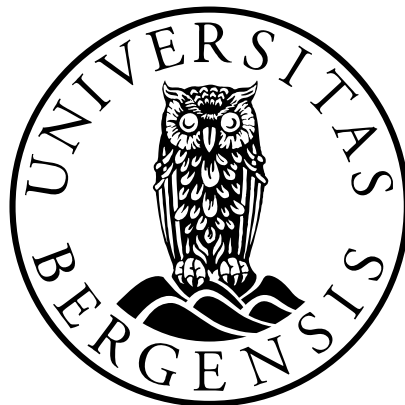


*Brukerstyrt personlig assistanse -
et viktig likestillingsverktøy for
deltakelse i samfunnet - hvorfor følges
ikke lovverket etter intensjonen?*

Kandidatnummer: 62

Antall ord: 14 982



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

[Dato: 10.12.2020]

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	1
1 Innledning.....	2
1.1 Tema og problemstilling.....	2
1.2 Bakgrunn	3
1.3 Avgrensinger	5
1.4 Definisjoner	6
1.5 Metodiske spørsmål.....	7
1.6 Fremstillingen videre.....	9
2 Retten til BPA	10
2.1 Det rettslige utgangspunktet	10
2.2 Hvilke tjenester omfattes av retten til BPA	14
2.2.1 Innledning.....	14
2.2.2 Personlig assistanse	14
2.2.3 Skole, utdanning og arbeid.....	19
2.2.4 Avlastningstiltak.....	20
2.2.5 Ytelser med flere enn én til stede og nattytelser	21
2.3 Bestemmelsens rettslige vilkår	23
2.3.1 Innledning.....	23
2.3.2 Langvarig behov.....	23
2.3.3 Stort behov	24
2.3.4 Unntaket for personer med mer enn 25 timers tjenestebehov	27
3 Det må foreligge rett til nødvendig helse- og omsorgstjenester.....	28
4 Kommunens ansvar for at tjenesten og tjenestetilbudet er forsvarlig	31
5 Overprøving av vedtak om BPA	36
5.1 Innledning.....	36
5.2 Overprøving ved fylkesmann	36
5.3 Overprøving av andre instanser	40
6 Rettspolitiske betraktninger.....	43
Kilderegister	46

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Temaet i denne oppgaven er brukerstyrt personlig assistanse (BPA). BPA er en omsorgstjeneste som ytes av kommunen på lik linje med andre tradisjonelle helse- og omsorgstjenester. Retten til BPA er lovfestet gjennom pasient- og brukerrettighetsloven (pbrl.) § 2-1 d.¹ Rettskrav på tjenesten møtes av kommunens plikt til å tilby BPA etter helse- og omsorgstjenesteloven (hol.) § 3-8.²

Denne oppgavens hovedproblemstilling er formet slik:

Brukerstyrt Personlig Assistanse, et viktig likestillingsverktøy for deltakelse i samfunnet - hvorfor følges ikke lovverket etter intensjonen?

Et viktig mål for denne oppgaven er således å analysere de rettslige utgangspunktene og intensjonene bak BPA-ordningen og peke på hvilke forhold som ligger bak dette forventingsgapet og hvorfor ikke lovgivningen følges etter intensjonen fra kommunene. For å svare på dette er oppgaven delt inn i flere underproblemstillinger.

Oppgavens første underproblemstilling er; *i hvilken grad åpner vurderingen av hvilke tjenester som inngår i BPA-ordningen for store kommunale forskjeller.*

Den andre underproblemstilling er; *i hvilken grad de rettslige vilkårene og begrunnelsen bak dem er med å sikre at BPA-ordningen brukes som et likestillingsverktøy og er med på å fremme konform tolkning hos kommunene.*

Underproblemstilling nummer tre er; *kan det oppstå spenningsforhold mellom grunnvilkåret om at brukeren må ha rett til nødvendig helse- og omsorgstjenester etter pbrl. §2-1 a andre ledd og de rettslige vilkårene for å ha rett til BPA etter pbrl. § 2-1 d.*

Oppgavens fjerde underproblemstilling er; *hvilke krav stilles til forsvarlighet for kommunens BPA-vedtak og gjennomføring av BPA-tjenesten.*

¹ Lov 02. juli 1999 nr. 63 om pasient- og brukerrettigheter (pasient - og brukerrettighetsloven)

² Lov 24. juni 2011 nr. 30 om kommunale helse- og omsorgstjenester m.m (helse- og omsorgstjenesteloven)

Den femte underproblemstillingen er; *i hvilken grad dagens system for overprøving hos fylkesmannen, domstolene og andre nemnder ivaretar personer med behov for personlig assistanse sin rettsikkerhet.*

1.2 Bakgrunn

For å kunne gi en fullverdig vurdering av denne oppgavens hovedproblemstilling må det først sies noe generelt om hva BPA er. Videre gis det en utfyllende forklaring på hva som ligger bak påstanden om at BPA-ordningen er et viktig likestillingsverktøy og at BPA-ordningen ikke fungerer etter intensjonen.

I forarbeidene til pasient- og brukerrettighetsloven § 2-1 d gir departementet en god innføring i hva BPA er. Her uttales det at:

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. Brukeren har rollen som arbeidsleder og påtar seg ansvar for organisering og innhold ut fra egne behov. Innen de timerammer som kommunens vedtak om personlig assistanse angir, kan brukeren styre hva assistentene skal gjøre og til hvilke tider assistansen skal gis.³

I problemstillingen defineres BPA som et viktig liketillingsverktøy for deltakelse i samfunnet for mennesker med nedsatt funksjonsevne. Dette er begrunnet med at disse selv definerer dette som et viktig verktøy for deltakelse og likestilling i samfunnet.⁴ Dette var også anerkjent av lovgiver før rettighetsfestingen av BPA i 2015.⁵

Ved rettighetsfestingen ble det ble anslått at antall borgere som mottok BPA ville stige betraktelig innen fem år etter en rettighetsfesting.⁶ Det pessimistiske anslaget lå på rundt 2400 nye brukere, mens de mest optimistiske anslagene lå på rundt 4000 nye BPA-brukere innen fem år etter rettighetsfestingen.⁷

³ Prop. 86 L (2013-2014) Endringer i pasient- og brukerrettighetslov (rett til brukerstyrt personlig assistanse). s. 5-6

⁴ Norges Handikapforbund (2020) s. 26

⁵ Prop. 86 L (2013-2014) s. 16

⁶ Helse- og omsorgsdepartementet (2011) s. 36-37

⁷ Ibid. s. 36

Fasiten fem år etter er at antall borgere med BPA nesten ikke har steget i det hele tatt. Det er 624 nye borgere som har fått BPA etter rettighetsfestingen per 31.12.2019.⁸ Det er 74 kommuner i Norge per 31.12.2019 som ikke har innbyggere med BPA.⁹ Borgerne opplever at kommunikasjonen med kommunene er lite positiv og at det blir gitt lite eller dårlig informasjon om BPA.¹⁰

Kongen i statsråd utnevnte den 20. september 2019 et nytt BPA-utvalg som skal gjennomgå og foreslå forbedringer i ordningen, og levere en utredning i form av en norsk offentlig utredning (NOU) innen 1. juni 2021. Det uttales i mandatet til BPA-utvalget at:

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.¹¹

Videre viser en stor nasjonal forskningsrapport fra 2017 at kommunene tolker dette regelverket forskjellig, og praktiseringen av ordningen er vilkårlig.¹² Dette var også tilfelle før rettighetsfestingen av BPA som kom i 2015.¹³

Kort tid etter rettighetsfestingen kom departementet med et rundskriv om hvordan BPA-ordningen skulle brukes og forstås i desember 2015.¹⁴ Det uttales at: «*[i] forbindelse med rettighetsfestingen er det reist flere spørsmål om hva som ligger i rettigheten og hvor langt denne går*».¹⁵ Dette viser at det allerede tidlig oppstod problemer med hvordan bestemmelsen skulle forstås, og at en tidlig merket problemer mellom de intensjonene man hadde med BPA-ordningen og det som viste seg å bli tilfellet. Dette er med å underbygge påstanden om at det er et stort gap mellom intensjonen bak BPA-ordningen og den virkelighet som møter brukerne.

⁸ ULOBA (2020) s. 44

⁹ Ibid. s. 33

¹⁰ Ibid. s. 17

¹¹ BPA-utvalget (2019)

¹² Ervik, Kjersad, Linden og Rubecksen (2017) s. 194

¹³ Prop. 86 L (2013-2014) s. 16

¹⁴ Rundskriv I-9/2015 Rettighetsfesting av brukerstyrt personlig assistanse (BPA)

¹⁵ Ibid. s. 1

1.3 Avgrensinger

I en slik oppgave må det foretas en rekke avgrensninger for at oppgaven ikke skal favne bredere enn det en masteroppgave åpner for. For det første er det naturlig å avgrense mot retten til nødvendig helse- og omsorgstjenester fra spesialisthelsetjenesten etter pbrl. § 2-1 b, mot retten til fritt behandlingsvalg etter pbrl. § 2-4 og mot prioriteringsforskriften da dette knytter seg til spesialisthelsetjenesten.¹⁶ Videre er ikke BPA en helse- og omsorgstjeneste som fordrer rett til øyeblikkelig hjelp fra kommunen, og det avgrenses dermed mot pbrl. § 2-1a første ledd.

I BPA-vedtak er det brukeren eller hans nærmeste som har arbeidslederrollen, og kommunen eller en privat tjenesteleverandør er arbeidsgiver for assistenten. En slik organisering reiser en rekke arbeidsrettslige spørsmål. Disse spørsmålene har i større grad vært behandlet i domstolene, og det vises særlig til HR-2017-2277-A som omhandlet en sak der assistenten ble sagt opp da brukeren byttet leverandør. Videre er en særlig underproblemstilling som har vært oppe for Høyesterett i HR-2017-2292-A arbeidsgiveransvaret der en assistent hadde underslått midler fra brukerens konto, også etter arbeidsforholdets slutt. Denne oppgavens hovedformål er å analysere og vurdere intensjonene og de rettslige utgangspunktene for BPA-ordningen. Det anses dermed ikke som særlig relevant å drøfte de særlige arbeidsrettslige og erstatningsrettslige spørsmålene som ordningen reiser for å oppnå dette målet.

Kommunen har etter hol. § 3-1 første ledd ansvar for at alle som «*oppholder seg i kommunen*» tilbys nødvendige helse- og omsorgstjenester. Det oppstår dermed særlige problemstillinger knyttet til de tilfeller hvor en bruker ønsker å ha med seg assistenten på reise eller på utdanning utenfor bostedskommunen, da dette i prinsippet medfører at det er oppholdskommunen som har ansvar for assistansen. Denne særlige problemstillingen avgrenses mot, da en utdypende drøftelse av oppholdsprinsippets rekkevidde og begrensinger ikke i særlig grad er egnet til å belyse denne oppgavens hovedproblemstilling.

¹⁶ Forskrift 01. desember nr. 1208 om prioritering av helsetjenester, rett til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten, rett til behandling i utlandet og om klagenemnd (prioriteringsforskriften).

1.4 Definisjoner

Opgavens hovedproblemstilling er formulert med en forutsetning om at BPA er et viktig likestillingsverktøy. Videre er også begrepet likeverd benyttet i oppgaven. Det følger av likestillings- og diskrimineringsloven § 1 andre ledd at med likestilling menes «likeverd, like muligheter og like rettigheter».¹⁷ Det må forstås slik at likeverd er integrert og en viktig del av likestillingsbegrepet. Forarbeidene fremhever at:

*Likeverd innebærer at enhver skal bli respektert for den man er, uavhengig av biologiske, sosiale og kulturelle forskjeller. «Like muligheter og rettigheter» betyr at alle for eksempel skal ha like muligheter til utdanning, arbeid og inntekt så vel som tilgang til boliger, varer og tjenester.»*¹⁸

Det er denne forståelsen av likestillings- og likeverds begrepet som legges til grunn videre i oppgaven.

I mange av bestemmelsene som brukes i denne oppgaven gis rettigheter til «pasient eller bruker». Pasient er definert i pbrl. § 1-3 bokstav a som «en person som henvender seg til helse- og omsorgstjenesten med anmodning om helsehjelp, eller som helse- og omsorgstjenesten gir eller tilbyr helsehjelp i det enkelte tilfelle.» Bruker er definert i pbrl. § 1-3 bokstav f som «en person som anmoder om eller mottar tjenester omfattet av helse- og omsorgstjenesteloven som ikke er helsehjelp etter bokstav c.» Helsehjelp i bestemmelsens bokstav c er definert som: «handlinger som har forebyggende, diagnostisk, behandlende, helsebevarende, rehabiliterende eller pleie- og omsorgsformål, og som er utført av helsepersonell.» Det er ut i fra disse definisjoner at man kan legge til grunn at de som søker om BPA er å regne som brukere i lovens forstand og ikke pasienter.

Rettsikkerhet er et begrep som brukes gjennomgående i denne oppgaven. Det er derfor nødvendig å gi en forklaring på hva denne oppgaven legger i begrepet rettsikkerhet. Det er vanskelig å gi en allmenn og entydig definisjon på hva som ligger i rettsikkerhetsbegrepet.¹⁹ Det forstås slik at rettsikkerhetsbegrepet inneholder krav av både prosessuell og materiell art. En kan altså snakke om visse grunnleggende krav til både hvordan avgjørelsen treffes og til

¹⁷ Lov 16. juni 2017 nr. 52 om likestilling og forbud mot diskriminering (likestillings- og diskrimineringsloven)

¹⁸ Prop. 81 L (2016-2017) lov om likestilling og forbud mot diskriminering (likestillings- og diskrimineringsloven) s. 57

¹⁹ Bernt og Rasmussen (2010) s. 46

hvilket innhold den har.²⁰ Rettsikkerhet kan dermed overordnet brukes som et «*krav til rettssystemer for å sikre borgerne visse grunnleggende rettigheter.*»²¹ I denne oppgaven legges denne tolkning til grunn, slik at i de tilfeller spørsmålet reises, vil tanken bak være å vurdere i hvilken grad ordningen er med å sikre eller ikke sikre borgerens grunnleggende rettigheter.

1.5 Metodiske spørsmål

Denne oppgaven reiser noen særlige metodiske spørsmål som det anses hensiktsmessig å drøfte i et eget metodekapittel.

De mest sentrale kildene for denne oppgaven vil være de aktuelle bestemmelsene i pasient- og brukerrettighetsloven, helse- og omsorgstjenesteloven og forarbeidene til disse lovene. En rekke av de sentrale spørsmålene om BPA-ordningen er behandlet her og vil danne utgangspunktene for mange av drøftelsene i denne oppgaven. Det er videre lite rettspraksis som omhandler de spørsmål som oppgaven reiser. Det er ingen dommer fra de høyere rettsinstanser som omhandler tolkningen av vilkårene, den konkrete vurderingen av en brukers assistansebehov eller om vedtaket og BPA-tilbudet i sin helhet fremstår som forsvarlig. Når det gjelder andre dommer er det særlig Fusa-dommen, Rt. 1990 s. 874 A, som fremstår som relevant for vurderingen av forsvarlighetskravet. I en forlengelse av dette vil rundskrivet som departementet sendte ut i etterkant av rettighetsfestingen av BPA brukes som et tolkningsmoment i denne oppgaven.²² Det er klart at rundskrivet har en begrenset rettskildemessig vekt, men da vi står ovenfor en situasjon hvor det er lite rettspraksis på området, og en uensartet fortolkning av regelverket ut i kommunene, mener jeg det er forsvarlig å legge vekt på rundskrivet som tolkningsmoment, da det viser regjeringens fortolkning av lovverket.

Når det gjelder juridisk litteratur er BPA-ordningen heller ikke her utfyllende analysert og vurdert. Den litteratur som for denne oppgaven har blitt funnet relevant er i stor grad skrevet av Aslak Syse og er i hovedsak bygget på uttalelser i forarbeidene, og det står stort sett det samme i de ulike verkene.²³

²⁰ Utfyllende i Bernt og Rasmussen (2010) s. 47-53

²¹ Kjørstad, Syse og Kjelland (2017) s. 115

²² Rundskriv I-9/2015

²³ Kjørstad, Syse og Kjelland (2017) og Syse (2015)

Av de mest sentrale internasjonale kildene på området finner vi FNs *Convention on the rights of persons with disabilities* (CRPD).²⁴ Norge ratifiserte CRPD i 2013.²⁵ CRPD er ikke inkorporert som norsk rett gjennom menneskerettsloven (mrl.).²⁶

Høyesterett fastslo i Holship-dommen, HR-2016-2554-P, at: «*Grunnloven § 92 ikke kan tolkes som en inkorporasjonsbestemmelse, men må forstås som et pålegg til domstolene og andre myndigheter om å håndheve menneskerettighetene på det nivå de er gjennomført i norsk rett.*»

²⁷ Dommen avklarte dermed den usikkerhet som hadde oppstått etter grunnlovsendringen i 2014 om Grunnloven § 92 skulle regnes som en inkorporasjonsbestemmelse eller ikke.²⁸

I HR-2016-2591-A som omhandlet spørsmålet om en psykiatrisk pasient skulle fratras sin rettslig handleevne etter vergemålsloven § 22, bruker Høyesterett CRPD til å tolke bestemmelsen i samsvar med Norges folkerettslige forpliktelser.²⁹ Det må dermed legges til grunn at CRPD ikke gjelder som norsk rett, men at presumpsjonsprinsippet medfører at retten til BPA må forsøkes tolkes i samsvar med de krav som CRPD stiller.

²⁴ Convention on the rights of persons with disabilities, New York 13. December 2006 (entered into force on 3 May 2008) 2515 UNTS p.3

²⁵ Prop. 106 S (2011-2012) Samtykke til ratifikasjon av FN-konvensjonen av 13. desember 2006 om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne.

²⁶ Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) § 2.

²⁷ Avsnitt 70

²⁸ Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven)

²⁹ Avsnitt 48

1.6 Fremstillingen videre

I det følgende vil det først redegjøres for de rettslige utgangspunktene for BPA-ordningen. Det vil vises til de aktuelle rettsgrunnlag og kort om den historiske utviklingen på området. Videre vil det vises til de aktuelle internasjonale kildene på området, og disse vil brukes for å klarlegge og fastsette innholdet i de norske rettsreglene.

Videre vil underproblemstilling én behandles. Dette gjøres gjennom en tolkning av de rettsregler som er med å sette grenser for hvilke tjenester som inngår i BPA-ordningen. Gjennom vurderingen vil det pekes på de forhold som kan være med å begrunne de store kommunale forskjellene i tolkningen av hvilke tjenester som inngår i BPA-ordningen.

Etter dette behandles underproblemstilling to. Her vil vilkårene tolkes enkeltvis og det vil underveis sees til momenter som kan underbygge eller motbevise påstanden.

Underproblemstilling tre vil besvares gjennom en sammenligning av de momenter som setter rammen for vurderingen om en person har rett til nødvendig helse- og omsorgstjenester etter pbrl. § 2-1 a andre ledd, og de momenter som skal vurderes ved spørsmålet om en person har rett til BPA etter pbrl. § 2-1 d.

Videre skal underproblemstilling fire behandles. Her vil det foretas en bred vurdering av de rettskilder som er med å sette rammer for forsvarlighetskravet og hvordan dette påvirker kommunens BPA-vedtak og gjennomføring av BPA-tjenester.

Etter dette vil underproblemstilling fem behandles. Dette gjøres ved først å gjennomgå overprøvningsmulighetene internt i forvaltningen gjennom en klage til fylkesmannen. Deretter vil det sees til de overprøvningsmuligheter som er for domstolen og andre nemnder. Underveis vil det vises til de fordeler og ulemper som er med dagens system, og hvordan dette er med å sikre rettsikkerheten til personer med assistansebehov.

Avslutningsvis vil det foretas mer rettspolitiske vurderinger av BPA-ordningen. Det vil her særlig sees hen til det arbeidet som ligger hos BPA-utvalget og hvilke utfordringer de står ovenfor ved deres vurdering av dagens BPA-ordning.

2 Retten til BPA

2.1 Det rettslige utgangspunktet

Det følger av pbrl. § 2-1 d. første ledd første punktum at:

Personer under 67 år med langvarig og stort behov for personlig assistanse etter helse- og omsorgstjenesteloven § 3-2 første ledd nr. 6 bokstav b har rett til å få slike tjenester organisert som brukerstyrt personlig assistanse.

For det første kan det merkes at ordlyden av «*har rett til*» legger opp til at borgere som oppfyller vilkårene i bestemmelsen har et rettskrav på BPA. Det må dermed regnes som en materiell rettighet. Med dette «*menes som regel rettigheter for borgerne til nærmere bestemte ytelser – tjenester eller penger – og med tilsvarende plikter til å yte slike for det offentlige (institusjonell pliktside), eventuelt for en helsearbeider (personell pliktside).*»³⁰

Vilkårene som må oppfylles for å ha rettskrav på BPA er at man har et «*langvarig*» og «*stort behov*» for «*personlig assistanse etter helse- og omsorgstjenesteloven § 3-2 første ledd nr. 6 bokstav b*». Aldersbegrensningen på 67 år var i all hovedsak begrunnet i demografiske forhold og hvordan dette ville binde opp kommunens budsjetter i fremtiden.³¹ Pasient- og brukerrettighetsloven § 2-1 d ble endret med virkning fra 1. juli 2020 slik at retten til BPA nå også gjelder personer over 67 år som har fått tildelt BPA før de ble 67, jf. bestemmelsens første ledd fjerde punktum.³² Det må fortsatt vurderes om de ordinære vilkårene er oppfylt for brukere over 67 år.³³

Retten til BPA møtes av kommunens plikt til å tilby BPA. Dette er lovfestet gjennom hol. § 3-8. Her følger det at:

Kommunen skal ha tilbud om personlig assistanse etter § 3-2 første ledd nr. 6 bokstav b, i form av praktisk bistand og opplæring, organisert som brukerstyrt personlig assistanse.

³⁰ Syse (2015) s. 176

³¹ Ibid. s. 291

³² Loven ble endret ved lov nr. 79/2020

³³ Prop. 93 L (2019-2020) Endringer i pasient- og brukerrettighetsloven (utvidet rett til brukerstyrt personlig assistanse) s. 17

Retten til BPA ble ikke lovfestet før i 2014, med virkning fra 1.1 2015.³⁴ Før dette hadde BPA vært lovfestet fra 1. mai 2000 som en tjeneste som kommunen skulle tilby etter den tidligere lov om sosiale tjenester § 4-2 bokstav a.³⁵ Fra og med den nye helse- og omsorgstjenesteloven, ble denne bestemmelsen tatt over av hol. § 3-8.

En mulig rettighetsfesting av BPA ble etter initiativ fra Stortinget først sendt ut på høring i 2007.³⁶ Høringen reiste flere problemstillinger av både økonomisk og praktisk art, og arbeidet ble utsatt slik at det kunne sees i sammenheng med den nye kommunale helse- og omsorgsloven som var under arbeid.³⁷ Ved arbeidet med den nye loven fattet Stortinget nytt anmodningsvedtak hvor det ble bedt om at regjeringen utredet de økonomiske og administrative konsekvensene og komme med forslag til rettighetsfesting av BPA.³⁸

Dette ble fulgt opp med en kostnadsberegning utført av en arbeidsgruppe med medlemmer fra Helse- og omsorgsdepartementet og KS.³⁹ Senere ble nytt høringsnotat om rett til brukerstyrt personlig assistanse sendt på høring i 2013.⁴⁰ Høringsnotatet endte i lovforslaget i Prop. 86 L (2013-2014) og Stortingets tilrådning ved Innst. 294 L (2013-2014) den 12. juni 2014.

Selv om kommunene vurderer det slik at en person ikke oppfyller vilkårene for å ha rettskrav på BPA, har kommunen en plikt til å vurdere om BPA allikevel er den beste egnede tjenesten etter hol. § 3-8. Også i de tilfeller hvor vilkårene ikke er oppfylt vurderer departementet det slik at BPA ofte vil være en hensiktsmessig måte å organisere tjenestene på, også for de over 67 år.⁴¹

Et viktig prinsipp ved kommunens vurdering av om det skal tilbys BPA og ved utformingen av BPA-ordningen er at det skal legges «stor vekt» på hva brukeren mener, jf. pbrl. § 3-1 andre ledd andre punktum. Dette understrekes også i forarbeidene.⁴²

³⁴ Loven ble endret ved lov nr. 41/2014

³⁵ Lov 13 desember 1991 nr. 81 om sosiale tjenester m.v. (sosialtjenesteloven) *Opphevet*

³⁶ B.innst.S. nr.11 (2005-2006) Innstilling fra helse- og omsorgskomiteen om bevilgninger på statsbudsjettet for 2006, kapitler under Helse- og omsorgsdepartementet (rammeområde 16): Merknader til de enkelte kapitler: kapittel 761, post 66

³⁷ Prop. 86 L (2013-2014) s. 7

³⁸ Vedtak nr. 686, 17. juni 2011, jf. Innst. 424 L (2010–2011) Innstilling fra helse- og omsorgskomiteen om lov om kommunale helse- og omsorgstjenester m.m (helse- og omsorgstjenesteloven) s. 30

³⁹ Helse- og omsorgsdepartementet (2011)

⁴⁰ Prop. 86 L (2013-2014) s. 7

⁴¹ Ibid. s. 22

⁴² Ibid. s. 16

Da BPA må regnes som en av de grunnleggende rettighetene til en sårbar gruppe i samfunnet, er det i EMD slått fast at statens skjønnsmargin er snevrere ved vurdering av denne gruppens fundamentale rettigheter og at restriksjoner må ha tungtveiende grunner.⁴³

Ved ratifikasjonen av CRPD kom det opp spørsmål om noen av artiklene medførte at en måtte rettighetsfeste BPA for å oppfylle kravene. Utgangspunktet fra myndighetenes side var ved ratifiseringen av CRPD at den ikke stilte krav til rettighetsfesting av BPA.⁴⁴ Dette ble siden gjort ved lovendringen i 2015.

CRPD artikkel 19 første ledd fastsetter at mennesker med nedsatt funksjonsevne har rett til å leve et selvstendig liv. Av artikkelens punkt b følger det at rettigheten skal sikres ved:

at mennesker med nedsatt funksjonsevne har tilgang til ulike støttetjenester i eget hjem og i særskilte boformer, samt annen samfunnsservice, herunder den personlige bistand som er nødvendig for å kunne bo og være inkludert i samfunnet og for å hindre isolasjon eller segregering.

Det er særlig punkt b her som setter grenser for hvordan BPA skal utformes og hvilke formål som ligger bak rettigheten. Med personlig assistanse er det i denne sammenheng ment «*person-directed/ «user» -led human support*», altså en brukerstyrt personlig assistanse.⁴⁵ Videre uttales det at:

*Persons with disabilities have the option to custom design their own service, i.e., design the service and decide by whom, how, when, where and in what way the service is delivered and to instruct and direct service providers.*⁴⁶

Tolkningen viser at brukermedvirkning og brukerstyring står sentralt for at BPA-ordningen skal være med å sikre at mennesker med nedsatt funksjonsevne sikres et selvstendig liv.

Brukerstyrt personlig assistanse er en tjenesteform som også finnes i de andre skandinaviske landene, men med noe forskjellig utforming og vilkår. Etter dansk rett skal «*borgerstyret personlig assistanse*» tilbydes av kommunen som et tilskudd til dekning av utgifter til ansettelse av pleiere.

⁴³ Fra A.-M.V. v. Finland [J], norsk sammendrag – under domstolens vurderinger

⁴⁴ Se Prop. 106 S (2011-2012) s. 17

⁴⁵ General comment No. 5 (2017) punkt II.A. 16 (d)

⁴⁶ Ibid. punkt II.A. 16 (d) (ii)

BPA gis etter serviceloven § 96 første stk. til borgere med «*betydelig og varigt nedsat fysisk eller psykisk funktionsevne, der har et behov, som gjør det nødvendigt at yde denne ganske særlige støtte.*»⁴⁷

I Sverige er ordningen organisert på en litt annen måte. Det er staten som treffer vedtak om personlig assistanse (PA) ved sosialforsikringskassen.⁴⁸ PA er dermed ikke en tjeneste som er plassert i helse- og omsorgssektoren, men er å regne som en sosial tjeneste som er plassert under det vi kan sammenligne med NAV i Norge. Kommunen har rett til å uttale seg, og er pålagt å dekke kostnadene til de 20 første timene med assistanse i uken, mens staten dekker kostnadene til timer utover 20 timer. PA skal gis til de med «*stora och varaktiga funktionshinder*».⁴⁹ Vilkårene for å få tildelt BPA i henholdsvis Sverige og Danmark er dermed nok så like, selv om ordningene er lagt opp noe forskjellig.

⁴⁷ Social- og Indenrigsministeriets lov nr. 573 af 24/6 2005 (serviceloven) § 96 1. stk

⁴⁸ Socialförsäkringsbalk (2010:110) 4. mars 2010 kap. 51

⁴⁹ Lag (1993:387) 27. mai 1993 om stöd och service till vissa funktionshindrade 9 a §

2.2 Hvilke tjenester omfattes av retten til BPA

2.2.1 Innledning

Oppgavens første underproblemstilling, som skal behandles i dette delkapittelet er; *i hvilken grad åpner vurderingen av hvilke tjenester som inngår i BPA-ordningen for store kommunale forskjeller.*

Hvilke tjenester som skal inngå i BPA-ordningen er regulert gjennom rettighetsbestemmelsen i pbrl. § 2-1 d, sett i samsvar med hol. § 3-2 første ledd nr. 6 bokstav b.

2.2.2 Personlig assistanse

Det følger av pbrl. § 2-1 d første ledd første punktum at den tjenesten som skal tilbys som BPA er «*personlig assistanse*» etter helse- og omsorgstjenesteloven. § 3-2 første ledd nr. 6 bokstav b. Det følger her at kommunen skal tilby «*personlig assistanse, herunder praktisk bistand og opplæring og støttekontakt*».

En naturlig språklig forståelse av «*personlig assistanse*» tilsier at begrepet i alle tilfeller inneholder «*praktisk bistand, opplæring og støttekontakt*», men at det også kan omfatte andre former for personlig assistanse. I forarbeidene uttales at «*Personlig assistanse er derfor brukt i lovteksten som et samlebegrep for praktisk bistand og opplæring og støttekontakt.*»⁵⁰ Det kan dermed spørres om forarbeidene med denne uttalelsen avfeier den tolkningsmuligheten som lovteksten kan åpne for med at andre former for personlig assistanse også kan inngå i BPA-ordningen enn de nevnte praktisk bistand, opplæring og støttekontakt. Det er ingen andre holdepunkter i forarbeidene på at det var ment at flere tjenester enn de tre nevnte skulle inngå i personlig assistansebegrepet.

Ordlyden av «*praktisk bistand*» tilsier at det er assistanse til hverdagslige gjøremål som omfattes. Det uttales i forarbeidene til bestemmelsen i hol. § 3-2 første ledd nr. 6 bokstav b at det omfatter «*egenomsorg og personlig stell*» og «*hjemmehjelp og annen hjelp til alle dagliglivets praktiske gjøremål i hjemmet og i tilknytning til husholdningen, for eksempel innkjøp av varer, matlaging og vask av klær m.v.*»⁵¹

⁵⁰ Prop. 86 L (2013-2014) s. 25

⁵¹ Prop. 91 L (2010-2011) lov om kommunale helse- og omsorgstjenester m.m (helse- og omsorgstjenesteloven) s. 489

Det må dermed forstås slik at praktisk bistand i all hovedsak omfatter praktiske gjøremål som handling, matlaging, vasking av hus og klær, assistanse til å stå opp, legge seg, gå på toalettet, dusje og annen personlig hygiene. Selv om praktisk bistand omfatter egenomsorg og personlig stell er det klart forutsatt i forarbeidene at helsetjenester ikke skal inngå som en del av BPA-tjenestene. Dette var en videreføring av rettstilstanden fra da BPA ble innført i sosialtjenesteloven i 2000.⁵² Det følger videre i forarbeidene at noe av forklaringen ligger i de utfordringer det ville vært i forhold til å sikre den faglige kompetansen hos assistentene på en slik måte at helsetjenestene hadde oppfylt kravet til forsvarlighet for slike tjenester.⁵³ Det ville også medført store økonomiske konsekvenser om det stiltes krav til helsefaglig utdanning for alle som skulle utført brukerstyrt personlig assistanse.

Forarbeidene fremhever videre at kommunen kan legge enkle helsetjenester inn dersom den finner det «forsvarlig og hensiktsmessig» og at en «rettesnor kan være at det folk til vanlig gjør selv bør også en assistent kunne gjøre».⁵⁴

Et særlig spørsmål blir dermed hvor grensen mellom praktisk bistand, enkle helsetjenester og helsetjenester går. Det må forstås slik at egenomsorg og personlig stell er en del av personlig assistansebegrepet og dermed er omfattet. Videre vil også enkle helsetjenester som folk til vanlig gjør selv kunne inngå i timer til BPA. Hva faller da inn under dette, og hva er regne som helsetjenester som ikke ligger i BPA-tjenestene?

Det må forstås slik at assistanse til dusj, toalettbesøk og annen personlig hygiene som klipping av negler klart nok er å regne som egenomsorg og personlig stell. Også assistanse til trening, tøyøvelser og aktiviteter i basseng må regnes som praktisk bistand som en assistent skal kunne bistå med.

Videre kan det diskuteres om assistanse til medisinerer faller inn under vilkåret. Er det tale om ferdige sorterte og klarlagte medisiner må det forstås slik at assistanse til å ta disse er å regne som noe personen vanligvis gjør selv, og dermed også er noe en assistent kan gjøre. Mer på spissen blir det om assistenten selv anbefaler eller gir andre medisiner eller doser som er klarlagt på forhånd. Da har tjenesten karakter av å være helsehjelp basert på assistentens egen kompetanse, formell eller ikke, som en person vanligvis ikke ville gjort på egenhånd uten konsultasjon med en lege eller sykepleier.

⁵² Prop. 86 L (2013-2014) s. 25

⁵³ Ibid.

⁵⁴ Ibid.

Videre vil også rensing av sår og annen sårstell være i grensesjiktet. Det vil avhenge av sårets størrelse og kompleksitet. Et enkelt skrubbsår eller kutt som ikke kreves at det sys eller andre inngrep av den art bør en assistent kunne rense og sette på plaster eller annen kompresjon.

Når det gjelder stomi er det noe en person til vanlig ville kunne gjøre selv, og må sammenlignes med assistanse til toalettbesøk. Dette må dermed regnes som egenomsorg eller personlig stell og er en tjeneste som en assistent kan gjennomføre.

Blodprøver må forstås slik at er noe ikke en person til vanlig gjør selv, og som dermed må regnes som en helsetjeneste. Sjekk av blodtrykk må også vurderes tilsvarende. På den andre siden kunne det argumenteres med at sjekk av blodsukker og injeksjon av insulin for personer med diabetes er noe en assistent skal kunne gjøre, da dette vil være noe en person ville kunne gjøre selv uten å kontakte helsepersonell.

Et annet særlig spørsmål er bruk av respirator. Opplæring og assistanse til bruk av respirator i hjemmet kan være noe en assistent må kunne gjøre for brukere med alvorligere funksjonsnedsettelse og med stort assistansebehov. Dette må regnes som noe en bruker selv til vanlig ikke vil kunne gjøre, og at det trengs opplæring og kunnskap om dette. Dette vil dermed regne som en helsetjeneste som i utgangspunktet ikke faller inn under personlig assistansebegrepet. Sett i lys av at dette er noe mange BPA-aktuelle brukere har behov for, bør det spørres om dette er en tjeneste som burde inngå i personlig assistansebegrepet.

Det er små nyanseforskjeller og det er en vanskelig og skjønnsmessig grensedracting for hva som skal medregnes og ikke. Dette er et uhensiktsmessig skille, og det burde være klarere skiller mellom hvilke tjenester som inngår og de tjenester som ikke er en del av BPA-tjenestene. Det må forstås slik at dette kan være en av forklaringene som ligger bak det faktum at BPA utmåles forskjellig i de ulike kommunene.

Videre må det også vurderes om det i det hele tatt burde være slik at helsetjenester ikke skulle inngå som tjenester i BPA. Dersom BPA utelukkende skal sees på som et likestillingsverktøy for å sikre et aktivt og selvstendig liv kan det argumenteres med at BPA ikke skal ha noe med helsetjenester å gjøre, og at dette er noe man kan få i tillegg til hjemmehjelp og andre kommunale helsetjenester. På den andre siden kan det argumenteres med at en del mennesker med funksjonsnedsettelse er avhengig av enkle helsetjenester for å få hverdagen til å gå rundt.

Det kan sees slik at for mange barnefamilier med barn med store bistandsbehov vil ikke BPA på samme måte fungere som et likestillingsverktøy, det er mer et verktøy for å komme gjennom hverdagen, hvor de også er avhengige av enkle helsetjenester som bruk av respirator eller lignende. Selv om disse brukergruppene har mer nytte av assistansen med innslag av helsetjenester, kan behovet for å få denne assistansen organisert som BPA være like stort. Det kan være avgjørende for disse gruppene å kunne planlegge hverdagen sin selv eller være avgjørende å ha få personer å forholde seg til i hverdagen. Slik sett er det viktig å presisere at BPA-brukere kan ha svært ulike behov, og at BPA kan være en like aktuell måte å organisere tjenestene på, uansett om det er som et likestillingsverktøy for å sikre aktivitet og deltakelse, eller mer som et middel for å få hverdagen til å gå rundt, med innslag av helsetjenester.

Dersom det er naturlig og nødvendig med enkle helsetjenester ved utføringen av assistansen, må det *«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.»*⁵⁵

Videre inngår *«opplæring»* i personlig assistanse. En naturlig språklig forståelse av *«opplæring»* tilsier at timer som brukeren får til innføring i bruk av ulike hjelpemidler og aktiviteter skal omfattes. Det uttales i forarbeidene at det vil omfatte *«for eksempel opplæring i bruk av hjelpemidler og i dagliglivets aktiviteter i og utenfor boligen, avhengig av brukerens alder, kognitive og fysiske funksjonsevne m.v.»*⁵⁶

For mange brukere av BPA vil denne opplæringen være en viktig del av hverdagen. Det å lære seg å mestre sine hjelpemidler, både til aktivitet og i hjemmet, er med å øke deres selvstendighet og deltakelse. Videre viser forarbeidsuttalelsen at denne vurderingen må foretas i lys av brukerens konkrete behov. Hvor mange timer opplæring som trengs vil derfor kunne variere stort fra bruker til bruker.

Før lovendringen i 2015 var ikke timer til støttekontakt og avlastningstiltak for personer med foreldreansvar for hjemmeboende barn med nedsatt funksjonsevne en del av pliktbestemmelsen i hol. § 3-8. Timer til støttekontakt og avlastning var heller ikke med i departementets lovforslag som ble sendt ut til høringsinstansene ved forberedelsene av dagens pbrl. § 2-1 d.⁵⁷

⁵⁵ Rundskriv I-2015-9 s. 3

⁵⁶ Prop. 86 L (2013-2014) s. 24

⁵⁷ Ibid. s. 22

Dette ble møtt av motstand fra høringsinstansene som mente «at BPA mister noe av sin hovedhensikt hvis denne tjenesten holdes utenfor en rettighetsfesting.»⁵⁸ Departementet tok dette til etterretning og vurderte det slik at det var mulig at disse tjenestene skulle omfattes av BPA samtidig som man kunne ha tilstrekkelig kostnadskontroll.⁵⁹ Dette kan forklare hvorfor støttekontakt ikke er nevnt i kommunens pliktbestemmelse i hol. § 3-8, da denne ikke er endret i ettertid av rettighetsfestingen av BPA i pbrl. § 2-1 d.

Den siste komponenten i personlig assistanse begrepet ble dermed «støttekontakt». Støttekontaktordningen må forstås slik at den åpner for at brukeren kan delta i aktiviteter og dagligdagse gjøremål utenfor hjemmet sammen med støttekontakten. I forarbeidene til hol. § 3-2 første ledd nr. 6 bokstav b følger det at:

*Bistand til å delta i fritidsaktiviteter omfattes også. (...) Personlig assistanse kan også organiseres som bistand til organisert deltagelse i aktivitetsgrupper og individuelt tilrettelagt tilbud i samarbeid med en frivillig organisasjon. Formålet er å hjelpe den enkelte til en meningsfull fritid og samvær med andre.*⁶⁰

Det må dermed forstås slik at en støttekontakts viktigste funksjon er å fremme aktivitet og deltakelse i grupper og organisasjoner utenfor hjemmet. Det kan være alt fra uorganiserte aktiviteter som kino, teater eller konserter, eller på organiserte aktiviteter gjennom idrettslag, eller andre organisasjoner.

Etter dansk rett kan «borgerstyret personlig assistance» organiseres for ansettelse av hjelpere til «pleje, overvåkning og ledsagelse».⁶¹ Etter svensk rett er det bistand til «andning, sin personliga hygien, måltider, att klä av och på sig, att kommunicera med andra eller annan hjälp som förutsätter ingående kunskaper om den funktionshindrade (grundläggande behov)» som omfattes av retten til PA.⁶² Tjenestene som det i utgangspunktet gis personlig assistanse for i de andre landene er dermed nok så like som etter norsk rett. Særlig interessant er svenskene sitt siste alternativ; annen hjelp som forutsetter inngående kunnskaper om brukeren. Dette fremhever hensynet om at for mange med nedsatt funksjonsevne er det avgjørende å ha få kontakter å forholde seg til, og at disse har en særlig kunnskap til sine brukere. Dette er også med å sikre at assistansen som gis er forsvarlig.

⁵⁸ Ibid. s. 24

⁵⁹ Ibid. s. 25

⁶⁰ Prop. 91 L (2010-2011) s. 489

⁶¹ Serviceloven § 96 1. stk.

⁶² Lag (1993:387) 9a §

2.2.3 Skole, utdanning og arbeid

En kan ikke ut fra ordlyden i pbrl. § 2-1 d tolke at brukere har rettskrav på å få BPA utmålt til skole, utdanning eller arbeid. Det kan ikke sees at det noe sted i forarbeidene pbrl. § 2-1 d eller i forarbeidene til hol. § 3-2 nr. 6 bokstav b nevnes eksplisitt at timer som går med til den tid brukeren er i skole, utdanning eller i arbeid skal eller ikke skal regnes med i vurderingen av BPA. De uttalelser som gis vedrørende problemstillingen fremhever at arbeid og utdanning er viktige mål med BPA-ordningen.⁶³ Det følger av rundskrivet at for personer med behov for brukerstyrt personlig assistanse «*betyr BPA mye for muligheten til yrkesdeltakelse, utdanning og et aktivt og selvstendig liv*».⁶⁴ Dette signaliserer klart at BPA er et hjelpemiddel som skal bidra til at brukerne både for deltatt i arbeid og på skole med studier. Senere uttales derimot at: «*BPA tildeles normalt ikke for den tid tjenestemottakeren er i barnehage, på skole, arbeid mv*».⁶⁵ Det oppstår her en motstrid mellom departementets uttalte mål for ordningen i forarbeidene og rundskrivet, og den naturlige språklige forståelse av bestemmelsen. Dette kan være med å forklare hvorfor kommunen tolker dette ulikt, ved at noen velger å legge vekt på departementets uttalelser og formål, mens andre holder seg mer strikt til lovverket.

Timer til assistanse i skole, utdanning og arbeid er i dag plassert under andre instanser i kommunen eller staten. I skolen er assistansebehovet skoleetatens ansvar, hvor det stilles særlig krav til tilrettelegging og spesialundervisning.⁶⁶ For høyere utdanning finnes ingen særlige assistanseordninger, annet enn en mentorordning gjennom NAV som både gjelder i arbeidslivet og for utdanning.⁶⁷ Videre kan man søke om funksjonsassistanse for å dekke assistansebehovet i arbeidstiden.⁶⁸ Funksjonsassistanse er noe man får i tillegg til BPA og de to tjenestene utmåles slik at de tar hensyn til hverandre, og justeres ned dersom man får økning i den andre tjenesten. Dette viser at det i dag er et lappeteppes av tjenester som er vanskelig tilgjengelig og som gjør at det blir mange forskjellige personer å forholde seg til. For visse grupper med nedsatt funksjonsevne er dette problematisk. Dette kan bøtes på med kommunens plikt til å legge til rette for samhandling mellom ulike deltjenester og mellom fylkeskommune, stat og regionale helseforetak, jf. hol. § 3-4 første og andre ledd.

⁶³ Innst. 294 L (2013-2014) Innstilling fra helse- og omsorgskomiteen om endringer i pasient- og brukerrettighetsloven (rett til brukerstyrt personlig assistanse) s. 4 og Prop. 86 L (2013-2014), s. 1

⁶⁴ Rundskriv I-9/2015 s. 1

⁶⁵ Ibid. s. 10

⁶⁶ Lov 17. juli 1988 om grunnskolen og den videregående opplæringa (opplæringslova) § 5-1 jf. § 1-3

⁶⁷ Forskrift 11. desember 2015 om arbeidsmarkedstiltak (tiltaksforskriften) § 5-2, jf. Rundskriv R76-12-01 utfyllende regler til Arbeids- og velferdsetatens anvendelse av forskrift om arbeidsmarkedstiltak § 5-2

⁶⁸ Tiltaksforskriften § 6-2

Særlig problematisk er det at unge med funksjonsnedsettelse ikke har noen mulighet til å få særlige tilskudd til timer med BPA for å ta utdanning. En slik begrensning kan også sies å være i strid med det krav som CRPD artikkel 19 punkt b oppstiller til BPA. Det uttales av komiteen at:

*They are not restricted to services inside the home, but must also be able to be extended to the spheres of employment, education and political and cultural participation; empowering parenthood and the ability to reach family relatives and others; participation in political and cultural life; one's leisure interests and activities; and travel as well as recreation.*⁶⁹

Uansett fører dette til mer utenforskap, lavere inntekter og mindre muligheter for å komme seg ut i arbeid for unge mennesker med funksjonsnedsettelse.

2.2.4 Avlastningstiltak

Videre følger det av pbrl. § 2-1 d første ledd andre punktum at:

Retten omfatter avlastningstiltak etter helse- og omsorgstjenesteloven § 3-6 første ledd nr. 2 for personer med foreldreansvar for hjemmeboende barn under 18 år med nedsatt funksjonsevne.

Det følger av hol. § 3-6 første ledd nr. 2 at til personer med «særlig tyngende omsorgsarbeid» skal kommunen tilby «nødvendig pårørendestøtte blant annet i form av (...) avlastningstiltak».

Det uttales i forarbeidene til bestemmelsen at:

*Avlastningstiltak er en forutsetning for at pårørende og andre skal ha mulighet til å utføre en så stor andel av omsorgstjenestene som de utfører i dag (...) Avlastningstiltak skal hindre overbelastning, gi omsorgsyter nødvendig fritid og ferie og mulighet til å delta i vanlige samfunnsaktiviteter*⁷⁰

Rundskrivet presiserer at selv om tidligere avlastning har blitt gjennomført i avlastningsbolig, «må det ved søknad om BPA gjøres en ny konkret vurdering av avlastningsbehovet i form av timer pr. uke.»⁷¹

⁶⁹ General comment No. 5 (2017) punkt II. D. 29

⁷⁰ Prop. 91 L (2010-2011) s. 187

⁷¹ Rundskriv I-2015-9 s. 4

Videre følger det at vurderingen «må bygge på en helhetlig kartlegging av den enkelte families behov. I vurderingen av avlastningsbehovet vil det også være relevant å se hen til foreldrenes/pårørendes arbeidsforpliktelser.»⁷²

Det må dermed forstås at vurderingen av hvor mange timer avlastning som trengs skal tas med i vurderingen av om personen har rett til å få sin personlig assistanse organisert som BPA eller ikke.

Videre følger det av pbrl. § 2-1 d første ledd tredje punktum at «helsetjenester i avlastningstiltak omfattes ikke». Det uttales i forarbeidene at:

*Avlastningstiltak vil imidlertid i mange tilfelle ha helsetjenester integrert i tiltaket. Det er derfor presisert i forslaget til lovtekst at helsetjenester i avlastningstiltak ikke omfattes av rettigheten.*⁷³

Det må således forstås slik at de helsetjenestene som en får i avlastningstiltakene ikke kan organiseres som BPA.

2.2.5 Ytelser med flere enn én til stede og nattytelser

Videre følger det av pbrl. § 2-1 d andre ledd at:

Rettigheten omfatter ikke tjenester som krever flere enn én tjenesteyter til stede eller nattytelser, med mindre brukeren kontinuerlig har behov for slike tjenester.

En naturlig språklig forståelse av vilkåret «kontinuerlig behov» tilsier at det må være snakk om et sammenhengende behov over lengre tid. Med vilkåret «siktes det til tilsyn med tilstedeværelse til enhver tid.»⁷⁴ Departementet var enige med høringsinstansene om at vilkåret «er til dels uklart og skjønnsmessig», men fant at det ikke var noen andre betegnelser som ville fange opp det mente innhold på en bedre måte.⁷⁵ Vilkåret omfatter de situasjoner der det er nødvendig med én til én bemanning for at tjenesten skal være forsvarlig.

Dette vilkåret ble tolket ytterst konkret i saken fra Aust-Agder tingrett 02. mars 2020 (sak nr. 19-128542TVI-AUAG). Saksøkers assistansebehov på natten, beregnet til to til fem ganger hver natt, ble ikke ansett å tilfredsstille lovens krav til kontinuerlig behov.

⁷² Ibid.

⁷³ Prop. 86 L (2013-2014) s. 25

⁷⁴ Ibid. s. 26

⁷⁵ Ibid. s. 26

Retten anså behovet som punktvis, og kommunens punktvis hjemmesykepleie på natt ble ansett som forsvarlig. Saksøker fikk dermed ikke medhold i sitt krav om at fylkesmannens vedtak var ugyldig.

Lovens begrensning er begrunnet av hensynet til kostnadsnøytralitet og at det vil være rimeligere for kommunene å organisere disse tjenester ut fra egen personellbase.⁷⁶ Dette hensynet faller noe bort i de tilfeller da det er behov for kontinuerlig nattytelser, da kommunen i disse tilfeller uansett må tilby én til én ytelse, og dermed vil ikke kostnadene økes noe særlig.⁷⁷

Slik denne analysen har vist er grensedragningen mellom hvilke tjenester som inngår i BPA-ordningen og hvilke som ikke skal inngå preget av skjønnsmessige vurderinger. Det er små nyanseforskjeller, og det åpnes for at kommunene kan legge inn de tjenester de finner hensiktsmessige og forsvarlige. Ser man dette i sammenheng med at det er ulik kompetanse om BPA-ordningen i kommunene og hos de kommunale saksbehandlerne har man noe av forklaringen på hvorfor det er så stor forskjell i tildelingspraksis i kommunene.

⁷⁶ Ibid. s. 26

⁷⁷ Ibid. s. 26

2.3 Bestemmelsens rettslige vilkår

2.3.1 Innledning

I dette kapittelet skal underproblemstilling nummer to behandles. Problemstillingen er: *i hvilken grad de rettslige vilkårene og begrunnelsen bak de er med å sikre at BPA-ordningen brukes som et likestillingsverktøy og er med på å fremme konform tolkning hos kommunene*. I det følgende vil de enkelte vilkår behandles enkeltvis og bli drøftet opp mot problemstillingen undervegs.

2.3.2 Langvarig behov

Et av vilkårene for å få rettskrav på BPA er etter pbrl. § 2-1 d første ledd første punktum at man har et «*langvarig*» behov for personlig assistanse. Vilkåret er definert i bestemmelsens tredje ledd, hvor det følger at: «*[m]ed langvarig behov i første ledd menes behov utover 2 år*».

En naturlig språklig forståelse av bestemmelsen tilsier at kommunen må foreta en vurdering av forventet behov. Er det forventet et kortere behov kan dette tilsi at behovet vil endres i tråd med helsetilstand og det kan være behov for tettere faglig oppfølging i en kortere periode.⁷⁸ BPA forutsetter et ansettelsesforhold, enten tjenesten tilbys av kommunen eller gjennom en privat ytelsesleverandør, det må dermed også måtte legges opp til og stilles krav til en viss stabilitet i behovet for tjenester.⁷⁹

Forarbeidene fremhever at de med innføringen av dette vilkåret ekskluderer enkelte brukere med kortvarig stort behov, men at disse vil kunne bli fanget opp av kommunens plikt til å ha et tilbud om BPA etter hol. § 3-8.⁸⁰ På den ene siden kan det argumenteres med at vilkåret er for klart definert, særlig med tanke på denne mulige utelukkelsen av brukere med stort behov i en kort periode. Dette kunne vært løst gjennom en formulering som åpnet for unntak dersom en konkret vurdering tilsa at BPA var det mest hensiktsmessige. På den andre siden vil dette igjen åpne for mer skjønnsmessige og uklare vurderinger som vil fremme ulik tolkning hos kommunene. Slik vilkåret er i dag er det utformet på en måte som er enkel å forholde seg til for saksbehandlere, og som er vel begrunnet.

⁷⁸ Prop. 86 L (2013-2014) s. 21

⁷⁹ Ibid.

⁸⁰ Ibid.

2.3.3 Stort behov

Det andre vilkåret for å ha rettskrav på BPA er etter pbrl. § 2-1 d første ledd første punktum at man har et «stort» behov for personlig assistanse. Dette vilkåret er definert i bestemmelsens fjerde ledd, hvor det fremgår at: «[m]ed stort behov i første ledd menes et tjenestebehov på minst 32 timer per uke».

En naturlig språklig forståelse av bestemmelsen tilsier at det med tjenestebehov her siktes til det behov som er klarlagt gjennom bestemmelsens første og andre ledd. Dersom det er stor variasjon i brukerens bistandsbehov vil «det være det gjennomsnittlige timebehovet som må legges til grunn.»⁸¹ BPA medfører ikke at timeantallet med tjenester endres, og skal være det samme som om tjenesten ikke var organisert som BPA.⁸²

I forarbeidene er timegrensen begrunnet i at det ser «ut til at bruker må ha et behov for praktisk bistand med et omfang på 25-32 timer per uke for at kommunen ikke skal påføres ekstra kostnader ved å måtte organisere tjenesten som BPA.»⁸³ Dette viser at timeantallet på 32 timer er begrunnet av rent økonomiske hensyn, og at departementet legger til grunn at BPA ikke skal medføre økte kostnader for kommunene. Det var flere av høringsinstansene som reagerte på dette klare økonomiske fokuset før lovforslaget ble fremmet. Statens helsetilsyn fryktet blant annet at: «[r]esultatet kan bli at faglighets- og hensiktsmessighetsvurderinger blir mer underordnet.»⁸⁴

At bestemmelsen har så klare økonomiske hensyn bak seg er uheldig og kan være en av begrunnelsene for at kommunene har så forskjellig tildelingspraksis av BPA. At kommunens økonomiske situasjon skal være avgjørende for om en person får organisert sine tjenester som BPA eller ikke er et stort rettssikkerhetsproblem. Mange med funksjonsnedsettelse kan dermed oppleve at de må flytte fra sin opprinnelige hjemkommune til «snillere BPA-kommuner» hvor den økonomiske situasjonen gjør at de oftere organiserer tjenester som BPA.

⁸¹ Rundskriv I-2015-9 s. 3.

⁸² Ibid.

⁸³ Prop. 86 L (2013-2014) s. 20

⁸⁴ Ibid. s. 17

I Sverige tildeles midler til PA for de som har et gjennomsnittlig behov på mer enn 20 timer i uken.⁸⁵ I Danmark gis BPA til de som har et behov som gjør det nødvendig å yte BPA.⁸⁶ Dette viser at de andre landene ikke har lagt seg på samme nivå, og det må argumenteres med at de samme krav til kostnadsnøytralitet ikke ligger til grunn for fastsettingen av deres vilkår. Dette er med å underbygge spørsmålet om den økonomiske begrunnelsen som ligger til grunn for vilkårene i pbrl. § 2-1 d er holdbare. En rapport fra 2008 om hvordan PA ordningen hadde fungert i Sverige viser at PA ordningen hadde gitt store forbedringer for brukerne og deres pårørende, men at det førte til en større vekst i kostnadene og at det var mye fusk med ordningen.⁸⁷

Det uttales i forarbeidene at: *«[d]et bør unngås at en rettighetsfesting fører til en fordeling av kommunens ressurser på bekostning av brukergrupper som faller utenfor rettigheten.»*⁸⁸

For mange små kommuner med små budsjetter vil ofte en person som har et assistansebehov i den størrelsesorden hvor det kan være aktuelt med BPA utgjøre store faste kostnader. Dette vil dermed også medføre at kommunen får mindre plass på budsjettene, noe som kan gå ut over andre brukergrupper i kommunen. Dersom kommunene i et hvert tilfelle har insentiv til å ikke gi BPA fordi det vil øke kommunens kostnader, må det forstås slik at det fører til at færre får BPA som ellers ville hatt krav på det. Det må spørres om en slik kostnadsbegrensing i rettigheten medfører at rettigheten uthules slik at det i realiteten ikke blir en rettighet personene får dersom de objektivt sett har et assistansebehov som er stort nok, da kommunene har så frie muligheter til å legge egen økonomi til grunn for vurderingen.

Videre kan det pekes på at en av grunnene til at rettigheten har fått en så formell karakter er at det er kommunen selv som både utmåler behov og tildeler tjenesten. Dersom kommunen har for dårlig økonomi eller har andre hensyn den ønsker å prioritere kan de på en for enkel måte vurdere fritt om en bruker skal gis BPA alene, i sammenheng med andre tjenester eller at det bare skal gis andre tjenester. Dette åpner også for at kommunens øvrige tjenestetilbud vil påvirke om man får rett på BPA eller ikke.

⁸⁵ Socialförsäkringsbalk (2010:110) kap 51 § 3

⁸⁶ Serviceloven § 96 1. stk

⁸⁷ Socialstyrelsen (2008) s. 108 flg.

⁸⁸ Prop. 86 L (2013-2014) s. 18

Dette understreker at rettighetsfestingen av BPA i realiteten ikke medfører en reell rettighetsfesting, men kun er av formell karakter uten egentlig innhold. Dette kan være en forklaring på at det er 74 kommuner i Norge som ikke hadde et aktivt BPA-vedtak i 2019.⁸⁹

Det erkjennes i forarbeidene at med den løsning man falt ned på ville visse brukere med betydelige behov for tjenesten falle utenfor. Det uttales at: *«Helse- og omsorgsdepartementet legger imidlertid til grunn at kommunene vurderer slike situasjoner på en helhetlig og hensiktsmessig måte for bruker.»*⁹⁰

Det kan videre spørres om den rettighetsfesting vi har hatt har ført til at de med et tjenestebehov på under 25 timer har fått færre vedtak om BPA. Dette under henvisning til at disse ikke har rett til BPA etter pbrl. § 2-1 d, og at kommuner som før ga disse BPA etter hol. § 3-8 ikke lenger har samme insentiv til å gi tjenesten til de med et lavt assistansebehov i timeantall. Ved utgangen av 2014 var der 1734 aktive BPA-vedtak med et timeantall på under 25 timer.⁹¹ Dette utgjorde 58,2 % av de aktive BPA-vedtak på det tidspunktet. Ved utgangen av 2019 var det 1789 aktive BPA-vedtak med et timeantall på under 25 timer, dette utgjorde 49,6 % av alle BPA-vedtak dette året.⁹²

Dette er en meget beskjeden vekst i antall, og et betydelig fall i prosentandel av alle BPA-vedtak. Sett i betraktning av den økning i BPA-vedtak man så for seg med rettighetsfesting og den økning som har vært av BPA-vedtak på over 32 timer kan det tolkes slik at kommunene i mindre grad gir BPA til de med et lavt til middels assistansebehov.

Denne gjennomgangen viser at vilkåret om stort behov ikke er begrunnet på en slik måte at det er med på å fremme BPA som likestillingsverktøy. Slik BPA er lovfestet i dag kan man ikke si at en rettighetsfesting har vært med å fremme ordningen etter intensjonen. Det har preg av å være en betinget rettighet som setter økonomiske hensyn foran hensynet til brukeren.

⁸⁹ ULOBA (2020) s. 33

⁹⁰ Prop. 86 L (2013-2014) s. 21

⁹¹ ULOBA (2020) s. 32

⁹² Ibid.

2.3.4 Unntaket for personer med mer enn 25 timers tjenestebehov

I pbrl. § 2-1 d fjerde ledd andre punktum følger det et unntak fra vilkåret om «stort» behov som er redegjort for over. Her følger det at:

Brukere med tjenestebehov på minst 25 timer per uke har likevel rett til å få tjenester organisert som brukerstyrt personlig assistanse, med mindre kommunen kan dokumentere at slik organisering vil medføre vesentlig økt kostnad for kommunen.

En naturlig språklig forståelse av vilkåret «vesentlig økt kostnad» tilsier at det må foreligge en betydelig økning i kommunens utgifter i saken. Det var stor motstand mot en slik unntaksregel fra høringsinstansene og et flertall av høringsinstansene anså det som «en vanskelig og svært teknisk regel.»⁹³ Det er i forarbeidene presisert at denne vurderingen «vil bero på en konkret helhetsvurdering der størrelsen på den økte kostnaden vurderes ut fra de ressurser kommunen ellers ville brukt i den konkrete sak. Ikke enhver økt kostnad vil føre til at rettigheten bortfaller. Økningen må være vesentlig.»⁹⁴

Kommunen må i den enkelte sak kunne fremlegge dokumentasjon på hvordan den har kommet frem til at det vil medføre vesentlig økte kostnader. Utover dette er det ikke stilt andre formelle krav til denne dokumentasjonen.⁹⁵

Det må legges til grunn at det må foretas en konkret vurdering av kostnaden ved tilbudet brukeren ville ha fått uten BPA og med BPA. Selv om lovteksten gir anvisning på en høy terskel for økning i kostnadene, må det spørres om også dette vilkåret blir uthulet av de klare økonomiske begrunnelsene som ligger bak regelen, jf. drøftelsen over.

Departementet har som tidligere vist argumentert med at man må over dette timeantallet for at kommunene ikke skal påføres økte kostnader.⁹⁶ Som vist i drøftelsen over vil kommunene med denne begrunnelsen ofte kunne gjemme seg bak dårlig økonomi og at en tildeling av BPA vil medføre en vesentlig økt kostnad for dem, også for de med over 25 timers tjenestebehov.

⁹³ Prop. 86 L (2013-2014) s. 19

⁹⁴ Ibid. s. 33

⁹⁵ Ibid. s. 33

⁹⁶ Ibid. s. 20

3 Det må foreligge rett til nødvendig helse- og omsorgstjenester

Av pbrl. § 2-1 a andre ledd følger det at «*pasient og bruker*» har rett til «*nødvendig helse- og omsorgstjenester*» fra kommunen. Dette fotfester det generelle vilkåret for i det hele tatt å ha rett til å motta tjenester fra kommunen og det er «*[e]n forutsetning for rett til BPA er at brukeren har rett til nødvendige helse- og omsorgstjenester fra kommunen, jf. pasient- og brukerrettighetsloven § 2-1a andre ledd.*»⁹⁷ Det er ut fra gjennomgangen av hvilke tjenester som inngår i BPA over klart at BPA ikke er å regne som en helsetjeneste. Spørsmål blir dermed om personen har rett til nødvendig omsorgstjenester fra kommunen.

Dette legger grunnlaget for den tredje underproblemstillingen; *kan det oppstå spenningsforhold mellom grunnvilkåret om at brukeren må ha rett til nødvendig helse- og omsorgstjenester etter pbrl. §2-1 a andre ledd og de rettslige vilkårene for å ha rett til BPA etter pbrl. § 2-1 d.*

Bestemmelsen i pbrl. § 2-1 a andre ledd ble endret i 2011 og er en «*videreføring og harmonisering av pasientrettighetsloven § 2-1 første ledd andre punktum, kommunehelsetjenesteloven § 2-1 første ledd og sosialtjenesteloven § 4-3.*»⁹⁸ Det er videre presisert at endringene kun var av lovteknisk art, og at rettstilstanden ble videreført.⁹⁹

En naturlig språklig forståelse av bestemmelsen viser at en må foreta en skjønnsmessig vurdering av om det aktuelle behovet tilsier at personen har rett på tjenester fra kommunen. Nødvendighetskravet er en rettslig standard med et innhold som kan endres over tid og som må vurderes konkret. Ved vurderingen må det også sees til CRPD artikkel 19 om retten til selvstendig liv, artikkel 25 om retten til helse og artikkel 26 om retten til habilitering og rehabilitering. De krav som følger av disse bestemmelsene vil dermed være med som tolkningsmoment når en vurderer om en med funksjonsnedsettelse har rett til nødvendig omsorgstjenester.

Det følger av forarbeidene at bestemmelsen «*gir krav på nødvendig hjelp med en forsvarlig standard, basert på en individuell helsefaglig og/eller sosialfaglig vurdering av behov.*»¹⁰⁰

⁹⁷ Runskriv I-2015-9 s. 2

⁹⁸ Prop. 91 L (2010-2011) s. 514

⁹⁹ Ibid.

¹⁰⁰ Ibid.

I vurderingen må behovet til pasienten/brukeren veies opp mot fellesskapets behov, hvor kommunens økonomiske ressurser kan legges vekt på.¹⁰¹ Kommunen kan dog ikke gå under den minstestandard til forsvarlighet som følger av både lovgivningen og Fusa-dommen, Rt. 1990 s. 874 A, med dårlig økonomi som begrunnelse. Dette forsvarlighetskravet vil redegjøres for senere i denne oppgaven.

Selv om en person ikke har rettskrav på nødvendig helse- og omsorgstjenester etter pbrl. § 2-1 a andre ledd, kan kommunen tilby slike tjenester etter pliktbestemmelsen i hol. § 3-1 første ledd. Ved fordelinger av goder som det ikke foreligger rettskrav på «*gjelder uskrevne forvaltningsrettslige prinsipper*», og kommunen kan ikke bryte med myndighetsmisbrukslæren.¹⁰² Dette setter begrensinger på hvordan kommunen tildeler disse tjenestene og er noe domstolene kan overprøve.

Dersom en pasient eller bruker har rett til nødvendig helse- og omsorgstjenester er det kommunen som beslutter hvilke tjenester som skal tilbys.¹⁰³ Denne vurderingen må sees i lys av formålsbestemmelsen i pbrl. § 1-1 og hol. § 1-1 og det nevnte kravet til forsvarlighet og minstestandarden som stilles for helse- og omsorgstjenester.

Forarbeidene fremhever at «*de som ikke kan dra omsorg for seg selv, eller som er helt avhengig av praktisk eller personlig bistand for å greie dagliglivets gjøremål, vil ha krav på nødvendig helsehjelp.*»¹⁰⁴ Dette var ordlyden i den tidligere sosialtjenesteloven § 4-3, som bestemmelsen er en videreføring av. På samme sted fremheves at i disse situasjoner vil tjenester etter hol. §3-2 første ledd nr. 6 være aktuelt, herunder tjenester som kan organiseres som BPA. For en person som potensielt sett kan ha rettskrav på BPA vil vurderingsnormen for spørsmålet om han har rett til nødvendige omsorgstjenester dermed være om man er avhengig av praktisk eller personlig bistand for å gjennomføre dagliglivets gjøremål.

Det kan argumenteres med at denne vurderingen vil ligge tett opp mot spørsmålet om personen har et «*stort*» og «*langvarig*» behov for personlig assistanse, og at det i realiteten ikke er så stor forskjell mellom disse to vurderingene. Dersom man er avhengig av personlig assistanse for å gjennomføre dagliglivets gjøremål må det forutsettes at dette innebærer et vesentlig antall timer om dagen, og at man dermed i realiteten foretar en tilsvarende vurdering som den man gjør når

¹⁰¹ Ibid.

¹⁰² Syse (2015) 190

¹⁰³ Prop. 91 L (2010-2011) s. 515

¹⁰⁴ Ibid. s. 514

man vurderer om personen har et «*stort*» behov for personlig assistanse etter pbrl. § 2-1 d. På den andre siden kan det forstås slik at vurderingen av om personen har rett til nødvendige omsorgstjenester er første del av vurderingen; først må kommunen vurdere om personen er avhengig av personlig assistanse for å få gjennomført dagliglivets gjøremål, uavhengig av hvor mange timer dette i realiteten er om dagen, så om dette behovet strekker seg over 2 år og er over 32 timer i uken for å vurdere om en har rett til BPA etter pbrl. § 2-1 d.

Sivilombudsmannens uttalelse publisert i SOM-2019-1333 omhandlet fylkesmannens behandling av en klagesak om opphør av BPA. Sivilombudsmannen vurderte det, ut fra ordlyden, at fylkesmannens vedtak utelukkende vurderte om kommunens hjelpetilbud oppfylte klagers rett til nødvendig helsehjelp etter pbrl. §2-1 a og ikke spørsmålet om klageren oppfylte vilkårene for BPA etter pbrl. § 2-1 d. Sivilombudsmannen fremhever at fylkesmannen ved dette ikke oppfylte sin plikt til å vurdere om klageren hadde rett til BPA, og at dette etter deres vurdering kan ha påvirket innholdet i vedtaket og dermed måtte anses som ugyldig.

Det er dermed ikke tilstrekkelig å vurdere om brukeren har rett til nødvendig helse- og omsorgstjenester etter pbrl. § 2-1 a. Dette understreker forståelsen av at det er tale om to forskjellige vurderinger hvor den ene ikke overlapper den andre. Det vil dermed ikke oppstå spenningsforhold mellom de to vilkårene ettersom vurderingene er separate. Dog kan det ikke sees at i tilfeller der en person oppfylder vilkårene til BPA etter pbrl. § 2-1 d ikke vil oppfylle vilkåret om nødvendig omsorgstjenester etter pbrl. § 2-1 a andre ledd.

4 Kommunens ansvar for at tjenesten og tjenestetilbudet er forsvarlig

Som tidligere nevnt i oppgaven gjelder det for alle kommunale helse- og omsorgstjenester et krav til forsvarlighet. Forsvarlighetskravet er ikke lovfestet som en rettighetsbestemmelse gjennom pasient- og brukerrettighetsloven, men er lovfestet som en pliktbestemmelse for kommunen gjennom hol. § 4-1 og som en personell pliktbestemmelse for helsearbeidere gjennom helsepersonelloven § 4.¹⁰⁵ Dette leder oss inn på oppgavens fjerde underproblemstilling som er *hvilke krav stilles til forsvarlighet for kommunens BPA-vedtak og gjennomføring av BPA-tjenesten.*

Forsvarlighetskravet for kommunens helsetjenester er i dag regulert gjennom hol. § 4-1 første ledd. Her følger det av bestemmelsens første ledd første punktum at helse- og omsorgstjenestene skal være *«forsvarlige»*. Dette kravet gjelder uansett om kommunen selv yter tjenestene, eller om det er private tjenesteleverandører som leverer BPA-tjenesten.¹⁰⁶

Kommunens ansvar for forsvarlighet i helse- og sosialtjenestene var etter den tidligere kommunehelsetjenesteloven *«indirekte og fragmentarisk regulert.»*¹⁰⁷ Når dagens hol. § 4-1 kom med et uttrykkelig regulert forsvarlighetskrav anså departementet allikevel *«bestemmelsen (...) i all hovedsak sies å videreføre gjeldene rett, samtidig som bestemmelsen tydeliggjør gjeldende rett.»*¹⁰⁸

En naturlig språklig forståelse av forsvarlighetskravet tilsier at tjenestene skal opprettholde et minstekrav til faglig kvalitet. Forsvarlighetskravet er å regne som en rettslig standard og innholdet kan dermed endres med tiden.¹⁰⁹ Forsvarlighetskravet medfører at *«tjenesten må holde tilfredsstillende kvalitet, ytes i tide og i tilstrekkelig omfang.»*¹¹⁰ I denne sammenheng må det for BPA-tilfellene spørres hva som er «faget» som forsvarligheten skal vurderes opp mot. BPA er ikke en helsetjeneste, det er således ikke helsefaglig forsvarlighet som er det relevante vurderingstema.

¹⁰⁵ Lov 02. juli 1999 nr. 64 om helsepersonell m.v. (helsepersonelloven)

¹⁰⁶ Rundskriv I-2015-9 s. 5

¹⁰⁷ Prop. 91 L (2010-2011) s. 494

¹⁰⁸ Ibid.

¹⁰⁹ Ibid.

¹¹⁰ Ibid.

BPA er som nevnt formelt å regne som en omsorgstjeneste, men innholdet knytter seg til personlig assistanse, noe som medfører at det vil inneholde flere forskjellige typer tjenester som krever forskjellig faglig kompetanse. Det kan være tale om miljøfaglig kompetanse, sosialfaglig kompetanse, pedagogisk kompetanse eller likestillings - og inkluderingsfaglig kompetanse. Dette gjør at det er spesielt utfordrende å fastsette hva som er faglig forsvarlig i BPA-tilfellene. Den faglige standarden vil dermed endres etter hvilke typer tjenester kommunen legger inn i sitt BPA vedtak. Dersom kommunen som nevnt tidligere legger inn enkle helsetjenester i sin BPA ordning, vil den faglige forsvarligheten også måtte vurderes opp mot en helsefaglig standard. I de tilfellene hvor det ut fra en forsvarlighetsvurdering må stilles krav til faglig kompetanse hos assistentene, må kommunen stille krav om dette i ansettelsen, selv om dette medfører høyere lønn.¹¹¹

Videre følger det av hol. § 4-1 første ledd bokstav b at det skal være et «*verdige tjenestetilbud*». Kravet til et verdige tjenestetilbud kan innfortolkes i forsvarlighetskravet, da «*[e]t tjenestetilbud som ikke oppfyller grunnleggende verdighetskrav, vil heller ikke kunne oppfattes som et forsvarlig tjenestetilbud.*»¹¹² En viktig del av kravet til verdige tjenester er at det må «*foreligge en grunnleggende respekt for klientens fysiske og psykiske integritet.*»¹¹³

Departementet presiserer i forarbeidene at: «*[f]orsvarlighetskravet innebærer ikke bare at deltjenestene hver for seg skal være forsvarlige. Kommunens tilbud som helhet må også være forsvarlig.*»¹¹⁴ Dette er også presisert gjennom hol. § 4-1 første ledd bokstav a hvor det følger at den enkelte pasient eller bruker skal gis «*helhetlig og koordinerte*» helse- og omsorgstjenester. For personer som oppfyller vilkårene til BPA etter pbrl. § 2-1 d og som har rett til nødvendige omsorgstjenester etter pbrl. § 2-1 a har kommunen dermed en plikt til både å sikre at de enkelte tjenestene som ytes er forsvarlige, og at det helhetlige tjenestetilbudet ytes på en forsvarlig måte. Det må forstås slik at det gjennom dette stilles krav til forsvarlighet ved vurderingen av om en person har rett til og skal tilbys BPA. Er BPA den eneste måten en kan opprettholde et forsvarlig tjenestetilbud for brukeren på må det i lys av kommunens plikt til å tilby BPA etter hol. § 3-8 føre til at kommunen velger denne tjenesteformen, selv om ikke personen har rettskrav på BPA.

¹¹¹ Rundskriv I-2015-9 s. 4

¹¹² Prop. 91 L (2010-2011) s. 494

¹¹³ Kjønstad, Syse og Kjelland (2017) s. 204

¹¹⁴ Prop. 91 L (2010-2011) s. 494

Fusa-dommen, Rt. 1990 s. 874 A, regnes som en av de viktigste dommene på dette området. Avgjørelsen kom før det var lovfestet noe krav til forsvarlighet i helselovgivningen. Dommen kom også før dagens pasient- og brukerrettighetslov overtok for daværende kommunehelsetjenestelov og sosialomsorgslov som ble brukt som det rettslige grunnlaget i Fusa-dommen. Saken omhandlet spørsmål om en kommunes vedtak om reduksjon av en funksjonshemmet kvinnes rett til hjemmehjelp var ugyldig, både på grunnlag av saksbehandlingsfeil og på grunnlag av lovstridig innhold. Høyesterett vurderte først om daværende sosialomsorgslov § 3 nr. 1 ga rettskrav på tjenester som kan overprøves av domstolene. Høyesterett uttaler på s. 887 at:

Vedtaket innebar en vesentlig reduksjon av de ytelser som A tidligere hadde hatt, og det var åpenbart at det ikke tilfredstilte hennes helt livsviktige behov for stell og pleie. Et slikt vedtak kan etter min mening ikke forsvares ut fra hensyn til kommunens økonomi.

Dette viser at det er visse krav til kommunens helse- og omsorgstjenester som ikke kan sees bort fra med begrunnelse i den aktuelle kommunens økonomi. Dette prinsippet har siden dommen stått sterkt, og må sees på som et av de grunnleggende elementene i det kravet som i dag stilles til forsvarlighet i de kommunale helse- og omsorgstjenestene.

Med tanke på at det er klart forutsatt at forsvarlighetskravet er en rettslig standard må det diskuteres om det i dag stilles andre krav til forsvarlighetskravet enn det som ble forutsatt i Fusa-dommen. Sett i lys av den utviklingen vi har hatt, både i rettighetsfestingen av nye krav, samtidig som velferden har utviklet seg, kan det argumenteres for at det i dag stilles strengere krav til forsvarlighet enn det som var tilfellet ved Fusa-dommen. Forsvarlighetskravet må også tolkes i lys av Norges internasjonale forpliktelser som har kommet til etter at Fusa-dommen ble avsagt.

CRPD artikkel 19, som tidligere vist til, oppstiller en standard om at mennesker med nedsatt funksjonsevne har en likeverdig rett til å leve et selvstendig liv og til å delta i samfunnet. Dette skal blant annet skje ved å ha BPA. Forsvarlighetskravet må derfor tolkes i samsvar med de krav artikkelen oppstiller. Saken *H.M v. Sweden* omhandlet en kvinne med kroniske lidelser som ikke gjorde henne i stand til hverken å stå eller gå og dessuten hadde problemer med å sitte og ligge.¹¹⁵

¹¹⁵ *H.M. v. Sweden* CRPD-2011-3 (CRPD/C/7/D/3/2011).

På bakgrunn av hennes medisinske situasjon kunne hun ikke medisineres eller flyttes til et sykehus eller en rehabiliteringsinstitusjon. Den eneste mulige rehabiliteringen som var på det tidspunktet var hydroterapi i et innendørs svømmebasseng.

Klageren og hennes familie fikk avvist byggesøknaden fra lokale bygningsmyndigheter som anførte at byggingen ville omfatte en grunn hvor det var byggeforbud i henhold til foreliggende arealplaner. Klagen til høyere myndigheter og gjennom rettsapparatet ble avvist. Saken ble behandlet av Komiteen for rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne (heretter komiteen) som konkluderte med at det forelå brudd på artikkel 5, 19, 25 og 26. Komiteen kom til at nektelsen av innendørsbassenget medførte at klageren ikke ville ha noen annen mulighet enn til å flytte til en spesialisert rehabiliteringsinstitusjon, og at dette dermed var et brudd på artikkel 19 b.¹¹⁶

Det må dermed forstås slik at dersom en med nedsatt funksjonsevne får avslag på et tiltak som er den eneste reelle muligheten for vedkommende til å leve et selvstendig og fullverdig liv i hjemmet må det regnes som et brudd på artikkel 19, selv om tilfredsstillende behandling også kan fås et annet sted. Dette må også ha overføringsverdi til forsvarlighetskravet ved tildeling av BPA. Dersom BPA er eneste mulighet til å opprettholde et selvstendig liv uten å flytte til omsorgsbolig eller andre institusjoner, vil kravene artikkel 19 stiller være med å påvirke forsvarlighetskravet i det konkrete tilfellet.

Videre må det også forstås slik at EMK artikkel 8 om retten til privatliv stiller krav til forsvarlighetsvurderingen.¹¹⁷ Vurderingen av om en borger har rett til BPA, eller utformingen av et BPA-vedtak kan ikke utgjøre et inngrep i personens rett til privatliv, om det ikke følger et legitimt formål og er nødvendig. Retten til privatliv er tolket slik at den knytter seg til «*en persons identitet, selvbestemmelse, fysiske og psykiske integritet og opprettholdelse av nære relasjoner.*»¹¹⁸ Vurderingen av om en person har krav på BPA eller ikke må således ta hensyn til disse krav. Et vedtak med for få timer eller avvisning av søknad om BPA, som er et inngrep i for eksempel en persons fysiske eller psykiske integritet, og som ikke følger et legitimt formål eller er nødvendig, må dermed settes til side.

¹¹⁶ Se *H.M v. Sweden* punkt 8.9

¹¹⁷ Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Roma, 4. November 1950. (Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen)

¹¹⁸ *Fra A.-M.V. J v. Finland* [J] EMD no. 53251/13: norsk sammendrag – under domstolens vurderinger

Hvilke tilfeller som forutsetter tjenesteformen BPA for at kravet til forsvarlighet skal være oppfylt vil variere og må vurderes konkret i lys av de momenter som er trukket frem over. Særlig aktuelt kan det være å vurdere tilfellene opp mot de krav som stilles til verdighet i forsvarlighetsvurderingen. Det kan tenkes at BPA for mange er den eneste måten tjenestetilbudet kan organiseres på for å opprettholde en grunnleggende respekt for deres fysiske og psykiske integritet.¹¹⁹

Det må forstås slik at forsvarlighetskravet ikke begrenser seg til kun å gjelde tildelingen og utformingen av tjenesten. Det presiseres i rundskrivet at dersom det ikke er mulig å opprettholde kravet til forsvarlighet i tjenesten og et forsvarlig arbeidsforhold «*må kommunen sørge for at brukers rett til nødvendige helse- og omsorgstjenester oppfylles på annen måte enn ved tjenester organisert som BPA.*»¹²⁰ Dersom kommunen finner at dette ikke er mulig, vil tjenestetilbudet ikke organiseres som BPA, selv om brukeren har fyllet vilkårene i pbrl. § 2-1 d. Det uttales videre på samme sted at kommunen har bevisbyrden for en slik påstand, og at dette er et rettsanvendelsesskjønn som kan overprøves av domstolen.

Dette viser at forsvarlighetskravet stiller krav til hvordan BPA-ordningen tilrettelegges, samtidig som kommunen må sikre at det er et forsvarlig arbeidsmiljø for assistentene som utfører tjenestene. Det kan være tilfeller der BPA-ordningen som sådan medfører at det ikke er forsvarlige arbeidsforhold for assistentene. Det må forstås slik at det i visse tilfeller kan være uforsvarlig at brukeren selv er arbeidsleder. Det må her sees hen til kravene om et forsvarlig arbeidsmiljø som stilles gjennom arbeidsmiljøloven.¹²¹

¹¹⁹ Kjønstad, Syse og Kjelland (2017) s. 204

¹²⁰ Rundskriv I-2015-9 s. 5

¹²¹ Lov 17. juni 2005 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven) § 4-1

5 Overprøving av vedtak om BPA

5.1 Innledning

Den siste hovedproblemstillingen i denne oppgaven er: *i hvilken grad dagens system for overprøving hos fylkesmannen, domstolene og andre nemnder ivaretar personer med behov for personlig assistanse sin rettsikkerhet.* Det vil først sees på overprøvingen hos fylkesmannen og de særlige spørsmål som her reises. Etter dette vil adgangen til å bringe saken inn for domstolene og andre nemnder vurderes opp mot underproblemstillingen.

5.2 Overprøving ved fylkesmann

Kommunens vurdering av om en bruker har rett til BPA skal avgjøres som et vedtak, jf. pbrl. § 2-7 andre ledd. Her følger det at reglene i forvaltningsloven kapittel IV og V gjelder for vedtak etter hol. § 3-2 første ledd nr. 6. Dette innebærer at forvaltningslovens regler om saksbehandling og krav til enkeltvedtak gjelder for vedtak om rett til BPA.¹²²

Det følger av pbrl. § 7-2 første ledd første punktum at: *«pasient eller bruker»* eller *«dennes representant»* kan klage til fylkesmannen dersom den mener at en av bestemmelsene i *«kapittel 2,3 og 4, samt § 5-1, § 6-2 og § 6-3 er brutt»*. Brukeren skal sende klagen til *«den som har truffet enkeltvedtaket eller avgjørelsen»* jf. pbrl. § 7-2 første ledd andre punktum. Det er således disse reglene om klage og klagebehandling som gjelder for BPA-vedtak, og ikke forvaltningslovens regler om klage jf. lex specialis-prinsippet.¹²³ Bestemmelsen slår også fast at det kun er *«pasient eller bruker»* eller *«dennes representant»* som kan klage. Dette er en innskrenkning fra de alminnelige klageregler etter forvaltningsloven hvor alle som har *«rettslig klageinteresse»* kan klage, jf. fvl. § 28 første punktum.

De formelle kravene til klagen følger av pbrl. § 7-3 og stiller noe mindre krav til klagen enn den alminnelige regelen i fvl. § 32. Klagefristen følger av pbrl. § 7-5 og er på fire uker etter at vedkommende *«fikk eller burde fått tilstrekkelig kunnskap»* til å fremme klage.

¹²² Lov 10. februar 1967 nr. 10 om behandlingsmåte i forvaltningssaker (forvaltningsloven – fvl.) kapittel 4 og 5

¹²³ Syse (2015) s. 553

Dersom fylkesmannen avviser en klage på et av disse formelle grunnlagene er dette å regne som et vedtak som kan påklages til Statens helsetilsyn, som er det overordnede organ.¹²⁴

Klageadgangen er en av de viktigste rettssikkerhetsgarantiene i velferdsstaten.¹²⁵ Det klare utgangspunktet i forvaltningsretten er at: «*klageorganet kan prøve alle sider av saken, også det frie skjønnet mht innholdet i rettigheten.*»¹²⁶ Ved klager om helsetjenester skal kommunene etter pbrl. § 7-7 første ledd andre punktum «*legge vekt på hensynet til det kommunale selvstyret ved prøvingen av det frie skjønn*». Dette skiller seg fra overprøving av andre kommunale vedtak vedrørende sosial- og omsorgstjenester der klageinstansen skal «*legge stor vekt på det kommunale selvstyre ved prøvingen av det frie skjønn*» jf. pbrl. § 7-7 første ledd tredje punktum. Det er dermed en forskjell i overprøvingskompetansen til klageinstansen. BPA er å regne som en omsorgstjeneste, og klageinstansen skal dermed i klagesaker legge stor vekt på det kommunale selvstyret. Dette har blitt kritisert i teorien av både Jan Fridtjof Bernt og Kjønstad, Syse og Kjelland.¹²⁷ Det uttales i sistnevnte at:

*Det er etter vårt syn urimelig at rettssikkerhetsgarantiene fortsatt er svekket ved tildeling av nødvendige helse- og omsorgstjenester til personlig bistand mv. og til økonomisk stønad etter sosialtjenesteloven sammenliknet med tildeling av andre grunnleggende velferdsgoder.*¹²⁸

Med tanke på de klare kommunale økonomiske hensynene som ligger bak vurderingen av om en borger har rett til BPA må det argumenteres med at denne kritikken også treffer godt for BPA-tilfellene. I 2019 var det 279 klager på BPA til fylkesmannen hvor av 110 klager ga fullt eller delvis medhold til klageren.¹²⁹ Fylkesmannen omgjør altså ca. 40 % av de klager den får inn som omhandler BPA. Dette er over dobbelt så høy omgjøringsprosent som gjennomsnittet av omgjøringer som fylkesmannen gjør av andre tjenester hjemlet i helse- og omsorgstjenesteloven, hvor landsgjennomsnittet ligger på 18 %.¹³⁰

¹²⁴ Ot.prp. nr. 12 (1998-1999) Lov om pasientrettigheter (pasientrettighetsloven) s. 105 og Syse (2015) s. 560-561

¹²⁵ Ot.prp. nr. 12 (1998-1999) s. 101

¹²⁶ Ibid. s. 105

¹²⁷ Bernt (2000) s. 218 flg., og Kjønstad, Syse og Kjelland (2017) s. 218-219

¹²⁸ Kjønstad, Syse og Kjelland (2017) s. 218-219

¹²⁹ Helsetilsynet (2020) s. 38

¹³⁰ Ibid. s. 37

På den ene siden kan det dermed argumenteres med at det ikke er et rettssikkerhetsproblem at fylkesmannen er pliktig til å legge stor vekt på det kommunale selvstyre, da de selv med dette systemet omgjør en så stor del av BPA-vedtakene. På den andre siden kan det også forstås slik at omgjøringstallene kunne og burde vært enda høyere dersom ikke fylkesmannen hadde vært så bundet av å legge vekt på det kommunale selvstyre.

Dette viser uansett at det er en grunnleggende forskjell i forståelse av hva BPA-ordningen egentlig er på saksbehandlernivå i kommunen, og i staten. Det er bekymringsfullt at det er et så stort gap mellom de intensjoner og tanker som lå bak rettighetsfestingen og den virkelighet som møter mennesker med nedsatt funksjonsevne i kommunene.

Dersom klageorganet kommer til at vedtaket er ugyldig, er spørsmålet om de skal treffe et eget vedtak, eller om det skal sende saken tilbake til ny behandling hos det opprinnelige organet. Det uttales i forarbeidene at:

Fylkeslegen er gitt kompetanse til å prøve alle sider av saken, men etter departementets vurdering vil det i mange tilfeller være uhensiktsmessig om fylkeslegen går for langt i å fastsette det konkrete innhold av oppfyllelsen.¹³¹

Dette viser at klageorganet må vise en viss tilbakeholdenhet med å fastsette innholdet av det vedtaket som må treffes.

Med dagens system og den saksmengde som er hos fylkesmennene så er det lange ventetider på klagesaker om avslag på BPA. Hvis man legger dette sammen med den tid prosessen tar, før en klage sendes til fylkesmannen, blir tiden enda lenger, særlig medregnet den tiden det tar at kommunen selv vurderer om de vil omgjøre eget vedtak. Dette er et stort rettssikkerhetsproblem, og det kan være vanskelig for klagerne og deres familier å vite hva man skal gjøre mens man venter på klagebehandlingen.

Det må forstås slik at dette i mange tilfeller både går utover klagerne selv og deres mulighet til utvikling og likeverd i denne perioden, men også for deres pårørende. Kanskje må de slutte i jobb, eller søke om delvis permisjon, eller kanskje må de kjøpe egne tjenester for å sikre den hjelp de mener er mest hensiktsmessig. Sistnevnte var tilfelle i saken LH-2018-104312. I saken ble et kommunalt avslag på en søknad om BPA omgjort av fylkesmannen, og kommunen innvilget så BPA.

¹³¹ Ot.prp. nr. 12 (1998-1999) s. 106

I perioden mellom kommunens avslag og frem til da klageren fikk innvilget BPA måtte den private part kjøpe private avlastningstiltak. Klageren krevde kommunen for erstatning for utgiftene i denne perioden, men fikk avslag i lagmannsretten. Lagmannsretten fant at kommunens tilbudte avlastningstiltak ikke kunne regnes som uforsvarlig og at det dermed ikke forelå ansvarsgrunnlag. Retten fant at det heller ikke var årsakssammenheng mellom avslaget på BPA og tapet som var påført. Det avgjørende for om en kan kreve erstatning i disse tilfellene er altså spørsmålet om det tjenestetilbudet kommunen gir isteden er å regne som forsvarlig eller ikke.

5.3 Overprøving av andre instanser

I tillegg til klageadgangen til fylkesmannen er muligheten for å bringe saken inn for domstolene og andre organer en viktig rettssikkerhetsgaranti for borgerne.

I utgangspunktet må det forstås slik at spørsmålet om vilkårene, både for om en bruker har rett til «nødvendig» helse- eller omsorgstjenester og om de rettslige vilkårene for å ha rett til BPA er oppfylt, er å regne som vilkår som domstolen kan overprøve. Bestemmelsen har ingen «kan-regel» eller andre vilkår som gir anvisning på at kommunen har et fritt skjønn som domstolen ikke kan overprøve. Det er dermed ikke så stor forskjell på hva domstolen og fylkesmannen kan overprøve i slike saker.¹³² Dersom en kun har rett til nødvendig helse- eller omsorgstjenester etter pbrl. § 2-1 a andre ledd, men ikke rett til BPA etter § 2-1 d vil hvilke behandlingsalternativer som fremstår som forsvarlige i den aktuelle sak avgjøres på grunnlag av et medisinskfaglig skjønn. Dette skjønnet kan ikke overprøves av domstolene ut over den minstestandard som kommer til uttrykk i nevnte Fusa-dommen, Rt. 1990 s. 874 A.¹³³ Det uttales i dommen på side 888 at:

Spørsmålet er om klientutvalgets vedtak tilfredsstillende loven[sic] krav med hensyn til omfanget av ytelse. Jeg antar at forvaltningens skjønnsmessige vurdering av dette spørsmål i utgangspunktet kan prøves av domstolene. (...) Når det gjelder omfanget av ytelsene, vil spørsmålet ved en domstolskontroll etter min mening være om det aktuelle forvaltningsvedtak tilfredsstillende et visst minstekrav som må forutsettes å gjelde for slike ytelse. En slik vurdering vil ligge nær opp til en domstolsprøving av forvaltningens frie skjønn. Jeg sikter i denne forbindelse særlig til domstolenes adgang til å prøve om forvaltningskjønnet er åpenbart urimelig.

Av særlig interesse kan det fremheves at Høyesterett her trekker frem at vurderingen av minstestandarden er tilfallende til domstolens prøving av om et vedtak er åpenbart urimelig, altså overprøvingen av den såkalte myndighetsmisbrukslæren. Det er dermed klart at domstolene kan overprøve om kommunens vedtak og gjennomføring av tjenestene oppfyller de krav til forsvarlighet som kan stilles i den enkelte sak.

¹³² Syse (2015) s. 179

¹³³ Ibid.

Realitetsavgjørelse-dommen, Rt. 2001 s. 995 A, omhandlet spørsmålet om domstolen kunne treffe realitetsavgjørelse om uføregrad eller om kompetansen var begrenset til å kun kjenne vedtaket ugyldig. Høyesterett kom frem til at det i norsk rett ikke er åpnet for at domstolen kan treffe realitetsavgjørelse ved lovbundne vedtak. Det må således forstås slik at domstolene ikke kan treffe realitetsavgjørelser i forhold til innholdet i et BPA-vedtak.

Videre er et aktuelt spørsmål om den private part kan bringe saken inn for domstolene før klageretten er uttømt. Dette ble særlig diskutert i forberedelsene til den nye tvisteloven. Selv om departementet fant det ønskelig at klageretten var uttømt før saken ble brakt inn for domstolene, fryktet de at en alminnelig regel om dette ville bli for stivbent.¹³⁴ Departementet landet på at det skulle tas inn en regel i forvaltningsloven om at forvaltningsorganet har adgang til å sette som vilkår i vedtaket at klageretten skal være uttømt før det reises søksmål. En slik bestemmelse finnes i dag i fvl. § 27 b.

Det uttales videre i forarbeidene til tvisteloven at en slik regel ikke setter begrensinger for at den private part begjærer midlertidig forføyning mot iverksetting av førsteinstansvedtaket.¹³⁵ Med tanke på den lange tiden det tar før fylkesmannen får behandlet klagesaker kan det være et aktuelt rettsmiddel å anlegge sak for domstolene for å få midlertidig forføyning etter tvistelovens kapittel 34.¹³⁶

Denne gjennomgangen viser at det foreligger en formell mulighet til å anlegge sak for domstolen. Det uttales i forarbeidene at: «[k]omiteen mener at det prinsipielt og reelt ikke er slik at helsetjenesten skulle være mindre egnet for rettsavgjørelser enn andre områder som er rettighetsfestet».¹³⁷ Syse uttaler derimot at: «[t]il tross for at domstolene ble vurdert som viktige rettsikkerhetsgarantier ved vedtak av loven, er svært få saker brakt inn for å få en rettslig prøving av avgjørelser etter pasient- og brukerrettighetslovens ulike bestemmelser.»¹³⁸

For mange av de som får avslag på sin BPA-søknad, eller mener de har fått for lite eller feil tjenester, er ikke den reelle muligheten til å bringe saken inn for domstolene så stor. For det første kreves det mye overskudd, tid og krefter å bringe en sak inn for domstolene, særlig når dette kommer i tillegg til en allerede vanskelig hverdag og en kamp mot forvaltningen for å få

¹³⁴ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) Om lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) s. 344

¹³⁵ Ibid.

¹³⁶ Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)

¹³⁷ Innst. O. nr. 91 (1998-1999) Innstilling fra sosialkomiteen om lov om pasientrettigheter (pasientrettighetsloven) kapittel 2.3 til § 2-1

¹³⁸ Syse (2015) s. 555

det man mener er riktig vedtak i første omgang. I tillegg er det en stor økonomisk belastning. For mange med nedsatt funksjonsevne er uføretrygden eneste inntekt, og det er en stort steg å kontakte advokat for å anlegge en sak mot forvaltningen som igjen kan bli lang og krevende. Dersom du er enslig er minste uføretrygd du kan få 2,48 G som etter dagens sats tilsvarer 251 350 kr, og dersom du lever i et ekteskap eller samboerskap er minste uføretrygd 2,28 G som tilsvarer 231 080 kr, jf. folketrygdloven § 12-13.¹³⁹ For å ha rett til fri rettshjelp er inntektsgrensen for enslige 246 000 kr, mens for ektefeller og samboere med felles økonomi er inntektsgrensen 369 000 kr.¹⁴⁰ I tillegg er formuesgrensen på 100 000 kr. Dette viser at uføretrygdede ikke vil kunne benytte seg av muligheten for fri rettshjelp. Dette må også forstås som en av begrunnelsene for at så få saker om helse og omsorgstjenester havner for domstolene.

Videre kan det også spørres om det for avslag og endring i vedtak om BPA kan være i strid med likestillings- og diskrimineringslovverket, og om det dermed kan skje en overprøving av diskrimineringsnemnda.¹⁴¹ Saken DIN 2019-296 gjaldt spørsmål om diskriminering på grunn av funksjonsnedsettelse ved endringer i vedtak om BPA. Nemnda støtter seg til forarbeidene til likestillings- og diskrimineringsloven som understreker at nemnda skal vise særdeles stor tilbakeholdenhet i slike saker, og fremhever at den ikke har mulighet til å oppheve eller endre vedtak, men komme til motsatt konklusjon i en uttalelse.¹⁴² I den konkrete sak kunne ikke nemnda se at klager var utsatt for diskriminering.

I tillegg har alle som mener å være utsatt for en feil eller urett av forvaltningen mulighet til å sende inn en klage til sivilombudsmannen.¹⁴³ Ombudsmannen kan ikke overprøve vedtaket men kan komme med en uttalelse i saken hvor det kan komme til uttrykk om han mener det er gjort noen feil og om det aktuelle forvaltningsorganet bør foreta en ny vurdering av saken, jf. sivilombudsmannsloven § 10. Selv om en slik uttalelse ikke er rettslig bindende for forvaltningen å følge, vil det gi et klart signal og insentiv om at vedtaket bør vurderes på nytt, og forvaltningen vil i all hovedsak prøve å etterleve ombudsmannens uttalelser.

¹³⁹ Lov 28. februar 1997 nr. 19 om folketrygd (folketrygdloven)

¹⁴⁰ Lov 3. juni 1980 nr. 35 om fri rettshjelp (rettshjelploven) § 16 jf. forskrift 12. desember 2005 nr.1443 til lov om fri rettshjelp (rettshjelpsforskriften).

¹⁴¹ Lov 16. juni 2017 nr. 50 om Likestillings- og diskrimineringsombudet og Diskrimineringsnemnda (diskrimineringsombudsloven) kapittel 3

¹⁴² Under nemndas vurderinger med henvisning til Prop. 81 L (2016-2017) s. 223.

¹⁴³ Lov 22. juni 1962 nr. 8 om Stortingets ombudsmann for forvaltningen (sivilombudsmannsloven) § 6

6 Rettspolitiske betraktninger

Som denne oppgaven har vist er det flere grunner til at BPA-ordningen ikke har fungert etter intensjonen. Reglene åpner for ulik tolkningspraksis og det kan argumenteres for at det økonomiske hensynet har fått for stor plass ved utformingen av rettigheten på en slik måte at rettigheten kun har fått en formell karakter og at den ikke har et reelt materielt innhold.

For det første kan det pekes på at lovteksten virker for snever i forhold til de intensjonene som lå bak rettighetsfestingen. Ordlyden av personlig assistansebegrepet åpner ikke i tilstrekkelig grad for å innfortolke timer til utdanning og arbeid på en slik måte som det synes at intensjonen var. Som pekt på gjennom oppgaven er en av begrunnelsene for de store kommunale forskjellene i tolkningspraksis den skjønsmessige grensedragning for hvilke tjenester som inngår i BPA-ordningen. En mer presis formulering av hvilke tjenester som skal inngå ville kunne være med å sikre en mer konform tildelingspraksis. På den andre siden vil dette også kunne medføre at brukere med andre behov mister muligheten til å få de tjenester de trenger organisert som BPA. Det er store forskjeller i behovet til brukergruppen, og for detaljerte og tilskjærte vilkår vil utelukke mange med stort assistansebehov.

På et mer overordnet plan må det diskuteres om BPA har blitt lovfestet på en måte som har begrenset ordningen på en for stor måte. BPA ble lovfestet som en alternativ måte å organisere de tradisjonelle kommunale omsorgstjenestene, og har ikke blitt rettighetsfestet som en egen tjeneste. Dersom man kan rettighetsfeste BPA som en egen tjeneste vil det være lettere å definere hvilke formål ordningen ønsker å sikre. Det vil også bli lettere å fjerne ordningen fra de tradisjonelle helse- og omsorgstjenestene, noe som kan være med å øke forståelsen for hva BPA er og hva det kan brukes som ut til saksbehandlerne i kommunene. Det kan også tenkes at rettigheten hadde fått en mer reell karakter dersom det var en mer objektiv faginstans som vurderte behovet til brukeren istedenfor en saksbehandler i kommunen.

Som vist til i innledningen har regjeringen satt ned et nytt BPA-utvalg som skal vurdere ordningen og komme med forslag til forbedringer. Ett av tiltakene som utvalget vurderer er om BPA-ordningen bør flyttes ut av helse- og omsorgs sektoren og over i sosial sektoren eller likestillings- og diskrimineringssektoren.¹⁴⁴

¹⁴⁴ BPA-utvalget (2019)

ULOBA som en av de fremste stemmene for en slik løsning påpekte at dette burde blitt gjort allerede før rettighetsfestingen i 2015. De uttaler at:

Så lenge BPA ligger forankret sammen med de tradisjonelle omsorgstjenestene, vil vi få de samme diskusjonene om og om igjen. BPA skal handle om frihet, likestilling og menneskerettigheter, ikke om pleie og omsorg. Målgruppen for BPA er ikke den samme som for de tradisjonelle omsorgstjenestene. Derfor hadde alle vært tjent med en annen forankring og organisering av BPA.¹⁴⁵

På den ene siden kan det argumenteres med at en slik overføring kan virke hensiktsmessig. Det vil fjerne fokuset fra at BPA skal være en kommunal omsorgstjeneste og få frem likestillingsperspektivet på en bedre måte enn dagens system. Dette kan også være med å fjerne det klare økonomiske hensynet som ligger bak, ved at NAV ikke på samme måte kan gjemme seg bak trang økonomi og budsjettensyn på samme måte som en liten kommune kan etter dagens system. På den andre siden er det viktig å huske på at BPA også skal ivareta brukere med andre behov enn de som kun vil bruke ordningen til likestilling. Som nevnt tidligere vil behovet til barnefamilier med barn med stort assistansebehov like ofte være og selv kunne bestemme hvem som skal yte assistansen og til hvilken tid. For disse vil behovet for å få helsetjenester organisert som BPA være stort. Det er viktig, både for brukeren og familien rundt, at det er få personer å forholde seg til og at det er noen de føler seg trygge på til å ha i huset til alle døgnets tider.

I forlengelse av dette kan en overføring til statlig ansvar og til NAV være med å sikre en mer konform tolknings- og tildelingspraksis. Et motargument mot å flytte BPA-ordningen over til et statlig ansvar, eller delt ansvar mellom stat og kommune, er faren for store økte kostnader. Dette vil være en overgang mot den svenske modellen. Departementet uttalte i forhold til dette at:

Et delt finansieringsansvar mellom kommunen og staten, som en blant annet finner i den svenske modellen, synes å virke svært utgiftsdrivende. Helse- og omsorgsdepartementet har derfor falt ned på at ansvaret både for å organisere og finansiere brukerstyrt personlig assistanse tillegges kommunene. En organisatorisk tilknytning av ordningen til NAV og folketrygden anses dermed ikke som aktuell.¹⁴⁶

¹⁴⁵ Prop. 86 L (2013-2014) s. 17

¹⁴⁶ Prop. 86 L (2013-2014) s. 18

Det ble altså vurdert som uaktuelt å flytte tjenestene over til et delt statlig og kommunalt ansvar ved rettighetsfestingen i 2015. Selv med tanke på det faktum at ordningen ikke har vokst i takt med intensjonene vil det være vanskelig å se for seg at regjeringen så tidlig etter det klare standpunktet vil snu, selv om BPA-utvalget skulle komme til at dette var den beste løsningen.

Videre kan det spørres om CRPD, på lik linje som andre sentrale internasjonale konvensjoner om ulike gruppers rettigheter, burde blitt inkorporert som en del av norsk rett etter mrl. § 2. Dette ville både hatt en klar symboleffekt, men ville forhåpentligvis også kunne være med å bedre forståelsen for hva BPA-ordningen er, også ut i kommunene, da dette ville blitt et regelverk de også måtte forholde seg til ved tildelingen av BPA. På den andre siden så er det blitt vurdert slik av departementet at de krav som ble stilt for BPA allerede var oppfylt gjennom norsk lov og at det ikke trengtes en rettighetsfesting for å oppfylle kravene.¹⁴⁷ En inkorporasjon vil nok dermed ikke ha særlig stor praktisk betydning. Videre kan det dog diskuteres om Norge skal ratifisere den frivillige tilleggsprotokollen som gir den enkelte borger mulighet til å klage saken sin inn for overvåkningskomiteen dersom de mener seg utsatt for brudd på CRPD. Det er forutsatt at en slik klage kun kan fremsettes etter at nasjonale rettsmidler er uttømt. En slik overprøvingsdomstol vil dermed kunne overprøve Høyesterett i den enkelte sak, og det er således tale om en overføring av nasjonal suverenitet, som på politisk og juridisk plan kan være problematisk.

Slik dagens system og lovverk er kan det argumenteres for at dagens rettigheter for mennesker med nedsatt funksjonsevne er for vanskelig tilgjengelig og for vanskelig å gjøre seg kjent med. Som gjennomgangen viser er det et lappeteppes av rettigheter, særlig knyttet til assistansebehov ved skole, utdanning og arbeid opp mot BPA. Det må i fremtiden søkes å bygge lovverk og systemer som både borgere og saksbehandlere i kommunene lettere kan nytte seg av og forstå.

¹⁴⁷ Prop. 106 S (2011-2012) s. 17

Kilderegister

Lovs- og traktatregister

Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven).

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Roma, 4. November 1950. (Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen)

Lov 22. juni 1962 nr. 8 om Stortingets ombudsmann for forvaltningen (sivilombudsmannsloven).

Lov 10. februar 1967 nr. 10 om behandlingsmåte i forvaltningssaker (forvaltningsloven – fvl.).

Lov 13. juni 1980 nr. 35 om fri rettshjelp (rettshjelploven).

Lov 17. juli 1988 nr. 61 om grunnskolen og den videregående opplæringa (opplæringslova).

Lov 13 desember 1991 nr. 81 om sosiale tjenester m.v. (sosialtjenesteloven) *Opphevet.*

Lov 28. februar 1997 nr. 19 om folketrygd (folketrygdloven).

Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven).

Lov 02. juli 1999 nr. 63 om pasient- og brukerrettigheter (pasient – og brukerrettighetsloven).

Lov 02. juli 1999 nr. 64 om helsepersonell m.v. (helsepersonelloven).

Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven).

Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven).

Convention on the rights of persons with disabilities, New York 13. December 2006 (entered into force on 3 May 2008) 2515 UNTS p.3

Lov 24. juni 2011 nr. 30 om kommunale helse- og omsorgstjenester m.m (helse – og omsorgstjenesteloven).

Lov 20 juni 2014 nr. 41 om endringer i pasient- og brukerrettighetsloven (rett til brukerstyrt personlig assistanse).

Lov 16. juni 2017 nr. 50 om Likestillings- og diskrimineringsombudet og Diskrimineringsnemnda (diskrimineringsombudsloven)

Lov 16. juni 2017 nr. 52 om likestilling og forbud mot diskriminering (likestillings- og diskrimineringsloven)

Lov 19 juni 2020 nr. 79 om endringer i pasient og brukerrettighetsloven (utvidet rett til brukerstyrt personlig assistanse)

Danske lover:

Social- og Indenrigsministeriets lov nr. 573 af 24/6 2005 (serviceloven).

Svenske lover:

Lag (1993:387) 17. mai 1993 om stöd och service till vissa funktionshindrade.

Socialförsäkringsbalk (2010:110) 4. mars 2010.

Forskrifts- og rundskrivsregister:

Forskrift 01. desember 2000 nr. 1208 om prioritering av helsetjenester, rett til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten, rett til behandling i utlandet og om klagenemnd (prioriteringsforskriften).

Forskrift 12. desember 2005 nr.1443 til lov om fri rettshjelp (rettshjelpsforskriften).

Rundskriv R76-12-01 Utfyllende regler til Arbeids- og velferdsetatens anvendelse av forskrift om arbeidsmarkedstiltak.

Rundskriv I-9/2015 Rettighetsfesting av brukerstyrt personlig assistanse (BPA).

Forskrift 11. desember 2015 nr.1598 om arbeidsmarkedstiltak (tiltaksforskriften).

Forarbeidsregister:

Ot.prp. nr. 12 (1998-1999) Lov om pasientrettigheter (pasientrettighetsloven).

Innst. O. nr. 91 (1998-1999) Innstilling fra sosialkomiteen om lov om pasientrettigheter (pasientrettighetsloven).

B.innst.S. nr.11 (2005-2006) Innstilling fra helse og omsorgskomiteen om bevilgninger på statsbudsjettet for 2006, kapitler under Helse- og omsorgsdepartementet (rammeområde 16).

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

Innst. 424 L (2010-2011) Innstilling fra helse- og omsorgskomiteen om lov om kommunale helse- og omsorgstjenester m.m (helse- og omsorgstjenesteloven).

Prop. 106 S (2011-2012) Samtykke til ratifikasjon av FN-konvensjonen av 13. desember 2006 om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne.

Prop. 86 L (2013-2014) Endringer i pasient- og brukerrettighetslov (rett til brukerstyrt personlig assistanse).

Innst. 294 L (2013-2014) Innstilling fra helse- og omsorgskomiteen om endringer i pasient- og brukerrettighetsloven (rett til brukerstyrt personlig assistanse)

Prop. 81 L (2016-2017) Lov om likestilling og forbud mot diskriminering (likestillings- og diskrimineringsloven).

Prop. 93 L (2019-2020) Endringer i pasient- og brukerrettighetsloven (utvidet rett til brukerstyrt personlig assistanse).

Doms- og nemnds register:

Nasjonale dommer:

Rt. 1990 s. 874 A (Fusa)

Rt. 2001 s. 995 A (Realitetsavgjørelse)

HR-2016-2554-P (Holship)

HR-2016-2591-A

HR-2017-2277-A

HR-2017-2292-A

LH-2018-104312

Aust-Agder tingretts dom 02. mars 2020 (sak nr. 19-128542TVI-AUAG)

Diskrimineringsnemnda:

DIN-2019-296

Internasjonale dommer:

EMD

A.-M.V v. Finland [J], EMD no. 53251/13.

FNs komite for rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne

General comment No. 5 (2017) on living independently and being included in the community (GC-2017-5-CRPD (CRPD/C/GC/5)).

H.M. v. Sweden CRPD-2011-3 (CRPD/C/7/D/3/2011).

Litteraturregister:

Bernt, Jan Fridthjof, Saksbehandling og klage i saker om tildeling av ytelser, i Asbjørn Kjønstad, Jan Fridthjof Bernt, Alice Kjellevold og Harald Hove, *Sosial trygghet og rettssikkerhet under sosialtjenesteloven og barneverntjenesten*, Fagbokforlaget, 2000 s. 197 flg.

Bernt, Jan Fridthjof, Ørnulf Rasmussen *Frihagens forvaltningsrett*, 1. bind, 2. utgave, Fagbokforlaget, 2010.

BPA-utvalgets mandat – Kongen i statsråd 20. september 2019
<https://nettsteder.regjeringen.no/bpa/mandat/> (sjekket 12.11.2020).

Ervik, Rune, Egil Kjerstad, Tord Skogedal Lindén og Kristin Rubecksen, *Rettighetsfesting av BPA – store forventinger, betinget suksess*, Rapport 2- 2017, Uni Research AS, 2017
https://www.regjeringen.no/contentassets/0a8d4f41b5c541ddab1e7280533dbeaf/rettighetsfesting_bpa_171013.pdf (sjekket 28.10.2020).

Helsetilsynet, *Tilsynsmelding 2019, 2020*
<https://www.helsetilsynet.no/globalassets/opplastinger/publikasjoner/tilsynsmelding/> (sjekket 16.09.2020).

Helse- og omsorgsdepartementet, *Kostnadsberegninger av utvidet bruk av brukerstyrt personlig assistanse – Rapport fra arbeidsgruppe avgitt 27. mai 2011*
<https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/hod/dokumenter-hta/rapport-endelig-3005.pdf> (sjekket 05.10.2020).

Kjønstad, Asbjørn, Aslak Syse og Morten Kjelland, *Velferdsrett 1: Grunnleggende rettigheter, rettssikkerhet og tvang*, 6 utgave, Gyldendal, 2017.

Norges Handikapforbund, *Full deltakelse og likestilling Norges Handikapforbunds strategi for likestilling av funksjonshemmede*, 2020
https://nhf.no/wpfd_file/norges-handikapforbunds-likestillingsstrategi/ (Sjekket 28.09.2020).

Socialstyrelsen, *Personlig assistans enligt LASS ur ett samhällsekonomiskt perspektiv, artikkelnr 2008-131-27*
https://assistanskoll.se/_up/Socialstyrelsen-Personlig-assistans-ur-ett-samhallsekonomiskt-perspektiv.pdf (sjekket 14.10.2020).

Syse, Aslak, *Pasient- og brukerrettighetsloven med kommentarer*, 4. utgave, Gyldendal, 2015.

ULOBA, *Tilstandskartlegging 2019 Ulobas dokumentasjonsrapport om BPA og andre former for personlig assistanse for funksjonshemmede*, 2020
<http://www.uloba.no/wp-content/uploads/2020/10/Tilstandskartleggning-2019.pdf>(sjekket 07.10.2020).