes at hensynet til det kommunale selvstyre uansett bare er relevant ved valget mellom alternative utforminger og organisering av tilbudet som hver for seg oppfyller lovens krav til forsvarlig tilbud, både når det gjelder kvalitet, omfang og organisering. Hvorvidt det som tilbys oppfyller et slik spesielt forsvarlighetskrav og mer spesifikke krav etter loven til brukerstyrt personlig assistanse, er et rettslig vurderingstemas som må prøves fullt ut, både ved klagebehandling og ved statlig kontroll og tilsyn ellers.