

## Adgang til å sette vilkår om flytting

### Innledning

Vedlegget beskriver og gir føringer for Fylkesmannens klagebehandling av vedtak der kommunen har satt vilkår om flytting for personer med behov for praktisk bistand, jf. sosialtjenesteloven § 4-2 og § 4-3. Med flytting menes i denne sammenheng flytting fra privat bolig til en omsorgsbolig eller et bofellesskap. Med flytting menes også flytting fra ett bofellesskap til et annet. I tillegg omfattes kommunens vedtak der det er satt krav om at avlastning skal skje utenfor hjemmet, dvs. i en avlastningsbolig eller hos en privat avlaster.<sup>1</sup>

Gjennom å beskrive rammer for kommunens rettslige handlingsrom (herunder kommunens frie skjønn) og forhold som kan ha betydning for Fylkesmannens vurderinger av om vilkåret om flytting er åpenbart urimelig, vil vi forsøke å sikre en mer ensartet praksis av klagebehandlingen.

Vedlegget omhandler ikke kommunens rett til å sette vilkår ved avgjørelser om helsehjelp.

### Gjeldende rett

Sosialtjenesteloven kapittel 4 gir ikke direkte hjemmel for adgangen til å sette vilkår om flytting. Når det et stykke på vei beror på forvaltningens skjønn om en søknad skal innvilges har det vært begrunnet med "fra det mer til det mindre-argument". Når forvaltningen har adgang til noe mer, nemlig å avslå søknaden, må de også ha adgang til det mindre, nemlig å innvilge den med visse vilkår. Dette er stadfestet flere ganger der dette er prøvet for domstolene.

Reelle hensyn kan også trekke i retning av å tolke loven slik at den gir hjemmel for å kunne sette vilkår. Adgangen til å sette vilkår for forvaltningen, selv om det ikke er uttrykkelig hjemmel, er i dag meget vanlig. Derfor sier man at kompetansen har fått et sedvanerettslig grunnlag.

Det kan imidlertid ikke begrunnes å sette hvilke som helst vilkår. Grensene for hva som kan godtas, er stort sett de samme her som når det finnes en generell hjemmel for å sette vilkår.

Vilkårene må

- ikke stride mot annen lov, herunder ikke anses som uforsvarlige
- ha saklig sammenheng med tildelingen av tjenesten og lovens formål
- ikke anses som uforholdsmessig tyngende
- ikke gripe for sterkt inn i den personlige frihet eller integritet

### Hva kan Fylkesmannen overprøve?

---

<sup>1</sup> Selv om avlastning utenfor hjemmet vanligvis ikke vurderes som et vilkår om flytting, ser vi likevel at mange av de samme vurderingene er forhold ved tjenesten som kan tilsi at avlastning utenfor hjemmet kan vurderes som åpenbart urimelig.

Fylkesmannen kan prøve alle sider av vedtaket, jf. veilederen.

I det følgende vil vi se på ulike fakta som vil være relevante i klagesak der det er satt vilkår om flytting. Når det gjelder prøvingen av kommunens frie skjønn og hva som ligger innenfor kommunens handlingsrom, kan Fylkesmannen bare endre vedtaket når skjønnet er åpenbart urimelig (jf. sosialtjenesteloven § 8-7).

Klageinstansen må på bakgrunn av begrunnelsen i vedtaket og/eller utredningen av saken se på vektingen av de ulike momentene – *for* og *mot* – og om konsekvensene for bruker faller inn under begrepet ”åpenbart urimelig”.

Fylkesmannen skal alltid prøve rettsanvendelsen som kommunen har foretatt. Hvis vilkåret som settes strider mot gjeldende rett, er vedtaket ulovlig.

## **1. Kartlegging og prøving av faktum**

Fylkesmannen har en plikt til å klarlegge faktum i en klagesak. Dersom kommunen ikke har tilstrekkelig dokumentert og begrunnet sin avgjørelse, må det foretas en ytterligere kartlegging av saken.

Forhold som det kan være aktuelt å kartlegge:

### **1. Forhold ved tjenestemottaker**

Behovet for praktisk bistand over tid har ofte sammenheng med funksjonssvikt psykisk og fysisk. Det er derfor viktig at det i saken opplyses om flytting i seg selv vil

- svekke tilhørighet til sosialt miljø
- redusere funksjonsnivået
- skape større ubehag og mindre overskudd
- føre til økt angst og isolering
- medføre stor innsats for å komme tilbake til samme funksjon

For små barn der det er satt vilkår om å flytte til avlastningsbolig eller barnebolig må følgende forhold utredes og tas med i vurderingen:

- barnets alder, herunder alderens betydning for tilknytningen til faste omsorgspersoner
- om behovet for praktisk bistand er kortvarig (er barnet lite tilsier barnets trygghetsbehov at det må stilles større krav fra kommunen til en individuell tilrettelegging av tjenesten)
- om behovet varer fram til voksen alder (må ses i sammenheng med neste punkt)

- mulighet for gradvis tilpasning
- mulighet til å opprettholde kontakt med familie og søsken
- mulighet for å opprettholde kontakt med venner

De ulike punktene bør utredes hver for seg, men også ses i sammenheng med hverandre. Hvis det kan dokumenteres at konsekvensene av flyttingen er klar funksjons- og helsesvikt hos barnet, kan flyttingen være uforsvarlig og derved ulovlig (se under avsnitt 1).

## **2. Forhold ved boligen**

Det må foreligge en beskrivelse av boligforholdene, både i nåværende bolig og i den nye boligen. Boligen må vurderes opp mot forhold ved tjenestemottaker. Relevante momenter kan være

- leilighetens tilpasning mht. størrelse, fysiske tilrettelegging og tjenestemottakers funksjonshemming
- andre bygningsmessige forhold (heis, utemiljø, støy)
- andre beboere/naboers atferdsproblemer som vil ha konsekvenser for tjenestemottakers eget funksjonsnivå
- om organisering av tjenesten gir institusjonspreg
- om beboeren får nye plikter som leietaker eller eier av boligen som fører til økt hjelpebehov
- geografisk tilgjengelighet
- om flyttingen er en del av en omsorgspakke som følger av anbud og tilsier at klager må regne med nye flyttinger når kontrakttiden går ut

De ulike momentene bør utredes hver for seg, men også ses i sammenheng med hverandre.

## **3. Sosiale forhold**

Det må foreligge en beskrivelse av sosiale relasjoner i forhold til klagers:

- arbeid
- tilhørighet
- dagsenter
- fritidsaktiviteter
- samvær med venner
- samvær med familie
- formålet om sosial fungering og egenmestring oppnås ved flytting

Disse forholdene må vurderes opp mot hvorvidt flyttingen får konsekvenser for sosial integrering og trivsel.

Momentene i saken som taler *mot* flytting må, vurderes opp mot momenter som kan tale *for* at kommunen løser sin plikt til å yte forsvarlige tjenester:

#### **4. Forhold knyttet til de kommunale tjenester**

Følgende forhold kan være relevante for kommunen for å sette vilkår om flytting:

- knapphet på rett kompetanse
- knapphet på personalressurser generelt
- hensiktsmessig bruk av knappe personalressurser. Én ansatt kan ha ansvar for to eller flere brukere, enkelte brukere kan være alene for kortere eller lengre tid dersom det er personell tilstede i naborommet (personalbase), personalet kan ha behov for å tilkalle annet personale på kort tid, f. eks. ved utagering.
- uforholdsmessig mye tidsbruk på reise til og fra bruker
- kommunen ønsker å flytte en person som bor i et kommunalt bofellesskap av hensyn til beboersammensetningen pga. alder (flytting fra barnebolig til voksenbolig, behov for oppussing av boligen)
- arbeidsmiljøkrav. Hensynet til om den kommunalt ansattes behov for pauserom, toalettforhold og personalrom etc. Disse forhold kan vektlegges hvis ansatte skal jobbe i en privat bolig over tid.

## **2. Overprøving av saksbehandlingen**

Fylkesmannen må vurdere og ta stilling til om manglende utredning, inkludert konsekvenser av vilkåret, har hatt betydning for gyldigheten av vedtaket. Er ikke forholdene som er gjennomgått overfor blitt redegjort for, kan dette indikere at vilkåret er åpenbart urimelig.

### **Spesielt om vedtak som erstatter tidligere utløpte vedtak**

Her blir det særlig viktig å undersøke hvilke forhold som tilsier at tjenestemottakeren må flytte fra boligen han/hun har bodd i og mottatt tjenester tidligere. I saken er det viktig å få kjennskap til hva som utløser flyttingen og konsekvenser for bruker. Her kan dokumentasjon og vurderinger fra de som har ytt tjenester fram til klagetidspunktet gi viktig informasjon om sannsynlige konsekvenser. Hvis dette mangler i saken, kan det være sannsynlig at det kan ha betydning for vedtaket.

## **Spesielt om vedtak til ny tjenestemottaker**

Hvis kommunen ikke har tjenesteytere som kjenner søkeres reaksjoner og tilpasningsevne til endrete livsbetingelser, blir pårørende og fagpersoner som kjenner søker for eksempel fra spesialisthelsetjenesten eller undervisning særlig viktige som informasjonskilder når saken skal utredes.

## **Spesielt om brukermedvirkning**

Har brukeren blitt hørt? Jf. sosialtjenesteloven §§ 8-3 og 8-4. Har ikke bruker blitt hørt eller medvirket, kan dette ha hatt konsekvenser for vedtaket.

## **Spesielt om mangelfull begrunnelse av vedtaket**

Mangelfull begrunnelse i vedtaket kan tilsi at saken ikke er grundig nok utredet.

# **3. Overprøving av rettsanvendelsen**

Fylkesmannen skal alltid prøve rettsanvendelsen som kommunen har foretatt. Hvis vilkåret som settes strider mot gjeldende rett, er vedtaket ulovlig.

## **Kjennetegn på ulovlige vilkår:**

Listen er ikke uttømmende.

### **1. Økt bruk av tvang**

For psykisk utviklingshemmede kan vilkår om flytting stride mot sosialtjenesteloven § 4A-4, dvs. kommunens plikt til å sørge for at forholdene legges til rette for minst mulig bruk av tvang og makt. Hvis det er sannsynlig at flytting medfører mer utagering for tjenestemottaker og derved mer bruk av tvang og makt, er vilkåret ulovlig.

### **2. Klart ikke barnets beste**

Barns alder relatert til behov for tilknytning, funksjonshemming og helsetilstand kan tilsi at å flytte barn ut av hjemmet, kan stride mot Barnekonvensjonens<sup>2</sup> plikt til å legge vekt på barns beste ved utforming av tjenestene, jf. Barnekonvensjonen art. 3.

### **3. Vilkåret er uforsvarlig (se nærmere om aktuelle kjennetegn under avsnitt 1.1-3)**

Hvis flyttingen forverrer helsetilstanden, eller er spesielt psykisk belastende, er dette viktige momenter ved vurderingen. Det samme gjelder om tjenestemottakeren skulle miste sine daglige kontakter (ikke tjenesteytere) og miljø ved flytting og dette klart fører til dårligere fungering.

---

<sup>2</sup> Menneskerettsloven § 3. (Menneskerettsloven, med tilhørende konvensjoner 21. mai 1999 nr. 30). Jf. FNs konvensjon om barnets rettigheter av 20. november 1989.

#### **4. *Vilkåret strider mot annen lovhjemmel, herunder er diskriminerende***

Hvis vilkåret ikke har sammenheng med formålet i sosialtjenesteloven og/eller ansvarsreformen for psykisk utviklingshemmede, kan vilkåret være ulovlig.

Hvis det anføres i klagen at vilkåret strider mot annen lovgivning, for eksempel § 4 første ledd i diskrimineringsloven, bør Fylkesmannen før han behandler klagen, oversende den til denne instansen<sup>3</sup> for å vurdere vilkåret. Deretter må Fylkesmannen foreta en selvstendig vurdering av vilkåret i samsvar med dette vedlegget.

#### **5. *Vilkår som er urimelig inngripende/byrdefulle og krever egen lovhjemmel***

Dette kan være vilkår om å flytte inn i leilighet som krever at tjenestemottaker må inngå en privat byrdefull leiekontrakt eller ta opp lån for å finansiere kjøp av boligen. Dette kan ikke settes som vilkår mot tjenestemottakers vilje.<sup>4</sup>

At personer ikke lenger kan ivareta egne privatrettlige plikter for eksempel må dekke kostnader til en kompetent hjelpeverge, kan også være urimelig byrdefullt for en tjenestemottaker.

### **4. Begrensninger i prøvingen av kommunens frie skjønn**

Når Fylkesmannen skal prøve rettsanvendelsen, må det stilles spørsmål om hvor grensene for kommunens styringsrett går. Kommunen må forholde seg til gjeldende rett ved utøvelse av sitt frie skjønn. Det frie skjønn kan kun prøves av Fylkesmannen der flytting framstår som åpenbart urimelig.

### **5. Utfall av prøvingen**

Fylkesmannen kan stadfeste eller omgjøre, helt eller delvis, kommunens vedtak. I det følgende drøftes rettslige grunnlag for at Fylkesmannen, ved omgjøring, kan oppheve eller endre vedtakene.

#### **Omgjøring av løpende vedtak**

Gjelder det påklagede vedtaket en omgjøring av et løpende vedtak om tjenester er omgjøringsretten, dvs. det nye vilkåret om flytting, mer begrenset, se veilederens hoveddel punkt 4.6.1 og 4.6.2.

#### **Omgjøring av nye vedtak**

Hvis Fylkesmannen finner at det er satt et ulovlig vilkår, er vilkåret ugyldig.

---

<sup>3</sup> Der annen lovgivning som har egne organer som skal ivareta at lovkravet håndheves.

<sup>4</sup> Jf. legalitetsprinsippet.

Der Fylkesmannen skal foreta en skjønnsvurdering av om vilkåret er åpenbart urimelig, må det foretas en vurdering og vekting mellom konsekvensene av flyttingen som taler *for* at klager skal få medhold og konsekvensene *mot* at kommunen kan gjennomføre flytting for å utøve tjenesten.

Det er viktig at foreligger gode begrunnelser med tilstrekkelig og pålitelig dokumentasjon.

Generell ressursknapphet er ikke tilstrekkelig for å gi kommunen medhold. Er imidlertid konsekvensene av vilkåret om flytting at kommunen kommer i en situasjon der de ikke kan yte tjenestemottakeren et forsvarlig tjenestetilbud pga. manglende personalressurser, veier det tungt for at vilkåret om flytting likevel opprettholdes.

## 6. Konsekvenser for vedtaket

Ugyldighet handler om hva slags feil som er gjort og hvilken betydning feilene kan ha hatt for vedtaket. Hvis et vedtak rammes av en ugyldighetsgrunn, blir ikke vedtaket alltid ugyldig i sin helhet av den grunn. Hovedregelen er at ugyldigheten ikke rekker lenger enn grunnen tilsier. Undertiden kan det være tvil om hvor langt ugyldighetsgrunnen rekker. Dette kan især være tilfelle når det dreier seg om feil som bare tillegges betydning hvis de kan ha virket inn på avgjørelsen.

I tilfellene der det er satt vilkår om flytting kan det bety at tjenestetilbudet i vedtaket er utformet på bakgrunn av at tjenestemottaker skal flytte. Dette taler for at vilkår som klageinstansen finner er ulovlige eller åpenbart urimelige, bør føre til at hele vedtaket oppheves. Kommunen gis da mulighet til å utrede saken og fatte nytt vedtak. Fylkesmannen må oppheve vedtaket og henvide til ny behandling. Klageinstansen må imidlertid fatte et vedtak som sikrer tjenestemottakeren et forsvarlig tjenestetilbud til et nytt vedtak er endelig. Se nærmere om dette i pkt. 3.4.3 i veilederens hoveddel (spesielt siste avsnitt).

I klagesaker der det klart kommer fram at vilkår om flytting er ulovlig, og at tjenesten som skal ytes omfattes av det minstenivå som klageren i alle fall har krav på, kan Fylkesmannen av hensyn til klagers forutsigbarhet foreta en delvis omgjøring av vedtaket, ved at vilkåret om flytting faller bort og vedtaket om tjenester blir stående.