

Helserett og saksbehandling – HVHES10118

Sensorveiledning helserett og saksbehandling 2021 – casedelen av eksamen.

Opgaven retter seg inn mot to hovedproblemstillinger innen norsk helserett. Reglene om utskrivning av ferdig behandlede pasienter, og reglene om rett til plass i sykehjem i den kommunale helse- og omsorgstjenesten. Begge delene stiller krav til å finne fram til relevant og riktige rettskilder og regelverk. Det legges hovedvekt på hvorvidt studenten kan benytte regelverket (mest mulig), juridisk korrekt i vurderingen av de underliggende problemstillingene i caset.

I den første hovedproblemstillingen er det snakk om betaling eller ikke for en pasient som er definert som utskrivningsklar av spesialisthelsetjenesten.

Regler om dette finnes i kommunens helse- og omsorgstjenestelov § 11-4 og i kapittel 6 om lovpålagte samarbeidsavtaler mellom kommuner og regionale helseforetak. Det er også gitt en forskrift om utskrivningsklare pasienter med hjemmel i

Forskrift om kommunal betaling for utskrivningsklare pasienter forskrift av 18.11.2011 nr. 1115.

Det er inngått en slik avtale mellom Sykehuset Østfold og kommunene i Østfold, som også regulerer disse forholdene. Med en rekke prosessuelle bestemmelser i retningslinjer og vedlegg.

<https://sykehuset-ostfold.no/helsefaglig/samhandling/samarbeidsavtaler-mellom-kommuner-og-sykehus>

Det vil være krevende å rydde seg frem i dette sammensatte regelverket når det gjelder prosessuelle krav. Det må forventes at studenten kan komme frem til relevante forskriftsbestemmelser og redegjør for de sentrale prinsipper etter forskriften. Systemet er enda mer detaljert i samarbeidsavtalen, og det vil være et pluss om studenten også håndterer dette rimelig korrekt. Faktum i oppgaven er heller ikke helt entydig, og derfor er det fint om studenten tar aktivt stilling til faktum når det er nødvendig. Det er regler i forskrift og avtaleverk om rettsvirkninger av meldinger osv.

Det er også lagt opp til at man drøfter det materielle spørsmålet om pasienten er utskrivningsklar eller ikke. Spørsmålet om legen gjorde rett når han skrev ut pasienten. Dette handler om hvorvidt det var forsvarlig å skrive pasienten ut rent faglig eller ikke. Her vil man kunne trekke inn blant annet kravet om faglig forsvarlighet i denne vurderingen. Hva man lander på spiller vel egentlig ikke så stor rolle, dette kan det være vanskelig også faglig å ha en mening om.

Den nasjonale tvisteløsningsnemnda for helse- og omsorgsektoren, som behandler tvister knyttet til samarbeidsavtalene, behandlet en slik sak i 2015, og konklusjonen der var at man anså intravenøs antibiotika behandling som spesialisthelsetjeneste og derfor ingen betalingsplikt for kommunen.

Det vil være en styrke for oppgaven dersom man også går aktivt inn i de materielle spørsmålene i første hovedproblemstilling.

Studenten bør aktivt ta stilling til hvorvidt det foreligger betalingsplikt for kommunen eller ikke. Hva studenten konkluderer med er ikke så avgjørende dersom argumentasjonen frem til resultatet er rimelig juridisk holdbart.

Den andre hovedproblemstillingen handler om plass i sykehjem.

Dette har også vært et sentralt helserettlig problem, og man fikk en rettighetsfesting av dette i 2017. Reglene har vært kritisert i juridisk teori, men dette er jo ikke tema her.

Her foreligger det altså nye lovbestemmelser og nye lovforarbeider som berører de tema som oppgaven reiser. Dette er også omhandlet i pensumlitteratur og i undervisningen.

Sentralt lovforarbeid foreligger i Prop. 99 L (2015-2016).

I denne delen av oppgaven er det et noe enklere rettskildebilde, og oppgaven formulerer også noen underproblemstillinger som man bør være innom og argumentere rundt.

Det er vel egentlig ikke tenkt at man skal gå langt inn i forvaltningslovens regler om enkeltvedtak, derfor er det formulert i oppgaven at vedtaket han fikk var juridisk formelt korrekt.

For øvrig handler oppgaven om pasienter rett til plass i sykehjem. Regler om dette finnes både i pasient- og brukerrettighetsloven § 2-1e, og i kommunens helse- og omsorgstjenestelov § 3-2a.

En første problemstilling er vel om de kunne fatte vedtak om avslag på plass i sykehjem, og plassering på venteliste, når han fylte vilkårene i den kommunale forskriften om rett til plass i sykehjem.

Rakkestad har en slik forskrift. <https://lovdata.no/dokument/LF/forskrift/2017-06-15-811>

Det er en styrke i oppgaven dersom man finner frem til denne forskriften.

Det kommunen gjør er det vel anledning til etter gjellende rett, men det forventes at studentene vurderer spørsmålet på en juridisk holdbar måte.

Det andre spørsmålet handler om Peder må akseptere at Marte kommer før ham i køen – selv om han har ventet lengre og er eldre. Svaret her vel også ja på dette spørsmålet, men det viktige er at studenten finner frem til relevante rettskilder som belyser denne problemstillingen.

Det siste spørsmålet handler om kommunen i en vanskelig situasjon kan tilby omsorgsbolig som et alternativ til sykehjem. Etter mitt syn må det være anledning til det, dersom omsorgsboligen kan sidestilles med kvaliteten på et sykehjem. Rettigheten er formulert som - Rett til opphold i sykehjem eller tilsvarende bolig særskilt tilrettelagt for heldøgns tjenester. Dette innebærer at kommunen kan velge. Studenten bør argumentere for hvorvidt Kveldssol er en slik bolig særskilt tilrettelagt for heldøgns tjenester (eller ikke).

Riktig bruk av rettskilder og riktig juridisk argumentasjon er som alltid sentralt også i denne vurderingen.

Sensorveiledning for oppgave 2 - teoridelen

Oppgaven lyder som følger:

Forklar hva som menes med rettsliggjøring av samfunnet, drøft om internasjonale menneskerettigheter bidrar til en slik rettsliggjøring og om det utgjør en trussel for demokratiet.

Definisjon av begrepet

De skal først forklare «*hva som menes med rettsliggjøring*». Det forventes ingen lang redegjørelse for hva rettsliggjøring betyr. Begrepet defineres enklest ved å henvise til Maktutredningen fra 2003 – NOU 2003: 19. Jeg har lagt til grunn denne definisjonen i undervisningen:

Rettsliggjøring innebærer at større områder og flere detaljer i samfunnslivet er regulert av lover og direktiver, at domstolers og andre rettslige institusjoners beslutningskompetanse øker på bekostning av politiske organer, og at interesser i økende grad blir formulert som rettskrav.

Jeg hentet den fra en tidligere forelesning jeg hatt om temaet og klarte av en eller annen grunn ikke å finne samme ordlyd i maktutredningen. Men det er nokså likt uansett. Det som står på side 30 er følgende:

Stadig flere områder og detaljer i samfunnslivet blir regulert gjennom lover og direktiver. Domstolene og andre rettslige organer øker sin beslutningskompetanse på bekostning av politikk og forvaltning. Rettsliggjøring innebærer at rettsorganene får økende betydning på bekostning av folkevalgt myndighet, og at skillet mellom lovgivning og lovanvendelse blir visket ut. Det norske rettsvesenet er også preget av en omfattende internasjonalisering, der EUs regelverk og internasjonale konvensjoner gjøres bindende for norsk lov (NOU 2003: 19, s. 30)

Alt dette henger egentlig sammen, men kjernen i det demokratiske problem er at folkevalgte organer taper terreng til domstoler og rettslige organer. Nils Christie har i en annen sammenheng brukt begrepet rettsliggjøring om det han kaller for konfliktyveri, om hvordan en sak kan bli rettsliggjort og på den måten reduseres et komplisert og viktig politisk tema til et spørsmål om lovlighet eller ikke. Det er ikke den definisjonen vi er ute etter her, men om studentene nevner det som en digresjon er det jo bare en bonus.

Menneskerettigheter og rettsliggjøring

Så skal de drøfte «om internasjonale menneskerettigheter bidrar til en slik rettsliggjøring». Helserettigheter er sosial-økonomiske rettigheter. Det innebærer at staten må aktivt sørge for at det fins tilgjengelige sykehus, helsepersonell, utstyr og økonomiske ressurser. Til forskjell fra sivile og politiske rettigheter som ytringsfrihet, religionsfrihet, forbud mot tortur og lignende der det handler mer om hva staten ikke skal forhindre deg eller ikke gjøre mot deg som individ. Sosial-økonomiske rettigheter innebærer i større grad at staten er som en stor mor som tar seg av deg som individ og hjelper deg når du blant annet er syk.

Tradisjonelt har det vært et skille mellom sosial-økonomiske og sivile og politiske rettigheter. Det er bare i de siste årene internasjonale sosial-økonomiske rettigheter har begynt å få status som

folkerettslige juridiske rettigheter. Slike rettigheter har i lang tid blitt betraktet mer som politiske målsettinger enn juridiske forpliktelser. I de siste årene har bildet likevel begynt å endre seg. FNs komité for sosiale, økonomiske og kulturelle rettigheter og andre lignende komitéer som FNs barnekomité, har i likhet med FNs menneskerettighetskomité fått kompetanse til å behandle individklager. Stortingsflertallet har derimot satt på bremsene og så langt nektet å ratifisere protokollene som gir disse komitéene kompetanse til å behandle individklager.¹

Det har nok sammenheng med at sosial-økonomiske rettigheter ofte er nokså vagt formulert og gir stort rom for tolkning. I tillegg er det slik at internasjonale menneskerettigheter generelt er nedfelt i konvensjoner som er svært vanskelig å endre på. Det er i praksis umulig å endre på ordlyden i konvensjonene.

Samtidig er det slik at forarbeider bare er et supplement til tolkningen av traktater, jf. Wienkonvensjonen om traktatrett art. 32. Det er ordlyden slik den forstås i lys av dagens kontekst og formålet med konvensjon som er viktigst, jf art. 31. Konteksten forandrer seg og det er opp til traktatorganene og domstolene og tolke ordlyden i tråd med konteksten og formålet. Formålet med konvensjonen og ordlyden er ofte vag og prinsipiell, særlig når det gjelder sosial-økonomiske rettigheter.

Det gir internasjonale traktatorganer om domstoler, som den Europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD) stort rom for skjønn. Man snakker om såkalt dynamisk tolkning. Det innebærer at domstolene, basert på samfunnsutviklingen og konsensus blant statene, tolker konvensjonene som levende instrumenter.

Nå kan man si at alle domstoler har et visst rom for skjønn og domstoler er også rettsskapende i den forstand at beslutningene skaper presedens. Høyesterett dømmer i siste instans (jf. Grunnloven § 88) og bestemmer i så måte hva loven til syvende og sist er. Etter Grunnloven § 89 har domstolen også «rett og plikt til å prøve om lover og andre beslutninger truffet av statens myndigheter strider mot Grunnloven». Det vil si at domstolen kan overprøve Stortinget, særlig i menneskerettsspørsmål.² Grunnloven er også vanskelig å endre og ordlyden er prinsipiell. Det utvider rommet for skjønn. Slike grunnlovssaker kan derfor være svært kontroversielle og man kan si at domstolen i slike saker har en større politisk rolle enn i andre saker. I mange land har man egne forfatningsdomstoler, blant annet for å skjerme de andre domstolene fra den politiske slagsiden som følger av slike avgjørelser.

Internasjonale konvensjoner fungerer litt på samme måte som en grunnlov. De er vanskelig å endre, det er overordnede prinsipper og de konvensjonene som er inkorporert i menneskerettsloven har forrang framfor annen norsk lov. Dermed kan man si at domstolene også gjennom internasjonale menneskerettighetskonvensjoner får betydelig politisk makt. Det gjelder særlig i forhold til økonomiske og sosiale rettigheter, som handler om hva staten bør gjøre og prioritere.

Rettsliggjøring i denne sammenheng handler om at domstolene får mer politisk makt på bekostning av folkevalgte organer. Jeg har lagt mest vekt på denne sammenhengen i undervisningen og det er det som er viktigst i denne sammenheng.

Jeg er usikker på hvor mye som kan forventes av studentene i forhold til å ha forstått disse sammenhengene. De beste studentene vil kunne forklare dette noenlunde greit, men jeg tror flertallet

¹ Stortingets vedtak 454, 31. jan. 2017; Se også NIMs årsmelding, Dokument 6 (2020–2021), under avsnittet om «Individklager mot Norge: <https://www.nhri.no/arsmelding/arsmelding2020/?showall=true&print=true#fns-overvaksningsorganer-og-norge-en-historisk-oversikt>

² I Rt-1976-1 P (Kløfta) på s. 6-7 uttalte Høyesterett at «grunnlovens gjennomslagskraft» ved tolkingen av «enkeltmenneskets personlige frihet eller sikkerhet» er «betydelig». Dette er senere blitt strammet inn. I Rt-2010-1445, avsnitt 91 uttaler Høyesteretts flertall at Stortingets syn ved tolkingen av ytringsfriheten «vanskelig [vil] kunne tillegges vekt». Se Skoghøy, Jens Edvin A (2017) «Høyesterett som politisk organ». Det nordiske administrative forbund: https://lovdata.no/pro/#document/JUS/skoghoy-je-2017-01/KAPITTEL_3

vil begrense seg til å nevne noe om dynamisk tolkning uten at de helt vil kunne forklare hvorfor dynamisk tolkning oppstår. De aller beste studentene vil klare å forstå sammenhengene.

Demokratisk problem

Til slutt skal studentene drøfte om en eventuell rettsliggjøring «utgjør en trussel for demokratiet». Her er det mange temaer man kan ta tak i. Man kan spørre seg om utviklingen er et villet valg fra lovgiver og sånn sett basert på demokratiske beslutninger. At menneskerettigheter innebærer at statlige myndigheter avgir og frasier seg makt i sentrale rettighetsspørsmål er nettopp et sentralt poeng med menneskerettighetene. Menneskerettigheter sikrer mindretallet noen grunnleggende rettigheter og beskytter dem mot maktovergrep fra flertallet. Som et svar på Maktutredningen skrev regjeringen i 2005, ved Statsministerens kontor, at:

Det er et grunnleggende demokratisk utgangspunkt at hvert enkelt individ har visse rettigheter som ikke noe flertall skal kunne frata vedkommende. Prinsippet om flertallsavgjørelser som byggesteinen i et demokrati må derfor modereres både i retning av å sikre samfunnet mot at permanente mindretall oppstår, og at alle individer sikres et sett grunnleggende rettigheter. Videre vil en sentral utfordring for et demokratisk system være hensynet til senere generasjoner.³

På den annen side kan man argumentere for at staten ikke helt har skjønt rekkevidden av de valg som er tatt og at det å gi dommere, en elite i samfunnet, så stor makt, ikke nødvendigvis er i tråd med folkets vilje. Den første forelesningen jeg hadde for studentene het «Veien til helvete er brolagt med gode intensjoner». Her trakk jeg fram dette sitatet fra Hans Georg Gadamer:

Is not, rather, all human existence, even the freest, limited and qualified in various ways? If this is true, the idea of an absolute reason is not a possibility for historical humanity. Reason exist for us only in concrete, historical terms – i.e., it is not its own master but remains constantly dependent on the given circumstances in which it operates.⁴

Det kan være relevant å reflektere over hvor nøytrale dommere er. Finnes det noen som har en objektiv rasjonalitet. Hva er så demokratisk ved å overlate større deler av styringen av samfunnet til teknokrater?

Så kan det argumenteres for at en rekke menneskerettigheter er en forutsetning for demokratiet. Retten til å stemme ved valg er helt åpenbart en slik rettighet, ytringsfrihet og organisasjonsfrihet likeså. I tillegg kan man argumentere for at grunnleggende sosial-økonomiske rettigheter også er en forutsetning for reell deltagelse i valg. Syke og sultne mennesker som fryser og ikke har fått noen utdanning har nok med å overleve. I et slikt samfunn blir politisk deltagelse fort et privilegium for de rike.

Under dette punkt er det mange vinklinger. Jeg har bare nevnt et par. Det er ikke nødvendig at studentene ser akkurat det samme som jeg her har nevnt. Det er begrenset med plass. Her vil de beste studentene utpeke seg med reflekterte og nyanserte drøftelser av ulike dilemmaer knyttet til hva et demokrati er og hvilke forutsetninger som ligger til grunn for det.

³ St.meld. nr. 17 (2004–2005), punkt 2.3.3, side 22

⁴ Hans Georg Gadamer (2004) *Truth and Method*. Bloomsbury, s. 276.