

**Hvilke rammer oppstiller FN-konvensjonen om  
rettighetene til mennesker med nedsatt  
funksjonsevne (CRPD) for nasjonale ordninger for  
brukerstyrt personlig assistanse (BPA)?**

Kjetil Mujezinović Larsen  
Professor i rettsvitenskap (Ph.D.)

Oppdragsgiver: Uloba – Independent Living Norge

Ferdigstilt (revidert versjon) 8. mars 2021

# INNHOLDSFORTEGNELSE

1	Innledning .....	3
1.1	Denne utredningens bakgrunn .....	3
1.2	Rettslige utgangspunkter .....	4
1.3	Utredningens struktur .....	4
2	Kronologisk oversikt .....	5
2.1	Lovfestingen i 2000 .....	5
2.2	Diskriminerings- og tilgjengelighetsloven i 2008 .....	6
2.3	Videreføringen i helse- og omsorgstjenesteloven i 2011 .....	7
2.4	Norsk ratifikasjon av CRPD i 2013 .....	8
2.5	Diskriminerings- og tilgjengelighetsloven i 2013 .....	9
2.6	Rettighetsfestingen i 2014 .....	9
2.7	Norges innledende statsrapport om CRPD i 2015 .....	11
2.8	Stortingsmelding om individklageordningen i 2016 .....	14
2.9	Likestillings- og diskrimineringsloven i 2017 .....	15
2.10	Sammenfatning .....	15
3	CRPDs status i norsk rett: Gjeldende rett .....	15
3.1	Konstatering av samsvar .....	15
3.2	Presumsjonsprinsippet .....	16
3.3	Grunnloven § 92 .....	17
4	Relevante regler i CRPD .....	19
4.1	Overgangen fra en medisinsk til en menneskerettslig modell for funksjonsnedsettelse .....	19
4.2	CRPD artikkel 19 .....	20
4.2.1	Konvensjonsteksten .....	20
4.2.2	Generell kommentar nr. 5 (2017) .....	20
4.2.3	Individklagesaker .....	25
4.3	Forholdet mellom CRPD artikkel 19 og andre bestemmelser .....	28
5	Internasjonale menneskerettigheter og kommunalt selvstyre .....	29
5.1	Generelle prinsipper .....	29
5.2	Anvendelse av disse prinsippene for CRPD .....	32
5.2.1	CRPD er ikke «lov» .....	32
5.2.2	Dom fra Eidsivating lagmannsrett .....	33
5.2.3	Presumsjonsprinsippet .....	36
6	Betydningen av eventuell norsk inkorporering av CRPD .....	37
7	Oppsummering og konklusjoner .....	39

# 1 INNLEDNING

## 1.1 Denne utredningens bakgrunn

Uloba – Independent Living Norge SA (heretter Uloba) har bedt meg redegjøre for hvilke rammer FN-konvensjonen om rettigheter for mennesker med nedsatt funksjonsevne (heretter CRPD) oppstiller for nasjonal lovgivning om, og nasjonal forvaltning av, brukerstyrt personlig assistanse. Avtale ble inngått 14. desember 2020 med frist for ferdigstilling 19. februar 2021. Herværende versjon er lettere revidert i tråd med etterfølgende samtaler med oppdragsgiver.

Bakgrunnen for utredningen er at Kongen i statsråd den 20. september 2019 opprettet et utvalg som skal gjennomgå og foreslå forbedringer i ordningen med brukerstyrt personlig assistanse (BPA-utvalget). Utvalgets frist for ferdigstilling er nå utsatt til 15. desember 2021. Utvalget har et bredt mandat til å «utrede, vurdere og fremme forslag til hvordan brukerstyrt personlig assistanse kan utformes slik at ordningen fungerer etter hensikten», men mandatet inneholder ingen uttrykkelig henvisning til en vurdering av Norges internasjonale forpliktelser.<sup>1</sup> Ulobas generalsekretær Vibeke Marøy Melstrøm er medlem av utvalget, og har ansett det som hensiktsmessig med en uavhengig fremstilling av internasjonale menneskerettighetsforpliktelser innenfor temaene som omfattes av utvalgets mandat. Den uttalte hensikten med dette har vært å ha et bakgrunnsdokument som kunne støtte utvalgsmedlemmet i det avsluttende utvalgsarbeidet samt bidra med momenter til Ulobas egen høringsuttalelse og videre arbeid. Det ble likevel også uttrykt ønske om at en utredning skulle utformes slik at den også kunne være egnet for formidling utad.

Fra min side har det vært en forutsetning at oppdragsgiver ikke skulle ha noen forventning om en utredning som nødvendigvis fremmer deres syn, men at det skulle være en mest mulig objektiv og uavhengig fremstilling. Utredningen utarbeides også med det forbeholdet som ligger i at jeg selvsagt ikke kjenner innholdet i utvalgets diskusjoner, slik at utredningens tematiske avgrensning utelukkende er basert på utvalgets mandat og alminnelig kjennskap til rettsområdet. Jeg må derfor ta et alminnelig forbehold om at utredningen ikke nødvendigvis fanger opp alle spørsmål som utvalgets diskusjoner tilsier at det ville vært naturlig å ta stilling til.

Ved avtaleinngåelsen ble det lagt til grunn at utredningen skulle gjennomføres innenfor en ramme av 60 arbeidstimer. Dette legger visse begrensninger på hvor utførlig enkelte spørsmål kan vurderes.

For ordens skyld nevnes også at jeg skriver utredningen som privatperson, og den kan ikke på noen måte tas til inntekt for et bestemt syn på utredningens spørsmål fra Universitetet i Oslo eller Det juridiske fakultet.

---

<sup>1</sup> Mandatet er tilgjengelig her: <https://nettsteder.regjeringen.no/bpa/mandat/> (alle nettsteder som nevnes i det følgende er sist besøkt 8. mars 2021).

## 1.2 Rettslige utgangspunkter

I dag er brukerstyrt personlig assistanse lovregulert gjennom lov 24. juni 2011 nr. 30 om kommunale helse- og omsorgstjenester m.m. (helse- og omsorgstjenesteloven). Her er lovens system at § 3-1 angir kommunens overordnede ansvar for å tilby helse- og omsorgstjenester, mens § 3-2 angir hvilke tjenester kommunen skal tilby for å oppfylle dette ansvaret. Her nevnes blant annet «personlig assistanse, herunder praktisk bistand» i § 3-2 første ledd nr. 6 bokstav b. Videre gir § 3-8 en egen bestemmelse om brukerstyrt personlig assistanse: «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.»

I 2014 ble ordningen rettighetsfestet gjennom en lovendring i lov 2. juli 1999 nr. 63 om pasient- og brukerrettigheter (pasient- og brukerrettighetsloven). Lovendringen trådte i kraft 1. januar 2015, og bestod i tilføyelse av en ny § 2-1 d som sier at «[p]ersoner 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». Bestemmelsen gir videre en nærmere angivelse av personkretsen samt av hvilke tjenester som omfattes av rettigheten. I tredje ledd defineres «langvarig behov» som «behov ut over 2 år», og i fjerde ledd defineres «stort behov» som «tjenestebehov på minst 32 timer per uke», likevel slik at brukere med tjenestebehov på minst 25 timer per uke også har 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.

CRPD ble vedtatt 13. desember 2006 og trådte i kraft 3. mai 2008. Norge ratifiserte konvensjonen 3. juni 2013.<sup>2</sup> Konvensjonen er ikke inntatt i menneskerettsloven av 1999,<sup>3</sup> og er heller ikke på annen måte inkorporert i norsk lovgivning.<sup>4</sup> Ved ratifikasjonen ble konvensjonens bestemmelser imidlertid i stor utstrekning ansett for å være i samsvar med gjeldende norsk rett.<sup>5</sup>

## 1.3 Utredningens struktur

Den videre utredningen har en nokså enkel oppbygning, som antas å være mest hensiktsmessig ut fra formålet. I punkt 2 nedenfor gis først en kronologisk gjennomgang av relevante lov- og regelendringer. Formålet er dels å sammenfatte en litt uoversiktlig lovhistorikk for å gi leseren et referanseverktøy for den videre fremstillingen, men primært å beskrive hvilke vurderinger lovgiver tidligere har foretatt av CRPDs betydning for norsk lovgivning om brukerstyrt personlig assistanse. Denne gjennomgangen vil vise at det nok kunne vært hensiktsmessig om

---

<sup>2</sup> Stortinget samtykket enstemmig til ratifikasjon 19. mars 2013. Utenriksdepartementets anbefaling fremkommer av Prop. 106 S (2011-2012).

<sup>3</sup> Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven).

<sup>4</sup> Denne fremstillingen ferdigstilles like før Stortinget skal stemme over et representantforslag om inkorporering av CRPD i menneskerettsloven, se nærmere i pkt. 6 nedenfor. Fremstillingen skrives ut fra den antakelse at forslaget ikke blir vedtatt.

<sup>5</sup> Se Prop. 106 S (2011-2012), særlig kapittel 4 og 5 om gjennomføringen av konvensjonen i norsk rett og om behovet for lovendringer. Temaet behandles nærmere i pkt. 3 nedenfor.

det blir foretatt en helhetlig vurdering av spørsmålet fra lovgivers side utover hva rammene for denne utredningen tillater. Punkt 3 redegjør deretter generelle forhold knyttet til CRPDs status og gjennomslagskraft i norsk rett, siden dette gir nødvendige rettslige utgangspunkter for en videre vurdering av hvilken betydning CRPD har for norsk lovgivning og praktisering av BPA-ordningen. Deretter gjennomgår punkt 4 de reglene i CRPD som har mest direkte relevans for brukerstyrt personlig assistanse, for å klargjøre hvilke internasjonale rammer som gjelder. Her står CRPD artikkel 19 (retten til et selvstendig liv og til å være en del av samfunnet) sentralt. Punkt 5 diskuterer på noe mer generelt grunnlag hvilke rammer internasjonale menneskerettigheter, herunder CRPD, oppstiller for kommunalt selvstyre. Dette vil være av betydning for å vurdere hvilken frihet lovgiver har for å la praktiseringen av ordningen være opp til kommunalt skjønn, samt hvilken selvstendig forpliktelse kommunene har til å vurdere betydningen av internasjonale menneskerettigheter innenfor (eller i tillegg til) de rammene lovgivningen oppstiller. Punkt 6 vender deretter tilbake til spørsmålet om CRPDs rettskildemessige betydning i norsk rett, men denne gangen med en vurdering av hvilken betydning det vil ha om konvensjonen inkorporeres i norsk rett med lovs rang, med eller uten forrang foran annen lovgivning. Punkt 7 bidrar med konklusjoner og noen avsluttende merknader.

## 2 KRONOLOGISK OVERSIKT

### 2.1 Lovfestingen i 2000

I Norge ble brukerstyrt personlig assistanse først regulert ved lov i 2000 gjennom en endring i sosialtjenesteloven av 1991.<sup>6</sup> Endringen bestod i en tilføyelse i sosialtjenesteloven § 4-2 bokstav b, som sa at sosiale tjenester blant annet skal omfatte «praktisk bistand og opplæring, herunder brukerstyrt personlig assistanse, til dem som har et særlig hjelpebehov på grunn av sykdom, funksjonshemming, alder eller av andre årsaker». Bakgrunnen for lovendringen er beskrevet i Ot.prp. nr. 8 (1999-2000), som viser til målsetningen om «å styrke funksjonshemmedes muligheter til deltakelse i samfunnet, basert på den enkeltes forutsetninger» og «å bidra til at brukeren får et aktivt og mest mulig uavhengig liv til tross for sterk funksjonshemming».<sup>7</sup> Departementet viste uttrykkelig til at dette var ment å være en lovfesting av den løsningen som inntil da hadde vært fulgt i praksis, men at lovendringen ville «innebære at dette er en ordning som kommunene plikter å ha på linje med de andre lovregulerte tjenestene etter sosialtjenesteloven».<sup>8</sup> Brukerstyrt personlig assistanse ble dermed lovregulert som en del av omsorgstjenestene. Lovendringen betød at kommunene ble pålagt å tilby tjenesten, men den enkelte bruker fikk ingen rett til tjenesten ettersom det var kommunen som skulle avgjøre hvilke

---

<sup>6</sup> Lov 14. april 2000 nr. 32 om endring i lov 13. desember 1991 nr. 81 om sosiale tjenester m.v. (brukerstyrt personlig assistanse), ikrafttredelse 1. mai 2000.

<sup>7</sup> Ot.prp. nr. 8 (1999-2000) pkt. 1.1 og 1.2 på s. 1-2.

<sup>8</sup> *Ibid.*, pkt. 1.2 på s. 2.

tjenester som var mest hensiktsmessige for den enkelte bruker.<sup>9</sup> Omsorgstjenester etter sosialtjenesteloven var på dette tidspunktet ikke omfattet av pasient- og brukerrettighetsloven.

På tidspunktet for denne lovendringen var CRPD ennå ikke vedtatt. Lovproposisjonen inneholder imidlertid heller ikke noen vurdering av forholdet til andre internasjonale menneskerettighetsforpliktelser, og det er heller ingen ren henvisning til slike. På dette tidspunktet hadde menneskerettsloven av 1999 nettopp trådt i kraft, med den virkning at Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK), FN-konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK) og FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (SP) var inkorporert i norsk rett med forrang fremfor annen norsk lovgivning i tilfelle motstrid. Dette var av såpass stor betydning for norsk rett i sin alminnelighet at det må legges til grunn at departementet var meget bevisst på at nye lover måtte vurderes i lys av internasjonale menneskerettigheter. Når dette ikke ble gjort, antyder det at lovgiver rett og slett ikke anså at menneskerettighetene oppstilte noen relevante rammer for de kommunale omsorgstjenestene. I øvrige lovforarbeider til sosialtjenesteloven ble internasjonale menneskerettigheter primært vurdert i relasjon til bestemmelser om tvang.

## 2.2 Diskriminerings- og tilgjengelighetsloven i 2008

Lovregulering av et diskrimineringsforbud rettet særskilt mot mennesker med nedsatt funksjonsevne kom første gang ved diskriminerings- og tilgjengelighetsloven i 2008. På dette tidspunktet hadde Norge signert, men ikke ratifisert, CRPD, og konvensjonen hadde nettopp trådt i kraft. Betydningen av konvensjonen beskrives i lovforarbeidene,<sup>10</sup> som inneholder en rekke prinsipielle uttalelser av generell betydning. Blant annet fremhever departementet overgangen til en menneskerettslig modell for nedsatt funksjonsevne:<sup>11</sup>

Departementet vil fremheve at likestilling og likeverd for mennesker med nedsatt funksjonsevne bør betraktes som en menneskerettighet og reguleres deretter. Departementet viser til at det har skjedd et skifte i perspektiv i tilnærmingen til nedsatt funksjonsevne, fra å anse situasjonen som et spørsmål om velferd og omsorg, til i økende grad å betrakte den som et menneskerettsspørsmål. Dette skiftet innebærer en tilnærming til mennesker med nedsatt funksjonsevne som er parallell med den menneskerettslige tilnærmingen til andre utsatte grupper.

Denne «menneskerettslige tilnærmingen» fremheves flere steder i forarbeidene. Forarbeidene vier for øvrig betydelig oppmerksomhet til kravet om individuell tilrettelegging, hvor blant annet brukerstyrt personlig assistanse fremheves.<sup>12</sup> På dette tidspunktet pågikk det imidlertid en egen lovgivningsprosess om rettighetsfesting av ordningen med brukerstyrt personlig assistanse, så dette er ikke noe eget tema i proposisjonen.<sup>13</sup> En generell plikt til individuell tilrettelegging ble imidlertid lovfestet i § 12 (4), som ved vedtakelsen lød: «Kommunen skal

---

<sup>9</sup> *Ibid.*, pkt. 4.1 på s. 9 jf. kap. 6 på s. 16.

<sup>10</sup> Ot.prp. nr. 44 (2007-2008), særlig pkt. 5.2.4.

<sup>11</sup> *Ibid.*, pkt. 8.5.1 på s. 71. Modellen beskrives nærmere i pkt. 3.1 nedenfor.

<sup>12</sup> *Ibid.*, pkt. 3.6.8.1 på s. 44.

<sup>13</sup> *Ibid.*, pkt. 16.5.4.2 på s. 236.

foreta rimelig individuell tilrettelegging av tjenestetilbud etter sosialtjenesteloven og kommunehelsetjenesteloven av varig karakter for den enkelte, for å sikre at personer med nedsatt funksjonsevne får et likeverdig tilbud.»<sup>14</sup> I spesialmerknadene til bestemmelsen fremheves det alminnelige utgangspunktet om at generell tilrettelegging «ikke kan ta høyde for alle individuelle forskjeller, og at det på noen områder er ekstra viktig å sikre tilgjengelighet for alle», og at plikten til rimelig individuell tilrettelegging utløses når «den enkelte har behov som går ut over plikten til generell tilrettelegging, vil plikten til rimelig individuell tilrettelegging utløses».<sup>15</sup> Deretter anerkjenner forarbeidene at denne plikten gjelder selv om den medfører ekstra kostnader:<sup>16</sup>

Individuell tilrettelegging vil gjelde i forhold til en konkret person, og ikke nødvendigvis komme flere til gode. Slik tilrettelegging vil derfor ofte medføre ekstra kostnader. De virksomhetene som er pålagt å tilrettelegge generelt, vil med dette kravet få en ekstra belastning.

Samtidig nøyer forarbeidene seg i stor grad med å vise til gjeldende rett med hensyn til omsorgstjenestene i fjerde ledd:<sup>17</sup>

Det foreslås en plikt for kommunene til å foreta rimelig individuell tilrettelegging av tjenestetilbudet etter sosialtjenesteloven og kommunehelsetjenesteloven, for å sikre at personer med nedsatt funksjonsevne får et likeverdig tilbud med andre. Bestemmelsen understreker kommunens plikt til å tilby tjenester tilpasset den enkeltes behov, også når dette krever en individuell tilrettelegging. Denne bestemmelsen skal regulere hvorvidt det er skjedd diskriminering ved at gjeldende regler ikke er fulgt. Den endrer ikke kommunens plikter etter helse- og sosiallovgivningen.

### **2.3 Videreføringen i helse- og omsorgstjenesteloven i 2011**

Mens deler av sosialtjenesteloven av 1991 ble flyttet til den nye sosialtjenesteloven av 2009, ble bestemmelsene i § 4-2 videreført i helse- og omsorgstjenesteloven av 2011.<sup>18</sup> Som beskrevet i pkt. 1.2 ovenfor angir her § 3-1 kommunens overordnede ansvar for å tilby helse- og omsorgstjenester, mens § 3-2 angir hvilke tjenester kommunen skal tilby for å oppfylle dette ansvar. Her nevnes blant annet «personlig assistanse, herunder praktisk bistand» i § 3-2 første ledd nr. 6 bokstav b. Videre gir § 3-8 en egen bestemmelse om brukerstyrt personlig assistanse: «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.» Det fremgår uttrykkelig av lovforarbeidene at dette var ment som en videreføring av gjeldende rett, og at kommunene «har plikt til å ha ordningen, men avgjør selv, innenfor rammen av kravet til nødvendige omsorgstjenester, hvilke tjenester som skal tilbys den enkelte bruker, og om

---

<sup>14</sup> Da helse- og omsorgstjenesteloven ble vedtatt (se pkt. 2.3 nedenfor), ble lovtekstens lovhenviing endret mens teksten for øvrig ble stående.

<sup>15</sup> Ot.prp. nr. 44 (2007-2008) kap. 18 på s. 263.

<sup>16</sup> *Ibid.*

<sup>17</sup> *Ibid.*, s. 265.

<sup>18</sup> Lov 24. juni 2011 nr. 30 om kommunale helse- og omsorgstjenester m.m. (helse- og omsorgstjenesteloven).

tjenesten skal gis som brukerstyrt personlig assistanse.»<sup>19</sup> Videre uttales det klart at det ikke foreslås «å innføre en individuell rett til å kreve en bestemt type tjeneste, heller ikke ordningen brukerstyrt personlig assistanse».<sup>20</sup>

I lovforarbeidene ble forholdet til internasjonale menneskerettigheter vurdert.<sup>21</sup> Med hensyn til rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne er denne vurderingen svært kortfattet. Det vises kort til at Norge hadde signert CRPD, uten at det sies noe mer om betydningen av dette.<sup>22</sup> Videre uttales det på generelt grunnlag:<sup>23</sup>

Etter departementets vurdering er bindende menneskerettighetsforpliktelser tilfredsstillende ivaretatt i gjeldende kommunehelsetjenestelov, sosialtjenestelov og pasientrettighetslov. Det foreslås ikke nye lovendringer i proposisjonen her som svekker ivaretagelsen av de hensyn som ligger bak konvensjonenes bestemmelser. Pasientenes rettigheter og kommunens plikter videreføres.

Verken spesialmerkene til lovens §§ 3-2 eller 3-8 eller de alminnelige merkene om brukerstyrt personlig assistanse sier noe konkret om menneskerettighetenes betydning for nasjonale regler om brukerstyrt personlig assistanse.

## 2.4 Norsk ratifikasjon av CRPD i 2013

Norge ratifiserte CRPD 3. juni 2013. I proposisjonen som lå til grunn for ratifikasjonen gikk Utenriksdepartementet gjennom en rekke bestemmelser i konvensjonen med sikte på å vurdere i hvilken grad norsk rett allerede var i samsvar med konvensjonens krav og hvilke bestemmelser som krevde endringer i nasjonal rett.<sup>24</sup> Med unntak for å foreslå lovendringer i vergemålsloven og diskrimineringsombudsloven la departementet til grunn at «norsk rett [anses] for å være i samsvar med konvensjonens bestemmelser».<sup>25</sup>

I punkt 4 nedenfor vil det redegjøres nærmere for CRPD artikkel 19, som er av særlig betydning for brukerstyrt personlig assistanse, og dette temaet ble uttrykkelig omtalt. Utenriksdepartementet uttalte generelt at «[k]ravene som følger av konvensjonens artikkel 19 anses for å være oppfylt i norsk rett»,<sup>26</sup> før følgende ble uttalt konkret om brukerstyrt personlig assistanse:<sup>27</sup>

Brukerstyrt personlig assistanse er en måte å organisere praktisk bistand og opplæring på. Ordningen fungerer slik at brukeren selv organiserer og leder arbeidet til

---

<sup>19</sup> Prop. 91 L (2010-2011) kap. 47 på s. 492, jf. pkt. 15.5.15.3 på s. 200.

<sup>20</sup> *Ibid.*, pkt. 15.5.15.3 på s. 199.

<sup>21</sup> *Ibid.*, særlig pkt. 9.16 på s. 87-88.

<sup>22</sup> *Ibid.*, s. 88. På dette tidspunktet hadde Norge bare signert, ikke ratifisert, konvensjonen. Konvensjonen trådte i kraft 3. mai 2008, mens Norge ratifiserte konvensjonen 3. juni 2013. Proposisjonen omtaler ikke CRPD utover dette.

<sup>23</sup> *Ibid.*

<sup>24</sup> Prop. 106 S (2011-2012) kap. 4, særlig pkt. 4.2.

<sup>25</sup> *Ibid.*, kap. 5 på s. 25.

<sup>26</sup> *Ibid.* kap. 4 på s. 17.

<sup>27</sup> *Ibid.*



assistentene. Konvensjonen overlater til statene selv å vurdere hvilke tiltak som er egnet for å nå de mål som konvensjonen setter. Statene vil ha stor frihet til å bestemme hvordan tjenestene skal organiseres. Artikkel 19 vil derfor ikke medføre en forpliktelse til å rettighetsfeste brukerstyrt personlig assistanse.

Det ble ikke foreslått lovendringer for å gjennomføre artikkel 19.

## **2.5 Diskriminerings- og tilgjengelighetsloven i 2013**

Diskriminerings- og tilgjengelighetsloven av 2008 ble erstattet med en ny lov 21. juni 2013 nr. 61 om forbud mot diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne (diskriminerings- og tilgjengelighetsloven. Vedtaket skjedde altså omtrent samtidig med norsk ratifikasjon av CRPD. Loven videreførte 2008-lovens § 12 (4) i ny § 16 (1) annet punktum, men med en ordlydsendring: «Personer med nedsatt funksjonsevne har rett til egnet individuell tilrettelegging av kommunale tjenestetilbud etter helse- og omsorgstjenesteloven av varig karakter for den enkelte, for å sikre at personer med nedsatt funksjonsevne får et likeverdig tilbud.» Ordlyden ble altså endret fra å vise til kommunens plikt (2008-loven: «Kommunen skal foreta») over til å vise til brukerens rett (2013-loven: «Personer med nedsatt funksjonsevne har rett til»). Denne endringen begrunnes ikke i forarbeidene, som fremhever at bestemmelsen «viderefører gjeldende rett» og «innebærer ingen endringer i gjeldende regler».<sup>28</sup> En presisering gis likevel med hensyn til at ordet «rimelig» i 2008-loven ble endret til «egnet» i 2013-loven:<sup>29</sup>

Ordlyden er ment å vise tydeligere at det siktes til en vurdering av tilretteleggingstiltaket opp mot situasjonen, behovet og nytten for den som har tilretteleggingsbehov. Videre sier det noe om hva slags tilrettelegging som kan kreves, og hva som er tilstrekkelig for den ansvarlige til å oppfylle plikten.

## **2.6 Rettighetsfestingen i 2014**

Som allerede nevnt i pkt. 1.2 ovenfor ble ordningen med brukerstyrt personlig assistanse rettighetsfestet i 2014 gjennom en lovendring i pasient- og brukerrettigheter. Lovens § 2-1 d lyder i sin helhet:

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. 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. Helsetjenester i avlastningstiltak omfattes ikke. Retten omfatter også personer over 67 år som før fylte 67 år har fått innvilget brukerstyrt personlig assistanse etter første punktum.

---

<sup>28</sup> Prop. 88 L (2012-2013) pkt. 20.4 på s. 182.

<sup>29</sup> *Ibid.*

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

Med langvarig behov i første ledd menes behov ut over 2 år.

Med stort behov i første ledd menes et tjenestebehov på minst 32 timer per uke. 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.

Lovendringen var resultatet av en langvarig lovgivningsprosess med røtter tilbake til 2006, og det fremheves at «er en del av regjeringens arbeid med å følge opp intensjonen i FN-konvensjonen om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne.»<sup>30</sup> Utover dette nevnes imidlertid ikke CRPD særskilt, og lovforarbeidene er generelt nokså avventende i formen. Det vises til at lovforslaget «imøtekommer ... ikke Regjeringens ambisjoner i tilstrekkelig grad», men at det ble fremmet «som en start» på bakgrunn av rettighetsmodellen som hadde vært på høring.<sup>31</sup> Departementet viser videre til motstridende hensyn:<sup>32</sup>

Lovforslaget skal ivareta svært ulike og til dels motsetningsfylte hensyn. På den ene siden skal en rettighetsfesting av brukerstyrt personlig assistanse bidra til at personer med stort behov for bistand skal kunne velge om de vil ha tjenestene organisert som brukerstyrt personlig assistanse. Samtidig skal ikke rettigheten føre til en skjevfordeling av ressurser og kravet til forsvarlighet og kostnadskontroll må ivaretas. Forskning peker også på et spenningsforhold mellom BPA-brukerens behov for fleksibilitet og de ansatte assistentenes behov for innflytelse blant annet på stillingsstørrelse og forutsigbarhet i arbeidsplaner.

Forarbeidene berører også spørsmålet om kostnader og om kommunenes rolle:<sup>33</sup>

Helse- og omsorgsdepartementet la til grunn i høringsnotatet at kommunene fortsatt skal ha det overordnede ansvaret for velferdstilbudet til sine innbyggere. Departementet vurderer det slik at det er kommunen som er nærmest brukeren og dermed er best skikket for å vurdere den enkeltes behov for bistand. Det vil da også være kommunen som best kan sikre at tjenester organisert som brukerstyrt personlig assistanse utmåles i forhold til den enkeltes behov for andre typer helse- og omsorgstjenester og tilpasses lokale forhold. Stortinget forutsetter i sitt anmodningsvedtak at en innføring av rett til BPA skal holdes innenfor den samme økonomiske rammen som gjelder i dag ... 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

---

<sup>30</sup> Prop. 86 L (2013-2014) pkt. 1.1 på s. 5.

<sup>31</sup> *Ibid.*

<sup>32</sup> *Ibid.*, pkt. 6.1 på s. 18.

<sup>33</sup> *Ibid.*

kommunene. En organisatorisk tilknytning av ordningen til NAV og folketrygden anses dermed ikke som aktuell.

Essensen i rettighetsfesting er dermed at en bruker som omfattes av personkretsen har rett til brukerstyrt personlig assistanse, men at kommunen fortsatt har ansvaret for å vurdere den enkelte brukers behov for bistand og å tilpasse tjenesten til andre typer tjenester. Det er også kommunen som må vurdere om forsvarlighetskravet i helse- og omsorgstjenesteloven § 4-1 er oppfylt, eller om dette er til hinder for å yte omsorgstjenester som brukerstyrt personlig assistanse.

Lovendringen ble beskrevet nærmere i Helse- og omsorgsdepartementets rundskriv I-2015-9. Departementet peker på de spørsmålene som også ligger til grunn for denne utredningen.<sup>34</sup>

I forbindelse med rettighetsfestingen er det reist flere spørsmål om hva som ligger i rettigheten og hvor langt denne går. Særlige spørsmål kan oppstå i forholdet mellom rettigheten og annen lovgivning, og i forholdet til kommunens øvrige ansvar etter helse- og omsorgstjenesteloven. De ulike problemstillingene som kan dukke opp må avgjøres konkret på bakgrunn av de regler og hensyn som gjør seg gjeldende. Gjennom rettighetsfestingen har lovgiver imidlertid gitt et tydelig signal om prioritering av de verdier som BPA bygger på.

Rundskrivet gir en ryddig gjennomgang av rettighetens innhold og rammene for kommunens forpliktelser, men det gir ikke særlig veiledning for denne utredningens tema utover hva som fremgår av øvrige kilder. CRPD nevnes ikke i rundskrivet.

I Lovdatas baser finnes det ikke rettspraksis om tildeling av brukerstyrt personlig assistanse. Det finnes uttalelser der fra Diskrimineringsnemnda<sup>35</sup> og Sivilombudsmannen,<sup>36</sup> men jeg ser ikke at disse gir relevante momenter i denne sammenhengen.

## 2.7 Norges innledende statsrapport om CRPD i 2015

I henhold til CRPD skal en konvensjonspart levere en utførlig innledende statsrapport innen to år etter ratifikasjon av konvensjon, og deretter skal nye periodiske statsrapporter leveres hvert fjerde år. Norge leverte sin innledende statsrapport 2. juli 2015.<sup>37</sup> I rapporten fremheves generelt at Norge baserer seg på en sosial eller menneskerettslig modell for funksjonsnedsettelse og at brukermedvirkning er et sentralt prinsipp, og det gis enkelte merknader særskilt om brukerstyrt personlig assistanse. I tilknytning til CRPD art. 4 (generelle forpliktelser):<sup>38</sup>

26. The Health and Care Services Act stipulates that each municipality must ensure that its inhabitants are offered the health and care services they need. This

---

<sup>34</sup> Rundskriv I-2015-9 kap. 1.

<sup>35</sup> DIN-2019-339, 28. september 2020.

<sup>36</sup> SOM-2019-1333, 19. mars 2020.

<sup>37</sup> UN doc. CRPD/C/NOR/1.

<sup>38</sup> *Ibid.*, avsn. 26-28 på s. 10

responsibility covers all patient and user groups, including persons with somatic or psychiatric disorders, injuries or disorders, substance abuse issues, social difficulties or disabilities.

27. The provision is in accordance with the Patients' Rights Act, which entitles patients and users to receive necessary health and care services from the municipalities. A typical feature of most of Norway's health and care legislation is that the provisions are independent of both social arena and diagnosis. A concrete assessment is therefore needed to determine whether individuals receive appropriate and adequate services that are adapted to their needs and capabilities and that safeguard their integrity and dignity.

28. A measure that exemplifies the intention of the Convention is user-controlled personal assistance (UPA). On 1 January 2015, UPA was made a statutory right for the individual. Under the Patients' Rights Act, persons aged below 67 with a substantial, long-term need for assistance are entitled to receive certain services provided under the Health and Care Services Act, organised as UPA. The UPA programme improves everyday life for individuals with extensive needs for assistance and for their relatives. ...

Og i tilknytning til CRPD artikkel 19:<sup>39</sup>

163. Pursuant to the Health and Care Services Act, the municipalities are responsible for the services provided to everyone with a need for care services, irrespective of age or diagnosis. Municipal health and care services consist of various kinds of home services, such as home nursing and personal assistance, including practical assistance. Care services are also provided in institutions, including nursing homes, and include respite measures, support contact and carer's pay. The different services are described in the Act. The individual municipality may additionally have arrangements and services such as meals on wheels and a security alarm.

164. ...

165. Personal assistance includes help in accomplishing the practical tasks of daily living. Assistance may be provided both inside and outside the home. Personal assistance also includes help in self-care and grooming and training in the activities of daily living. The purpose of the training is to make the individual as self-reliant as possible in their daily lives. Personal assistance also includes participation in recreational activities. The municipality has a duty to offer personal assistance as needed. In cooperation with the individual patient or user, the municipality assesses the needs of individuals for assistance and decides whether services in the form of personal assistance should be provided.

---

<sup>39</sup> *Ibid.*, avsn. 163-167 på s. 35-36.

166. Pursuant to the Health and Care Services Act, the municipality must have an option of personal assistance in the form of practical assistance and training, organised as user-controlled personal assistance (UPA). UPA is an alternative way of organising practical assistance and training for persons with disabilities. The service provides people with a greater opportunity to live an active life and be as independent as possible despite a disability. With UPA, it is the user who, with assistance if necessary, organises and directs the work with the assistants. The supervisor has day-to-day responsibility for the assistants. It is a requirement that the role of supervisor is properly conducted. In 2014, the Storting adopted amendments to the Patients' Rights Act. The amendment gives the right to UPA to persons aged under 67 with a substantial, long-term need for assistance. The right also includes respite care for parents with children with severe disabilities under the age of 18 and living at home. The establishment of this right is intended to pave the way for better everyday living for persons with an extensive need for assistance and their families. The right is independent of diagnosis, and will thus also apply to users with a variety of disabilities. The amendment entered into force on 1 January 2015.

167. The UPA arrangement is described in more detail in special circulars. The Directorate of Health is in the process of completing a new circular outlining the UPA scheme, in which it will be natural to discuss the following topics: the assistants' labour law situation, the municipality as the party obligated to assure necessary and acceptable services, UPA viewed in light of the maintenance principle laid down in the Health and Care Services Act (right to take the assistant over municipal and national boundaries); UPA in co-located housing and the issue of duty of confidentiality; and the relationship between user-control and the municipality's freedom to organise the service.

I sivilsamfunnets skyggerapport gis det et annet perspektiv, blant annet ved at det fremheves forskjeller mellom kommunene og praktiske problemer brukerne opplever med å få tjenesten:<sup>40</sup>

Personal assistance from a municipality may be organised as user-controlled personal assistance (UPA), i.e. assistance organised and led by persons with impairments themselves or if necessary, by an individual on their behalf. The right to choose such an organisation for personal assistance was enacted in 2015, but large groups of people still fall outside the right to choose UPA. Surveys show that municipalities emphasize on assistance for basic needs when allocating UPA, downgrading assistance needs to take part in society through social activities, work and study. Municipalities state when, where and how the assistance will be given, in addition to who is accepted as an assistant, and user control is therefore not secured.

---

<sup>40</sup> Skyggerapporten (INT\_CRPD\_CSS\_NOR\_33866\_E), revidert i 2019, er tilgjengelig her: [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2fCRPD%2fCSS%2fNOR%2f33866&Lang=en](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2fCRPD%2fCSS%2fNOR%2f33866&Lang=en) – se avsn. 84 på s. 24.

I CRPD-komiteens sluttrapport i 2019 fremheves rettighetsfestingen av brukerstyrt personlig assistanse som et positivt trekk,<sup>41</sup> men samtidig fremheves det enkelte elementer som gir grunnlag for bekymring. På generelt grunnlag (altså ikke konkret knyttet til brukerstyrt personlig assistanse) uttrykker komiteen bekymring for «[t]he slow progress in replacing the medical model of disability with the human rights model of disability» og «[t]he differences between the services offered by the different municipalities to persons with disabilities» som sentrale punkter for bekymring.<sup>42</sup> Dette førte til følgende anbefalinger fra komiteen:<sup>43</sup>

(d) Adopt the human rights model of disability in all regulations relating to the assessment of disability, in accordance with the criteria and principles provided in articles 1 to 3 of the Convention;

(e) Take all measures necessary to reduce the differences between the services offered by the different municipalities to persons with disabilities through national regulations, standards and guidelines;

Komiteen går nærmere inn på konkrete forhold ved brukerstyrt personlig assistanse i kommentarene til artikkel 19. Særlig uttrykker komiteen bekymring for «[t]he insufficient efforts to provide resources for the development of support services, particularly user-controlled personal assistance services, in municipalities».<sup>44</sup> Dette førte til en anbefaling om å foreta «the measures necessary to ensure that persons with disabilities have a legal entitlement to a sufficient personal budget for independent living, which takes into account the additional costs related to disability and, at the same time, redirect resources from institutions to community-based services, while increasing the availability of personal assistance».<sup>45</sup> Jeg antar at dette vil bli vurdert i sammenheng med oppfølging av BPA-utvalgets innstilling.

## 2.8 Stortingsmelding om individklageordningen i 2016

En valgfri tilleggsprotokoll om individuell klagerett ble vedtatt og trådte i kraft samtidig som hovedkonvensjonen.<sup>46</sup> Norge har ikke undertegnet tilleggsprotokollen. Forut for ratifisering av konvensjonen uttalte den daværende regjeringen at den skulle, «etter at konvensjonen er ratifisert, foreta en gjennomgang av konsekvensene av ratifikasjon av protokollen om individuell klagerett»,<sup>47</sup> og jeg fikk oppdraget med å skrive en utredning om dette. Denne utredningen ble levert 28. juli 2015, og etter en høringsrunde sommer/høst 2015 resulterte dette i Meld. St. 39 (2015-2016) hvor Utenriksdepartementet gikk inn for at Norge foreløpig ikke skulle slutte seg til individklageordningen.

---

<sup>41</sup> CRPD/C/NOR/CO/1, 7. mai 2019, avsn. 4 pkt. e.

<sup>42</sup> *Ibid.*, avsn. 5 pkt. d og e.

<sup>43</sup> *Ibid.*, avsn. 6 pkt. d og e.

<sup>44</sup> *Ibid.*, avsn. 31 pkt. b.

<sup>45</sup> *Ibid.*, avsn. 32 pkt. b.

<sup>46</sup> Optional Protocol to the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, tilgjengelig her: <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRPD/Pages/OptionalProtocolRightsPersonsWithDisabilities.aspx>.

<sup>47</sup> Skriftlig svar 2. oktober 2012 fra utenriksminister Espen Barth-Eide til skriftlig spørsmål fra stortingsrepresentant Laila Dāvøy, dok. nr. 15:1997 (2011-2012).

I min utredning gikk jeg gjennom bestemmelser i CRPD som jeg antok kunne gi grunnlag for individklager mot Norge, basert blant annet på innspill jeg mottok under arbeidet med utredningen. Artikkel 19 var blant bestemmelsene som ble gjennomgått, men ikke med særskilt fokus på brukerstyrt personlig assistanse. I stortingsmeldingen ble ikke artikkel 19 omtalt. Stortingsmeldingen kan imidlertid sies å bygge på en generell usikkerhet rundt CRPD-komiteens metode og hvor vidtgående komiteen vil tolke konvensjonens bestemmelser. Det vises blant annet til at komiteen på enkelte områder «tolker konvensjonen på en vidtrekkende måte som ikke er i samsvar med den forståelsen Norge og andre statsparter legger til grunn»,<sup>48</sup> og at det «er prinsipielle betenkeligheter forbundet med å gi komiteen kompetanse til å behandle individklagesaker om positive forpliktelser som gir betydelig rom for skjønn».<sup>49</sup>

## **2.9 Likestillings- og diskrimineringsloven i 2017**

Diskriminerings- og tilgjengelighetsloven av 2013 ble erstattet av likestillings- og diskrimineringsloven av 2017. Diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 16 ble her videreført i likestillings- og diskrimineringsloven § 20. Det fremgår av lovforarbeidene at dette var ment å videreføre gjeldende rett, og at § 20 «legger føringer for hvordan kommunale helse- og omsorgstjenester skal utformes og utføres, men gir ikke nye materielle rettigheter utover det som følger av helse- og omsorgstjenesteloven og pasient- og brukerrettighetsloven».<sup>50</sup>

## **2.10 Sammenfatning**

Hovedinntrykket er at det i alminnelighet legges til grunn at norsk rett er i samsvar med CRPD uten særlig konkretisering av tvilsspørsmål som måtte oppstå. Lovgiver har i liten grad vurdert særskilt om lovgivningen og praktiseringen av brukerstyrt personlig assistanse er i samsvar med konvensjonens krav. CRPD-komiteen har pekt på utfordringer med hensyn til praktiseringen av reglene, men disse uttalelsene falt i tid etter de relevante lovgivningsprosessene og er dermed foreløpig ikke vurdert. Generelt ser det også ut til å være en oppfatning hos lovgiver at CRPD ikke er til hinder for (eller i særlig grad begrenser) kommunenes skjønnsutøvelse om hvilke helse- og omsorgstjenester som skal ytes.

# **3 CRPDS STATUS I NORSK RETT: GJELDENE RETT**

## **3.1 Konstatning av samsvar**

Da Norge ratifiserte CRPD i 2013, ble konvensjonen ikke inkorporert i norsk lov. Norsk rett ble i hovedsak ansett for å være i samsvar med konvensjonens bestemmelser.<sup>51</sup> Det ble ansett nødvendig med noen lovendringer for å gjennomføre konvensjonen, men disse angår ikke de

---

<sup>48</sup> Meld. St. 39 (2015-2016) pkt. 8.9 på s. 63.

<sup>49</sup> *Ibid.*, s. 62.

<sup>50</sup> Prop. 81 L (2016-2017) kap. 30 på s. 326.

<sup>51</sup> Se pkt. 2.4 ovenfor.

spørsmålene som er tema her. Med unntak for disse lovendringene ble konvensjonen altså gjennomført ved såkalt passiv transformasjon, altså konstatering av samsvar.<sup>52</sup> Dette er en gjennomføringsmåte som skaper noen rettskildemessige utfordringer, blant annet er det ikke helt klart hvilken vekt praksis knyttet til den underliggende folkerettsnormen har som rettskilde ved anvendelsen av norske lovbestemmelser som har sitt eget rettskildebilde.

Norsk rett har et dualistisk utgangspunkt.<sup>53</sup> Dette innebærer at det er nødvendig med en særskilt gjennomføringsakt for at en folkerettslig forpliktelse skal bli en del av norsk intern rett, og nasjonal rett anses å gå foran en ikke-gjennomført folkerettslig forpliktelse dersom det oppstår konflikt mellom normene. Nasjonal gjennomføring kan skje ved inkorporering (det vil si at konvensjonen som helhet gjøres til norsk lov), ved transformasjon (det vil si at hele eller deler av konvensjonen skrives om og gjøres til norsk lovspråk), eller ved passiv transformasjon (formell konstatering av at norsk rett allerede er i samsvar med konvensjonen). Av de sentrale menneskerettighetskonvensjonene er det bare CRPD som er gjennomført ved passiv transformasjon, og av FNs diskrimineringskonvensjoner er det bare CRPD som ikke er inkorporert i norsk lov, enten med<sup>54</sup> eller uten<sup>55</sup> forrang. Uavhengig av nasjonal gjennomføring har det uansett stor betydning for tolkningen av norsk rett at Norge er part til en internasjonal menneskerettskonvensjon, særlig på grunn av presumsjonsprinsippet.

### 3.2 Presumsjonsprinsippet

Presumsjonsprinsippet innebærer at norsk rett formodes å være i samsvar med våre folkerettslige forpliktelser. Norsk rett skal tolkes i overensstemmelse med Norges folkerettslige forpliktelser, og mulig motstrid mellom norsk rett og folkerettslige forpliktelser skal søkes bortfortolket så langt dette lar seg gjøre gjennom forsvarlig rettskildebruk. Prinsippet innebærer dermed at rettsanvenderen skal søke å harmonisere nasjonale regler og folkerettslige forpliktelser. For folkerettslige forpliktelser generelt har Høyesterett presisert at prinsippets gjennomslagskraft avhenger av «karakteren av de aktuelle folkerettslige forpliktelser og av hvilket rettsområde som den nasjonale rettsregel er knyttet til».<sup>56</sup> Når det konkret gjelder internasjonale menneskerettigheter, har Høyesterett uttalt at grunnleggende menneskerettigheter har blitt «tillagt meget stor vekt ved fortolkning av norske rettsregler. Den norske rettsregel vil yte liten motstand hvis det er tale om konflikt med en folkerettslig forpliktelse som gir borgerne beskyttelse mot inngrep fra det offentlige».<sup>57</sup> Presumsjonsprinsippet bidrar dermed til å korrigere forskjeller mellom nasjonal rett og menneskerettslige forpliktelser.

---

<sup>52</sup> Uten at det betyr noe for denne konkrete saken: Det er rettslig sett selvmotsigende å si at «CRPD er inkorporert ved passiv transformasjon», som det gjøres i forarbeidene til diskrimineringsombudsloven (Prop. 80 L (2016-2017) kap. 5 på s. 20.

<sup>53</sup> Den følgende fremstillingen tar utgangspunkt i Vibeke Blaker Strand og Kjetil Mujezinović Larsen, *Menneskerettigheter i et nøtteskall* (Oslo: Gyldendal, 2. utg., 2021) kap. 3 på s. 106 flg.

<sup>54</sup> FNs kvinneskrediskrimineringskonvensjon og FNs barnekonvensjon er inkorporert gjennom menneskerettsloven.

<sup>55</sup> FNs rasediskrimineringskonvensjon er inkorporert gjennom likestillings- og diskrimineringsloven § 5.

<sup>56</sup> Rt. 2000 s. 1811 (Finanger I) på s. 1829.

<sup>57</sup> *Ibid.*



Presumsjonsprinsippet innebærer imidlertid ikke at menneskerettslige forpliktelser automatisk skal ha forrang fremfor nasjonale regler. Dersom Stortinget i et enkelttilfelle har gitt uttrykk for at en lov skal gjennomføres selv om den skulle være i motstrid med internasjonale forpliktelser, er det den nasjonale loven som skal legges til grunn.<sup>58</sup>

I praksis vil spørsmål om presumsjonsprinsippet gjennomslagskraft kunne oppstå hvis det oppstår spenninger eller motstrid mellom nasjonale regler og bestemmelser i menneskerettskonvensjoner som ikke er gjort til del av intern norsk rett, men som Norge har ratifisert og dermed er part til. Her er CRPD særlig relevant.

Norge er part til CRPD, men konvensjonen er altså ikke gjort til en del av norsk rett utover en konstatering av samsvar. Spørsmålet om CRPDs betydning ved tolkningen av norsk rett kom opp for Høyesterett i 2016, i en sak om hvorvidt det var lovlig å frata en psykiatrisk pasient den rettslige handleevnen i økonomiske forhold. Vergemålsloven § 22 åpner opp for at offentlige myndigheter kan frata en person den rettslige handleevnen dersom nærmere definerte vilkår er oppfylt. Bestemmelsen står i et anstrengt forhold til CRPD artikkel 12, som omhandler rettslig handleevne for personer med nedsatt funksjonsevne. CRPD-komiteen har forstått artikkel 12 slik at den ikke tillater fratakelse av rettslige handleevne for personer med nedsatt funksjonsevne. Høyesterett måtte derfor foreta en nærmere vurdering av forholdet mellom de to regelsettene, og konstaterte at den nasjonale ordningen stod i «klar motstrid til» CRPD-komiteens tilnærming.<sup>59</sup> Ut fra det samlede rettskildematerialet la Høyesterett til grunn at nasjonal lovgiver hadde valgt ordningen i vergemålsloven bevisst. Det ble blant annet lagt vekt på at denne forståelsen uttrykkelig var gitt til kjenne av nasjonale myndigheter gjennom en tolkningserklæring ved ratifikasjonen, og at den senere lå til grunn for Stortingets behandling av Meld. St. 39 (2015-2016). Høyesterett kom da til at domstolene måtte legge lovens løsning til grunn, selv om den skulle være folkerettsstridig. Den nasjonale regelen ble dermed gitt forrang, og dommen viser at presumsjonsprinsippet har en grense, også på menneskerettsfeltet. Forutsetningen for en slik løsning er imidlertid at grensen – det vil si det syn at den nasjonale regelen skal gis forrang – kan forankres i lovgiverviljen. For denne utredningens formål er spørsmålet dermed om det er motstrid mellom CRPD og norsk lovgivning om brukerstyrt personlig assistanse, og om det i så fall er lovgivers vilje at norsk rett skal gå foran.

### 3.3 Grunnloven § 92

For CRPD er det også nødvendig å vurdere betydningen av Grunnloven § 92, som lyder: «Statens myndigheter skal respektere og sikre menneskerettighetene slik de er nedfelt i denne grunnlov og i for Norge bindende traktater om menneskerettigheter.»

Bestemmelsen uttrykker at statens myndigheter skal «respektere og sikre» både Grunnlovens egne menneskerettigheter og menneskerettigheter slik de er nedfelt «i for Norge bindende traktater om menneskerettigheter». I uttrykket «respektere og sikre» vises det både til at rettighetene utgjør konstitusjonelle grenser for myndighetenes adgang til å gripe inn i

---

<sup>58</sup> HR-2016-2591-A, avsnitt 60-63.

<sup>59</sup> *Ibid.*, avsnitt 60.

rettighetene («respektere»), og at statens myndigheter har plikt til å foreta noe aktivt («sikre») for at rettighetene skal oppfylles.

«Statens myndigheter» er også en vid formulering. Plikten til å respektere og sikre menneskerettighetene ligger først og fremst hos de sentrale myndighetene, det vil si Stortinget, regjeringen og Høyesterett. Myndighetene har for eksempel en plikt til å sørge for lovgivning og eventuelle andre tiltak som skal sikre at rettigheter ikke blir illusoriske, men reelle. Grunnloven § 92 har her betydning ved å sidestille plikten til å sikre og respektere Grunnlovens egne menneskerettigheter med plikten til å sikre og respektere menneskerettigheter i konvensjoner som Norge er part til. Etter vedtakelsen av bestemmelsen førte dette til en diskusjon om hvorvidt (noen av) de internasjonale menneskerettskonvensjonene kunne sies å ha fått grunnlovs trinnhøyde. I så fall ville domstolenes prøving av om det foreligger brudd på internasjonale menneskerettskonvensjoner, ha direkte grunnlag i prøvelsesretten i Grunnloven § 89, som gir domstolene en rett og plikt til å prøve om lover og andre avgjørelser er i strid med Grunnloven, og eventuelt å sette disse til side. Presumsjonsprinsippet ville også miste sin betydning på menneskerettsfeltet. Med en slik forståelse ville § 92 særlig få betydning i en situasjon med bevisst motstrid mellom ny nasjonal lovgivning og en menneskerettslig konvensjonsforpliktelse.

Høyesterett avklarte imidlertid i den såkalte Holship-dommen i 2016 at § 92 ikke skal forstås slik.<sup>60</sup> I saken ble det anført av den ene parten at Grunnloven § 92 er en inkorporasjonsbestemmelse som ga ikke-inkorporerte menneskerettskonvensjoner grunnlovs trinnhøyde, og Høyesterett måtte ta stilling hvilket grunnlovsmessig vern § 92 gir for slike ikke-inkorporerte menneskerettskonvensjoner. Høyesterett viste til at Stortingets kontroll- og konstitusjonskomité i sin innstilling hadde uttalt at «henvisningen til internasjonale menneskerettskonvensjoner i Grunnloven § 92 tar sikte på å hindre «misforståelser om hvilke internasjonale menneskerettigheter som har grunnlovs rang»». <sup>61</sup> Imidlertid mente Høyesterett at denne uttalelsen var vanskelig å forene med at kontroll- og konstitusjonskomiteens flertall samtidig sier at «en henvisning til Norges internasjonale forpliktelser ikke vil endre dagens rettstilstand». Høyesterett la derfor til grunn at det er «klart 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.»<sup>62</sup> Grunnloven § 92 innebærer altså en plikt for myndighetene til å håndheve menneskerettighetene på det nivå de er gjennomført i norsk rett, men den innebærer ikke at alle menneskerettskonvensjoner Norge er part til, må anses inkorporert med grunnlovs rang.

Ut fra dette gir Grunnloven § 92 lite selvstendig bidrag for betydningen av CRPD i norsk rett.

---

<sup>60</sup> HR-2016-2554-P.

<sup>61</sup> *Ibid.*, avsn. 68.

<sup>62</sup> *Ibid.*, avsn. 70.

## 4 RELEVANTE REGLER I CRPD

### 4.1 Overgangen fra en medisinsk til en menneskerettslig modell for funksjonsnedsettelse

Et grunnleggende trekk ved CRPD er at konvensjonen innebærer et klart brudd med den medisinske modellen for funksjonsnedsettelse. Dette er den tradisjonelle modellen for vurderingen av funksjonsnedsettelse, hvor en funksjonsnedsettelse anses som individuelt problem. Funksjonsnedsettelse anses i denne modellen som et direkte resultat av en medisinsk karakteristikk (skade, sykdom) hos individet, og tiltak for å forbedre situasjonen for individet har fokusert på behandling eller bistand. I norsk lovgivning om brukerstyrt personlig assistanse har denne modellen gjerne vært retningsgivende, noe som blant annet vises ved at lovreguleringen nå finnes i helse- og omsorgsloven.

Det har vært omdiskutert i litteraturen om CRPD gir uttrykk for en sosial modell eller en menneskerettslig modell for funksjonsnedsettelse. Den sosial modellen fokuserer på barrierer i samfunnet (fysiske hindringer, fordommer, lovgivning, osv.) som årsaken til individers funksjonsnedsettelse, mens den menneskerettslige modellen fokuserer på den retten alle har til å få sikret sine friheter og rettigheter på lik linje. CRPD-komiteen gir selv uttrykk for at konvensjonen bygger på en menneskerettslig modell.

Det er ikke nødvendig i denne utredningen å redegjøre detaljert for innholdet i de ulike modellene, noe som uansett er gjort grundig andre steder.<sup>63</sup> Modellene er likevel relevante for temaet. Det er et gjennomgående spørsmål for norsk retts gjennomføring av CRPD om lovgiver har tatt denne endringen tilstrekkelig innover seg, og dette er ett av punktene CRPD-komiteen fremhevet som en bekymring i sine avsluttende merknader til Norges innledende statsrapport. Det er med denne bakgrunnen jeg forstår punktet i BPA-utvalgets mandat om at «[o]rdningen skal defineres som et likestillingsverktøy, og ikke en helseordning». Dette betyr ikke nødvendigvis at reglene om brukerstyrt personlig assistanse må tas ut av helse- og omsorgsloven, men hvis ordningen beholdes der, må det i hvert fall gis en tilfredsstillende begrunnelse for at ordningen likevel er tilstrekkelig frigjort fra den medisinske modellen for funksjonsnedsettelse. Oppdragsgiver har gitt uttrykk for at en sentral utfordring er at det er variasjoner mellom kommunene i tildelingen av brukerstyrt personlig assistanse, samt at kommunene gir så stramme føringer for hva assistansen kan benyttes til, at det i realiteten ikke er tale om et likestillingsverktøy slik ordningen praktiseres i dag. En fullført overgang til en menneskerettslig modell for funksjonsnedsettelse vil sette brukeren og brukerens rettigheter i sentrum, slik at begrensninger i brukerens frihet til å bestemme innholdet i assistansen bare kan gjøres i samme utstrekning som det gjøres begrensninger i andre borgers friheter.

---

<sup>63</sup> For eksempel Andrea Broderick og Delia Ferri, *International and European Disability Law and Policy* (Cambridge: Cambridge University Press, 2019) s. 18-27.

## 4.2 CRPD artikkel 19

### 4.2.1 Konvensjonsteksten

CRPD artikkel 19 omhandler retten til et selvstendig liv og til å være en del av samfunnet, og lyder i norsk oversettelse:

Konvensjonspartene erkjenner at alle mennesker med nedsatt funksjonsevne har samme rett som andre til å leve i samfunnet, med de samme valgmuligheter, og skal treffe effektive og hensiktsmessige tiltak for å legge til rette for at mennesker med nedsatt funksjonsevne skal kunne gjøre full bruk av denne rettighet, og bli fullt inkludert og delta i samfunnet, blant annet ved å sikre:

- a) at mennesker med nedsatt funksjonsevne har anledning til å velge bosted, og hvor og med hvem de skal bo, på lik linje med andre, og ikke må bo i en bestemt boform,
- b) at mennesker med nedsatt funksjonsevne har tilgang til ulike støttetjenester i eget hjem og i særskilte boformer, samt annen samfunnservice, herunder den personlige bistand som er nødvendig for å kunne bo og være inkludert i samfunnet og for å hindre isolasjon eller segregering,
- c) at samfunnets tjenester og tilbud for befolkningen generelt er tilgjengelig på lik linje for mennesker med nedsatt funksjonsevne, og tar hensyn til deres behov.

Selv om hele bestemmelsen er relevant for brukerstyrt personlig assistanse, er det særlig bokstav b som er konkret relevant.

### 4.2.2 Generell kommentar nr. 5 (2017)

I 2017 vedtok CRPD-komiteen en omfattende «Generell kommentar» (General Comment) om forståelsen av bestemmelsen, General Comment No. 5.<sup>64</sup> Det er naturlig å ta utgangspunkt i denne for å klarlegge det nærmere innholdet av artikkel 19.

Komiteen gir innledningsvis en definisjon av begrepet «personlig bistand» i bokstav b), «personal assistance» i engelsk original ordlyd:<sup>65</sup>

Personal assistance refers to person-directed/“user”-led human support available to a person with disability and is a tool for independent living. Although modes of personal

---

<sup>64</sup> General comment No. 5 (2017) on living independently and being included in the community, UN doc. CRPD/C/GC/5, 27. oktober 2017. Generelle kommentarer vedtas av overvåkningsorganene til FNs menneskerettskonvensjoner, herunder CRPD, og gir uttrykk for komiteens generelle syn på tolknings spørsmål eller andre forhold knyttet til en konvensjon. Disse er ikke rettslig bindende for konvensjonspartene, men de har stor betydning i praksis, siden de gir uttrykk for en mest mulig autoritativ tolkning av konvensjonens bestemmelser. De følges blant annet opp i komiteenes eget arbeid med statsrapporter og individklager. I norsk rett kan det litt overforenklet sies at det i alminnelighet skal legges stor vekt på slike generelle kommentarer ved anvendelse av konvensjonene i norsk rett, men den konkrete rettskildevirkningen vil variere fra sak til sak.

<sup>65</sup> *Ibid.*, avsn. 16 bokstav d på s. 5.

assistance may vary, there are certain elements which distinguish it from other types of personal assistance, namely:

(i) Funding for personal assistance must be provided on the basis of personalized criteria and take into account human rights standards for decent employment. The funding is to be controlled by and allocated to the person with disability with the purpose of paying for any assistance required. It is based on an individual needs assessment and upon the individual life circumstances. Individualized services must not result in a reduced budget and/or higher personal payment;

(ii) The service must be controlled by the person with disability, meaning that he or she can either contract the service from a variety of providers or act as an employer. 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;

(iii) Personal assistance is a one-to-one relationship. Personal assistants must be recruited, trained and supervised by the person granted personal assistance. Personal assistants should not be “shared” without the full and free consent of the person granted personal assistance. Sharing of personal assistants will potentially limit and hinder the self-determined and spontaneous participation in the community;

(iv) Self-management of service delivery. Persons with disabilities who require personal assistance can freely choose their degree of personal control over service delivery according to their life circumstances and preferences. Even if the responsibilities of “the employer” are contracted out, the person with disability always remains at the centre of the decisions concerning the assistance, the one to whom any inquiries must be directed and whose individual preferences must be respected. The control of personal assistance can be exercised through supported decision-making.

Komiteen fremhever også at det er tale om en rettighet for den enkelte brukeren, ved at «[i]ndividualized support services must be considered a right rather than a form of medical, social or charity care»,<sup>66</sup> og den gir viktige kommentarer om innholdet i rettigheten.<sup>67</sup>

For many persons with disabilities, access to a range of individualized support services is a precondition for independent living within the community. Persons with disabilities have the right to choose services and service providers according to their individual requirements and personal preferences, and individualized support should be flexible enough to adapt to the requirements of the “users” and not the other way around. This places an obligation on States parties to ensure that there are sufficient numbers of qualified specialists able to identify practical solutions to the barriers to

---

<sup>66</sup> *Ibid.*, avsn. 28 på s. 7.

<sup>67</sup> *Ibid.*

living independently within the community in accordance with the requirements and preferences of the individual.

Og videre:<sup>68</sup>

30. While individualized support services may vary in name, type or kind according to the cultural, economic and geographic specifics of the State party, all support services must be designed to support living within the community, preventing isolation and segregation from others, and must in actuality be suitable for this purpose. It is important that the aim of these support services be the realization of full inclusion within the community. Therefore, any institutional form of support services which segregates and limits personal autonomy is not permitted by article 19 (b).

31. It is also relevant to keep in mind that all support services have to be designed and delivered in a mode which supports the overall purpose of the norm: full, individualized, self-chosen and effective inclusion and participation, and living independently.

Med hensyn til art. 19 bokstav b fastholder komiteen senere at den anser bestemmelsen som «an economic, social and cultural right»,<sup>69</sup> som må gjennomføres progressivt – den er «progressively applicable».<sup>70</sup> Innholdet i dette beskriver komiteen slik:<sup>71</sup>

Progressive realization entails the immediate obligation to design and adopt concrete strategies, plans of action and resources to develop support services as well as making existing, as well as new, general services inclusive for persons with disabilities.

Innholdet i økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter fremstilles ofte slik at de inneholder en kjerne («core obligations» eller liknende) som staten må oppfylle umiddelbart, mens det utover denne «kjernen» kreves gradvis forbedret etterlevelse. Komiteen ser også ut til å legge dette til grunn, ved å identifisere «core elements» i art. 19 som skal «ensure that the realization of a standardized minimum support level sufficient to allow the exercise of the right to live independently and be included in the community is carried out by every State party»,<sup>72</sup> før den går nærmere inn på innholdet i den gradvise forpliktelsen. Som «core elements» fremhever komiteen blant annet:

(a) To ensure the right to legal capacity, in line with the Committee's general comment No. 1, to decide where, with whom and how to live for all persons with disabilities, irrespective of impairment; ...

(c) To develop a concrete action plan for independent living for persons with disabilities within the community, including taking steps towards facilitating formal

---

<sup>68</sup> *Ibid.*, avsn. 30-31.

<sup>69</sup> *Ibid.*, avsn. 39 på s. 9. Dette er strengt tatt en litt meningsløs uttalelse, men dette er ikke viktig her – det viktige er virkningene komiteen peker på.

<sup>70</sup> *Ibid.*

<sup>71</sup> *Ibid.*

<sup>72</sup> *Ibid.*, avsn. 38 på s. 8.

supports for independent living within the community so that informal support by, for example, families is not the only option; ...

(e) To develop a concrete action plan and take steps towards developing and implementing basic, personalized, non-shared and rights-based disability-specific support services and other forms of services; ...

(h) To use any available funding, including regional funding and funding for development cooperation, to develop inclusive and accessible independent living services.

Innholdet i den gradvise forpliktelsen beskrives slik:

41. In order to achieve the progressive realization of economic, social and cultural rights, States parties must take steps to the maximum of their available resources. These steps must be taken immediately or within a reasonably short period of time. Such steps should be deliberate, concrete, targeted and use all appropriate means. The systematic realization of the right to independent living in the community requires structural changes. In particular, this applies to deinstitutionalization in all its forms.

42. States parties have the immediate obligation to enter into strategic planning, with adequate time frames and resourcing, in close and respectful consultation with representative organizations of persons with disabilities, to replace any institutionalized settings with independent living support services. The margin of appreciation of States parties is related to the programmatic implementation, but not to the question of replacement. States parties should develop transitional plans in direct consultation with persons with disabilities, through their representative organizations, in order to ensure full inclusion of persons with disabilities in the community.

43. When a State party seeks to introduce retrogressive measures with respect to article 19, for example, in response to an economic or financial crisis, the State is obliged to demonstrate that such measures are temporary, necessary and non-discriminatory and that they respect its core obligations.

44. The duty of progressive realization also entails a presumption against retrogressive measures in the enjoyment of economic, social and cultural rights. Such measures deprive people with disabilities of the full enjoyment of the right to live independently and be included in the community. As a matter of consequence, retrogressive measures constitute a violation of article 19.

45. States parties are prohibited from taking retrogressive measures with respect to the minimum core obligations of the right to live independently within the community as listed in the present general comment.

46. States parties are under an immediate obligation to eliminate discrimination against individuals or groups of persons with disabilities and to guarantee their equal right to living independently and participation in the community. This requires States

parties to repeal or reform policies, laws and practices that prevent persons with disabilities from, for example, choosing their place of residence, securing affordable and accessible housing, renting accommodation or accessing such general mainstream facilities and services as their independence would require. The duty to provide reasonable accommodation (art. 5 (3)) is also not subject to progressive realization.

Den generelle kommentaren går deretter trinnvis gjennom den tredelte statsforpliktelsen til å respektere, beskytte og sikre menneskerettighetene. I denne tredelingen viser «respektere»/«respect» til statens negative forpliktelse, plikten til ikke å gripe inn i individenes friheter og rettigheter; «beskytte»/«protect» viser til statens positive forpliktelse til å beskytte individer mot inngrep i rettighetene fra andre ikke-statlige aktører; og «sikre»/«fulfil» viser til statens positive forpliktelse til å foreta aktive tiltak i samfunnet for å sikre en best mulig gjennomføring av rettighetene. Med hensyn til plikten til å respektere fremhever komiteen særlig plikten til ikke å institusjonalisere noen mot deres vilje:<sup>73</sup>

To respect the rights of persons with disabilities under article 19 means that States parties need to phase out institutionalization. No new institutions may be built by States parties, nor may old institutions be renovated beyond the most urgent measures necessary to safeguard residents' physical safety. Institutions should not be extended, new residents should not enter when others leave and «satellite» living arrangements that branch out from institutions, i.e., those that have the appearance of individual living (apartments or single homes) but revolve around institutions, should not be established.

Her kan det være på sin plass å nevne at Kommunenes Sentralforbund forut for norsk ratifikasjon av CRPD ga uttrykk for en forutsetning om at ratifikasjon «ikke svekker kommunens mulighet til å utøve skjønn ved vedtak om sosial- og helsetjenester skal ytes i en omsorgsbolig, institusjon eller som hjemmetjeneste.»<sup>74</sup> Dette var før rettighetsfestingen av brukerstyrt personlig assistanse i norsk rett, så den nasjonale rettstilstanden nå er en annen, men komiteens uttalelser tilsier uansett nokså klart at det er svært begrenset adgang til kommunal skjønnsutøvelse for å yte behandling i institusjon.

Plikten til å beskytte innebærer blant annet at staten skal «put in place and implement laws and policies prohibiting conduct by family members and third parties, service providers, landowners or providers of general services which undermines the full enjoyment of the right to be included and live independently within the community»,<sup>75</sup> og at støtte «should always be based on individual requirements, not on the interests of the service provider».<sup>76</sup>

Plikten til å sikre er svært sammensatt, men innebærer blant annet at staten må «promote, facilitate and provide appropriate legislative, administrative, budgetary, judicial, programmatic, promotional and other measures to ensure the full realization of the right to live independently

---

<sup>73</sup> *Ibid.*, avsn. 49 på s. 10.

<sup>74</sup> Prop. 106 S (2011-2012) punkt 4.2.7 på s. 17.

<sup>75</sup> *Ibid.* avsn. 50 på s. 10-11.

<sup>76</sup> *Ibid.*, avsn. 52 på s. 11.



and be included in the community as enshrined in the Convention» og «take measures to eradicate practical barriers to the full realization of the right to live independently and be included in the community, such as inaccessible housing, limited access to disability support services, inaccessible facilities, goods and services in the community and prejudices against persons with disabilities.»<sup>77</sup> Den generelle kommentaren inneholder lite om rollen til lokale myndigheter (slik som kommunene), men det vises til at forpliktelsen knyttet til avinstitusjonalisering gjelder for alle nivåer av nasjonale myndigheter:<sup>78</sup>

58. Deinstitutionalization also requires a systemic transformation, which includes the closure of institutions and the elimination of institutionalizing regulations as part of a comprehensive strategy, along with the establishment of a range of individualized support services, including individualized plans for transition with budgets and time frames as well as inclusive support services. Therefore, a coordinated, cross-government approach which ensures reforms, budgets and appropriate changes of attitude at all levels and sectors of government, including local authorities, is required.

En overordnet sammenfatning av dette er at forpliktelsene etter CRPD artikkel 19 ligger på alle nivåer av myndigheter i staten, slik at også lokal myndighetsutøvelse skal overholde konvensjonens krav. Disse kravene er sammensatte, og består dels av en kjerneforpliktelse og dels av en progressiv forpliktelse. Det er imidlertid vanskelig å se ut av den generelle kommentaren at den åpner for absolutte grenser for en rett til en bestemt form for personlig bistand, slik som pasient- og brukerrettighetsloven oppstiller for rettighetsfesting av brukerstyrt personlig assistanse. Det er også klart at konvensjonen tar utgangspunkt i individenes rettigheter snarere enn offentlige myndigheters skjønn, og variasjoner mellom kommunenes gjennomføring av retten til personlig assistanse kan bare godtas så lenge kjerneforpliktelsen respekteres.

#### 4.2.3 Individklagesaker

CRPD-komiteen har hatt til behandling nokså få individklagesaker om artikkel 19, men disse gir likevel momenter av betydning for denne utredningens tema. Så vidt jeg kan se, er det bare avgitt uttalelse om realiteten i to saker, og i begge sakene er saksforholdet nokså forskjellig fra det som diskuteres nå.

Saken *H.M. mot Sverige*<sup>79</sup> gjaldt myndighetenes avslag på en søknad om byggetillatelse for et hydroterapi-basseng for rehabilitering av en person med en fysisk funksjonsnedsettelse (Ehlers-Danlos' syndrom), med den begrunnelsen at byggingen var i strid med byutviklingsplanen. Det omsøkte byggetiltaket innebar en utbygging på 63 m<sup>2</sup>, hvorav ca. 45 m<sup>2</sup> lå på et område hvor byggetiltak ikke var tillatt. Klageren påberopte seg at et avslag med en slik begrunnelse innebar diskriminering, siden myndighetene ikke tok hensyn til hennes rett til rehabilitering og en forbedret helsetilstand.

---

<sup>77</sup> *Ibid.*, avsn. 54 på s. 11.

<sup>78</sup> *Ibid.*, avsn. 58 på s. 11.

<sup>79</sup> CRPD/C/7/D/3/2011, 21. mai 2012.

Klageren påberopte seg en rekke bestemmelser i konvensjonen, og for flere bestemmelser ble klagen avvist som åpenbart grunnløs med grunnlag i artikkel 2 bokstav e. Komiteen fant imidlertid at den kunne behandle realiteten i klagen for så vidt gjaldt blant annet artikkel 19.

Dette var komiteens første avsluttede individklagesak, og saken ga dermed komiteen anledning til å foreta noen grunnleggende avklaringer. Komiteen fastslo blant annet at artikkel 2 nr. 3, som definerer konvensjonens diskrimineringsbegrep, ikke bare omfatter forskjellsbehandling av tilfeller som burde behandles likt, men også likebehandling av tilfeller som burde behandles forskjellig. Komiteen understreket videre at konvensjonens diskrimineringsbegrep også omfatter «denial of reasonable accommodation» («å bli nektet en rimelig tilrettelegging»). Rimelig tilrettelegging er definert i artikkel 2 nr. 4 som «nødvendig og hensiktsmessig endring og justering som ikke innebærer en uforholdsmessig eller utilbørlig byrde, når det i et bestemt tilfelle er behov for det, for å sikre at mennesker med nedsatt funksjonsevne kan nyte eller utøve alle menneskerettigheter og grunnleggende friheter på lik linje med andre». Komiteen pekte på at klagerens helsetilstand var kritisk og at tilgang til et hydroterapi-basseng hjemme var den eneste effektive metoden for å tilfredsstille hennes helsemessige behov. Videre pekte komiteen på at staten ikke hadde påberopt seg at det ville være uforholdsmessig byrdefullt å fravike byutviklingsplanen, og at lovgivningen åpnet for unntak fra slike planer i konkrete tilfeller.<sup>80</sup>

Avslutningsvis vurderte komiteen artikkel 19 bokstav b, som sier at staten skal sikre 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». Siden klageren påstod (uten at staten motsatte seg det) at fraværet av et hydroterapi-basseng ville gjøre at hun på sikt måtte flytte til en spesialisert helseinstitusjon, og at et slikt basseng dermed var hennes eneste mulighet for å «kunne bo og være inkludert i samfunnet», fant komiteen at også denne bestemmelsen var krenket.

Også saken *Bacher mot Østerrike* gjaldt lokal byggesaksbehandling.<sup>81</sup> En mann med Downs syndrom, som også var på autismspekteret og tidvis hadde behov for rullestol, bodde i et hus som bare hadde adgang via en gangsti. Gangstien var 35 meter lang, hadde 18 % stigning, og var mellom 1,2 og 1,5 meter bred. Bachers foreldre utbedret stien for å sikre at han kunne benytte den. Siden stien var farlig for ham ved regnvær, snøvær eller haglvær, bygget foreldrene også et tak over stien. Dette ble bygget med tillatelse fra lokale myndigheter, og etter nabovarsel til de nærmeste naboene. En annen person reiste imidlertid sak med påstand om at taket reduserte bredden av gangstien, og dermed krenket hans rett til bruk av stien. Han vant frem i domstolene, som krevde taket revet. Etter rivingen ble stien skadet i uvær, men tvisten gjorde at utbedring ble hindret. Det ble flere rettsprosesser i saken, men Bachers familie vant ikke frem, og i en sak skal domstolen ha uttalt at saken ikke har noe å gjøre med rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne.<sup>82</sup>

---

<sup>80</sup> Avsnitt 8.4 og 8.5.

<sup>81</sup> *Bacher mot Østerrike*, 6. april 2018, CRPD/C/19/D/26/2014.

<sup>82</sup> Faktum beskrives i avsn. 2.1-2.11.

Familien påberopte seg flere bestemmelser overfor CRPD-komiteen, blant annet artikkel 19, med påstand om at mannens «right to live independently has been affected by the lack of access to his home, which has reduced his personal and independent mobility, in violation of article 19 of the Convention». <sup>83</sup> CRPD-komiteen drøftet imidlertid ikke denne bestemmelsen særskilt, og det ble heller ikke konstatert krenkelse av denne. Komiteen nøyde seg med å vurdere artikkel 9 om tilgjengelig, som ble funnet å være krenket. Selv om saken ikke handler om brukerstyrt personlig assistanse (eller en liknende ordning), og selv om artikkel 19 ikke drøftes særskilt, gir komiteen enkelte uttalelser som synes relevante. Staten anførte at det her var tale om en privatrettslig tvist som ikke var igangsatt av myndighetene, men komiteen viste til at det uansett er statens ansvar at tvisten løses på en måte som respekterer konvensjonens rettigheter: <sup>84</sup>

However, the Committee also recalls that this type of dispute is governed by the legal order of the State party, which, in any event, bears the ultimate responsibility to ensure that the rights under the Convention are respected, including the right for a person with disabilities to have access to his or her home, but also to have access to community life and to public services, such as education and health. Accordingly, although disputes resulting from the construction of a roof on a path are between two individuals, the State party has an obligation, *inter alia*, to guarantee that the decisions adopted by its authorities do not infringe upon the rights of the Convention.

Dermed gir uttalelsen momenter for vurderingen av statens positive forpliktelser, som bidrar til å sette en standard også for vurderingen av statens ansvar i saker hvor lokale myndigheter tilbyr tjenester eller iverksetter tiltak overfor private. Staten har en forpliktelse til å sikre at lokale myndigheter respekterer konvensjonens krav.

*F mot Østerrike* gjaldt manglende tilrettelegging (lydvarsling) på offentlige transportmidler. Her fant CRPD-komiteen en krenkelse av konvensjonens artikler 5 og 9, men at klagen «does not provide sufficient elements to enable it to assess to which extent the lack of an audio system affects his right to personal mobility and to live independently», slik at det ikke ble funnet noen krenkelse av artikkel 19. <sup>85</sup> *D.R. mot Australia* gjaldt ufrivillig institusjonalisering av en person med mental funksjonsnedsettelse, men klagen ble avvist fordi nasjonale rettsmidler ikke var uttømt. <sup>86</sup> *L.M.L. mot Storbritannia* gjaldt tilgang til spesialisthelsetjenester. Her var ikke artikkel 19 særlig sentral, og klagen ble uansett avvist som åpenbart ugrunnet. <sup>87</sup> Såfremt sakene i CRPD-komiteens database er riktig registrert, har komiteen pr. nå ikke behandlet andre individklagesaker etter artikkel 19.

---

<sup>83</sup> *Ibid.*, avsn. 3.4.

<sup>84</sup> *Ibid.*, avsn. 9.2; argumentet videreføres i avsn. 9.3.

<sup>85</sup> *F. mot Østerrike*, 21. september 2015, CRPD/C/14/D/21/2014, se avsn. 8.8.

<sup>86</sup> *D.R. mot Australia*, 19. mai 2017, CRPD/C/17/D/14/2013. I CRPD-komiteens database er denne avgjørelsen så vidt jeg kan forstå feilkategorisert som en realitetsavgjørelse.

<sup>87</sup> *L.M.L. mot Storbritannia*, 17. mai 2017, CRPD/C/17/D/27/2015.

### 4.3 Forholdet mellom CRPD artikkel 19 og andre bestemmelser

I Generell kommentar nr. 5 peker CRPD-komiteen på at artikkel 19 henger tett sammen med andre bestemmelser i konvensjonen:<sup>88</sup>

The right to live independently and be included in the community is interrelated with the enjoyment of other human rights provided for in the Convention. At the same time, it is more than the sum of those rights as it affirms that all rights should be exercised and enjoyed in the community where a person chooses to live and in which alone the free and full development of one's personality can be fulfilled.

I denne fremstillingen er det ikke hensiktsmessig å gå gjennom alle disse, men det er hensiktsmessig å nevne komiteens henvisning til artikkel 12 om likhet for loven. Dette er som kjent en bestemmelse hvor Norge har avgitt en tolkningserklæring om muligheten for å frata noen deres rettslige handleevne, som ikke er direkte relevant for denne fremstillingens tema. Komiteen uttaler:<sup>89</sup>

Equal recognition before the law (art. 12) ensures that all persons with disabilities have the right to exercise their full legal capacity and therefore have the equal right to exercise choice and control over their own lives by choosing where, with whom and how they want to live and to receive support in accordance with their will and preferences. To fully realize the transition to supported decision-making and implement the rights enshrined in article 12, it is imperative that persons with disabilities have the opportunity to develop and express their wishes and preferences in order to exercise their legal capacity on an equal basis with others. To achieve this, they have to be a part of the community. Furthermore, support in the exercise of legal capacity should be provided using a community-based approach which respects the wishes and preferences of individuals with disabilities.

Komiteen trekker altså en direkte kobling mellom prinsippet om «supported decision-making» i artikkel 12 og retten til et selvstendig liv i artikkel 19.

Med hensyn til institusjonalisering kan det også nevnes at komiteen fremhever sammenhengen mellom artikkel 19 og retten til frihet og sikkerhet i artikkel 14:<sup>90</sup>

Involuntary institutionalization on the grounds of impairment or associated circumstances such as presumed «dangerousness» or other factors as elaborated by the Committee in its guidelines on article 14 is often caused or increased by a lack of disability-specific support services. Implementing article 19 thus will ultimately prevent violation of article 14.

---

<sup>88</sup> Ovenfor fn. 64, avsn. 69.

<sup>89</sup> *Ibid.*, avsn. 80.

<sup>90</sup> *Ibid.*, avsn. 82.

## 5 INTERNASJONALE MENNESKERETTIGHETER OG KOMMUNALT SELVSTYRE

### 5.1 Generelle prinsipper

Et grunnleggende trekk ved brukerstyrt personlig assistanse er at det er en tjeneste som ytes av kommunene mens det er en rettighet for brukeren. Det er kommunene som har ansvaret for å vurdere brukerens behov for tjenesten og å tilpasse den til andre tjenester. Dette medfører blant annet at det er forskjeller mellom kommunene med hensyn til tildeling av brukerstyrt personlig assistanse, og at tilbudet til en bruker som flytter over kommunegrensene, kan variere.

Det kommunale selvstyret utgjør her et grunnleggende utgangspunkt for kommunenes myndighetsutøvelse. I dag er dette regulert i kommuneloven av 2018 §§ 2-1 og 2-2. Etter § 2-1 første ledd er en kommune «et eget rettssubjekt og kan ta avgjørelser på eget initiativ og ansvar», og det fremgår av annet ledd at kommunene «utøver sitt selvstyre innenfor nasjonale rammer. Begrensninger i det kommunale og fylkeskommunale selvstyret må ha hjemmel i lov.» I § 2-2, som oppstiller grunnleggende prinsipper for nasjonale myndigheters forhold til det kommunale selvstyre, fremgår det av første ledd at det kommunale selvstyret «bør ikke begrenses mer enn det som er nødvendig for å ivareta nasjonale mål».

For denne fremstillingens formål er det nødvendig å vurdere hvilke rammer internasjonale menneskerettigheter setter for kommunenes myndighetsutøvelse innenfor det kommunale selvstyret.

I en norsk sammenheng er dette nokså nylig utredet av kommunelovutvalget i NOU 2016: 4 Ny kommunelov. Utvalget tok som utgangspunkt at:<sup>91</sup>

Internasjonale menneskerettigheter er som utgangspunkt statlige forpliktelser overfor enkeltpersoner og i noen sammenhenger juridiske personer. Pliktene påligger altså staten, og rettighetene ligger til enkeltpersoner. I et slikt bilde er kommunenes rolle sekundær. Samtidig har kommunene en helt sentral rolle i den praktiske gjennomføringen av sentrale menneskerettigheter.

Utvalget nevner deretter sentrale internasjonale menneskerettighetskonvensjoner, og fremhever at kommunene «må holde seg innenfor de rammene og kravene som dette regelverket setter, på samme måte som de må følge annet lovverk». Utvalget nevner imidlertid bare de konvensjonene som er inkorporert i lov, enten med eller uten forrang fremfor annen lovgivning». CRPD nevnes ikke, og utvalget sier her ingenting om betydningen av konvensjoner som ikke er inkorporert. Utvalget gir imidlertid generelt uttrykk for at internasjonale menneskerettigheter ikke begrenser det kommunale selvstyret utover hva som følger av lov:<sup>92</sup>

---

<sup>91</sup> NOU 2016: 4 pkt. 2.3 på s. 37.

<sup>92</sup> *Ibid.* på s. 38.

Utvalget vil peke på at dette regelverket representerer en stor mengde rettsregler som innebærer en rekke skjønsmessige avveininger, og tolkningen beror på en løpende rettsutvikling i internasjonale organer. Utvalget vil understreke at Stortinget og statsforvaltningen har det primære ansvaret for at menneskerettighetsforpliktelser blir ivaretatt. Kommunene er gjennom sine lovpålagte plikter en viktig del av gjennomføringen av dette ansvaret. Nasjonale myndigheter må sørge for at kommunene er i stand til å ta det ansvaret som pliktene medfører, samtidig som kommunene er forpliktet til å kanalisere sine midler til de lovpålagte oppgavene før andre formål prioriteres. Internasjonale menneskerettigheter har demokrati som et underliggende premiss, og fremhever verdien av demokratisk deltakelse for individene. Lokale folkevalgte organer med et visst selvstyre er anerkjent som en del av de samfunnsordningene som konvensjonene skal virke innenfor. Når det gjelder spørsmålet om internasjonale menneskerettighetskonvensjoner innebærer forpliktelser for Stortinget og statsforvaltningen som er til hinder for kommunalt selvstyre, er det grunn til å peke på at dette i utgangspunktet ikke er tilfellet. Det kommunale selvstyret begrenses av lovgivning, og kommunene har ansvar for å ivareta sine rettslige forpliktelser. Utvalget ser ikke at internasjonale menneskerettigheter krever endringer i kommuneloven, men understreker at klargjøring av hva internasjonale menneskerettigheter innebærer av krav og ansvar for kommunene, er en løpende utfordring.

Under høringen hadde Norges nasjonale institusjon for menneskerettigheter (NIM) følgende merknader til denne fremstillingen:<sup>93</sup>

NIM mener at utvalget i utgangspunktet gir en grei, om enn kortfattet, redegjørelse for kommunenes rolle og aktørstatus i gjennomføringen av menneskerettighetene. For øvrig mener NIM at det kan være grunn til å foreta en separat og grundigere utredning av hvilket ansvar kommunene har for overholdelsen av menneskerettighetene.

I utvalgets redegjørelse fremgår følgende:

«Utvalget vil understreke at Stortinget og statsforvaltningen har det primære ansvaret for at menneskerettighetsforpliktelser blir ivaretatt. Kommunene er gjennom sine lovpålagte plikter en viktig del av gjennomføringen av dette ansvaret.»

Dette er ikke helt entydig, men kan forstås i retning av at utvalget bygger på et syn om at kommunene har et mer begrenset ansvar for å vurdere hvorvidt myndighetsutøvelsen er i tråd med menneskerettighetene.

---

<sup>93</sup> Norges nasjonale institusjon for menneskerettigheter, «Høringsinnspill til NOU 2016: 4 Ny kommunelov», 6. oktober 2016, tilgjengelig på: <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing---nou-20164-ny-kommunelov/id2481627/?uid=61e0d4e0-bc01-4b30-9b39-1f35c59e3663>. Både NOU 2016: 4 og NIMs høringsuttalelse viser for øvrig til Michael Reiertsen, «EMK og kommunene», Lov og rett nr. 7/2015 s. 414-431. Artikkelen er nokså klar på at kommunene har en selvstendig forpliktelser etter EMK, men jeg synes ikke artikkelen gir noe særlig mer for denne utredningen tema enn hva som fremgår av NIMs høringsuttalelse.

Den alminnelige plikten til å respektere menneskerettighetene etter Grunnloven § 92 gjelder for «Statens myndigheter», herunder kommunene. Etter Den europeiske menneskerettskonvensjon er kommunene identifisert med staten som folkerettslig pliktsubjekt. Forrangsprinsippene i Grunnloven og menneskerettsloven § 3 gjelder også for lovgivning som utgjør grunnlaget for kommunens myndighetshandlinger.

At kommunene har et primæransvar for overholdelsen av menneskerettighetene i Grunnloven og menneskerettighetene som er del av nasjonal rett kommer eksplisitt til uttrykk på flere måter. For det første er kommunens enkeltvedtak ugyldige dersom de er i strid med menneskerettighetene. For det andre kan kommunens krenkelse av menneskerettighetene medføre erstatningsansvar for kommunen selv.

I denne sammenhengen har kommunen et primæransvar for selvstendig å vurdere om myndighetshandlingene er i samsvar med menneskerettighetene, som ikke kan fraskrives under henvisning til Stortingets og statsforvaltningens ansvar. Dette bør være et utvetydig premiss i det videre lovarbeidet.

NIM foreslo videre at dette ansvaret burde komme klart til uttrykk i loven. Det konkrete forslaget ble ikke fulgt opp i det videre lovgivningsarbeidet,<sup>94</sup> men departementet tar ikke avstand fra NIMs synspunkter, og det er ikke noe eget kapittel i proposisjonen som gir uttrykk for et eget syn på dette temaet fra departementets side.<sup>95</sup> Ut fra NIMs mandat og funksjon bør institusjonens uttalelser være tungtveiende, og for egen del mener jeg høringsuttalelsen er solid (men fremdeles «om enn kortfattet») og at den bør legges til grunn som korrekt rettsoppfatning. Svakheten med uttalelsen er at den ikke tar stilling til betydningen av menneskerettighetskonvensjoner som ikke er inkorporert i lov.

I departementets gjeldende veileder for statlig styring av kommuner og fylkeskommuner nevnes menneskerettighetene på en litt tvetydig måte. For det første vises det til at menneskerettighetskonvensjonene «kan innebære ansvar og oppgaver» for kommunene.<sup>96</sup>

Staten har også en rekke forpliktelser etter internasjonale konvensjoner mv. som også kan innebære ansvar og oppgaver for kommunene. Som eksempel nevnes her ansvaret for å sikre hensynet til samer som urfolk og nasjonale minoriteter. Mer generelt nevnes forpliktelser som følger av EØS-avtalen og menneskerettighetskonvensjoner.

For det annet vises det til at menneskerettslige forpliktelser skal vurderes når det foretas utredninger av tiltak med konsekvenser for kommunesektoren.<sup>97</sup> Denne veilederen har uansett ingen selvstendig rettskildemessig betydning, og uttalelsene gir ikke mye av verdi. De antyder

---

<sup>94</sup> Se Prop. 46 L. (2017-2018) pkt. 4.3 på s. 22, hvor høringsinnspillet nevnes uten at departementet senere kommer tilbake til det.

<sup>95</sup> Det er strengt tatt bemerkelsesverdig hvor lite omtale menneskerettighetene får i proposisjonen, blant annet er det ikke noe eget punkt om menneskerettigheter i kap. 3 om internasjonal og nordisk rett.

<sup>96</sup> Kommunal- og moderniseringsdepartementets veileder «Statlig styring av kommuner og fylkeskommuner – Med prinsipper og retningslinjer», 14. desember 2020, tilgjengelig herfra: <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/veileder-om-statlig-styring-av-kommuner-og-fylkeskommuner/id2791598/>, pkt. 4.2 på s. 30.

<sup>97</sup> *Ibid.*, pkt. 4.3.3 på s. 32.

likevel en statlig erkjennelse av at internasjonale menneskerettighetskonvensjoner innebærer et ansvar for kommunene, uten at det skal legges mye vekt på dette.

I et nyere lovforslag legger kommunal- og moderniseringsdepartementet til grunn at ikke-inkorporerte menneskerettighetsforpliktelser ikke medfører noen direkte forpliktelser for kommuner og fylkeskommuner. Uttalelsen ble gitt i anledning forslag om lovfesting av plikten ILO-konvensjon nr. 169 oppstiller for konsultasjon med samiske interesser:

Utgangspunktet for departementets vurdering er at statens forpliktelser til å konsultere samiske interesser etter ILO-konvensjon nr. 169 artikkel 6 ikke vil gjelde direkte for kommuner og fylkeskommuner i Norge. Imidlertid vil staten som konvensjonspart måtte sørge for mekanismer som sikrer at det gjennomføres konsultasjoner også når beslutninger fattes på kommunalt og fylkeskommunalt nivå.

Hvis tilsvarende synspunkt anvendes for CRPD, som i likhet med ILO-konvensjon nr. 169 ikke er inkorporert, vil det være statlige myndigheter som har plikt til å sørge for mekanismer som sikrer gjennomføring av CRPD ved kommunal myndighetsutøvelse, mens kommunene ikke har noen selvstendig forpliktelse etter konvensjonen utover hva statlige myndigheter har oppstilt.

## **5.2 Anvendelse av disse prinsippene for CRPD**

### *5.2.1 CRPD er ikke «lov»*

Det som er sagt ovenfor om kommunenes forpliktelser etter internasjonale menneskerettskonvensjoner er i stor grad knyttet til menneskerettighetenes status som norsk lov. Siden CRPD ikke er inkorporert ved lov, står spørsmålet i en annen stilling etter nasjonal rett. Etter norsk rett vil utgangspunktet være at dersom det er motstrid mellom CRPD og norsk lov, så går loven foran. Med hensyn til kommunalt selvstyre vil utgangspunktet være at når kommuneloven § 2-1 krever at begrensninger i det kommunale selvstyret «må ha hjemmel i lov», så er det ikke tilstrekkelig at begrensninger fremgår av internasjonale menneskerettigheter uten lovs rang. Etterlevelse av slike menneskerettighetsforpliktelser vil være et «nasjonalt mål» etter § 2-2, men dette begrenser ikke det kommunale selvstyret utover hva som følger av § 2-1. Henvisningen til «nasjonale mål» er forklart slik i lovforarbeidene:<sup>98</sup>

Første ledd innebærer lovfesting av et forholdsmessighetsprinsipp som sier at det kommunale og fylkeskommunale selvstyret ikke bør begrenses mer enn det som er nødvendig for å ivareta nasjonale mål. Etterlevelse av dette prinsippet innebærer at det foretas en avveining der både hensynet til nasjonale mål og hensynet til kommunalt og fylkeskommunalt selvstyre vurderes. Eventuelle begrensninger i det kommunale og fylkeskommunale selvstyret bør forbeholdes de tilfeller hvor det er et klart behov for nasjonale føringer og hvor begrensninger er nødvendig. Vurderinger etter bestemmelsen kan være aktuell i ulike situasjoner. I og med at det gjelder et lovkrav for å gi oppgaver og plikter til kommunene og fylkeskommunene vil

---

<sup>98</sup> Prop. 46 L (2017-2018) kap. 30 på s. 356.



forholdsmessighetsprinsippet særlig være rettet mot vurderinger knyttet til arbeidet med innføring av slike lover, dog selvsagt slik at Stortinget ikke er bundet av prinsippet. Prinsippet kan også få betydning ved tolkningen og anvendelsen av bestemmelser som gir statsforvaltningen myndighet til å overprøve kommunale og fylkeskommunale vedtak. Vurderinger av prinsippet innebærer at et tiltak må være egnet til å oppnå målet med tiltaket. Det må også være nødvendig for å nå målet. Fordelene med tiltaket må oppveie eventuelle ulemper med tiltaket. Prinsippet anerkjenner statlig styring og kontroll, for eksempel ved klage, tilsyn og innsigelser, men vurderinger må gjøres ved innføring og anvendelse av slike styringsmidler.

Etter kommuneloven synes det ikke å være grunnlag for å forstå henvisningen til «nasjonale mål» slik at internasjonale menneskerettigheter uten lovs rang kan begrense det kommunale selvstyret ved utøvelsen av myndighet som er lagt til kommunene.

Spørsmålet er da om det foreligger andre forhold som begrunner en annen løsning. Her kan det først fastslås at Grunnloven § 92 ikke innebærer en slik rettsvirkning, siden denne bare gir nasjonale myndigheter en plikt til «å håndheve menneskerettighetene på det nivå de er gjennomført i norsk rett». To andre forhold fortjener imidlertid nærmere vurdering: Norsk rettspraksis, og presumsjonsprinsippet.

### *5.2.2 Dom fra Eidsivating lagmannsrett*

Med hensyn til rettspraksis er det slik at det med litt godvilje kan spørres om hvorvidt norske domstoler har lagt til grunn at kommunene har forpliktelser direkte etter CRPD utover hva som fremgår av norsk lovgivning. Det må innrømmes at dette er en litt anstrengt tolkning av de aktuelle dommene, men det relevante sakskomplekset var slik:

Tre personer med funksjonsnedsettelse hadde siden 1991 leid kommunale boliger i et bofellesskap (Moavegen) i Vågå kommune. Kommunen var utleier, og leiekontraktene var tidsubestemte. I 2017 kommunestyret vedtok omstrukturering av kommunens helse- og omsorgstjenester, slik at det aktuelle bofellesskapet skulle bli til et bokollektiv for eldre med mindre omfattende omsorgsbehov, mens et annet bofellesskap skulle huse personer med funksjonsnedsettelse med et mer omfattende omsorgsbehov. Som følge av vedtaket sa Vågå kommune opp leieavtalene, og de tre personene fikk i stedet tilbud om å leie leiligheter i det andre bofellesskapet (Finntunet). Spørsmålet for domstolene var om oppsigelsen var gyldig, og det var husleielovens bestemmelser som var berørt. Spørsmålene i saken var om oppsigelsen hadde «saklig grunn» etter husleieloven § 9-5, og om oppsigelsen var «lovlig» eller «urimelig» etter husleieloven § 9-8. For lagmannsretten anførte de private partene blant annet:<sup>99</sup>

Beslutningen om å flytte de ankende parter til Finntunet er i strid med diskrimineringsbestemmelsene og CRPD. Leietagerne har ikke et reelt valg med hensyn til å takke ja eller nei til erstatningsbolig, en behandling de ikke ville fått dersom de ikke hadde vært utviklingshemmede. Flyttingen er i strid med

---

<sup>99</sup> LE-2018-145654-1, 9. mai 2019.

diskrimineringsloven § 6. Beboerne blir dårligere stilt på grunn av kommunens handling og det finnes andre alternativer. Flyttingen må ses i sammenheng med beboernes nedsatte funksjonsevne og er i strid med CRPD artikkel 19.

Lagmannsretten fant at oppsigelsen hadde saklig grunn:

Bakgrunnen for oppsigelsene er at kommunen har behov for å omstrukturere helse- og omsorgstjenestene. I dag er de forskjellige brukergruppene blandet på forskjellige helsetun. Ved å samle brukergruppene vil kommunen kunne gi hver brukergruppe et bedre tilpasset tilbud, ut fra de særskilte behov den enkelte brukergruppe har. Omstruktureringen vil også gi mulighet for å opprette et tilbud for eldre som ikke lenger kan bo i sitt tidligere hjem, men som fortsatt i betydelig grad er selvhjulpne. Disse vil da kunne bo i et bofellesskap tilpasset et mindre omsorgsbehov, i stedet for å bo på et sted tilpasset grupper med et større omsorgsbehov, som denne brukergruppen ikke har behov for. Samlet sett vil omstruktureringen gi et mer tilpasset og bedre tilbud til alle brukergruppene og det vil gjøre at kommunen kan utnytte tilgjengelige økonomiske midler mer rasjonelt slik at helse- og omsorgstilbudene samlet sett kan bli bedre innenfor de eksisterende økonomiske rammer.

Med hensyn til om oppsigelsen var lovlig eller urimelig uttalte lagmannsretten:

De ankende parter har anført at oppsigelsene innebærer en ulovlig diskriminering og at dette medfører at oppsigelsene ikke er gyldige, jf bruken av ordet «lovlig» i husleieloven § 9-8 andre ledd første setning.

Etter lagmannsrettens syn er dette ikke riktig. Oppsigelsene er skjedd ut fra et kommunalt behov for omstrukturering, ikke på grunn av de ankende parters funksjonshemming. Det legges til grunn at alle som leier kommunal bolig – og hvor kommunens behov var de samme – ville fått en oppsigelse. Dette ville skjedd uavhengig av om de var funksjonshemmede eller ikke. Oppsigelsene er ikke knyttet til funksjonshemmingene. Det er verken skjedd noen form for forskjellsbehandling eller diskriminering.

Ved rimelighetsvurderingen vil et sentralt moment være om utleier har tilbudt erstatningsbolig. De ankende parter er alle tilbudt ny bolig i Finntunet bofellesskap, og vil derfor ikke stå i den situasjon at de kan bli uten bolig. Selv om husleien på Finntunet bofellesskap er noe høyere har de fått tilbud om å beholde nåværende leie fra Moavegen bofellesskap. Finntunet bofellesskap er et nyere bygg enn Moavegen og leilighetene er noe større enn de i Moavegen. Leilighetene er bygget etter dagens krav med blant annet moderne ventilasjonsanlegg og større bad tilpasset fysiske utfordringer brukergruppene kan ha. Objektivt sett fremstår leilighetene på Finntunet bofellesskap som bedre leieobjekter enn leilighetene i Moavegen bofellesskap som er bygget i en tid med andre krav, andre tekniske løsninger og som etter mange års bruk er i behov for en omfattende rehabilitering.

Alle de tre brukerne har bodd lenge i Moavegen bofellesskap og det legges til grunn at de har knyttet seg til stedet, til hverandre og til de ansatte der. Det er imidlertid opplyst at alle de tre brukerne vil kunne flyttes over til Finntunet bofellesskap og at også de ansatte vil bli flyttet over dit. På denne måten vil så vel båndene dem imellom som til pleierne bli bevart.

Lagmannsretten fant at oppsigelsen var gyldig. Partenes anførsel om CRPD ble ikke uttrykkelig omtalt. Dommen ble anket til Høyesterett, hvor ankeutvalget opphevet dommen og sendte den tilbake til lagmannsretten for videre behandling. Begrunnelsen var at lagmannsretten ikke hadde behandlet alle relevante anførsler, og med hensyn til CRPD uttalte ankeutvalget kort at det «er også uheldig at lagmannsretten ikke uttrykkelig har drøftet anførselen om brudd på CRPD artikkel 19. Den korte drøftelsen av spørsmålet om diskriminering – løstrevet fra alle kilder – dekker ikke denne anførselen».<sup>100</sup>

Etter ny behandling fant lagmannsretten igjen at oppsigelsen var gyldig, men denne gangen ble CRPD relativt utførlig behandlet:<sup>101</sup>

Mennesker med nedsatt funksjonsevne har etter konvensjonens artikkel 19 som hovedregel rett å flytte eller bestemme hvor de vil bo, på lik linje med andre. Foreligger det særlige grunner – som for eksempel at det vil medføre store praktiske problemer for kommunen å yte de ønskede tjenestene, eller at tjenestetilbudet blir uforholdsmessig ressurskrevende eller kostbart – kan hovedregelen fravikes. Om retten til et fritt valg skal avgrenses beror på en forholdsmessighetsvurdering. De tre leietagerne har krav på omsorgsboliger, men hvis de får velge å fortsette å bo i Moavegen vil det medføre at deres bruk av omsorgsboliger hindrer den omstruktureringen kommunen tar sikte på å gjennomføre. Hvis kommunen ikke får gjennomført omstruktureringen vil det medføre betydelige ekstra kostnader for å oppfylle omsorgsplikter kommunen er forpliktet til å tilby, ved at den opprettholder en kostnads-krevende struktur. Skal kommunen bygge et nytt bofellesskap for å gi et tilbud for brukergruppen som nå er tiltenkt å bo på Moatunet vil det utgjøre en stor kostnad for kommunen. Det er opplyst at planer om bygging av ytterligere omsorgsboliger/bofellesskap er lagt i bero på grunn av kommunens økonomi. Om kommunens behov for en slik omstrukturering, og de fordeler den vil medføre for de enkelte brukergrupper og det samlede omsorgstilbudet vises for øvrig til hva som fremgår tidligere. Ved forholdsmessighetsvurderingen må det også ses hen til at det legges til grunn at ulempene for leietagerne ved en flytting vil være mindre og av forbigående art, jf også her det som fremgår tidligere.

Lagmannsrettens tolkning og anvendelse av artikkel 19 kan nok diskuteres, men det relevante nå er at det ikke ble anført fra kommunens side, og heller ikke drøftet av lagmannsretten, at CRPD ikke kunne legge begrensninger på kommunens myndighetsutøvelse innenfor helse- og omsorgstjenestene utover hva som fremgår av loven. Lagmannsrettens fremstilling antyder at

---

<sup>100</sup> HR-2019-1637-U, 27. august 2019, avsn. 19.

<sup>101</sup> LE-2018-145654-2, 18. november 2019.

det kan tenkes tilfeller hvor kommunens oppsigelse av leiekontrakter kan være i strid med CRPD. Hvis det kommunale selvstyret hadde vært ansett å være til hinder for å gi CRPD selvstendig betydning, kunne man anta at dette ville blitt anført eller nevnt. Saken gjaldt imidlertid anvendelse av husleielovens bestemmelser, ikke helse- og omsorgslovgivningen, og det kan også innvendes at lagmannsrettens konklusjon innebar at det ikke var nødvendig å ta stilling til spørsmålet (foruten at det heller ikke var anført). Det er dermed uklart hvilken vekt lagmannsrettens uttalelse kan tillegges, om noen overhodet.

### 5.2.3 Presumsjonsprinsippet

Med hensyn til presumsjonsprinsippet kan det gjentas fra kap. 3 at norsk rett formodes å være i samsvar med våre internasjonale forpliktelser, og at mulig motstrid mellom norsk rett og folkerettslige forpliktelser skal søkes bortfortolket så langt dette lar seg gjøre gjennom forsvarlig rettskildebruk. Grensene for dette, slik de er fremstilt i HR-2016-2591-A, er at norsk rett går foran hvis dette kan forankres i lovgiverviljen. For vårt tema er spørsmålet om det foreligger en motstrid mellom CRPD og norsk lovgivning, om denne kan bortfortolkes, eller om det fremstår som lovgivers vilje at norsk rett skal gå foran konvensjonen.

Dette er et sammensatt tema, som rammene for denne fremstillingen ikke har tillatt meg å fullføre helt ut. Utgangspunktet synes likevel å være at lovgiver har lagt til grunn at norsk rett er i samsvar med konvensjonens bestemmelser, og lovgiver har ikke gitt klart uttrykk for at det kommunale selvstyret skal innebære at kommunene har større frihet i sin myndighetsutøvelse enn hva som fremgår av internasjonale menneskerettigheter. I lovforarbeider til regler om brukerstyrt personlig assistanse (og andre regler om kommunale helse- og omsorgstjenester) fremgår det klart at tjenesten beror på kommunalt skjønn, men det er ikke klart om disse uttalelsene må forstås slik at lovgiver har tatt et bevisst standpunkt til en eventuell motstrid mellom CRPD og nasjonal lovgivning, eller om lovgiver har ment at anvendelsen av CRPD i norsk rett skal være begrenset av det kommunale selvstyret utover hva CRPD selv tilsier. Gjennom henvisningen til at rettighetsfesting av brukerstyrt personlig assistanse var ment å gjennomføre intensjonen i CRPD, samtidig som norsk rett er ansett for å være i samsvar med konvensjonen, kan det argumenteres med at lovgiver har ment at reglene skal anvendes i samsvar med CRPD. Her spiller det også inn at CRPD-komiteen først nylig har fremhevet forskjeller mellom kommunene som et punkt for bekymring. Etter mitt skjønn kan det absolutt argumenteres for at det ligger innenfor rammene for forsvarlig rettskildebruk å tolke kommuneloven §§ 2-1 og 2-2 slik at det kommunale selvstyret er begrenset av internasjonale menneskerettigheter som Norge er bundet av selv om disse ikke har lovs rang, særlig når lovgiver har lagt til grunn at norsk rett er i samsvar med disse menneskerettighetene.

Rettslig uklarhet her tilsier at BPA-utvalget har god oppfordring til å reise spørsmålet, og det vil da være opp til lovgiver å ta et standpunkt. Dersom lovgiver deretter ikke gir klart uttrykk for at norsk rett om kommunalt selvstyre uansett skal gå foran CRPDs regler, ville det gi et styrket argument for at presumsjonsprinsippet tilsier at norsk rett skal tolkes i samsvar med konvensjonen, selv om det innebærer en begrensning av det kommunale selvstyret.

## 6 BETYDNINGEN AV EVENTUELL NORSK INKORPORERING AV CRPD

Det fremgår i forlengelsen av forrige punkt at inkorporering av CRPD i norsk rett vil ha direkte betydning for de spørsmålene som behandles her. Stortinget skal som kjent diskutere dette i inneværende sesjon med bakgrunn i et representantforslag om å be regjeringen fremme forslag «om å inkorporere FN-konvensjonen om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne (CRPD) i menneskerettsloven, for å gi konvensjonen forrang i norsk rett».<sup>102</sup> Et alternativ til inkorporering i menneskerettsloven (med forrang) er å inkorporere konvensjonen som norsk lov uten forrang, slik likestillings- og diskrimineringsloven § 5 har gjort med FNs rasediskrimineringskonvensjon, men jeg forstår det slik at dette ikke er tema denne gangen. For de spørsmålene som behandles i denne fremstillingen, er det ikke åpenbart at det vil ha stor betydning om inkorporering skjer med eller uten forrang, men det er klart at inkorporering med forrang vil bidra til ytterligere klargjøring. Det sentrale, slik jeg ser det, er uansett forskjellen mellom inkorporering med lovs rang og en fortsettelse av dagens rettstilstand med passiv transformasjon. Spørsmålet om forrang kan antas å ha større betydning på andre rettsområder, særlig der hvor det må legges til grunn at det i dag er klar motstrid mellom CRPD og norsk rett, slik som for enkelte spørsmål innenfor vergemålslovgivningen.

Etter at opprinnelig versjon av denne utredningen ble levert til oppdragsgiver, har Stortingets justiskomiteé avgitt sin innstilling om representantforslaget.<sup>103</sup> Komiteens tilråding er at forslaget ikke skal vedtas,<sup>104</sup> og jeg forutsetter at Stortinget vil treffe vedtak i samsvar med dette. I behandlingen av forslaget gjentas imidlertid et argument som er kjent fra tidligere, nemlig at «ved ratifikasjonen av CRPD i 2013 forpliktet Norge seg til å følge konvensjonen, uavhengig av hvordan den er gjennomført i norsk rett».<sup>105</sup> Dette gir foranledning til å understreke at det Norge påtok seg ved ratifikasjonen, er en folkerettslig forpliktelse, ikke en internrettslig. En folkerettslig forpliktelse som ikke er gjennomført i norsk rett, kan ikke uten videre påberopes for norske domstoler. Her spiller det imidlertid inn at selv om CRPD ikke er inkorporert, så er den likevel gjennomført i norsk rett, gjennom transformasjon. Rettspraksis viser klart at konvensjonen kan påberopes.<sup>106</sup> Forskjellen ligger i hvilken gjennomslagskraft konvensjonen får i møtet med norsk lovgivning. Det er uansett ikke særlig treffende å bruke eksistensen av en folkerettslig forpliktelse som et argument mot en bestemt nasjonal gjennomføringsmåte, siden det er tale om to forskjellige nivåer. CRPD står ikke her i noen annen stilling enn andre menneskerettslige forpliktelser, hvor norsk ratifikasjon ikke har blitt ansett som et avgjørende (eller endog relevant) argument mot inkorporering.

---

<sup>102</sup> Representantforslag 3 S (2020–2021) fra stortingsrepresentantene Karin Andersen, Solfrid Lerbrekk, Nicholas Wilkinson, Lars Haltbrekken, Mona Fagerås, Kari Elisabeth Kaski og Freddy André Øvstegård, Dokument 8:3 S (2020-2021).

<sup>103</sup> Innst. 267 S (2020-2021).

<sup>104</sup> *Ibid.*, s. 4.

<sup>105</sup> *Ibid.*, s. 2, komiteens medlemmer fra Høyre og Fremskrittspartiet. Se også vedlegg til innstillingen, brev 22. oktober 2020 fra justis- og beredskapsministeren.

<sup>106</sup> Stortingsrepresentanten Karin Andersen har 3. mars 2021 stilt skriftlig spørsmål om dette til justis- og beredskapsministeren, se Dok. nr. 15:1477 (2020-2021).

I forkant av Stortingets behandling av representantforslaget har også Norges nasjonale institusjon for menneskerettigheter og Likestillings- og diskrimineringsombudet utarbeidet et felles brev om inkorporering av CRPD.<sup>107</sup> Her uttales det blant annet:<sup>108</sup>

Uavhengig av om CRPD blir inkorporert er staten folkerettslig bundet av konvensjonen. Konvensjonen har derfor betydning for tolkningen av norsk rett gjennom presumsjonsprinsippet som innebærer at domstolene så langt det er mulig skal tolke norsk rett i samsvar med internasjonale regler Norge er bundet av. Konsekvensen av at CRPD ikke er gjort til en del av norsk rett gjennom inkorporasjon vil først komme på spissen dersom en norsk domstol skulle komme til at det er motstrid mellom en norsk lovbestemmelse og en bestemmelse i CRPD. Norsk lov vil gå foran CRPD så lenge konvensjonen ikke er gjort til en del av norsk intern rett. Manglende inkorporering av konvensjonen vil dermed kunne føre til at norske domstoler i noen tilfeller vil måtte legge til grunn et resultat som er i strid med våre folkerettslige forpliktelser.

En viktig virkning av inkorporasjon er at det vil gjøre konvensjonen mer tilgjengelig enn den er i dag, både for de som har rettigheter og for myndighetene som har forpliktelser etter den. Inkorporasjon vil kunne tydeliggjøre overfor offentlige organer at de er forpliktet etter CRPD. Dette er viktig for at norske lovanvendere i domstolene, kommunene, statsforvalterne og andre offentlige organer skal bli mer bevisstedeforpliktelsene somfølger av konvensjonen. På denne måten kan inkorporering bidra til å styrke etterlevelsen av rettighetene for personer med funksjonsnedsettelse i praksis, noe det er behov for.

Jeg oppfatter denne argumentasjonen, blant annet om presumsjonsprinsippet, som å samsvare godt med denne utredningens synspunkter.

Det er uansett nødvendig å konkretisere og sammenfatte de momentene som er særlig relevante for denne utredningens tema:

Dersom CRPD inkorporeres med lovs rang, vil konvensjonen oppfylle lovskravet i kommune-loven § 2-1 for begrensninger i det kommunale selvstyret. Det ville videre bli klargjort at nasjonale lovregler om brukerstyrt personlig assistanse må anvendes i samsvar med CRPD, både med hensyn til innholdet i rettigheten og med hensyn til rammene for kommunal myndighetsutøvelse. Det vil bli gjort klarere at kommunale myndigheter har et eget ansvar for å sikre gjennomføring av konvensjonen. Hvis dagens rettstilstand fortsettes uendret, det vil si at CRPD ikke inkorporeres, vil norsk rett gå foran CRPD ved motstrid, likevel slik at presumsjonsprinsippet kan tilsi at norsk rett må tolkes i samsvar med konvensjonen med mindre det fastslås at dette ikke er i samsvar med lovgivers vilje. Her vil BPA-utvalget ha en

---

<sup>107</sup> Brev fra NIM og LDO 2. mars 2021 til justis- og beredskapsministeren og kultur- og likestillingsministeren, tilgjengelig her: <https://www.nhri.no/wp-content/uploads/2021/03/Brev-NIM-LDO-om-CRPD.pdf>.

<sup>108</sup> *Ibid.*, s. 3-4.

oppfordring til å utforme sine forslag på en måte som gjør at lovgiver må ta stilling til spørsmålet.

## 7 OPPSUMMERING OG KONKLUSJONER

Det må erkjennes at det er vanskelig å gi konklusjoner her som ikke må antas allerede å være godt kjent av oppdragsgiver. CRPDs betydning for norsk lovgivning om brukerstyrt personlig assistanse har ikke blitt utførlig vurdert av lovgiver, men det legges generelt til grunn at lovgivningen er i samsvar med konvensjonen og at rettighetsfestingen i 2014 var ment å oppfylle konvensjonens intensjon. I norsk rett spiller likevel det kommunale selvstyret inn ved praktiseringen av reglene. Kommunene er gitt myndighet til å vurdere brukernes behov for tjenesten og å tilpasse denne til andre ytelser, og det er tvilsomt om norsk rett kan forstås slik at CRPD innebærer noen selvstendig begrensning av den kommunale skjønnsutøvelsen. Etter CRPD er det klart at det oppstilles grenser for den kommunale skjønnsutøvelsen, eksempelvis ved at institusjonalisering mot brukerens vilje ikke kan finne sted, eller mer generelt at kommunen har liten frihet til å tilby andre ytelser hvis vilkårene for brukerstyrt personlig assistanse er oppfylt, men dette er en folkerettslig forpliktelse som neppe er styrende for norsk rett dersom det konstateres motstrid. Det kan også stilles spørsmål ved om pasient- og brukerrettighetslovens vilkår for rettigheten i seg selv er fullt forenlig med CRPD. En inkorporering av CRPD vil innebære en betydelig endring i så måte, ved at det blir klargjort at både materielle og prosessuelle vilkår for tjenesten må være i samsvar med CRPD, herunder at det kommunale selvstyret ikke kan brukes til å begrunne myndighetsutøvelse som ikke overholder konvensjonens krav. For det tilfelle at CRPD ikke inkorporeres, har BPA-utvalget all oppfordring til å ta uttrykkelig stilling til forholdet til CRPD, om ikke annet for å fremtvinge en klar stillingtaken fra lovgiver om hvorvidt det anses å foreligge en motstrid mellom CRPD og norsk rett og hvordan denne motstriden i så fall skal løses. I mangel av slik stillingtaken kan presumsjonsprinsippet havne i en sterkere stilling, ved at man da vil være i en annen situasjon enn hva Høyesterett uttalte seg om i 2016. En avklaring av spørsmålet fra lovgiver synes også å være nødvendig for å besvare CRPD-komiteens kritikk i sine avsluttende merknader til Norges innledende statsrapport.