

Pasient- og brukerombudet i Sogn og Fjordane
Postboks 265
6801 FØRDE

Deres ref.: 16/13590-1
Vår ref.: 16/35105-2
Saksbehandler: Ann-Kristin Wassvik
Dato: 12.09.2017

Lovfortolkning - Pasient- og brukerombudet i Sogn og Fjordane - Spørsmål om pasienters rett til fortsatte tjenester i hjemmet ved tilbud om plass i sykehjem - Pasient- og brukerrettighetsloven § 2-1a, helse- og omsorgstjenesteloven §§ 3-1, 3-2 og 4-1 mv.

HelseDirektoratet viser til brev fra Pasient- og brukerombudet i Sogn og Fjordane (heretter ombudet) datert 18.10.2016. I brevet stiller ombudet spørsmål om pasient/brukers rett til fortsatt å motta tjenester i hjemmet når kommunen mener at innleggelse i sykehjem er nødvendig. I spørsmålsstillingen er det forutsatt at personen det gjelder er samtykkekompetent, og derfor ikke kan innlegges i sykehjem mot sin vilje.

Spørsmålene ombudet stiller i sitt brev, involverer flere rettsregler. Viktigst er pasient- og brukerrettighetsloven (pbrl.) § 2-1a om pasienters og brukeres rett til nødvendige helse- og omsorgstjenester og forsvarlighetskravet i helse- og omsorgstjenesteloven (hol.) § 4-1, samt forholdet mellom den forvaltningsrettslige vilkårlæren og kommunens frihet til å bestemme hvordan et tilbud om helse- og omsorgstjenester skal organiseres. Særlig sentralt for problemstillingen er spørsmålet om det å kreve at en pasient/bruker flytter fra eget hjem for å få nødvendige tjenester ligger innenfor kommunens rett til å organisere tjenestene, eller om et slikt krav må vurderes opp mot vilkårlæren, og hva som i så tilfelle følger av denne. Nedenfor vil direktoratet redegjøre for disse rettsreglene i lys av de spørsmål ombudet stiller i brevet.

Vi beklager lang saksbehandlingstid, som henger sammen med at saken har nødvendiggjort grundige og omfattende vurderinger.

1. Pasienters og brukeres rett til nødvendige helse- og omsorgstjenester fra kommunen, kommunens organiseringsfrihet og forholdet til vilkårlæren.

Etter pbrl. § 2-1a andre ledd har pasient og bruker rett til «nødvendige helse- og omsorgstjenester» fra kommunen. Retten gjelder alle som oppholder seg i kommunen, jf. hol § 3-1 første og andre ledd. Begrepet nødvendige helse- og omsorgstjenester skal tolkes slik at det gir rettskrav på nødvendig hjelp med en forsvarlig standard, jf. hol. § 4-1, basert på en individuell helse- og sosialfaglig vurdering av behov. Forsvarlighetskravet innebærer at det finnes et minstenivå som kommunen ikke kan gå under, heller ikke under henvisning til egen

HelseDirektoratet

Avdeling omsorgstjenester

Ann-Kristin Wassvik, tlf.: +4724163066

Postboks 7000 St. Olavs plass, 0130 Oslo • Besøksadresse: Universitetsgata 2, Oslo • Tlf.: 810 20 050

Faks: 24 16 30 01 • Org.nr.: 983 544 622 • postmottak@helsedir.no • www.helsedirektoratet.no

økonomi. Det vises her til bl.a. Prp.91 L (2010-2011) pkt. 20.5 og 29.5.2, samt den såkalte Fusadommen (Rt. 1990 s. 874).

Visse betingelser må være oppfylt for at en person skal ha rett til helse- og omsorgstjenester. For det første forutsettes at personen er i en situasjon hvor hun eller han har et *behov* for slike tjenester, jf. lovens krav om at tjenestene skal være *nødvendige*. Videre må det legges til grunn av loven også forutsetter et minimum av tilpasning, samarbeid og oppfølging fra pasienten eller brukerens side for at retten skal kunne kreves oppfylt. Dette gjelder i særlig grad fordi det i utgangspunktet er kommunen som innenfor visse rammer vurderer og beslutter hva slags tjenester som skal tilbys og på hvilken måte, jf. bl.a. Prop.91 L (2010-2011) kapittel 48, merknader til pbrl. § 2-1a.

Et eksempel på dette er at mottakere av avlastning eller BPA innenfor visse grenser må innrette seg etter hvordan kommunens avlastningstjenester eller tilbud om BPA er organisert. Pasienter og brukere må videre møte opp til fastsatte timeavtaler når dette er mulig, innrette seg etter grunnleggende husordensregler ved opphold i helseinstitusjon og for øvrig gjøre seg tilgjengelig for undersøkelse og behandling. Slike plikter for tjenestemottakeren er det ikke nødvendig å ta særskilt inn i vedtaket. De kan ses på som mer eller mindre selvsagte forutsetninger som følger av selve rettighetsbestemmelsen og lovens system for øvrig, og pasienten/brukeren må i utgangspunktet innrette seg etter slike forutsetninger før det evt. skal kunne påberopes et rettighetsbrudd.¹ Et tredje eksempel, som følger av kommunens rett til å organisere tjenestene, er der kommunen avslår å innvilge BPA til en person som har behov for praktisk bistand, men som faller utenfor rettighetsbestemmelsen i pbrl. § 2-1d. Pasient eller bruker vil som hovedregel måtte akseptere dette, så lenge kommunens beslutning ikke fremstår som åpenbart urimelig.

Enkelte mindre selvsagte – eller særlig inngripende – betingelser eller krav kan imidlertid ikke sies verken å følge av rettighetsbestemmelsen eller lovens system, eller falle innenfor kommunens rett til å organisere tjenestene. Eksempel på dette kan være krav om at tjenestemottakeren anskaffer eller installerer bestemt utstyr i boligen, eller krav om at tjenestemottakeren flytter til en annen bolig, jf. bl.a. Kjønstad, Syse og Kjelland: Velferdsrett 1 (2017) s. 206. Det samme må gjelde et krav om at tjenestemottakeren tar imot et tilbud om sykehjemsplass. Slike betingelser må vurderes med utgangspunkt i den ulovfestede forvaltningsrettslige vilkårs læren.² I Prop.91 L (2010-2011) under pkt. 29.2.1 legger departementet til grunn at det ved tildeling av bl.a. hjemmesykepleie og plass i sykehjem gjelder et ulovfestet forvaltningsrettslig prinsipp om adgang til å sette slike vilkår/betingelser for tjenestene. Det samme er lagt til grunn i juridisk litteratur. Det vil da dreie seg om konkrete tilleggsvilkår (også kalt tyngende vilkår) som kommunen inntar i vedtaket om tildeling av tjenester, og som innebærer at tjenestemottakeren må utføre bestemte handlinger eller tåle bestemte inngrep for at de tjenestene vedtaket gjelder skal bli ytt.

Sentralt i den ulovfestede forvaltningsrettslige vilkårs læren er at forvaltningen, for å kunne stille et tyngende vilkår ved tildeling av et gode, i utgangspunktet må stå fritt til å avgjøre om godet skal tildeles eller ikke. Da kommunen ikke står fritt til å avgjøre om en søknad fra en

¹ Jf. bl.a. Sårstelledommen (Rt. 2010 s. 612) – prejudikat for kva? (B.H. Østenstad, Lov og rett nr. 8 2014 s. 484-501)

² Forvaltningsrett, 10. utg. s. 413 (T. Eckhoff og E. Smith, Oslo 2014) og Sosialhjelp på vilkår – Om bruk av vilkår og avtaler ved tildeling av sosiale ytelser (A. Kjellevoid, Juridisk Forlag 1995).

pasient eller bruker som har rett til nødvendige helse- og omsorgstjenester etter pbrl. § 2-1a andre ledd skal innvilges eller avslås, kan kommunen heller ikke sette som vilkår at pasient eller bruker skal flytte ut av eget hjem for å få det minimum av tjenester som personen har rett til etter loven. Det vises her bl.a. til Alminnelig forvaltningsrett, 4. utg. s. 264 (Graver, Oslo 2014) og Forvaltningsrett, 10. utg. s. 413 (T. Eckhoff og E. Smith, Oslo 2014).

Hvis en samtykkekompetent pasient eller bruker motsetter seg å flytte inn i sykehjem eller annen bolig for å motta nødvendige tjenester der, eller nekter å installere f.eks. en trappeheis til tross for at kommunen har stilt krav om dette, vil kommunen med andre ord fortsatt være forpliktet til å yte et minimum av nødvendige og forsvarlige tjenester til vedkommende. Hvilke konkrete tjenester en person har rett til dersom han eller hun velger å bli boende hjemme eller motsetter seg andre vilkår, vil avhenge av hva som er mulig å yte i den aktuelle situasjonen; noen tjenester vil f.eks. bare kunne ytes i helseinstitusjon eller i en spesielt tilrettelagt bolig. De tjenester personen har behov for og som det med rimelighet kan kreves at kommunen yter i situasjonen slik den ligger an, vil kommunen imidlertid alltid være forpliktet til å yte på et forsvarlig nivå.³ Når det i forarbeider og juridisk litteratur legges til grunn at det kan stilles vilkår ved tildeling av kommunale helse- og omsorgstjenester, gjelder dette derfor når kommunen tilbyr noe *utover* den minstestandard den enkelte har en lovfestet rett til.

2. *Nærmere om forsvarlighetskravet i hol. § 4-1*

Etter hol. § 4-1 er det et krav at de tjenestene kommunen tilbyr og yter skal være forsvarlige. Av forarbeidene til hol. § 4-1 i Prp.91 L (2010-2011) fremgår at kravet om forsvarlighet er en rettslig standard, noe som innebærer at innholdet bestemmes av normer utenfor loven. Forsvarlighetskravet for helse- og omsorgstjenesten er forankret i anerkjent fagkunnskap, faglige retningslinjer og allmenngyldige samfunnsetiske normer. Innholdet i kravet endrer seg dermed også i takt med utviklingen av fagkunnskap, endringer i verdioppfatninger og den alminnelige samfunnsutviklingen.

Forsvarlighetskravet har en dobbel funksjon. Det er en rettesnor for tjenesten og viser til normer som beskriver hvordan tjenestene bør være. Disse normene utgjør kjernen i forsvarlighetskravet og kan betegnes som god praksis. Samtidig danner normene utgangspunkt for å fastlegge hvor grensen mot det uforsvarlige går. Det er vanskelig å angi presist på et overordnet nivå hva som tilfredsstillende kravet til nødvendig og forsvarlig hjelp; omfang og nivå på hjelpen må vurderes konkret, og ulike momenter knyttet til den enkeltes situasjon vil være relevante i vurderingen. I vurderingen av tjenestnivå og -omfang kan det legges vekt på hensynet til kommunens ressurser og prioriteringer. Forsvarlighetskravet setter imidlertid en minstestandard som kommunen ikke kan gå under, heller ikke under henvisning til økonomi, jf. bl.a. Prp.91 L (2010-2011) kapittel 48, merknader til pbrl. § 2-1a.

Som det fremgår vil situasjonsbestemte momenter være relevante i vurderingen av hvor grensen mot uforsvarlighet skal trekkes i konkrete situasjoner. Forarbeidene til hol. § 4-1 gir imidlertid ikke ytterligere føringer for den konkrete vurderingen, herunder hvordan man i vurderingen skal forholde seg til konkrete omstendigheter som begrenser kommunens

³ NOU 2004:18 Helhet og plan i helse- og sosialtjenestene pkt. 8.8, Huleboerdommen (Rt. 2010 s. 612) – riktig diagnose, feil medisin? (N.W. Andersen og K.O. Kallevik, Lov og rett 2011 s. 283-297) og Sosialhjelp på vilkår – Om bruk av vilkår og avtaler ved tildeling av sosiale ytelser (A. Kjellevoid, Juridisk Forlag 1995).

handlingsrom. Behovet for å ta hensyn til foreliggende omstendigheter når innholdet i forsvarlighetskravet skal fastsettes i en konkret sak, er imidlertid omtalt i forarbeidene til spesialisthelsetjenesteloven § 2-2 i Ot.prp.nr.10 (1998-1999) pkt. 2.3.4.2, hvorfra gjengis:

«Bestemmelsen om at helsetjenesten som tilbys eller ytes skal være forsvarlig, innebærer et krav til at innholdet i tjenesten skal være i samsvar med en minstestandard. Forskjellige organisatoriske løsninger kan således velges når innholdet i den tjenesten pasienten blir tilbudt, eller mottar, er i samsvar med den minstestandarden som forsvarlighetskravet angir. Denne standarden vil variere i forhold til hvilken type tjeneste det dreier seg om. I merknadene til lov om helsepersonell § 4 omtales de elementer som påvirker innholdet i den individuelle plikten til forsvarlighet. Det markeres at det vil være ulike normer knyttet til de ulike fag og profesjoner, og at normene også vil være i endring blant annet på grunn av utviklingen i fagenes metoder og utviklingen av ny teknologi. På samme måte som når det gjelder forsvarlighetskravet for det enkelte helsepersonell, vil innholdet i tjenestenes plikt til forsvarlig tjenesteyting måtte fastsettes i det enkelte tilfelle og i forhold til de foreliggende omstendigheter.» (våre understrekninger)

Fra forarbeidene⁴ til helsepersonelloven (hpl.) gjengis følgende når det gjelder dette:

«Hva som kan forventes utfra kvalifikasjoner, vil her som ellers i aktsomhetsnormen variere utfra hvordan situasjonen fortonte seg. Det innebærer en modifikasjon utfra de forutsetninger og handlingsalternativer helsepersonellet har i situasjonen. Hvordan helsepersonellet burde ha opptrådt i den konkrete situasjonen på bakgrunn av egne kvalifikasjoner står sentralt, ikke hvordan helsepersonellet burde opptrådt i en ideell situasjon. Det innebærer bl.a. en avgrensning mot forhold som helsepersonellet ikke har herredømme over eller kan lastes for, for eksempel fordi det skyldes en systemsvikt eller fordi handlingsalternativene er en uforsvarlig unnløstelse eller en uforsvarlig handling.»

Etter Helsedirektoratets syn må forsvarlighetskravet i hol. § 4-1 forstås på samme måte, dvs. at en nødvendig differensiering ut fra kommunens handlingsalternativer og andre foreliggende omstendigheter gjøres også her. Der en samtykkekompetent pasient eller bruker ikke ønsker å motta tjenestene i sykehjem, vil det derfor ved fastsettelse av innholdet i kravet til forsvarlig tjenesteyting måtte tas hensyn til den begrensningen i kommunens handlingsrom som dette medfører, herunder at en samtykkekompetent person ikke kan innlegges i helseinstitusjon mot sin vilje. Et tjenestetilbud som er utformet og tilrettelagt ut fra pasient/brukers behov så langt dette er mulig innenfor kommunens ressurs- og prioriteringsmessige handlingsrom, og for øvrig er forankret i anerkjent fagkunnskap og allmenngyldige samfunnsetiske normer, vil da som hovedregel måtte anses for å oppfylle lovens forsvarlighetskrav.

Dersom det – f.eks. etter klage – skulle bli klart at et konkret tjenestetilbud *ikke* kan anses for å oppfylle lovens minstestandard, heller ikke hensyntatt de begrensninger som følger av at tjenestene må ytes i tjenestemottakerens hjem, vil kommunen måtte gjøre de tilpasninger som er nødvendige for at tilbudet skal bli forsvarlig. Dialog med tjenestemottakeren vil her være sentralt, jf. blant annet hol. § 1-1 hvor det bl.a. fremgår at formålet med loven er å sikre at tilbudet er tilpasset den enkeltes behov og at tjenestetilbudet tilrettelegges med respekt for

⁴ Ot.prp.nr.13 (1998-1999), merknadene til § 4.

den enkeltes integritet og verdighet, og pbrl. § 3-1 hvoretter tilbudet så langt som mulig skal utformes i samarbeid med pasient og bruker.

Som nevnt under pkt. 1 vil enkelte tjenester eller behandlingsformer ikke med rimelighet kunne inngå i et hjemmebasert tilbud, f.eks. av legitime ressursmessige årsaker, eller fordi den konkrete behandlingsformen ikke kan gis på forsvarlig måte i hjemmet. Kommunen må imidlertid så langt det er mulig yte de tjenestene personen har behov for og som kan ytes på en forsvarlig måte der han eller hun bor. En fullstendig avvikling av et nødvendig tjenestetilbud i hjemmet som følge av at tjenestemottakeren motsetter seg innleggelse i sykehjem, med den følge at personen blir stående uten tjenester eller i praksis blir tvunget til å ta imot en sykehjems plass, vil ikke være i tråd med lovens forsvarlighetskrav. Som beskrevet ovenfor under pkt. 1 vil det heller ikke være i tråd med kommunens øvrige forpliktelser etter helse- og omsorgstjenesteloven.

Helsedirektoratet understreker at det vil være avgjørende for den samlede forsvarligheten i tilbudet at pasientens eller brukerens valg og beslutninger tas på et tilstrekkelig informert grunnlag. Det må derfor sikres at personen får løpende og god informasjon om sin helsesituasjon og tjenestenes faglige vurdering, mulige konsekvenser av de valg personen tar samt hva kommunen vil kunne tilby i f.eks. et sykehjem eller i en bedre tilrettelagt bolig. Gjennom kommunens helse- og omsorgsfaglige arbeid overfor tjenestemottakeren og eventuelle pårørende bør det søkes å bygge tillit gjennom å skape gode relasjoner, med sikte på at personen etter hvert vil samtykke til det tjenestetilbudet kommunen mener at han eller hun bør ha. Ved behov må det gjøres nye vurderinger av personens samtykkekompetanse. Informasjon og tilbud som gis, tjenestemottakerens beslutninger og de vurderinger som foretas må på vanlig måte dokumenteres i vedkommendes journal.

For fullstendighetens skyld kan nevnes at hpl. § 7 pålegger helsepersonell straks å gi den helsehjelp de evner når det må antas at hjelpen er påtrengende nødvendig. Med de begrensninger som følger av pbrl. § 4-9 gjelder dette selv om pasienten ikke er i stand til å samtykke, og selv om pasienten motsetter seg helsehjelpen. Om nødvendig omfatter plikten til å gi øyeblikkelig hjelp også innleggelse i helseinstitusjon.

3. Endring av tjenestetilbudet

I brevet spør ombudet om kommunen – der en mottaker av hjemmebaserte tjenester takker nei til et tilbud om sykehjemsinnleggelse – kan redusere tjenestetilbudet i hjemmet som følge av dette.

Som beskrevet ovenfor setter pbrl. § 2-1a andre ledd og forsvarlighetskravet en nedre grense for hvor mye et tjenestetilbud eventuelt kan reduseres. Kommunen må videre operere innenfor rammene av sitt frie skjønn, noe som bl.a. innebærer at begrunnelsen for en eventuell endring i tjenestetilbudet må være saklig, og at endringen ikke må være (åpenbart) urimelig. En ren henvisning til at pasienten eller brukeren har takket nei til plass i sykehjem, vil ikke være tilstrekkelig saklig grunn.

Se ellers JD Lovavdelingens tolkningsuttalelse av 03.12.2013, saksnr. 13/3190, om adgangen til å gjøre endringer i løpende vedtak om kommunale helse- og omsorgstjenester etter forvaltningsloven § 35.

Kopi av brevet er sendt til landets pasient- og brukerombud, Statens helsetilsyn, Helse- og omsorgsdepartementet og landets fylkesmenn.

Vennlig hilsen

Svein Lie e.f.
direktør

Helga Katharina Haug
avdelingsdirektør

Kopi:

Landets pasient- og brukerombud;STATENS HELSETILSYN;Helse- og omsorgsdepartementet;Landets fylkesmenn