

Helse- og omsorgsdepartementet
Postboks 8011 Dep
0030 Oslo

Også sendt pr. e-post til postmottak@hod.dep.no

Deres ref:
200903950/ATG

Vår ref: 106058/v1

Saksbehandler: Trude Hafslund
th@advokatforeningen.no
T +47 22 03 50 61

17.01.2011

Høringsuttalelse - forslag til ny kommunal helse- og omsorgslov

I. Innledning

Vi viser til departementets høringsbrev av 18. oktober 2010 vedrørende ovennevnte høring.

Det er en prioritert oppgave for Advokatforeningen å drive rettspolitisk arbeid gjennom høringsuttalelser. Advokatforeningen har derfor en rekke lovutvalg inndelt etter fagområder. I våre lovutvalg sitter advokater med særskilte kunnskaper innenfor det aktuelle fagfelt og hvert lovutvalg består av advokater med ulik erfaringsbakgrunn og kompetanse innenfor fagområdet. Arbeidet i lovutvalgene er frivillig og ulønnet.

Advokatforeningen ser det som sin oppgave å være en uavhengig høringsinstans med fokus på rettssikkerhet og på kvaliteten av den foreslåtte lovgivningen.

I saker som angår advokaters rammevilkår vil imidlertid regelendringen også bli vurdert opp mot advokatbransjens interesser. Det vil i disse tilfellene bli opplyst at vi uttaler oss som en berørt bransjeorganisasjon og ikke som et uavhengig ekspertorgan. Årsaken til at vi sondrer mellom disse rollene er at vi ønsker å opprettholde og videreutvikle den troverdighet Advokatforeningen har som et uavhengig og upolitisk ekspertorgan i lovgivningsprosessen.

I den foreliggende sak uttaler Advokatforeningen seg som ekspertorgan. Saken er forelagt lovutvalget for velferdsrett. Lovutvalget består av Kristel Heyerdahl (leder), Hanna Fossen, Helge Hjort og Knut Lindboe.

Advokatforeningen avgir følgende høringsuttalelse:

II. Sakens bakgrunn

I høringsbrevet er det lagt fram forslag til ny felles helse- og omsorgslov. Lovforslaget vil erstatte kommunehelsetjenesteloven og sosialtjenesteloven, og medføre endringer i flere andre lover, blant annet helsepersonelloven, pasientrettighetsloven og spesialisthelsetjenesteloven.

Advokatforeningens uttalelse er begrenset til de foreslåtte endringene i klageordningen, som innebærer en vesentlig begrensning i klageinstansens kompetanse i forhold til gjeldende rett på området og i forhold til forvaltningslovens alminnelige klageregler. Advokatforeningen mener at endringene på en urimelig måte prioriterer hensynet til kommunalt selvstyre på bekostning av rettssikkerheten til brukerne av kommunale helse- og omsorgstjenester. Advokatforeningen har sterke innvendinger til forslaget på dette punktet.

III. Kommentarer til forslaget til pasientrettighetsloven § 7-6 – klageinstansens kompetanse

1.

Forslaget til pasientrettighetsloven § 7-6 lyder slik:

§ 7-6. Forvaltningslovens anvendelse

Forvaltningslovens regler om behandling av klager over enkeltvedtak gjelder så langt de passer, med de særlige bestemmelser som er gitt i dette kapitlet.

Helsetilsynet i fylket/Fylkesmannen skal ved prøving av vedtak fra kommunen legge stor vekt på hensynet til det kommunale selvstyre ved prøving av det frie skjønn, herunder ved kommunens skjønnsmessige vurdering av innretning og nivå på tjenestene ut over lovens krav.

Helsetilsynet i fylket/Fylkesmannen kan oppheve kommunens vedtak og sende saken tilbake til ny behandling i kommunen. Helsetilsynet i fylket/Fylkesmannen kan ikke selv treffe nytt vedtak i saken.

Forslaget innebærer på to punkter vesentlige begrensninger i klageinstansens kompetanse i forhold til forvaltningslovens regler.

For det første innebærer forslaget at terskelen for klageinstansens kompetanse til å prøve kommunens vedtak heves ved at det skal legges stor vekt på hensynet til det kommunale selvstyret. Utgangspunktet etter forvaltningsloven er at klageinstansen har full kompetanse, men med den modifikasjon at det skal legges vekt på hensynet til det kommunale selvstyret, se forvaltningsloven § 34 annet ledd.

Forslaget fremstår som lite begrunnet i høringsnotatet utover en henvisning til den begrensning i Fylkesmannens kompetanse som gjelder etter sosialtjenesteloven § 8-7 der det fremgår at Fylkesmannen bare kan endre vedtaket når det kommunale skjønnet er ”åpenbart urimelig”.

Forvaltningslovens alminnelige ordning gjelder imidlertid ved klager etter kommunehelsetjenesteloven og pasientrettighetsloven.

Forslaget må forstås slik at intensjonen er at klageinstansen skal være særlig tilbakeholdne med å overprøve kommunens vedtak også når de fremstår som klart urimelige overfor den private part i konkrete saker. I realiteten foreslås at klageinstansen skal foreta en ren vurdering av lovligheten av vedtakene.

Advokatforeningen kan ikke se at det foreligger grunner som tilsier at man på dette rettsområdet skal begrense klageinstansens kontroll med det kommunale forvaltningsskjønnet til skade for den

private part i forhold til hva som er den alminnelige ordning i forvaltningsretten. Det dreier seg om vedtak truffet overfor svake grupper og hvor vedtakene vil kunne ha avgjørende betydning for deres helsetilstand og livskvalitet. Slike vedtak i enkeltsaker vil som regel ikke gjelde den generelle organiseringen av kommunens helse- og omsorgstjenester, men den konkrete skjønnsutøvelsen overfor den enkelte pasient eller bruker. Det vil, som påpekt av professor Jan Fritjof Bernt i hans høringsuttalelse, ikke dreie seg om å skjerme et politisk skjønn utøvd av folkevalgte, men om å unndra et byråkratisk skjønn utøvd av kommunalt tilsatte fra alminnelig forvaltningsmessig kontroll.

En begrensning i klageinstansens overprøvingsadgang vil også føre til at klageinstansen gjennom sine vedtak ikke kan utøve rollen som en nødvendig rettesnor for den kommunale skjønnsutøvelsen og ulikheter i tjenestetilbudet mellom ulike kommuner kan forsterkes. Se for øvrig nærmere om dette nedenfor under spørsmålet om klageinstansens vedtakskompetanse.

Advokatforeningens syn er at det nettopp på dette rettsområdet er viktig ikke å svekke svake gruppers rettsikkerhetsgarantier.

Advokatforeningen foreslår på denne bakgrunn at i forslaget til pasientrettighetsloven § 7-6 annet ledd tas "stor" ut av lovteksten.

2.

For det annet foreslår departementet at klageinstansen ikke skal ha kompetanse til å treffe nytt vedtak i saken, men kun til å oppheve kommunens vedtak. Dette innebærer en sterk begrensning i klageinstansens kompetanse i forhold til forvaltningsloven og til gjeldende ordninger etter både kommunehelsetjenesteloven, sosialtjenesteloven og pasientrettighetsloven hvor klageinstansen har kompetanse både til å oppheve vedtaket og til å treffe nytt realitetsvedtak. Normalt vil imidlertid klageinstansen treffe nytt realitetsvedtak i saken så fremt forutsetningene for dette er til stede.

Departementet har som begrunnelse for vedtaket vist til hensynet til kommunens frie skjønn. Kommunene vil også i mange saker kunne ha best oversikt over hva som er de mest hensiktsmessige løsninger, og de vil lettere kunne ta ansvar for å følge opp vedtak som de selv har vært med på å utforme.

Advokatforeningen ser at det kan være saker hvor det er mest hensiktsmessig at klageinstansen opphever kommunens vedtak og overlater til kommunen å treffe nytt vedtak i saken. Denne muligheten er imidlertid ivaretatt i gjeldende rett. Etter Advokatforeningens syn foreligger det tungtveiende grunner som taler mot å begrense klageinstansens kompetanse til å treffe nytt realitetsvedtak på akkurat dette rettsområdet, hvor regelverket skal sikre at borgernes grunnleggende velferdsrettigheter ivaretas.

Forslaget svekker rettssikkerheten for svake grupper som ofte ikke vil være i stand til å ivareta sine interesser overfor forvaltningen og i domstolene. Dersom klageinstansen ikke kan treffe realitetsvedtak, vil det også innebære at klageinstansen vil miste sin normgivende funksjon. Store ulikheter i tjenestetilbud avhengig av bostedskommune er i dag et stort problem innenfor velferdssektoren, og forslaget vil bidra til å kunne forsterke dette. Advokatforeningen kan ikke se at det foreligger hensyn som skulle tilsi at man på akkurat dette rettsområdet og overfor disse gruppene skulle ha svakere rettsikkerhetsgarantier enn på andre rettsområder. Det vises i den forbindelse for øvrig til at man heller ikke etter spesialisthelsetjenesteloven eller ved klager over sosiale tjenester som forvaltes av NAV, har slike begrensninger i klageinstansens kompetanse.

Forslaget vil innebære økt saksbehandlingstid og en urimelig økt belastning på pasientene og brukerne som risikerer å ikke få dekket nødvendige behov for helse- og omsorgstjenester over lang tid. Det må også antas at forslaget vil føre til at innbyggerne vil lide fullt rettstap fordi det ikke blir truffet vedtak i tide.

Hensynet til kommunens innflytelse på nytt vedtak ivaretas ved at klagen sendes kommunens som er ansvarlig for forberedende klagesaksbehandling i samsvar med forvaltningslovens alminnelige regler, og ved den begrensning som allerede gjelder i klageinstansens kontroll med forvaltningsskjønnet, jf. forvaltningsloven § 34 annet ledd.

Advokatforeningen viser for øvrig til høringsuttalelsen fra Statens helsetilsyn vedrørende den usikkerhet som forslaget skaper i forhold til klageinstansens kompetanse til å treffe vedtak om utsatt iverksetting i medhold av forvaltningsloven § 42 og dets kompetanse i tvangssaker. Det må presiseres i loven at klageinstansen har full kompetanse i slike saker.

Advokatforeningen foreslår på denne bakgrunn at man følger den alminnelige regel i forvaltningsloven § 34 siste ledd. Av hensyn til tilgjengelighet for brukerne av reglene, kan denne eventuelt gjengis i pasientrettighetsloven § 7-6 annet ledd, som kan lyde:

Helsetilsynet i fylket/Fylkesmannen kan selv treffe nytt vedtak i saken eller oppheve kommunens vedtak og sende saken tilbake til helt eller delvis ny behandling.

Vennlig hilsen

Merete Smith
generalsekretær