

UiO : **Det juridiske fakultet**

# Møtet med den irregulære migrant. Den norske helsetjenestens forpliktelser.

Kandidatnummer: 550

Leveringsfrist: 25.11.2016

Antall ord: 17 989



# Innholdsfortegnelse

|          |  |          |
|----------|--|----------|
| <b>1</b> | <b>INNLEDNING.....</b>   | <b>1</b> |
| 1.1      | Tema/aktualitet.....   | 1        |
| 1.2      | Problemstilling .....  | 1        |
| 1.3      | Begrepsavklaring .....   | 2        |
| 1.3.1    | Irregulær migrant.....   | 2        |
| 1.3.2    | Helsetjenesten .....   | 3        |
| 1.3.3    | Helsehjelp .....   | 3        |
| 1.3.4    | Rettinghetspasient/rettskrav på helsehjelp.....  | 3        |
| 1.4      | Rettskilder og metode .....  | 3        |
| 1.4.1    | Nasjonal rett.....   | 3        |
| 1.4.2    | Internasjonal rett .....   | 4        |
| 1.5      | Avgrensninger .....  | 5        |
| 1.6      | Den videre fremstilling .....  | 6        |
| <b>2</b> | <b>HELSETJENESTENES FORPLIKTELSER ETTER NORSK<br/>HELSELOVGIVNING.....</b>                 | <b>7</b> |
| 2.1      | Hvem er de forpliktete?.....   | 8        |
| 2.1.1    | Primærhelsetjenesten .....   | 8        |
| 2.1.2    | Spesialisthelsetjenesten .....   | 11       |
| 2.2      | Forsvarlighetskravet.....  | 13       |
| 2.2.1    | Kravet til forsvarlig virksomhet (systemkravet) – hol. § 4-1 og sphl. § 2-2 ....           | 13       |
| 2.2.2    | Forsvarlighetskravet i hpl. § 4(1) (individkravet) .....                                   | 15       |
| 2.2.3    | Den videre fremstilling.....   | 16       |
| 2.3      | Forskrift om rett til helse- og omsorgstjenester til personer uten fast opphold i riket... | 16       |
| 2.3.1    | Rett til vurdering.....  | 17       |
| 2.3.2    | Rett til øyeblikkelig helsehjelp .....   | 17       |
| 2.3.3    | Den alminnelige regel om helsehjelp til voksne.....  | 17       |
| 2.3.4    | Rett til psykisk helsevern.....  | 20       |
| 2.3.5    | Nødvendig helsehjelp før og etter fødsel.....  | 21       |
| 2.3.6    | Rett til svangerskapsavbrudd.....  | 22       |
| 2.3.7    | Rett til smittevern .....  | 22       |
| 2.3.8    | Helsehjelp til frihetsberøvede .....   | 23       |
| 2.3.9    | Rett til helse- og behandlingmessige opplysninger.....                                     | 24       |
| 2.3.10   | Finansiering av helsehjelpen .....   | 24       |
| 2.3.11   | Oppsummering .....   | 25       |
| 2.3.12   | Den videre fremstilling.....   | 27       |

|          |  |           |
|----------|--|-----------|
| 2.4      | Et større ansvar? Ordlyden i pliktbestemmelsene – hol. § 3-1(1) og sphl. § 2-1.....                              | 27        |
| 2.4.1    | Til hvem? – “oppholder seg i kommunen” og “befolkningen” .....   | 27        |
| 2.4.2    | Hva? – “sørge for”- ansvaret .....   | 29        |
| 2.5      | Et større ansvar? Forsvarlighetskravet.....  | 30        |
| 2.5.1    | Virkeområde .....  | 30        |
| 2.5.2    | Systemnivå.....  | 31        |
| 2.5.3    | Individnivå.....   | 33        |
| <b>3</b> | <b>RETTE TIL HELSE I MENNESKERETTIGHETSKONVENSJONENE<br/>INNTATT I MENNESKERETTSLOVEN.....</b>                   | <b>34</b> |
| 3.1      | Helsevernet etter EMK art. 2 og 3 .....  | 35        |
| 3.2      | Helsevernet etter KDK art. 12.....   | 36        |
| 3.3      | Helsevernet etter ØSK art. 12 .....  | 38        |
| 3.3.1    | Retten til den “høyest oppnåelige helsestandard” .....   | 38        |
| 3.3.2    | Konvensjonspartenes plikter etter art. 12 .....  | 39        |
| 3.3.3    | Konvensjonspartenes plikt til å gjennomføre rettighetene .....   | 41        |
| 3.4      | Er retten til helse i art. 12 tilstrekkelig gjennomført i helsetjenestens møte med<br>irregulære migranter?..... | 44        |
| 3.4.1    | Ikke-diskriminering .....  | 45        |
| 3.4.2    | Innholdet i retten etter art. 12 – “høyest oppnåelige helsestandard” .....                                       | 46        |
| 3.4.3    | Innholdet i retten etter art. 12 – kravet om tilgjengelighet .....   | 47        |
| 3.4.4    | Maastricht guidelines – plikten til å respektere, beskytte og oppfylle .....                                     | 48        |
| 3.4.5    | Prinsippet om progressiv gjennomføring – art. 2(1).....  | 49        |
| 3.4.6    | Det ressursrelative prinsipp og kravet til minstestandard – art. 2(1).....                                       | 49        |
| 3.5      | Art. 4 og muligheten for begrensninger .....   | 50        |
| 3.5.1    | Krav om lov .....  | 51        |
| 3.5.2    | Forenelig med rettighetenes natur .....  | 51        |
| 3.5.3    | Formål å fremme den allmenne velferd.....  | 52        |
| 3.6      | Oppsummering .....   | 53        |
| <b>4</b> | <b>AVSLUTTENDE BETRAKTNINGER.....</b>  | <b>54</b> |
| 4.1      | Oppsummerende om problemstilling.....  | 54        |
| 4.2      | Rettspolitiske argumenter for et større ansvar .....   | 54        |
| <b>5</b> | <b>LITTERATUR .....</b>  | <b>56</b> |
| 5.1      | Bøker og kapitler i bøker .....  | 56        |
| 5.2      | Artikler .....   | 57        |
| 5.3      | Lovkommentarer .....   | 57        |
| 5.4      | Dommer .....   | 58        |

|      |                                  |    |
|------|----------------------------------|----|
| 5.5  | Lover .....                      | 58 |
| 5.6  | Forskrifter.....                 | 59 |
| 5.7  | Forarbeider .....                | 59 |
| 5.8  | Offentlige uttalelser.....       | 59 |
| 5.9  | Konvensjoner .....               | 60 |
| 5.10 | Internasjonale uttalelser .....  | 61 |
| 5.11 | Magasin/avis .....               | 61 |
| 5.12 | Undersøkelser og rapporter ..... | 61 |
| 5.13 | Annet.....                       | 62 |

# 1 Innledning

## 1.1 Tema/aktualitet

I følge en undersøkelse gjort på vegne av statistisk sentralbyrå fra 2008 kan det befinne seg rundt 18 000 mennesker i Norge uten lovlig oppholdsgrunnlag.<sup>1</sup> Undersøkelsen er ikke lenger ny, slik at tallet i dag kan være høyere. Disse 18 000 eller flere menneskene, lever i stor grad isolert fra det organiserte samfunn, særlig på grunn av manglende tilgang til arbeidsmarkedet og sentrale velferdsgoder som helse- og sosialhjelp. Samtidig har mange bodd i landet i årevis, ofte uten planer om eller muligheter til å forlate landet. De er innenfor, men holdes samtidig utenfor.

Irregulære migranter er ingen enhetlig gruppe, men det ulovlige oppholdet gjør at deres situasjon i Norge har visse fellestrekk. Felles for dem som faller inn under betegnelsen er ofte usikkerheten i hverdagen og de manglende framtidsutsiktene som preger den enkeltes livssituasjon.

Oppgavens tema er helsetjenestens plikt til å sørge for helsehjelp til irregulære migranter. I følge årsrapporten for helsesenteret for papirløse migranter i Oslo, har irregulære migranter slike helsemessige plager og utfordringer som de fleste andre. Samtidig er helsebehovene ofte preget av manglende tilgang på helsehjelp i opprinnelseslandet, samt belastningen av både migrasjonsreisen og den usikre livssituasjonen i Norge.<sup>2</sup>

Til tross for at helsebehovene er de samme, er helsetilbudet ganske annerledes. Irregulære migranternes rett på helsetjenester er svært begrenset i forhold til pasient- og brukerrettighetslovens utgangspunkt om pasienters rett på nødvendig helsehjelp i pasbrl. §§ 2-1a og 2-1b, jfr. §1-3.<sup>3</sup>

## 1.2 Problemstilling

Reguleringen av irregulære migranternes rett på helsehjelp er kritisert fra flere hold, blant annet for å være i strid med internasjonale menneskerettigheter og grunnleggende humanitære hensyn. I denne oppgaven belyses regelverket og utfordringer ved det, med utgangspunkt i helsetjenestens forpliktelser overfor denne gruppen.

---

<sup>1</sup> Zhang (2008) s. 3

<sup>2</sup> Kirkens bymisjon årsrapport (2015) s. 9

<sup>3</sup> Jfr. lov om pasient- og brukerrettigheter (1999), heretter pasbrl.

Problemstillingen er:

*I hvilken utstrekning plikter den norske helsetjenesten å tilby voksne irregulære migranter helsehjelp?*

Problemstillingen fordrer en undersøkelse av både nasjonal rett og internasjonale menneskerettigheter.

### **1.3 Begrepsavklaring**

#### **1.3.1 Irregulær migrant**

Irregulær migrant er en av flere betegnelser på personer som oppholder seg ulovlig i landet.

Utlendingsloven regulerer utlendingers adgang til og opphold i riket, og definerer lovlige oppholdsgrunnlag, jfr. utlendingsloven § 2.<sup>4</sup> Det følger av utl. § 5 at “med utlending forstås i denne lov enhver som ikke er norsk statsborger.” Hvorvidt en ikke-norsk statsborger har lovlig opphold eller ikke, må derfor avgjøres på bakgrunn av hvorvidt vedkommende oppfyller lovens vilkår for lovlig opphold eller ikke. Vurderingen må gjøres med utgangspunkt i lovens enkeltbestemmelser.<sup>5</sup> Dette innebærer at mennesker uten lovlig opphold i landet vil omfatte personer som

- har fått visum eller oppholdstillatelse på falskt grunnlag
- ikke har registrert seg hos myndighetene ved ankomst til Norge
- har fått endelig avslag på sin asylsøknad
- har visum eller oppholdstillatelser som har utløpt<sup>6</sup>

Oppgaven benytter begrepet irregulær migrant da det er en nøytral beskrivelse, som antyder at det som er felles for gruppen er at deres migrasjon har blitt “irregularisert”, ved at noen former for mobilitet regnes som ulovlig.<sup>7</sup>

---

<sup>4</sup> Lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (2008), heretter utl.

<sup>5</sup> Andersen (2014) s. 32

<sup>6</sup> Kirkens bymisjon (2009) s. 6

<sup>7</sup> Jacobsen (2015) s. 29

### 1.3.2 Helsetjenesten

Helsetjenesten brukes som betegnelse på de som har plikter etter helse- og omsorgstjenesteloven,<sup>8</sup> spesialisthelsetjenesteloven,<sup>9</sup> og helsepersonelloven.<sup>10</sup> Uttrykket omfatter således både staten, helseforetakene, kommuner og helsepersonell.

### 1.3.3 Helsehjelp

Pasient- og brukerrettighetsloven definerer helsehjelp i § 1-3c) som “handlinger som har forebyggende, diagnostisk, behandlende, helsebevarende, rehabiliterende eller pleie- og omsorgsformål og som er utført av helsepersonell.”<sup>11</sup> Begrepene helsehjelp og helsetjenester brukes noe om hverandre. Meningsinnholdet er det samme.

### 1.3.4 Rettighetspasient/rettskrav på helsehjelp

Det er ”pasient” som definert i pasbrl. § 1-3a) som har rett på helsehjelp, forutsatt at vilkårene for når hjelpen skal gis er oppfylt. Pasientbegrepet er vidt definert, slik at både den som henvender seg til helsetjenesten med ønske om å bli pasient og den som allerede mottar helsehjelp er inkludert.<sup>12</sup>

Å ha rettskrav på helsehjelp innebærer at pasienten oppfyller vilkårene i helselovgivningen for når helsehjelp skal gis. Når vilkårene er oppfylt innebærer rettskravet at vedkommende kan få dom for at helsetjenesten plikter å yte helsehjelp.<sup>13</sup>

## 1.4 Rettskilder og metode

### 1.4.1 Nasjonal rett

Oppgavens kapittel 2 omhandler norsk rett og benytter derfor alminnelig juridisk metode. De viktigste rettskildene på området er lovtekst og forskrift. Utgangspunktet tas i ordlyden i de aktuelle lov- og forskriftsbestemmelsene. Lovenes forarbeider, samt høringsnotat og rundskriv til forskriftsreguleringene kaster lys over bestemmelsenes innhold.

---

<sup>8</sup> Lov om kommunale helse- og omsorgstjenester m.m (2011), heretter hol.

<sup>9</sup> Lov om spesialisthelsetjenesten m.m (1999), heretter sphl.

<sup>10</sup> Lov om helsepersonell (1999), heretter hpl.

<sup>11</sup> Jfr. hpl. § 3

<sup>12</sup> Befring (2016) s. 21

<sup>13</sup> Kjørstad (2007) s. 145

Helseretten er preget av overordnede prinsipper. Særlig sentralt for oppgaven er prinsippet om forsvarlighet. Forsvarlighetskravet er forankret i lovbestemmelser, men har også selvstendig betydning som alminnelig prinsipp.<sup>14</sup> Prinsippets tosidighet gjør at det kan være vanskelig å sette klare grenser for når kravet binder som selvstendig rettsregel, og når det må oppfattes som en veiledende tolkningsnorm.

Området er preget av lite rettspraksis, noe som kan ha sammenheng med at den aktuelle gruppen ofte har begrensede økonomiske ressurser, samt liten tilknytning til det organiserte samfunnet. Å gå til sak for å få bekreftet sin rett til helsehjelp vil sannsynligvis sjelden oppleves aktuelt.

Oppgaven benytter en del litteratur, da temaet er godt behandlet i juridisk teori. Selv om juridisk teori har liten selvstendig rettskildeverdi, illustrerer den godt både retten slik den er, og sider ved den som kan problematiseres.

Oppgaven gjør også etiske vurderinger, og benytter blant annet legeforeningens etiske retningslinjer for leger.

#### 1.4.2 Internasjonal rett

I oppgavens kapittel 3 tolkes artiklene som verner retten til helse i menneskerettighetskonvensjonene i menneskerettsloven.<sup>15</sup>

Internasjonale konvensjoner må tolkes i samsvar med internasjonale regler for tolkning av traktater. Wien-konvensjonen om traktatretten gir detaljerte regler om tolkningen av internasjonale konvensjoner.<sup>16</sup> Norge er ikke tilsluttet konvensjonen, men da den må regnes som folkerettslig sedvanerett, er den likevel forpliktende for Norge.<sup>17</sup>

Det følger av Wien-konvensjonen art. 31(1) at utgangspunktet for tolkningen av konvensjoner er ordlyden, i lys av konvensjonens gjenstand og formål. Artiklenes ordlyd vil således danne utgangspunktet for oppgavens tolkning av menneskerettighetsbestemmelsene.

Oppgavens kapittel 3 benytter i stor utstrekning ØSK-komiteens “General Comments” og “Concluding Observations”, samt KDK-komiteens “General Recommendations” i tolkningen

---

<sup>14</sup> Kjørstad (2007) s. 219 og s. 324-326

<sup>15</sup> Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (1999), heretter mskrl.

<sup>16</sup> Wien-konvensjonen om traktatretten (1969)

<sup>17</sup> Ruud og Ulfstein (2001) s. 89



av konvensjonsbestemmelsene. Wien-konvensjonen nevner ikke komitépraksis som relevant rettskilde, men slik praksis blir stadig vektlagt i domstolsorganer både nasjonalt og internasjonalt. Blant annet gjelder dette både den Europeiske menneskerettighetsdomstol og FNs menneskerettighetskomite, i individklagesakene.<sup>18</sup> Norske domstoler tillegger også slike uttalelser vekt, jfr. blant annet Rt. 2008 s. 1764 der Høyesterett sier at slike uttalelser må ha ”betydelig vekt som rettskilde”.

Høyesterettsdommer Skoghøy bemerker i et foredrag at inkorporasjon av internasjonale konvensjoner innebærer en inkorporasjon av konvensjonenes folkerettslig forpliktende innhold. Derfor må slike folkerettslig relevante tolkningsuttalelser, ifølge Skoghøy, også forstås som en del av inkorporasjonen.<sup>19</sup> Selv om uttalelsen ikke har noen direkte rettskildev verdi, er den av sentral betydning da den indikerer at Høyesterett vil kunne behandle slike tolkningsuttalelser som en relevant rettskilde.

Rettskildev verdien av komitépraksis er etter dette usikker, men mye taler for å tillegge komitépraksis rettskildemessig betydning. Det er likevel klart at slik praksis som minimum har stor verdi som autoritativ tolkningsfaktor.

## 1.5 Avgrensninger

Oppgaven handler om voksne irregulære migranter, og går derfor ikke nærmere inn på helse- tjenestens mer omfattende plikter i møte med mindreårige irregulære migranter.

Voksne som er frihetsberøvet nevnes kort, men utgjør ingen sentral del av fremstillingen, da oppgavens omfang ikke tillater det.

Helse- og omsorgstjenesteloven gjelder både helsetjenester og omsorgstjenester. Ansvar for omsorgstjenester faller utenfor oppgavens tema, og blir ikke behandlet når oppgaven gjør rede for bestemmelser i hol. som også gjelder omsorgstjenester.

Når det gjelder internasjonale rettskilder avgrenses det mot menneskerettigheter som ikke er gjennomført i menneskerettsloven. Dette gjøres av hensyn til oppgavens omfang, men også fordi konvensjonene i menneskerettsloven står i en særstilling, da de gjelder som norsk lov med forrang for bestemmelser i annen lovgivning i tilfeller av motstrid.<sup>20</sup> Barnekonvensjonen drøftes ikke, da barns rettigheter ikke vurderes i oppgaven. Hovedvekten legges på ØSK som

---

<sup>18</sup> Høstmølingen (2010) s. 93

<sup>19</sup> Skoghøy (2016) s. 10

<sup>20</sup> Jfr. mskrl. § 3

oppstiller det mest omfattende vernet av retten til helse, av konvensjonene i menneskerettsloven.<sup>21</sup>

Når det gjelder ansvarssubjektene som refereres til som “helsetjenesten”, sikter oppgaven hovedsakelig til stat og kommune, herunder helsepersonell. Helseforetakenes ansvar presenteres, men oppgaven forholder seg likevel til stat og kommune som hovedaktører, og behandler ikke helseforetakene særlig inngående.

Oppgaven går ikke grundig inn på helsepersonells særlig plikter, men behandler deler av ansvarlighetskravet som følger av hpl. § 4(1). Helsepersonells møte med irregulære migranter er et stort tema, som oppgaven ikke kan dekke fullstendig. Avgrensningen gjøres derfor av hensyn til oppgavens omfang.

## **1.6 Den videre fremstilling**

For å gjøre rede for helsetjenestenes forpliktelser overfor irregulære migranter, må man ta utgangspunkt i to møter: møtet mellom den irregulære migrant og helsetjenesten som virksomhet, og møtet mellom den irregulære og den enkelte helsearbeider. Helsetjenestens forpliktelser overfor irregulære migranter må bestemmes ut fra kravene som stilles til begge disse møtene.

Helsetjenestens forpliktelser i møte med irregulære migranter, må vurderes i forhold til både nasjonal helselovgivning og internasjonale menneskerettigheter. Oppgaven har derfor to hoveddeler: Kapittel 2 gjør rede for og diskuterer helsetjenestens forpliktelser i lys av den nasjonale helselovgivningen. Kapittel 3 tar for seg retten til helse i internasjonale menneskerettigheter og diskuterer deretter følgene for den norske helsetjenestens forpliktelser i møtet med irregulære migranter. I kapittel 4 gjøres det noen avsluttende betraktninger rundt oppgavens tema og problemstilling.

---

<sup>21</sup> FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (1966)

## 2 Helsetjenestenes forpliktelser etter norsk helselovgivning

Den nasjonale helselovgivningen kjennetegnes av rettighetsbestemmelser og pliktbestemmelser. Rettighetstanken i helseretten fikk fotfeste på 1980-tallet.<sup>22</sup> I dag er pasientrettighetene godt etablert både i samfunnet og i lovgivningen. I hovedsak er dagens pasientrettigheter gitt i pasient- og brukerrettighetsloven med forskrifter. Helsetjenestens motsvarende plikter reguleres av helse- og omsorgstjenesteloven og spesialisthelsetjenesteloven. Utgangspunktet for forståelsen av forholdet mellom lovene er at helsetjenestens forpliktelser overfor den enkelte må forstås på bakgrunn av hvilke rettigheter den enkelte er gitt.<sup>23</sup>

Det følger av pasbrl. § 1-2 at loven som utgangspunkt gjelder for ”alle som oppholder seg i riket.” Etter paragraf 1-2(1)(2) kan Kongen “...gjøre unntak fra lovens kapittel 2 for personer som ikke er norske statsborgere eller ikke har fast opphold i riket.” Unntakshjemmelen er benyttet, slik at retten til helsetjenester til personer uten fast opphold i riket er regulert i forskrift av 16.12.2011,<sup>24</sup> heretter helseforskriften. Utgangspunktet for helsetjenestens forpliktelser overfor irregulære migranter er således helseforskriftens rettigheter.

Når oppgavens tema er omfanget av helsetjenestens forpliktelser, er det samtidig naturlig å fokusere på pliktlovene og gjøre rede for disse, uavhengig av den enkeltes motsvarende rettigheter. Pliktlovene gjelder selvstendig og samtidig med rettighetsbestemmelsene og inneholder også plikter som åpenbart ikke har sammenheng med den enkeltes rettigheter. Som eksempel; plikten til å drive helsefremmende og forebyggende arbeid i hol. § 3-3.

Opgaven har således som utgangspunkt at helsetjenestens forpliktelser overfor irregulære migranter må klargjøres på bakgrunn av både pliktlovene som gjelder for helsetjenesten, *sammenholdt* med helseforskriften og rettighetene irregulære migranter er gitt i denne. Det er derfor naturlig å ta utgangspunkt i lovverket som oppstiller pliktene til de forskjellige delene av helsetjenesten.

Redegjørelsen i kapittel 2.1 og 2.2 er generell, og fokuserer ikke spesielt på irregulære migranter. Jeg kommer tilbake til omfanget av irregulære migranternes rettigheter, og følgene rettighetene har for helsetjenestens ansvar i punkt 2.3. Mot slutten av kapittelet, i punkt 2.4, ser jeg nærmere på sammenhengen mellom plikt- og rettighetsbestemmelsene og diskuterer sider av reguleringene som kan problematiseres.

---

<sup>22</sup> Kjønstad (2007) s. 36

<sup>23</sup> Jfr. prop. 91 L (2010-2011) Lov om kommunale helse- og omsorgstjenester m.m. (helse- og omsorgstjenesteloven) s. 487

<sup>24</sup> Se forskrift 16.12. 2011 nr. 1255 om rett til helse- og omsorgstjenester til personer uten fast opphold i riket

## 2.1 Hvem er de forpliktete?

Helsetjenestens forpliktelser i møte med pasienter,<sup>25</sup> herunder irregulære migranter, reguleres av flere lover.

Helsepersonelloven regulerer helsepersonells yrkesutøvelse. Det følger av hpl. § 3 at “helsepersonell” omfatter alle med autorisasjon eller lisens og andre som gir helsehjelp i helsetjenesten og på apotek, herunder studenter og elever. Helsepersonell har profesjonsansvar, og er bundet både av helsepersonelloven, arbeidsgivers styringsrett og profesjonsetiske retningslinjer.<sup>26</sup> Helsepersonellens ansvar utdypes nærmere i kapittel 2.2.2 om forsvarlighetskravet, da den mest sentrale bestemmelsen for deres plikter er kravet til forsvarlighet i hpl. § 4.

Tema i punkt 2.1.1 og 2.1.2 er helsetjenesten som virksomhet og det sentrale regelverket består av pliktbestemmelser og organisatoriske bestemmelser. Helsetjenesten som virksomhet har systemansvar og plikter å sørge for at nærmere bestemte helsetjenester gjøres tilgjengelig, og samtidig legge til rette for at helsepersonell får utøvet sitt yrke på en slik måte at *deres* lovpålagte forpliktelser blir overholdt.<sup>27</sup>

Den offentlige helsetjenesten kan deles inn i to forvaltningsnivåer: primærhelsetjenesten og spesialisthelsetjenesten. Under følger en redegjørelse for *hvem* de forpliktete er, *hvilke* helse-tjenester de plikter å tilby og *til hvem* tjenestene som utgangspunkt skal tilbys.

### 2.1.1 Primærhelsetjenesten

#### 2.1.1.1 Hvem?

Primærhelsetjenesten reguleres av helse- og omsorgstjenesteloven. Det følger av lovens § 3-1(1) at: “Kommunen skal sørge for at personer som oppholder seg i kommunen, tilbys nødvendige helse- og omsorgstjenester.”

Kommunens plikter er negativt avgrenset mot spesialisthelsetjenesten, slik at tjenestetilbudet skal inneholde slike nødvendige helsetjenester som spesialisthelsetjenesten ikke tilbyr. Grensen mellom de to tjenestenivåene er noe flytende.<sup>28</sup> Ansvar må i tillegg avgrenses mot pasientens ansvar for egen helse og velferd.<sup>29</sup>

---

<sup>25</sup> Jfr. pasbrl. § 1-3

<sup>26</sup> Befring (2016) s. 24

<sup>27</sup> Befring (2016) s. 23

<sup>28</sup> jfr. prop. 91 L s. 133

<sup>29</sup> Kjellevoid (2012) s.19

Kommunen er ikke forpliktet til selv å yte helsehjelpen direkte, men kan oppfylle sin plikt ved å gjøre den tilgjengelig gjennom avtaler med andre offentlige eller private tjenesteytere, jfr. hol. § 3-1(5). Kommunens konkrete handlingsplikter følger av hol. § 3-1(3), som oppstiller en plikt for kommunen til å "...planlegge, gjennomføre, evaluere og korrigere virksomheten, slik at tjenestens omfang og innhold er i samsvar med krav fastsatt i lov eller forskrift."

### 2.1.1.2 Hva?

For å oppfylle sitt sørge for – ansvar skal kommunen gjøre tilgjengelig nærmere bestemte tjenester. Disse tjenestene er i hovedsak regulert i hol. § 3-2(1), men følger også av § 3-3 - § 3-10 og hol. kap. 5.

Det følger av hol. § 3-2(1), at kommunen blant annet skal sørge for tjenester som helsestasjon, skolehelsetjeneste, svangerskaps- og barselomsorgstjeneste, legevakt, fastlege, helsetjenester i hjemmet, sykehjem, osv. Oppregningen i hol. § 3-2(1) er ikke uttømmende, og gir uttrykk for et minstenivå av tjenester som kommunen har plikt til å sørge for.<sup>30</sup>

Kommunens ansvar innebærer å sørge for tilstrekkelig tilgang på øyeblikkelig og nødvendig helsehjelp, jfr. hol. § 3-5(1) og § 3-1(1). Plikten gjelder i relasjon til tjenestene som nevnes i § 3-2.

Kommunen er forpliktet til å yte "øyeblikkelig helsehjelp" etter hol. § 3-5(1) når den er "påtrengende nødvendig" i den grad kommunen kan gi et forsvarlig tilbud.<sup>31</sup> Kan den ikke det, må det henvises videre til spesialisthelsetjenesten. Om så er tilfelle må avgjøres på grunnlag av et medisinsk faglig skjønn.<sup>32</sup> Ordlyden tilsier at vilkåret for øyeblikkelig hjelp er strengt, og at situasjonen må være kritisk.

Etter § 3-1(1) plikter kommunen også å sørge for "nødvendig helsehjelp". I følge Kjønstad er nødvendig et strengt kriterium, som ikke gir rett på en optimal livsstandard, samtidig som retten strekker seg lenger enn retten til øyeblikkelig hjelp.<sup>33</sup>

Det følger av forarbeidene til helse- og omsorgstjenesteloven at "nødvendige helse- og omsorgstjenester" er en sammensatt standard som innebærer tre forskjellige avveininger. Det må vurderes hva som er helsefaglig nødvendig, individets behov må veies opp mot felleskapets

---

<sup>30</sup> Jfr. prop. 91 L s. 492

<sup>31</sup> Kjellebold (2012) note 30.

<sup>32</sup> Jfr. prop. 91 L s. 492

<sup>33</sup> Kjønstad (2007) s. 161

behov og ressurser, og det må foretas en avveining av hva som vil være en rettferdig fordeling mellom mennesker med sammenlignbare behov. Likevel fremheves det at det er den enkeltes medisinske nød som skal stå i sentrum av vurderingen av hva som må regnes som nødvendig.<sup>34</sup>

Uttalelsen tilsier at kommunens plikt til å sørge for nødvendig helsehjelp ikke kan fastsettes nøyaktig, men krever en mer helhetlig vurdering av flere faktorer, der pasientens medisinske behov veier tyngst.

Forarbeidene fremhever samtidig at innholdet i nødvendige helse- og omsorgstjenester, er nært knyttet til kravet om forsvarlige tjenester jfr. hol. § 4-1(1). Jeg kommer tilbake til forsvarlighetskravet under punkt 2.2.

### *2.1.1.3 Til hvem?*

Kommunens sørge for – ansvar gjelder overfor “personer som oppholder seg i kommunen”, jfr. hol. § 3-1(1). Ordlyden tilsier et bredt ansvarsområde.

I følge forarbeidene gjelder ansvaret også personer som kun oppholder seg midlertidig i kommunen.<sup>35</sup> Forarbeidene stiller likevel krav til at oppholdet i kommunen må strekke seg over et visst tidsrom. Som eksempel avgrenses det mot personer som har bosted og oppholdssted i en annen kommune, som reiser over kommunegrensen for å få tilgang på helsetjenestene i nabokommunen.<sup>36</sup>

Forarbeidene uttaler samtidig i forbindelse med forståelsen av sørge for – ansvaret, at kommunens plikt innebærer å gjøre tjenestene tilgjengelige for dem som har rett til å motta tjenestene etter pasient- og brukerrettighetsloven § 2-1a.<sup>37</sup> Hvorvidt dette begrenser den klare ordlyden er uklart.

Plikten til å yte øyeblikkelig hjelp etter § 3-5(1) gjelder overfor “den enkelte”. Ordlyden tilsier at ansvaret gjelder overfor enhver med et behov for øyeblikkelig hjelp, uavhengig av både bosted og oppholdssted.

---

<sup>34</sup> Prop. 91 L s. 161-163

<sup>35</sup> Prop. 91 L s. 486

<sup>36</sup> L.c.

<sup>37</sup> L.c.

## 2.1.2 Spesialisthelsetjenesten

### 2.1.2.1 Hvem?

Spesialisthelsetjenesteloven regulerer spesialisthelsetjenester som "...tilbys eller ytes i riket av staten og private, når ikke annet følger av de enkelte bestemmelser i loven", jfr. sphl. § 1-2. Her konsentrerer jeg meg av hensyn til oppgavens problemstilling om tjenester som ytes av staten.

Det følger av sphl. § 2-1 at: "Staten har det overordnede ansvar for at befolkningen gis nødvendig spesialisthelsetjeneste."

Statens ansvar utøves gjennom helseforetakene som reguleres av helseforetaksloven.<sup>38</sup> Statens overordnede ansvar innebærer en forpliktelse til å sørge for at helseforetakene er i stand til å gjennomføre sin plikt til å sørge for spesialisthelsetjenester i sin region.<sup>39</sup>

Det følger av sphl. § 2-1 at helseforetakene plikter å "...sørge for at personer med fast bopel eller oppholdssted innen helseregionen tilbys spesialisthelsetjeneste." Ansvaret utdypes videre i hfl. som pålegger helseforetakene det overordnede ansvaret for å iverksette den nasjonale helsepolitikken i sin helseregion, jfr. hfl. § 2a (1). Dette medfører at de regionale helseforetakene har ansvar for å sørge for forsvarlige helsetjenester ut fra behovet i helseregionen.

Ansvaret for det konkrete helsetilbudet kan, som for primærhelsetjenesten, gjennomføres ved avtaler med andre offentlige eller private instanser.<sup>40</sup> Ansvaret for å sørge for forsvarlige helsetjenester vil likevel påligge helseforetakene og staten. Det overordnede ansvaret er definert i hfl. § 2a andre punktum som å "...planlegge, organisere, styre og samordne virksomhetene i helseforetakene som de eier."

### 2.1.2.2 Hva?

Som for primærhelsetjenesten, oppstilles det også for spesialisthelsetjenesten et sørge for – ansvar, jfr. sphl. § 2-1.

Tjenestene som skal gjøres tilgjengelige er beskrevet i sphl. § 2-1a 1. – 7. Beskrivelsen er ikke uttømmende, jfr. ordlyden "herunder". Tjenestene inkluderer blant annet sykehus, medisinske

---

<sup>38</sup> Lov om helseforetak m.m (2001), heretter hfl.

<sup>39</sup> Grammeltvedt (2015) note 4

<sup>40</sup> Grammeltvedt (2015) Note 5

laboratorietjenester, radiologiske tjenester, akuttmedisinsk beredskap, nødmeldingstjeneste, tverrfaglig tilbud til rusmiddelavhengige og transport både av pasienter og helsepersonell.

Spesialisthelsetjenesten plikter, som primærhelsetjenesten, å tilby helsehjelp i to hovedkategorier: Øyeblikkelig helsehjelp og nødvendig helsehjelp.

Plikten til å yte “øyeblikkelig helsehjelp” følger av spesialisthelsetjenesteloven § 3-1(1). Bestemmelsen lyder: “Sykehus og fødestuer skal straks motta pasienter som trenger somatisk helsehjelp når det etter de foreliggende opplysninger må antas at den hjelp institusjonen eller avdelingen kan gi er påtrengende nødvendig.”

Helsehjelpen vil være påtrengende nødvendig dersom det er akutt fare for liv eller nedsatt funksjonsevne. Hjelpen må være nødvendig for å avverge disse farene.<sup>41</sup> Vurderingen gjøres ut fra et medisinsk skjønn. Når det gjelder omfanget av øyeblikkelig hjelp mener Kjønstad at plikten opphører når faren er over eller pasienten er døende uten at det kan gis tilstrekkelig hjelp.<sup>42</sup>

Hva som ligger i “nødvendig helsehjelp”, jfr. sphl. § 2-1, vil være en vurdering lik den etter helse- og omsorgstjenesteloven,<sup>43</sup> og må ha sin hovedvekt på en medisinfaglig vurdering av pasientens behov, der kravet til forsvarlig virksomhet og forsvarlig minstestandard er sentrale rettesnorer, jfr. kapittel 2.2.

### 2.1.2.3 Til hvem?

Statens ansvar for å sørge for nødvendige spesialisthelsetjenester gjelder overfor “befolkningen”, jfr. sphl. § 2-1. Ansvaret er ikke nærmere avgrenset. Forarbeidene gjør heller ingen nærmere spesifisering av ansvaret. En naturlig språklig forståelse av uttrykket tilsier at befolkningen rommer alle som bor eller oppholder seg i landet på fast basis.

Det følger av sphl. § 2-1a at de regionale helseforetakenes ansvar gjelder “personer med fast bopel eller oppholdssted innen helseregionen.”

Forarbeidene gjør ikke nærmere rede for hvordan fast bopel eller oppholdssted skal forstås. En naturlig språklig forståelse av uttrykkene tilsier at ansvaret gjelder overfor dem som har

---

<sup>41</sup> Ot.prp.nr. 10 (1998-1999) om lov om spesialisthelsetjenesten m.m s. 51

<sup>42</sup> Kjønstad (2007) s. 153

<sup>43</sup> Grammeltvedt (2015) note 21



fast bostedsadresse i regionen eller som oppholder seg i regionen utover en viss varighet. Det er naturlig å legge samme forståelse til grunn som etter hol. § 3-1(1), jfr. punkt 2.1.2.

Øyeblikkelig helsehjelp skal ytes overfor “pasienter”, jfr. sphl. § 3-1(1). Pasient defineres i pasbrl. § 1-3 og inneholder ingen avgrensning i forhold til helseregioner og kommunegrenser. Det må derfor legges til grunn i tråd med ordlyden at ansvaret for slik helsehjelp gjelder overfor alle pasienter uten begrensninger.

## 2.2 Forsvarlighetskravet

Kravet til forsvarlighet er sentralt for å forstå omfanget av og innholdet i helsetjenestens forpliktelser. Kravet er forankret i lovbestemmelser, men gjelder også generelt som overordnet prinsipp både i tolkningen og anvendelsen av helselovgivningen som helhet.<sup>44</sup>

Kravet til forsvarlighet retter seg både mot helsepersonell, jfr. hpl. § 4, og helsetjenesten som virksomhet, jfr. hol. § 4-1 som gjelder for primærhelsetjenesten og sphl. § 2-2 som gjelder for spesialisthelsetjenesten.

### 2.2.1 Kravet til forsvarlig virksomhet (systemkravet) – hol. § 4-1 og sphl. § 2-2

Hol. § 4-1 lyder:

Helse- og omsorgstjenester som tilbys eller ytes etter loven her skal være forsvarlige. Kommunen skal tilrettelegge tjenestene slik at:

- a. den enkelte pasient eller bruker gis et helhetlig og koordinert helse- og omsorgstjenestetilbud,
- b. den enkelte pasient eller bruker gis et verdig tjenestetilbud,
- c. helse- og omsorgstjenesten og personell som utfører tjenestene blir i stand til å overholde sine lovpålagte plikter og
- d. tilstrekkelig fagkompetanse sikres i tjenestene.

Kongen i statsråd kan i forskrift gi nærmere bestemmelser om kommunens plikt etter første ledd bokstav d.

Sphl. § 2-2 lyder:

“Helsetjenester som tilbys eller ytes i henhold til denne loven skal være forsvarlige. Spesialisthelsetjenesten skal tilrettelegge sine tjenester slik at personell som utfører tjenestene, blir i

---

<sup>44</sup> Kjelland (2016) s. 79-80

stand til å overholde sine lovpålagte plikter, og slik at den enkelte pasient eller bruker gis et helhetlig og koordinert tjenestetilbud.”

Selv om kravet om verdighet ikke følger av ordlyden i sphl. § 2-2, som i hol. § 4-1, er spesialisthelsetjenesten likevel forpliktet av kravet til verdighet med grunnlag i forsvarlighetskravet som ulovfestet prinsipp.<sup>45</sup>

Innholdet i forsvarlighetskravet er det samme for spesialisthelsetjenesten som for primærhelsetjenesten. Forarbeidene til helse- og omsorgstjenesteloven gjør grundig rede for forsvarlighetskravet, og er relevante for forståelsen av kravet både for primærhelsetjenesten og spesialisthelsetjenesten.<sup>46</sup>

Forarbeidene fremhever at forsvarlighetskravet er en rettslig standard, som innebærer at innholdet må fastlegges ut fra normer som er uavhengig av selve lovteksten. Derfor må fagkunnskap, faglige retningslinjer og allmenngyldige samfunnsetiske normer tillegges vekt når innholdet skal fastlegges.<sup>47</sup> Forsvarlighetskravet er således ikke en statisk norm, men en norm som vil kunne endre seg over tid i takt med utviklingen av verdioppfatninger i samfunnet ellers.

Kjernen av forsvarlighetskravet er det som kan betegnes som *god praksis*. Forsvarlighetskravet binder helsetjenesten til å planlegge, gjennomføre, evaluere og korrigere tjenestetilbudet slik at det til enhver tid er i tråd med slik god praksis. Dette innebærer et ansvar for helsetjenesten til å sørge for at tiltakene fungerer, holder tilfredsstillende kvalitet, ytes i tide og gis i tilstrekkelig omfang. Kravet innebærer en plikt til å sørge for at de enkelte ytelsene er tilstrekkelige, men også til å sørge for at virksomheten som helhet holder et forsvarlig nivå.<sup>48</sup>

Det er likevel ikke slik at alle avvik fra god praksis kan regnes som uforsvarlig. Innbakt i forsvarlighetskravet er kravet om å holde en forsvarlig *minstestandard*. Minstestandarden bestemmer når avviket fra god praksis er så stort at grensen til det uforsvarlige er nådd. I rommet mellom god praksis og forsvarlighetskravets nedre grense, er helsetjenesten således overlatt en viss grad av skjønn. Det er her slike hensyn som økonomi og rettferdig fordeling kan vektlegges i vurderingen av hva som må regnes som nødvendig helsehjelp.<sup>49</sup> I forbindelse med minstestandarden kan derimot hverken primær- eller spesialisthelsetjenesten ta andre

---

<sup>45</sup> L.c.

<sup>46</sup> Prop. 91 L s. 509

<sup>47</sup> Ibid. s. 264

<sup>48</sup> Prop. 91 L s. 494

<sup>49</sup> Jfr. oppgavens punkt 2.1.1 om innholdet i nødvendig helsehjelp.

hensyn enn pasientens medisinske behov.<sup>50</sup> Forarbeidene viser i denne sammenheng til Rt. 1990 s. 874, der den uforbeholdne retten til en forsvarlig minstestandard for første gang ble fastslått.

Kravet til forsvarlighet tjener således en dobbelt funksjon og forplikter som minimum helse-tjenesten til å sørge for et tilbud som holder en forsvarlig minstestandard. Samtidig gis det, i kravet til god praksis, en rettesnor for hvordan helsetjenestens virksomhet skal planlegges og gjennomføres.<sup>51</sup>

Forsvarlighetskravet binder også helsetjenesten som virksomhet til å tilrettelegge tjenestene slik at også helsepersonell blir i stand til å utføre sine plikter i tråd med forsvarlighetskravet på individnivå.

### 2.2.2 Forsvarlighetskravet i hpl. § 4(1) (individkravet)

Det følger av helsepersonelloven § 4(1) at “helsepersonell skal utføre sitt arbeid i samsvar med de krav til faglig forsvarlighet og omsorgsfull hjelp som kan forventes ut fra helsepersonellets kvalifikasjoner, arbeidets karakter og situasjonen for øvrig.”

Kravet i hpl. § 4(1) er todelt; det stilles krav til både medisinsk faglighet og helsehjelpens omsorgsaspekt. At plikten må vurderes i forhold til hva pasienten kan forvente ut fra helsepersonellets kvalifikasjoner, arbeidets karakter og situasjonen for øvrig innebærer, i følge Kjønstad, at kravet til forsvarlighet vil variere med hva “pasienten kan forvente ut fra helsearbeidernes rammebetingelser.”<sup>52</sup> Forarbeidene fremhever også at forsvarlighetskravets innhold må preges av faglig tilhørighet, kvalifikasjoner, variasjon i personlig erfaring og kompetanse.<sup>53</sup>

På samme måte som på systemnivå er forsvarlighetskravet på individnivå også en rettslig standard. At arbeidet skal være i samsvar med krav til faglig forsvarlighet, innebærer en vektlegging av normer utenfor loven. I følge Kjønstad innebærer dette at det som vil være forsvarlig ut fra helsefagernes egne kunnskaper, innsikt og holdninger vil være forsvarlig også i lovens betydning.<sup>54</sup> Yrkesfaglige retningslinjer for de ulike yrkesgruppene i helsetjenesten er således av interesse. Som eksempel kan nevnes legeforeningens etiske regler for leger. Rele-

---

<sup>50</sup> Prop. 91 L s. 161-162

<sup>51</sup> Ibid. s. 494

<sup>52</sup> Kjønstad (2007) s. 228

<sup>53</sup> jfr. ot.prp.nr. 13 (1998-1999) om lov om helsepersonell m.v, s. 37

<sup>54</sup> Kjønstad (2007) s. 226-227

vansen av slike retningslinjer fremgår også av forarbeidene, som fremhever at slike retningslinjer er retningsgivende for innholdet i forsvarlighetskravet.<sup>55</sup>

Standarden innebærer også for helsepersonell et krav om å yte helsehjelp som holder kravene til god praksis og som minimum en forsvarlig minstestandard. På samme måte som på systemnivå vil grensen for det uforsvarlige først være nådd når ytelsene ligger under det som må regnes som minstestandarden for forsvarlig helsehjelp. Mellom god praksis og det uforsvarlige er det således også helsepersonell gitt rom for visse avvik fra god praksis. Samtidig følger det av forarbeidene at all helsehjelp i utgangspunktet skal være begrunnet i hensynet til pasientens beste.<sup>56</sup>

Hpl. § 4(1) innebærer også en plikt for helsepersonell til å utføre sitt arbeid med omsorg. I følge Kjønstad peker dette på forsvarlighetskravets etiske og humanistiske dimensjon.<sup>57</sup> Molven fremhever at kravet om omsorg innebærer at pasientene skal møtes med respekt, verdighet, innlevelse og imøtekommenhet.<sup>58</sup>

### 2.2.3 Den videre fremstilling

Hittil er det gjort rede for helsetjenestens generelle plikt til å sørge for nødvendig og øyeblikkelig helsehjelp i lys av kravet til forsvarlighet. I kap 2.3 følger en redegjørelse for irregulære migranternes rettigheter etter helseforskriften, og følgene disse rettighetene har for helsetjenestens forpliktelser i møte med denne gruppen.

## 2.3 Forskrift om rett til helse- og omsorgstjenester til personer uten fast opphold i riket

Det klare utgangspunkt er at helsetjenesten plikter å sørge for tilgang til de tjenester irregulære migranter har rettskrav på etter helseforskriften. Plikten til å yte de konkrete tjenestene påligger helsepersonell. Ansvar for disse tjenestene er udiskutabelt.

Helseforskriftens § 2 oppstiller fulle helserettigheter for personer som har lovlig opphold i riket, og som oppfyller nærmere angitte vilkår i paragrafens bokstav a), b), og c). For personer uten lovlig opphold oppstilles et begrenset utvalg helsetjenester, som det gis rettskrav på under nærmere bestemte vilkår. For helsetjenesten innebærer dette en plikt til å sørge for tilgang

---

<sup>55</sup> jfr. ot.prp.nr. 13 (1998-1999) s. 35

<sup>56</sup> Ot.prp.nr. 13 (1998-1999) s. 216

<sup>57</sup> Ibid. s. 228

<sup>58</sup> Molven (2006) s. 192

til begrensede tjenester i noen tilfeller og fulle tjenester i andre tilfeller. Fulle tjenester innebærer en plikt til å sørge for nødvendig helsehjelp etter hol. § 3-1(1) og sphl. § 2-1.<sup>59</sup>

### 2.3.1 Rett til vurdering

Det følger av helseforskriften § 1 at: “Alle personer som oppholder seg i riket, har rett til vurdering fra spesialisthelsetjenesten etter pasient- og brukerrettighetsloven § 2-2(1) første, andre og tredje punktum.”

At retten gjelder for alle som oppholder seg i riket innebærer at retten også gjelder for de uten lovlig opphold.

Manglete henvisning til bestemmelsens andre ledd innebærer at irregulære migranter ikke vil ha rett på individuelt fastsatt frist for når helsehjelpen senest skal starte.

### 2.3.2 Rett til øyeblikkelig helsehjelp

Det følger av helseforskriftens § 3 at: “Alle personer som oppholder seg i riket, har rett på øyeblikkelig hjelp etter pasient- og brukerrettighetsloven §§ 2-1a første ledd og 2-1b første ledd.” Henvisningene innebærer at retten gjelder overfor både primær- og spesialisthelsetjenesten.

Retten er gitt alle som oppholder seg i riket, også de uten lovlig opphold.

Innholdet i retten til øyeblikkelig helsehjelp svarer til helsetjenestens plikt til å yte øyeblikkelig helsehjelp, som gjort rede for ovenfor under kapitlene 2.1.1 og 2.1.2.

### 2.3.3 Den alminnelige regel om helsehjelp til voksne

Retten til helsehjelp for voksne irregulære migranter følger av helseforskriften § 5 som lyder:

Alle personer som oppholder seg i riket, har rett til følgende helsehjelp etter pasient- og brukerrettighetsloven § 2-1 a andre ledd og § 2-1 b andre ledd første punktum:

a) helsehjelp som er helt nødvendig og ikke kan vente uten fare for nært forestående død, varig sterkt nedsatt funksjonstilstand, alvorlig skade eller sterke smerter. Dersom vedkommende er psykisk ustabil og utgjør en nærliggende og alvorlig fare for eget eller andres liv eller helse, har vedkommende uansett rett til psykisk helsevern

---

<sup>59</sup> Se kap 2.1

- b) nødvendig helsehjelp før og etter fødsel
- c) svangerskapsavbrudd etter bestemmelsene i abortloven
- d) smittevern hjelp, jf. smittevernloven § 6-1
- e) helsehjelp som ikke bør vente til frihetsberøvelsen er opphørt, dersom vedkommende er undergitt frihetsberøvelse som nevnt i folketrygdloven § 2-17.

At rettighetene gjelder for alle i riket, innebærer at den også tilfaller de uten lovlig opphold.

Paragrafen gir i noen tilfeller rett på full tilgang til nødvendig helsehjelp, jeg kommer tilbake til disse situasjonene etterhvert. Det gjøres først rede for den alminnelige regel om helsehjelp til voksne irregulære migranter i helseforskriften § 5 a) første punktum.

Paragraf 5 a) første punktum oppstiller tre vilkår for at det skal oppstå en rett til helsehjelp. Den aktuelle helsetjenesten må være (1) helt nødvendig, det er et vilkår at den (2) ikke kan vente (3) uten fare for at visse angitte alvorlige følger inntre. Vilkår to og tre henger tett sammen.

At helsehjelpen må være *helt nødvendig* innebærer at retten er innsnevret i forhold til hva pasienter ellers har rett på etter pasbrl., der vilkåret er at helsehjelpen er nødvendig. At hjelpen må være helt nødvendig har betydning både for når den må gis, og omfanget av hjelpen som skal gis.

Det følger av høringsnotatet om endring av prioriteringsforskriften, at bestemmelsen er ment å gi dem med de mest alvorlige og tidskritiske helsetilstandene tilgang på helt nødvendig helsehjelp.<sup>60</sup> Det bemerkes videre at bestemmelsen er ment å dekke de situasjonene der helsetilstanden på kort tid vil kunne utvikle seg til en øyeblikkelig hjelp – situasjon. I følge rundskrivet til prioriteringsforskriften vil f.eks. forebyggende og rehabiliterende behandling normalt falle utenfor retten.<sup>61</sup> Selv om høringsnotatet og rundskrivet begge gjelder tidligere forskriftsreguleringer er de fortsatt relevante, da helseforskriften viderefører tidligere rett.<sup>62</sup>

Når det gjelder tidsrammen for rettigheten er det et vilkår at den konkrete helsetjenesten *ikke kan vente* uten fare for at en av de nevnte følgene vil inntre. Departementet har i høringsnotatet knyttet denne vurderingen opp mot en treukers frist, som er fastsatt med utgangspunkt i en vurdering av når vedkommende må forventes å forlate landet.<sup>63</sup> Departementet anslår at en

---

<sup>60</sup> Helse- og omsorgsdepartementet (2010) s. 10, heretter hod.

<sup>61</sup> I-5/2011 punkt 2.2

<sup>62</sup> Jfr. hod. (2011) punkt 4

<sup>63</sup> Hod. (2010). 10

frist på 2-3 uker vil være tilstrekkelig tid for vedkommende til å forlate landet. Tanken er videre at helsehjelpen deretter må søkes oppfylt i mottakslandet. Hvorvidt det er fare for at følgen vil inntre i løpet av denne treukers fristen eller ikke, og om helsehjelpen således kan vente eller ikke, skal ifølge rundskrivet være en helsefaglig vurdering.<sup>64</sup> Høringsnotatet gir noen eksempler på hvilke tilstander som vil kunne oppfylle vilkåret om helsehjelp som ikke kan vente; truende hjerteinfarkt, forvarsel til hjerneslag, brannskader av tredje grad og mistanke om svært alvorlig kreftsykdom.<sup>65</sup>

Helsehjelpen skal gis når den ikke kan vente uten at det er fare for at visse følger inntre. *Følgene* som skal vurderes er nært forestående død, varig sterkt nedsatt funksjonstilstand, alvorlig skade eller sterke smerter. Vilkårene er svært strenge, og ligger tett opp under en øyeblikkelig hjelp-situasjon. At følgene må være nært forestående understreker tidsaspektet ytterligere, i tillegg til kravet om at hjelpen ikke kan vente. Andersen kaller helsehjelpen etter § 5 a) en “preventiv øyeblikkelig hjelp” med krav om nærhet i tid til en øyeblikkelig hjelp-situasjon.<sup>66</sup> Høringsnotatet vektlegger at tilstanden i løpet av kort tid, 0-3 uker, vil utvikle seg til en øyeblikkelig hjelp-situasjon.<sup>67</sup>

Fare for død er bare aktuelt der den er nært forestående. Dette innebærer at sikker eller antatt død mer enn 2-3 uker frem i tid, ikke nødvendigvis vil utløse en rett til helsehjelp etter bestemmelsen.

Varig sterkt nedsatt funksjonstilstand er også et strengt kriterium. At tilstanden må være varig, innebærer at forbigående funksjonsnedsettelse ikke er relevante. I følge høringsnotatet innebærer kriteriet at vedkommende uten helsehjelp vil bli “varig redusert som følge av vedvarende sterke smerter eller lidelse, uten utsikt til bedring, eller vedvarende problemer med vitale livsfunksjoner uten utsikt til bedring.”<sup>68</sup>

Alvorlig skade er også et strengt kriterium. I lys av eksemplene på tilstander som kan utløse rett til helsehjelp, jfr. ovenfor, må en eventuell skade være svært omfattende før retten utløses. Også i forhold til alvorlig skade, vektlegger høringsnotatet at tilstanden i løpet av kort tid vil kunne eskalere til en øyeblikkelig hjelp – situasjon.<sup>69</sup>

---

<sup>64</sup> I-5/2011

<sup>65</sup> Hod. (2010) s. 11

<sup>66</sup> Andersen (2014) s. 71

<sup>67</sup> Hod. (2010) s. 11

<sup>68</sup> Hod. (2010) s. 11

<sup>69</sup> L.c.

At smerten må være sterk for å utløse en rett, innebærer at pasienten vil måtte tåle å gå med høye grader av smerter uten at det utløser en rett til helsehjelp.

I tillegg til de nevnte vilkår, må det i følge departementet stilles krav om at pasienten har forventet nytte av helsehjelpen. I følge høringsnotatet forutsetter helsehjelpen at det må foreligge omfattende dokumentasjon på at hjelpen vil “bedre pasientens livslengde eller livskvalitet med en viss varighet, at tilstanden klart vil forverres uten behandlingsmuligheter eller at framtidige behandlingsmuligheter blir forspilt ved utsettelse av helsehjelpen.”<sup>70</sup> I tillegg forutsetter departementet at det gjøres en kostnads- og nyttevurdering, der effekten av helsehjelpen klart står i forhold til kostnaden av behandlingen.

Som det fremgår av det foregående gis nødvendig helsehjelp etter § 5 a) første punktum i kritiske tilfeller, som i de fleste tilfeller vil ligge tett opp til øyeblikkelig hjelp – situasjoner.

#### 2.3.4 Rett til psykisk helsevern

Helseforskriften § 5 a) andre punktum gjør unntak fra vilkårene i første punktum, og gir pasienten rett til psykisk helsevern ”dersom vedkommende er psykisk ustabil og utgjør en nærliggende og alvorlig fare for eget eller andres liv eller helse”.

En rett til psykisk helsevern innebærer at vedkommende har rett på undersøkelse og behandling fra spesialisthelsetjenesten på grunn av psykisk lidelse, samt den pleie og omsorg som dette krever jfr. psykisk helsevernloven § 1-2.<sup>71</sup>

Det følger av høringsnotatet at formålet med bestemmelsen er hensynet til folkehelsen og andre samfunnsmessige grunner.<sup>72</sup> Formålet med full tilgang til denne type helsehjelp er dermed ikke bare å hjelpe pasienten selv, men i tillegg å sikre allmenne hensyn.

Helseforskriften oppstiller to vilkår for rett til psykisk helsevern; at pasienten er psykisk ustabil, og at han/hun utgjør en fare for seg selv eller andre. Vilkårene er kumulative.

Vilkåret om fare for eget eller andres liv eller helse ligger tett opp til vurderingen av farekriteriet etter phvl. § 3-3 nr. 3 b), som er ett av to kumulative vilkår for å etablere tvungent psykisk helsevern. Målgruppen for psykisk helsevern etter helseforskriften er likevel videre enn den er for tvungent psykisk helsevern etter psykisk helsevernloven.

---

<sup>70</sup> Ibid. s. 12

<sup>71</sup> Lov om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern (1999), heretter phvl.

<sup>72</sup> Hod. (2010) s. 14



Etter helseforskriften gjelder retten til psykisk helsevern for personer som er ”psykisk ustabile”, mens det for tvungent psykisk helsevern etter psykisk helsevernloven gjøres en mer kvalifisert vurdering av hvorvidt pasienten lider av en “alvorlig sinnslidelse”, som gjør helsevernet nødvendig.<sup>73</sup> Gruppen som potensielt har rett på psykisk helsevern etter helseforskriften er med andre ord større enn dem som kan pålegges tvungent psykisk helsevern etter psykisk helsevernloven. Departementet understreker at for å etablere tvungent psykisk helsevern for denne gruppen, kreves det at vilkårene etter psykisk helsevernloven samtidig må være oppfylt, jfr. phvl. § 3-3.<sup>74</sup>

I tillegg må vedkommende utgjøre en “nærliggende og alvorlig fare for eget eller andres liv og helse”, jfr. § 5a)(1) andre punktum.

Høringsnotatet legger til grunn at det må foreligge konkrete holdepunkter for at vedkommende kan utgjøre en nærliggende fare.<sup>75</sup> Det er ikke tilstrekkelig at personen kan antas å være farlig, det må foreligge en viss styrke i farevurderingen.

Faren for skade må samtidig være av et visst omfang, det rent bagatellmessige faller utenfor bestemmelsens virkeområde. Faren kan gjelde både psykisk og fysisk helse, både i forhold til vedkommende selv, og andre.

Fare for eget liv gjelder ikke bare en fare for selvmord eller selvskadning, men også faren for at vedkommende omkommer eller tar fysisk eller psykisk skade på andre måter som en følge av den psykiske tilstanden.<sup>76</sup>

### 2.3.5 Nødvendig helsehjelp før og etter fødsel

Helsehjelp i forbindelse med fødsel er øyeblikkelig hjelp, jfr. helseforskriften § 3 jfr. pasbrl. § 2-1b(1). Dermed har kvinner uten lovlig opphold rett på fødselshjelp med grunnlag i helseforskriftens § 3. Paragraf 5 b) gir likevel en selvstendig rett til “nødvendig helsehjelp før og etter fødsel.”

Retten etter § 5 b) er mer omfattende enn retten til øyeblikkelig hjelp i forbindelse med fødsel.

---

<sup>73</sup> Søvig (2015) s. 53-54.

<sup>74</sup> Hod. (2010) s. 15

<sup>75</sup> L.c.

<sup>76</sup> Jfr. ot.prp.nr.11 (1998-1999) Om lov om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern s. 155

Det følger av ordlyden, “før og etter” at hjelpen ikke bare gjelder selve fødselen. Både høringsnotatet og rundskrivet vektlegger betydningen av at alle gravide kvinner skal ha tilgang på svangerskaps- og barselomsorg.<sup>77</sup>

Høringsnotatet utdyper rettighetene videre og fremhever at retten skal omfatte regelmessige svangerskapskontroller i tråd med anbefalingene fra Helsedirektoratet. Retten skal i følge høringsnotatet også omfatte regulær ultralyd, medisinske undersøkelser og prøver i tråd med anbefalingene. Kvinner med risikofaktorer skal i tillegg tilbys nødvendig tilleggsoppfølging.<sup>78</sup>

Ansvar for svangerskapsomsorgen påligger kommunen, som må sørge for at kvinner som oppholder seg i kommunen har tilgang på svangerskapsomsorg, enten hos allmennlege eller jordmor.<sup>79</sup>

### 2.3.6 Rett til svangerskapsavbrudd

Helseforskriftens § 5 c) gir rett til “svangerskapsavbrudd etter bestemmelsene i abortloven.”<sup>80</sup>

Retten er i høringsnotatet begrunnet med at retten til å få svangerskapsavbrudd er en særlig viktig rettighet for utsatte grupper som prostituerte, ofre for menneskehandel, og andre kvinner som er ulovlig i landet. Departementet fremhever samtidig at retten til abort for alle kvinner kan være viktig for å avverge at kvinner med ulovlig opphold søker andre muligheter for abort.<sup>81</sup>

### 2.3.7 Rett til smittevern

Paragraf 5 d) gir også dem uten lovlig opphold rett på “smittevernhelp”, jfr. første ledd.

Med bakgrunn i hensynet til folkehelsen og allmenne hensyn er enhver som oppholder seg i Norge gitt rett til smittevernhelp etter smittevernloven, jfr. lovens § 1-2.<sup>82</sup> Det følger av smittevernloven §§ 7-1 og 7-3 at ansvaret for å yte smittevernhelp påligger både primærhelsetjenesten og spesialisthelsetjenesten.

---

<sup>77</sup> Hod. (2010) s. 13 og I-5/2011 punkt 2.3

<sup>78</sup> Hod. (2010) s. 13

<sup>79</sup> L.c.

<sup>80</sup> Lov om svangerskapsavbrudd (1975)

<sup>81</sup> Hod. (2010) s. 16

<sup>82</sup> Hod. (2010) s. 15

Helseforskriftens § 5 d) viser til smittevernloven § 6-1, som angir retten til smittevernhjelp. Smittevernloven § 6-1(2) gir rettigheter både til den som er i fare for å bli smittet av en allmennfarlig smittsom sykdom, og til den som allerede er smittet.

Hvorvidt man er i fare for å bli smittet avgjøres på grunnlag av en faglig vurdering. Er det grunn til å anta at man er i fare, utløses en rett på vaksinasjon, informasjon og annen nødvendig forebyggende hjelp, jfr. § 6-1(2)(1). Selve smittefaren må ifølge forarbeidene være konkret, men kravet til fare skal likevel være forholdsvis lavt. Ordvalget “grunn til å anta” rommer en viss tvil som bør komme den enkelte til gode.<sup>83</sup>

Personer som allerede er smittet har etter § 6-1(2)(2) rett på medisinsk diagnostikk, behandling, pleie og annen nødvendig smittevernhjelp.

Det er fare for “allmennfarlig smittsom sykdom” som utløser rettighetene etter § 6-1. § 1-3(1) nr. 3 gir en definisjon av uttrykket:

“Allmennfarlig smittsom sykdom: en sykdom som er særlig smittsom, eller som kan opptre hyppig, eller har høy dødelighet eller kan gi alvorlige eller varige skader, og som

- a) vanligvis fører til langvarig behandling, eventuelt sykehusinnleggelse, langvarig sykefravær eller rekonvalesens, eller
- b) kan få så stor utbredelse at sykdommen blir en vesentlig belastning for folkehelsen, eller
- c) utgjør en særlig belastning fordi det ikke fins effektive forebyggende tiltak eller helbredende behandling for den.”

Paragraf 1-3(2) bestemmer at departementet i forskrift angir hva som til enhver tid skal regnes som allmennfarlige smittsomme sykdommer. Hjemmelen er benyttet i forskrift om allmennfarlige smittsomme sykdommer, som lister opp en rekke sykdommer, deriblant sars, botulisme, kopper og kikhoste.<sup>84</sup>

### 2.3.8 Helsehjelp til frihetsberøvede

Frihetsberøvede er gitt rett til “helsehjelp som ikke bør vente til frihetsberøvelsen er opphørt, dersom vedkommende er undergitt frihetsberøvelse som nevnt i folketrygdloven § 2-17”, jfr. helseforskriften § 5 e).

---

<sup>83</sup> Ot.prp.nr.91 (1991-1992) Om lov om vern mot smittsomme sykdommer s. 165

<sup>84</sup> Forskrift 1. januar 1995 nr. 100 om allmennfarlige smittsomme sykdommer

Henvisningen til folketrygdloven § 2-17 innebærer at utgiftene ved helsetjenester som gis under frihetsberøvelse dekkes som om vedkommende var medlem i trygden. Forutsetningen er at utgiftene ikke dekkes av andre eller vedkommende selv, jfr. ftrl. § 2-17(4).

I følge høringsnotatet til prioriteringsforskriften er bestemmelsen blant annet begrunnet i at vedkommende vil ha begrensede muligheter til å oppsøke andre helsetjenester. Helsetjenester i hjemlandet vil være utelukket.<sup>85</sup>

Vilkåret for helsehjelpen til frihetsberøvede er at hjelpen *ikke bør vente* til frihetsberøvelsen er opphørt. Det følger av rundskrivet til prioriteringsforskriften at hva som bør vente, er en mildere vurdering en hva som ikke kan vente. Det vil si at både forebyggende og rehabiliterende helsehjelp som regel vil omfattes. Hva som ikke bør vente, må samtidig vurderes i forhold til frihetsberøvelsens lengde.<sup>86</sup> Høringsnotatet til prioriteringsforskriften legger også til grunn at forebyggende behandling vil omfattes, men fremhever samtidig at helsehjelpen bør begrenses noe, slik at helsehjelp som uten nevneverdige konsekvenser kan vente til frihetsberøvelsen er over, ikke omfattes av rettigheten.

### 2.3.9 Rett til helse- og behandlingmessige opplysninger

Alle som oppholder seg i riket er etter helseforskriften § 7 gitt rett til "...helse- og behandlingmessige opplysninger som vedkommende trenger for å ivareta sin rett." Bestemmelsen viser til pasient- og brukerrettighetsloven § 2-1a(4) og 2-1b(3) og gjelder således ovenfor både primær- og spesialisthelsetjenesten.

At rettigheten gjelder for alle som oppholder seg i riket innebærer at den gjelder også for dem som oppholder seg ulovlig i landet.

Rettigheten innebærer at vedkommende i møte med helsetjenesten skal informeres om egen helsetilstand, og om hvilke rettigheter vedkommende med grunnlag i denne har på helsehjelp.

### 2.3.10 Finansiering av helsehjelpen

Irregulære migranter er ikke dekket av folketrygden, som er statens finansieringsordning for helsetjenestene, og har således betalingsplikt for helsetjenestene de mottar.<sup>87</sup> Helseforskriften har ingen egen bestemmelse om betalingsplikt, den må utledes direkte av spesialisthelsetje-

---

<sup>85</sup> Hod. (2010) s. 17

<sup>86</sup> I-5/2011 punkt 2.2

<sup>87</sup> Ibid. punkt 3

nesteloven § 5-3 og av forskrifter til helse- og omsorgstjenesteloven.<sup>88</sup> Helseforskriften viser ikke til disse bestemmelsene, men betalingsplikten er likevel forutsatt i rundskrivet og høringsnotatet til prioriteringsforskriften.<sup>89</sup>

Både høringsnotatet og rundskrivet fremhever at det ikke er anledning til å kreve forhåndsbetaling.<sup>90</sup> Søvig påpeker at helsepersonell i møte med pasienter samtidig er forpliktet til å gi pasienten informasjon i samsvar med pasient- og brukerrettighetsloven § 3-2.<sup>91</sup> Denne informasjonsplikten må ifølge Søvig tolkes vidt, slik at informasjon om den etterfølgende betalingsplikten også omfattes. Slik sett vil irregulære migranter bli informert om betalingsplikten som kommer, samtidig som han/hun ikke kan avkreves betaling på forhånd.

I følge Süssmann får betalingsplikten den følge at irregulære migranter i realiteten er gitt rett til å kjøpe helsetjenester fra staten i situasjoner der helsehjelpen “ikke kan vente”, men ikke ellers.<sup>92</sup>

### 2.3.11 Oppsummering

Utgangspunktet for helsetjenestens forpliktelser overfor irregulære migranter er rettighetene i helseforskriften. Helseforskriftens begrensede rettigheter gjør helsetjenestens forpliktelser, i møte med irregulære migranter, til et ganske annet ansvar enn ansvaret helsetjenesten som utgangspunkt har etter hol. § 3-1(1) og sphl. 2-1. Kun i noen få tilfeller er ansvaret upåvirket av det ulovlige oppholdet, slik at helsehjelp skal ytes i slikt omfang som ordlyden i hol. og sphl. tilsier.

Som følge av helseforskriften § 1 plikter spesialisthelsetjenesten å tilby irregulære migranter  *vurdering*, i samme utstrekning som pasienter med lovlig opphold.

Når det gjelder *øyeblikkelig hjelp* er både primær- og spesialisthelsetjenesten forpliktet til å tilby irregulære migranter slik hjelp når den er påtrengende nødvendig, i tråd med hol. §3-5(1) sphl. § 3-1(1) og pasbrl. §§ 2-1a og 2-1b, jfr. helseforskriften § 3. Primærhelsetjenestens ansvar må avgrenses mot tilfeller der den ikke er i stand til å yte et forsvarlig tilbud.

---

<sup>88</sup> Se forskrifter: for 1984-03-30 nr. 820 § 2 og for-2011-12-16 nr. 1349 § 12

<sup>89</sup> I-5/2011 punkt 3 og hod. (2010) s. 17

<sup>90</sup> Hod. (2010). s. 17 og I-5/2011 punkt 3

<sup>91</sup> Søvig (2016) s. 58

<sup>92</sup> Ibid. s. 73

Når det gjelder *nødvendig helsehjelp* skal helsetjenesten ved svangerskapsavbrudd, svangerskap, fødsel og barsel, psykisk helsevern og smittevern sørge for tilstrekkelig tilgang til nødvendig helsehjelp, jfr. § hol. § 3-1(1) og sphl. § 2-1, i samme utstrekning som til pasienter med lovlig opphold. Utover disse situasjonene plikter helsetjenesten som hovedregel kun å sørge for en begrenset variant av nødvendig helsehjelp i møte med irregulære migranter.

For helsetjenesten som virksomhet innebærer hovedregelen om helsehjelp til voksne irregulære migranter i § 5 a) første punktum et svært begrenset sørge for – ansvar, i forhold til plikten den ellers har etter hol. § 3-1(1) og sphl. § 2-1.

Paragraf 5 a) første punktum innebærer at helsetjenesten som utgangspunkt ikke plikter å tilby irregulære migranter hverken preventiv eller rehabiliterende helsehjelp.<sup>93</sup> Vilkårene i bestemmelsen gjør at helsetjenesten i mange tilfeller heller ikke må sørge for behandlende helsehjelp. Særlig farevurderingen gjør at både primær- og spesialisthelsetjenesten ikke plikter å tilby behandling ved en rekke sykdomstilstander som den ellers ville vært pliktig å respondere på. Videre gjelder dette selv om det er kjent at tilstandene kan forverres, så lenge dette ikke skjer i løpet av en 2-3 ukers periode. Skulle pasienten fortsatt befinne seg i landet etter 2-3 uker, noe som ofte vil være tilfelle, kan helsetjenesten være forpliktet til å tilby helsetjenester, fordi situasjonen har utviklet seg til en øyeblikkelig hjelp-situasjon. Et kjent eksempel er diabetes, som uten behandling vil kunne utvikle seg til leversvikt, som er en langt mer alvorlig tilstand. Helsetjenestens plikt til å yte helsehjelp utløses først når leversvikt oppstår.

De begrensede rettighetene fører til at primærhelsetjenesten ikke plikter å sørge for fastlege, jfr. manglende henvisning i helseforskriften til pasbrl. § 2-1c). Det samme gjelder også sykehustransport. Omfanget av plikten til å sørge for helsetjenester i hjemmet, og sykehjemsplass vil også være begrenset, da vilkårene i helseforskriften krever at situasjonen til enhver tid både er alvorlig og tidskritisk for at retten skal utløses. Rettighetene unntar således irregulære migranter fra flere av helsetjenestens sentrale ansvarsområder, og begrenser omfanget av hjelpeplikten i tilfellene der helsetjenester skal besørges.

Også for helsepersonell er plikten svært annerledes enn i møte med andre pasienter. At retten er knyttet til en tre ukers frist gjør vurderingen av om helsehjelp skal gis til en helt annen vurdering enn vurderingen av om en pasient med lovlig opphold skal gis nødvendig helsehjelp eller ikke. Selv om pasientens medisinske behov må vektlegges vil vurderingen av om hjelp skal gis likevel farges av vurderinger som tidvis har mer med innvandring enn medisin å gjøre. Når vilkårene krever en vektlegging av pasientens utlendingsrettslige status, samt en vur-

---

<sup>93</sup> Jfr. I-5/2011

dering av sannsynligheten for snarlig utreise får pasientens medisinske behov nødvendigvis en mer tilbaketrukket rolle og kan ikke sies å stå i sentrum, slik den skal ved vurderingen av hvorvidt en pasient med lovlig opphold har rett på nødvendig helsehjelp eller ikke.<sup>94</sup>

Vilkårene i § 5a) første punktum gjør irregulære migranter til en gruppe som må vurderes svært annerledes enn både helsetjenesten som virksomhet og helsepersonell er vant til i møte med andre pasientgrupper.

Irregulære migranter i fengsel skal tilbys helsehjelp i noe større utstrekning enn andre voksne irregulære migranter. Helsetjenestens plikter overfor denne gruppen befinner seg således i en slags mellomstilling mellom plikten til å sørge for ”nødvendig helsehjelp” til personer med lovlig opphold, og ”helt nødvendig helsehjelp som ikke kan vente” til voksne irregulære migranter.

### 2.3.12 Den videre fremstilling

Helseforskriftens begrensede rettigheter gjør at man kan skille ut en kategori av rettigheter i helselovgivningen som bare pasienter med lovlig opphold har rett på. Spørsmålet videre er derfor hvorvidt helselovgivningens pliktbestemmelser alene kan føre til at helsetjenesten plikter å tilby irregulære migranter deler av denne kategorien, som helseforskriftens rettigheter i utgangspunktet ekskluderer dem fra.

## 2.4 Et større ansvar? Ordlyden i pliktbestemmelsene – hol. § 3-1(1) og sphl. § 2-1

### 2.4.1 Til hvem? – “oppholder seg i kommunen” og “befolkningen”

Spørsmålet her er hvorvidt den generelle ordlyden i pliktbestemmelsene i hol. § 3-1(1) og sphl. § 2-1 kan pålegge primær- og spesialisthelsetjenesten et større ansvar for irregulære migranter enn helseforskriftens rettigheter tilsier.

For primærhelsetjenesten gjelder ansvaret for “personer som oppholder seg i kommunen”, jfr. hol. § 3-1(1).

“Befolkningen” som er statens ansvar etter sphl. §2-1 er også en svært generell angivelse, og er ikke nærmere utdypet eller avgrenset i forarbeidene til loven.<sup>95</sup>

---

<sup>94</sup> Prop. 91 L s. 162

<sup>95</sup> Jfr. Ot.prp.nr.10 (1998-1999)

Ordlyden i begge bestemmelsene er klar og tilsier et bredt ansvarsområde for helsetjenestene, som også inkluderer irregulære migranter.

Det uttales i forarbeidene at sørge for – ansvaret gjelder overfor dem som har rett til å motta tjenestene.<sup>96</sup> Uttalelsen gjelder likevel ikke forståelsen av uttrykket “alle som oppholder seg i kommunen.” Det er således uklart hvorvidt forarbeidene med uttalelsen søker å begrense rekkevidden av bestemmelsens klare ordlyd. Forarbeidene til sphl. ser heller ikke ut til å avgrense rekkevidden av sphl. §2-1.

I høringsnotatet til prioriteringsforskriften<sup>97</sup> kommer problemstillingen også opp i forbindelse med lignende vide uttrykk i helseforetaksloven og eldre utgaver av helselovene.<sup>98</sup> Helse- og omsorgsdepartementet kommer til at ”mye taler for” at uttrykkene i helselovene må forstås på samme måte som ”bosatt” i folketrygdloven § 2, som ikke regner ulovlig opphold som ”bosatt”.<sup>99</sup> Denne tolkningen av ftrl. § 2 er forøvrig kritisert i juridisk litteratur. Kritikken bygger på at utlendingsrettens forståelse av ”bosatt” ikke nødvendigvis bør tillegges betydning når man tolker helse- og sosialrettslig lovgivning.<sup>100</sup> Helse- og omsorgsdepartementet påpeker samtidig at rettstilstanden og ansvarsområdet er uavklart.

Da ingen autoritative kilder klart avgrenser bestemmelsenes rekkevidde er det naturlig å legge den klare ordlyden til grunn.

Selv om ordlyden i hol. § 3-1(1) og sphl. § 2-1 er svært vid, kan plikten likevel ikke forstås isolert fra den enkeltes rettigheter. Kjernen i sørge for – plikten må være å svare på den enkeltes rettskrav jfr. forarbeidene,<sup>101</sup> slik at hver enkelt gis tilgang til det vedkommende har rett på.

Påstanden er likevel at helsetjenesten har et selvstendig og samtidig ansvar med grunnlag i sphl. § 2-1 og hol. § 3-1(1) for befolkningen/alle som oppholder seg i kommunen, inkludert irregulære migranter.

Hva dette innebærer for omfanget av forpliktelsene er likevel vanskelig å fastlegge. Kjelle-vold mener at kommunen har ”et visst ansvar for å yte råd, veiledning eller andre typer tiltak

---

<sup>96</sup> Prop. 91 L s. 486

<sup>97</sup> Hod. (2010)

<sup>98</sup> “Bosatt” “fast bopel eller oppholdssted”, “bor eller midlertidig oppholder seg”.

<sup>99</sup> Lov om folketrygd (1997)

<sup>100</sup> Andenæs og Bayegan (2009)

<sup>101</sup> Prop. 91 L s. 486



og/eller tjenester”, selv om vedkommende ikke har rettskrav på tjenester.<sup>102</sup> Dette må i så fall også gjelde irregulære migranter.

#### 2.4.2 Hva? – “sørge for”- ansvaret

Dersom det er et skille mellom helsetjenestens plikter og den enkeltes rettigheter, kan man også spørre hvorvidt sørge for – ansvaret i hol. § 3-1(1) og sphi. § 2-1 pålegger helsetjenesten mer omfattende forpliktelser overfor irregulære migranter enn helseforskriften tilsier.

Kjellevold ser den klare ordlyden i hol. § 3-1(1) i sammenheng med vektleggingen av helsefremmende og forebyggende arbeid i formålsbestemmelsen til helse- og omsorgstjenesteloven, jfr. § 1-1, og hevder at kommunen i lys av dette også har et ansvar overfor dem som ikke er i en rettskravposisjon. En slik forståelse innebærer at helsetjenesten har plikter, også der pasienten ikke har et rettskrav på helsehjelp. Kjellevold nevner spesielt irregulære migranter som eksempel og sier at;

“selv om personen ikke har rettskrav på hjelp, må det legges til grunn at kommunen har *et visst ansvar* for alle som oppholder seg i kommunen, også personer som er ulovlig i landet. Det følger av ordlyden, og det er ikke gitt bestemmelser som avgrensar dette ansvaret, utover at den papirløse ikke har rettskrav på hjelp.”<sup>103</sup>

Noe nærmere anvisning på hva hun legger i ”et visst ansvar” gir Kjellevold ikke.

Det følger også av forarbeidene til hol. at kommunen i tillegg til det som er rettighetsfestet på individnivå, skal sørge for andre tjenester og oppgaver som forebygging og helsefremmende arbeid.<sup>104</sup> Dette ansvaret gjelder uavhengig av den enkeltes rettskrav, og kan således ha betydning også for irregulære migranter som ikke har krav på helsehjelp. Se også plikten i hol. § 3-3.

Kjellevold påpeker også sammenhengen mellom forsvarlighetskravet og innholdet i kommunens ansvar for å sørge for nødvendige helsetjenester etter hol. § 3-1(1). Kjellevolds påstand er at helsetjenestens ansvar ikke kan begrenses til en vurdering av hvorvidt den enkelte får oppfylt sitt krav på nødvendig helsehjelp. Det må kreves en mer helhetlig tilnærming, som innebærer både faglige og etiske vurderinger av måten tjenestetilbudet planlegges, organiseres, utføres og vedlikeholdes.<sup>105</sup>

---

<sup>102</sup> Kjellevold (2012) note 8

<sup>103</sup> Ibid. (min kursivering)

<sup>104</sup> Prop. 91 L s. 139

<sup>105</sup> Kjellevold (2012) s. 21-22

Dersom målestokken for helsetjenestens plikter etter hol. § 3-1(1) og sphl. § 2-1 er en annen enn vurderingen av om den enkeltes rettskrav på helsehjelp er møtt, kan dette ha følger for omfanget av helsetjenestens forpliktelser også overfor irregulære migranter.

Konkrete plikter er likevel vanskelig å utlede, og tolkningen fremgår ikke tydelig av autoritative rettskilder, men av juridisk teori.

Disse vurderingene henger tett sammen med forsvarlighetskravet, som er sterkt forankret i både ulovfestet rett, lovbestemmelser, og forarbeider. Forsvarlighetskravet alene kan også prege forståelsen av helsetjenestens forpliktelser overfor irregulære migranter.

## **2.5 Et større ansvar? Forsvarlighetskravet**

### **2.5.1 Virkeområde**

Forsvarlighetskravet på virksomhetsnivå gjelder helsetjenester som "tilbys eller ytes" jfr. sphl. § 2-1 og hol. § 4-1(1).<sup>106</sup> For helsepersonell gjelder forsvarlighetskravet den enkeltes "arbeid", jfr. hpl. § 4(1).

Når systemkravet gjelder helsetjenester som "tilbys eller ytes", må forsvarlighetskravets rekkevidde preges av hvilke rettigheter den enkelte er tildelt. Forsvarlighetskravet i møte med irregulære migranter gjelder derfor som utgangspunkt tjenestene som tilbys med grunnlag i helseforskriften. Dersom man legger til grunn at helsetjenesten, slik det argumenteres for i kap. 2.4.2, har et visst ansvar også overfor dem som ikke er i en rettskravposisjon, vil forsvarlighetskravet også gjelde slike videre plikter.<sup>107</sup>

Selv om forsvarlighetskravet for virksomheten gjelder tjenester som tilbys eller ytes, kan det ikke forstås så snevert for helsepersonell. For å finne ut hvorvidt irregulære migranter har krav på helsehjelp eller ikke, må vedkommende undersøkes. Undersøkelsen må regnes som "arbeid" og medfører således at helsepersonell er bundet av kravet til forsvarlighet i sitt møte med den irregulære, selv om vedkommende skulle vise seg å ikke ha rett på videre behandling, jfr. ordlyden i hpl. § 4(1).

Ettersom forsvarlighetskravet samtidig gjelder som overordnet prinsipp medfører det at det, uavhengig av gjennomslagsevne som rettsregel, har en veiledende funksjon ved tolkning og

---

<sup>106</sup> Jfr. sphl. § 2-1 og hol. § 4-1

<sup>107</sup> Kjellevoid (2012) note 8

anvendelse av andre rettsregler på helserettens område.<sup>108</sup> Slik sett kan det uansett ha en indirekte betydning for helsetjenestens forpliktelser overfor irregulære migranter.

Spørsmålet i de følgende to punkter er på bakgrunn av dette hvorvidt forsvarlighetskravet pålegger helsetjenesten og helsepersonell større plikter enn helseforskriftens rettigheter tilsier.

## 2.5.2 Systemnivå

På virksomhetsnivå er det i lys av forsvarlighetskravet særlig grunn til å problematisere den manglende plikten til å sørge for forebyggende og rehabiliterende helsehjelp.<sup>109</sup>

I alvorlige sykdomstilfeller som truende hjerteinfarkt og forvarsel til hjerneslag vil irregulære migranter ha rett på helsehjelp i form av "helt nødvendig helsehjelp som ikke kan vente" etter helseforskriften § 5 a) første punktum.<sup>110</sup> Helsetjenesten er i slike tilfeller rettslig bundet til å tilby en behandling som er forsvarlig, jfr. hol. § 4-1(1) og sphl. § 2-1. Rettighetens begrensede omfang innebærer at plikten til å yte helsetjenester opphører når den akutte situasjonen er over, og faren for alvorlige følger ikke lenger er til stede. Dette innebærer at helsetjenesten ikke behøver å sørge for lengre sykehusopphold enn det som er strengt nødvendig, og heller ikke rehabilitering i form av f.eks. opptreningstjenester og mestringskurs. Et tilbud om rent akutt behandling uten rehabilitering kan ved slike alvorlige sykdomstilfeller vanskelig oppfylle kravet til et *helhetlig, koordinert og verdig tilbud* slik forsvarlighetskravet krever, jfr. hol. § 4-1(1) og sphl. § 2-2.

At helsetjenesten heller ikke plikter å sørge for helsetjenester ved mindre alvorlige sykdommer, som senere kan utvikle seg til å bli svært alvorlig sykdom, er vanskelig å forene med forsvarlighetskravet som alminnelig prinsipp. I slike situasjoner er det klart at helsetjenesten senere vil være forpliktet til å sørge for forsvarlig helsehjelp, selv som den ikke har plikt til det der og da. Å tolke regelverket slik at en pasientgruppe stadig utsettes for forverring av sykdom som kunne vært unngått ved enkel behandling, og samtidig påføre helsetjenesten økte kostnader ved mer komplisert og omfattende behandling, er vanskelig å forene med forsvarlighetskravet som rettesnor for god praksis. Dette utfordrer også helsepersonell, som oftest vil være den som i en konkret situasjon må avgjøre om vedkommende skal behandles nå eller senere.

---

<sup>108</sup> Kjelland (2016) s. 80

<sup>109</sup> I-5/2011 punkt 2.2

<sup>110</sup> Hod. (2010) s. 11

Prinsippets krav om god praksis er også vanskelig å forene med det begrensede ansvaret helsetjenesten har i lys av irregulære migranternes rettigheter. Svært alvorlige sykdommer som i ytterste konsekvens kan føre til død, medfører ingen handlingsplikt for helsetjenesten, så lenge følgene ligger lengre frem enn 2-3 uker i tid. En slik virksomhetspraksis vil sjelden kunne kalles god, og er i det minste etisk vanskelig å forene med kravet til forsvarlighet som alminnelig prinsipp.

Kravet til forsvarlig minstestandard er også problematisk. Det er lite sammenhengende at norsk helserett oppstiller et minstenivå for hva som kan regnes som forsvarlig, samtidig som en samfunnsgruppe ofte ikke vil ha tilgang på helsehjelp som holder dette nivået. Dette harmonerer også dårlig med hensynene til likhet, integritet og menneskeverd som fremheves i lovenes formålsbestemmelser, jfr. pasbrl. § 1-1, sphi. §1-1 og hol. § 1-1. Andrea Süßmann<sup>111</sup> problematiserer dette tosporede forholdet til minstestandarden i sammenheng med Norges internasjonale forpliktelser, men slik jeg ser det, er det også problematisk i forhold til intern rett, om ikke direkte rettslig så i det minste etisk i lys av forsvarlighetskravet som overordnet prinsipp.

Konklusjonen etter dette er at forsvarlighetskravet utfordrer ansvaret rettslig i tilfeller hvor det skal sørges for helsehjelp, fordi sørge for – ansvaret i lys av irregulære migranternes rettigheter er så lite omfattende, at det som utgangspunkt er vanskelig å forene med kravet til forsvarlighet.

Som overordnet prinsipp utfordrer forsvarlighetskravet helsetjenestens ansvar både når det gjelder innholdet i god praksis og forsvarlig minstestandard. Når helsetjenesten er forpliktet til å ta hensyn til forsvarlighetskravet i sin planlegging, gjennomføring og evaluering av tjenestetilbudet også til irregulære migranter, er det særlig vanskelig å se hvordan man f.eks. på systemnivå kan utelukke irregulære migranter fra forebyggende og rehabiliterende helsehjelp, slik rundskrivet tilsier at man skal.<sup>112</sup>

Det er likevel vanskelig å utlede konkrete plikter av forsvarlighetskravet for helsetjenesten som virksomhet. Som minimum fordrer kravet en vurdering av tjenestetilbudets forhold til innholdet av forsvarlighetskravet til enhver tid.

---

<sup>111</sup> Süßmann (2015) s. 69-89

<sup>112</sup> Jfr. I-5/2011 punkt 2.2

### 2.5.3 Individnivå

Den begrensede plikten til å yte helsehjelp i lys av irregulære migranternes rettigheter, utfordres av helsepersonellens samtidige plikt til å utføre sitt arbeid i samsvar med kravet til *faglig forsvarlighet og omsorgsfull hjelp*, jfr. hpl. § 4(1).

De begrensede rettighetene medfører at helsepersonell ofte vil møte irregulære migranter som ikke har rettskrav på helsehjelp, men som samtidig har behov for helsehjelp. Å avstå fra å hjelpe når f.eks. pasientens liv kan stå i fare om bare få uker, er vanskelig å forene med plikten til å utføre arbeidet i tråd med faglig forsvarlighet og omsorgsfull hjelp.

I den grad yrkesetiske retningslinjer påvirker innholdet i forsvarlighetskravet, er også disse retningsgivende for helsepersonells arbeid. Således kan blant annet legeforeningens etiske retningslinjer påvirke omfanget av legers plikter i møte med irregulære migranter. Det følger av retningslinjenes § 1 at;

“En lege skal verne menneskets helse. Legen skal helbrede, lindre og trøste. Legen skal hjelpe syke til å gjenvinne sin helse og friske til å bevare den. Legen skal bygge sin gjerning på respekt for grunnleggende menneskerettigheter, og på sannhet og rettferdighet i forholdet til pasient og samfunn.”<sup>113</sup>

Plikten er omfattende og generell, og har fokus på den syke og dennes helse, samt legens plikt til å bevare og forbedre denne. Det kan leses krav til å yte både forebyggende og behandlende tjenester ut fra bestemmelsen. Plikten er vanskelig å forene med ytelser som er begrenset til det helt akutte og som ikke tar hensyn til svært alvorlige følger så lenge de ikke oppstår før om 2-3 uker frem i tid.

I det hele er det vanskelig å forene forsvarlighetskravet som rettslig bindende for hvordan helsepersonell skal utføre sitt arbeid, med de begrensede rettighetene helsepersonell arbeider ut fra. Det er likevel vanskelig å utlede konkrete plikter av forsvarlighetskravet, da helsepersonell er avhengig av et system og en virksomhet, som legger rammene for utøvelsen av den enkeltes arbeid. Når pliktene ikke fremgår klart av lov eller forskrift, er det vanskelig å finne rammene for ansvaret basert på tolkningen av et så vidt og lite statisk prinsipp som kravet til forsvarlighet.

---

<sup>113</sup> Etiske regler for leger del 1 § 1

### 3 Retten til helse i menneskerettighetskonvensjonene inntatt i menneskerettsloven

Menneskerettighetene som normativt system er basert på den omfattende rettighetskatalogen som er gitt i Verdenserklæringen om menneskerettigheter vedtatt av FN i 1948.<sup>114</sup> Menneskerettighetene regnes som universelle rettigheter, og tilfaller således alle “medlemmer av menneskeslekten”.<sup>115</sup> Rettighetene er uavhengige av formelle kjennetegn som f.eks. statsborgerskap, lovlig eller ulovlig opphold, og enhver har krav på å bli regnet som rettssubjekt for slike rettigheter, jfr. verdenserklæringen art. 6. Pliktsubjekt er statene som har ratifisert menneskerettighetene.

Retten til helse som menneskerettighet er nedfelt i en rekke internasjonale konvensjoner, både regionale og globale. Som eksempel kan nevnes KDK art. 12, konvensjonen om menneskerettigheter og biomedisin art. 3, Verdenserklæringen om menneskerettigheter art. 25(1), BK art. 25, Den reviderte europeiske sosialpakt art. 11 og 13, ØSK art. 12, EMK art. 2 og 3, og CRPD art. 25, m.fl.<sup>116</sup> Traktatene er mange og inneholder varierende grader av forpliktelser for statene som har ratifisert dem.

Statens ansvar for å gjennomføre Norges menneskerettslige forpliktelser er regulert i Grunnlovens § 92.<sup>117</sup> Det følger av bestemmelsen at “statens myndigheter skal respektere og sikre menneskerettighetene slik de er nedfelt i denne lov og i for Norge bindende traktater om menneskerettigheter.” Grunnlovsbestemmelsen innebærer at Norge som stat er forpliktet til å respektere og sikre innholdet av ratifiserte menneskerettslige traktater. Slik sett er staten også forpliktet til å respektere og å sikre retten til helse i den grad den følger av menneskerettslige traktater som er ratifisert av Norge.

Fire av konvensjonene som nevnes innledningsvis er gjennomført i norsk rett ved menneskerettsloven.<sup>118</sup> Ved eventuell motstrid er rettighetene som følger av menneskerettsloven gitt forrang for annen norsk lovgivning jfr. lovens § 3. Menneskerettsloven gir således helsevernet i den europeiske menneskerettighetskonvensjonen, kvinnediskrimineringskonvensjonen, bar-

---

<sup>114</sup> Eide (2006) s. 275

<sup>115</sup> Verdenserklæringens innledning, første avsnitt

<sup>116</sup> Se FNs konvensjon om avskaffelse av alle former for diskriminering av kvinner (1979), FNs konvensjon om menneskerettigheter og biomedisin (1997), FNs konvensjon om barnets rettigheter (1989), Den reviderte Europeiske sosialpakt 3. mai 1996, FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (1966), Den europeiske menneskerettighetskonvensjon 1950 og FNs konvensjon om rettigheter til personer med nedsatt funksjonsevne (2006)

<sup>117</sup> Kongeriket Norges Grunnlov (1814)

<sup>118</sup> Jfr. mskrl. § 2

nekonvensjonen og konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter forrang for andre bestemmelser i lovgivningen ved motstrid. Dette innebærer at dersom disse konvensjonene gir rett til helsetjenester i større omfang enn helselovgivningen ellers tilsier, må forståelsen av konvensjonenes rettigheter legges til grunn for hva staten og helsetjenesten plikter å tilby av helsetjenester.

Retten til helse som menneskerettighet, og statens forpliktelser etter EMK, ØSK, KDK og BK er således klart forankret både i Grunnloven og ordinær lovgivning.<sup>119</sup>

Spørsmålet i det følgende er derfor hvordan retten til helse i menneskerettslovens konvensjoner påvirker helsetjenestens plikt til å tilby irregulære migranter helsehjelp. Diskusjonen i punkt 3.4 tar utgangspunkt i forholdet mellom rettighetene i helseforskriften og retten til helse i menneskerettighetskonvensjonene inntatt i menneskerettsloven.

Av menneskerettslovens fem konvensjoner har fire av dem bestemmelser som verner retten til helse. KDK art. 12, EMK art. 2 og 3, barnekonvensjonen art. 25 og ØSK art. 12 er alle bestemmelser som i varierende grad verner retten til helse som menneskerettighet. Det mest omfattende helsevernet er gitt i BK art. 25 og ØSK art. 12. Da oppgaven ikke dreier seg om barns rettigheter går jeg ikke nærmere inn på BK. Hovedfokus vil bli lagt på ØSK art. 12, men før det følger en kort redegjørelse for retten til helse som kan utledes av EMK art. 2 og 3 og KDK art. 12.

### **3.1 Helsevernet etter EMK art. 2 og 3**

EMK art. 2 som beskytter retten til liv, og art. 3 som beskytter mot tortur og nedverdiggende behandling, gir ifølge Aasen, Kjellevold og Stephens,<sup>120</sup> rett på helsehjelp i “emergency situations”. Vernet begrenser seg i følge forfatterne til et “essential level”, og vil således ikke gi særlige rettigheter utover retten til øyeblikkelig hjelp, som irregulære migranter uansett har rett på etter helseforskriften, jfr. kapittel 2. Tolkningen harmonerer godt med ordlyden i artiklene.

Jeg forutsetter med grunnlag i dette, at vernet etter EMK ikke strekker seg lengre enn norsk helselovgivning for øvrig, og går derfor ikke nærmere inn på bestemmelsene.

---

<sup>119</sup> Aasen (2016) s. 64

<sup>120</sup> Aasen, Kjellevold og Stephens (2014) s. 168-169

### 3.2 Helsevernet etter KDK art. 12

Kvinnekonvensjonen gir rettigheter til kvinner, og gir samtidig konvensjonspartene forpliktelser overfor kvinner. Menneskerettighetenes universelle natur,<sup>121</sup> innebærer at rettighetene i KDK må gjelde *alle* kvinner – også dem som av ulike årsaker ikke har lovlig opphold i landet.

Det følger av KDK art. 12 nr. 1 at:

- “1. Konvensjonspartene skal treffe alle tiltak som er nødvendige for å avskaffe diskriminering av kvinner på helseområdet, for å sikre tilgang til helsetjenester, herunder hjelp til familieplanlegging, på grunnlag av likestilling mellom menn og kvinner.
2. Uten hensyn til bestemmelsene i nr. 1 i denne artikkel skal konvensjonspartene sørge for at kvinner får et hensiktsmessig, og om nødvendig gratis, tjenestetilbud i forbindelse med svangerskap, fødsel og barsel, samt tilfredsstillende ernæring under svangerskap og amming.”

Kravet i punkt 2 er konkret, og er derfor særlig interessant. Ordlyden i artikkelen er klar og gir alle kvinner en ubetinget rett på et hensiktsmessig tjenestetilbud i forbindelse med svangerskap, fødsel og barsel. Samtidig skal tjenestetilbudet være gratis, dersom det må regnes som nødvendig. Kravet til ernæring faller utenfor oppgavens tema og behandles ikke.

Etter helseforskriften har irregulære migranter, slik jeg har gjort rede for tidligere, rett på full tilgang til nødvendige helsetjenester i forbindelse med svangerskap, fødsel og barsel i samme utstrekning som andre kvinner etter helselovgivingen. Helsetilbudet må ansees å oppfylle KDKs krav hva gjelder innhold, da norsk svangerskaps- og barselomsorg er svært omfattende. Så langt er således helsetilbudet, også i møte med irregulære migranter, i tråd med kravene etter KDK.

Problemet er betalingsplikten. Som jeg har gjort rede for tidligere plikter irregulære migranter å betale for helsehjelpen de mottar, jfr. blant annet sphi. § 5-3. Det er to problemer med dette. Betalingsplikten utfordres først og fremst av ordlyden i KDK art. 12 som forplikter staten til å sørge for gratis tjenestetilbud der dette er nødvendig. Det neste problemet er hva betalingsplikten gjør med den reelle tilgangen til tjenestene.

I hvilke situasjoner det vil være nødvendig å tilby gratis tjenester fremgår ikke av artikkelen. I sine General Recommendations fremhever Komiteen for avskaffelse av diskriminering av kvinner at manglende økonomiske ressurser hos kvinnen utgjør et sentralt moment.<sup>122</sup> Kvin-

---

<sup>121</sup> Jfr. Verdenserklæringens innledning, første avsnitt

<sup>122</sup> General Recommendations nr. 24 para. 27



ner som står i fare for død eller uførhet på grunn av manglende økonomiske ressurser til nødvendige tjenester, bør i følge komiteen sikres rett til trygt svangerskap, fødsel og barsel ved tilgang til gratis tjenester.

Gravide irregulære migrantkvinner som ikke har tilgang til det legale arbeidsmarkedet, og som derfor ikke har mulighet til å opptjene seg rettigheter i forbindelse med svangerskap og fødsel, vil ofte være i en utfordrende økonomisk situasjon. Fødsel på norske sykehus er dyrt når utgiftene skal dekkes av den fødende i etterkant. Fødselen alene kan innebære en regning på mellom 50 000 og 60 000 kr,<sup>123</sup> og da er ikke kostnadene ved svangerskapsomsorgen i forkant inkludert. For kvinner som kanskje ikke har inntekt og som tilhører en svak samfunnsgruppe med høy usikkerhet i hverdagslivet, vil en slik regning kunne oppleves som særlig uoverkommelig.

På grunn av den usikre sosiale situasjonen disse kvinnene befinner seg i, kan de også være i en særlig risiko for komplikasjoner i forbindelse med svangerskap og fødsel. Frykt for myndigheter og kjennskap til etterfølgende betalingsplikt<sup>124</sup> vil kunne være faktorer som gjør at kvinnene ikke søker behandling i den grad som kan være nødvendig i et svangerskap. Anbefalingene fra komiteen vektlegger faren for alvorlige følger som død eller uførhet i forbindelse med fødsel, noe som vil kunne være særlig relevant for en gruppe som av økonomisk frykt eller annen frykt velger å unngå den offentlige helsetjenesten.

Det er naturlig å gå ut fra at gravide/fødende irregulære migranter er en slik gruppe kvinner som komiteens uttalelser relaterer seg til. Legger man komiteens anbefalinger til grunn i tolkingen av artikkelen, vil det derfor være naturlig å anta at staten er forpliktet av KDK art. 12, og således også av mskrl., til å tilby disse kvinnene gratis tilgang til tjenestetilbudet de i dag kan benytte seg av mot kompensasjon, i forbindelse med svangerskap, fødsel og barsel.

Det andre problemet er hva betalingsplikten gjør med den reelle tilgangen til helsetjenesten. At kvinnene har rett til å motta hjelp i forbindelse med svangerskap, fødsel og barsel, innebærer ikke nødvendigvis at rettighetene er reelle, så lenge den etterfølgende betalingsplikten "henger ved" tilbudet allerede før hjelpen er gitt. Denne siden av betalingsplikten er en like aktuell problemstilling også i forhold til annen helsehjelp. Jeg kommer derfor tilbake til dette i redegjørelsen for ØSK art. 12.

---

<sup>123</sup> Dommerud (2015)

<sup>124</sup> Som helsetjenesten har plikt til å informere om jfr. pasbrl. § 3-2.

Da ØSK art. 12 ved siden av BK art. 25 er den bestemmelsen som gir det mest omfattende helsevernet, vil den videre fremstilling fokusere på denne.

### 3.3 Helsevernet etter ØSK art. 12

ØSK art. 12 lyder:

1. Konvensjonspartene anerkjenner retten for enhver til den høyest oppnåelige helsestandard både fysisk og psykisk.
2. De tiltak som konvensjonspartene treffer for å oppnå full virkeliggjørelse for denne rettighet, skal omfatte tiltak som er nødvendige for å:
  - a. Minske foster- og spedbarnsdødeligheten og fremme barnets sunne utvikling,
  - b. Forbedre alle sider ved hygienen i miljø og industri,
  - c. Forebygge, behandle og kontrollere epidemiske, endemiske, yrkesmessige og andre sykdommer,
  - d. Skape vilkår som trykker alle legebekandling og pleie under sykdom.

Artikkelen er utformet som en forpliktelse for konvensjonspartene og gir ingen rett på god helse for den enkelte.<sup>125</sup> Artikkelens første ledd forutsetter likevel at enhver har rett på det som *for den enkelte* må regnes som den høyest oppnåelige standard av helse. Hva som ligger i dette klarlegges nærmere i punkt 3.3.1.

Av andre ledd følger en plikt til å sørge for tiltak som virkeliggjør retten etter første ledd. Listen er ikke uttømmende.

#### 3.3.1 Retten til den "høyest oppnåelige helsestandard"

Hva retten til den høyest oppnåelige standard av helse innebærer, klarlegges ikke nærmere i konvensjonsteksten. Innholdet i begrepet er nærmere klarlagt av FNs Komite for økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK-komiteen), i dennes General Comments. Det er særlig General Comment nr. 14 som er av interesse for forståelsen av art. 12.<sup>126</sup>

Helsebegrepet i art. 12 må tolkes vidt. Det følger av GC no. 14, at for å gjennomføre retten til helse, må enhver gis adgang til "a variety of facilities, goods, services and conditions necessary for the realization of the highest attainable standard of health".<sup>127</sup> Retten til helse innebæ-

---

<sup>125</sup> Aasen (2016) s. 67

<sup>126</sup> General comment no. 14 (2000), heretter GC no. 14.

<sup>127</sup> GC no. 14 para. 9

rer således tilgang til tilstrekkelige helseytelser gitt i rett tid for den enkelte, men også tilgang til underliggende forutsetninger for helse som blant annet rent vann, sanitære forhold, adekvat forsyning av trygg mat og næring, trygg bolig, samt sunne arbeids- og miljømessige forhold, m.m.<sup>128</sup> De underliggende faktorene for helse er utenfor oppgavens tema og behandles derfor ikke nærmere. For oppgaven er hvilken rett til helseytelser den enkelte har etter art. 12 det mest interessante.

Retten til den høyest oppnåelige standard av helse, kan som nevnt ikke forstås som en rett til individuell god helse, noe som vil være umulig for konvensjonspartene å garantere. Det art. 12(1) gir rett, på er organiserte helsetjenester som gir enhver like muligheter til å nyte den høyest oppnåelige standard av helse.<sup>129</sup> I følge GC no. 14 forholder retten seg både til statens tilgjengelige ressurser, og den enkeltes biologiske og sosioøkonomiske forutsetninger i vurderingen av innholdet i begrepet høyest oppnåelige standard av helse.<sup>130</sup> Dette innebærer at enhver må gis tilgang til de tjenester som er nødvendig for å realisere retten til det som for den enkelte må regnes som den høyest oppnåelige standard av helse, både fysisk og psykisk.

### 3.3.2 Konvensjonspartenes plikter etter art. 12

Konvensjonspartenes anerkjennelse av retten skal komme til syne i konkrete tiltak som søker å gjennomføre retten fullt ut jfr. art. 12(2). Bestemmelsen ramser opp konkrete mål i bokstav a.-d. som tiltakene skal søke gjennomført for å oppfylle retten etter første ledd. Disse er ikke uttømmende. Oppramsingen har et klart folkehelseperspektiv, med særlig vekt på barns forutsetninger for å vokse opp, og befolkningens helse generelt.<sup>131</sup>

Av særlig interesse i forhold til helsetjenestens forpliktelser overfor irregulære migranter er bestemmelsens bokstav d., som sier at partene skal “skape vilkår som trygger alle legebehandling og pleie under sykdom.” Bestemmelsens ordlyd tilsier at det sentrale moment skal være den enkeltes behov for pleie og behandling som følge av sykdom. At *alle* skal trygges legebehandling og pleie innebærer samtidig et krav om ikke-diskriminering ved tildeling av slike tjenester.<sup>132</sup>

ØSK-komiteen utdyper i GC no. 14 hva som ligger i retten til helse etter art. 12, ved å oppstille fire krav til konvensjonspartene. For å sikre retten til den høyest oppnåelige standard av

---

<sup>128</sup> GC no. 14 para. 11 og Kjellevoid (2006) s. 306

<sup>129</sup> GC no. 14 para. 8

<sup>130</sup> GC no. 14 para. 9

<sup>131</sup> Aasen (2016) s. 68

<sup>132</sup> Aasen (2016) s. 68

helse, plikter konvensjonspartene å sørge for; tilstrekkelig tilgang til tjenester, tilgjengelighet av tjenester, akseptable tjenester og tjenester av god kvalitet (“availability”, “accessibility”, “acceptability”, “quality”).

*Tilstrekkelig tilgang* til tjenester innebærer i hovedsak at tjenestene skal finnes i tilstrekkelig omfang. *Tilgjengelighet* innebærer at tjenestene skal være tilgjengelige for alle, jfr. også ordlyden i art. 12(2) bokstav d. At tjenestene skal være *akseptable* innebærer at de må ta hensyn til medisinsk etikk og være kulturelt akseptable. Og til slutt innebærer kravet om *kvalitet* at tjenestene må holde en faglig standard i tråd med vitenskapelige og medisinske normer.<sup>133</sup>

Av særlig interesse for problemstillingen er kravet om at tjenestene skal være *tilgjengelige*. ØSK-komiteen deler kravet til tilgjengelighet opp i fire overlappende dimensjoner: Tilgjengelighet innebærer et krav om ikke-diskriminering, fysisk tilgjengelighet, økonomisk tilgjengelighet og informasjonstilgjengelighet.<sup>134</sup> Ikke-diskriminering og økonomisk tilgjengelighet er særlig relevant i forhold til helsetjenestens møte med irregulære migranter.

Kravet om ikke-diskriminering innebærer at helseytelser må være tilgjengelige for alle, spesielt sårbare eller marginaliserte grupper av befolkningen. Kravet om ikke-diskriminering gjelder både i lovgivning og i det konkrete møtet mellom helsetjenesten og pasient. Altså må lovverket gjøre helseytelser tilgjengelige for alle uten diskriminering, og helsehjelpen må samtidig utøves uten diskriminering.<sup>135</sup>

Når det gjelder økonomisk tilgjengelighet vektlegger ØSK-komiteen at tjenestene skal være “affordable” for alle. Alle skal ha råd til tjenester man har rett på i samsvar med art. 12(1), inkludert de som er sosialt vanskeligstilte.<sup>136</sup> Det er ikke et krav at tjenestene skal være gratis, men hvis tjenestene skal være økonomisk tilgjengelige for alle, er det en grense for hva som kan kreves av betaling. Et system som innebærer at enkelte ikke vil ha tilgang til helsehjelp i samme grad som andre på grunn av økonomiske hindringer, vil således kunne være i strid med art. 12 fordi helsehjelpen ikke kan ansees som tilgjengelig.

---

<sup>133</sup> GC no. 14 para. 12 og Eide (2006) s. 278

<sup>134</sup> GC no. 14 para. 12

<sup>135</sup> L.c.

<sup>136</sup> L.c.

### 3.3.3 Konvensjonspartenes plikt til å gjennomføre rettighetene

#### 3.3.3.1 Maastricht Guidelines

Det fremheves i GC no. 14 at som alle menneskerettigheter, innebærer retten til helse tre typer forpliktelser for konvensjonspartene: Plikten til å *respekttere*, *beskytte* og *oppfylle* rettighetene.<sup>137</sup> Tredelingen er et analytisk verktøy som skal hjelpe statene å gjennomføre rettighetene i konvensjonen,<sup>138</sup> og blir konsekvent brukt av ØSK-komiteen.<sup>139</sup>

Plikten til å *respekttere* innebærer en plikt til å avstå fra å gripe inn i den enkeltes rett til å oppnå den høyest oppnåelige standard av helse. Ifølge ØSK-komiteen innebærer plikten til å respektere at tilgangen til forebyggende, kurative, og palliative helsetjenester skal være tilgjengelig for alle, inkludert innsatte i fengsel, minoriteter, asylsøkere og ulovlige migranter. Plikten til å respektere innebærer også en plikt til å avstå fra å begrense lik tilgang til slike helsetjenester. Tjenestene skal således være tilgjengelig i likt omfang for alle grupper av befolkningen.<sup>140</sup>

Plikten til å *beskytte* innebærer å beskytte den enkeltes rett mot inngrep fra tredjepersoner. Komiteen legger vekt på blant annet lovreguleringen av tilgangen til tjenester som tilbys av private.<sup>141</sup> Plikten er av mindre interesse for oppgavens problemstilling.

Plikten til å *oppfylle* innebærer en plikt til å bidra aktivt og lojalt til at rettighetene i konvensjonen oppfylles. Dette medfører en plikt til å sørge for nødvendige budsjettmessige tiltak, lovgivningstiltak, administrasjons- og juridiske tiltak for å sikre full gjennomføring av retten til helse etter art.12.<sup>142</sup>

#### 3.3.3.2 ØSK art. 2

Plikten til lojal gjennomføring av konvensjonens rettigheter, er videre utdypet i ØSK art. 2(1). I følge art. 2(1) er konvensjonspartene forpliktet til å "...sette inn alt på at de rettigheter som anerkjennes av denne konvensjon, blir gradvis gjennomført fullt ut med alle egnede midler, og da særlig ved lovgivningstiltak."

---

<sup>137</sup> GC no. 14 Para. 33 og Maastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights

<sup>138</sup> Süßmann (2015) s. 77

<sup>139</sup> Eide (2006) s. 279

<sup>140</sup> GC no 14. Para. 34

<sup>141</sup> Ibid. para. 35

<sup>142</sup> Eide (2006) s. 281 og GC no. 14 para. 36

At gjennomføringen skal skje gradvis innebærer at det skal skje en *progressiv* utvikling mot full realisering. Det forventes ikke av statene at rettighetene skal realiseres fullt ut umiddelbart etter ratifisering, men statene er forpliktet til å “take steps” allerede raskt etter tiltredelse.<sup>143</sup>

At gjennomføringen skal være progressiv medfører at en regressiv utvikling kan innebære brudd på konvensjonen. Har man tilbudt et visst nivå av helsetjenester, vil det dermed kunne stride mot konvensjonen å senere tilby et lavere nivå av tjenester.<sup>144</sup> Hva som skal til før utviklingen kan sies å gå i “feil retning” er vanskelig å si konkret, men selv små tilbakeskritt vil kunne være problematiske dersom de ikke blir kompensert gjennom andre tiltak.<sup>145</sup>

En gradvis innføring hvor partene plikter å bruke “alle egnede midler” innebærer også at gjennomføringen er *ressursrelativ*. Partene som er tilsluttet konvensjonen er stater av svært varierende grad av ressurser, særlig økonomiske, men også personellressurser og graden av kunnskap i samfunnet ellers.<sup>146</sup> En progressiv og ressursrelativ innføring, vil således innebære at statene til enhver tid vil være forpliktet i varierende grad, hvor plikten må bestemmes ut fra forholdene i den enkelte konvensjonsstat.<sup>147</sup> Dette innebærer at det i forhold til rike land, vil kunne stilles større krav til fremgang, enn overfor ressursvake land. En slik forståelse innebærer at kravet til gjennomføring overfor Norge som konvensjonspart, vil være høyt, da Norge er rikt land, med gode forutsetninger for å gjennomføre rettighetene raskt og på et høyt nivå.

Selv om gjennomføringsplikten er både progressiv og ressursrelativ, følger det av komiteens uttalelser om plikten til gjennomføring at statene uansett er forpliktet til å tilby et minimum av rettigheter, såkalte “core obligations”, med andre ord en slags minstestandard.<sup>148</sup>

Kravet er først omtalt i GC no. 3. Komiteen fremhever i dokumentet at enhver stat i det minste har plikt til å sørge for et minimumsnivå i forhold til hver enkelt rettighet i konvensjonen.<sup>149</sup> Plikten gjentas i GC no. 14, som minner om at “States parties have a core obligation to

---

<sup>143</sup> General Comment no. 3 (1990) para. 2, heretter GC no. 3

<sup>144</sup> GC no. 3 para. 9

<sup>145</sup> Rognlien (2010) s. 295

<sup>146</sup> Eide (2006) s. 283

<sup>147</sup> Süßmann s. 76-77

<sup>148</sup> GC no. 3 para. 10 og GC no. 14 para. 43

<sup>149</sup> GC no. 3 para. 10

ensure the satisfaction of, at the very least, minimum essential levels of each of the rights enunciated in the Covenant, including essential primary health care.”<sup>150</sup>

Eide tolker kravet om minstestandard i ØSK som en kjerne av internasjonale minimumsrettigheter som forventes sikret umiddelbart ved tiltredelse til konvensjonen, uavhengig av ressurser.<sup>151</sup> Slik forstår jeg også Kjellevold,<sup>152</sup> som vektlegger at minimumsrettighetene må oppfylles av alle stater uavhengig av det enkelte lands ressurser. Det samme gjelder Høstmælingen<sup>153</sup> som vektlegger at minstestandarden er en standard som selv de fattigste landene er forpliktet til å overholde.

Süssmann forstår konvensjonens krav til et minimumsnivå av rettigheter som sammenhengende med prinsippet om ressursrelativ gjennomføring av rettighetene. Minstenivået må slik hun ser det forstås som en ressursrelativ kjerne av rettigheter som vil variere med statenes ulike nivå av ressurser. Minstenivået skal i følge Süssmann fastsettes nasjonalt, og ikke internasjonalt av ØSK-komiteen selv. Denne forståelsen innebærer at ressursrike stater vil være forpliktet til å tilby et høyere nivå av minimumstjenester enn minstenivået i stater med mindre ressurser, jfr. art 12, jfr. art 2. Det er også hennes påstand, at å ha forskjellige nasjonale minstestandarder for forskjellige grupper mennesker i samme stat, vil innebære et brudd på plikten til umiddelbart å sikre alle et minstenivå av rettighetene i konvensjonen.<sup>154</sup>

Det er mest naturlig ut fra ordlyden i komiteens kommentarer å forstå minstestandarden som internasjonal, slik at den representerer et *felles minstenivå* som ingen stater kan gå under. Dette gir likevel ikke statene mulighet til å forsvare seg med at de holder seg innenfor minstestandarden, da utviklingen uansett skal være progressiv og ressursrelativ. Rike stater vil således være forpliktet til å tilby mer omfattende tjenester enn minstenivået krever.

Uavhengig av hvilken forståelse av minstestandarden som legges til grunn, har ØSK-komiteen listet opp flere minimumsrettigheter i forbindelse med retten til helse.<sup>155</sup> Utgangspunktet er at statene er forpliktet til å tilby enhver “essential primary health care”. Blant annet skal staten som minimum sikre tilgang til helsetilbud, -varer, og -tjenester på et ikke-diskriminerende grunnlag. Det vektlegges også at disse skal sikres for sårbare og marginalis-

---

<sup>150</sup> Ibid. para. 43

<sup>151</sup> Eide (2006) s. 284

<sup>152</sup> Kjellevold (2006) s. 306

<sup>153</sup> Høstmælingen (2010) s. 303

<sup>154</sup> Süssmann (2015) s. 81-82

<sup>155</sup> GC no. 14 para. 43

erte grupper. I tillegg skal statene gjøre tilgjengelig alle essensielle medikamenter, og sikre egalitær tilgang til alle helsetjenester og helseprodukter.<sup>156</sup>

Det følger av ØSK art. 2(2) at

“Konvensjonspartene forplikter seg til å garantere at de rettigheter som anerkjennes i konvensjonen, blir utøvet uten forskjellsbehandling av noe slag på grunn av rase, hudfarge, kjønn, språk, religion, politisk eller annen oppfatning, nasjonal eller sosial opprinnelse, eiendom, fødsel eller status for øvrig”

Målet med artikkelen er at rettighetene i konvensjonen skal gjelde *alle*, og listen over diskrimineringsgrunnlag er ikke uttømmende, jfr. ordlyden i bestemmelsen. Det fremheves også av ØSK-komiteen at alle skal ha tilgang til rettighetene, uavhengig av juridisk status og dokumentasjon.<sup>157</sup> Dette er særlig relevant for oppgaven, da det er naturlig å slutte at ØSK-komiteen med dette uttaler at kravet om ikke-diskriminering også gjelder overfor irregulære migranter.

Diskriminering er ifølge ØSK-komiteen “any distinction, exclusion, restriction or preference or other differential treatment that is directly or indirectly based on the prohibited grounds and which has the intention or effect of nullifying or impairing the recognition, enjoyment or exercise on an equal footing, of Covenant rights.”<sup>158</sup> Diskrimineringsforbudet innebærer således at rettighetene som anerkjennes i konvensjonen skal sikres og utøves uten noen form for forskjellsbehandling, herunder full utelukkelse fra rettigheter, innskrenkning av rettigheter, osv. Kravet gjelder både i faktisk og formel henseende.

Det følger av ordlyden og oppbyggingen i art. 2, at kravet til ikke-diskriminering i art. 2(2) gjelder uavhengig av prinsippet om ressursrelativ og progressiv gjennomføring av rettighetene, som nevnt i art. 2(1). Kravet gjelder således umiddelbart fra tiltredelse til konvensjonen, og må respekteres uavhengig av statens ressursnivå.

### **3.4 Er retten til helse i art. 12 tilstrekkelig gjennomført i helsetjenestens møte med irregulære migranter?**

Den norske helselovgivningen går langt i å oppfylle ØSKs krav til statenes helsetjeneste. Norge har et omfattende, godt organisert helsetilbud, som norske borgere har store muligheter

---

<sup>156</sup> L.c

<sup>157</sup> GC no. 14 para. 34

<sup>158</sup> General Comment no. 20 (2009) para. 7, heretter GC no. 20



til å nyte godt av. Utgiftene dekkes i hovedsak av folketrygden som er statens finansieringsordning for helsetjenesten, jfr. ftrl. kap 5. Helsetilbudet er likevel ikke tilgjengelig i like stor grad for alle deler av befolkningen, da irregulære migranternes tilgang til helsetjenester er svært begrenset, jfr. oppgavens kap. 2.3 og 2.4.

Dersom den norske helsetjenestens tilbud til irregulære migranter ikke oppfyller konvensjonens krav etter art. 12, jfr. art. 2, vil det kunne foreligge konvensjonsstrid. I og med at rettighetene i konvensjonen er gitt forrang over annen norsk rett, jfr. mskrl. § 3, vil konvensjonsstrid innebære at staten og helsetjenesten er forpliktet til å tilby irregulære migranter helsetjenester i slik utstrekning som konvensjonen krever. Eventuelle lovlige begrensninger i retten til helse må være i samsvar med ØSK art. 4 som jeg kommer tilbake til i punkt 3.5.

Den videre fremstilling vil på bakgrunn av disse vurderingene diskutere forholdet mellom retten til helse etter ØSK art. 12, og retten til helsehjelp etter helseforskriften, særlig § 5 a) første punktum.

### 3.4.1 Ikke-diskriminering

At menneskerettighetene er universelle og gis den enkelte i kraft av å være menneske,<sup>159</sup> innebærer at retten til helse, som gjort rede for i kap. 3.3.1, i utgangspunktet skal være tilgjengelig for alle, også irregulære migranter. Dette klargjøres videre av ordlyden i ØSK art. 12 som sier at retten til den høyest oppnåelige standard av helse er gitt *enhver*.

Samtidig er bestemmelsen i ØSK art. 2(2) klar i sin ordlyd, når den sier at konvensjonens rettigheter skal kunne utøves uten diskriminering på grunnlag av blant annet “status for øvrig”. En naturlig språklig forståelse av ordlyden tilsier at statusen “ulovlig opphold” som irregulære migranter har etter norsk rett, ikke kan tillegges betydning når det gjelder den enkeltes rett til den høyest oppnåelige standard av helse etter art. 12.

Kravet om ikke-diskriminering tilsier dermed at irregulære migranter ikke kan avskjæres helsehjelp fullstendig, og heller ikke delvis, da art. 2(2) krever at rettighetene skal gjøres tilgjengelig “on equal footing” for enhver, hvor “any distinction, exclusion, restriction or preference” må regnes som diskriminering.<sup>160</sup>

---

<sup>159</sup> jfr. Verdenserklæringens innledning.

<sup>160</sup> GC no. 20 para. 7

Denne tolkningen utfordrer det norske helsetilbudet, som klart stiller irregulære migranter i en dårligere posisjon enn den øvrige befolkningen hva gjelder tilgang til helsetjenester, jfr. helseforskriften § 5 a) første punktum. Det er således grunnlag for å hevde at irregulære migranter i strid med ØSK art. 12, jfr. art. 2(2) diskrimineres i fordelingen av helsetjenester på grunnlag av sitt ulovlige opphold i landet.

### 3.4.2 Innholdet i retten etter art. 12 – “høyest oppnåelige helsestandard”

Det første problemet i forholdet til ØSK art. 12 finnes allerede i møtet mellom helseforskriftens hovedvilkår ”helt nødvendig helsehjelp som ikke kan vente”, jfr. § 5 a) første punktum, og konvensjonsbestemmelsens ordlyd. Det er vanskelig å se at retten til “helt nødvendig helsehjelp som ikke kan vente” evner å gi irregulære migranter tilgang på det som for den enkelte med hensyn til statens ressurser må regnes som den høyest oppnåelige standard av helse.

At vurderingene etter helseforskriftens § 5 a) første punktum ligger tett opp til vurderingene i en øyeblikkelig hjelp-situasjon,<sup>161</sup> er samtidig vanskelig å forene med ØSK-komiteens krav til statenes organisering av et helsetilbud som gir alle lik tilgang til tilstrekkelige helsetjenester gitt i rett tid.<sup>162</sup> Da helsetilbudet ellers i landet ligger på et høyere nivå enn hjelpen som tilbys irregulære migranter, er det klart at Norges ressurser i utgangspunktet strekker til et høyere nivå enn det irregulære i dag tilbys, jfr. også kravet om ikke-diskriminering.

Ordlyden i art. 12(2)d) er også problematisk i forhold til norsk rett, da den uten forbehold stiller krav om at alle skal trygges legebehandling og pleie under sykdom. Bestemmelsen skiller ikke mellom typer av sykdom, slik at det er naturlig å forstå sykdom som alle former for sykdom som krever legebehandling og pleie. Det er klart av norsk rett at svært mange tilfeller av sykdom hos irregulære migranter ikke vil utløse noen plikt til å yte helsehjelp. Når irregulære migranternes rett på helsehjelp er knyttet til vurderingen av om gitte følger vil inntre i løpet av en treukers periode,<sup>163</sup> vil de i svært mange tilfeller være avskåret fra legebehandling og pleie under sykdom, også i tilfeller av svært alvorlig sykdom. Dette harmonerer dårlig med den meget omfattende tiltaksplikten som klart følger av art. 12(2)d).<sup>164</sup>

---

<sup>161</sup> Andersen (2014) s. 71

<sup>162</sup> GC no. 14 para. 11

<sup>163</sup> Jfr. helseforskriften § 5 og I-5/2011 punkt 2.2

<sup>164</sup> Eide (2006) s. 282

### 3.4.3 Innholdet i retten etter art. 12 – kravet om tilgjengelighet

Av de fire kravene ØSK-komiteen stiller til statene i forbindelse med art. 12, jfr. GC no. 14, er kravet om at helsehjelpen skal være tilgjengelig særlig interessant. I underdelingen av tilgjengelighetskravet, er det særlig kravene om ikke-diskriminering og økonomisk tilgjengelighet som er relevante.

Kravet om ikke-diskriminering er allerede problematisert, men gjelder også som en del av art. 12. Det skal her bare gjentas at kravet om tilgjengelighet i art. 12, innebærer en plikt for statene til å gjennomføre retten fullt ut, uten diskriminering på noe grunnlag – også overfor irregulære migranter.

Süssmann ser kravet om ikke-diskriminering i sammenheng med kravet om å *respekt* rettighetene, og mener at dette sammenholdt innebærer at statene har plikt til å “avstå fra å hindre irregulære migranter tilgang til forebyggende, kurativ, og palliativ helsehjelp på like vilkår som resten av befolkningen.”<sup>165</sup> Dette har staten ikke gjort, da rettighetene irregulære migranter har etter helseforskriften i all hovedsak avskjærer dem fra både forebyggende og rehabiliterende helsehjelp, samtidig som nødvendig helsehjelp tilbys på helt andre og strengere vilkår enn befolkningen for øvrig.<sup>166</sup> Om tilgangen i realiteten er større fordi helsepersonell gir irregulære migranter mer omfattende hjelp enn de har krav på er uten betydning, da kravet om ikke-diskriminering også gjelder rettslig tilgang.<sup>167</sup>

I sine “Concluding Observations” har ØSK-komiteen i relasjon til Norges praksis ytret bekymring for irregulære migranternes rettsstilling i helse spørsmål. Komiteen anbefaler at “ the State party take steps to ensure that irregular migrants have access to all the necessary health-services, and reminds the State party that health facilities, goods and services should be accessible to everyone without discrimination, in line with art. 12 of the Covenant”.<sup>168</sup> ØSK-komiteen er klar i sine anbefalinger på at helsetjenester skal være tilgjengelig for alle uten diskriminering – også irregulære migranter, som ifølge komiteen skal ha tilgang til alle nødvendig helsetjenester. Dette harmonerer dårlig med rettighetene i helseforskriften som er svært begrenset i forhold til det resten av befolkningen har rett på etter pasbrl. §§ 2-1a og 2-1b.

---

<sup>165</sup> Süssmann (2015) s. 78 og GC no. 14 para. 34

<sup>166</sup> Jfr. helseforskriften og I-5/2011 punkt 2.2

<sup>167</sup> Jfr. GC no. 14 para. 12

<sup>168</sup> Aasen (2016) s. 70 og Concluding observations on the fifth periodic report of Norway, 13. December 2013

Når det gjelder tilgjengelighetskravets økonomiske side, er det også problematisk at irregulære migranter etter norsk rett er pliktige å betale full pris for helsehjelpen de mottar.<sup>169</sup> Det finnes eksempler på irregulære migranter som har fått tilsendt krav på 420 000 kroner for kreftbehandling,<sup>170</sup> og mellom 50 000-60 000 kroner for fødsel.<sup>171</sup> Slike kostnader vil kunne være uoverkommelige for enhver, og særlig mennesker i slike uforutsigbare situasjoner som irregulære migranter ofte befinner seg i. Selv om det ikke kreves forhåndsbetaling,<sup>172</sup> vil informasjon om betalingsplikten i forkant kunne ha en avskrekkende virkning som fører til at mange i realiteten er avskåret fra å benytte seg av hjelpen.<sup>173</sup>

Slik sett kan betalingskravet kritiseres for å føre til at tjenestene ikke kan regnes som tilgjengelige i samsvar med ØSK art. 12.

#### 3.4.4 Maastricht guidelines – plikten til å respektere, beskytte og oppfylle<sup>174</sup>

Plikten til å respektere retten til helse som menneskerettighet skaper også problemer for staten og helsetjenestens helsetilbud til irregulære migranter. Når komiteen i sine General Comments klart fremhever at plikten til å respektere retten til helse innebærer at tilgangen til forebyggende, kurative og palliative helsetjenester skal være tilgjengelig for alle, også “illegal immigrants”, er det klart at dette utfordrer det norske regelverket og de begrensede rettighetene etter helseforskriften § 5 a) første punktum.

I følge Süßmann er betalingsplikten også problematisk i forhold til kravet om å respektere retten til helse. Da økonomisk tilgang er en del av det å gjøre tjenestene tilgjengelige for alle vil kravet om respekt for rettighetene også gjelde hvordan disse tjenestene finansieres.<sup>175</sup> Særlig når betalingsplikten kan føre til ujevn fordeling av rettighetene.

Plikten til å oppfylle er også interessant, og overlappes hovedsakelig av plikten til lojal gjennomføring av konvensjonsrettighetene etter art. 2(1).

---

<sup>169</sup> Se oppgavens kap. 2.3.10 om betalingsplikten

<sup>170</sup> Kirkens bymisjon (2015) s. 11

<sup>171</sup> Dommerud (2015)

<sup>172</sup> Jfr. I-5/2011 punkt 3

<sup>173</sup> Jfr. pasbrl. § 3-2

<sup>174</sup> Maastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights

<sup>175</sup> Süßmann (2015) s. 78

### 3.4.5 Prinsippet om progressiv gjennomføring – art. 2(1)

De norske rettighetenes forhold til at gjennomføringen av ØSK skal være progressiv kan problematiseres.

Ved endring i prioriteringsforskriften,<sup>176</sup> som regulerte irregulære migranternes rett til helsehjelp før dagens helseforskrift trådte i kraft, ble det gjort innskrenkninger i rettighetene i forhold til det som gjaldt tidligere. Etter tidligere reguleringer hadde irregulære migranter rett på nødvendig helsehjelp fra kommunehelsetjenesten. Innskrenkingen som ble gjort i prioriteringsforskriften er gjeldende også i dagens helseforskrift, da det de har rett på er "helt nødvendig helsehjelp som ikke kan vente".<sup>177</sup> Dette vil si at irregulære migranter var bedre stilt på starten av 2000-tallet enn det de er i dag. En slik utvikling må sies å være regressiv, og således stridende med kravet til progressiv gjennomføring av rettighetene i ØSK. Dette skulle tilsi at den norske helsetjenesten i det minste er forpliktet til å opprettholde det nivå av rettigheter som en gang har vært.

### 3.4.6 Det ressursrelative prinsippet og kravet til minstestandard – art. 2(1)

Norge er et rikt land, med gode forutsetninger for å kunne oppfylle sine forpliktelser etter ØSK art. 12, jfr. art. 2 som krever en progressiv, men full realisering av retten til den høyest oppnåelige standard av helse for enhver, også irregulære migranter. Norges ressurser tilsier at helsetilbudet for *hele* befolkningen burde ligge på et nivå over det som i dag tilbys irregulære migranter. I det minste bør helsehjelpen ligge på et minimumsnivå slik det fremgår av ØSK-komiteens General Comments.

Som nevnt under punkt 3.3.3 er det noe ulike oppfatninger om hvorvidt ØSK-komiteen krever en ikke-diskriminerende realisering av en ressursrelativ minstestandard, eller av en ressursuavhengig standard. Uavhengig av ståsted utfordrer kravet til minstestandard norsk rett.

Slik jeg ser det har irregulære migranter i dag ikke tilgang til "essential primary health care" slik ØSK-komiteen understreker at alle skal ha.<sup>178</sup>

Kontakten med primærhelsetjenesten for irregulære migranter er i utgangspunktet begrenset, da tilstandene som gir rett på helsehjelp for irregulære som oftest er de mest alvorlig og tidskritiske sykdomstilstandene. Retten til fastlege som er den vanligste kontakten med primærhelsetjenesten er ikke-eksisterende, retten til forebyggende og rehabiliterende helsehjelp er

---

<sup>176</sup> Se Endringsforskrift 30. juni 2011 nr. 703

<sup>177</sup> Süßmann (2015) s. 72

<sup>178</sup> GC no. 14 para. 43

utelukket, og det som står igjen av rettigheter er i hovedsak øyeblikkelig hjelp. All annen hjelp fra spesialisthelsetjenesten vil samtidig være vanskelig å få tilgang til, da kontakt med denne som oftest innebærer henvisning fra fastlege, som irregulære migranter ikke har rett på. Dette kan vanskelig sies å oppfylle plikten til å tilby ”essential primary health care” som i følge komiteen inneholder blant annet et krav om ikke-diskriminerende tilgang helsefasiliteter, tjenester, varer, og medisiner.<sup>179</sup>

Süssmanns forståelse av minstestandarden innebærer, som gjort rede for tidligere, at statene etter ØSK er forpliktet til å tilby alle, også irregulære migranter en ressursrelativ kjerne av rettigheter. Dersom denne forståelsen legges til grunn, er Norge forpliktet til å tilby også irregulære migranter nødvendig helsehjelp som holder samme forsvarlig minstestandard som for andre pasientgrupper, jfr. Fusa-dommen. Slik relativisering som følger av å operere med en nasjonal minstestandard samtidig som en gruppe i samfunnet tilbys helsehjelp under denne minstestandarden er i følge Süßmann vanskelig å forene med menneskerettighetenes universalitet og krav om ikke-diskriminering.<sup>180</sup>

Det samme kan samtidig argumenteres for med utgangspunkt i prinsippet om ikke-diskriminering etter art. 2(2) alene. Da pasienter i Norge som hovedregel har rett på nødvendig helsehjelp som holder en forsvarlig minstestandard etter pasbrl. §§ 2-1a og 2-1b, bør dette i tråd med kravet om ikke-diskriminering etter ØSK være tilgjengelig for alle, også irregulære migranter.

### **3.5 Art. 4 og muligheten for begrensninger**

Som det fremgår av det foregående, utfordres helsetjenestens forpliktelser av ØSK art. 12, jfr. art. 2. Det er grunnlag for å hevde at helsetjenesten plikter å tilby irregulære migranter helsehjelp i større utstrekning enn helseforskriften tilsier. Slike begrensninger i retten etter ØSK art. 12, kan kun forsvares dersom begrensningene oppfyller vilkårene i ØSK art. 4.

Det følger av ØSK art. 4 at:

“Konvensjonspartene erkjenner at en stat bare kan underkaste de rettigheter som staten har gjennomført i samsvar med denne konvensjon, slike begrensninger som følger av lov, og bare i den utstrekning dette er forenlig med rettighetenes natur og utelukkende med det formål å fremme den allmenne velferd i et demokratisk samfunn.”

---

<sup>179</sup> L.c.

<sup>180</sup> Süßmann (2015) s. 82

Spørsmålet i det følgende er derfor hvorvidt begrensningene i irregulære migranternes rett til helsetjenester må regnes som konvensjonsmessige som følge av art. 4. I så fall forplikter ikke ØSK helsetjenesten i større grad enn nasjonal rett gjør.

Vilkårene i art. 4 er kumulative. Dersom vilkårene er oppfylt, må begrensningene i tillegg være proporsjonale i tråd med art. 5(1).

Vilkårene er ikke særlig utdypet i GC no. 14, som heller fremhever at begrensningsklausulen i art.4 i utgangspunktet ikke er gitt for å gi statene rom til å begrense konvensjonsrettighetene, men heller for å sikre den enkelte mot urimelige inngrep i rettighetene.<sup>181</sup>

### 3.5.1 Krav om lov

Bestemmelsens vilkår om at begrensninger må fremgå av lov, innebærer både et formelt og et materielt hjemmelskrav. Det formelle kravet tilfredsstilles dersom begrensningene fremgår av lovbestemmelser eller forskrift. Det formelle kravet er således oppfylt av helseforskriften.

Det materielle lovkravet er mer usikkert. Grensene for inngrepet i rettighetene må fremgå klart av reguleringen. Når forskriften innfører et vilkår som, "helt nødvendig helsehjelp som ikke kan vente", som ellers ikke er kjent hverken rettslig eller medisinsk, kan dette være problematisk i forhold til kravet om lovregulering, da grensene for inngrepet ikke fremgår klart av forskriftsreguleringen.<sup>182</sup>

### 3.5.2 Forenelig med rettighetenes natur

I sin redegjørelse for statenes "core obligations" uttaler ØSK-komiteen at disse er "non-derogable". Dette må forstås som en henvisning til art. 4, og at disse kjernerettighetene ikke kan begrenses med grunnlag i art. 4.<sup>183</sup> For å være forenelig med rettighetenes natur, må begrensningene i det minste ikke gripe inn i denne kjerne av essensielle rettigheter. Begrensninger i retten til helse kan således bare foretas i deler av retten som ikke tilhører kjernen av minimumsrettigheter, for å være konvensjonsmessige. Samtidig må de to andre vilkårene være oppfylt. Det følger således av vilkåret at Norge som konvensjonspart i det minste ikke vil kunne begrense irregulære migranternes rettigheter til et nivå lavere enn kjernerettighetene som følger av statenes "core obligations".

---

<sup>181</sup> GC no. 14 para. 28

<sup>182</sup> Süßmann (2015) s. 84

<sup>183</sup> GC no. 14 para. 47 og Süßmann (2015) s. 80 med videre henvisninger

På bakgrunn av dette er det slik jeg ser det allerede klart at Norge begrenser irregulære migranternes rettigheter i en større grad enn det art. 4 tillater.

### 3.5.3 Formål å fremme den allmenne velferd

ØKS-komiteen fremhever i GC no. 14 at begrensninger i rettighetene må være ”strickly necessary for the promotion of general welfare”.<sup>184</sup> Dette er et strengt krav. Det er ikke tilstrekkelig at formålet er å fremme den allmenne velferd, den må også være strengt nødvendig for å fremme denne.

Hva som ligger i uttrykket den allmenne velferd kommer ikke tydelig frem. Lovavdelingen har kommentert vilkårene i art. 4 i en tolkningsuttalelse vedrørende ØSK art.9 og BK art. 26, og mener at avgjørende vekt må legges på om formålet for inngrepet alt i alt fremstår som legitimt.<sup>185</sup> Norsk lovkommentar<sup>186</sup> hevder at adgangen til å begrense rettighetene er begrenset til nødsituasjoner og betegner slike begrensninger som en følge av unntakstilstand.

Det sies lite om formålet med begrensningene som er gjort i forarbeidene til helseforskriften og prioriteringsforskriften. I høringsnotatet til prioriteringsforskriften nevnes kun at å gi mennesker som oppholder seg ulovlig i landet helsehjelp i samme utstrekning som andre, vil stride mot den allmenne rettsfølelse.<sup>187</sup> Hva som ligger i dette er uklart, men kan uansett vanskelig sies å oppfylle vilkåret i art. 4 om å fremme den allmenne velferd.

Da det ikke gis noen nærmere redegjørelse for formålet med begrensningene enn dette, legges det til grunn at vilkåret ikke er oppfylt.

Ettersom vilkårene i art. 4 ikke er oppfylt, går jeg ikke nærmere inn på noen vurdering av begrensningenes proporsjonalitet, jfr. art. 5(1) forstått i lys av GC no. 14 para 28.

Konklusjonen etter dette er fortsatt at staten og helsetjenesten plikter å tilby irregulære migranter mer omfattende tilgang til helsetjenester enn helseforskriften tilsier, med grunnlag i ØSK art. 12 jfr. art. 2.

---

<sup>184</sup> Ibid. para. 28

<sup>185</sup> JDLOV-2010-3126

<sup>186</sup> Wille (2016) note 5

<sup>187</sup> Hod. (2010) s. 17



### 3.6 Oppsummering

Rettslig sett er det etter dette grunn til å hevde at staten og helsetjenesten er forpliktet av blant annet KDK og ØSK gjennom menneskerettsloven til å tilby irregulære migranter helsetjenester i større utstrekning, og sannsynligvis for lavere kostnader enn helseforskriften tilsier, jfr. ØSK art.12, KDK art. 12 jfr. mskrl. § 3. Begrensningene i ansvaret overfor irregulære migranter, kan ikke forsvares av ØSK art. 4.

Selv om konkrete plikter er vanskelig å utlede, kan det likevel antydes et visst utvalg av plikter. Blant annet gjelder dette *gratis* tilgang til nødvendig helsehjelp for gravide, fødende og barselkvinner. Problematikken med betaling, gjelder for øvrig også annen helsehjelp i den grad den påvirker helsehjelpens tilgjengelighet.

Det er også grunn til å hevde med bakgrunn i kravet til en progressiv utvikling, at irregulære migranter fortsatt skulle hatt tilgang til nødvendige helsetjenester fra primærhelsetjenesten slik de hadde etter tidligere utgaver av prioriteringsforskriften.

Kravet om en progressiv og ressursrelativ utvikling antyder også at Norge, i og med sin stilling som et svært ressurssterkt land, burde ha kommet langt i tildelingen av helsetjenester uten diskriminering. Avstanden mellom irregulære migranternes rett på helt nødvendig helsehjelp som ikke kan vente, og ØSKs krav om den høyest oppnåelige standard av helse for den enkelte, er svært stor selv om man tar hensyn til at oppfyllelsen skal være progressiv. Som minimum burde slike “core obligations” som av ØSK-komiteen forventes oppfylt allerede ved tiltredelse, være tilgjengelig for alle – uten diskriminering.<sup>188</sup>

Selv om man kommer frem til at art. 12 i lys av ØSK-komiteens uttalelser pålegger større plikter enn helseforskriften gjør, er uttalelsene fortsatt soft law som har usikker rettskildeværdi. Mangelen på et håndhevingsorgan som kan bidra med bindende avgjørelser som forplikter partene til konkret handling, gjør det samtidig vanskelig å omforme konvensjonens rettigheter til rettslige plikter for konvensjonspartene. Så lenge partene selv mener de holder seg innenfor konvensjonens rammer, er det derfor vanskelig å hente noe annet fra komiteens General Comments enn kritikk av statenes praksis, slik komiteen selv tidvis gjør i sine Concluding Observations til medlemsstatene.

---

<sup>188</sup> Jfr. GC no. 14 para 34

## 4 Avsluttende betraktninger

### 4.1 Oppsummerende om problemstilling

Helselovenes pliktbestemmelser, forsvarlighetskravet, etiske retningslinjer og retten til helse i internasjonale menneskerettigheter kan alle tolkes slik at det kan antydes et større ansvar for helsetjenesten, enn rettighetene i helseforskriften tilsier. Som det fremgår av oppgaven, er det samtidig vanskelig å utlede konkrete juridiske forpliktelser for helsetjenesten utover å svare på irregulære migranternes rettskrav på helsehjelp. Helselovenes pliktbestemmelser tolkes hovedsakelig i nær sammenheng med den enkeltes motsvarende rettigheter, forsvarlighetskravet er en tidvis uklar norm, og tolkningen av internasjonale menneskerettigheter er preget av veiledende uttalelser som ikke klart binder partene rettslig. Det er likevel oppgavens slutning at helsetjenestens ansvar for helsehjelp til voksne irregulære migranter strekker seg lenger enn ordlyden i helseforskriften § 5 a) første punktum tilsier.

Oppgavens tema er like relevant for politiske og etiske vurderinger, som rettslige. At irregulære migranter *bør* tilbys helsehjelp i større utstrekning enn helseforskriften tilsier, uavhengig av om helsetjenesten er rettslig forpliktet til det, støttes av blant annet hensynet til humanitet og menneskerettigheter, skillet mellom utlendingsretten og helse- og sosialrett, hensynet til helsepersonells yrkesutøvelse og samfunnsøkonomiske hensyn, m.m.

### 4.2 Rettspolitiske argumenter for et større ansvar

Mye av spenningen på dette rettsområdet ligger i den stadige avveiningen av innvandringsregulerende hensyn, og medisinfaglige hensyn. Regelverket er kritisert for å ha dratt grensek kontroll inn på helserettens område. Det er særlig helsepersonell som settes i en vanskelig posisjon, da de ofte må velge mellom hensynet til medisinsk forsvarlig behandling i tråd med yrkesetiske retningslinjer og innvandringsregulerende fakta, som vurderingen av hvorvidt vedkommende kommer til å forlate landet i løpet av tre uker eller ikke. Vurderingen av om behandlingen må regnes som akutt eller ikke kan oppleves nærmest umulig, da den behandelende lege sjelden vil ha nøyaktig informasjon om den enkeltes eventuelle tilgang til helsehjelp annet sted.<sup>189</sup> Hensynet til helsepersonell og deres plikt til å utøve sitt yrke i tråd med yrkesetiske retningslinjer tilsier således at irregulære migranter bør gis rettigheter i et slikt omfang at helsepersonell ikke blir satt i en situasjon der de må velge mellom hensynet grensek kontroll og medisinsk forsvarlig behandling i tråd med yrkesetiske retningslinjer.<sup>190</sup>

---

<sup>189</sup> Karlsen (2015) s. 138

<sup>190</sup> PICUM (2014) s. 20

De ulike hensynene bak helselovene og utlendingsloven er også et argument for at vurderingene etter de to regelsettene bør holdes fra hverandre.<sup>191</sup> Helserettens fokus på respekten for den enkelte pasients liv, integritet og menneskeverd, samt forebygging og behandling av sykdom, har lite med utlendingsrettens formål om å kontrollere utlendingers adgang og opphold i riket å gjøre.<sup>192</sup> Helserettens hensyn tilsier at utlendingsrettslige vurderinger av lovlig eller ulovlig opphold bør holdes utenfor vurderingen av helsetjenestens forpliktelser i møte med medisinske behov.

Samfunnsøkonomiske hensyn er tidvis et argument som taler for å tilby irregulære migranter helsetjenester i større omfang enn det som gjøres i dag. Som nevnt tidligere, fører dagens regelverk til at irregulære migranter i mange tilfeller ikke har tilgang på behandling og medisiner som kunne avverget utvikling av mer alvorlig sykdom. Dette vil ofte kreve mer av helsetjenesten, både hva gjelder personellressurser og økonomiske ressurser, enn hva behandlingen av den opprinnelige tilstanden ville gjort.<sup>193</sup>

Til slutt taler særlig hensynet til humanitet og menneskerettigheter som Norge er tilsluttet i stor grad, for en likebehandling av mennesker med medisinske behov. Menneskerettighetenes universelle karakter tilsier at slike prioriteringer og unntak som er gjort slik at irregulære migranter behandles så annerledes enn andre pasienter i Norge, burde vært unngått. Det er lite sammenheng i at helsetjenesten, som ellers prioriterer de svakeste og dem med sterkest behov, i møte med irregulære migranter skal tilsidesette disse vurderingene av hensyn til karakteristikk som lovlig eller ulovlig opphold.

---

<sup>191</sup> Se også Søvig (2013) s. 716-717

<sup>192</sup> Jfr. formålsbestemmelser i pasbrl., utl. og hol.

<sup>193</sup> PICUM (2014) s. 3-4 og s. 20

## 5 Litteratur

### 5.1 Bøker og kapitler i bøker

Befring, Anne Kjersti, “Helserett og helsetjenesten”, I: *Sentrale helserettslige emner*, Anne Kjersti Befring, Morten Kjelland og Aslak Syse (red.), 2016, s. 17-59.

Høstmælingen, Njål, *Internasjonale menneskerettigheter*, 2010.

Jacobsen, Christine M., “Begreper og perspektiver i forskningen om irregulær migrasjon og velferd”, I: *Eksepsjonell velferd*, Synnøve K. Bendixsen, Christine M. Jacobsen og Karl Harald Søvig (red.), 2015, s. 25-46.

Karlsen, Marry-Anne, “Når helsevesenet blir en del av migrasjonskontrollen – etiske og praktiske dilemmaer for helsepersonell”, I: *Eksepsjonell velferd*, Synnøve K. Bendixsen, Christine M. Jacobsen og Karl Harald Søvig (red.), 2015, s. 128-145.

Kjelland, Morten, “Forsvarlighetskravet i helseretten”, I: *Sentrale helserettslige emner*, Anne Kjersti Befring, Morten Kjelland og Aslak Syse (red.), 2016, s. 79-103.

Kjønstad, Asbjørn, *Helserett*, 2007.

Molven, Olav, *Helse og jus. En innføring for helsepersonell*, 2006.

Ruud, Morten og Geir Ulfstein, *Innføring i folkerett*, 4. utgave, 2011.

Süssmann, Andrea, “Dronning i grenseland, et menneskerettslig perspektiv på forskrift om rett til helse- og omsorgstjenester til personer uten fast opphold i riket”, I: *Eksepsjonell velferd*, Synnøve K. Bendixsen, Christine M. Jacobsen og Karl Harald Søvig (red.), 2015, s. 69-89.

Søvig, Karl Harald, “Hvorfor nekte eller gi irregulære immigranter tilgang til velferdsytelser?”, I: *Undring og erkjennelse: Festskrift til Jan Fridthjof Bernt*, Karl Harald Søvig, Sigrid Eskeland Schütz og Ørnulf Rasmussen (red.), (2013), s. 705-717.

Søvig, Karl Harald, “Tilgang til velferdstjenester for irregulære migranter etter det norske regelverket”, I: *Eksepsjonell velferd*, Synnøve K. Bendixsen, Christine M. Jacobsen og Karl Harald Søvig (red.), 2015, s. 48-68.

Aasen, Henriette Sinding, “Menneskerettigheter og grunnlovsbestemmelser”, I: *Sentrale helserettslige emner*, Anne Kjersti Befring, Morten Kjelland og Aslak Syse (red.), 2016, s. 60-78.

Aasen, Henriette Sinding, Alice Kjellevold og Paul Stephens, “Undocumented migrants access to health care services in Europe: tensions between international human rights, national law and professional ethics”, I: *Juridification and Social Citizenship in the Welfare State*, Henriette Sinding Aasen, Siri Gloppen, Anne-Mette Magnussen og Even Nilssen (red.), 2014, s. 162-182.

## **5.2 Artikler**

Andenæs, Kristian og Charlotte Bayegan, “Rett til helsehjelp for personer uten lovlig opphold i Norge”, *Juristkontakt*, nr. 5, (2009) s. 55-57, (sitert fra lovdata).

Andersen, Njål Wang, “Den nasjonale reguleringen av retten og plikten til å yte nødhjelp til personer med ulovlig opphold I Norge – analysert ut fra et rettssikkerhetsperspektiv”, *Nordisk Socialrättslig Tidskrift*, nr. 9-10 (2014) s. 31-77.

Eide, Asbjørn, “Retten til helse som menneskerettighet”, *Nordisk tidsskrift for menneskerettigheter*, vol. 24 nr. 4 (2006) s. 274-290, (sitert fra Idunn.no).

Kjellevold, Alice, “Ny lov om kommunale helse- og omsorgstjenester – verdivalg og rettslige regulering”, *Tidsskrift for erstatningsrett, forsikringsrett og velferdsrett* (2012) s. 15-43, (sitert fra Idunn.no).

Kjellevold, Alice, “Sosiale menneskerettigheter – av betydning for norsk helse- og sosialrett?”, *Nordisk tidsskrift for menneskerettigheter*, vol. 24 nr. 4 (2006) s. 301-317, (sitert fra Idunn.no).

Rognlien, Knut, “En menneskerett at helseforpliktelsene ikke blir svekket”, *Kritisk juss* (2010) s. 294-301, (sitert fra lovdata).

## **5.3 Lovkommentarer**

Grammeltvedt, Gorm Are, “Kommentar til spesialisthelsetjenesteloven”, I: *Norsk lovkommentar nettversjon*, (sitert fra rettsdata.no, 05/09/2016).

Kjellevoid, Alice, “Helse- og omsorgstjenesteloven med kommentarer”, I: *Norsk lovkommentar nettversjon*, (sitert fra rettsdata.no, 05/09/2016).

Wille, Peter F., “Kommentar til menneskerettsloven vedlegg 4. Den internasjonale konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter”, I: *Norsk lovkommentar nettversjon*, (sitert fra rettsdata.no, 20/10/2016).

## **5.4 Dommer**

Rt. 1990 s. 874

Rt. 2008 s. 1764

## **5.5 Lover**

1814 Lov 17. mai Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven).

1975 Lov 13. juni om svangerskapsavbrudd (abortloven).

1994 Lov 5. august om vern mot smittsomme sykdommer (smittevernloven).

1997 Lov 28. februar nr. 19 om folketrygd (folketrygdloven).

1999 Lov 21. mai om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven).

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

1999 Lov 2. juli nr. 62 Lov om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern (psykisk helsevernloven).

1999 Lov 2. juli nr. 63 om pasient- og brukerrettigheter (Pasient- og brukerrettighetsloven).

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

2008 Lov 15. mai nr. 35 om utlendinger adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven).

2011 Lov 24. juni nr. 30 om kommunale helse- og omsorgstjenester m.m. (helse- og omsorgstjenesteloven).

2013 Lov 15. juni nr. 93 om helseforetak (helseforetaksloven).

## **5.6 Forskrifter**

1984 Forskrift 30. mars 1984 nr. 820 om vederlag for legehjelp og fysikalsk behandling ved kommunens helsetjeneste.

1995 Forskrift 1. januar nr. 100 om allmennfarlige smittsomme sykdommer.

2011 Forskrift 30. juni nr. 703 om endring i forskrift om prioritering av helsetjenester, rett til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten, rett til behandling i utlandet og om klagenemd.

2011 Forskrift 16. desember nr. 134 om egenandel for kommunale helse- og omsorgstjenester.

2011 Forskrift 16. desember nr. 1255 om rett til helse- og omsorgstjenester til personer uten fast opphold i riket.

## **5.7 Forarbeider**

Ot.prp.nr.91 (1992-1993) Om lov om vern mot smittsomme sykdommer.

Ot.prp.nr.10 (1998-1999) Om lov om spesialisthelsetjenesten m.m.

Ot.prp.nr.11 (1998-1999) Om lov om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern.

Ot.prp.nr.13 (1998-1999) Om lov om helsepersonell m.v.

Prop. 91 L (2010-2011) Lov om kommunale helse- og omsorgstjenester m.m.

## **5.8 Offentlige uttalelser**

Helse- og omsorgsdepartementet, foredrag til Kongelig resolusjon, ”Forskrift om rett til helse- og omsorgstjenester til personer uten fast opphold i riket” (16. Desember 2011), (siteret fra lovdata, PRE-2011-12-16-1255).

Helse- og omsorgsdepartementet, høringsnotat, “Endring av prioriteringsforskriften – Helsehjelp til personer som oppholder seg ulovlig i landet”, (25. november 2010).

Helse- og omsorgsdepartementet, rundskriv, “Helsehjelp til personer uten fast opphold i riket og personer uten lovlig opphold”, (04. november 2011).

Lovavdelingen, tolkningsuttalelse – “Tilbakeholdelse av offentlige ytelser ved barne bortføring – forholdet til ØSK”, (17. desember 2010) (siteret fra lovdata, JDLOV-2010-3126).

## 5.9 Konvensjoner

|                        |  |
|------------------------|--|
| Biomedisinkonvensjonen | Europarådets konvensjon om menneskerettigheter og biomedisin, 4. april 1997.                   |
| BK                     | FNs konvensjon om barnets rettigheter, 20. november 1989.                                      |
| CRPD                   | FNs konvensjon om rettighetene til personer med nedsatt funksjonsevne, 13. desember 2006.      |
| EMK                    | Den europeiske menneskerettighetskonvensjon, 4. november 1950.                                 |
| KDK                    | FNs konvensjon om avskaffelse av alle former for diskriminering av kvinner, 18. desember 1979. |
| Sosialpakten           | Den reviderte europeiske sosialpakt, 3. mai 1996.  |
| Verdenserklæringen     | FNs verdenserklæringen om menneskerettigheter, 10. desember 1948.                              |
| Wien-konvensjonen      | Wien-konvensjonen om traktatretten, 23. mai 1969.  |
| ØSK                    | FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter, 16. desember 1966.            |



## 5.10 Internasjonale uttalelser

Kvinnediskrimineringskomiteen, General Recommendation no. 24, *Art. 12: Women and health*, (1999).

Maastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights, (1997).

ØSK-komiteen, Concluding observations on the fifth periodic report of Norway, (13. Desember 2013).

ØSK-komiteen, General Comment no. 3, *The nature of states parties obligations*, (1990).

ØSK-komiteen, General Comment no. 14, *The right to the highest attainable standard of health*, (2000).

ØSK-komiteen, General Comment no. 20, *Non-discrimination in economic, social and cultural rights*, (2009).

## 5.11 Magasin/avis

Dommerud, Tine, "Papirløs mor må betale 52.000 for å føde", *Aftenposten*, 28.01.2015.  
<http://www.aftenposten.no/norge/Papirlos-mor-ma-betale-52000-for-a-fode-65838b.html>,  
(siteret 12/10/2016).

Kirkens bymisjon, "Sykehus krevde 420.000 av papirløs for kreftbehandling", *Bymisjon*, nr. 01/2015,  
<http://bymisjon.no/PageFiles/9174/Bymisjon%201-2015-enkeltsidig-low.pdf>,  
(siteret 25/10/2016).

## 5.12 Undersøkelser og rapporter

Kirkens Bymisjon Oslo, "Papirløse migranter. En undersøkelse av situasjonen for mennesker uten lovlig opphold i Norge, og humanitære tiltak for denne gruppen i andre europeiske land" (2008),  
<http://www.bymisjon.no/PageFiles/4132/Papirlos%20migranter%20rapport.pdf>,  
(siteret 21/10/2016).

Kirkens Bymisjon, "Årsrapport 2015 – om det skjulte helsebehovet", (2015),  
<http://www.bymisjon.no/PageFiles/15350/%C3%85rsmelding%20Helsesenteret%202015.pdf>,

(siteret 25/10/2016).

PICUM Policy Brief, “Access to Health Care for Undocumented Migrants in Europe: The Key Role of Local and Regional Authorities”, (2014),

[http://picum.org/picum.org/uploads/publication/PolicyBrief\\_Local%20and%20Regional%20Authorities\\_AccessHealthCare\\_UndocumentedMigrants\\_Oct.2014.pdf](http://picum.org/picum.org/uploads/publication/PolicyBrief_Local%20and%20Regional%20Authorities_AccessHealthCare_UndocumentedMigrants_Oct.2014.pdf),

(siteret 05.11.16).

Zhang, Li-Chun, “Developing methods for determining the numbers of unauthorized foreigners in Norway”, Rapport nr. 11/2008. Oslo, Statistisk sentralbyrå, (2008),

[http://www.ssb.no/a/english/publikasjoner/pdf/doc\\_200811\\_en/doc\\_200811\\_en.pdf](http://www.ssb.no/a/english/publikasjoner/pdf/doc_200811_en/doc_200811_en.pdf),

(siteret 25.10.16).

### **5.13 Annet**

Skoghøy, Jens Edvin A., “Hvilken betydning har uttalelser fra FNs menneskerettighetskomité og FNs barnekomité som rettskilder?”, *Foredrag på nordisk høyesterettsdommerseminar i Oslo* 14.-15. mars 2016,

<http://www.domstol.no/globalassets/upload/hret/artikler-og-foredrag/betydningen-av-uttalelser-av-menneskeretts--og-barnekomiteen---foredrag.pdf>, (siteret 09.11.2016).