



Sensorveiledning

JUS2211 – Forvaltningsrett og EØS-rett høst 2023

I

1 Innledning

Denne delen av oppgaven reiser flere spørsmål knyttet til retten til helsehjelp. Jeg har identifisert følgende hovedspørsmål som alle fremkommer relativt tydelig av partenes anførsler:

1. Er helsehjelpen som Lars mottar på Aremorkheimen i strid med Lars sin rett til nødvendig og forsvarlig helsehjelp? Sara har her anført at Lars ikke hadde fått et helsetilbud som dekket hans behov for opptrening, samt at han ble gitt legemidler som etter hennes oppfatning førte til passivitet.
2. Sara har anført at sykehjemmet ikke hadde bidratt til at Lars hadde fått utpekt en nærmeste pårørende og at hun ikke ble involvert i beslutninger om helsehjelpen til faren.
3. Omfatter EØS avtalen art. 36 helsetjenester slik at det vil kunne være i strid med EØS-avtalen art. 36 at kommunen nekter å dekke utgifter til opptrening i Sverige?
4. Har Sara klagerett etter pasient- og brukerrettighetsloven § 7-2?

De fleste av spørsmålene har ingen klar innbyrdes rekkefølge, og kandidatene har derfor stor frihet til å behandle spørsmålene i den rekkefølgen som de måtte finne hensiktsmessig.

Temaene er i hovedsak behandlet i Velferdsrett 1, kapittel 4.

2 Har Lars fått *nødvendig og forsvarlig helsehjelp av kommunen*?

2.1 Pasient- og brukerrettighetsloven § 2-1a annet ledd

Kravet til nødvendig helsehjelp er av grunnleggende betydning i helseretten og kandidatene bør raskt finne frem til pasient- og brukerrettighetsloven § 2-1a annet ledd, hvor det heter:

«Pasient og bruker har rett til nødvendige helse- og omsorgstjenester fra kommunen».

Det nærmere innholdet i "nødvendighetskravet" er blant annet beskrevet slik i spesialmerknadene til bestemmelsen i Prop. 91 L (2010-2011) [mine understrekninger]:

«Begrepet «nødvendige helse- og omsorgstjenester» skal tolkes slik at det gir krav på nødvendig hjelp med en forsvarlig standard, basert på en individuell helsefaglig og/eller



sosialfaglig vurdering av behov. Det er vanskelig å angi presist hva som er nødvendig hjelp på et overordnet nivå. Omfang og nivå på hjelpen må derfor vurderes konkret. Det avgjørende må være den hjelpetrengendes behov ut i fra en helse- og sosialfaglig vurdering. I vurderingen må behovet til den enkelte veies opp mot fellesskapets behov, hvor det kan legges vekt på kommunens økonomiske ressurser. Det er imidlertid en minstandard som kommunene ikke kan gå under med henvisning til dårlig økonomi. Det vises i den forbindelse til «Fusa-dommen» Rt-1990-874. For nærmere omtale av forsvarlighetskravet vises det til kapittel 20.

[...]

Dersom en pasient eller bruker har krav på nødvendige helse- og omsorgstjenester er det kommunen som må vurdere, og i utgangspunktet beslutte hva slags hjelp som skal tilbys, ut fra de tilbudene og ressursene kommunen har. Slik sett kan en kommune fatte vedtak om tilbud om helsetjenester i hjemmet, fremfor tildeling av plass i institusjon under forutsetning av at det innebærer et forsvarlig tilbud.

Det fremgår altså av forarbeidene til pasient- og brukerrettighetsloven § 2-1a annet ledd at kravet til nødvendig helsehjelp også omfatter et krav til forsvarlighet, slik at det ikke er nødvendig med en selvstendig drøftelse av om helsehjelpen som Lars mottar på Aremorkheimen er forsvarlig. Dette «overlappet» mellom kravet til nødvendig helsehjelp og kravet til forsvarlig helsehjelp skal være noe som kandidatene har blitt gjort kjent med i undervisningen.

Hva gjelder momenter i den konkrete vurderingen, er det blant annet fremholdt i bestemmelsens spesialmerknader at:

«Kommunen står imidlertid ikke helt fritt. Formålsbestemmelsene i lovene er utgangspunktet, og det skal tas hensyn til tjenestemottakerens ønsker og synspunkter. Forsvarlighetskravet innebærer også at dersom en bestemt type tjeneste, for eksempel institusjonsplass, er eneste alternativ for å kunne yte et forsvarlig tilbud i det konkrete tilfellet, vil vedkommende pasient eller bruker ha et rettskrav på den bestemte tjenesten.»

Kandidatene bør ha rikelig med opplysninger i faktum til å foreta en god drøftelse av nødvendighetskravet. Som et utgangspunkt kan det fremholdes at Lars' fastlege, Marte Kirkerud, nettopp har fremhevet betydningen av at Lars nå fikk opptrening før det var gått for lang tid etter slaget, og hadde opplyst at fortsatt passivitet kan føre til varige svekkelser av funksjonsevnen. Marte har også fremholdt at det bør utvises tilbakeholdenhet med medisinerings av slagpasienter, da disse må aktiviseres. Denne opplysningen kan sees i lys av Aremorkheimens begrunnelse for medisinerings av Lars, nemlig at han virket deprimert og misfornøyd, og at medisinerings hadde skjedd uten nærmere dialog med Lars, og bør gi grunnlag for drøftelser rundt forsvarligheten av medisinerings av Lars. Forsvarlighetskravet i denne sammenhengen vil både dreie seg om han har fått et nødvendig tilbud etter pbrl. § 2-1 a, og om helsehjelpen i seg selv er uforsvarlig, da han er en slagpasient og skal aktiviseres, jf. hol. § 4-1 og hpl. § 4.



Det kan også være aktuelt å reise spørsmål om Lars kunne gi samtykke til denne hjelpen, og om han var samtykkekompetent. Dette må gjøres kort da det er lite i faktum som kan benyttes i denne sammenhengen.

I denne saken er det opplyst i faktum at Lars hadde vist daglig fremgang med Saras opptreningsprogram, og at han i begynnelsen av mars kunne bevege seg mer enn før opptreningen startet. Oppholdet på Aremorkheimen, med medisiner og manglende opptrening, hadde imidlertid reversert denne positive utviklingen ved at Lars hadde blitt stadig mer passiv og fjern, og at det var en tilbakegang i hans funksjonsevner. Situasjonen var faktisk blitt såpass alvorlig at avdelingssykepleieren mente at Lars nå var ute av stand til å foreta et valg av nærmeste pårørende. Utviklingen av hans funksjonsevner beveget seg med andre ord mot det som var utgangspunktet etter slaget, som er beskrevet slik:

«Som følge av slaget fikk han en stor lammelse på hele venstresiden og han mistet språket.»

Behandlingen av Lars på Aremorkheimen som har bidratt til denne negative utviklingen må holdes opp mot pasient- og brukerrettighetslovens formålsbestemmelser i § 1-1 hvor det heter at:

«Lovens formål er å bidra til å sikre befolkningen lik tilgang på tjenester av god kvalitet ved å gi pasienter og brukere rettigheter overfor helse- og omsorgstjenesten.

Lovens bestemmelser skal bidra til å fremme tillitsforholdet mellom pasient og bruker og helse- og omsorgstjenesten, fremme sosial trygghet og ivareta respekten for den enkelte pasients og brukers liv, integritet og menneskeverd."

Jeg finner det rimelig klart at helsehjelpen som Lars har mottatt på Aremorkheimen, og som har resultert i en forverring av hans helsetilstand sammenliknet med hjelpen som Sara som ufaglært klarte å tilby Lars, vanskelig kan karakteriseres som "tjenester av god kvalitet", og er lite egnet til å bidra til å "fremme tillitsforholdet mellom pasient og bruker" og helsevesenet. Ved vurderingen kan det også tas i betraktning at Lars kun er 65 år og fortsatt vil kunne ha mange gode og meningsfulle år i vente dersom han får et tilbud om opptrening og redusert medisiner.

Som det fremgår av spesialmerknadene til pasient- og brukerrettighetsloven § 2-1a annet ledd i Prop. 91 L (2010-2011), skal det ved fastsettelsen av hva som er nødvendig helsehjelp også tas hensyn til tjenestemottakerens synspunkter. Det er opplyst i søknaden som Sara sendte den 10. mars, at hun bad om en institusjonsplass med opptrening på vegne av faren. I søknaden hadde hun også føyd til at søknaden var utformet sammen med Lars, som ikke selv kunne skrive og hadde taleproblemer. Som vi snart skal komme til i punkt 3. er kommunens ivaretagelse av Lars og Saras informasjons- og medvirkningsrett etter pasient- og brukerrettighetsloven § 3-1 tredje ledd, § 3-2, § 3-3 og § 5-1 nettopp omstridt i saken. De kandidatene som ønsker å knytte drøftelsen av pasient- og brukerrettighetsloven § 2-1a annet ledd opp mot deres konklusjon i drøftelsen av informasjons- og medvirkningsretten kan derfor med fordel gjøre dette.

Etter mitt skjønn kan det ikke fremstå som særlig tvilsomt at helsehjelpen som Lars mottar på Aremorkheimen ikke tilfredsstillende kravet til nødvendig helsehjelp etter pasient- og



brukerrettighetsloven § 2-1a annet ledd. Kandidater som kommer frem til at bruddet på forsvarlighetsplikten isolert sett er såpass klart at det kan være aktuelt med anmodning om tilsyn etter § 7-4, kan gjerne nevne denne bestemmelsen helt kort, men oppgaven legger ikke opp til en drøftelse av dette spørsmålet. Kandidatene som kommer til en annen konklusjon skal imidlertid fortsatt få uttelling for dette, forutsatt at de har en god begrunnelse for konklusjonen, noe som jeg personlig må innrømme at jeg vanskelig klarer å se for meg.

2.2 Merknad til forsvarlighetskravet

Det kan tenkes at det vil være kandidater som ikke ser at retten til nødvendig helsehjelp alt inneholder et krav om at helsehjelpen skal være forsvarlig, og som derfor foretar en egen drøftelse av forsvarlighetskravet ved siden av nødvendighetskravet bør ikke trekkes for dette. Det gjelder også studenter som vurderer brudd på forsvarlighetsplikten med utgangspunkt i medisineringen som en selvstendig anmodning til statsforvalteren (§ 7-4). Det bør ikke presenteres lange teoretiske redegjørelser for kommunens plikter etter f.eks. helse- og omsorgstjenesteloven §§ 3-1, 3-2 og 4-1.

3 Innsyns- og medvirkningsrett.

3.1 Nærmeste pårørende

Ved drøftelsen av disse spørsmålene kan det blant annet være naturlig å ta utgangspunkt i avdelingssykepleierens avvisning av Saras ønske om innsyn i Lars' pasientjournal og mulighet til å påvirke helsetilbudet som Lars mottok.

«Avdelingssykepleieren avviste at Sara kunne få informasjon og medvirke i helsehjelpen med begrunnelse i at Sara ikke var nærmeste pårørende. Avdelingssykepleieren opplyste om at Lars Holm ikke hadde valgt noen nærmeste pårørende, og at han nå var ute av stand til å foreta et valg.»

En eventuell rett til innsyn vil ofte danne det faktiske grunnlaget for utøvelse av en eventuell medvirkningsrett, se Ot.prp nr. 12 (1998-1999) hvor det fremholdes på side 65:

«Retten til medvirkning henger nært sammen med retten til å samtykke til helsehjelp og retten til informasjon. Det kan sies at medvirkningsretten innebærer at pasienten blir en samarbeidspartner for helsepersonellet, som i tillegg til å motta hjelp skal bidra til å sette premissene for hva som skal gjøres og på hvilken måte.»

Mens nærmeste pårørendes medvirkningsrett er regulert i § 3-1 tredje ledd, er nærmeste pårørendes innsynsrett regulert i pasient- og brukerrettighetsloven §§ 3-2, 3-3 og 5-1.

Kandidatene bør raskt finne frem til legaldefinisjonen av «nærmeste pårørende» i § 1-3 første ledd bokstav b:

«... den pasienten eller brukeren oppgir som pårørende og nærmeste pårørende. Dersom pasienten eller brukeren er ute av stand til å oppgi pårørende, skal nærmeste pårørende være den som i størst utstrekning har varig og løpende kontakt med pasienten eller brukeren, likevel slik at det tas utgangspunkt i følgende rekkefølge: ektefelle, registrert partner,



personer som lever i ekteskapslignende eller partnerskapslignende samboerskap med pasienten eller brukeren, barn over 18 år, foreldre eller andre som har....»

Det følger direkte av ordlyden i denne bestemmelsen at avdelingssykepleieren har hatt en altfor snever forståelse av «nærmeste pårørende» og at Sara kan påberope seg å være farens nærmeste pårørende i kraft av å være farens eneste barn over 18 år, som har hatt varig og løpende kontakt med faren. Det er opplyst i faktum at Lars er enkemann og at Lars har bedt Sara om hjelp til å få nødvendige tjenester fra kommunen.

Etter mitt skjønn må det være ganske klart at Sara må anses som Lars' nærmeste pårørende.

3.2 Saras innsynsrett

Den sentrale bestemmelsen som kandidatene bør finne frem til er pasient- og brukerrettighetsloven § 5-1 fjerde ledd som foreskriver at pårørendes rett til innsyn i journal tilsvarer den informasjonsretten vedkommende vil ha etter §§ 3-3 og 3-4.

Det heter i pasient- og brukerrettighetsloven § 3-3 første ledd at (mine understrekninger):

«Dersom pasienten eller brukeren samtykker til det eller forholdene tilsier det, skal pasientens eller brukerens nærmeste pårørende ha informasjon om pasientens eller brukerens helsetilstand og den helsehjelp som ytes.»

Bestemmelsen skal være godt dekket i undervisningen, særlig i tilknytning til de nærmeste pårørendes medvirkningsrett etter pasient- og brukerrettighetsloven § 3-1 tredje ledd. Det bør derfor kunne forventes at mange kandidater vil få mye ut av en drøftelse knyttet til når «forholdene tilsier» innsyn. Kjernen i nærmeste pårørendes medvirkningsrett etter § 3-1 tredje ledd er at disse skal kunne tre inn i pasientens egen rett til å medvirke der pasienten selv ikke er i stand til å utøve denne retten, og «medvirke i samme utstrekning som om pasienten hadde full evne til å medvirke», jf. Ot.prp nr. 12 (1998-1999) s. 66.

Det er opplyst i faktum at Lars sine evner til å kommunisere med omverdenen er blitt kraftig redusert etter oppholdet på Aremorkheimen, og at det nå nesten «ikke var mulig å få kontakt med Lars». Det fremgår videre av faktum at avdelingssykepleieren nå mener at Lars er i såpass dårlig forfatning at han ikke er i stand til å peke ut sin nærmeste pårørende. Dette taler sterkt for at Sara burde få innsyn i Lars' legejournal.

Pasient- og brukerrettighetsloven § 3-3 første ledd viderefører 26 første ledd i den tidligere legeloven, se Ot.prp nr. 12 (1998-1999) side 123. Det er fremholdt i spesialmerknaene til § 26 første ledd i Ot. Prp. Nr. 1 (1979-1980) at (mine understrekninger):

«Ofte er forholdet problemfritt, fordi det er full åpenhet mellom pasient og pårørende om sykdom, tilstand og behandling. Problemene for legen oppstår når han ikke kan vite hvordan dette er, eller vet at pasienten ønsker taushet. De pårørende kan ha behov for opplysninger i egen interesse som legen ikke kan se bort fra; eller pasientens egen interesse kan tilsi at de får opplysninger mot hans vilje som kan være påvirket av sykdommen, vrangforestillinger o.l.»



I vår sak må det nettopp kunne legges til grunn at det er full åpenhet mellom Lars og Sara hva gjelder Lars sin helsetilstand. Sara har et nært forhold til Lars, og var også den som tok seg av Lars på fulltid etter at han ble rammet av slag. Etter mitt skjønn kan det derfor vanskelig sies å foreligge tungtveiende argumenter som taler mot Saras innsyn i Lars' legejournal etter pasient- og brukerrettighetsloven § 3-3 første ledd. Det bør kunne forventes at dette er vurderingsmomenter som sterkere kandidater vil ta opp, selv om de ikke skulle være kjent med forarbeidene til § 26 første ledd i den gamle legeloven.

En innsynsrett vil uansett kunne forankres subsidiært i pasient- og brukerrettighetsloven § 3-3 annet ledd, hvor det heter:

"Er pasienten eller brukeren over 16 år og åpenbart ikke kan ivareta sine interesser på grunn av fysiske eller psykiske forstyrrelser, demens eller psykisk utviklingshemning, har både pasienten eller brukeren og dennes nærmeste pårørende rett til informasjon etter reglene i 3-2."

Det er som nevnt opplyst i faktum at Lars sine evner til å kommunisere med omverdenen er blitt kraftig redusert etter oppholdet på Aremorkheimen, og at det nå nesten «ikke var mulig å få kontakt med Lars». Det fremgår videre av faktum at avdelingssykepleieren nå mener at Lars er i såpass dårlig forfatning at han ikke er i stand til å peke ut sin nærmeste pårørende. Dette taler sterkt for at Lars åpenbart ikke er i stand til å «ivareta sine interesser på grunn av fysiske [...] forstyrrelser». Kandidater som kommer til motsatt konklusjon og som klarer å argumentere godt for dette må imidlertid få uttelling for det.

3.3 Medvirkningsretten

Medvirkningsretten er godt dekket i undervisningen, og kandidatene bør raskt finne frem til pasient- og brukerrettighetsloven § 3-1 tredje ledd hvor det heter:

«Dersom pasienten ikke har samtykkekompetanse, har pasientens nærmeste pårørende rett til å medvirke sammen med pasienten.»

Samtykkekompetanse til helsehjelp er regulert i pasient- og brukerrettighetsloven § § 4-3, hvor det følger av annet ledd at:

«Samtykkekompetansen kan bortfalle helt eller delvis dersom pasienten på grunn av fysiske eller psykiske forstyrrelser, senil demens eller psykisk utviklingshemning åpenbart ikke er i stand til å forstå hva samtykket omfatter.»

Vurderingen her vil i det vesentligste følge samme mønster som vurderingen etter § 3-3 annet ledd. Som ordlyden indikerer, skal det en del til før samtykkekompetanse anses som bortfalt, jf. «åpenbart». I bestemmelsens spesialmerknader i Ot. Prp. Nr. 12 (1998-1999) side 133 er det blant annet fremholdt at:

«Det er bare dersom pasienten på grunn av sinnslidelse, fysiske eller psykiske forstyrrelser, senil demens eller psykisk utviklingshemning ikke er i stand til å forstå begrunnelsen, at



samtykkekompetansen bortfaller. En mindre psykisk reduksjon i forstandsevnen, herunder lettere alderdomssvekkelse, er ikke tilstrekkelig.»

Igjen vil kandidatene kunne få til gode drøftelser basert på beskrivelser i faktum av Lars' nåværende sinnstilstand, særlig at han nå er nærmest umulig å få kontakt med, og at han ikke en gang er i stand til å utpeke sin nærmeste pårørende.

Flere kandidater vil nok også problematisere om Lars er gitt mulighet til å medvirke til egen helsehjelp. Det er opplyst i faktum at sykehjemslegen hadde rekvirert flere legemidler, blant annet beroligende, da Lars virket deprimert og misfornøyd. Avdelingssykepleieren hadde gitt ham dette uten nærmere dialog med Lars. Drøftelsen av Lars' egen medvirkningsrett vil da kunne kobles opp mot pasient- og brukerrettighetsloven § 3-1 annet ledd hvor det heter:

«Tjenestetilbudet skal så langt som mulig utformes i samarbeid med pasient eller bruker. Det skal legges stor vekt på hva pasienten eller brukeren mener ved utforming av tjenestetilbud etter helse- og omsorgstjenesteloven §§ 3-2 første ledd nr. 6, 3-6 og 3-8.»

Denne retten til å være med på utformingen av eget tjenestetilbud kan da sees i sammenheng med opplysningen i faktum om at Lars tidligere hadde vært restriktiv med å samtykke til legemidler. Kandidater som går nærmere inn på dette spørsmålet vil nok måtte ta utgangspunkt i Lars' helsetilstand på tidspunktet da han ble lagt inn på Aremorkheimen. Selv om det ble opplyst at han på dette tidspunktet fortsatt ikke kunne skrive, og hadde taleproblemer, så var han fortsatt i stand til å kommunisere med Sara. Det kan i den forbindelse vises til pasient- og brukerrettighetsloven § 3-1 første ledd, hvor det blant annet heter at «medvirkningens form skal tilpasses den enkeltes evne til å gi og motta informasjon». Faktum gir etter mitt skjønn ikke holdepunkter for noen klar konklusjon, men kandidater som ser problemstillingen og som får noe fornuftig ut av denne bør belønnes for dette.

4 EØS-avtalens artikkel 36

Kommunen har anført at Lars Holm uansett ikke hadde noen rett til å få dekket utgifter til behandling i Sverige, da EØS-avtalen art. 36 ikke omfatter helsetjenester.

Det fremkommer flere steder i Arnesen m.fl., *Oversikt over EØS-retten*, slik som i kap. 10.6, 13.1.3 og 13.2.4 at EU-domstolens har lagt til grunn flere ganger at helsetjenester som ytes mot betaling er omfattet av reglene om fri bevegelse for tjenesters passive side. Kandidatene bør derfor være kjent med svaret på spørsmålet, uavhengig av deres valg av hovedlitteratur, og spørsmålet om anvendelsen av EØS-avtalens artikkel 36 på helsetjenester kan derfor betraktes som et kontrollspørsmål. Det fremgår også av læringskravene at kandidatene «skal ha god forståelse av [...] Forholdet mellom velferdsretten, menneskerettighetene, Grunnloven og EØS-retten». Kandidater som slutter seg til kommunens anførsel om at EØS-avtalen art. 36 ikke omfatter helsetjenester, må derfor kunne trekkes betydelig for dette.

Flere kandidater vil kanskje klare å finne frem til EFTA-domstolens avgjørelse i forente saker E-11/07 og E-1/08 (Rindal og Slinning), hvor det fremgår av avsnitt 42:



«Medisinske tjenester som ytes mot betaling, faller inn under anvendelsesområdet for bestemmelsene om friheten til å yte tjenester, jf. bl.a. sak C-374/04 Watts, Sml. 2006 s. I-4325, heretter ”Watts”, avsnitt 86–87. Dette gjelder også for eksperimentell og utprøvende behandling. Følgelig må det vurderes om en rett til dekning kan følge av EØS-avtalen artikkel 36 og 37».

Et klart svar på problemstillingen finnes også i Ot.prp. nr. 92 (2008-2009):

«I løpet av de siste tolv årene har EF-domstolen behandlet en rekke saker om pasientmobilitet. EF-domstolen har slått fast at EF-traktatens prinsipp om fri bevegelighet for tjenester gjelder for helsetjenester, og at dette prinsippet også gir pasienter rettigheter som tjenestemottakere. Avgjørelsene innebærer at pasienter på visse vilkår har rett til dekning fra hjemlandet av utgifter til behandling i andre EØS-land. Grunnlaget er reglene om fri bevegelighet av tjenester som er nedfelt i EF-traktaten artikkel 49 og 50 (tidligere artikkel 59 og 60). 1 Det samme følger av de tilsvarende bestemmelsene i EØS-avtalen artikkel 36 og 37, noe EFTA-domstolen også la til grunn i sin rådgivende uttalelse i Rindal og Slinning fra desember 2008.»

Andre kandidater vil kanskje finne frem til folketrygdloven § 5-24 a om stønad til helsetjenester i et annet EØS-land, eller til relevante bestemmelser i EUs pasientrettighetsdirektiv.

Det kan imidlertid forventes at det vil være forholdsvis mange kandidater som ikke klarer å vise til direkte relevante kilder, og som vil måtte resonnerer seg frem til en konklusjon på forholdsvis selvstendig grunnlag. Ved vurderingen av disse selvstendige forsøkene må det utvises et betydelig skjønn. Kandidater som viser at de ser at manglende finansiering av helsetjenester fra utenlandske tilbydere vil medføre en forskjellsbehandling som vil gjøre det mindre attraktivt for norske brukere å oppsøke svenske tjenestetilbydere, og at dette vil kunne utgjøre en faktisk restriksjon, må må uttelling for dette. Kandidater som derimot legger til grunn en streng ordlydsfortolkning av artikkel 36, og som avfeier anvendelsen av bestemmelsen ved å vise til at den kun forbyr «restriksjoner på adgangen til å yte tjenester», og at nærværende sak dreier seg om finansiering, må kunne trekkes betydelig for dette.

5 Om Saras klageadgang

Kommunen har anført at Sara ikke hadde klagerett på vedtaket, siden det var Lars som måtte klage.

Det følger av pasient- og brukerrettighetsloven § 7-2 første ledd at pasient eller bruker eller dennes representant som mener at bestemmelsene i kapittel 2 med unntak av § 2-4 a, kapittel 3, samt § 5-1, er brutt, kan klage til statsforvalteren. Hva som ligger i «representant» er utdypet i paragrafens sjette ledd hvor det heter:

«Pasientens eller brukerens representant etter første og annet ledd er den som har fullmakt til å klage på pasientens eller brukerens vegne, eller som har samtykkekompetanse etter kapittel 4. Fullmektig som ikke er advokat, skal legge frem skriftlig fullmakt.»

Helsedirektoratet og Helsetilsynet har tidligere lagt til grunn at det kan innfortolkes en innforstått fullmakt i tilfeller der nærmeste pårørende klager på vegne av pasienter over 18 år som mangler



samtykkekompetanse (og dermed også fullmaktskompetanse), og som ikke selv kan klage. Nærmeste pårørende trenger derfor ikke å fremlegge en skriftlig fullmakt for å opptre som representanter for pasienter og brukere. Denne tolkningen er imidlertid bestridt av Helse- og omsorgsdepartementet som i en tolkningsuttalelse 23. juni 2017 har lagt til grunn at slike pasienter må gi skriftlig fullmakt til nærmeste pårørende for at de skal kunne klage på deres vegne.

<https://www.helsedirektoratet.no/tema/pasient-og-brukerrettighetsloven/Sp%C3%B8rsm%C3%A5l%20om%20klagerett%20for%20n%C3%A6rmeste%20p%C3%A5r%C3%B8rende%20n%C3%A5r%20pasienten%20er%20over%2018%20%C3%A5r%20og%20mangler%20samtykkekompetanse%202017.PDF/> /attachment/inline/7b34132a-5cc5-466d-9133-020ec20954c9:903d071cca689568270255e736b5f6c947189875/Sp%C3%B8rsm%C3%A5l%20om%20klagerett%20for%20n%C3%A6rmeste%20p%C3%A5r%C3%B8rende%20n%C3%A5r%20pasienten%20er%20over%2018%20%C3%A5r%20og%20mangler%20samtykkekompetanse%202017.PDF

Kandidatene skal visstnok være gjort kjent med denne diskusjonen gjennom undervisningen, men usikkerheten tilsier likevel at det utvises betydelig raushet og skjønn ved vurderingen av Saras klagekompetanse etter § 7-2. Kandidater som løfter frem at Saras klage uansett kan oppfattes som en anmodning om omgjøring etter forvaltningsloven § 35 bør belønnes for dette. Spørsmålet om omgjøring er også uttrykkelig nevnt i Lise Lunds svar til Sara om at kommunen ikke kunne omgjøre vedtaket om å plassere Lars på Aremorkheimen. Denne problemstillingen vil antageligvis være noe som overses av flere kandidater, men de som kommer inn på problemstillingen vil da måtte vise til forvaltningsloven § 35 første ledd bokstav c.

Hva gjelder de delene av Saras klage som gjelder brudd på hennes innsyns- og medvirkningsrett, så klager Sara ikke på vegne av Lars, men på brudd på hennes rettigheter som nærmeste pårørende. Kandidatene som ser dette, og som påpeker at en fullmakt fremstår som unødvendig for disse delene av klagen, bør også belønnes for dette.

Det kom frem under sensormøtet at det er en rekke kandidater som helt eller delvis erstatter definisjonen av «representant» i pasient- og brukerrettighetsloven § 7-2 sjette ledd med forvaltningslovens klageregler. En slik tilnærming er ikke riktig, og vil måtte medføre noe trekk.

6 Gyldighet/ugyldighet

Kommunens vedtak om å plassere Lars i Aremorkheimen er i strid med pasient- og brukerrettighetsloven § 2-1a (og EØS-avtalen artikkel 36), og vil enkelt kunne kjennes ugyldig på grunn av materielle innholdsmangler. Erfaringsmessig vil nok flere kandidater foreta relativt lange teoretiske drøftelser av ugyldighetsspørsmålet med utgangspunkt i forvaltningsloven § 41 og Høyesteretts avgjørelser i Rt-2009-661 og HR-2017-2247-A. Selv om en slik tilnærming vil fremstå som noe uskjønnsom i en sak hvor det er tale om en materielle innholdsmangler og ugyldigheten er så til de grader åpenbar, bør det utvises noe varsomhet med å straffe kandidatene for hardt.

II



1 Tvangsinnleggelse

Tvang er behandlet i Velferdsrett 1 kapittel 10. Tvangsinnleggelse etter helse- og omsorgstjenesteloven § 10-2 inngår ikke i pensum og ligger heller ikke i kjernen av undervisningen. Kandidatene skal imidlertid være godt kjent med reglene om tvungent psykisk helsevern og bør derfor ha en solid forståelse av de grunnleggende prinsippene knyttet til tvungent helsevern. Det kom imidlertid frem under sensormøtet at det er flere kandidater som ikke bare har latt seg inspirere av de grunnleggende prinsippene bak reglene om tvungent psykisk helsevern, men snarere valgt å bruke disse reglene direkte for å løse oppgaven, ofte til fortrenghet for helse- og omsorgstjenesteloven § 10-2. En slik tilnærming til oppgavens ordlyd og uttrykkelige henvisning til § 10-2 må kunne karakteriseres som svært lite skjønnsom, og vil måtte medføre trekk.

Grunnvilkåret for tvangsinnleggelse etter § 10-2 fremkommer av paragrafens første ledd, hvor tvangsinnleggelse er forbeholdt situasjoner der noen utsetter sin fysiske eller psykiske helse for fare ved omfattende og vedvarende misbruk, og dersom hjelpetiltak ikke er tilstrekkelig. Vedtak som treffes av kommunen etter femte ledd, krever i tillegg at «de interesser bestemmelsen skal ivareta kan bli vesentlig skadelidende dersom vedtak ikke treffes og gjennomføres straks».

Det heter i bestemmelsens spesialmerknader i Ot.prp. nr. 29 (1990-1991):

«Bestemmelsen tar sikte på de sterkt belastede misbrukere. Det er ikke grunn til å bruke den med mindre det konkret er grunn til å tro at man gjennom en periode på inntil 3 måneder kan klare å gjøre noe som på sikt har positiv betydning for klienten. De rene avrusningstiltak faller utenfor § 6-2.»

Etter min mening fremstår det som noe diskutabelt om vilkårene er oppfylt. På den ene siden er det opplyst at Sara er inne i en periode hvor hun ruset seg daglig på kokain. Kokain regnes i dag som det sterkeste narkotiske stoffet som finnes, og er også det stoffet som har den sterkeste avhengighetsskapende egenskapene, slik at daglig bruk helt klart må anses som svært alvorlig. Videre fremgår det at hun er klart undervektig på grunn av spiseforstyrrelser. Selv om disse ikke skulle være direkte forårsaket av hennes alvorlige rusmisbruk så må det likevel kunne hevdes at daglig bruk av kokain ikke akkurat er kjent for å være fremmede for evnen til å ta vare på seg selv.

Hva gjelder Saras henvisning til tidligere perioder med misbruk av rusmidler uten at hun satte seg selv i alvorlig fare, så kan dette neppe tillegges stor vekt all den tid loven ikke oppstiller et krav til alvorlig fare, slik om i psykisk helsevernloven § 3.3 nr. 3 bokstav b, men kun et krav til fare.

Det som særlig kompliserer vurderingen, er Saras utsagn om at hun var villig til å motta frivillig behandling om et par måneder dersom hun fikk plass i en institusjon som både kunne behandle henne for rusmiddelmisbruket og spiseforstyrrelser. § 10-2 oppstiller som et vilkår for tvungen innleggelse at «hjelpetiltak ikke er tilstrekkelig», og Saras tilsynelatende vilje til frivillig behandling kan være egnet til å så tvil om dette vilkåret er oppfylt. Samtidig så er hennes samarbeidsvilje ikke ubetinget ved at hun først er villig til å la seg behandle etter et par måneder. Avhengig av Saras helsetilstand, er dette et tidsrom som kan være helt avgjørende for hennes liv og helse. Videre er det opplyst i faktum at Sara kontant avviste Ellen da hun sa at hun fryktet for Saras liv, noe som kan tyde på en underliggende manglende erkjennelse av sakens alvor.



Avveiningen av disse vurderingsmomentene må skje i lys av Grunnloven § 94 og EMK art. 5 nr. 1 bokstav e, og kravene til formålstjenlighet, forholdsmessighet og nødvendighet. Dette er først og fremst materiale som knytter seg til JUS 2111, og det vil derfor fort bli lite skjønnsomt dersom drøftelsen domineres av betraktninger knyttet til Grunnloven eller EMK.

Konklusjonen må nok kunne anses som relativt åpen.

2 Spørsmål knyttet til realitetsdom.

Overfor tingretten krevde Sara at hun ble skrevet ut med henvisning til at de grunnleggende vilkårene for tvang ikke var oppfylt.

Kandidatene bør vise til det alminnelige utgangspunktet i norsk rett om at domstolene i sin prøving av forvaltningsvedtak normalt begrenser seg til å kjenne disse ugyldige, uten å uttale seg om hva et eventuelt rettmessig vedtak skal gå ut på, jf. Rt. 2001 s 995. Dette fravikes imidlertid i saker etter tvisteloven kapittel 36, hvor det blant annet heter i § 36-9 første ledd:

«Går dommen ut på at tvangsvedtaket skal opphøre, får dette virkning straks.»

Kandidatene skal være kjent med tvisteloven kapittel 36, og det bør derfor kunne forventes at det vil være relativt mange kandidater som ser denne problemstillingen.

III

Om vurderingen

Oppgaven er relativt omfattende, med en god blanding av sentrale og litt mer perifere spørsmål, hvor særlig spørsmålet knyttet til EØS-avtalens art. 36 fort vil kunne fortone seg som det mest krevende. Samtidig så er det mitt inntrykk at oppgaven alt i alt fremstår som balansert og kan besvares relativt kort så lenge kandidatene bruker tid på å identifisere spørsmålene som faktisk reises i oppgaven, og unnlater å begi seg inn på lange teoretiske redegjørelser for strengt tatt irrelevante spørsmål. Evnen til å identifisere relevante spørsmål, og til å konsentrere seg om disse, er forhåpentligvis fortsatt kjerneegenskaper som man kan forvente seg av gode jurister (og jusstudenter). Flere av spørsmålene i del I vil dessuten kunne besvares gjennom henvisning til de samme opplysningene i faktum om Lars' helsetilstand.

Eksamen holdes som seks timers skoleeksamen der kandidatene har tilgang til Lovdata Pro i eksamensmodus. Følgende kilder er da tillatt: Lover og forskrifter, rettsavgjørelser fra Høyesterett og lagmannsretter, forarbeider, nemder og utvalg med videre, rundskriv og uttalelser, internasjonale kilder (EØS/EU, traktater, ICJ-avgjørelser, EMD-avgjørelser). De har ikke tilgang til rettsavgjørelser fra tingretter, litteratur og Karnov lovkommentarer. De har også mulighet til å legge inn fritekstmerknader på inntil 1000 tegn per merknad. For mer informasjon, se <https://www.uio.no/studier/program/jus/lovdata-pro/veiledninger-lovdata-pro.html#toc1>

Det bør derfor kunne legges til grunn at de beste karakterene vil være forbeholdt kandidater som har identifisert de fleste av de rettslige hovedproblemstillingene i oppgaven, uten alt for mange teoretiske utglidninger til irrelevante spørsmål, og hvor det er kvaliteten på drøftelsene og subsumsjonen som vil skille mellom A og B. Det må, som alltid, foretas et konkret sensorskjønn og



UNIVERSITETET I OSLO

kandidater som begår forholdsvis alvorlige feil ved å f.eks. legge til grunn at EØS-avtalen art. 36 ikke regulerer spørsmålet om finansiering av helsetjenester i Sverige, eller som løser oppgaven om tvangsinnleggelse av Sara ut fra reglene om tvungent psykisk helsevern, vil ikke automatisk diskvalifiseres fra en god karakter. I slike tilfeller vil det imidlertid kreves atskillig fra resten av besvarelsen for å justere opp det totale helhetsinntrykket.

Vincent Tsang

Oslo 13. desember 2023