

# **Rettighetslovgivningen som begrensning på det kommunale selvstyret**

Med eksempler fra helse- og sosiallovgivningen

Kandidatnummer: 303

Veileder: Knut Bakkevig

Leveringsfrist: 25.04.07

Til sammen 17 973 ord

17.04.2007

# Innholdsfortegnelse

<b><u>1</u></b>	<b><u>INNLEDNING</u></b>	<b><u>1</u></b>
1.1	Presentasjon av tema og problemstilling	1
1.2	Avgrensing	2
1.3	Metode	3
1.4	Rettskilder	3
1.5	Den videre disposisjonen	5
<b><u>2</u></b>	<b><u>KOMMUNALT SELVSTYRE</u></b>	<b><u>7</u></b>
2.1	Definisjon	7
2.2	Historikk	7
2.3	Rettslig grunnlag	7
2.4	Begrunnelse og hensyn	10
<b><u>3</u></b>	<b><u>RETTIGHETSLOVGIVNINGEN</u></b>	<b><u>12</u></b>
3.1	Definisjon	12
3.2	Historikk	12
3.3	Rettslig grunnlag	13
3.4	Begrunnelse og hensyn	13
<b><u>4</u></b>	<b><u>KOMMUNEHELSE TJENESTELOVEN § 2-1</u></b>	<b><u>15</u></b>

<b>4.1</b>	<b>Innledning</b>	<b>15</b>
<b>4.2</b>	<b>Pliktsubjekt</b>	<b>15</b>
<b>4.3</b>	<b>Rettighetshaver</b>	<b>15</b>
<b>4.4</b>	<b>Vilkår for hjelp</b>	<b>16</b>
<b><u>5</u></b>	<b><u>SOSIALTJENESTELOVEN § 4-3</u></b>	<b><u>18</u></b>
<b>5.1</b>	<b>Innledning</b>	<b>18</b>
<b>5.2</b>	<b>Rettighetshaver</b>	<b>19</b>
<b>5.3</b>	<b>Pliktsubjekt</b>	<b>19</b>
<b>5.4</b>	<b>Vilkår for hjelp</b>	<b>20</b>
<b><u>6</u></b>	<b><u>KOMMUNENES HANDLEFRIHET INNENFOR RAMMENE AV RETTIGHETSLOVGIVNINGEN</u></b>	<b><u>21</u></b>
<b>6.1</b>	<b>Innledning</b>	<b>21</b>
<b>6.2</b>	<b>Bestemmelsenens ordlyd</b>	<b>22</b>
<b>6.3</b>	<b>Lovens forarbeider</b>	<b>22</b>
6.3.1	Medisinsk forsvarlig standard	23
6.3.2	Minstestandard	24
6.3.3	Forarbeidene til sotjl. § 4-3	28
6.3.4	Generelle bemerkninger	29
<b>6.4</b>	<b>Rettspraksis</b>	<b>30</b>
<b>6.5</b>	<b>Andre faktorer som kan påvirke kommunenes handlefrihet</b>	<b>36</b>
6.5.1	Forskrift	36
6.5.2	Etterarbeider	37
6.5.3	Andre styringsverktøy	38
6.5.4	Ny lovgivning	39

<b>6.6</b>	<b>Ytelsenes innhold</b>	<b>40</b>
6.6.1	Art	40
6.6.2	Omfang	41
6.6.3	Kvalitet	42
<b>7</b>	<b><u>RETTSSIKKERHETSGARANTIER SOM BEGRENSNING PÅ DET KOMMUNALE SELVSTYRET</u></b>	<b>43</b>
<b>7.1</b>	<b>Innledning</b>	<b>43</b>
<b>7.2</b>	<b>Saksbehandling</b>	<b>44</b>
7.2.1	Saksbehandlingsregler etter khl. § 2-1	44
7.2.2	Saksbehandlingsregler etter sotjl. § 4-3	47
<b>7.3</b>	<b>Klage</b>	<b>48</b>
7.3.1	Klage etter khl. § 2-1	48
7.3.2	Klage etter sotjl. § 4-3	50
7.3.3	Ny lovgivning sitt syn på klageinstituttet	52
7.3.4	Generelt om klageinstituttet med henblikk på det kommunale selvstyre	53
<b>7.4</b>	<b>Kontroll og tilsyn</b>	<b>54</b>
7.4.1	Statlig tilsyn	54
<b>7.5</b>	<b>Sivilombudsmannen</b>	<b>56</b>
7.5.1	Sivilombudsmannens kompetanse	56
<b>7.6</b>	<b>Domstolskontroll</b>	<b>56</b>
7.6.1	Hvem har søksmålskompetanse	57
7.6.2	Domstolens kompetanse	58
<b>8</b>	<b><u>KOMPARATIV RETT</u></b>	<b>60</b>
<b>8.1</b>	<b>Innledning</b>	<b>60</b>
<b>8.2</b>	<b>Svensk og dansk sosial- og helserett</b>	<b>60</b>

<b>9</b>	<b><u>ER RETTIGHETSLOVGIVNINGEN OG KOMMUNALT SELVSTYRE</u></b>	
	<b><u>FORENELIGE STØRRELSER</u></b>	<b>62</b>
<b>9.1</b>	<b>Innledning</b>	<b>62</b>
<b>9.2</b>	<b>Hverdagen for de to prinsippene</b>	<b>63</b>
<b>9.3</b>	<b>Lovgivningens avveining</b>	<b>65</b>
<b>10</b>	<b><u>LITTERATURLISTE</u></b>	<b>67</b>
<b>10.1</b>	<b>Bøker</b>	<b>67</b>
<b>10.2</b>	<b>Artikler</b>	<b>67</b>
<b>10.3</b>	<b>Forarbeider og andre offentlig dokumenter</b>	<b>68</b>
<b>10.4</b>	<b>Rettspraksis</b>	<b>69</b>
10.4.1	Høyesterett	69
10.4.2	Lagmannsrett	69
10.4.3	Tingrett	69
<b>10.5</b>	<b>Lovregister</b>	<b>69</b>
<b>10.6</b>	<b>Annet</b>	<b>70</b>
<b>10.7</b>	<b>Nettsider</b>	<b>70</b>

## 1 Innledning

### 1.1 Presentasjon av tema og problemstilling

Avhandlingen har til hensikt å vurdere kommunenes handlefrihet innenfor rammene av bestemmelser i rettighetslovgivningen. Det kommunale selvstyret har lange tradisjoner i norsk rett, og fremstillingen har til siktemål å analysere hvordan lovgiver har håndtert dette opp mot at kommunene skal yte de tjenestene borgerne har rettskrav på etter rettighetslovgivningen. Har lovgiver tatt tilstrekkelige forbehold for lokale prioriteringer og handlefrihet ved vedtagelsen av rettighetslovgivningen?

Hver høst i forbindelse med vedtagelse av statsbudsjett og kommunebudsjetter hører man om at kommunene trenger mer penger, i samme åndedrag blir det ofte hevdet fra lokalpolitikere at staten ikke bevilger tilstrekkelige midler til at man kan utføre de oppgaver lovgiver har pålagt dem. Enkelte hevder de sitter og styrer som lokale gisler, uten mulighet til å kunne påvirke politikken innhold, da det meste av budsjettet er båndlagt før budsjettbehandlingen i kommunene starter. Er det reelt at lokalpolitikere har mistet mye av sin makt etter at rettighetslovgivningen så dagens lys innenfor kommunesektoren?

Med denne problemstillingen ønsker jeg å belyse de rettslige konsekvensene som oppstår i kjølvannet av å ha et kommunalt selvstyre, samtidig som lovgiver har vedtatt omfattende rettighetslovgivning. Rettighetslovgivningen gir innbyggerne rettskrav på ytelser, dersom de oppfyller lovens vilkår. Lovregler som pålegger kommunene oppgaver som innebærer begrensninger i en kommunenes valgfrihet, vil bli sett på som et inngrep i lokaldemokratiet. Det blir således naturlig å se på kommunenes handlingsrom, herunder hvor langt en kommune kan beskjære en ytelse før rettighetslovgivningen er krenket?

Som følge av innføringen av rettighetslovgivningen har lovgiver tatt inn noen rettssikkerhetsgarantier som skal sikre en forsvarlig tildeling av ytelser. Disse garantiene kan problematisere forholdet mellom de to prinsippene, ved at en avgjørelse truffet av kommunal myndighet kan bli overprøvd av et eksternt organ, samt at lovgiver stiller krav til de prosesser som er forut for at vedtaket ble til.

Har lovgiver funnet en egnet avveining mellom disse to, godt forankrede prinsippene i norsk rett?

## 1.2 Avgrensing

I problemstillingen har jeg sagt at fremstillingen skal illustreres i lys av ”helse- og sosiallovgivningen”. Det er to bestemmelser jeg da vil benytte, henholdsvis kommunehelsetjenesteloven § 2-1 og sosialtjenesteloven § 4-3. Grunnen til at jeg avgrenser mot disse to bestemmelsene er at de gir et svært godt bilde av kjernen problematikken. Bestemmelsene gir også rom for spennende juridiske resonnementer på grunnlag av flere typer rettskilder.

Bakgrunnen for å velge bestemmelser innenfor helse- og sosiallovgivningen er at det her finnes lovhjemler med sterkt rettighetspreg. Men det er ikke de eneste rettsområdene som kan komme i konflikt med det kommunale selvstyret, typisk er lovverket innenfor opplæring og undervisning en begrensning, ved at borgerne får klare rettskrav på ytelser.

Når jeg i fremstillingen benytter begrepet kommune og kommunalt selvstyre, dreier det seg om primærkommunenens handlingsrom. Fylkeskommunen velger jeg å holde utenfor, fordi deres befatning med rettighetslovgivningen på helse- og sosialområdet ikke er reell, samt at fylkeskommunens fremtid i disse dager er høyst usikker.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Basert blant annet på St.meld. nr. 12 (2006-07)

### 1.3 Metode

Jeg vil i denne fremstillingen ta for meg de ulike problemstillingene fra en juridisk innfallsvinkel. Med dette mener jeg juridisk metode i tradisjonell forstand.<sup>2</sup> I dette ligger det at man må vurdere å behandle de tradisjonelle rettskildene for å belyse de ulike problemstillingene og innholdet i gjeldende rett.

### 1.4 Rettskilder

Som nevnt i 1.3 bygger fremstillingen på juridisk metode i tradisjonell forstand. Jeg vil her gi en generell innføring i de mest aktuelle rettskildefaktorene, mens mer spesifikke avveininger vil bli behandlet forløpende i fremstillingen.

Det eksisterer en tradisjon for hvilket materiale jurister pleier å bygge sine standpunkter på, og for hvor stor vekt de tillegger forskjellige typer materiale. Kjønstad skriver at den alminnelige rettskildelæren kan fortone seg noe annerledes innen helseretten, da den allmenne læren er utformet med sikte på den tradisjonelle rettsstatens regler, ikke med sikte på velferdsstatens regler som helse- og sosialretten er en del av.<sup>3</sup>

Lover og lovtekst er i prinsippet den viktigste rettskildefaktoren, og danner grunnlaget for den tolkning som må legges til grunn for å finne innholdet i bestemmelsen. Øverst troner Grunnloven, som inneholder regler av høyere rang enn den øvrige lovgivningen, Grunnloven er lex superior. Med lovtekst menes den tekst som er vedtatt av odelsting og lagting, sanksjonert av Kongen, og kunngjort i Norsk Lovtidend.<sup>4</sup>

Forskrifter er også en aktuell rettskildefaktor å anvende i denne fremstillingen. Forskrifter gis med hjemmel i lov og blir gitt for å utfylle et regelverk, slik at deres rettskildemessige verdi i praksis vil være stor. Så lenge forskriften ligger innenfor de fullmakter loven gir, er de like bindende som loven selv.

---

<sup>2</sup> Ehoff, Rettskildelære, s. 18

<sup>3</sup> Kjønstad, Helserett, s. 52

<sup>4</sup> Andenæs, Rettskildelære, s. 15



Når det gjelder internasjonale rettskilder er dette aktuelt i forhold til problemstillingen, særlig med tanke på at Norge har ratifisert Europisk Charter om lokalt selvstyre.<sup>5</sup> I tillegg har Norge andre internasjonale forpliktelser som har stor betydning og er å anse som en del av norsk rett, eksempelvis den Europeiske menneskerettighetskonvensjon og FN-konvensjonene.

Forarbeider er de saksdokumenter som ligger til grunn for vedtaket av loven i Stortinget, og blir av mange karakterisert som motivene for loven. Disse saksdokumentene<sup>6</sup> består gjerne av en utredning fra en sakkyndig komitè, normalt inntatt i Norges Offentlige Utredninger, NOU. Videre utarbeides det en odelstingsproposisjon av det aktuelle departement som blir fremlagt i statsråd, som vedtar å fremme den for odelstinget. Så tar den enkelte fagkomitè i Stortinget og fremmer en innstilling for odelstinget.<sup>7</sup> Deretter blir det forhandlinger og beslutninger i henholdsvis odelsting og lagting. Den tradisjonelle læren om forarbeidens rettskildeværdi tilsier at dess nærmere man kommer det endelige lovvedtaket, dess større rettskildeværdi har forarbeidene. Illustrert ved at en odelstingsproposisjon har større rettskildemessig verdi enn en NOU-utredning.

Forarbeidene er velegnet for å finne lovgivers mening med bestemmelsenes innhold. Men det har vært reist betydelig kritikk mot å legge for stor vekt på forarbeider, da de som oftest er utarbeidet av et embetsverk som mangler politisk forankring, herunder at de ikke fatter de lovgivende beslutningene. Kritikken går på at det er mer riktig ved anvendelse av forarbeidene å legge vekt på politiske vurderinger og synspunkter. Etterarbeider, uttalelser lovgiver kommer med etter at loven er vedtatt, er også blitt mer vanlig, og er en rettskildefaktor som må tillegges vekt.

---

<sup>5</sup> Avtalen trådte i kraft for Norge 1. sept. 1989

<sup>6</sup> Grunnlovsforslag kommer sjelden fra regjeringen, de fremsettes av den enkelte stortingsrepresentant

<sup>7</sup> Andenæs, Rettskildelære, s. 24

Det foreligger rettspraksis som omhandler håndteringen av rettskravene i henholdsvis kommunehelsetjenesteloven og sosialtjenesteloven, og deres forhold til det kommunale selvstyret. Høyesterett sine avgjørelser vil være de som har størst rettskildemessig betydning, men også underrettsavgjørelser fra tingretter og lagmannsretter kan tillegges vekt, å benyttes som veiledende momenter, så lenge de ikke strider mot Høyesteretts avgjørelser. Hvis Høyesterett har tolket en lov på en bestemt måte, vil denne tolkningen nesten alltid bli lagt til grunn neste gang en tilsvarende sak kommer for domstolene.

Forvaltningspraksis vil også være en relevant rettskildefaktor. Herunder hvordan kommunene anvender de ulike rettsreglene. Rundskriv og andre veiledninger vil typisk være relevante her.

Innenfor helse- og sosialretten, samt kommunalretten, har det blitt drevet omfattende juridisk forskning de siste tiårene. Denne forskningen blir ofte publisert i juridisk litteratur og tar tak de rettskildene som finnes på området, og gir veiledning på hvordan konkrete problemstillinger skal løses. Hvor stor vekt man skal legge på denne rettskildefaktoren vil variere, og må vurderes konkret for hvert enkelt tilfelle.

Reelle hensyn og rimelighetsbetraktninger vil ha betydning for hvordan situasjoner blir løst ved konflikt mellom det kommunale selvstyret og rettighetslovgivningen. I de fleste tilfeller er alle parter interessert i å finne frem til rimelige løsninger for alle involverte. Innenfor dette fagområdet har man med enkeltmennesker og gjøre, og reelle hensyn vil da kunne spille inn for å komme frem til et rimelig resultat, så lenge det kan begrunnes med saklig argumentasjon.<sup>8</sup>

## 1.5 Den videre disposisjonen

Jeg vil først gi en generell innføring i hva som ligger i de to prinsippene, kommunalt selvstyre og rettighetslovgivning. Videre vil jeg gi en kort redegjørelse av de to

---

<sup>8</sup> Eckhoff, Rettskildelære, s. 372

rettighetsbestemmelsene jeg har valgt, som skal belyse problemstillingen, henholdsvis khl. § 2-1 og sotjl. § 4-3.

Deretter er det naturlig å vurdere handlingsrommet kommunene har innenfor rammene av de aktuelle bestemmelsene. I denne vurderingen vil det bli gitt en redegjørelse for de ulike rettskildedefaktorenes håndtering av problematikken, og deres rettskildemessige verdi.

I den neste delen vil jeg behandle de ulike rettssikkerhetsgarantiene som følger med rettighetslovgivningen, og se på hvordan disse stiller seg i forhold til det kommunale selvstyret. Deretter er det naturlig å gi en kort fremstilling av komparativ rett, jeg har da valg å se på hvordan den svenske og danske helse- og sosiallovgivningen er utformet med tanke på at de også anerkjenner et kommunalt selvstyre, og eventuelt påpeke forskjeller landene imellom.

Avslutningsvis vil jeg komme med en prinsipiell drøftelse om hvorvidt kommunalt selvstyre og rettighetslovgivningen er forenlige størrelser.

## 2 Kommunalt selvstyre

### 2.1 Definisjon

Skal man forsøke å definere hva som ligger i det kommunale selvstyret, kan kjernen i begrepet forstås som: en kommunes evne til å treffe beslutninger, uten statlig innblanding.

Hver og en av Norges 431 kommuner<sup>9</sup> har en viss handlefrihet og et bestemt område som de kan utøve sin kompetanse innenfor. I norsk rett har vi en negativ avgrensning av kommunenes kompetanse, med dette menes at kommunen har myndighet til å handle (treffe vedtak) med mindre lovgivningen regulerer spørsmålet på en annen måte.

Kommunene er egne rettssubjekter, og har som utgangspunkt den samme evnen som private borgere til å påta seg forpliktelser og erverve rettigheter.

### 2.2 Historikk

Kommunalt selvstyre er et begrep med lange tradisjoner i det norske rettssystemet. Det kom inn i det rettslige bilde ved vedtagelsen av formannskapslovene i 1837. Med disse lovene ga Stortinget fra seg myndighet på enkelte områder, for at avgjørelser skulle bli truffet nærmere innbyggerne. Vedtagelsen av lovene vakte stor uenighet i Stortinget. Bondestanden var forkjemperen for å innføre lovene, i motsetning til de konservative kreftene som var skeptiske og tilbakeholdende med å gi fra seg makt. Lignende diskusjoner ser vi også i dag, på tross av at man har akseptert at det forligger et kommunalt selvstyre, er det debatt og ulike synspunkter på hvor langt det kommunale selvstyret rekker.

### 2.3 Rettslig grunnlag

Det har vært betydelige diskusjoner om det rettslige grunnlaget for det kommunale selvstyret. Prinsippet har ikke hjemmel i Grunnloven, slik enkelte stortingsrepresentanter

---

<sup>9</sup> SSB per 1. jan 2006

og partier har fremmet forslag om. Norge har derimot vedtatt og ratifisert ”Europeisk Charter om lokalt selvstyre”, som trådte i kraft for Norge 1. september 1989.<sup>10</sup> Etter art. 1 skal prinsippet om lokalt selvstyre anerkjennes i nasjonal lovgivning, og grunnlov der dette lar seg gjennomføre.

Når det gjelder Charterets rettslige betydning ble det avsagt en dom av Høyesterett 15.02.07. Dommen tar opp flere aktuelle problemstillinger, men jeg vil her behandle spørsmålet om Charterets vekt i forhold til nasjonal lovgivning. Som Høyesterett presiserer bygger det norske rettssystemet på et dualistisk prinsipp i forhold til våre folkerettslige forpliktelser. Presumsjonsprinsippet blir vanligvis benyttet for å harmonisere nasjonal lovgivning med internasjonale forpliktelser. I dette tilfellet uttalte Høyesterett at Charterets art. 10, om at kommunene skal gis adgang til judisiell overprøving for å sikre sin frie utøvelse av myndighet, må stå tilbake for sotjl. § 10-3, så lenge det er snakk om å beskytte offentlige interesser og ikke private.

Den prinsipielle uttalelsen til Høyesterett var: ”Vår sak gjelder ikke et tilfelle hvor konvensjonen gir « borgerne beskyttelse mot inngrep fra det offentlige », og hvor presumsjonsprinsippet forutsettes å ha stor gjennomslagskraft. Tvert om er det, som nevnt, tale om et rettsområde hvor staten gir den enkelte kommune betydelige økonomiske tilskudd, og hvor den beskjedne adgangen til å få overprøvd fylkesmannens vedtak begrunnes i at staten har funnet det riktig å regulere tvisteløsningen mellom kommunene for å forhindre betydelige saksomkostninger - noe som også ble fremhevet av flertallet i sosialkomiteen da Dok.nr. 8: 78 (2003-2004) ble behandlet i Innst.O.nr.23 (2004-2005).” Sotjl. § 10-3 bestemmer at Fylkesmannen er siste instans for behandling av tvister mellom kommuner. Synet til Høyesterett om å tilsidesette Charteret baserer førstvoterende på den såkalte Finnanger II-dommen<sup>11</sup>. Dette betyr at i de tilfeller hvor det er motstrid mellom nasjonal lovgivning og Charteret, vil Charteret måtte stå tilbake for norsk rett.

---

<sup>10</sup> St.prop. nr. 19 (1988-89), Innst.S. nr. 110 (1988-89), St.vedtak av 6. april 1989

<sup>11</sup> Rt. 2000 s. 1811

Eivind Smith har i en artikkel<sup>12</sup> uttalt at man gjennom kommuneloven § 1 kan, dog noe uklart, utlede en viss form for kommunalt selvstyre i lovs form. Koml. § 1 er lovens formålsbestemmelse og formulert slik at mye kan innfortolkes innunder den. Forarbeidene sier hensynet til lokaldemokratiet ligger til grunn for bestemmelsen, dette styrker teorien om at det kan innfortolkes et kommunalt selvstyre i bestemmelsen.<sup>13</sup> Men noen klar presisering av prinsippet kan det ikke sies å være.

En problemstilling som har vært debattert er om ikke et prinsipp som kan spores tilbake til 1837, og er så godt innarbeidet i norsk rett, må falle innunder betegnelsen ”konstitusjonell sedvanerett”. Oslo byrett avsa i 1995 en dom<sup>14</sup> hvor de slår fast at prinsippet ikke har slik rang. Dette standpunktet begrunnet de med at selvstyre ikke går lengre enn det som til enhver tid følger av lovgivningen, og at staten fortsatt styrer kommunenes virksomhet på en rekke områder, dels gjennom formell lov, men vel så mye gjennom bevilgninger og forskrifter. Dette er argumenter som taler mot at det kommunale selvstyret er å regne som konstitusjonell sedvane.

Videre blir det uttalt i dommen at hvor langt det kommunale selvstyret rekker er avhengig av lovbestemmelsen, samt hvor kvalifisert hjemmelen for inngrepet i selvstyre er. Men byretten uttaler at det kommunale selvstyret ble styrket da kommunenes inntektssystem gikk bort fra øremerking og over til rammetilskudd.

Det må her bemerkes at dette er en underrettsdom, men det gir en viss indikasjon på rettstilstanden. Høyesterett har ikke avsagt noen dommer hvor de sier noe om det kommunale selvstyrets rettslig grunnlag, bare at det eksisterer.<sup>15</sup>

Et vesentlig argument mot at prinsippet skulle være å oppfatte som konstitusjonell sedvane i tillegg til det Oslo byrett anførte, er at den lovgivende forsamling er uenig om grensene for prinsippet.

---

<sup>12</sup> Smith, Lov og Rett nr. 1 2003 s. 6

<sup>13</sup> Ot.prop. nr. 42 (1991-92)

<sup>14</sup> Oslo byrett, 23. mai 1995, sak nr. 94-4395 A/75

<sup>15</sup> Rt. 1990 s. 874

Det må etter dette slås fast at prinsippet om kommunalt selvstyre ikke har noen selvstendig plass verken i kommuneloven eller Grunnloven. Muligens kan prinsippet innfortolkes i kommuneloven men dette er ikke sikker rett. Men på tross av mangel av klar lovhjemmel er prinsippet godt forankret. Som en følge av dette må kommunene innrette sin virksomhet og myndighetsutøvelse innenfor den lovgivning som til enhver tid gjelder, og det er klart at prinsippet kan fravikes ved lov. Lovgiver må derfor gjennom lovgivningsprosessen foreta en avveining mellom hensynet til kommunalt selvstyre og andre eventuelle motstridende hensyn. Kommunene kan ikke på berøpe seg et særskilt rettslig grunnlag for å fravike rettighetslovgivningen, med mindre en slik fraskrivelse kan innfortolkes i de aktuelle bestemmelsene.

## 2.4 Begrunnelse og hensyn

Den historiske begrunnelsen for innføringen av det kommunale selvstyret kom som et opprør fra bondeopposisjonen på Stortinget i forkant av vedtagelsen av formannskapslovene i 1837. Det kommunale selvstyret ble innført for å sikre lekmannsinnflytelsen, dette møtte stor motstand hos embetsmannsstanden, som hadde liten tiltro til at allmuen var i stand til å styre.

Prinsippet er et uttrykk for et nærhetsprinsipp. Lovgiver har et ønske om at enkelte avgjørelser bør treffes nærmest mulig brukeren. På den måten kan kommunen som vedtaksmyndighet legge vekt på lokale forhold og den innsikt de har gjennom å være en del av lokalsamfunnet.

Velgerne, som hvert 4. år avlegger stemme ved kommunevalgene har selv innflytelse på hvem som skal bestemme, gjennom dette blir de valgte representantene ansvarliggjort for sine handlinger og prioriteringer. Demokratihensyn tilsier at disse folkevalgte må kunne utøve et visst politisk skjønn.

Hensynet til rasjonell organisering og effektiv arbeidsfordeling i statshierarkiet er selvsagt en viktig begrunnelse. Staten, i form av departementene, har selvsagt ikke kapasitet til å

treffe avgjørelser i alle lokale spørsmål. Dersom dette skulle vært tilfellet ville man ikke fått gode løsninger og ikke minst mistet forståelsen for de løsningene man valgte, i motsetning til det som kan være tilfelle når avgjørelsen blir truffet av et lokalt organ. Det kan være viktig å huske at selv om avgjørelsen er materielt riktig, er det ikke sikkert at den er god etter lokale forhold, dette forsøkes avhjelpest gjennom lokalt selvstyre.



### 3 Rettighetslovgivningen

#### 3.1 Definisjon

Vi snakker om rettighetslovgivning i de tilfeller hvor innbyggerne får et rettskrav på en ytelse, dersom de oppfyller lovens vilkår. Med dette menes at en kommune ikke kan avskjære en innbyggers behov for en tjeneste, på grunnlag av andre prioriteringer.

Rettighetslovgivningen knytter seg først og fremst til velferdssektoren, og kommunene er i de fleste tilfeller å regne som pliktsubjekt. Særlovsbestemmelsene<sup>16</sup> inneholder i første rekke krav til innholdet i den kommunale virksomheten. Det er tale om bestemmelser som pålegger kommunene ansvaret for bestemte oppgaver og mer eller mindre presise forpliktelser med hensyn til hvordan disse løses.<sup>17</sup>

#### 3.2 Historikk

Enkelte deler av velferdsretten har vært favnet av rettighetslovgivningen svært lenge.

Trygdellovgivningen har fra slutten av 1800-tallet basert seg på en slik utforming av lovverket.<sup>18</sup> Innenfor kommunesektoren kom rettighetstenkningen relativt sent.<sup>19</sup>

Kommunehelsetjenesteloven ble banebrytende innenfor helselovgivningen, da den ga kommunene plikt til å yte allmennhelsetjenester til sine innbyggere, jf. khl. § 2-1. Tidligere hadde innbyggernes rettskrav vært mer uklare og man innrettet seg stort sett etter det kommunene hadde å tilby. Helselovgivningen har etter vedtagelsen av denne loven utviklet seg enormt, og utviklingen ender på mange måter med pasientrettighetsloven i 1999, som

---

<sup>16</sup> Med særlov menes for eksempel kommunehelsetjenesteloven og sosialtjenesteloven

<sup>17</sup> Bernt, Kommunalrett, s. 557

<sup>18</sup> Kjønstad, Lov og Rett 2003 s.343

<sup>19</sup> Kjønstad, Lov og Rett 2003 s.343

kodifiserer gjeldende rett og stadfester hvilke rettigheter borgerne har innenfor dette fagområdet.

### 3.3 Rettslig grunnlag

Som fremstilt i 3.2 fikk rettighetstenkningen fotfeste relativt sent innenfor kommunesektoren. Mottakere av ytelser fra kommunene hadde også tidligere fått hjelpetjenester, men kommunene hadde hatt et betydelig ”spillerom” ved tildelingen og oppfyllelsen av disse tjenestene. Kommunehelsetjenesteloven ble så å regne som et gjennombrudd.

For at man skal kunne si at det forligger en rettighet er det fire momenter som er viktige. For det første må en lov eller forskrift angi kriterier for utmåling og tildeling av tjenesten. Det andre momentet er at den ikke må kunne avslås i sin helhet fordi tjenesteyteren, ofte kommunen, ikke har ressurser til å imøtekomme kravet. Moment nummer tre er at det må være adgang til å påklage vedtaket, og eventuelt bringe saken inn for domstolen. Og tilslutt at det må gjelde visse saksbehandlingsregler, som trykker rettssikkerheten, disse reglene kan enten være gitt i særlov, eller typisk forvaltningsloven.<sup>20</sup>

Rettsområdene med størst innslag av rettighetslovgivning på det kommunale området er i første rekke helse- og sosialsektoren, samt opplærings- og undervisningssektoren.

### 3.4 Begrunnelse og hensyn

Først og fremst har lovgiver et ønske om å sikre pasienter rettigheter som er avgjørende for deres livskvalitet. Lovgiver har et uttrykt ønske om likebehandling, og enhetlig håndtering av like saker over hele landet, i så måte er rettighetslovgivningen et egnet virkemiddel å benytte. Det kan oppfattes som direkte urimelig dersom kommunene bruker sine midler på en slik måte at syke ikke får hjelp, på grunn av at man for eksempel må betale renter på lån eller bygger nytt rådhus.

---

<sup>20</sup> Kjønstad, Helserett, s. 31

En annen viktig side av hensynene er den tryggheten det gir for borgerne å vite at trenger jeg hjelp, så får jeg det, hvis ikke er det et lovbrudd av kommunene. Innbyggerne i kommunen kan også klage, eventuelt gå til rettlige skritt dersom man mener at det er begått urett mot en.

## 4 Kommunehelsetjenesteloven § 2-1

### 4.1 Innledning

Kommunehelsetjenesteloven i sin helhet og ikke minst khl. § 2-1 representerte noe helt nytt når den ble vedtatt. Tidligere hadde pasientene bare hatt rett til øyeblikkelig hjelp overfor enkelte helseprofesjoner som leger, jordmødre og tannleger. Å innføre en lov, som ga klare rettigheter til befolkningen innebar store utgifter, noe man finansierte ved at trygdens refusjonssatser ble vesentlig redusert og man overførte de frigjorte midlene til kommunene i form av økt rammetilskudd.<sup>21</sup>

Kommunene er formidlere av den såkalte primærhelsetjenesten, også kalt ”førstelinjetjenesten”. I de tilfeller hvor pasienten ikke faller innunder hjelpeordninger etter § 2-1, vil i mange tilfeller for eksempel spesialisthelsetjenesten ta over, dersom det er et reelt hjelpebehov.

### 4.2 Pliktsubjekt

Kommunen er den som plikter å utføre tjenester dersom lovens vilkår er oppfylt, dette følger også av khl. § 1-1, ved formuleringen ”Landets kommuner skal sørge for nødvendig helsetjeneste for alle”. Den enkelte helsearbeider påføres ingen plikter, helsearbeideren treffer vedtak på vegne av kommunen, og forplikter således kommunen.

### 4.3 Rettighetshaver

”Enhver” som bor eller oppholder seg i kommunen midlertidig har rettigheter etter bestemmelsen, jf. khl. § 2-1. Slik loven er formulert betyr det at det ikke bare er de som har

---

<sup>21</sup> Kjønstad, Helserett, s. 153

fast bostedsadresse i kommunen som kan kreve tjenester. Også turister, pendlere, folk på gjennomfart og studenter har rett til ”nødvendig helsehjelp”.<sup>22</sup>

Slik bestemmelsen er utformet gjenspeiler den at vi lever i et mobilt samfunn. Baksiden av å ha en så vid krets av rettighetshavere, er at det kan være problemer for kommunene å budsjettere utgiftene til kommunehelsetjenesten, jf. koml. § 46. På den annen side gjenspeiler det et viktig prinsipp i velferdsretten, at man skal få hjelp der man er, når man trenger det.

Ved vedtagelsen av khl. § 2-1, var det betydelig debatt om retten til helsehjelp fortrinnsvis skulle søkes i bostedskommunen. Brundtland-regjeringen mente dette.<sup>23</sup> Men Willoch-regjeringen, som avløste Brundtland før vedtagelsen av loven, ville ikke lovfeste en begrensning om hvor man skulle søke hjelp.

#### 4.4 Vilkår for hjelp

Lovtekstens formulering er vid, og skiller seg fra for eksempel trygdellovgivingen som setter helt klare vilkår for om man har krav på en ytelse. Ordlyden, ”nødvendig helsehjelp”, tilsier at man må være i en tilstand hvor man har et reelt behov for bistand. Livskvaliteten må forringes som følge av manglende hjelp, eventuelt livslengden forkortes. Ofte kan man ved å vurdere nytteevnen av hjelpen man skal yte, måle nødvendigheten av den. Med en slik formulering mener jeg at dersom tiltaket som settes inn ikke har noen reell effekt, vil det ikke kunne falle innunder lovens betegnelse ”nødvendig helsehjelp”.

I khl. § 1-2 går det frem at kommunens oppgaver er å fremme helse og forebygge ”sykdom, skade eller lyte”. Dette gir visse indikasjoner på at det skal noe til for å fylle vilkåret, men bestemmelsen er lite konkret.

---

<sup>22</sup> Kjønstad, Helserett, s. 154

<sup>23</sup> Ot.prop. nr. 36 (1980-81) s. 161-162.

I vurderingen av om vilkåret er oppfylt må man se hen til de tjenestene kommunen plikter å yte, jf. khl. § 1-3 1. ledd. Her er det oppregnet en uttømmende liste over tjenestene kommunen skal tilby ved behov. Dersom den hjelpetrequende har behov for ytelser som ikke er ramset opp her, kan det slå tilbake på at vilkåret for hjelp i khl. § 2-1 ikke er oppfylt. I en del tilfeller vil det da vise seg at pasienten ofte har rettigheter i henhold til andre bestemmelser, som for eksempel innen spesialisthelsetjenesten eller øyeblikkelig hjelp etter pasientrettighetsloven.

## 5 Sosialtjenesteloven § 4-3

### 5.1 Innledning

Hovedformålet ved vedtagelsen av sosialtjenesteloven var, jf. sotjl. § 1-1, å sikre økonomisk og sosial trygghet, å bedre levevilkårene for vanskeligstilte. Etter lovens formålsbestemmelse skjønner man at loven har et svært vidt virkeområde, og omfatter mange ulike hjelpeformer.

Rettskrav på ytelser etter sosialtjenesteloven har blant annet de som oppfyller vilkårene i sotjl. § 4-3. Bestemmelsens ordlyd er: ”De som ikke kan dra omsorg for seg selv, eller som er helt avhengig av praktisk eller personlig hjelp for å greie dagliglivets gjøremål, har krav på hjelp etter sotjl. § 4-2 bokstav a-d”. En annen markant og sentral rettighetsbestemmelse finnes i sotjl. § 5-1 om rett til økonomisk stønad. ”Den som ikke kan sørge for sitt livsopphold gjennom arbeid eller ved å gjøre gjeldende økonomiske rettigheter”.

Sotjl. § 4-2 regner opp en rekke tjenester som borgerne kan ha rettskrav på dersom de fyller lovens vilkår, jf. sotjl. § 4-3. Bestemmelsens bokstav a er den videste og mest omfattende tjenesteformen.<sup>24</sup> Innunder dette litraet faller det som kalles ”hjemmebaserte tjenester”, som for eksempel hjemmehjelp. En hjelpeform som har til siktemål å bidra til at tjenestemottakeren greier dagligdagse gjøremål. Enkelte opplæringsformer faller også innunder bestemmelsen, det kan være at pasienten trenger opplæring og veiledning for å kunne holde ved like viktige livsfunksjoner, eventuelt for på sikt å bli mer selvhjulpent. Brukerstyrt personlig assistent ble lovfestet som en rettighet i 2000.<sup>25</sup>

---

<sup>24</sup> Kjønstad, Velferdsrett I, s. 157

<sup>25</sup> Ot.prop. nr. 8 (1999-00)

Sotjl. § 4-2 litra b omfatter avlastningstiltak for personer og familier som har behov for dette. Med dette menes det at kommunen skal ha plasser til rådighet for personer som i perioder trenger hjelp for å kunne ha en tilfredsstillende hverdag, samt å avlaste pårørende. Dette er en viktig hjelpeform for at tungt pleietrengende pasienter for eksempel skal kunne bo i sitt hjem lengre eller permanent.

Litra c omfatter retten til støttekontakt, mens litra d gir rett til plass i institusjon med heldøgns omsorgstjeneste, eksempelvis det man på folkemunne kaller ”sykehjem”.

## 5.2 Rettighetshaver

Rettighetshavere etter sotjl. § 1-2 er ”alle som oppholder seg i riket”. Dette innbefatter selvsagt norske statsborgere som er bosatt i Norge, men også de som har lovlig opphold her. Det kreves således ikke at vedkommende er norsk statsborger eller at oppholdet har en viss varighet eller har sammenheng med arbeid eller utdanning i Norge, også fremmede turister går innunder loven.<sup>26</sup> En viktig begrensning er gitt i forskrift av 4. des. 1992 nr. 915, § 1-1 hvor det fremgår at personer uten lovlig opphold i Norge ikke har rett til stønad etter lovens kap. 5, bare rett til nødvendig hjelp inntil vedkommende har plikt til å forlate landet. I tillegg beskjerer forskriftens § 1-2 retten til sosialhjelp for asylsøkere som har tilbud om opphold i statlig mottak.

## 5.3 Pliktsubjekt

Det er den aktuelle oppholdskommunen som til enhver tid er pliktsubjekt og har en plikt til å levere ytelsen, jf. sotjl. § 10-1. I prinsippet kan oppholdskommunen og bostedskommunen være forskjellige, men i praksis har ikke dette vært noe stort problem. Men i noen tilfeller vil midlertidig opphold i en kommune, medføre vesentlige plikter for oppholdskommunen, dette gjelder for eksempel typiske studiekommuner. Et tenkt eksempel kan være at en funksjonshemmet student trenger praktisk bistand til enkelte gjøremål for å kunne fungere i hverdagen, da må oppholdskommunen bekoste dette.<sup>27</sup>

---

<sup>26</sup> Ot.prop. nr. 29 (1990-91) s. 156

<sup>27</sup> Se for øvrig dom avsagt av Høyesterett 15.02.07, om oppholdskommunens ansvar



#### 5.4 Vilkår for hjelp

Rettskrav på ytelse har kun de som faller innenfor vilkårsbeskrivelsen i sotjl. § 4-3. Det er i bestemmelsen oppstilt to alternative vilkår for å ha rettskrav på hjelp.

Det første er at personen ikke kan dra omsorg for seg selv. Bak denne vurderingen ligger det sosialfaglige vurderinger av vedkommendes funksjonsevne, et faglig skjønn må således legges til grunn. Brukeren må være i en slik tilstand at det raskt kan få alvorlige følger eller skadelige konsekvenser, om det ikke blir gitt sosiale tjenester.<sup>28</sup> Dersom pasienten ikke greier å ivareta nødvendige livsfunksjoner som, innta væske, gå på toalettet, ivareta tilstrekkelig hygiene vil lovens vilkår klart være oppfylt.

Det andre vilkåret er at man er avhengig av hjelp for å greie dagliglivets gjøremål. Dette vilkåret har en videre personkrets av rettighetshavere. Vilkåret kan være oppfylt selv om personen ikke er hjelpetrengende. Personen kan fungere helt fint i hjemmesituasjonen og dagliglivet generelt, betingelsen er at de hjelpetiltakene man får er en forutsetning for denne funksjonsdyktigheten. Hvis tiltaket kommunen setter i verk ikke har noen effekt vil det ikke falle innunder lovens ordlyd. En helhetsvurdering av personens helsetilstand, i henhold til faglige vurderinger må legges til grunn.

---

<sup>28</sup> Kjønsstad, Velferdsrett I, s 156

## 6 Kommunenes handlefrihet innenfor rammene av rettighetslovgivningen

### 6.1 Innledning

I denne delen av avhandlingen skal jeg gi en vurdering av om kommunene kan ha en viss handlefrihet tross for at det er en rettighetsbestemmelse som regulerer det konkrete forhold med hensyn til pasientens behov. Herunder om lovgiver har tatt inn en mulighet for at kommunene kan gjøre egne vurderinger og prioriteringer innenfor gitte grenser, eventuelt å kunne beskjære en ytelse. En slik fremstilling må baseres på rettskildefaktorene som er relevante og som gir veiledning på hvordan gjeldende rett er i forhold til de kryssende prinsippene, kommunalt selvstyre og rettighetslovgivningen.

Hvorfor er så dette handlingsrommet så viktig?

Frihetsverdien betraktes først og fremst som viktig fordi det gir det lokalpolitiske engasjementet mening. Folk har en oppfatning av at lokalpolitikk skal være mer enn iverksetting av statlig politikk. På den måten kan innbyggerne i lokalsamfunnet se hvem som skal ansvarliggjøres for de avgjørelser som er truffet. Dette er en antagelse som får støtte av lokaldemokratikomisjonen.<sup>29</sup>

Bestemmelsenes ordlyd i rettighetslovgivningen vil i mange tilfeller ikke gi tilstrekkelig informasjon til at man kan gi noe klart svar på problemstillingen, da vil de andre rettskildefaktorene kunne gi et utfyllende bilde. Jeg vil også forsøke å trekke inn ulike verktøy kommunene er pålagt å benytte innenfor helse- og sosialtjenesten både for å kartlegge den enkeltes behov, og ikke minst kunne tilby et tilfredsstillende hjelpetilbud. I fremstillingen vil det også være naturlig å fremheve om det eventuelt er motstrid mellom noen av rettskildene.

---

<sup>29</sup> Nou. 2005 nr. 6 s. 35

Fremstillingen av rettskildefaktorene vil her etter den tradisjonelle metode for slike redegjørelser avvike fra det som er vanlig. Forskrift som har sitt opphav i lov vil ofte bli behandlet sammen med lovteksten. Vurderingen av forskriftene har jeg her valgt å forta senere i redegjørelsen, både på grunn av at innholdet på mange måter er å anse som en kodifisering av flere rettskilder, samt at de ble gitt på et senere tidspunkt.

## 6.2 Bestemmelsenes ordlyd

Ordlyden i khl. § 2-1 gir ingen veiledning i forhold til hvilke krav borgerne kan stille til ytelsene, eller om kommunene har noen valgfrihet når de skal tilby ytelser. Lovgiver har valgt å bruke vage og skjønnsmessige ord og uttrykk. Bestemmelsen henviser til rettslige standarder som gjør at man må gå utenfor selve lovteksten for å finne innholdet i bestemmelsen.<sup>30</sup>

En alminnelig språklig forståelse av ”nødvendig helsehjelp” er at det som regnes som unødvendig må kunne beskjæres der det ikke er et faktisk behov for hjelp. Unødvendig i denne sammenheng må regnes som et tilbud som ikke er relevant eller gir effekt i forhold til den enkeltes behov.

Ordlyden i sotjl. § 4-3 er formulert på lignende måte, ”den som ikke kan dra omsorg for seg selv” eller er ”helt avhengig” av hjelp, har et rettskrav på bistand etter sotjl. § 4-2. Heller ikke her inneholder loven klare retningslinjer for hva man kan kreve, eller hva man skal tilby.

I tråd med alminnelig norsk rettskildelære må man når lovteksten ikke er tilstrekkelig klar gå til andre rettskilder for å finne innholdet i bestemmelsene.

## 6.3 Lovens forarbeider

Lovens forarbeider er innenfor mange rettområder en svært viktig rettskildefaktor, lovtekstene er ofte korte og vidt formulert, dette betyr at forarbeidene er godt egnet til å få

---

<sup>30</sup> Knoph, Rettslige standarder, s. 3, 5 og 13-14

frem hva lovgivers faktiske mening med lovteksten er. Forarbeidene stiller opp aktuelle vurderingskriterier som må ligge til grunn ved anvendelse av bestemmelsen. I denne fremstillingen vil jeg trekke frem de momentene lovgiver har stilt opp i forarbeidene som illustrerer at tiltross for at man har å gjøre med rettighetslovgivning kan kommunen påvirke innholdet i ytelsene, og eventuelt beskjære eller avskjære fullstendig.

### 6.3.1 Medisinsk forsvarlig standard

Forarbeidene<sup>31</sup> slår fast at kommunene plikter å holde de helsetjenestene de yter av en medisinsk forsvarlig standard. Dette er et krav som må gjelde alle tjenestene de yter, uavhengig av omfang.

Hva som regnes som medisinsk forsvarlig helsehjelp er en rettslig standard og henviser til målestokker utenfor det juridiske fagområdet. Legevitenskapen kan gi veiledning, og sakkyndige uttalelser må legges til grunn.

Konsekvensene av at kommunene ikke yter tjenester som er medisinsk forsvarlige er at vedtakene kan bli kjent ugyldige etter sitt innhold, eller at kommunene kan bli ilagt erstatningsansvar for de skader det eventuelt måtte medføre.

En fravikelse av den medisinske forsvarlighetsstandarden vil dessuten kunne være i strid med helsepersonelloven § 4, som oppstiller krav til den enkelte helsearbeider.

Forsvarlighetskravet er et grunnprinsipp og går som en rød tråd gjennom hele helseretten, og kan ikke fravikes som en følge av økonomiske eller andre kontrollerbare faktorer for kommunene. Med det mener jeg at legevitenskapen som fastsetter nivået ligger fast, uavhengig av kommunens økonomi.

---

<sup>31</sup> Ot.prop. nr. 66 (1981-82) s. 31

### 6.3.2 Minstestandard

Forarbeidene<sup>32</sup> til khl. § 2-1 sier at det er ”nødvendig helsehjelp” som kan kreves dersom man har rettkrav på helsehjelp. Videre sier lovgiver at den hjelp kommunen plikter å yte, er slik som hører innunder dens ansvarsområde jf. khl. § 1-3. Hjelpeplikten vil være begrenset til det som økonomi, tilgang på helsepersonell og utstyr gjør mulig, man velger å ta et ressurs- og kapasitetsforbehold. Disse momentene viser etter en alminnelig tolkning at lovgiver mener kommunene kan ha et handlingsrom ved tildeling og utforming av tilbud innenfor rammene av bestemmelsen.

Hvor langt kommunenes plikt strekker seg, må bedømmes konkret i forhold til den enkelte kommune.<sup>33</sup> Forarbeidene kan da tolkes som om lovgiver har en forventning, eller åpner for at minstestandardnivået ikke behøver å være ensartede i hele landet. Utsagnet må kunne sies å være noe uvanlig med tanke på at man har med rettighetslovgivning å gjøre, samtidig som man vet at kommunenes ressurser og forutsetninger er forskjellige. Som jeg har nevnt tidligere er et av hovedhensynene ved å innføre rettighetslovgivning å få en enhetlig praksis og kvalitet, samt sikre innbyggerne like rettigheter og forutsigbarhet over hele landet.<sup>34</sup> Etter lovgivers formulering vil tilbudet du får i stor grad være avhengig av hvilken kommune du befinner deg i. Er det en kommune med god økonomi, kan man forvente en høyere standard på tjenestene innbyggerne mottar.

”Man kan ikke forvente at alle kommuner i landet til enhver tid skal kunne ha en helsetjeneste som yter mer enn fastlagte minstekrav til standard tilsier ... Det er ikke meningen med bestemmelsen å pålegge kommunene en urimelig og urealistisk forpliktelse. Dog må man forutsette at det finnes en minstestandard som en kommune (eller evt. flere i samarbeid) ikke kan gå under”.<sup>35</sup>

---

<sup>32</sup> Ot.prop. nr. 66 (1981-82) s. 31

<sup>33</sup> Ot.prop. nr. 66 (1981-82) s. 31

<sup>34</sup> Ot.prop. nr. 36 (1980-81) s. 122

<sup>35</sup> Ot.prop. nr. 66 (1981-82) s. 31

Når lovgiver benytter formuleringen at det ikke er meningen å pålegge en kommune ”urimelige og urealistiske forpliktelser”, skinner det igjennom at det må være rom for lokale vurderinger og løsninger innenfor rammene av bestemmelsen. Hvor man setter minstestandarden vil etter forarbeide kunne variere fra kommune til kommune, men å gå under denne vil være lovstridig.

Når det gjelder fastsettingen av nivået for minstestandarden nevner forarbeidene som et moment at det er de faglige vurderingene som må legges til grunn, med henblikk på at dette er en rettslig standard. Forarbeidene sier videre at fastlegging av standarden må overlates til praksis, og ses på bakgrunn av den økonomiske situasjonen i helsesektoren generelt, og i den enkelte kommune spesielt, slik den til enhver tid fortoner seg. Hva mener så lovgiver med at fastleggingen av standarden må overlates til praksis? Mener man at domstolene skal fastlegge nivået, eller er det forvaltningspraksis i den enkelte kommune?

En kombinasjon vil være det rette svaret på spørsmålet, det må bemerkes at domstolene forholdsvis sjelden avgjør disse sakene, kommunene ordner ofte opp selv, eventuelt klageorganet. Lovgivers hensikt med en slik formulering er å legge til rette for at minstestandarden skal være en dynamisk faktor, ved at standarden skal kunne fange opp utviklingen i helsesektoren generelt over tid. Standarden kan ligge høyere i dag enn for ti år siden på enkelte områder, eller motsatt, alt avhengig av utviklingen både når det gjelder kunnskap og behandlingsmetoder.

#### 6.3.2.1 Økonomi som begrensning

Forarbeidene nevner flere begrensninger i kommunenes plikt til å yte hjelp, det man kaller ressurs- og kapasitetsforbehold. For det første nevner lovgiver økonomiske forhold som et moment som kan ha betydning for hvor langt kommunenes plikt rekker. Dersom en kommune har betydelige økonomiske problemer vil det ofte være et reelt behov for å foreta prioriteringer. Dette kan innebære og prioritere ressursene innenfor helseområdet annerledes, siden helseområdet i kommunene beslaglegger gjennomsnittlig over 1/3 av

kommunens driftsutgifter.<sup>36</sup> Har en kommune store økonomiske problemer er det opplagt at de såkalte ”kan tjenestene” etter khl. § 1-3 4. ledd kan beskjæres under henvisning til det kommunale selvstyret, men også ”skal tjenestene” kan beskjæres tar men forarbeidene på ordet.

Når lovgiver snakker om økonomi i denne sammenheng dreier det seg ikke bare om kommunens økonomi isolert sett, men også den kostnaden det aktuelle hjelpetiltaket har, sett i lys av tiltakets effekt. Dersom kommunen kan gi andre hjelpeformer som gir like god effekt, men kanskje ikke er like omfattende og kostnadskrevene må dette kunne sies å være en del av prioriteringsfriheten innenfor det kommunale selvstyret og rammene av rettighetslovgivningen.

#### 6.3.2.2 Andre ressursbegrensninger

Den neste ressursbegrensningen er tilgang på helsepersonell. Enkelte kommuner kan ha problemer med for eksempel å skaffe tilstrekkelig antall sykepleiere eller annet kvalifisert helsepersonell, noe som kan føre til at standarden i den aktuelle kommunen må justeres. Skal kommuner påberope seg mangel på kvalifisert helsepersonell må det være på det rene at grunnen til at de har mangel på personell ikke skyldes forhold som beror på kommunen selv. Dette er ikke en hypotetisk problemstilling for enkelte kommuner i Norge som har en beliggenhet som gjør at de ikke er så attraktive å etablere seg i. Da må dette være et momentet som får betydning for hvor standarden settes, sett i lys av forarbeidene.<sup>37</sup>

Hjelpemidler og utstyr er det tredje momentet om ressursforbehold som forarbeidene mener har betydning for hvor langt hjelpeplikten strekker seg. Enkelte behandlingsformer krever mye utstyr rent teknisk for å oppnå gode resultater, dette utstyret kan være svært kostnadskrevene, og det kan ikke forventes at landets over 430 kommuner til enhver tid skal ha alt tilgjengelig utstyr. Men som flertallet i sosialkomiteen på Stortinget sa i sin innstilling til odelstinget var de klar over at innholdet og omfanget av hjelpen kan variere

---

<sup>36</sup> St.meld. nr. 25 (2005-06) s. 64

<sup>37</sup> Ot.prop. nr. 66 (1981-82) s. 31

fra kommune til kommune, men det er en forutsetning at hver enkelt kommune, eller flere kommuner samarbeider om å oppfylle kravene til en viss minstestandard for sin helsetjeneste.<sup>38</sup>

Hvordan helsetjenesten er utbygd strukturmessig i kommunen vil også kunne være et moment. Kommunen kan organisere sin helsetjeneste forholdsvis fritt. Hvor mange sykehjemssenger man skal ha, om man ønsker størst satsning på hjemmebasert omsorg, bemannede omsorgsboliger osv. må kunne falle innunder denne friheten. Har en kommune god kapasitet på sine sykehjem vil muligens terskelen for heldøgns omsorg være lavere enn for eksempel i en kommune som prioriterer at pasienter skal være lengst mulig i eget hjem. Grunnlaget for dette er at forarbeidene sier at hvor langt en kommunes plikt strekker seg, må bedømmes konkret i forhold til den enkelte kommune.<sup>39</sup>

Lovgiver uttaler at standardens nivå må sees på bakgrunn av den økonomiske situasjonen i helsesektoren generelt.<sup>40</sup> Spørsmålet blir dermed om man skal vurdere hvordan den økonomiske situasjonen er i andre ”grener” av helsevesenet som spesialisthelsetjenesten, psykiatrien osv. En tolkning av lovgivers utsagn er at man må se på hvordan ressursene benyttes generelt innenfor helsesektoren. Det må i denne sammenheng nevnes at på det tidspunktet disse forarbeidene ble gitt var en viktig del av helsetjenesten underlagt fylkeskommunalt ansvar, herunder sykehjem.<sup>41</sup> Lovgiver mente trolig at kommunene burde se hen til fylkeskommunene og at man anså det som viktig at den hjemmebaserte omsorgen som var et kommunalt ansvar og den institusjonsbaserte omsorgen som var fylkeskommunalt ansvar burde ses i sammenheng. I dag er ikke dette noe problem, da sykehjemmene er et kommunalt ansvar.

---

<sup>38</sup> Innst.O. nr. 7 (1982-83) s. 11-12, Ot.prop. nr. 66 (1981-82) s. 31

<sup>39</sup> Ot.prop. nr. 66 (1981-82) s. 31

<sup>40</sup> Ot.prop. nr. 66 (1981-82) s. 31

<sup>41</sup> Ot.prop. nr. 66 (1981-82) s. 31



Lovgiver mener man må foreta en dynamisk vurdering av hvilke ting man prioriterer innen helsesektoren til enhver tid. Hjelpetilbudet til kommunens innbyggere utvikler seg stadig og er på ingen måte konstant, for eksempel har man de siste årene fått en utvikling mot mer hjemmebasert omsorg. Staten har blant annet gitt gunstige finansieringsordninger for bygging av omsorgsboliger, noe som har ført til at mange kommuner har satset på dette. Dette er momenter som må være med når man skal bedømme situasjonen i helsesektoren generelt.

### 6.3.3 Forarbeidene til sotjl. § 4-3

I forarbeidene<sup>42</sup> til sosialtjenesteloven blir det i forhold til sotjl. § 4-3 uttalt, at dersom en pasient har rettskrav på en ytelse etter sotjl. § 4-3 jf. § 4-2 medfører det ikke at pasienten fritt kan velge hvilke ytelser han ønsker å motta. Det medfører således at kommunene i stor grad kan styre hvilke ytelser som gis, noe som må kunne sies å være et uttrykk for at lovgiver ønsker at det kommunale selvstyret skal komme til anvendelse ved at lokale forhold og deres tilgjengelige resurser kommer til uttrykk.

I de samme forarbeidene tar departementet stilling til innvendinger som er kommet i forbindelse med høringsrunden. Enkelte brukerorganisasjoner ønsket at man skulle gjøre det klart at dersom en kommune hadde tilbudt institusjonsplass til en pasient, medførte ikke dette at hjelpeplikten var oppfylt, dersom pasienten fortsatt ønsket å bo i eget hjem. Departementet uttaler at dersom det vil medføre større kostnader for kommunen å ha pasienten boende i eget hjem i forhold til en institusjonsplass, kan hjelpeplikten i slike tilfeller være oppfylt.<sup>43</sup> ”Sosialdepartementet finner det ikke mulig å imøtekomme brukerorganisasjonenes krav om at søkeren selv skal kunne velge fritt mellom tjenester i eget hjem og institusjonstilbud”.<sup>44</sup> Etter min oppfatning blir den personlige autonomien satt til side av hensyn til kommunalt selvstyre. For å oppsummere disse uttalelsene er det klart at kommunene etter sotjl. § 4-3 kan utøve valgfrihet, samtidig som handlingsrommet må

---

<sup>42</sup> Ot.prop. nr. 29 (1990-91) s. 68

<sup>43</sup> Ot.prop. nr. 29 (1990-91) s. 68

<sup>44</sup> Ot.prop. nr. 29 (1990-91) s. 68

kunne sies å være identisk med khl. § 2-1 i forhold til minstestandarden, ved at borgerne må kunne forvente å få et visst minimum av sosiale tjenester.

#### 6.3.4 Generelle bemerkninger

Sett i fra kommunenes ståsted kan det virke som om det kan lønne seg å ha dårlig økonomi siden det kan ha innvirkning på hva som kan kreves av dem i forhold til omfanget av de ytelsene de leverer. Realiteten er derimot at alle kommuner ønsker å yte et så godt helsetilbud til sine innbyggere som mulig. Men lovgiver har i sine uttalelser i forarbeidene tatt inn at kommunen kan ha en viss frihet, samt gjøre lokale tilpassninger. Lovgiver har nok også hatt norsk retts internasjonale forpliktelser, om lokalt selvstyre, i bakhodet ved utformingen av forarbeidene, da særlig ved vedtagelsen av sosialtjenesteloven som kom etter ratifikasjonen av Europisk Charter om lokalt selvstyre.<sup>45</sup>

En betenkelighet ved å legge for stor vekt på forarbeidene er at lovgiver med lovteksten skaper en forventning blant borgerne om at de får rett til nødvendig helsehjelp, og at de kan føle den trygghet dette innebærer.<sup>46</sup> Så uthules dette ved at man i dokumenter som ofte er mindre tilgjengelige enn lovteksten tar inn et ressursforbehold, dette kan skape situasjoner som er vanskelige å forklare for personer uten juridisk bakgrunn. I denne sammenhengen er det nærliggende å nevne at helse- og sosiallovgivningen er et rettsområde som i all hovedsak praktiseres av personer uten juridisk kompetanse, disse bør kunne forholde seg til en konkret lovtekst. Den største betenkeligheten er at man i forarbeidene fraviker selve grunnlaget for å innføre rettighetslovgivningen ved å åpne for at ulik praksis i kommunene må kunne påregnes. Lovgiver valgte her å ta stilling til det kommunale selvstyret i forarbeidene, i stede for å ta stilling til det i lovteksten.

Enkelte fremtredene forskere innen helse- og sosialretten, som professorene Kjønstad og Syse mener at det i Norge de siste tiårene har blitt lagt for stor vekt på uttalelser i

---

<sup>45</sup> Avtalen trådte i kraft for Norge 1. september 1989

<sup>46</sup> Kjønstad, Velferdsrett I, s. 202

forarbeider.<sup>47</sup> Dette er et uttrykk for at ved en slik vektlegging svekkes rettssikkerheten og forutberegnligheten til borgerne. Nå skal det sies at det ikke er noe nytt i norsk rett at man legger vekt på forarbeider som rettskilde. Lovtekster skal være korte, presise og dynamiske. Baseres lovteksten på at en uttømmende oppregning av alle tilfeller og konsekvenser, vil dette stride mot disse tre målsettingene.

I det videre vil jeg ta for meg og behandle uttalelsen om at fastleggingen av standarden må overlates til praksis, samt vurdere om forarbeidenes rettsoppfatning er å anse som gjeldende rett.

#### 6.4 Rettspraksis

Det finnes rettspraksis på området som gir veiledning på hvordan man løser de rettslige problemstillingene i forhold til kommunenes handlefrihet etter khl. § 2-1 og sotjl. § 4-3. Dommen som har hatt størst rettkildemessig betydning er den såkalte "Fusa-dommen"<sup>48</sup>. Men jeg vil også ta for meg andre dommer som jeg mener illustrerer forholdet til det kommunale selvstyret godt, og hvor Høyesterett vurderer kommunenes handlefrihet innenfor rammene av rettighetslovgivningen. Rettspraksis har vært med på å fastsette hvor minstestandarden ligger og hvilke kriterier man skal ligge til grunn ved fastsettelsen.

"Fusa-dommen" gjaldt en sterkt funksjonshemmet kvinne som gikk til sak mot kommunen, da hun mente at det hjelpetilbudet hun fikk var i strid med det hun hadde rettskrav på etter khl. § 2-1. Fusa kommune hadde truffet et vedtak som innebar vesentlig reduksjon av de ytelser som Kari Austestad tidligere hadde hatt, et vedtak som åpenbart ikke tilfredstilte hennes livsviktige behov for stell og pleie.

Kommunen hadde redusert hjelpetilbudet, ved å kutte bistanden fra totalt 66 ½ - til totalt 14 timer hjemmesykepleie og hjemmehjelp i uken. Kommunen var av den oppfatning at pleie og omsorg av denne typen måtte være et fylkeskommunalt ansvar, med henblikk på

---

<sup>47</sup> Kjønstad, Velferdsrett I, s. 201

<sup>48</sup> Rt. 1990 s. 874.

pleieomfanget. Fylkeskommunen var på dette tidspunktet ansvarlig for drift av sykehjem, slik at det kun var hjemmetjenesten som kommunen hadde ansvar for i forhold til Austestad. I og med at Austestad ønsket å bli boende i egen bolig, et hjem som var blitt tilpasset hennes individuelle behov, mente kommunen at de ikke var forpliktet til å yte bistand som tidligere, etter deres vurdering var institusjon det rette hjelpetiltaket. Det oppstod dermed en situasjon hvor en forvaltningsmyndighet ønsket å skyve ansvaret og kostnaden over på en annen del av forvaltningen. Fusa kommune ville, dersom Austestad ble plassert på fylkeskommunal institusjon, ikke få noen utgifter til hjelpetiltak for henne.

Høyesterett fant at vedtaket kommunen fattet var ugyldig, både på grunn av saksbehandlingsfeil og på grunn av vedtakets materielle innhold. Nedskjæringene innebar en vesentlig reduksjon av de ytelser Austestad tidligere hadde hatt, og det var ”åpenbart” at de ikke tilfredstilte hennes helt livsviktige behov for stell og pleie. Høyesterett går her langt på vei inn i en faglig diskusjon om hennes medisinske behov, men det som gjør at dommen får stor prinsipiell betydning er at Høyesterett sier at det tilbudet som ble gitt var ”åpenbart for lite”.

Dersom situasjonen hadde vært at det var å anse som et tvilstilfelle, hvor det skilte 4-5 timer hjemmesykepleie i forhold til om minstestandarden var oppfylt, hadde sannsynligvis ikke Høyesterett kjent vedtaket ugyldig på grunn av dets materielle innhold, her var det ”åpenbart” for lite hjelp, noe som tilsier at avviket var svært stort.

Førstvoterende uttalte at et slikt vedtak ikke kan forsvares ut fra en begrunnelse om kommunens økonomi. Rettstilstanden etter denne dommen ble således at kommunenes økonomi ikke kan vektlegges når man skal fastlegge hvilken minstestandard borgerne har krav på etter kommunehelsetjenesteloven og sosialtjenesteloven.<sup>49</sup>

---

<sup>49</sup> Da dommen ble avsagt gjaldt sosialomsorgsloven. Senere har man fått ny sosialtjenestelov, men bestemmelsen i sotjl. § 4-3 tilsvarer den da gjeldende sosialomsorgsloven § 3 nr. 1

Når kommunen yter en tjeneste som må anses å ligge over minstestandarden vil det være adgang til å legge vekt på kommuneøkonomien. Dette kan oppfattes å være i strid med forarbeidene, hvor lovgiver sier at økonomiske forhold kan være et av momentene i vurderingen for hvor minstestandarden settes. Høyesterett styrker her rettsikkerheten for den enkelte, samtidig som den svekker det kommunale selvstyret, ved at kommunen ikke selv kan påvirke ut fra økonomiske forhold hvor minstestandarden settes. Bakgrunnen for at Høyesterett gjør dette må være begrunnelsen for rettighetslovgivningen. Som tidligere nevnt er dette enhetlig behandling av befolkningen, uavhengig av bosted når det gjelder minimumsyttelsene, noe forarbeidene ikke var like klare på.

Som en følge av at Austestad var død da saken ble behandlet i Høyesterett, ble det ikke gått inn på hvor minstestandarden i dette tilfellet burde settes. Domstolene vil på generell basis være forsiktig med å fastsette et klart timetall for hvor minstestandarden går. Da er domstolen langt på vei over i det som kalles å prøve forvaltningens frie skjønn, noe de er forsiktig med som en følge av prøvingsrettens innhold. Men som førstvoterende sier har domstolene adgang til å prøve skjønnet der hvor utøvelsen har vært ”åpenbart urimelig” ved utmåling og tildeling av tjenester. Den rettslige konsekvensen hvis Austestad hadde vært i live, ville mest sannsynlig vært at vedtaket ville blitt kjent ugyldig, og kommunen måtte ha truffet et nytt vedtak.

I et obiter dictum<sup>50</sup> i Fusa-dommen sier førstvoterende at sosialomsorgslovens § 3 nr. 1<sup>51</sup> ikke gir rettskrav på noen bestemte former for sosialhjelp, ”hvilke ytelser som skal gis, beror på et forvaltningsskjønn”, noe lovgiver har presisert i gjeldende sosialtjenestelov. Når Høyesterett benytter begrepet ”forvaltningsskjønn” må det kunne innfortolkes at faglige og økonomiske vurderinger ligger til grunn. Dermed er kommunene gitt en handlefrihet i forhold til tildeling av ytelser, noe som er en styrking av det kommunale selvstyret.

---

<sup>50</sup> Rt. 1990 s. 888

<sup>51</sup> Tilsvaret gjeldende sotjl. § 4-3

Reelle hensyn tilsier ofte at pasienten selv burde kunne bestemme hvilke ytelser han vil motta, men det er ikke alltid slik at pasienten er den som er best egnet til å foreta denne typen valg. Sterke grunner taler dessuten for at det i mange tilfeller ville blitt svært urimelig for kommunene dersom pasienten selv bestemte hjelpetilbudet. Dette på grunn av at ytelsene pasienten velger kan være de mest økonomisk kostnadskrevene og ikke de som gir best behandlingmessig effekt, slik at kommunene kunne kommet i situasjoner hvor de ikke ga ytelser som faglig sett var de beste.

Høyesterett har i en annen avgjørelse, Rt. 1997 s. 877 (Tolga-dommen) om omsorgslønn kommet med betraktninger som ytterligere synliggjør poengene i Fusa-dommen. Faktum gikk ut på at kommunen hadde fattet vedtak om at foreldrene til en autistisk gutt ikke skulle få omsorgslønn på bakgrunn av kommunens økonomi etter sotjl. § 4-2 litra e. Kommunen bistod familien med ulike hjelpetiltak, men familien ønsket omsorgslønn for de timene kommunen ikke hadde dagtilbud og avlastningstiltak. Det var på det rene at den funksjonshemmede gutten hadde behov for kontinuerlig bistand og tilsyn. Fylkeslegen hadde vært inne som klageorgan og omgjort vedtaket kommunen hadde fattet om ikke å tildele omsorgslønn. Høyesterett kom til det samme resultat.

Høyesterett uttalte at kommunen ikke kan avslå og tildele omsorgslønn, etter en bred vurdering som ikke bare er ”et regnestykke der fordelingen av omsorgsarbeidet mellom foreldrene og kommunen var avgjørende faktorer”.<sup>52</sup> Når førstvoterende kommer med en slik uttalelse er det nok også et uttrykk for rimelighetsbetraktninger. Foreldrene sparer kommunen for store summer ved å ha den funksjonshemmede gutten boende i eget hjem. Høyesterett viser også til forarbeidene til lovforslaget om innføringen av omsorgslønn, som understreker viktigheten av at det ytes lønn til de som tar på seg krevende omsorgsoppgaver.<sup>53</sup>

---

<sup>52</sup> Rt. 1997 s. 882

<sup>53</sup> Rt. 1997 s. 881

Selv om Høyesterett ikke nevner det kommunale selvstyret må det være klart at dette er en avgjørelse som svekker, i likhet med Fusa-dommen, kommunenes handlefrihet til å foreta prioriteringer i vanskelige økonomiske perioder. Fra et rettslig synspunkt kunne nok resultatet i Høyesterett blitt et annet dersom kommunen hadde tilbudt foreldrene andre hjelpetiltak i stede for omsorgslønn, for eksempel mer avlastning eller tilsyn. Tilfellet kunne da falt innunder obiter dictumet i Fusa-dommen som sa at pasienten eller pårørende ikke selv fritt kan velge hvilket hjelpetiltak de ønsker. Kommunen valgte her kun å avskjære ytelsen av økonomiske årsaker.

En annen illustrerende avgjørelse er en underrettsdom avsagt av Borgarting lagmannsrett i 1996.<sup>54</sup> Dommen var en erstatningssak, hvor pårørende krevde erstatning for at deres mor ikke hadde fått tilstrekkelig helsehjelp, og etter deres mening en hjelp som ikke oppfylte minstestandarden etter khl. § 2-1. Selv om dette var en erstatningssak er den likevel interessant i forhold til de betraktningene lagmannsretten gjør i forhold til innholdet i ”minstestandarden”.

Realiteten i saken var at en eldre kvinne hadde stort vekttap, som en følge av at hun bodde i eget hjem. Kvinnen hadde symptomer forenlig med Alzheimers og en generelt svak almenntilstand, noe som gjorde at hun var svært pleietrengende. Kommunen hadde tilbudt og innvilget langtidsplass ved en av kommunens pleieinstitusjoner, men kvinnens pårørende valgte å trekke denne søknaden og ta henne tilbake til hennes eget hjem. Dermed ble det den hjemmebaserte omsorgen i kommunen som tok seg av den daglige pleien.

Lagmannsretten bemerket at det ikke var et ønske fra kommunens side å beholde kvinnen i eget hjem, kommunen mente de kunne gi et bedre faglig behandlingstilbud i institusjon. Det var på det rene at kvinnen hadde mottatt mer hjelp enn de fleste andre hjemmeboende pasienter i distriktet. Vekttapet skyldtest at kvinnen ofte nektet å spise den maten hun hadde fått servert og pleiepersonalet anså det som etisk uforsvarlig å presse pasienten til å

---

<sup>54</sup> LB. 1995 s. 585

spise. Til dette sier lagmannsretten at de finner det ”på ingen måte godtgjort” at hjemmesykepleien på noen måte sviktet når det gjaldt ernæring. Lagmannsretten sier at den hjelpen kvinnen mottok tilfredsstilte hennes helt livsviktige behov, og at de er av den oppfatning at ytelsen gikk langt ut over den såkalte ”minstestandarden”.

Resultatet i saken kunne blitt annerledes dersom kommunen ikke hadde tilbudt kvinnen institusjonsplass, da ville de hatt et større ansvar for kvinnen i eget hjem. Fusa-dommen presiserer at pasienten eller dens pårørende ikke selv fritt kan velge hvilke hjelpeytelser de ønsker. Grunnlaget for erstatningssøksmålet baseres på at de pårørende mener at minstestandarden alltid gjelder, uansett hvordan forholdene har vært ved valg og tildeling av ytelser. Dette er i så fall en feiltolkning av Fusa-dommen, her ville den standarden de pårørende ønsker være bort imot umulig å oppfylle så lenge kvinnen bodde i eget hjem. Dersom kvinnen skulle hatt mer hjelp enn det hun fikk i dette tilfellet ville konsekvensen blitt at det ble vesentlig dyrere for kommunen enn å ha henne på institusjon. I slike sammenhenger må det kommunale selvstyret komme til syne, og kommunene må ha en handlefrihet i forhold til tildeling av ytelser. Nivået for minstestandarden må kunne senkes dersom kommunen har tilbudt det best egnede hjelpetiltaket ut fra faglige vurderinger, men pasienten selv har avslått tilbudet.

En annen avgjørelse avsagt av Eidsivating lagmannsrett publisert i Rg. 1992 s. 627, gjaldt et privat sykehjem i Oslo, som kommunen sa opp sin driftsavtale med. Konsekvensen av dette var at beboerne måtte flytte. Beboerne mente kommunen ikke kunne flytte på dem. Lagmannsretten uttalte at det i rettighetsbestemmelsen i khl. § 2-1 ikke kan ligge at man har rettskrav på å bli boende i en bestemt institusjon. Beboerne hadde alle vedtak om sykehjemsplass, men disse vedtakene kan ikke sette en stopper for at pasienten må kunne bli flyttet på, til et tilsvarende tilbud. Hadde retten kommet til motsatt resultat at slik flytting ikke kunne skje, ville det ha innskrenket det kommunale selvstyret i stor grad. De betraktninger lagmannsretten kom med må kunne anses å være forenlig med den rettsutviklingen som har vært på området, etter khl. § 2-1 og sotjl. § 4-3.



Rettspraksis har dermed vært med på å utvikle innholdet i rettighetsbestemmelsene, ut ifra deres noe vage innhold. Rettspraksis gir oss også veiledning på de vurderingskriterier forarbeidene stiller opp.

Når det gjelder generelt om rettspraksis sin verdi som rettskilde, vil den som regel ha stor vekt, særlig Høyesterett sin praksis. Den innbyrdes vekten mellom forarbeider og rettspraksis vil blant annet avhenge av hvor omfattende praksis som finnes på området, og forarbeidenes alder. I dette tilfellet vil ”Fusa-dommen” ha stor rettskildemessig verdi, både fordi forarbeidene sier at fastleggingen av minstestandarden må overlates til praksis, men også fordi den på enkelte områder fraviker forarbeidene, blant annet ved å uttale at minstestandarden ikke kan fravikes på grunnlag av økonomiske forhold.

## 6.5 Andre faktorer som kan påvirke kommunenes handlefrihet

### 6.5.1 Forskrift

Ettersom helseretten har utviklet seg er det kommet ulike faktorer som skal bidra til enhetlig og riktig vurdering av pasienter innenfor kommunal sektor. Staten har innført enkelte verktøy som skal lette dette arbeidet. Helse- og omsorgsdepartementet har blant annet innført en forskrift om kvalitet innen pleie- og omsorgssektoren.<sup>55</sup>

Forskriftens formål blir angitt i § 1, ”forskriften skal bidra til at personer som mottar pleie- og omsorgstjenester etter kommunehelsetjenesteloven og sosialtjenesteloven får ivaretatt sine grunnleggende behov med respekt for det enkelte menneskets selvbestemmelsesrett, egenverd og livsførsel”. Forskriften har hjemmel både i kommunehelsetjeneste- og sosialtjenesteloven, og har sin kjerne i rettighetsbestemmelsene i henholdsvis khl. § 2-1 og sotjl. § 4-3.

Forskriften regner i § 3 opp en rekke hensyn som skal ivaretas for å få en best mulig pleie og omsorg, det man kaller ”oppgaver og innhold i tjenestene”. Kommunene skal blant

---

<sup>55</sup> Forskrift av 27. juni 2003 nr. 792

annet kunne ivareta pasientens livsnødvendige behov, som mat og drikke, toalettbesøk, opprettholde en normal døgnrytme osv. De behovene man regner opp kan sies å være etiske og faglige forpliktelser den enkelte helsearbeider har, og som også kan sies å følge av forsvarlighetsstandarden etter hlspl. § 4.

Symbolverdien av forskriften er like viktig som den rettslige. Søkelyset rettes mot den praktiske gjennomføringen av kommunens helse- og sosialtjenester. Men etter en tolkning av forarbeider og rettspraksis vil mye av det som regnes opp i forskriften § 3 regnes som en kodifisering av ”minstestandarden” i helserettslig forstand.

Kvalitetsforskriften supplerer rettighetsbestemmelsene i khl. § 2-1 og sotjl. § 4-3, den enkeltes rettskrav vil være styrket, med hensyn til at det kan være lettere for den enkelte pasient å vite hva han kan forvente og kreve av helse- og sosialtjenestene. Det kommunale selvstyret vil være den tapende part, men noen vesentlig og prinsipiell svekkelse kan det ikke sies å være, da med henblikk på andre rettskilder.

### 6.5.2 Etterarbeider

Sosial- og Helsedirektoratet kom i 2004 med en veileder som skulle benyttes som en rettleider ved innføringen av kvalitetsforskriften.<sup>56</sup> Denne veilederens rettskildemessige verdi er usikker. Men det er viktig for kommunene ved innføring av nytt regelverk at de får mer utfyllende og konkret informasjon om innhold og anvendelse av bestemmelsene. En veileder er ment som en tilrådning og anbefaling om hvordan situasjoner skal løses basert på regelverkets praktiske hverdag. Veilederen vil på linje med andre rettskildefaktorer være en tolkningsfaktor.

I forholdet til det kommunale selvstyret sier man innledningsvis, ”selv om det dreier seg om en pliktmessig tjeneste kommunen er pålagt å utføre, har kommunene rett til å avgjøre ut fra konkrete behov og ressurser innholdet i hjelpetilbudet og omfanget av tilbudet”.<sup>57</sup>

---

<sup>56</sup> IS 1201, Kvalitet i pleie og omsorgstjenesten

<sup>57</sup> IS 1201, Kvalitet i pleie og omsorgstjenesten, s. 5

Direktoratet velger med en slik presisering å markere at det forligger et kommunalt selvstyre og at kommunen har valgfrihet og handlingsrom innenfor det eksisterende regelverk. Lovgiver benytter seg av muligheten til å utdype et noe diffust regelverk, for å gjøre hverdagen enklere både for de som yter og mottar hjelp.

Ettersom helseretten og rettighetstenkningen generelt har vokst frem de siste tiårene, har det blitt utøvet omfattende rettsvitenskapelig forskning på området. Den juridiske litteraturen blir således en relevant rettskildefaktor, noe som har vært et viktig bidrag for å sikre pasientene et rettslig vern. Ved Universitet i Oslo har fremtredende jurister som Kjønstad, Syse og Halvorsen bidratt med juridiske betenkninger som er med på å utvikle helse- og sosialretten. Det er imidlertid viktig når det blir forsket på området, ikke å glemme at kommunene er en stor bidragsyter når det gjelder å utføre velferdstjenestene. Det betinger at helse- og sosialrettslige fremstillinger ikke må utelate det allment aksepterte kommunale selvstyret, selv om man er opptatt av rettsikkerhet.

### 6.5.3 Andre styringsverktøy

Departementet har innført et kvalitetssystem som skal innarbeides i alle kommuner for å kartlegge kvaliteten og behovene i pleie- og omsorgssektoren. Systemet kalles IPLOS og ble innført som obligatorisk for alle kommuner fra mars 2006. IPLOS er et system for dokumentasjon, rapportering og statistikk for kommuner og sentrale myndigheter.<sup>58</sup> Bakgrunnen for å innføre systemet var at vi i dag har mangelfull kunnskap om omsorgstjenestene. IPLOS kartlegger pasientens behov for hjelp, og ikke ut fra hvilken hjelp kommunene yter. Men systemet kan benyttes som verktøy i beregningen av omfanget av hjelpen kommunene skal tilby pasienten.

Omsorgstjenestene har i dag driftsutgifter på i overkant av 50 milliarder kroner på landsbasis og utgjør mer enn 1/3 av kommunens utgifter.<sup>59</sup> Både kommunene og statlige myndigheter trenger derfor bedre kunnskap om tjenestene og dem som benytter dem, både

---

<sup>58</sup> St.meld. nr. 25 (2005-06) s. 64

<sup>59</sup> St.meld. nr. 25 (2005-06) s. 64

for å kunne yte bedre tjenester, men også for å kunne planlegge den videre utviklingen. Spørsmålet blir om innføring av dette kvalitetssystemet er en svekkelse av det kommunale selvstyret?

Det kan anføres gode argumenter for at det ved innføringen av et slikt sentralt registreringssystem kan forsvinne lokalt tilpassede løsninger, og således svekke det kommunale selvstyret. Norge har som innledningsvis nevnt en finmasket kommunestruktur, og enhetlige og sentrale idealer er ofte ikke de beste lokale løsningene. På den annen side kan systemet sees på som en styrke i forhold til vage rettighetsbestemmelser i henholdsvis khl. § 2-1 og sotjl. § 4-3. Formålet må være at systemet på sikt kan gjøre at innholdet i bestemmelsene kan bli klarere, og få mer synlige grenser i forhold til helsetilstand og hjelpebehov. IPLOS kan dermed ikke sies å være noen stor trussel eller innskrenking av det kommunale selvstyret.

#### 6.5.4 Ny lovgivning

I mars 2003 ble det satt ned et utvalg som skulle utrede og foreslå en bedre harmonisering av den kommunale helse- og sosiallovgivningen, målet var et felles lovverk på området. Utvalget ble ledet av en fremtredende professor ved Universitet i Bergen, Jan Fridthjof Bernt. Bernt har forfattet mye som angår kommunalretten, herunder artikler om det kommunale selvstyret. Spørsmålet blir hvordan man ved en ny lov vil løse rettighetslovgivningens forhold til det kommunale selvstyret?

Utvalget kom med sine konklusjoner i 2004.<sup>60</sup> I og med at lovprosessen ikke er behandlet ferdig i Stortinget, er det vanskelig å vite hvordan lovverket blir tilslutt, men det er interessant å se hvordan man tenker seg fremtidig lovgivning. I sin utredning sier utvalget at ”en slik felles lovgivning, kombinert med et system for faglig tilsyn og kontroll, vil også gjøre faglige og politiske ansvarsforhold tydeligere og mer oversiktlige”.<sup>61</sup> Når det gjelder forholdet til den i dag gjeldende ”minstestandarden” uttaler utvalget: ”krav om faglige

---

<sup>60</sup> Nou. 2004 nr. 18

<sup>61</sup> Nou. 2004 nr. 18 s. 14

minstestandarder er derfor nødvendig for å sikre at det blir stilt til rådighet de ressurser som er nødvendige for å oppfylle faglige og etiske minstestandarder”.<sup>62</sup> Samtidig uttales det at ”tjenestetilbudet begrenses av ressurstilgangen, både når det gjelder økonomi, personell og materiell”.<sup>63</sup> Ser man disse utsagnene i sammenheng virker det ikke som om utvalget ønsker å skape store endringer i forhold til gjeldende rett, men ønsker å videreføre dagens praksis i forhold til håndteringen av de kryssende prinsippene. Det er i stor grad snakk om en harmonisering og ikke endring fra dagens regler.

Utvalget forslår imidlertid på noen områder endringer som kan få betydning for det kommunale selvstyret. Dette vil jeg komme tilbake til når jeg behandler klagereglens innvirkning på det kommunale selvstyret, se 7.3.3.

## 6.6 Ytelsenes innhold

Her vil jeg forsøke å oppsummere ved å presisere hva den enkelte rettighetshaver har krav på etter khl. § 2-1 og sotjl. § 4-3 når det gjelder ytelsenes art, omfang og kvalitet. Herunder en avveining av rettskildefaktorene som er fremstilt tidligere.

### 6.6.1 Art

Det som må være klart er pasientens helsetilstand og en helsefaglige vurdering som regel gir svar på hvilke helsetjenester som er adekvate i det enkelte tilfelle.<sup>64</sup> I denne vurderingen kan det være spørsmål som er av økonomisk, administrativ, etisk og juridisk karakter, for eksempel om en pasient skal ha sykehjemsplass eller hjemmebasert omsorg. Her vil lokalpolitikere som er utøvere av det kommunale selvstyret, kunne ha innflytelse, da de gjennom å vedta sine budsjetter styrer hvilke tilbud en kommune skal ha, innenfor lovens rammer.

---

<sup>62</sup> Nou. 2004 nr. 18 s. 15

<sup>63</sup> Nou. 2004 nr. 18 s. 15

<sup>64</sup> Kjønstad, Helserett, s. 156

## 6.6.2 Omfang

I forhold til khl. § 2-1 benyttes begrepet ”nødvendig” som angir omfanget av ytelsen som skal gis. ”Nødvendig” henviser til en avveiningsnorm, og avveiningen skal skje mellom pasientens behov og hva som er mulig å få.<sup>65</sup> Kriteriet ”nødvendig” er strengt, men som Kjønstad skriver er det klart at det går lenger enn retten man har til øyeblikkelig hjelp, hvor vilkåret er at hjelpen skal være ”påtrengende nødvendig” etter spesialisthelsetjenesteloven § 3-1 1. ledd.<sup>66</sup> Videre skriver Kjønstad at ”man ikke har rett til så meget helsehjelp at man kan få en optimal livsstandard”.<sup>67</sup> Det er opplagt at de tjenestene som ytes må være medisinsk forsvarlige jf. hlspl. § 4. Lovgiver har ment at man må vurdere hvert enkelt tilfelle og pasient for seg, innenfor helsesektoren er dette ekstra viktig da sykdomsbilder ofte er individuelt betinget og det kan være andre momenter enn pasienten selv som er med på å avgjøre omfanget av hjelpen, typisk familieforhold, bosted osv.

Når det gjelder sosialtjenestene etter sotjl. § 4-3 vil de konkrete bistandsbehovene også være ulike og det kan være vanskelig å oppstille en generell minstestandard. Det kommunale selvstyret kommer til syne ved at kommunene står forholdsvis fritt ved den konkrete utmålingsvurderingen. Tjenestene må samlet sett sikre et minimumsnivå av livskvalitet, og valget av tjenesteform kan heller ikke være åpenbart urimelig.<sup>68</sup>

Felles for begge disse typene rettighetslovgivning er at pasienten eller hjelpemottakerens rett til helse- og sosialhjelp er resultatstyrt. Brukeren skal få dekket sitt nødvendige behov for praktisk og personlig hjelp, men så lenge resultatet blir tilfredsstillende etter gitte standarder, har kommunene betydelig valgfrihet med hensyn til hvordan hjelpen gis. Kommunene kan imidlertid bare legge vekt på økonomiske forhold når tjenestene ligger over minstestandarden.

---

<sup>65</sup> Halvorsen, Lov og Rett 2004 s. 143

<sup>66</sup> Kjønstad, Helsereett, s. 157

<sup>67</sup> Kjønstad, Helsereett, s. 157

<sup>68</sup> Kjønstad, Velferdsrett I, s. 165

### 6.6.3 Kvalitet

Det kan anføres at kvalitet og omfang er kategorier som langt på vei er sammenfallende. På helse- og sosialrettens område er det slik at de ulike hjelpetiltakene kan ha ulik kvalitet, blant annet begrunnet med utførerens kvalifikasjoner. Pasienter kan ha et stort antall timer med hjelp av lav kvalitet, som muligens kan erstattes av et lavere antall timer dersom andre utfører det, illustrert ved at det kan være forskjell om en sykepleier eller en pleieassistent utfører tjenesten, sett i medisinsk øyemed. Hjelpetiltakene er også forskjellig i form og innhold, for eksempel dagtilbud for eldre og funksjonshemmede, eller ordinær hjemmehjelp.

Felles for tjenestene som faller innunder kommunehelsetjenesteloven og sosialtjenesteloven er at man kan benytte en kontraktsrettslig terminologi i forhold til de forventningene til kvalitet man som mottaker kan ha. Ytelsene må tilfredsstille kravene til ”vanlig god vare” og arbeidet skal utføres på ”fagmessig god måte”.<sup>69</sup> Det interessante med å trekke inn kontraktsrettlige prinsipper er å se hvordan kontraktsretten forholder seg til mislighold av avtaler, og om det kan ha overføringsverdi til nivået for minstestandarden innen helseretten. De to prinsippene innebærer at det ikke vil medføre mislighold bare fordi den ligger under gjennomsnittet, men hvis tjenesten ligger vesentlig under dette nivået, er det mislighold.

Dette stemmer med de konklusjoner man kan trekke ut fra rettskildefaktorene forarbeider og rettspraksis, da særlig gjennom rettspraksis hvor man sier at kommunene kan beskjære omfanget av en ytelse, bare ikke under minstestandarden. Denne minstestandarden i helseretten vil i kontraktsretten kunne illustreres med at varen ikke kan benyttes til sitt formål, som følge av en mangel. Videre må det tas utgangspunkt i de krav som stilles ut fra yrkesfaglige og yrkesetiske regler og prinsipper. Dette er prinsipper som forplikter den enkelte helsearbeider, jf. hlspl. § 4, ved ytelse av tjenestene, samt at kvalitetsforskriften i pleie- og omsorgstjenesten oppstiller noen grunnleggende generelle prinsipper.

---

<sup>69</sup> Viggo Hagstrøm, Obligasjonsrett, s. 115 flg

## 7 Rettssikkerhetsgarantier som begrensning på det kommunale selvstyret

### 7.1 Innledning

Innen kommuneforvaltningen finnes ulike kontrollmekanismer som skal være med å hindre at det treffes uriktige avgjørelser overfor borgerne, dette er både det man kan kalle interne og eksterne kontrollorganer. I den grad kommunene blir underlagt statlig kontroll eller overprøving, må det kunne anses som en begrensning i kommunenes kompetanse.

I ethvert rettssamfunn er det viktig at man har noen grunnleggende prinsipper om hvordan tildelingen av offentlige goder skjer. Dette er like grunnleggende om man har rettskrav på en ytelse, eller om man bare har rett til å delta i konkurranse om knappe ressurser. Som Kjønstad skriver: ”en rett på papiret er ikke mye verd hvis man ikke får den gjennomført i praksis”.<sup>70</sup>

For at borgerne skal ha tillit til de organer som tildeler ytelsene, må man ha et system som skaper forståelse ute blant folk, ved at tjenestemottakerne ser at den behandlingen og tildelingen som skjer er rettferdig. I tillegg til de interne kontrollorganene som kommunene er pålagt å ha, jf. koml. §§ 77 1.ledd og 78, har lovgiver bestemt at det også skal være eksterne kontrollorganer som sikrer forsvarlig virksomhet i kommunene. I dette kapittelet vil jeg se på de eksterne kontrollorganene og rutinene, herunder saksbehandlingsreglene, klageadgang, statlig tilsyn og andre måter borgerne har for å få prøvd holdbarheten av de vedtak man ikke er fornøyd med. Det er her snakk om grunnleggende rettsikkerhetsgarantier.

Begrepet rettsikkerhet er et samlebegrep som kan ha forskjellig meningsinnhold, men begrepet må kunne forstås som at det uttrykker en grunnleggende forventning til offentlige

---

<sup>70</sup> Kjønstad, Helserett, s. 197



myndigheters forhold til borgeren – et vern mot overgrep i ordets videste betydning.<sup>71</sup> I utviklingen i kommune- og forvaltningssektoren generelt, har rettsikkerhetsdebatten fått økende betydning i forhold til tildeling av velferdsmessige goder. Fremstillingen tar sikte på å illustrere hvordan rettsikkerhetsgarantiene stiller seg i forhold til det kommunale selvstyret. Er det en styrking eller svekkelse?

Jeg vil nå behandle de ulike rettsikkerhetsgarantiene for seg, henholdsvis saksbehandlingsregler, klage, statlig tilsyn, Sivilombudsmannen og domstolkontroll.

## 7.2 Saksbehandling

Med saksbehandling menes den prosessen som er forut for at et vedtak treffes. Reglene om saksbehandling etter khl. § 2-1 og sotjl. § 4-3 er på noen områder forskjellig. Formålet med å fremstille saksbehandlingsreglene her er å se om de har noen innvirkning på det kommunale selvstyret.

Vedtak etter khl. § 2-1 og sotjl. § 4-3 faller innunder betegnelsen ”enkeltvedtak” etter forvaltningsloven § 2 1. ledd litra b. Vilkåret for at et vedtak skal kunne bli karakterisert som et enkeltvedtak er at det angår rettigheter eller plikter for en eller flere bestemte personer. Således er det naturlig at de fleste avgjørelser innen helse- og sosialrettens område faller innenfor betegnelsen.

Men selv om en avgjørelse etter disse lovene er å karakterisere som et enkeltvedtak, er det ikke sikkert at forvaltningslovens saksbehandlingsregler får anvendelse. Dette kan være fordi saksbehandlingsreglene følger av særlov, eller fordi forvaltningslovens regler ikke er egnet til å bli benyttet på denne typen avgjørelser.

### 7.2.1 Saksbehandlingsregler etter khl. § 2-1

Hvordan er det så kommunene i førsteinstans utøver sin saksbehandling etter khl. § 2-1?

---

<sup>71</sup> Bernt, Kommunalrett, s. 568

Det følger av khl. § 2-1 3. ledd at forvaltningslovens regler ikke får anvendelse for vedtak etter denne bestemmelsen. Ved en slik bestemmelse kommer lex specialis prinsippet i norsk rett til anvendelse, ved at man avskjærer de generelle reglene med bestemmelser i særlov. Lovgivers begrunnelse for at forvaltningsloven ikke kommer til anvendelse er at prinsippene i loven ikke er egnet for alle typer vedtak innen helseretten.<sup>72</sup>

Hensynet til at avgjørelser må treffes raskt av helsepersonell mener lovgiver et bærende argument for å avskjære forvaltningslovens regler. Dersom forvaltningslovens regler skulle anvendes kunne det forsinke medisinske prosesser, samtidig som det var ressurskrevende å oppfylle alle formelle betingelser. De fleste avgjørelser etter khl. § 2-1 treffes av helsepersonell som ikke har spesielle kunnskaper om forvaltningsloven, selv om dette ikke er noe sterkt argument kan det sies å være et moment mot at forvaltningsloven skulle gjelde. Lovgiver har et ønske om at oppmerksomheten i vedtakene skal være rettet mot de helsefaglige og behandlingmessige aspekter, og ikke mot de juridiske og saksbehandlingsmessige aspektene.

Vedtakene etter khl. § 2-1 inneholder ofte sensitive personopplysninger. Dersom forvaltningslovens regler om kontradiksjon og dokumentinnsyn skulle gjelde ville det være en krenkelse av personvernet. Om reglene i forvaltningsloven utelukkende skulle blitt fulgt ville alle som hadde søkt på samme ytelse hatt krav på innsyn i hverandres søknader og andre relevante dokumenter, dette ville ført til uholdbare situasjoner.<sup>73</sup> Lovgiver har avveid hensynet til den som søker helsehjelp opp mot den som yter helsehjelp, og funnet en hensiktsmessig avveining.

Der er imidlertid gjort et unntak fra hovedreglen om at forvaltningslovens regler ikke gjelder. Dette gjelder for vedtak om hjemmesykepleie, tildeling eller bortfall av plass i sykehjem eller boform med heldøgns omsorg, jf. khl. § 2-1 4. ledd. Lovgiver har erkjent at disse inngripende vedtakene må underkastes noen formregler. Dette gjøres fordi man

---

<sup>72</sup> Ot.prop. nr. 66 (1981-82) s. 31

<sup>73</sup> Bernt, Lov og Rett 1994 s. 76

ønsker å skape en forståelse for vedtakets innhold hos de vedtaket retter seg mot, samt at de må ha innsyn i prosessen for å kunne etterprøve saksbehandlingen dersom de er uenige i utfallet. For kommunenes del betyr dette at prosessen i forkant av disse avgjørelsene må være mer omstendelige.

Hvilke rettigheter og garantier er det mottakerne av nødvendig helsehjelp etter khl. § 2-1 ikke får som følge av at forvaltningsloven som hovedregel ikke gjelder.<sup>74</sup> Dette er blant annet reglene om innhabilitet etter fvl. §§ 6 og 10. Forhåndsvarsel etter fvl. § 16 er ikke nødvendig, dette muliggjør hurtig og effektiv saksbehandling. Forvaltningens utredningsplikt etter fvl. § 17 gjøres ikke gjeldende, men dette må modereres noe. For at en lege eller fysioterapeut skal kunne ta en beslutning må han selvsagt ha et grunnlag for å gjøre det. Derfor må dette prinsippet kunne sies å ikke bli satt helt ut av funksjon. Begrunnelse og underretning om vedtak jf. fvl. §§ 24 til 27 gjelder ikke, det vil ofte være tidkrevende dersom man skal begrunne alle avslagene på krav om helsehjelp, dermed er det mest hensiktsmessig at denne garantien ikke alltid gjelder. Omgjøring av vedtak når det ikke foreligger klage etter fvl. § 35 vil heller ikke kunne sies å kunne bli gjort gjeldende.<sup>75</sup>

Selv om disse reglene ikke skulle komme til anvendelse er det viktig å bemerke at disse lovbestemmelsene i stor grad er en kodifisering av generelle prinsipper om god saksbehandling og forvaltningsskikk. Således kan de allikevel få betydning. Pasientrettighetsloven og helsepersonelloven inneholder også regler som lagt på vei samsvarer med forvaltningslovens regler. For eksempel vil utredningsplikten etter fvl. § 17 kunne falle innunder hlspl. § 4, som oppstiller et forsvarlighetskrav til helsepersonell. Dersom forsvarlighetskravet ikke er oppfylt kan det forligge myndighetsmisbruk, som kan føre til vilkårlige avgjørelser.

---

<sup>74</sup> Kjønstad, Helserett, s. 203-205

<sup>75</sup> Kjønstad, Helserett, s. 203-205

Hvilken betydning har disse saksbehandlingsreglene for det kommunale selvstyret? Rent formelt kan det sies at lovgiver ikke pålegger kommunene noen spesielle krav i forhold til hvordan de skal håndtere sine saker, dette er i så fall en styrke. Men noen prinsipiell betydning kan det ikke sies å ha, da de generelle prinsippene om saksbehandling vil gjelde. Rettskravet borgerne har mot kommunene vil uansett bestå, uavhengig av hvilke saksbehandlingsregler man har.

### 7.2.2 Saksbehandlingsregler etter sotjl. § 4-3

Saksbehandlingsreglene i sosialtjenesteloven er hjemlet i lovens kapittel 8. Av sotjl. § 8-1 følger det at forvaltningsloven gjelder med de særregler som følger av sosialtjenesteloven, dette skiller seg fra kommunehelsetjenesteloven.

Logiver slår i sotjl. § 8-1 2. ledd fast at vedtak etter bestemmelsen er å anse som enkelvedtak, med de rettigheter for parten dette medfører. Men det er tatt inn noen modifikasjoner. I de tilfeller hvor det er flere søkere til en tjeneste det er knapphet på, regnes de ikke som parter i samme sak, jf. sotjl. § 8-1 2. ledd. Dette er fordi vedtakene etter sitt innhold ikke er egnet til at partsrettigheter skal kunne bli gjort gjeldende, blant annet på grunn av personvernet som ville blitt krenket ved retten til dokumentinnsyn.

Hva er så grunnen til at lovgiver har valgt at forvaltningslovens regler skal gjelde vedtak etter sosialtjenesteloven og ikke kommunehelsetjenesteloven. Hovedårsaken må være vedtakenes innhold. Vedtakene etter sosialtjenesteloven er ofte mer omfattende, som for eksempel ved at man tilbys omsorg i institusjon med heldøgns omsorg, i motsetning til en avgjørelse etter kommunehelsetjenesteloven om at pasienten ikke kommer inn til lege samme dag. Dessuten vil det være mer aktuelt å påberope seg andre rettssikkerhetsgarantier for vedtak etter sosialtjenesteloven, på grunn av vedtakets innhold.

I forhold til det kommunale selvstyret ser man at kommunene blir pålagt en mer omstendelig saksbehandlingsprosess, noe som er ressurskrevende både økonomisk og tidsmessig. Men det faktum at kommunene blir pålagt saksbehandlingsregler kan ikke sies å være en vesentlig svekkelse av selvstyre, det er når rettighetslovgivningen legger sterke

føringer for innholdet i vedtakene, at lovgiver gjør betydelige inngrep i det kommunale selvstyret.

### 7.3 Klage

Med klage kan forstås den garantien man har for at en avgjørelse man ikke er fornøyd med kan bli overprøvd. Dette er en grunnleggende rettssikkerhetsgaranti, og skal hindre at det blir gjort urett mot enkeltpersoner. Kravet om rettssikkerhetsgarantier er således ikke bare rettet mot førsteinstansens saksbehandling, like grunnleggende er kravet om mulighet til å få kontrollert og overprøvd det vedtak som er truffet. Formålet med denne fremstillingen er å vurdere klageinstituttet opp mot det kommunale selvstyret.

#### 7.3.1 Klage etter khl. § 2-1

Hjemmelen for å kunne påklage et vedtak etter denne bestemmelsen er gitt i khl. § 2-4. Bestemmelsen sier at den som søker helsehjelp, kan påklage avgjørelser etter khl. § 2-1. Som en kompensasjon for at lovgiver innførte noen begrensninger i forvaltningslovens regler om saksbehandling, veies dette opp ved at alt kan påklages.<sup>76</sup>

I de aller fleste tilfeller hvor en pasient ikke er fornøyd med vedtaket eller den hjelpen han mottar, så finner kommunen og brukeren en løsning på problemet, slik at en fullstendig klagebehandling unngås. Dette er en styrke ved det kommunale systemet. I de tilfeller hvor problemene ikke lar seg løse, vil det være aktuelt at et eksternt organ kommer inn og prøver holdbarheten av det vedtaket som er truffet.

##### 7.3.1.1 Klageinstans

Khl. § 2-4 fastsetter at det er en toinstans klagebehandling for vedtak etter kommunehelsetjenesteloven. Først behandles klagen av et organ opprettet av kommunestyret, i mange kommuner kalt kommunal klagenemnd, jf. khl. § 2-4 1. ledd.

---

<sup>76</sup> Ot.prop. nr. 66 (1981-82) s. 32

Dersom avgjørelsen i den kommunale klagenemnden går klageren imot, eller den avvises, kan det klages til Helsetilsynet i fylket, jf. khl. § 2-4 2. ledd. Klageren har således to sikkerhetsventiler i systemet. En slik ordning skiller seg fra forvaltningslovens øvrige system, hvor det åpnes for en gangs prøving av klagen, jf. fvl. § 28.

Ved en tolkning av loven kan det virke som om klageren må sende to klager, om han ikke er fornøyd med utfallet i den kommunale klagenemnden. For å forhindre denne belastningen for klageren har en del kommuner innført et system hvor kommunen oversender klagen til Helsetilsynet i fylket for endelig vurdering og avgjørelse, etter at klageren er gitt mulighet til å uttale seg om utfallet i den kommunale klagenemnden.

Innføringen av et toinstans klagesystem kan på den ene siden sies å være en styrke for det kommunale selvstyret. Kommunen får kontroll ved at alle klager kommer inn til dem først, noe som kan virke kvalitetssikrende på tjenestene de yter. På den annen side hevdes det at denne ordningen er svært belastende for klageren, da saksbehandlingstiden blir lang ved at klagen skal gjennom flere instanser. En konsekvens av dette kan være at mange gir opp. Det faktum at Helsetilsynet i fylket er statlig, er en svekkelse av det kommunale selvstyret, sett i lys av at et eksternt organ kommer inn og kan overprøve kommunale vurderinger.

En pasient som klager på tjenester etter khl. § 2-1, kan også velge å benytte klageadgangen etter pasientrettighetsloven. Klager man etter pasrl. § 7-1 stilles det som vilkår for klagebehandling at det er rettet anmodning om oppfyllelse direkte til tjenesteyter. Konsekvensene i forhold til det kommunale selvstyret må bli de samme.

### 7.3.1.2 Klageorganets kompetanse

Det alminnelige prinsippet i norsk rett er at klageinstansen har full overprøvingsrett. Etter fvl. § 34 2. ledd kan klageinstansen prøve "alle sider av saken".

Kommunehelsetjenesteloven sier ikke noe om klageorganets kompetanse. I forarbeidene sier lovgiver "det man kan klage over, er at man ikke får sin rett til helsehjelp", dette må kunne sies å være uomstridt. Videre sies det: "Man kan ikke forlange det ideelle. Derfor

kan man ikke klage over at en diagnose viser seg å være feilaktig, en medisin mindre heldig el., med mindre det er grove feil”.<sup>77</sup> Forarbeidene sier også at man ikke kan klage over at man må vente for å komme inn til lege. En klage på at en annen har fått en ytelse i stedet for en selv i de tilfeller hvor det er knapphet på en tjeneste kan bare rettes dersom det foreligger usaklig forskjellsbehandling, jf. khl. 2-1 5. ledd.

Når det gjelder selve klagebehandling er det i fvl. § 34 2. ledd 3. pkt. tatt inn en bestemmelse om at der hvor statlig organ er klageinstans for vedtak truffet av kommunal myndighet, skal klagemyndigheten legge vekt på det kommunale selvstyre ved prøving av det frie skjønn. Dette er en klar innskrenkning av kompetansen til i dette tilfellet Helsetilsynet i fylket, ved at lokale vurderinger skal veie tungt ved overprøving. Men etter gjeldende rett må det være klart at klageorganet bare kan legge vekt på det kommunale selvstyret dersom minstestandarden er oppfylt. Men lovgiver har her tydelig anerkjent det kommunale selvstyret.

I juridisk litteratur har det blitt hevdet at det er urimelig at kompetansen til Helsetilsynet i fylket skal være forskjellig når det gjelder vedtak om allmennhelsetjenester og når det gjelder vedtak om spesialisthelsetjenester, da de er klageorgan for begge.<sup>78</sup> Dette er særlig aktuelt etter at fylkeskommunene mistet ansvaret for sykehusene. Tanken bak regelutformingene må være at man anser det som viktig å opprettholde et vern av det kommunale selvstyret.

### 7.3.2 Klage etter sotjl. § 4-3

Hjemmelen for å kunne påklage vedtak etter denne bestemmelsen finnes i sotjl. § 8-7 1. ledd.

---

<sup>77</sup> Ot.prop. nr. 66 (1981-82) s. 32

<sup>78</sup> Kjønstad, Helserett, s. 201

### 7.3.2.1 Klageinstans

Klageinstans etter loven er fylkesmannen, jf. sotjl. § 8-6 1. ledd. Fylkesmannen er et statlig organ, og regnes som departementets forlengende arm ute i fylkene. Selv om det ikke er noen klar hjemmel for det i lov, kan kommunestyret bestemme at alle klager først skal behandles av kommunal klagenemnd, men formelt er fylkesmannen klageinstans.

I høringsrunden i forkant av innføringen av ny sosialtjenestelov kom det innspill på at det ville være mest i tråd med det kommunale selvstyret om klageorganet var en kommunal instans overordnet sosialtjenesten, men dette valgte lovgiver ikke å følge.<sup>79</sup>

### 7.3.2.2 Klageorganets kompetanse

Etter sotjl. § 8-7 1. ledd 1. pkt. kan fylkesmannen prøve alle sider av vedtaket. Men i 2. pkt. har lovgiver tatt inn en formulering som begrenser prøvingen av det frie skjønn.

Fylkesmannen kan bare endre vedtaket når skjønnsutøvelsen til den kommunale myndighet har vært ”åpenbart urimelig”, noe som er en betydelig innskrenking av fylkesmannens kompetanse. Lovgiver har begrunnet dette med at den enkelte kommunes frihet til å utforme hjelpetilbudet må veie tungt.<sup>80</sup>

Videre kommer lovgiver med en prinsipiell uttalelse: ”Det ville vært uheldig om utformingen av sosialpolitikken i kommunene i praksis skulle flyttes fra kommunale organer til en statlig instans”.<sup>81</sup> Dette er et klart signal om hvor lovgiver ønsker at sosialpolitikken skal utvikles.

I hvilke tilfeller vil så fylkesmannen kunne komme inn å overprøve et vedtak?

”Åpenbart urimelig” er et strengt vilkår. Typisk vil dette være i de tilfeller hvor det forligger myndighetsmisbruk eller at man har lagt feil faktum til grunn. Sotjl. § 4-3 er svært vag og skjønnsmessig utformet, så det vil være et stort rom for lokal skjønnsutøvelse.

---

<sup>79</sup> Ot.prop. nr. 29 (1990-91) s. 123

<sup>80</sup> Ot.prop. nr. 29 (1990-91) s. 123

<sup>81</sup> Ot.prop. nr. 29 (1990-91) s. 125



Klage kan heller ikke rettes mot at andre har fått ytelser i stede for en selv, jf. sotjl. § 8-1. Dette er i tråd med prinsippet i khl. § 2-1 5. ledd.

Enkelte juridiske forfattere innen sosialretten har tatt til ordet for at det er urimelig ovenfor borgerne at det statlige klageorganet ikke har full overprøvingsrett av vedtak etter sosialtjenesteloven. Kjønstad og Syse er av denne oppfatning, og begrunner det med at viktige reelle hensyn tilsier full overprøving når det er snakk om ytelser som er av fundamental betydning for borgerne.<sup>82</sup> De mener full overprøving vil være i tråd med vektleggingen av rettsikkerheten som et grunnleggende element i slike situasjoner. De hevder at det er uforståelig og beklagelig at borgerne fortsatt skal ha dårligere rettsikkerhetsgarantier ved tildelingen av sosiale tjenester, enn ved tildeling av andre grunnleggende velferdsgoder, som for eksempel trygdeytelser.<sup>83</sup>

Dette er for så vidt gode argumenter, men kommunenes innvirkning på velferdstjenestene de produserer ville blitt redusert som en følge av at utformingen av tilbudene kunne blitt gjort av andre enn kommunene selv.

### 7.3.3 Ny lovgivning sitt syn på klageinstituttet

I forbindelse med utarbeidelse av forslag til en harmonisering av kommunehelsetjenesteloven og sosialtjenesteloven ble det foreslått enkelte endringer av klageinstituttet.<sup>84</sup>

Det var enighet i utvalget om at klageinstansen etter den nye loven skulle være fylkesmannen, samt at toinstans klagebehandling opphører. Men det prinsipielt viktige, og det interessante i forhold til det kommunale selvstyret er at utvalgets flertall ønsker å endre klageorganets overprøvingskompetanse. Flertallet på seks medlemmer mener det bør legges til grunn at klageorganets kompetanse ikke skal være begrenset til lovlighetskontroll.

---

<sup>82</sup> Kjønstad, Velferdsrett I, s. 179

<sup>83</sup> Kjønstad, Velferdsrett I, s. 179

<sup>84</sup> Nou. 2004 nr. 18 s. 139

Med den begrunnelse at det her er snakk om en grunnleggende rettssikkerhetsgaranti, og at fvl. § 34 2. ledd 3 pkt. vil være tilstrekkelig i forhold til å ivareta det kommunale selvstyret.<sup>85</sup>

Mindretallet i utvalget (5 medl.) mener at det vil være uheldig med en full overprøving og mener dagens begrensede prøvingsadgang er riktig, blant annet på grunn av at dette er spørsmål som ikke er egnet for avgjørelse av et organ uten budsjettansvar på vedkommende område.

Slik jeg ser det går flertallet i utvalget inn for en betydelig innskrenking av det kommunale selvstyret. Innledningsvis pekes det på at overprøvingen ved de forskjellige fylkesmannsembetene er forskjellig med dagens lovhjemmel. Min oppfatning er at når fylkesmannen nå i sterkere grad skal basere seg på fvl. § 34 2. ledd 3. pkt., som sier at statlig organ skal legge vekt på det kommunale selvstyret ved overprøving, vil det kunne føre til enda større eller i alle fall ikke mindre forskjeller, da fylkesmannsembetene fortsatt vil måtte skjønnsmessig avgjøre hvor langt de vil overprøve skjønnen. Flertallet i utvalget velger her å vektlegge den enkelte borgers rettssikkerhet tyngre enn hensynet til det kommunale selvstyret.

#### 7.3.4 Generelt om klageinstituttet med henblikk på det kommunale selvstyret

Klageinstituttet er av de mest inngripende eksterne inngrep i kommunenes selvråderett. Et eksternt organ, som ikke har noe med kommunene å gjøre kommer inn og kan omgjøre en beslutning kommunene mener er den riktige. På den annen side kunne situasjonen for innbyggerne blitt uholdbar dersom man ikke skulle kunne få prøvd holdbarheten i de vedtak som var truffet. Lovgiver har ment at klageinstituttet skal være et sikkerhetsnett. Kommunene har ansvaret for at borgerne som tjenestemottakere av helse- og sosialtjenester får de tjenestene de har krav på, men det kan skje at saker blir avgjort på feil måte. Klageinstituttet kan gjøre at kommunene og statlige instanser får kunnskap om områder som det systematisk gjøres feil på, og kan sette inn virkemidler for å avhjelpe dette.

---

<sup>85</sup> Nou. 2004 nr. 18 s. 140

Begrensningene lovgiver har tatt inn når det gjelder overprøvingsadgangen, viser at man bevisst har funnet en balanse mellom lokal selvråderett og rettssikkerhet.

Etter Europaråds Charteret om lokalt selvstyre artikkel 3 nr. 4 skal den kompetansen som tillegges lokale myndigheter normalt være "ubeskåret og udelt". Kompetansen skal ikke kunne svekkes eller begrenses av en annen sentral eller regional myndighet med mindre det er fastsatt i lov. Klageordningene etter de to bestemmelsene khl. § 2-1 og sotjl. § 4-3 er lovfestet og må således kunne sies å falle innunder artikkelens ordlyd. Men Charteret trekker opp noen viktige prinsipielle linjer som lovgiver må være oppmerksom på.

#### 7.4 Kontroll og tilsyn

Som nevnt innledningsvis er kommunene pålagt å ha en internkontroll av de vedtak og den virksomheten de utøver. Denne består henholdsvis av kontrollutvalg og revisjon jf. kompl. §§ 77 og 78. Hvorvidt denne interne kontrollen kan anses som en begrensning på det kommunale selvstyret kan diskuteres. De tilfeller hvor man gjennom internrevisjon oppdager avvik fra gjeldende regler vil dette kunne bli påpekt ovenfor sentrale myndigheter og danne grunnlaget for ekstern kontroll. Grunnen til at statlig tilsyn kan regnes som en rettssikkerhetsgaranti, er nettopp formålet med den, å hindre at kommunens praksis strider med lovverket.

##### 7.4.1 Statlig tilsyn

"Tilsynsbegrepet kan i vid forstand forstås som et fellesbegrep for all aktivitet eller virkemiddelbruk som iverksettes for å følge opp et lovverks intensjoner".<sup>86</sup> Statlig tilsyn skal sørge for at tjenestemottakerens behov for helse- og sosialtjenester ivaretas og at tjenestene drives på en faglig forsvarlig måte. Tilsynet skal også se til at ressursene benyttes på en effektiv og forsvarlig måte.<sup>87</sup> Helsetilsynet i fylket fører tilsyn med kommunehelsetjenesteloven, jf. § 6-3 jf. helsetilsynsloven § 2 1. ledd, og fylkesmannen fører tilsyn med sosialtjenesten, det vil si tjenestene som følger av sotjl. Kap. 4, 4A, 6 og 7,

---

<sup>86</sup> St.meld. nr. 17 (2002-03)

<sup>87</sup> Nou. 2004 nr. 18 s. 122

jf. sotjl. § 2-7. Felles for både helse- og sosialtjenesten er at Statens helsetilsyn har det overordnede faglige tilsynet med tjenestene.

Formålet med tilsyn er at tilsynsmyndigheten i størst mulig grad skal kunne konkretisere hvilke krav lover og forskrifter stiller til kommunens virksomhet. Tilsynsmyndigheten er gitt forholdsvis frie rammer for hvordan de kan arbeidet for å avdekke eventuelle mangler ved tjenestetilbudet. Som oftest utføres dette ved skriftlig dokumentasjon eller intervjuer med ansatte, for på denne måten å få et riktig bilde av de aktuelle situasjonene.<sup>88</sup> Etter et tilsyn blir det utformet en tilsynsrapport som konkluderer om funnene er i samsvar med gjeldende lovgivning, eller om det forligger avvik. Foreligger det avvik har tilsynsmyndigheten plikt til å følge saken opp inntil avvikene er rettet opp.

Statlig tilsyn opptrer i all hovedsak som planlagte tilsyn, men kan også være på grunnlag av enkelthendelser. I motsetning til systemet med klage, kan en ekstern enhet på eget initiativ komme inn å pålegge kommunen og innrette sin virksomhet innenfor rammene av rettighetslovgivningen. Tilsynsvirksomheten kan dermed virke hemmende på kommunenes ønske og behov for å gjøre valgte prioriteringer. Dette må ses på som et inngrep i det kommunale selvstyret, og lovgiver har valgt å veie rettssikkerheten til den enkelte tjenestemottaker tyngre enn kommunenes handlefrihet.

Det har vært rettet kritikk mot at lovgiver har et system med både klageadgang og tilsyn. Kritikken er begrunnet med at det måtte være tilstrekkelig ut fra hensynet til kommunalt selvstyre at tjenestemottakerne hadde klagerett. Mot dette kan det anføres at tilsynsvirksomhet kan være et viktig virkemiddel for kommunene for å innrette sin drift etter gjeldende lovgivning. Ofte vil tilsyn komme som en følge av enkeltvis eller flere klager på en tjeneste, og da kan det være nyttig for kommunene å få en vurdering av om det er feil i deres systemer som kan rettes opp og dermed få praksis i samsvar med lovgivning.

---

<sup>88</sup> Nou. 2004 nr. 18 s. 123

## 7.5 Sivilombudsmannen

Sivilombudsmannen er et selvstendig og uavhengig organ av Stortinget. Oppgavene til sivilombudsmannen er å sikre at den offentlige forvaltning ikke begår urett mot den enkelte borger, jf. sivilombudsmannsloven § 3. Innunder ”offentlig forvaltning” faller også kommunal sektor, dette følger av ombml. § 4. 1. ledd litra f. Dette betyr at alle kommunale vedtak vil falle innunder sivilombudsmannens virkeområde. Ombudsmannen har som siktemål å gjøre den offentlige forvaltning bedre og styrke tilliten til forvaltningen.

Grunnlaget for at sivilombudsmannen trer i virksomhet er enten ved at han tar opp saker på eget initiativ eller på grunnlag av klage, jf. ombml. § 5. I praksis blir for det meste saker behandlet på grunnlag av klage. Loven uttaler i ombml. § 6 at ”enhver” har klagerett, dette er en vid personkrets. Videre har lovgiver slått fast at man må mene ”å ha vært utsatt for urett”, den subjektive oppfatningen er tilstrekkelig for å kunne klage.

### 7.5.1 Sivilombudsmannens kompetanse

Sivilombudsmannens vurderinger av en sak er ikke rettslig bindende, dette følger av ombml. § 10. Selv om sivilombudsmannens uttalelser ikke er rettslig bindende vil kommunene i praksis innrette seg etter dem. Hvert år publiserer sivilombudsmannen sine uttalelser i sin årsmelding. Uttalelsenes rettskildeverdi kan diskuteres men det må være klart at de må tillegges en viss vekt, avhengig av dens relevans for saken.

Forholdet til det kommunale selvstyret er noe uvisst, i rent rettslig forstand, sett i lys av at sivilombudsmannens uttalelser ikke er rettslig bindende. Formelt sett vil det da ikke ha noen betydning, men i praksis innretter kommunene seg etter de uttalelser som kommer, slik at det vil ha en innvirkning på deres beslutninger. I de tilfeller hvor ombudsmannens uttalelser blir benyttet som rettskildefaktor vil det ha en innvirkning på det kommunale selvstyret på lik linje med annen praksis.

## 7.6 Domstolskontroll

Et vedtak om rett til helse- og sosialhjelp og en avgjørelse i klagesak kan bringes inn for de alminnelige domstolene til overprøving, jf. tvistemålsloven § 435 flg. Domstolenes

prøvingsrett regnes som et grunnleggende prinsipp i norsk rett og har status som konstitusjonell sedvanerett. Det vil si at prinsippet har grunnlovs rang. Prøvingsretten i det norske rettssystemet er en viktig del av maktfordelingsprinsippet, med tanke på at de tre statsmakter, Storting, Regjering og domstolene skal kunne føre kontroll med hverandre for å hindre maktkonsentrasjoner.

Hvordan stiller så dette seg i forhold til vedtak truffet av den kommunale myndighet. Hovedregelen er at disse vedtakene kan bringes inn for domstolen når klageadgangen er uttømt, jf. tvml. § 437 1. ledd. I praksis blir denne typen vedtak sjelden brakt inn for domstolene, partene pleier å ordne forholdet seg imellom, eventuelt innrette seg etter klageorganets avgjørelse, før man går til rettslige skritt. Dette begrunnes først og fremst med sakenes karakter og ikke minst de private parters egenskaper. Det å gå til rettslige skritt er både tidsmessig og økonomiske krevende og selve rettsbehandlingen kan være belastende.

Lovgiver har imidlertid på enkelte områder eksplisitt sagt at noen typer konflikter ikke er egnet til å løses av domstolene, jf. sotjl. § 10-3.<sup>89</sup>

### 7.6.1 Hvem har søksmålskompetanse

I de fleste tilfeller vil ikke dette være noe problem, pasienten vil selvfølgelig selv ha kompetanse til å ta ut søksmål. Reglene om søksmålskompetanse finner man i tvistemålsloven §§ 53 og 54. Særlig vil tvml. § 54 om fastsettelsessøksmål være aktuell, og det blir et spørsmål om den som bringer saken inn for retten har ”rettslig interesse”. Kravet innebærer at den som bringer saken inn for domstolene må ha en forholdsvis nær tilknytting til det søksmålet dreier seg om. Dermed blir gruppen av de som kan gå til søksmål noe utvidet, ved at også pårørende og andre nærstående kan være søksmålsberettiget. En viktig presisering er at domstolene aldri trer i aktivitet på eget initiativ.

---

<sup>89</sup> Se for øvrig dom avsagt av Høyesterett 15.02.07

## 7.6.2 Domstolens kompetanse

Det er klart etter tvml. § 435 1. ledd nr. 1 at domstolene kan prøve lovmessigheten av avgjørelser truffet av kommunal myndighet. I dette ligger det at domstolen alltid kan prøve om forvaltningsvedtaket bygger på riktig faktum. Med dette menes at kommunen når den traff vedtaket la riktige opplysninger til grunn. Videre er det klart at domstolene kan prøve om det er begått feil i saksbehandlingen.

Det omstridte er når man kommer til om domstolene kan prøve skjønnsutøvelsen til den kommunale myndighet. Utgangspunktet er at retten ikke kan overprøve det "frie skjønn" kommunene er tillagt gjennom lov, med unntak av de tilfeller hvor det forligger såkalt myndighetsmisbruk, som omfatter usaklig forskjellsbehandling, utenforliggende hensyn og vilkårlige eller sterkt urimelige avgjørelser. Rettighetsbestemmelsene er ofte vage og vidt formulerte, noe som gjør at kommunene i stor grad må legge et skjønn til grunn for den avgjørelsen de treffer. Domstolene må da etter en konkret vurdering, se hvor langt de kan overprøve uten at det krenker det "frie skjønn".

Som vi har sett tidligere er Fusa-dommen illustrerende på nettopp denne problematikken. Førstvoterende uttalte at domstolene kunne gå inn og underkjenne vedtaket etter dets innhold da det "åpenbart" var urimelig.<sup>90</sup> Jo vagere et vurderingstema er og jo flere hensyn som kommer inn i vurderingen, desto mer tilbakeholdne ved overprøvingen vil domstolene være.

Begrensningen i prøvingsretten når det kommer til skjønnsutøvelsen er viktig med henblikk på det kommunale selvstyret. Domstolene vil ha lettere for å foreta en overprøving dersom vurderingen er av juridisk eller etisk karakter, enn om den er av politisk eller økonomisk karakter. Med dagens ordning hvor domstolene overprøver skjønnsutøvelsen der den er "åpenbart urimelig", balanseres prinsippene om kommunalt selvstyre og rettssikkerheten for den enkelte på en god måte. Dersom det var adgang til full overprøving av

---

<sup>90</sup> Rt. 1990 s. 874 flg.

skjønnsutøvelsen ville det kunne medført at det ikke var rom for lokale løsninger, og at avgjørelsene i praksis i større grad måtte ta hensyn til sentrale idealer.



## 8 Komparativ rett

### 8.1 Innledning

Formålet med å trekke inn komparativ rett er å gi en kort innføring i hvordan to av våre naboland har organisert rettighetslovgivningen sin i forhold til det kommunale selvstyret. Jeg vil her påpeke noen av de viktigste forskjellene mellom disse systemene.

Både Sverige og Danmark har grunnlovsfestet det kommunale selvstyret, svenskene i "Regjeringsforma § 1" og Danmark i "Grundloven § 82", noe som avviker fra det norske systemet.

### 8.2 Svensk og dansk sosial- og helserett

I Sverige og Danmark har kommunene ansvaret for sosialtjenesten alene, dette samsvarer med det norske systemet. Helsetjenestene har kommunene ansvaret for i felleskap med et mellomnivå i statsforvaltningen, i Sverige "landstingene" og i Danmark "amtskommunene".<sup>91</sup> En slik arbeidsfordeling er gjort fordi enkelte oppgaver kan det være hensiktsmessig at større enheter enn kommunene utfører. Men i likhet med Norge sitter kommunene igjen med ansvaret for helsetjenester til personer i boformer med særskilt service og omsorg, samt hjemmesykepleie.

Utbredelsen og omfanget av rettighetslovgivningen i Sverige og Danmark er tilnærmet likt vårt nasjonale system, hvor innbyggerne får rettskrav på hjelp dersom de oppfyller lovens ordlyd. Slik at det er ikke noen vesentlig forskjell tross for at prinsippet om kommunalt selvstyre er grunnlovsfestet.

---

<sup>91</sup> Nou. 2004 nr. 18 s. 34-37

En vesentlig forskjell med betydning for det kommunale selvstyret ser vi med det svenske systemet som har det som kalles forvaltningsdomstoler, noe som er et forholdsvis vanlig fenomen i Europa. Danmark og Norge har ikke innført en slik ordning. Den svenske "Länsretten" kan prøve alle sider av et vedtak fattet av en kommunal myndighet, noe som ikke er tilfellet etter den norske prøvingsretten, hvor retten er tilbakeholden med å overprøve det "frie skjønn".<sup>92</sup> Denne fulle overprøvingsadgangen må kunne sies å være en betydelig innskrenkning i det kommunale selvstyret. Lokale vurderinger og prioriteringer kan lett falle bort ved et slikt system.

Den svenske ordningen med forvaltningsdomstoler har betydning for hvordan de har innrettet sitt nasjonale klagesystem. De svenske klageorganene er mer å regne som meglingsorganer, da de ikke har noen reell kompetanse til å endre vedtakene, da deres oppgave kun er å bidra til en løsning på problemet.<sup>93</sup>

I mine øyne ivaretar det norske og danske systemet basert både på klageadgang og alminnelig domstolsprøving i begrenset omfang det kommunale selvstyret bedre, enn det svenske systemet. Lovgiver i Norge har etter mine vurderinger erkjent at enkelte vurderinger skal foretas lokalt, og ikke er egnet for overprøving, verken av klageorgan eller domstol.

Selv om Danmark og Sverige har grunnlovsfestet det kommunale selvstyret, kan man ikke si at prinsippet står sterkere i deres rettssystemer.

---

<sup>92</sup> Nou. 2004 nr. 18 s. 35

<sup>93</sup> Nou. 2004 nr. 18 s. 35

## 9 Er rettighetslovgivningen og kommunalt selvstyre forenelige størrelser

### 9.1 Innledning

”Vi må ikke la rikspolitikerne få lov til å gjøre kommunene til velferdsstatens nattmenn i en vanskelig politisk og verdimessig prioriteringsprosess”. Dette sitatet er hentet fra en artikkel av Jan Fridthjof Bernt.<sup>94</sup> Sitatet illustrer noe av det jeg skal ta opp under denne problemstillingen, både de lege lata og de lege ferenda. Det er mange syn på det kommunale selvstyret sett i forhold til rettighetslovgivningen på helse- og sosialrettens område. Brukerorganisasjoner ett syn, kommunene og kommunenes sentralforbund ofte et annet, og staten gjennom lovgivning og bevilgende myndighet et tredje. Er synet til disse ulike gruppene i prinsippet forskjellig i Norge, og greier man på en fornuftig måte å harmonisere dem?

Prinsippet om det kommunale selvstyret er blitt viktigere de senere år. Dette skyldes for det første at volumet på tjenestene kommunene yter øker, og for det andre at kommunene blir tillagt stadig flere oppgaver som velferdsprodusent. Kommunene har ansvaret for å yte de tjenestene vi som borgere er avhengig av og som vi anser som grunnleggende. Rett til opplæring i grunnskolen og rett til den hjelp man måtte ha behov for innen helse- og sosialsektoren er noe av det vi anser som grunnleggende, samtidig som de er enormt kostnadskreven. I tillegg til dette har borgerne en grunnleggende forventning om at også andre behov og politiske løfter skal bli innfridd, prioriteringer som kommunen gjerne vil gjennomføre, men rettighetslovgivningen setter en stopper for. Dermed skapes det kontinuerlig debatt om det kommunale selvstyrets eksistens og virkeområde.

---

<sup>94</sup> Bernt, Lov og Rett 1994 s. 90

## 9.2 Hverdagen for de to prinsippene

Kjernen i det kommunale selvstyret er rådigheten over ”kommunekassa”. Ved hjelp av de kommunale midlene kan det kommunale selvstyret utøves. I norsk kommuneforvaltning har ikke kommunene vært det som kalles selvfinansierende. Staten har ikke vært villig til å gi kommunene fri beskatningsrett, men har i stede selv valgt å trekke opp de økonomiske rammene i kommunene gjennom rammetilskudd, og er således den største aktøren når det gjelder å kunne påvirke aktiviteten i kommune-Norge. Kommunenes rammeoverføringer er en del av statsbudsjettet, og må således ta sin del av ansvaret for ikke å bidra til for stor vekst i offentlig sektor, noe som kan være inflasjonsfremmende, og et betydelig argument fra sentrale politiske miljøer.

Den viktigste konsekvensen av pålegg gjennom rettighetslovgivningen er at budsjettfriheten reduseres. Kommunene får forpliktelser til å stille økonomiske og personmessige ressurser til rådighet til et bestemt formål. Disse bestemmelsene som pålegger kommunene umiddelbare rettslige forpliktelser i forhold til den enkelte, fører til at det påløper utgifter uavhengig av om det er avsatt tilstrekkelige midler på forhånd.

Ved en slik ordning skapes det situasjoner i kommunene hvor søkelyset blir rettet mot rettighetslovgivningen, og at det er på grunn av disse rettskravene at den økonomiske hverdagen er hard. I budsjetttrunder hører man gjerne fra staten at kommunene må prioritere innenfor de rammene som er gitt. Kommunenes svar er da at de er fratatt denne prioriteringsmekanismen, da rettighetslovgivningen pålegger dem å oppfylle visse minstestandarder uavhengig av økonomiske forhold. Dette avhengighetsforholdet mellom de to forvaltningsorganene kan være med på svekke ansvarsfølelsen i enkelte kommuner. Enkelte fraskriver seg ansvar i situasjoner hvor det er vanskelig å finne økonomiske grunnlag for å oppfylle de oppgaver kommunene er pålagt.<sup>95</sup> Dette er den største trusselen mot det kommunale selvstyrets legitimitet, som følger av at kommunene blir presset til å

---

<sup>95</sup> Bernt, Lov og Rett 1994 s. 73

administrere et system som nekter borgerne det lovgiver har lovet dem, i ytterste konsekvens kan det kalles et demokratiproblem.<sup>96</sup>

Kommunene vil som følge av liten økonomisk handlefrihet forsøke å strekke grenser når det gjelder de tjenestene de yter, dette kan være et rettsikkerhetsproblem for den enkelte innbygger. Løsningen enkelte har foreslått er at systemet rundt rettighetslovgivningen må bli mer likt systemet til folketrygden, ved at ansvaret flyttes tilbake til staten. Staten har vært forholdsvis avvisende til dette. Det er blitt hevdet at staten ikke er villige til å ta byrdene ved å overta ansvaret for tjenestene, samtidig som staten ikke er villige til å oppheve eksisterende rettighetslovgivning.<sup>97</sup> Konsekvensene av et statlig ansvar ville være at de lokalt tilpassede løsningene ville kunne forsvinne.

Bernt nevner at samspillet mellom kommunene og staten på mange måter baserer seg på et spill, der den enes trekk avgjør den andres plassering.<sup>98</sup> Resultatet av et slikt spill er at man står i fare for å ofre det kommunale selvstyrets troverdighet. Koster tiltak for mye gjemmer man seg bak rettighetslovgivningen og blir ikke rettighetslovgivningen innfridd gjemmer man seg bak det kommunale selvstyret.

Omsorgstilbudet rundt om i kommunene tilfredsstillter som oftest de fastlagte normene. De folkevalgte klarer stort sett å tilpasse sin drift etter det de har av økonomiske ressurser. Det man etterspør i kommune-Norge er forutsigbare rammer for de inntektene man får. Systemet i Norge med rammeoverføringer kan føre til at det ved vekslende flertall i den bevilgende forsamling, Stortinget, kan være vanskelig med langsiktig planlegging. Denne planleggingen av de grunnleggende tjenestene trenger ofte lengre perspektiver enn fire års intervaller. Det kan skape en avmaktsfølelse at det i den ene perioden blir det gitt betydelige sentrale tilskudd til for eksempel bygging av omsorgsboliger, mens man i neste

---

<sup>96</sup> Bernt, Kommunalrett, s. 573

<sup>97</sup> Bernt, Kommunalrett, s. 574

<sup>98</sup> Bernt, Lov og Rett 1994 s. 90

periode prioriterer andre hjelpeformer. Slike situasjoner kan være med på å svekke det kommunale selvstyrets stilling.

Fagmiljøer og lokaldemokratikommisjonen<sup>99</sup> uttaler at for kommunene er det et problem at velferdsytelsene trekker en stadig større andel av ressursene, samtidig som velferdslovgivningen preges av sterkere statlig styring. Dette var motivet for at kommisjonen foreslår at bruk av rettighetslovgivning må begrenses da den ser at økt bruk av individuelle rettigheter går utover det kommunale selvstyret.<sup>100</sup>

### 9.3 Lovgivningens avveining

Som jeg tidligere har presentert har lovgiver i forarbeidene til de fleste rettighetslovene avklart at det finnes en side av reglene som grenser mot det kommunale selvstyret. Disse avveiningene har også rettspraksis tatt stilling til, og langt på vei fulgt. Selv om Høyesterett i Fusa-dommen valgte å fravike det kommunale selvstyret til en viss grad, ved å si at kommunene ikke kunne gå under ”minstestandarden”, så anerkjenner de prinsippet.

Slik modellen er i norsk rett vil lovgiver måtte avveie, og ta stilling til disse to prinsippene ved utforming av ny rettighetslovgivning, på tross av at prinsippet ikke har grunnlovs rang. Mye skal til for at man velger å endre på den kursen som er lagt på området. I norsk rett vil vi nok også i fremtiden avveie prinsippene til beste for rettsikkerheten for enkeltmennesket og kommunenes handlingsrom.

En konklusjon av de vurderingene som er foretatt i denne avhandlingen må være at gjeldende rett har ivaretatt og avveid på en god måte, både at kommunene skal kunne ha påvirkning på de tjenestene de yter og enkeltmenneskets rettssikkerhet. Det er urealistisk å ha forventninger om en fullstendig tilbaketrekning fra statens side fra det kommunalpolitiske rom, så man må leve med avveininger som ivaretar begge hensynene.

---

<sup>99</sup> Nou. 2005 nr. 6

<sup>100</sup> Nou. 2005 nr. 6 s. 12

Hva vil så skje dersom man fikk en grunnlovsfesting av det kommunale selvstyret. Vil det legge press på eksisterende og ny rettighetslovgivning?

Det er de siste stortingsperiodene blitt fremmet mange forslag om grunnlovsfesting av det kommunale selvstyret. Enkelte partier på Stortinget har vært ivrigere enn andre, deriblant Senterpartiet og Venstre. Felles for de fleste grunnlovsforslagene er at de er generelle og symbolsk utformet, og ville hatt liten betydning for forholdet til rettighetslovgivningen. Et eksempel er et forslag fremmet av representantene Lund og Kleppa fra Senterpartiet til ny bestemmelse i grl. § 110 d., med følgende ordlyd:

”Stedlig Selvstyrelse udøves ved folkevalgte Organer. Nærmere Bestemmelser herom fastsættes ved Lov.”<sup>101</sup>

Slik dette forslaget er utformet vil det ikke få noen betydning i forhold til rettighetslovgivningen. Man åpner her i Grunnloven for at man kan fravike dette generelle prinsippet om kommunalt selvstyre ved lov. Men symbolverdien vil være tilstede. Forslaget fikk i kontroll og konstitusjonskomiteen bare støtte fra partiene Senterpartiet, Kristelig Folkeparti og Sosialistisk Venstreparti, som alle mente at tiden nå var moden for å grunnlovsfeste et prinsipp som var så anerkjent i det norske rettssystemet. At tiden er moden for å grunnlovsfeste det kommunale selvstyret ble også slått fast av lokaldemokratikommisjonen.<sup>102</sup> Tiden vil vise om det er et tilstrekkelig flertall i Stortinget som deler denne oppfatningen.

Logiver vil sannsynligvis ikke vedta et grunnlovsforslag som fører til vesentlige endringer i åpningen for å fravike det lokale selvstyret med tanke på ny og allerede eksisterende rettighetslovgivning. Det vil eventuelt være snakk om et forslag som understreker likeverdet mellom stat og kommune, og tydeliggjør at det kommunale selvstyret tilhører verdigrunlaget for det norske styringssystemet.

---

<sup>101</sup> Innst.S.nr. 215 (2002-03)

<sup>102</sup> Nou. 2005 nr. 6 s. 83

## 10 Litteraturliste

### 10.1 Bøker

Kjønstad, Asbjørn. *Helserett* 1.utg. Oslo, 2005.

Kjønstad, Asbjørn. Syse, Aslak. *Velferdsrett I*, 2.utg. Oslo, 2001.

Baldersheim, Harald. Bernt, Jan Fridthjof. Kleven, Terje. Rattsø, Jørn (red.). *Kommunalt selvstyre i velferdsstaten*, Oslo, 1997.

Bernt, Jan Fridthjof. Overå, Oddvar. Hove, Harald. *Kommunalrett*, 4.utg. Oslo, 2002.

Syse, Aslak. *Pasientrettighetsloven med kommentarer*, 2.utg. Oslo, 2004.

Andenæs, Mads Henry. *Rettskildelære*, Oslo, 1997.

Echoff, Torstein. *Rettskildelære*, 5. utg. ved Jan Helgesen. Oslo, 2001.

Hagstrøm, Viggo. *Obligasjonsrett*, i samarbeid med Magnus Aarbakke. Oslo, 2003.

Knoph, Ragnar. *Rettslige standarder*, Oslo, 1948.

### 10.2 Artikler

Smith, Eivind. *Grunnlovsfesting av kommunalt selvstyre*, Lov og Rett nr. 1, 2003, s. 3.

Bernt, Jan Fridthjof. *Kan kommunalt selvstyre og rettssikkerhet forenes?*, Lov og Rett 1994, s. 67.



Halvorsen, Marit. *"Nødvendig helsehjelp" som redskap for prioriteringer*, Lov og Rett 2004, s. 143.

Kjønstad, Asbjørn. *Rettighetslovgivning og kommunalt selvstyre*, Lov og Rett 2003, s. 341.

Bernt, Jan Fridhjøf. *Rettsikkerhetsbegrepet og kampen om velferdsstatens verdigrunnlag*, Tvers igjennom lov til seier, s. 155. Utgiver: Unipax.

Jerstad, Carl Aasland. *Kommunene under sterkt press fra Høyesterett innen helse- og sosialretten*, Lov og Rett 1997, s. 513.

Kjønstad, Asbjørn. *Rettighetstenkningens fremvekst i sosialsektoren*, Ånd og rett- festskrift til Birger Stuevold Lassen på 70- årsdagen 19. august 1997, s. 534.

### 10.3 Forarbeider og andre offentlig dokumenter

Innst. S. nr. 215 (2002-03) *Innstilling fra kontroll- og konstitusjonskomiteen om forslag fra Morten Lund og Magnhild Meltveit Kleppa om ny § 110 d i Grunnloven (lokalt selvstyre)*

Innst. S. nr. 110 (1988-89) *Om samtykke til undertegning av og godkjenning av Europarådskonvensjonen av 15. oktober 1985 om lokalt selvstyre*

Innst. O. nr. 7 (1982-83) *Innstilling fra sosialkomiteen om 1. Lov om helsetjenester i kommunene. 2. Lov om ...*

Ot.prop. nr. 8 (1999-00) *Om lov om endring i lov 13. des. 1991 nr. 81 om sosiale tjenester m.v. (Brukerstyrt personlig assistent)*

Ot.prop. nr. 42 (1991-92) *Om lov om kommuner og fylkeskommuner*

Ot.prop. nr. 29 (1990-91) *Om lov om sosiale tjenester m.v. (Sosialloven)*

Ot.prop. nr. 66 (1981-82) *1. Om lov om helsetjenesten i kommunene, 2. Om lov ...*

Ot.prop. nr. 36 (1980-81) *1. Om lov om helsetjenesten i kommunene, 2. Om lov ...*

NOU 2005: 6 *Samspill og tillit, om staten og lokaldemokratiet*

NOU 2004: 18 *Helhet og plan i sosial- og helsetjenester (samordning og samhandling i kommunale sosial- og helsetjenester)*

St.meld. nr. 12 (2006-07) *Regionale fortrinn – regional framtid*

St.meld. nr. 25 (2005-06) *Mestring, muligheter og mening. Framtidas omsorgsutfordringer*

St.meld. nr. 17 (2002-03) *Om statlig tilsyn*

St.prop. nr. 19 (1988-89) *Samtykke til undertegning og godkjenning av Europaråds-konvensjonen av 15. okt. 1985 om lokalt selvstyre*

## 10.4 Rettspraksis

### 10.4.1 Høyesterett

Dom avsagt 15.02.07, Publisert HR-2007-00324-A

Rt. 2000 s. 1811 (Finnanger II-dommen)

Rt. 1997 s. 877 (Tolga-dommen)

Rt. 1990 s. 874 (Fusa-dommen)

### 10.4.2 Lagmannsrett

Dom avsagt av Borgarting Lagmannsrett 26.08.96, Publisert LB-1995-585

Rg. 1992 s. 627

### 10.4.3 Tingrett

Dom avsagt av Oslo byrett 23.05.95, sak. nr. 94-4395 A/75

## 10.5 Lovregister

Lov 13. august 1915 nr. 6 om rettergangsmåter for tvistemål (tvistemålsloven)

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

Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten av forvaltningssaker (forvaltningsloven)

Lov 19. november 1982 nr. 66 om helsetjenesten i kommunene

(kommunehelsetjenesteloven)

Lov 30. mars 1984 nr. 15 om statlig tilsyn med helsetjenesten

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

Lov 2. juli 1999 nr. 61 om spesialisthelsetjenesten m.m (spesialisthelsetjenesteloven)

Lov 2. juli 1999 nr. 63 om pasientrettigheter (pasientrettighetsloven)

Lov 2. juli 1999 nr. 64 om helsepersonell m.v. (helsepersonelloven)

Forskrift 27.07.03 nr. 792 om kvalitet i pleie- og omsorgstjenestene for tjenesteyting etter lov av 19. november 1982 nr. 66 om helsetjenestene i kommunene og lov av 13. desember 1991 nr. 81 om sosiale tjenester m.v.

Forskrift 04.12.92 til lov om sosiale tjenester m.v.

## 10.6 Annet

European Charter of lokal self-government. Strasbourg, 1985

Norsk tittel: Europarådskonvensjonen av 15. oktober 1985 om lokalt selvstyre

IS-1201, Veileder til forskrift om kvalitet i pleie- og omsorgstjenestene for tjenesteyting etter kommunehelsetjenesteloven og sosialtjenesteloven fra Sosial- og Helsedirektoratet, 2004, *Kvalitet i pleie- og omsorgstjenesten*.

## 10.7 Nettsider

Statistisk sentralbyrå- [www.ssb.no](http://www.ssb.no)

Det danske Folketinget- [www.folketinget.dk](http://www.folketinget.dk)

Den svenske Riksdagen- [www.riksdagen.se](http://www.riksdagen.se)

Stortinget- [www.stortinget.no](http://www.stortinget.no)

Regjeringen- [www.regjeringen.no](http://www.regjeringen.no)

Helsetilsynet- [www.helsetilsynet.no](http://www.helsetilsynet.no)

Lovdata- [www.lovdata.no](http://www.lovdata.no)

