

Professor dr. jur. Jan Fridthjof Bernt
Juridisk fakultet
Postboks 7806
N-5020 Bergen.

Telefon	55 58 95 80
Telefaks	55 58 95 71
Telefon hjemme	55 18 13 06
Mobil	957 43 100
E-post	jan.f.bernt@jur.uib.no

Statsråd Anne-Grete Strøm-Erichsen
Postboks 8011 DEP
0030 Oslo

Bergen 12. januar 2011

Forslag til nye bestemmelser som klagebehandling i Pasientrettighetsloven

A) TEMA FOR DETTE NOTATET

I utkast til Lov om kommunale helse- og sosialtjenester er det fastsatt i § 2-3 andre setning at for vedtak om hjelp etter § 3-1 om individ- og grupperettede helse og omsorgstjenester gjelder reglene i Pasientrettighetsloven § 2-7. I denne bestemmelsens første avsnitt, første setning, er det fastsatt at Forvaltningslovens kapittel IV og V – reglene om saksforberedelse ved enkeltvedtak og om vedtaket – ikke gjelder for vedtak som treffes etter dette kapitlet, det vil si bestemmelsene om rett til helse og omsorgstjenester fra kommunen (i lovutkastet har man glemt å justere kapitteloverskriften slik at den også fanger opp omsorgstjenestene). Det betyr at førsteinstansavgjørelse om tildeling av helse- og omsorgstjenester kan skje helt formløst, uten noen form for formalisert partsmedvirkning.

Dette er en videreføring av det system man har hatt i Pasientrettighetsloven for avgjørelser om tildeling av helsetjenester. Unntaket gjelder imidlertid ikke hvis det klages over vedtaket. Her gjelder Forvaltningslovens regler om enkeltvedtak og klagebehandling som utgangspunkt. Det er således ikke gjort unntak fra Forvaltningsloven kapittel VI og om klage og omgjøring, og i Pasientrettighetsloven § 7-6 fastslås at Forvaltningslovens regler om behandling av klager over enkeltvedtak gjelder så langt de passer, med de særlige bestemmelser som er gitt i dette kapitlet i loven.

Denne modellen er i høringsutkastet foreslått videreført også for vedtak om tildeling av omsorgstjenester. Dette fremtrer som et velbegrunnet grep, blant annet fordi den nye loven forutsettes å legge til rette for omforente vedtak som gjelder både helsetjenester og omsorgstjenester.

Samtidig er det foreslått noen nye begrensninger i klageorganets kompetanse. I det følgende skal jeg kommentere disse:

B) HEVING AV TERSKELEN FOR PRØVING AV FORVALTNINGSSKJØNNET

I Forvaltningsloven § 34 er det gitt bestemmelser om klageorganets prøving av klagen. Hovedregelen er her fastslått i andre avsnitt, første og andre setning:

Tas klagen under behandling, kan klageinstansen prøve alle sider av saken og herunder ta hensyn til nye omstendigheter. Den skal vurdere de synspunkter som klageren kommer med, og kan også ta opp forhold som ikke er berørt av ham.

Fra denne hovedregelen er det så gjort et unntak i tredje setning samme sted, av hensyn til det kommunale selvstyre:

Der statlig organ er klageinstans for vedtak truffet av en kommune eller fylkeskommune, skal klageinstansen legge vekt på hensynet til det kommunale selvstyre ved prøving av det frie skjønn.

Forståelsen og praktiseringen av dette unntaket vil variere fra saksområde til saksområde. Jf. Ot.prp. nr. 51, 1995-1996 s41, der det uttales om bestemmelsen:

Regelen utformes som en standardregel, noe som innebærer at den kan tilpasses de ulike områdene alt etter i hvor sterk grad hensynet til kommunale selvstyret gjør seg gjeldende.

Den foreslåtte endringen av Pasientrettighetsloven § 7-6 går et skritt lenger enn denne unntaksregelen i Forvaltningsloven. Det foreslås en ny andre setning i bestemmelsens første avsnitt, sålydende:

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.

Av dette bør siste del av setning være ganske ukontroversiell. Det ligger så å si i saken natur at når en kommunen har truffet vedtak om hvordan den vil oppfylle sin plikt etter loven til å gi et forsvarlig helse- og omsorgstilbud til den enkelte, kan det ikke være en oppgave for en statlig klageinstans å overprøve dette, så lenge lovens forsvarlighetskrav oppfylles og man ikke kommer i konflikt med andre rettslige krav til hvordan slike ytelser fordeles, som likhetsprinsippet, saklighetskrav og forholdsmessighetsprinsippet. Her er vi i kjerneområdet for det ikke rettslig normerte skjønn – det som i lovutkastet noe misvisende kalles «det frie skjønn», men som nyere forvaltningsrettsfremstillinger oftere omtales som «forvaltningsskjønnet», for ta høyde for disse begrensningene i skjønnsfriheten.

Vesentlig mer problematisk er den ytterligere innskrenkning av klageinstansens kontroll som ligger i at man skal legge «stor vekt» på hensynet til det kommunale selvstyre her. Når man legger inn ordet «stor» i tillegg til den formulering som er brukt i Forvaltningsloven § 34, er det nærliggende å forstå dette slik at man skal være *særlig* tilbakeholdende med å prøve skjønnet her, også i situasjoner der den konkrete avgjørelse fremtrer som ganske klart urimelig overfor borgeren.

Det er her grunn til å minne om at de fleste klagesaker ikke angår den generelle organisering av kommunens helse- eller omsorgstjenester, men det helt konkrete skjønn som er utøvd overfor den enkelte borger. Vi er her inne på en type avgjørelser som vil kunne være av avgjørende betydning for tjenestemottakerens helbred og livssituasjon. Det er vanskelig å begrunne at rettsikkerheten skal være dårligere i slike saker enn for eksempel i en sak om byggetillatelse. I tillegg er det grunn til å understreke at den utvidelsen av kommunens skjønnsfrihet i enkeltsaker som her foreslås, i praksis ikke er en skjerming av et politisk skjønn utøvd av folkevalgte, men av et byråkratisk skjønn utøvd av kommunalt tilsatte, uten nevneverdig politisk kontroll.

Med en slik regel vil klagesaksbehandlingen i praksis så å si unntaksfritt bli begrenset en vurdering av lovligheten av vedtaket, og da ville det vært ærligere om man åpent sa dette i loven. Men hovedpoenget her er at dette er en svært problematisk innskrenkning av en svak gruppes rettssikkerhet, så lenge det også er såpass stor motvilje mot en mer inngående kontroll med slike vedtak på rent rettslig grunnlag.

Forslag:

I utkastet til endret § 7-6, første avsnitt, i Pasientrettighetsloven tas «stor» ut av lovteksten.

C) FORSLAG OM Å FRATA KLAGEINSTANSEN KOMPETANSEN TIL Å TREFFE NYTT VEDTAK.

Hovedregelen i norsk forvaltningsrett er at klageinstansen kan treffe nytt vedtak som trer i stedet for det påklagde. Klageinstansen kan imidlertid også nøye seg med å oppheve det påklagde vedtaket, og be underinstansen om gå en ny runde. I Forvaltningsloven § 34 siste avsnitt heter det om dette:

Klageinstansen kan selv treffe nytt vedtak i saken eller oppheve det og sende saken tilbake til underinstansen til helt eller delvis ny behandling.

Selv om det er opp til klageinstansen å velge mellom disse to alternativene, nytt vedtak eller oppheving av det gamle, må det anses som en klar forutsetning at hovedregelen skal være at det treffes nytt vedtak hvis klagen gis medhold. Når det først er konstatert at underinstansens vedtak ikke bør bli stående, skal man

ha svært gode grunner for å sende saken og klageren ut på en ny runde i forvaltningsapparatet.

I forslaget til nytt andre avsnitt i Pasientrettighetsloven § 7-6 i høringsutkastet velger imidlertid departementet å helt se bort fra hensynet til den ofte helt urimelig belastning en slik fremgangsmåte vil innebære for parten. Her heter det om klageinstansens kompetanse:

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.

Departements begrunnelse (høringsnotatet s. 334) for denne regelen er skremmende enøyd og virkelighetsfjern:

Dersom klageinstansen velger å treffe nytt vedtak, vil underinstansen være avskåret fra å påvirke klageorganets nye avgjørelse. Kommunen bør sikres frihet til å utøve hensiktsmessighetsskjønn uavhengig av statlig klageorgan, og dette kan løses ved avskjæring av klageorganets kompetanse til å treffe nytt vedtak. Samtidig bør pasientene og brukerne sikres klagerett over kommunens nye vedtak. Departementet foreslår etter dette at det presiseres at klageinstansen kan oppheve kommunens vedtak og sende saken tilbake til ny behandling i kommunen, men at klageinstansen ikke selv kan treffe nytt vedtak i saken. Når saken sendes tilbake, får kommunen anledning til å treffe nytt vedtak, herunder utøve sitt "frie skjønn" på nytt i lys av klageinstansens merknader.

Første setning i det siterte, at underinstansen vil være avskåret fra å påvirke klageorganets nye avgjørelse, er positivt feil. I Forvaltningsloven § 33 er det gitt en rekke bestemmelser om underinstansens medvirkning i klagesaksbehandlingen:

For det første (andre avsnitt, første og andre setning) skal underinstansen «foreta de undersøkelser klagen gir grunn til», og den «kan oppheve eller endre vedtaket dersom den finner klagen begrunnet». Hvis underinstansen treffer et slik opphevings- eller endringsvedtak, stopper klagesaken.

For det andre (tredje avsnitt) kan underinstansen avgi særlig uttalelse om saken og klagen når den oversender saken til klageinstansen.

Og endelig skal klageinstansen «påse at saken er så godt opplyst som mulig før vedtak treffes» og kan da «pålegge underinstansen å foreta nærmere undersøkelser m.m.»

Faren for dårlig fundert overkjøring av kommunen skulle dermed være ganske liten.

Det vises så til kommunens behov for å kunne utøve et hensiktsmessighetsskjønn i slike saker, uten statlig innblanding. Dette er et synspunkt som kan anføres mot at det i det hele tatt benyttes statlige organer som klageinstans i slike saker, og ikke en uavhengig kommunal klagenemnd, slik systemet er utenfor særlovområdene, etter Forvaltningsloven § 28 andre avsnitt. Men når lovgiver til tross for dette har valgt å legge klagebehandlingen

her og på andre sentrale særlovsområder til et statlig organ for å ivareta borgernes rettssikkerhet, blir det direkte støtende når man i neste omgang beskjærer klageinstansen kompetanse så kraftig som det her gjøres.

Den foreslåtte regelen vil i praksis innebære at borgeren ikke har noen sikkerhet for at hun får den rett som klageinstansen mener hun skulle ha. Kommunen kan om den vil gjenta sitt tidligere vedtak, eller bare justere det marginalt, og alt borgeren kan gjøre, er å klage på nytt, med samme usikre utfall.

Og selv der kommunen lojalt følger signalene fra klageinstansen, vil en slik regel i alle fall medføre ytterligere forsinkelser før borgeren får det hun har krav på. Det er grunn til å minne om at det er tale om vedtak som gjelder borgerens livssituasjon her og nå – nødvendig helsehjelp og omsorg. Her kan vi med stor rett si at «Justice delayed is justice denied».

Det er klart at det vil kunne være situasjoner der det er forstandig å la kommunen få gå en ny runde for å komme frem til et lovlig og rimelig vedtak. Men dette er et hensyn som må veies mot hensynet til borgerens rettssikkerhet – herunder behovet for å få en rask avklaring. Vi må kunne ha den tillit til klageinstansen at den er i stand til å veie disse motstående hensynene mot hverandre på en forstandig måte i den enkelte sak. Det foreliggende forslag er etter min mening en uakseptabel prioritering av hensynet til et kommunalt byråkratis handlefrihet på bekostning av borgernes rettssikkerhet i en utsatt situasjon.

Forslag

Pasientrettighetsloven § 7-6 andre avsnitt skal lyde:

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

Vennlig hilsen

Jan Fridthjof Bernt