

Helse- og omsorgsdepartementet
Postboks 8011 Dep
0030 OSLO

Deres ref.
18/2713

Vår ref.
18/3444 - TJU

Dato
26.09.2018

Høring - juridisk oppfølging av forslag i prioriteringsmeldingen og presiseringer av regelverket om helsehjelp i utlandet

Vi viser til Helse- og omsorgsdepartementets brev 15. juni 2018 med vedlegg.

Justis- og beredskapsdepartementet har følgende merknader:

Forholdet mellom retten til nødvendig helsehjelp og beslutninger fattet i systemet for nye metoder

I høringsnotatet kapittel 9 foreslås det en endring i pasient- og brukerrettighetsloven § 2-1 b som presiserer at retten til «nødvendig helsehjelp» etter bestemmelsen er begrenset til de behandlinger og tjenester som er besluttet tatt i bruk i systemet for nye metoder. Kapittelet inneholder, etter det vi kan skjønne, på et sentralt punkt noen indre motsetninger.

På den ene siden understrekes det at «rett til nødvendig helsehjelp» regulerer «inngangsporten» til spesialisthelsetjenesten, at det «ikke [skal] gjøres nye rettighetsvurderinger i ett og samme pasientforløp» (s. 62), og at det er *forsvarlighetskravet* som styrer (er avgjørende for) hvilken behandling (eller alternativt hvilke behandlinger) som er lovlig. Slik vi forstår det, legges det til grunn som gjeldende rett at lovens rett til nødvendig helsehjelp anses oppfylt ved at pasienten tas inn til behandling. Følgende formulering på s. 62 er illustrerende:

«Hva som er aktuell helsehjelp og hvilke behandlingsmetoder og legemidler som skal benyttes er ofte noe som tas stilling til senere i pasientforløpet, etter at pasienten har fått oppfylt sin rett til nødvendig helsehjelp.»

Her tas det riktignok en reservasjon («ofte»). Høringsnotatet synes imidlertid i det store og hele sterkt å understreke betydningen av å skille mellom de ulike tidspunktene i pasientforløpet (se f.eks. høringsnotatet s. 62-63). Vi tillater oss å stille spørsmål om Helse- og omsorgsdepartementet i sin beskrivelse av gjeldende rett går for langt i å «tømme» rettighetsbegrepet i pasient- og brukerrettighetsloven § 2-1 b for innhold ut over rettighetsbegrepets funksjon som «inngangsporten» (jf. høringsnotatet s. 62) til spesialisthelsetjenesten. Beskrivelsen av gjeldende rett viser i enkelte avsnitt til uttalelser i Prop. 118 L (2012-2013). Vi kan imidlertid ikke se at de punktene det vises til, direkte gjelder dette spørsmålet. Utover dette er det i liten grad vist til autoritative kilder som forankring for standpunktene. Det finnes lite rettspraksis om retten til nødvendig helsehjelp etter § 2-1 b, men de få dommene som foreligger, synes så vidt vi kan se ikke å bygge på et slikt skille som departementet legger til grunn i høringsnotatet.

På den andre siden foreslås det i pasient- og brukerrettighetsloven § 2-1 b («Rett til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten») annet ledd et tillegg (en begrensning av rettigheten) som i alle fall *i realiteten* synes å være koblet til forsvarlighetskravet i spesialisthelsetjenesteloven § 2-2. Koblingen til forsvarlighetskravet viser seg ved at de prioriteringskriteriene som foreslås tatt inn i spesialisthelsetjenesteloven § 2-1 a nytt andre ledd, blir avgjørende for hva som etter § 2-2 er forsvarlig (og dermed lovlig). Denne koblingen bidrar ikke til å overbevise om at rettighetsbegrepet etter pasient- og brukerrettighetsloven er begrenset til funksjonen som «inngangsport», og at rettighetsbegrepet ikke i større grad stiller visse krav til helsetjenestens innhold (selv om det i mange tilfeller kan tenkes flere måter å oppfylle rettigheten på).

Sett i lys av disse merknadene kan det etter vårt syn stilles spørsmål om utforming av lovbestemmelsene som skal gjennomføre de underliggende målene, har funnet en god nok løsning. Det er i alle fall grunn til å stille spørsmål om det er god sammenheng mellom premissene for forslaget (særlig beskrivelsen av gjeldende rett) og utkastet til lovendringer. I alle tilfeller vil det være ønskelig at en proposisjon i saken skaper et sikkert grunnlag for den systematikken Helse- og omsorgsdepartementet mener loven bygger på når det gjelder forholdet mellom retten til nødvendig helsehjelp og forsvarlighetskravet.

Spørsmålet om Beslutningsforums avgjørelser i fremtiden vil innebære utøving av offentlig myndighet

I høringsnotatet på s. 47–49 bygges det, i samsvar med en uttalelse 4. april 2018 fra Sivilombudsmannen, på at Beslutningsforums avgjørelser i dag ikke regnes som enkeltvedtak. Vi har ikke noe å bemerke til dette. Uttalelsen bygger bl.a. på at avgjørelsene ikke i særlig grad karakteriseres som offentlig myndighetsutøvelse. Forslaget i høringsnotatet innebærer imidlertid at Beslutningsforums avgjørelser tillegges en ny rettslig funksjon – eller i det minste en funksjon som ikke tidligere har

vært synliggjort eller drøftet i særlig grad – gjennom den koblingen som foreslås mellom beslutninger fattet i systemet for nye metoder og pasientens rett til nødvendig helsehjelp. Spørsmålet om offentlig myndighetsutøvelse oppstår her ikke i relasjon til legemiddelfirmaene, men i relasjon til pasientene. Etter vårt syn må spørsmålet om offentlig myndighetsutøvelse, jf. vedtaksdefinisjonen i forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav a, vurderes i lys av den nye funksjonen Beslutningsforums avgjørelser tillegges etter forslaget nå. Dette gjelder ikke minst på grunn av den direkte henvisningen det legges opp til fra pasient- og brukerrettighetsloven § 2-1 b til spesialisthelsetjenesteloven § 4-4. Slik vi har forstått det, vil Beslutningsforums avgjørelser kunne få konsekvenser for «et ubestemt antall eller en ubestemt krets av personer», jf. formuleringen i forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav c. Hvis det er riktig, synes det helst som om den myndighetsutøvelsen som skjer i Beslutningsforum i alle fall etter omstendighetene har karakter av «forskrift», med de rettsvirkningene som i utgangspunktet skulle følge av det. Samtidig er det ikke gitt at forvaltningslovens bestemmelser om forskrifter passer så godt for det systemet for nye metoder som nå foreslås gitt lovforankring. Oppsummeringsvis bør Helse- og omsorgsdepartementet i det videre arbeidet vurdere forholdet til begrepet «utøving av offentlig myndighet» (jf. forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav a, jf. bokstav c), og eventuelt vurdere behovet for særlige tilpasninger til forvaltningslovens regulering av behandlingen av forskrifter.

Lovforankring av felles system for å beslutte hvilke metoder som skal tilbys i spesialisthelsetjenesten

Vi har forståelse for at det ikke er hensiktsmessig i detalj å lovregulere Beslutningsforums virksomhet. Slik utkastet til § 4-4 i spesialisthelsetjenesteloven nå er utformet, er det imidlertid vanskelig å skjønne hvilke viktige funksjoner Beslutningsforum etter forslaget tjener for å sikre korrekte prioriteringer i spesialisthelsetjenesten og – som en konsekvens av dette – for å avgrense grunnleggende pasientrettigheter.

Det bør vurderes om betegnelsen «metode» i lovteksten bør erstattes med en formulering som tydeligere får frem hva det dreier seg om. For utenforstående er det trolig ikke uten videre åpenbart at «metoder» også omfatter nye medisiner mv.

Prioriteringsforskriften

Etter vårt syn er utkastet til § 2 første ledd i prioriteringsforskriften ut fra sitt innhold en så viktig bestemmelse at den burde inngå som en del av pasient- og brukerrettighetsloven § 2-1 b. Vi viser i den sammenheng til Justisdepartementets hefte «Lovteknikk og lovforberedelse» s. 23–24 med henvisning til kontroll- og konstitusjonskomiteens drøftelse i Innst. S. nr. 296 (1995–96). Selv om det ikke nå er foreslått noen endring i denne delen av § 2, henger bestemmelsen så nær sammen med det som ellers foreslås, at det kan være grunn til å ta stilling til spørsmålet nå. De skisserte endringene i prioriteringsforskriften § 2 andre ledd hører bedre hjemme på forskrifts nivå, idet de klarere fremstår som presiseringer av det som etter opplegget ellers vil fremgå av loven.

Med hilsen

Harald Aass
fagdirektør

Toril Juul
seniorrådgiver

Dokumentet er godkjent og sendes uten signatur