

Rett til opphold i sykehjem

*En analyse av vilkårene for å komme i
rettighetsposisjon*

Kandidatnummer: 116

Antall ord: 14868



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

03.06.19

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	1
1 Tema og problemstilling	3
2 Rettsgrunnlag	5
2.1 En lovpålagt tjeneste.....	5
2.2 Ny bestemmelse om rett til sykehjemsplass pbrl. § 2-1 e første ledd.....	5
2.3 Øvrige lovendringer.....	6
2.4 Retten til «øyeblikkelig hjelp» jf. pbrl. § 2-1 a første ledd	8
2.5 Menneskerettigheter av betydning for retten til sykehjemsplass.....	9
3 Metodiske avklaringer.....	10
3.1 Lovtekst og forarbeider	10
3.2 Rettspraksis.....	11
3.3 Forskrifter	12
3.4 Reelle hensyn.....	14
3.5 Øvrige kilder.....	14
3.6 Den internasjonale konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter	15
4 Menneskerettslige krav til helse- og omsorgstjenestene for eldre etter ØSK. art 12	17
5 Rett til opphold på sykehjem etter pbrl. § 2-1 e første ledd	19
5.1 Strukturen i analysen	19
5.2 Forholdet mellom pbrl. § 2-1 a andre ledd og § 2-1 e første ledd	19
5.3 Vilkåret «det eneste tilbudet» jf. pbrl. § 2-1 a første ledd	20
5.3.1 Betydningen av kommunen sitt tjenestetilbud	21
5.4 Nærmere om vilkårene «nødvendige og forsvarlige helse- og omsorgstjenester» jf. pbrl. § 2-1 e første ledd	22
5.5 Forsvarlighetskravet – det avgjørende kriteriet	23
5.5.1 Innledende om forsvarlighetskravet	23
5.5.2 Utdyping av forsvarlighetskravet i Fusa dommen	25
5.5.3 Et krav om helhetlige og koordinerte tjenester jf. hol. § 4-1 bokstav a	27
5.5.4 Verdighet – en dimensjon ved forsvarlighetskravet.....	28
5.6 Betydningen av retten til medvirkning	30
6 Pasienter og brukere som ikke ønsker å flytte på sykehjem	33
7 Rett til sykehjemsopphold som «øyeblikkelig hjelp» etter pbrl. § 2-1 a første ledd.....	35
8 Klage og domstolsprøving	40

9	Evaluering av rettighetens styrke	43
10	Avslutning	45
	Litteraturliste	47

1 Tema og problemstilling

Tema for denne oppgaven er rett til opphold på sykehjem. Bakgrunnen for å ta denne rettigheten opp til drøfting, vil begrunnes med utgangspunkt i tre forskjellige perspektiver. Det første er at rettigheten er aktuell for mennesker i en særlig sårbar livssituasjon.¹ Mange vil være enige i at et samfunns humanitet kan måles etter hvordan det behandler mennesker i sårbare livssituasjoner. En analyse av hva som kreves for å få rett til opphold på sykehjem, kan belyse dette fra et rettslig perspektiv. Den andre begrunnelsen for valg av tema, er at retten til sykehjems plass i 2016 ble inntatt i en egen bestemmelse i lov 2. juli 1999 nr. 63 om pasient og brukerrettigheter (pasient og brukerrettighetsloven eller pbrl). Den nye rettighetsbestemmelsen er så langt lite omtalt i juridisk litteratur. Selv om bestemmelsen viderefører gjeldende rett, er det en viktig oppgave å gå inn i det nye rettskildematerialet som nå foreligger. En siste begrunnelse er at retten til sykehjems plass kan komme i skyggen av dagens fokus på hjemmebasert omsorg. Et aktuelt utviklingstrekk i helse- og omsorgstjenesten er en økt satsing på hjemmebaserte tjenester.² Det er likevel ingenting som tyder på at sykehjem kommer til å miste sin grunnleggende funksjon i samfunnet, spesielt i livets slutfase. Tall fra Folkehelseinstituttet viser at 52 % av alle dødsfall i 2017 skjedde på sykehjem eller annen helse- og omsorgsinstitusjon utenfor sykehus.³ Det indikerer at rettigheten er av vesentlig interesse for svært mange mennesker.

Oppgavens problemstilling drøfter det materielle innholdet i retten til sykehjems plass etter pasient og brukerrettighetsloven. Formålet er å klargjøre hva som er gjeldende rett med hensyn til å få innvilget sykehjems plass. Det sentrale blir derfor å tolke lovens vilkår i lys av relevante bestemmelser i pasient- og brukerrettighetsloven, lov 24. juni 2011 nr. 30 om kommunale helse- og omsorgstjenester m.m (helse- og omsorgstjenesteloven eller hol.) og det øvrige rettskildematerialet.

Når retten til sykehjems plass tas opp til juridisk analyse, er det også nyttig å anlegge et bredere perspektiv enn en ren analyse av vilkårene for å komme i rettighetsposisjon. Derfor

¹ Temarapport MENNESKERETTIGHETER I NORSKE SYKEHJEM
<https://www.jus.uio.no/smr/om/aktuelt/arrangementer/2015/mr-sykehjem.pdf>, s. 7, sist brukt 02.06.19

² Omsorg 2020. Regjeringens plan for omsorgsfeltet 2015-2020.
https://www.regjeringen.no/contentassets/af2a24858c8340edaf78a77e2f9cb7/omsorg_2020.pdf, s. 7 sist brukt 02.06.19

³ <http://statistikkbank.fhi.no/dar/>, sist brukt 02.06.19 Se også <https://www.fhi.no/nyheter/2018/de-fleste-dor-pa-sykehjem/>, sist brukt 03.06.19

inkluderer oppgaven en kort presentasjon av klagemulighetene. Videre behandles adgangen til domstolsprøving. Til slutt gjøres det en vurdering av rettighetens styrke.

2 Rettsgrunnlag

2.1 En lovpålagt tjeneste

En analyse av retten til sykehjemsplass fordrer en avklaring av hva sykehjem er. Det følger av helse- og omsorgstjenesteloven § 3-2 første ledd nr. 6 bokstav c at «plass i institusjon, herunder sykehjem» er en tjeneste kommunene er forpliktet til å tilby. Forskrift 14. november nr. 932 for sykehjem og boform for heldøgns omsorg og pleie angir en rekke krav til sykehjemmene.⁴ Det er fastsatt i § 2-1 første ledd at «Boform etter denne forskrift skal gi heldøgns opphold. I tilknytning til oppholdet skal det være organisert legetjeneste, fysioterapitjeneste og sykepleiertjeneste i samarbeid med andre deler av den kommunale helse- og sosialtjeneste».

2.2 Ny bestemmelse om rett til sykehjemsplass pbrl. § 2-1 e første ledd

Etter pasient og brukerrettighetsloven § 2-1 a andre ledd har «Pasient og bruker har rett til nødvendige helse- og omsorgstjenester fra kommunen». Det er en sikker tolkning at bestemmelsen i enkelte tilfeller kan omfatte rett til sykehjemsplass.⁵ I 2016 ble det likevel gitt en egen bestemmelse om rett til sykehjemsplass i pasient og brukerrettighetsloven § 2-1 e første ledd. Den nye bestemmelsen slår i første ledd fast at:

«Pasient eller bruker har rett til opphold i sykehjem eller tilsvarende bolig særskilt tilrettelagt for heldøgns tjenester dersom dette etter en helse- og omsorgsfaglig vurdering er det eneste tilbudet som kan sikre pasienten eller brukeren nødvendige og forsvarlige helse- og omsorgstjenester».

Bestemmelsen presiserer gjeldende rett.⁶ Bakgrunnen for lovfestingen var å tydeliggjøre retten til sykehjemsplass.⁷ Rettigheten er likevel ikke tydeliggjort i den forstand at lovteksten består av objektive og lett målbare vilkår. Derimot er rettigheten underlagt skjønnsmessige

⁴ Forskriften har hjemmel i helse- og omsorgstjenesteloven § 3-2 andre ledd.

⁵ Prop. 99 L (2015-2016) Endringer i pasient- og brukerrettighetsloven og helse- og omsorgstjenesteloven (rett til opphold i sykehjem eller tilsvarende bolig særskilt tilrettelagt for heldøgns tjenester – kriterier og ventelister), s. 18.

⁶ Prop. 99 L (2015-2016), s. 33.

⁷ Prop. 99 L (2015-2016), s. 5.

vurderinger. Innføringen av den nye bestemmelsen er ikke ment å innebære en endring i rettighetens innhold. Rettigheten er prinsipielt uavhengig av alder. Sykehjem er likevel ofte innrettet etter behovene til eldre pasienter og brukere.

Pasient og brukerrettighetsloven § 2-1 e første ledd gjelder også «tilsvarende bolig særskilt tilrettelagt for heldøgns tjenester». I forarbeidene er det vist til at bestemmelsen «omfatter således omsorgsboliger som er særskilt tilrettelagt for heldøgns tjenester».⁸ Omsorgsboliger er et botilbud og ikke en institusjon.⁹ For at bolig skal omfattes av pbrl. § 2-1 e første ledd er det i forarbeidene stilt krav om at «Tilsyn med pasienten eller brukeren må tilsvare det tilsynet som ville blitt gitt dersom vedkommende hadde vært innlagt på institusjon».¹⁰ Det må derfor vurderes konkret om en omsorgsbolig omfattes av bestemmelsen. Det er ikke en lovpålagt plikt for kommunene å tilby omsorgsboliger. Denne fremstillingen avgrenses til opphold på sykehjem, da dette er en lovpålagt tjeneste jf. hol. § 3-2 første ledd nr. 6 bokstav c.

2.3 Øvrige lovendringer

Retten til sykehjems plass ble vedtatt som en del av en større lovregulering av tilstøtende tema. For å få frem at den nye rettighetsbestemmelsen er en del av en helhetlig regulering, vil de øvrige lovendringene kort presenteres. For det første er det i hol. § 3-2 a første ledd lovfestet en pliktbestemmelse for kommunen om å tilby opphold i sykehjem. Bestemmelsen korresponderer med rettigheten i pbrl. § 2-1 e første ledd.¹¹

I pbrl. § 2-1 e andre ledd fremgår det at «Pasient eller bruker som med forsvarlig hjelp kan bo hjemme i påvente av langtidsopphold i sykehjem ... men som oppfyller kriteriene for tildeling av langtidsopphold etter helse- og omsorgstjenesteloven § 3-2 a andre ledd, har rett til vedtak om dette». Bestemmelsen omfatter pasient eller bruker som er kvalifisert for langtidsopphold.¹² Kriteriene for langtidsopphold skal utarbeides av kommunene ved forskrift. Det følger av pbrl. § 3-2 a andre ledd:

⁸ Prop. 99 L (2015-2016), s. 8.

⁹ Prop. 99 L (2015-2015), s. 7.

¹⁰ Prop. 99 L (2015-2016), s. 33.

¹¹ Prop. 99 L (2015-2016), s. 5.

¹² Prop. 99 L (2015-2016), s. 34.

«Kommunen skal gi forskrift med kriterier for tildeling av langtidsopphold i sykehjem eller tilsvarende bolig særskilt tilrettelagt for heldøgns tjenester. Forskriften skal også omfatte pasienter og brukere som vil være best tjent med langtidsopphold, men hvor kommunen vurderer at vedkommende med forsvarlig hjelp kan bo hjemme i påvente av langtidsopphold. Forskriften skal videre regulere hvordan kommunen skal følge opp pasienter eller brukere som venter på langtidsopphold».

Plikten om å utarbeide forskrift ble gitt for at innbyggere skulle gis større forutsigbarhet vedrørende hva en kan forvente av tjenester i sin hjemkommune.¹³ I forarbeidene til lovendringene er det uttalt at «Plikten til å utarbeide kommunale kriterier avgrenses til langtidsopphold, da korttidsplass på sykehjem i mange tilfeller har andre formål og begrunnelser enn langtidsopphold».¹⁴ Forarbeidene angir videre at langtidsopphold «vil omfatte tilfeller der ... det ikke er sannsynlig at vedkommende vil flytte hjem eller få tilbud om lavere grad av helse- og omsorgstjenestetilbud».¹⁵ Det synes da som om lovgiver ser et økt behov for å sikre forutberegneligheten omkring langtidsopphold fordi det vedvarer over en lengre tidsperiode. Rettighetsbestemmelsen i pbrl. § 2-1 e første ledd regulerer derimot «opphold i sykehjem» generelt. I forarbeidene er det vist til at rettigheten gjelder både langtidsopphold og korttidsopphold på sykehjem.¹⁶

Forarbeidene angir at «Ved at kriteriene for tildeling av sykehjems plass og opphold i tilsvarende bolig utarbeides av kommunene, kan den enkelte kommune ta hensyn til lokale forhold og behov, samt det tjenestetilbudet kommunen har tilgjengelig. Kriteriene vil derfor variere noe mellom kommunene avhengig av hvordan kommunen har innrettet sine tjenester».¹⁷ I forbindelse med denne studien har det ikke blitt gjort en systematisk analyse av kriteriene som oppstilles i de kommunale forskriftene. Et inntrykk basert på et utvalg av forskrifter, er at forskriftene tydeliggjør hvor hjelpetrengende en må være for å få langtidsopphold sykehjem. Det er forskjellig hvor stor detaljerte forskriftene er og ulike momenter nevnes. Av hensyn til omfang vil jeg ikke gå inn på de kommunale forskriftene ved analysen av vilkårene for å få rett til sykehjems plass. De kommunale forskriftene med

¹³ Prop. 99 L (2015-2016), s. 26.

¹⁴ Prop. 99 L (2015-2016), s. 27.

¹⁵ Prop. 99 L (2015-2016), s. 27.

¹⁶ Prop. 99 L (2015-2016), s. 20.

¹⁷ Prop. 99 L (2015-2016), s. 27.

kriterier kan ikke innsnevre retten til sykehjemsplass slik rettigheten er regulert i § 2-1 e første ledd.¹⁸

I hol. § 3-2 a tredje ledd er det inntatt hjemmel for innføring av nasjonale kriterier for tildeling av langtidsopphold. Bestemmelsen er ikke trådt i kraft. Det er lagt til grunn i forarbeidene at «Regjeringen vil foreslå nasjonale kriterier når det er høstet erfaringer med de kommunale kriteriene og bruk av nasjonale kriterier i forsøksordningen for statlig finansiering av omsorgstjenestene».¹⁹ Bestemmelsen viser at rettskildebildet omkring retten til sykehjemsplass fortsatt vil være i bevegelse i årene som kommer.

I hol. § 3-2 a fjerde ledd første setning pålegges kommunen å «treffe vedtak om kriteriene etter andre ledd er oppfylt». Plikten korresponderer med retten til vedtak etter pbrl. § 2-1 e andre ledd. I hol. § 3-2 a fjerde ledd andre setning er det fastsatt at «Kommunen skal føre ventelister over pasienter og brukere som venter på langtidsopphold etter andre ledd».

I pbrl. § 2-7 er det slått fast at «For vedtak om tjenester etter helse- og omsorgstjenesteloven §§ 3-2 første ledd nr. 6 bokstavene a til c ... som forventes å vare lenger enn to uker, gjelder likevel reglene i forvaltningsloven kapittel IV og V med de særlige bestemmelsene som følger av loven her». Forvaltningsloven sine bestemmelsen om enkeltvedtak i kapittel IV og V gjelder både vedtak etter § 2-1 e første ledd og andre ledd.

2.4 Retten til «øyeblikkelig hjelp» jf. pbrl. § 2-1 a første ledd

Det følger av pbrl. § 2-1 a første ledd at «Pasient eller bruker har rett til øyeblikkelig hjelp fra kommunen jf. helse og omsorgstjenesteloven § 3-5». I punkt 7 vil det vurderes om bestemmelsen gir rett til å motta «øyeblikkelig hjelp» på sykehjem.

En innvending mot å belyse spørsmålet er at det har mindre betydning *hvor* hjelpen gis når det har oppstått en akutt situasjon. Videre vil retten til «øyeblikkelig hjelp» kun foreligge så lenge hjelpen anses «påtrengende nødvendig».²⁰ Et forhold som trekker i retning av å likevel

¹⁸ Prop. 99 L (2015-2016), s. 34.

¹⁹ Prop. 99 L (2015-2016), s. 21.

²⁰ Anne Kjersti Befring og Bente Ohnstad: *Helsepersonelloven – med kommentarer*, 2. utgave, Bergen 2001, s. 67. Omtalen gjelder hjelpeplikten etter helsepersonelloven § 7, men bestemmelsen korresponderer med retten til «øyeblikkelig hjelp».

behandle spørsmålet, er at en eventuell rett til å motta «øyeblikkelig hjelp» på sykehjem kan forhindre den ekstra belastning det er å først motta «øyeblikkelig hjelp» på en annen institusjon, for å deretter motta korttidsopphold eller langtidsopphold på sykehjem. Spørsmålet har derfor særlig betydning for dem som er i en «øyeblikkelig hjelp» situasjon og som må følges opp på institusjon i perioden etter at den øyeblikkelige situasjonen er over.

2.5 Menneskerettigheter av betydning for retten til sykehjems plass

FN sin International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (heretter ØSK) art. 12 (1) angir at konvensjonsstatene «recognize the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health». I punkt 4 vil det gjøres rede for hvilke forpliktelser bestemmelsen pålegger staten med hensyn til helse- og omsorgstjenesten for eldre.

Av hensyn til omfang avgrenses det mot øvrige folkerettslige forpliktelser. Det er likevel viktig å være klar over at det finnes flere folkerettslige instrumenter som forplikter Norge på området for helserettigheter. Her kan nevnes European Social Charter (Den Europeiske Sosialpakt) artikkel 23. som omhandler eldre sin rett til sosial trygghet, herunder «the health care and the services necessitated by their state» jf. (2) bokstav b.

3 Metodiske avklaringer

3.1 Lovtekst og forarbeider

I samsvar med vanlig juridisk metode vil lovens ordlyd tillegges størst vekt i analysen av rettigheten. Lovbestemmelsene i pbrl. § 2-1 e første ledd og § 2-1 a første ledd består imidlertid av svært skjønnsmessige termer. Det øvrige rettskildematerialet vil være viktige for å presisere og konkretisere meningsinnholdet i bestemmelsene. Ordlyden i § 2-1 e første ledd fastslår at spørsmålet om sykehjemsopphold er «det eneste tilbudet» som er «nødvendig og forsvarlig» beror på en «helse- og omsorgsfaglig vurdering». Det er likevel en rettslig oppgave å tolke loven.²¹

Forarbeidene til § 2-1 a andre ledd angir at «nødvendige helse- og omsorgstjenester» er en rettslig standard.²² Det må antas å ha overføringsverdi til den nesten tilsvarende ordlyden «nødvendige og forsvarlige helse- og omsorgstjenester» pbrl. § 2-1 e første ledd, sett i lys av at bestemmelsen er en presisering av § 2-1 a andre ledd. Det er videre klart at forsvarlighetskravet utgjør en rettslig standard.²³ Ordlyden «forsvarlig» i pbrl. § 2-1 e første ledd må forstås som en henvisning til denne rettslige standarden. En rettslig standard innebærer at lovens innhold bestemmes av normer som eksisterer utenfor lovgivningen.²⁴ Forsvarlighetskravet er et av de viktigste prinsippene i helseretten.²⁵ Retten til sykehjemsplass må tolkes i lys av forsvarlighetskravet.

Den nye bestemmelsen i pbrl. § 2-1 e første ledd og retten til «øyeblikkelig hjelp» i § 2-1 a første ledd, må sees i sammenheng med den helhetlige reguleringen i pasient og brukerrettighetsloven. Lovens formålsbestemmelse er ifølge forarbeidene et relevant tolkningsmoment.²⁶ Se nærmere omtale av reelle hensyn i punkt 3.4. Ved analysen av gjeldende rett vil også pbrl. § 2-1 a tredje ledd om «rett til et verdig tjenestetilbud» være av betydning. Den nye rettighetsbestemmelsen i pbrl. § 2-1 e første ledd, må forstås på bakgrunn

²¹ Torstein Eckhoff, Eivind Smith, *Forvaltningsrett*, 11. utgave, Oslo 2018, s. 373.

²² Prop. 91 L (2010–2011) Lov om kommunale helse- og omsorgstjenester m.m. (helse- og omsorgstjenesteloven), s. 514.

²³ Prop. 91 L (2010–2011), s. 263.

²⁴ Prop. 91 L (2010–2011), s. s. 494.

²⁵ Asbjørn Kjørstad, *Helserett*, 2. utgave, Oslo 2007, s. 219.

²⁶ Ot.prp. nr. 12 (1998–1999), Lov om pasientrettigheter (pasientrettighetsloven), s. 125.

av den generelle bestemmelsen om rett til «nødvendige helse- og omsorgstjenester» i pbrl. § 2-1 a andre ledd.

Forarbeidene til pbrl. § 2-1 e første ledd er av ny dato (2016) og er den eneste rettskilden, i tillegg til loven selv, som direkte omtaler § 2-1 e første ledd. Dette er momenter som tilsier at forarbeidene bør tillegges stor vekt i den grad de gir relevante tolkningsbidrag. Forarbeidene lister opp relevante momenter av betydning for vurderingen etter pbrl. § 2-1 e.²⁷ Videre utdyper forarbeidene hvilken betydning kommunen sin innretning av tjenestetilbudet har for retten til sykehjemsplass. Ellers må det også nevnes at forarbeidsuttalelser som gjelder pbrl. § 2-1 a andre ledd har overføringsverdi til § 2-1 e første ledd, ettersom sistnevnte bestemmelse presiserer den generelle retten til «nødvendige helse- og omsorgstjenester» i § 2-1 a andre ledd.

3.2 Rettspraksis

Det har vært få saker for domstolene hvor materielle rettigheter i helse retten har blitt behandlet.²⁸ En sentral dom er Rt. 1990 s. 874 (Fusa dommen). Dommen gjaldt spørsmål om et vedtak, som innebar nedskjæringer i helsetjenester til en sterk funksjonshemmet kvinne, var gyldig.

Det lange tidsrommet fra dommen ble avsagt til i dag, 28 år, kan svekke vekten av dommen som rettskilde. I forarbeidene til pbrl. § 2-1 a andre ledd er det imidlertid vist til dommen. Der fremgår det at «Det er imidlertid en minstestandard som kommunene ikke kan gå under med henvisning til dårlig økonomi. Det vises i den forbindelse til «Fusa-dommen» Rt-1990-874».²⁹ Uttalelsen støtter opp om dommen sin rettslige betydning i dag.

Fusa dommen ble mye omtalt i media, særlig fordi kommunen ønsket at kvinnen skulle flytte på institusjon.³⁰ Da saken kom for Høyesterett var kvinnen død. Det forelå heller ikke tilbud om plass på institusjon.³¹ Det fremgår tydelig av dommen at «Spørsmålet om A hadde krav på hjelpeytelser i hjemmet og derfor kunne motsette seg opphold i institusjon, foreligger

²⁷ Prop. 99 L (2015-2016), s. 14.

²⁸ Aslak Syse, *Pasient og brukerrettighetsloven med kommentarer*, 4. utgave, Oslo 2015, s. 180.

²⁹ Prop. 91 L (2010-2011), s. 514.

³⁰ Asbjørn Kjønstad, *Helserett*, 2. utgave, Oslo 2007, s. 166.

³¹ Asbjørn Kjønstad, *Helserett*, 2. utgave, Oslo 2007, s. 166.

imidlertid ikke til vurdering i denne sak» (s. 888). Derimot gjaldt Høyesterett sin overprøving om vedtaket som reduserte hjemmetjenester tilfredsstilte en minstestandard. Dommen er likevel av betydning for spørsmålet om rett til sykehjemsplass, ettersom valget mellom hjemmetjenester og sykehjemsopphold har en klar sammenheng med omfang av ytelser. Sykehjemsopphold innebærer at pasienten mottar heldøgns omsorg, noe som normalt ikke er mulig i hjemmet. Avgjørende for retten til sykehjemsplass blir derfor om sykehjemsopphold er «det eneste tilbudet» jf. § 2-1 e første ledd, som kan sikre vedkommende tjenester av et omfang som tilfredsstillende minstestandarden.

I punkt 7 vil saksforholdet fra en dom avsagt av Oslo Tingrett³² brukes for å illustrere en situasjon hvor det kan argumentere for at en hjemmeboende kvinne hadde rett til «øyeblikkelig hjelp» i form av sykehjemsplass etter pbrl. § 2-1 a første ledd. Saken gjaldt direkte spørsmålet om kommunen kunne holdes strafferettslig ansvarlig i forbindelse med dødsfallet av to eldre pleietrengende kvinner. Tingretten kom til at de to kvinnene hadde mottatt forsvarlig behandling fra kommunen. Kommunen ble dermed ikke holdt strafferettslig ansvarlig. Tingrettsdommer har svært liten rettskildemessig vekt. Dommen vil kun brukes for å eksemplifisere retten til sykehjemsopphold med et saksforhold fra virkeligheten, uten at rettens vurderinger tillegges vekt som rettskilde.

3.3 Forskrifter

I analysen av gjeldende rett vil forskrift 12. november 2010 nr. 1426 om en verdig eldreomsorg (heretter Verdighetsgarantiforskriften) brukes. Forskriften ble fastsatt i etterkant av Stortinget sitt eldreforlik i 2010.³³ Forskriften gjelder «krav til innhold i tjenestene» jf. hjemmelsbestemmelsen i hol. § 3-2 andre ledd. I Verdighetsgarantiforskriften § 1 andre ledd fremgår det at «Forskriften klargjør hvordan tjenestetilbudet skal utformes for å sikre retten til nødvendige helse- og omsorgstjenester og et verdig tjenestetilbud». Forskriften skal med andre ord gjøre det tydelig for kommunen hva som kreves for å dekke individets rettighet til «nødvendige helse- og omsorgstjenester» og «rett til et verdig tjenestetilbud» i pbrl. § 2-1 a

³² TOSLO-2014-164960

³³ Asbjørn Kjønstad, Aslak Syse, *Velferdsrett I*, 5. utgave, Oslo 2012, s. 179.

andre og tredje ledd. Det tilsier at forskriften kan brukes ved fastsettingen av individuelle rettigheter.

I lovforarbeidenes merknad vedrørende retten til «et verdig tjenestetilbud» i pbrl. § 2-1 a tredje ledd, blir det slått fast at «Forskriften presiserer begrepet «verdig tjenestetilbud» ...».³⁴ Her kobles retten til et «verdig tjenestetilbud» sammen med kommunen sine plikter etter forskriften. Det må derfor anses klart at forskriften presiserer hvilke rettigheter eldre har overfor kommunen.

Det er nødvendig å forklare hvordan forskriften vil brukes, da den ikke eksplisitt gjelder retten til sykehjemsplass. Reguleringen i pbrl. § 2-1 e første ledd, ved vilkåret «det eneste tilbudet», innebærer en vurdering av om et eller flere tilbud tilfredsstillende de krav som stilles til tjenestene. Dersom de krav som følger av verdighetsgarantiforskriften kun kan innfris ved opphold på sykehjem vil sykehjemsplass være «det eneste tilbudet som kan sikre pasienten eller brukeren nødvendige og forsvarlige helse- og omsorgstjenester» etter pbrl. § 2-1 e første ledd.

I analysen av rett til sykehjemsplass vil også kvalitetsforskriften for pleie- og omsorgstjenestene benyttes.³⁵ Forskriften pålegger kommunene plikter. Kvalitet utgjør en del av forsvarlighetskravet.³⁶ Ordlyden i pbrl. § 2-1 e første ledd viser at pasient og bruker har rett på «forsvarlige helse- og omsorgstjenester». Videre er det i forarbeidene til helse- og omsorgstjenesteloven lagt til grunn at «Forskriften gir kommunene et verktøy for å stille krav til kvalitet på kommunale tjenester og tydeliggjøre for brukerne hvilke forventninger de skal ha til tjenestene».³⁷ Vurderingen av om det foreligger rett på sykehjemsplass innebærer at det må tas stilling til om andre tjenester tilfredsstillende den kvalitative dimensjonen av forsvarlighetskravet.

³⁴ Prop. 91 L (2010-2011), s. 515.

³⁵ Forskrift 27. juni 2003 nr. 792 om kvalitet i pleie- og omsorgstjenestene for tjenesteyting etter lov av 19. november 1982 nr. 66 om helsetjenesten i kommunene og etter lov av 13. desember 1991 nr. 81 om sosiale tjenester m.v.

³⁶ Prop. 91 L (2010-2011), s. 264.

³⁷ Prop 91 L (2010-2011), s. 272.

3.4 Reelle hensyn

Helseretten er et rettsområde med forankring i underliggende verdier. Formålsbestemmelsene til pasient og brukerrettighetsloven og helse- og omsorgstjenesteloven uttrykker disse underliggende verdiene.³⁸ Ved at verdiene fremgår av loven har de autoritet som tolkningsmoment. Forarbeidene har slått fast at formålsbestemmelsen til pasient og brukerrettighetsloven «har verdi som rettskildefaktor, og har rettslig betydning som tolkningsmoment ...».³⁹ Da formålet uttrykker de underliggende verdiene i helse- og omsorgstjenesten, trekker det strekt i retning av å vektlegge tolkninger som bidrar til å oppfylle formålsbestemmelsen. Verdier som kan utledes av lovformålet i pbrl. § 1-1 første og andre ledd er «lik tilgang på tjenester av god kvalitet» samt «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». Andre grunnleggende verdier er at «den enkelte får mulighet ... til å ha en aktiv og meningsfylt tilværelse i fellesskap med andre» og å «sikre at tilbudet er tilpasset den enkeltes behov» jf. hol. § 1-1 nr. 3 og nr. 5.

3.5 Øvrige kilder

Forvaltningspraksis har liten vekt som rettskilde. Dersom praksisen er utbredt, konsekvent og langvarig kan forvaltningspraksisen ha noe vekt.⁴⁰ I forbindelse med denne studien er det imidlertid ikke innhentet forvaltningspraksis av tilstrekkelig omfang for å kunne ilegge den vekt som rettskilde. I punkt 6 blir i fotnote vist til et brev fra Helsedirektoratet,⁴¹ hvor det er tatt stilling til hvilken rett pasient og bruker har til å motta tjenester i hjemmet når kommunen vurderer sykehjemsopphold som nødvendig. Det refereres til brevet kun for å være rederlig med hensyn til hvor jeg har hentet argumenter fra, uten at brevet tillegges rettskildemessig vekt. Forøvrig refereres det gjennomgående til juridisk litteratur, uten at litteraturen tillegges vekt som rettskilde ved analysen av gjeldende rett.

³⁸ Hva gjelder helse- og omsorgstjenesteloven se Prop. 91 L (2010-2011), s. 485. Før øvrig se Asbjørn Kjønstad, Aslak Syse, *Velferdsrett I*, 5. utgave, Oslo 2012, s. 45.

³⁹ Ot.prp. nr. 12 (1998-1999), s. 125.

⁴⁰ Asbjørn Kjønstad, *Helserett*, 2. utgave, Oslo 2007, s. 64.

⁴¹ Brev fra Helsedirektoratet til Pasient- og brukerombudet i Sogn og Fjordane datert 12.09.2017. <https://www.helsedirektoratet.no/tema/helse-og-omsorgstjenesteloven> Sist brukt 27.05.19

3.6 Den internasjonale konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter

Det følger av Grunnloven § 92 at «Statens myndigheter skal respektere og sikre menneskerettighetene». I menneskerettighetsloven § 2 nr. 2 er det fastsatt at ØSK «skal gjelde som norsk lov». Videre fremgår det av menneskerettighetsloven § 3 at «Bestemmelsene i konvensjoner og protokoller som er nevnt i § 2 skal ved motstrid gå foran bestemmelser i annen lovgivning». Dersom det er motstrid mellom ØSK art. 12 og annen norsk lovgivning som regulerer retten til sykehjemsplass, vil ØSK art. 12 ha forrang.

Det må avklares på hvilken måte ØSK art. 12 er av betydning for temaet rett til sykehjemsplass. Ordlyden «The States Parties to the present Covenant recognize the right» tilsier at bestemmelsen forplikter staten, uten at individet direkte kan utlede rettigheter etter bestemmelsen. Angivelsen av «steps to be taken by the States Parties» i art. 12 (2) trekker også i retning av at bestemmelsen består av statsforpliktelser uten individuelle rettigheter. Artikkel 12 er altså ikke utformet på en måte som danner grunnlag for individuell påberopelse av rettigheter.⁴² Personer som ønsker opphold på sykehjem kan derfor ikke direkte utlede rettigheter fra ØSK art. 12. Likevel har ØSK forpliktelsen betydning i den forstand at staten må oppfylle sine plikter etter konvensjonen overfor befolkningen, også gjennom lovgivning.

Hva gjelder selve tolkningen av ØSK art. 12, må bestemmelsen leses i lys av art. 2 nr. 1 som fastslår at partene «undertakes to take steps ... to the maximum of its available resources, with a view to achieving progressively the full realization of the rights». Konvensjonens forpliktelser består da i å iverksette tiltak som den enkelte stat, ved en maksimal utnyttelse av sine ressurser, kan bære. Norge sine forpliktelser etter art. 12 er klart strengere sammenlignet med fattige land, sett i lys av vår økonomiske velstand.⁴³

For å fastsette det nærmere innholdet i forpliktelsen etter ØSK art. 12 vil General Comments utarbeidet av UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights benyttes. General

⁴² Se også Henriette Sinding Aasen i Anne Kjersti Befring mfl., Sentrale helserettslige emner, Oslo 2016 s. 66. Hun skriver at «Bestemmelsen er ikke utformet som en rettighetsbestemmelse ...».

⁴³ Henriette Sinding Aasen i Anne Kjersti Befring mfl., Sentrale helserettslige emner, Oslo 2016 s. 67. Her knyttes relativiteten i forpliktelsen til selve ordlyden «highest attainable standard».

Comments er ikke bindende, men er en autoritativ kilde.⁴⁴ Høyesterett har også anerkjent bruken av General Comments ved tolkningen av menneskerettigheter utarbeidet av FN. I Rt. 2015 s. 93 uttalte Høyesterett at General Comment No. 14 (2013) «utgjør etter mitt syn et naturlig utgangspunkt ved tolkningen av artikkel 3 nr. 1» i barnekonvensjonen (avsnitt 64).

⁴⁴ Se tilsvarende uttalelse, men direkte knyttet opp til General Comment 14 i Manisuli Ssenyonjo (red.), *ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS*, Farnham 2011, s. 271.

4 Menneskerettslige krav til helse- og omsorgstjenestene for eldre etter ØSK. art 12

Det følger av ØSK art. 12 (1) at konvensjonspartene «recognize the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health». I andre avsnitt er det slått fast “The steps to be taken ... to achieve the full realization of this right shall include those necessary for”, blant annet vises det til, “treatment” og “medical service and medical attention in the event of sickness” jf. bokstav c og d. Statsforpliktelsen består dermed i å sikre befolkningen helsetjenester.

I General Comment No. 3 heter det at « a minimum core obligation to ensure the satisfaction of, at the very least, minimum essential levels of each of the rights is incumbent upon every State party”. Videre angis det som utgangspunkt vil utgjøre et brudd på konvensjonen hvis «any significant number of individuals is deprived of ... essential primary health care”.⁴⁵ Uttalelsene indikerer at ØSK art. 12 gir rett til en helsemessig minstestandard som sikrer grunnleggende helsebehov.

Forpliktelsen innebærer videre at helsehjelp skal ytes i rett tid, herunder situasjoner med behov for akutt hjelp. Det følger av General Comments No. 14 at Art. 12 bokstav d «medical service and medical attention in the event of sickness» omfatter «provision of equal and timely access to ... health services”.⁴⁶ Videre består statsforpliktelsen i å oppfylle retten til helse på et nivå som bidrar til verdighet. I General comment No. 14 presiserer komiteen ØSK art. 12 slik «highest attainable standard of health conducive to living a life in dignity».⁴⁷

ØSK art. 12 innebærer at tjenestene skal være akseptable (acceptability) og ha god kvalitet (quality).⁴⁸ Komiteen uttaler om acceptability at «All health facilities, goods and services must be ... sensitive to gender and life-cycle requirements ...». ⁴⁹ Det trekkes i retning av at tjenestene må være utformet med omtanke for menneskets ulike livsfaser. Tjenestene må

⁴⁵ General Comment No. 3 *The nature of States parties' obligations* (art. 2, para. 1 of the Covenant) (1990) (Avsnitt 10).

⁴⁶ General Comment No. 14 *The right to the highest attainable standard of health* (2000) (avsnitt 17).

⁴⁷ General Comment No. 14 *The right to the highest attainable standard of health* (2000) (avsnitt 1).

⁴⁸ General Comment No. 14 *The right to the highest attainable standard of health* (2000) (avsnitt 12) bokstav c og d.

⁴⁹ General Comment No. 14 *The right to the highest attainable standard of health* (2000) (avsnitt 12) bokstav c.

dermed være tilpasset eldre sine deres behov. Staten er utvilsomt forpliktet til å yte tjenester som sikrer eldre mennesker en trygg alderdom og en verdig død.⁵⁰ Å gi eldre hjelpetrengende rett til sykehjemsopphold er en høyst aktuell måte å innrette tjenestene på som er sensitiv for «life-cycle requirements». Det må likevel fremheves at statene tildeles en skjønnsmargin vedrørende hvilke tiltak som er passende ved implementering av retten.⁵¹

ØSK artikkel 12. tar dessuten sikte på å ivareta eldre sin helse i alderdommens ulike faser jf. «... rehabilitative measures aimed at maintaining the functionality and autonomy of older persons; and attention and care for chronically and terminally ill persons, sparing them avoidable pain and enabling them to die with dignity».⁵² Begrepene “attention and care” gir uttrykk for at art. 12 også omfatter omsorgsdimensjonen. Slik det norske samfunnet er organisert, hvor barn ikke er pliktig til å ta seg av sine gamle foreldre, vil det i mange tilfeller være nødvendig å bli innlagt på sykehjem i livets siste fase for å få en verdig død.

Det er som utgangspunkt vanskelig å vite hvor omfattende minstestandarden etter ØSK art 12 er, ettersom konvensjonen stiller ulike krav til statene basert på «available resources» jf art. 2 (1). Den videre fremstillingen (punkt 5 og 7) vil vise at eldre mennesker etter tradisjonell norsk rett har rett til en trygg alderdom, en verdig død, rehabilitering, omsorg, helsehjelp, tilpassede tjenester og akutt hjelp etter pasient og brukerrettighetsloven tolket i lys av andre relevante rettskilder. Med andre ord sikrer helselovgivningen pasient og bruker omfattende rettigheter. Disse momentene trekker samlet i retning av at eldre sin rett til sykehjems plass i helselovgivningen er i tråd med ØSK art. 12.⁵³ Fremstillingen vil vise at dersom disse rettighetene kun kan sikres på sykehjem, får pasient og bruker rettskrav på sykehjemsopphold. Avslutningsvis er det viktig å poengtere at statsforpliktelsen består i å oppfylle retten til helsehjelp overfor sin befolkning jf. «to achieve the full realization of this right» art. 12 (2). Det er da ikke tilstrekkelig med lovgivning som på papiret oppfyller statsforpliktelsen.

⁵⁰ Henriette Sinding Aasen i Bjørn Henning Østenstad, Caroline Adolphsen, Eva Naur, Henriette Sinding Aasen (red.), *Selvbestemmelse og tvang i helse- og omsorgstjenesten*, Bergen 2018, s. 124.

⁵¹ General Comment No. 14 *The right to the highest attainable standard of health* (2000), (avsnitt 53).

⁵² General Comment No. 14 *The right to the highest attainable standard of health* (2000) (avsnitt 25).

⁵³ Se forøvrig Prop. 91 L (2010-2011), s. 88 hvor det er uttalt at «Etter departementets vurdering er bindende menneskerettighetsforpliktelser tilfredsstillende ivaretatt i gjeldende kommunehelsetjenestelov, sosialtjenestelov og pasientrettighetslov». Se også Henriette Sinding Aasen i Bjørn Henning Østenstad, Caroline Adolphsen, Eva Naur, Henriette Sinding Aasen (red.), *Selvbestemmelse og tvang i helse- og omsorgstjenesten*, Bergen 2018, s. 125, hvor det fremholdes at «Norsk lovgivning må antas å være i samsvar med menneskerettslige bestemmelser».

5 Rett til opphold på sykehjem etter pbrl. § 2-1 e første ledd

5.1 Strukturen i analysen

Et viktig utgangspunkt er å presentere forholdet mellom den generelle bestemmelsen i pbrl. § 2-1 a andre ledd og presiseringen av retten til sykehjemsplass i § 2-1 e første ledd. I punkt 5.3 drøftes innholdet i vilkåret «det eneste tilbudet» etter pbrl. § 2-1 e første ledd. Vilkaåret kan ikke forstås isolert da det avgjørende er om sykehjemsopphold er «det eneste tilbudet som kan sikre ... nødvendige og forsvarlige helse- og omsorgstjenester» jf. pbrl. § 2-1 e første ledd. For å trekke slutninger omkring hva som kreves for å få rett til opphold på sykehjem, vil derfor vilkåret «det eneste tilbudet» også trekkes inn i de videre analysene av vilkårene «nødvendige og forsvarlige helse- og omsorgstjenester» i punkt 5.4 og 5.5. Etter ordlyden fremstår «nødvendig og forsvarlig» som to selvstendige vilkår. Vilkaårene må imidlertid sees i sammenheng. Forsvarlighetsprinsippet vil være retningsgivende for hva som er «nødvendig» ettersom forsvarlighet er en overordnet norm i helse retten. Dette har også kommet til uttrykk i forarbeidene, som i relasjon til kommunen sin pliktbestemmelse i hol. § 3-1 angir at «Spørsmålet om hva som skal anses som nødvendig tjenester, må ses i sammenheng med kravet til forsvarlige tjenester».⁵⁴ En sentral del av analysen består i å utdype forsvarlighetskravet og deretter å trekke slutninger omkring hva som kreves for å få rett til opphold på sykehjem. I punkt 5.6 blir retten til medvirkning presentert og drøftet, herunder hvordan medvirkningsretten må avveis mot andre hensyn.

5.2 Forholdet mellom pbrl. § 2-1 a andre ledd og § 2-1 e første ledd

Pasient og brukerrettighetsloven § 2-1 a andre ledd slår fast at «Pasient og bruker har rett til nødvendige helse- og omsorgstjenester fra kommunen». Ordlyden gir ikke uttrykk for at pasient og bruker har rett på en bestemt tjeneste fremfor en annen. Samtidig kan det tenkes situasjoner hvor bare en tjeneste tilfredsstiller kravet til forsvarlighet. En naturlig konsekvens blir da at rettskravet på «nødvendige helse- og omsorgstjenester» i praksis innebærer rettskrav på den konkrete tjenesten.

⁵⁴ Prop. 91 L (2010-2011), s. 161.

I forarbeidene til bestemmelsen er det lagt til grunn at «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».⁵⁵ Det klare utgangspunktet er derfor at pasient og bruker ikke kan kreve opphold på sykehjem. Dette utgangspunktet nyanseres likevel da det uttales at «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».⁵⁶ Det som i dag er tydeliggjort i § 2-1 e første ledd, kunne derfor tidligere utledes fra forsvarlighetskravet.⁵⁷

5.3 Vilkåret «det eneste tilbudet» jf. pbrl. § 2-1 a første ledd

Ordlyden i pbrl. § 2-1 e første ledd «det eneste tilbudet» legger opp til en vurdering av om andre tjenestetilbud i kommunen kan dekke pasienten eller brukeren sitt behov for «nødvendige og forsvarlige helse- og omsorgstjenester». Dersom forsvarlighetskravet kun kan tilfredsstilles på sykehjem, har pasient og bruker rettskrav på opphold. I forarbeidene heter det at «Etter forslaget skal kommunen foreta en samlet konkret helse- og omsorgsfaglig vurdering av pasientens eller brukerens behov sett i sammenheng med kommunens tjenestetilbud».⁵⁸ Den nærmere analysen av innholdet i «nødvendige og forsvarlige» tjenester presenteres i punkt 5.4 og 5.5.

I forarbeidene er det angitt en rekke momenter som normalt vil inngå i vurderingen av om det foreligger rett til opphold på sykehjem. Momenter som listes opp er «funksjonsnivå og hjelpebehov ... medisinske vurderinger og diagnoser ... prognoser ... vurdering av rehabiliteringspotensiale ... tjenestetilbudet kommunen for øvrig kan tilby, herunder bl.a hjemmetjenester, teknologi, og annen tilretteleggingsmulighet i eget hjem ... pasienten eller

⁵⁵ Prop. 91 L (2010-2011), s. 515.

⁵⁶ Prop. 91 L (2010-2011), s. 515.

⁵⁷ Se for øvrig Asbjørn Kjønstad, Aslak Syse, Morten Kjelland, *Velferdsrett I*, 6. utgave, Oslo 2017, s. 200 hvor det fremkommer at «Med kravet om faglig forsvarlighet som gjelder for all tjenesteutforming, innebærer neppe denne rettighetsbestemmelsen noen egentlig endring i gjeldende rett ...».

⁵⁸ Prop. 99 L (2015-2016), s. 21. Uttalelsen synes å gjelde hol. § 3-2 a første ledd, som er den korresponderende pliktbestemmelsen for kommunen.

brukerens ønsker ... hvor pasienten eller brukeren bor og muligheten for å tilpasse boligen ... hjemmesituasjon». ⁵⁹ Dette er med andre ord sentrale momenter som inngår i beslutningsgrunnlaget.

Momentene gir uttrykk for at retten til sykehjemsplass beror på en sammensatt og bred vurdering. For å vurdere pasienten eller brukeren sitt behov for sykehjemsplass er det klart tilstanden til den enkelte er av betydning, derav momentene funksjonsnivå, hjelpebehov, medisinske vurderinger og diagnoser. Det er likevel vanskelig å gi et entydig svar på hvor hjelpetrengende personer må være for å komme i rettighetsposisjon, fordi ytre forhold, som andre tjenester kommunen kan tilby og tilpasningsmuligheter i hjemmet, også inngår i vurderingen.

5.3.1 Betydningen av kommunen sitt tjenestetilbud

Etter ordlyden «det eneste tilbudet» er det altså avgjørende om det finnes andre tjenester som kan oppfylle pasient og brukers behov for «nødvendige og forsvarlige helse- og omsorgstjenester» jf. pbrl. § 2-1 e første ledd. Det følger av forarbeidene at det er «et prinsipielt utgangspunkt at kommunene selv organiserer sine tjenester ut fra lokale forhold og behov». ⁶⁰ I lys av vilkåret «det eneste tilbudet» må dermed retten til sykehjemsplass i ses sammenheng med kommunen sin organisering av helse- og omsorgstjenesten. I forarbeidene er det lagt til grunn at «Det nærmere innhold i rettigheten vil ha nær sammenheng med innretningen av den enkelte kommunes tjenestetilbud». ⁶¹ Det uttales også at «Et godt utbygd og tilrettelagt hjemmetjenestetilbud vil medføre et mindre behov for heldøgns omsorgsplasser og at færre personer vil omfattes av rettigheten». ⁶² Et eksempel som nevnes i forarbeidene er følgende «Kommuner som har lagt forholdene til rette for at pasientene skal kunne bo hjemme så lenge som mulig, og hvor hjemmetjenesten har kort responstid og god faglig kvalitet, vil kunne ha høyere terskel for sykehjemssinnleggelse enn andre kommuner». ⁶³

⁵⁹ Prop. 99 L (2015-2016), s. 14.

⁶⁰ Prop. 99 L (2015-2016), s. 12.

⁶¹ Prop. 99 L (2015-2016), s. 21.

⁶² Prop. 99 L (2015-2016), s. 20.

⁶³ Prop. 99 L (2015-2016), s. 27. Konteksten for eksempelet er plikten til å utarbeide kommunale kriterier etter hol. 3-2 a andre ledd. Eksempelet har overføringsverdi for innholdet i «det eneste tilbudet» etter pbrl. § 2-1 e første ledd, ettersom kriteriene i forskriftene ikke kan innskrenke retten til sykehjemsplass.

Motsatt vil personer som bor i kommuner som har en mindre utbygget hjemmetjeneste, på et tidligere tidspunkt i sitt alderdoms- og sykdomsforløp ha rett til opphold på sykehjem.

Forarbeidene gir dermed uttrykk for at det er rom for lokale forskjeller vedrørende hvem som omfattes av rettigheten. Det kan problematiseres om slik variasjon er akseptabel i lys av formålet med pasient og brukerrettighetsloven som er «å bidra til å sikre befolkningen lik tilgang på tjenester av god kvalitet» jf. § 1-1 første ledd. Ordlyden gir imidlertid først og fremst uttrykk for at alle skal ha lik mulighet til å motta tjenester som oppfyller kravet om «god kvalitet». Ifølge forarbeidene må «god kvalitet» forstås i lys av forsvarlighetskravet.⁶⁴ Med andre ord synes det avgjørende å være at alle har lik mulighet til å motta tjenester som tilfredsstillende en forsvarlig minstestandard.

Dessuten følger det av forarbeidene at «Med lik tilgang på helsetjenester menes at befolkningen skal sikres helsehjelp uavhengig av alder, kjønn og bosted, samt økonomisk, kulturell og språklig bakgrunn og sosial status».⁶⁵ Heller ikke her fokuseres det på likhet i muligheten til å motta bestemte tjenesteformer. Hensynet til kommunal demokratisk styring av tjenestene, nærhet til brukerne og effektiv tjenesteproduksjon tilsier at det må aksepteres at graden av hjelpebehov som utløser rett til sykehjemsplass, kan være forskjellig fra kommune til kommune, så lenge alle mottar forsvarlige tjenester.⁶⁶

Sykehjem er det høyeste omsorgsnivået for eldre i kommunen. Vilkåret i pbrl. § 2-1 e første ledd «det eneste tilbudet» innebærer at personer som kan få dekket sitt behov gjennom andre tjenester på et lavere omsorgsnivå ikke har rett på sykehjemsopphold. Slik sett kan en se reguleringen i sammenheng med prinsippet om lavest effektive omsorgsnivå. Dette er et prinsipp som ifølge forarbeidene gjelder for prioriteringene mellom spesialisthelsetjenesten og kommunehelsetjenesten.⁶⁷

5.4 Nærmere om vilkårene «nødvendige og forsvarlige helse- og omsorgstjenester» jf. pbrl. § 2-1 e første ledd

⁶⁴ Ot.prp. nr. 12 (1998-1999), s. 125.

⁶⁵ Ot.prp. nr. 12 (1998-1999), s. 125.

⁶⁶ De nevnte hensynene følger av Prop. 99 L (2015-2016), s. 12.

⁶⁷ For den aktuelle forarbeidsuttalelsen om dette, se Prop. 91 L (2010-2011), s. 186.

Ordlyden i pbrl. § 2-1 e første ledd «sikre pasienten eller brukeren nødvendige og forsvarlige helse- og omsorgstjenester» tilsier at det må foretas en konkret vurdering av den enkelte sitt behov. Videre kan ordlyden «nødvendig og forsvarlig» tolkes som et krav om et reelt helse- og omsorgsbehov. Behovet må vurderes i lys av at det er nettopp sykehjem som må være «nødvendig og forsvarlig». Det tilsier at pasient eller bruker må kunne vise til et behov for heldøgns helse- og omsorgstjenester. Et eksempel er demenspasienter hvor skade eller ulykke er sannsynlig dersom personen etterlates uten tilsyn. Bestemmelsen fordrer altså en vurdering av om sykehjemsopphold er det «nødvendige og forsvarlige» omfanget på helse- og omsorgshjelpen.⁶⁸ Videre tar vilkåret «nødvendig» til en viss grad tar opp i seg vilkåret «det eneste tilbudet», ettersom sykehjem strengt tatt ikke er «nødvendig» dersom det finnes andre forsvarlige tilbud.

Ordlyden i pbrl. § 2-1 e første ledd «nødvendig og forsvarlig» tilsier videre at sykehjemsoppholdet skal sikre pasienten eller brukeren rimelig eller adekvat helsehjelp. Kravet om forsvarlighet har slik fått klar forankring i ordlyden. Det er nytt sammenlignet med den generelle rettighetsbestemmelsen i § 2-1 a første ledd. Forarbeidene til § 2-1 a andre ledd var imidlertid klar at «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».⁶⁹

5.5 Forsvarlighetskravet – det avgjørende kriteriet

5.5.1 Innledende om forsvarlighetskravet

I hol. § 4-1 første ledd fremgår det at «Helse- og omsorgstjenester som tilbys eller ytes etter loven her skal være forsvarlige». Kravet om forsvarlighet blir presisert i bokstav a til d. Bokstav a og b er av størst betydning for drøftelsene i oppgaven her. Der fremgår det at «Kommunen skal tilrettelegge tjenestene slik at ... den enkelte pasient eller bruker gis et helhetlig og koordinert helse- og omsorgstjenestetilbud» og et «verdige tjenestetilbud». Lov 2. juli 1999 nr. 64 om helsepersonell m.v (helsepersonelloven) § 4 første ledd stiller krav om at

⁶⁸ Se for øvrig Asbjørn Kjønstad, *Helserett*, 2. utgave, Oslo 2007, s. 161, hvor han går inn på helsehjelpens omfang med utgangspunkt i ordlyden «nødvendig» i kommunehelsetjenesteloven § 2-1 (opphevet).

⁶⁹ Prop. 91 L (2010-2011), s. 514.

«Helsepersonell skal utføre sitt arbeid i samsvar med de krav til faglig forsvarlighet og omsorgsfull hjelp som kan forventes ut fra helsepersonellens kvalifikasjoner, arbeidets karakter og situasjonen for øvrig». Forsvarlighetskravet er slik både en overordnet plikt for de kommunale helse- og omsorgstjenestene og en personlig plikt for helsepersonellet.

Det følger av forarbeidene til hol. § 4-1 at «Forsvarlighetskravet for helse- og omsorgstjenesten er forankret i anerkjent fagkunnskap, faglige retningslinjer og allmenngyldige samfunnsetiske normer. Innholdet i forsvarlighetskravet endrer seg dermed også i takt med utviklingen av fagkunnskap og endringer i verdioppfatninger». ⁷⁰ Ved spørsmålet sykehjemsplass er en «nødvendig og forsvarlig helse- og omsorgstjeneste» etter pbrl. § 2-1 e første ledd vil klart sakkyndige vurderinger av behov ha rettslig betydning. ⁷¹

Forarbeidene angir videre at:

«Forsvarlighetskravet har en dobbel funksjon. Det er en rettesnor for tjenesten og viser til normer som beskriver hvordan tjenestene bør være. Disse normene utgjør kjernen i forsvarlighetskravet og kan betegnes som god praksis. Samtidig danner normene utgangspunkt for å fastlegge hvor grensen mot det uforsvarlige går. Det vil si de konkrete vurderingene av hvor store avvik fra god praksis som kan aksepteres før avviket medfører at tjenesten blir uforsvarlig. Mellom god praksis, og forsvarlighetskravets nedre grense, vil det være rom for at kommunen kan utøve skjønn. Det følger imidlertid av forsvarlighetskravet at tjenestene må holde tilfredsstillende kvalitet, ytes i tide og i tilstrekkelig omfang». ⁷²

Uttalelsen illustrerer at det som rettslig sett er avgjørende, er at helse- og omsorgstjenestene tilfredsstillende forsvarlighetskravets nedre grense. Forsvarlighetskravet er med andre ord en minstestandard. ⁷³ Uttalelsen viser videre at den nedre grensen består av tre dimensjoner *tilfredsstillende kvalitet, tidsriktig hjelp og tilstrekkelig omfang*.

⁷⁰ Prop. 91 L (2010-2011), s. 263-264.

⁷¹ Se tilsvarende vedrørende «nødvendig helsehjelp» i kommunehelsetjenesteloven § 2-1 (opphevet) i Asbjørn Kjønstad, *Helserett*, 2. utgave, Oslo 2007, s. 162.

⁷² Prop. 91 L (2010-2011) s. 264.

⁷³ Forsvarlighetskravet kobles sammen med en minstestandard også i andre fremstillinger, se Asbjørn Kjønstad, *Helserett*, 2. utgave, Oslo 2007, s. 230 og Alice Kjellevold, «Ny lov om kommunale helse- og omsorgstjenester – verdivalg og rettslig regulering», *Tidsskrift for Erstatningsrett, forsikringsrett og velferdsrett*, 2012 s. 15-43 (s. 23), Anne Kjersti Befring mfl., *Sentrale helserettslige emner*, 2016, s. 101, Olav Molven, *Helse og jus*, 7. utgave, 2012, s. 227.

5.5.2 Utdyping av forsvarlighetskravet i Fusa dommen

I Rt. 1990 s. 874 (heretter Fusa dommen) kom Høyesterett til at et forvaltningsvedtak som reduserte ytelser til en funksjonshemmet kvinne var ugyldig. Det ble uttalt at:

«Når det gjelder omfanget av ytelsene, vil spørsmålet ved en domstolskontroll etter min mening være om det aktuelle forvaltningsvedtak tilfredsstillende et visst minstekrav som må forutsettes å gjelde for slike ytelser. En slik vurdering vil ligge nær opp til en domstolsprøving av forvaltningens frie skjønn. Jeg sikter i denne forbindelse særlig til domstolens adgang til å prøve om forvaltningsskjønnet er åpenbart urimelig. En prøving av klientutvalgets vedtak etter disse linjer fører etter min mening til at det må kjennes ugyldig. Vedtaket innebar en vesentlig reduksjon av de ytelser som A tidligere hadde hatt, og det var åpenbart at det ikke tilfredsstilte hennes helt livsviktige behov for stell og pleie. Et slikt vedtak kan etter min mening ikke forsvares ut fra hensyn til kommunens økonomi» (s. 888).

Høyesterett sin vurdering tilsier at det er et minstekrav å motta «helt livsviktige behov for stell og pleie» (s. 888). Uttalelsen «Et slikt vedtak kan etter min mening ikke forsvares ut fra hensyn til kommunens økonomi» (s. 888) viser at økonomiske hensyn ikke legitimerer at minstestandarden var fraveket. Videre kan uttalelsen forstås slik at kommuneøkonomi ikke er av betydning ved fastleggingen av minstestandarden.⁷⁴ Også i forarbeidene er dommen forstått slik, da det uttales at «Dommen fastslo retten til et forsvarlig minstenivå av nødvendig hjelp fra kommunehelsetjenesten og at kommunens økonomi ikke kunne tillegges vekt når lovens minstestandard skulle fastlegges».⁷⁵ For retten til sykehjems plass vil det innebære at kommunen ikke kan ta i betraktning sin økonomi når det vurderes om personer oppfyller vilkårene. En slik løsning samsvarer med en naturlig språklig forståelse av ordlyden i pbrl. § 2-1 e første ledd. Ordlyden «rett til» gir uttrykk for en absolutt rettighet som ikke kan innskrenkes av økonomiske vanskeligheter. Begrepene «det eneste tilbudet» og «nødvendige og forsvarlige» gir heller ikke indikasjoner på at økonomiske hensyn er relevante. Det faktum

⁷⁴ Asbjørn Kjønstad, *Helserett*, 2. utgave, Oslo 2007, s. 170.

⁷⁵ Prop. 91 L (2010-2011), s. 162.

at vurderingen etter pbrl. § 2-1 e første ledd skal være «helse- og omsorgsfaglig», trekker ytterligere i retning av at økonomiske hensyn ikke kan inntas i vurderingen.

Lovformålet i pbrl. § 1-1 første ledd «lik tilgang på tjenester av god kvalitet» tilsier videre at loven skal bidra til et felles kvalitetskrav på helsetjenestene over hele landet. Det kan tilsi at minstestandarden ikke blir påvirket av lokaløkonomi. Det kan dessuten vises til likhetsprinsippet i norsk offentlig rett.⁷⁶ Samtidig er det kommunale selvstyret et viktig prinsipp.⁷⁷ Men det faktum at pasienter og brukere er gitt rett til opphold på sykehjem, innebærer at det kommunale selvstyret allerede er innsnevret.

Holdepunktene ordlyden i § 2-1 e første ledd gir, sammenholdt med Fusa dommen og etterfølgende støtte i forarbeidene, tilsier at økonomiske hensyn ikke inngår i vurderingen av om sykehjemsplass er «det eneste tilbudet» som innfrir retten til en minstestandard. En annen sak er det at kommunen kan ta hensyn til økonomi dersom både sykehjemsplass og hjemmetjenester oppfyller minstestandarden. Da er en innenfor forvaltningsskjønnet. Samtidig kommer medvirkningsretten i pbrl. § 3-1 andre ledd inn som en begrensning. Se drøftingen i punkt 5.6, men da i relasjon til rettighetsspørsmålet etter pbrl. § 2-1 e første ledd.

Med utgangspunkt i Fusa dommen vil det forsøkes å utdype hva en forsvarlig minstestandard, nærmere bestemt er. I dommen fremgår det ikke tydelig hvilke behov for stell og pleie kvinnen hadde. Det som er klart er at kvinnen var sterkt funksjonshemmet, satt i rullestol og var sterkt pleietrengende. Dommen kan ikke tolkes så strengt at pasienter og brukere kun har rett på tjenester som direkte har sammenheng med overlevelse jf. «helt livsviktige behov» (s. 888). Domspremissene etterlater ikke et inntrykk av at kvinnen kom til å dø på grunn av reduksjonen i ytelsene. Uttalelsen «helt livsviktige behov for stell og pleie» (s. 888) trekker snarere i retning av rett på tjenester av et omfang som dekker grunnleggende menneskelige behov.

Grunnleggende behov er etter kvalitetsforskriften § 3 andre ledd «fysiologiske behov som tilstrekkelig næring», «få ivaretatt personlig hygiene og naturlige funksjoner (toalett)», «pleie og omsorg tilpasset den enkeltes tilstand», «tilpasset hjelp ved av- og påkledning» og forhold som det å «oppleve respekt, forutsigbarhet og trygghet i forhold til tjenestetilbudet». I NOU-

⁷⁶ Asbjørn Kjønstad, *Helserett*, 2. utgave, Oslo 2007, s. 170. Kjønstad drøfter med utgangspunkt i et ressursforbehold i Ot.prp nr. 66 (1981-1982).

⁷⁷ Asbjørn Kjønstad, *Helserett*, 2. utgave, Oslo 2007, s. 170.

en «Det viktigste først» er tjenester som primært skal ivareta grunnleggende behov aktualisert (Blankholmutvalget). Utvalget mente at samfunnet må akseptere å dekke slike grunnleggende behov uavhengig av kostnadsnivå, for å gi et minstenivå av tjenester.⁷⁸ Det er i tråd med gjeldende rett etter Fusa dommen.

Et eksempel som trekker i retning av rett på sykehjemsplass er en pasient og bruker som har behov for bistand i forbindelse med hvert toalettbesøk. I slike tilfeller er det ikke mulig å planlegge eksakte tidspunkt for besøk av hjemmesykepleie. For at personen skal få dekket sitt «helt livsviktige behov for stell og pleie» (Fusa dommen s. 888) er det nødvendig med helsepersonell som er tilgjengelig når behovet skulle oppstå. Selv et godt utbygget hjemmetjenestetilbud kan vanskelig sikre at personen får komme seg på toalettet hver gang det er nødvendig. Eksempelet trekker derfor klart i retning av at sykehjemsopphold er «det eneste tilbudet» som kan gi «nødvendig og forsvarlige helse- og omsorgstjenester» av et omfang som oppfyller minstestandarden jf. pbrl. § 2-1 e første ledd.

5.5.3 Et krav om helhetlige og koordinerte tjenester jf. hol. § 4-1 bokstav a

Forsvarlighetskravet innebærer at «pasient eller bruker gis et helhetlig og koordinert helse- og omsorgstjenestetilbud» jf § 4-1 første ledd bokstav a. Forsvarlighetskravet er altså ikke bare et krav til hver tjeneste for seg, men tilbudet sett under ett skal være forsvarlig.⁷⁹ Et eksempel kan være en demenspasient hvor hjemmetjenestene gis av et stadig rullerende helsepersonell som pasienten ikke har tillitt til. Tjenestetilbudet fremstår ikke som kvalitativt godt nok sett under ett fordi tilbudet ikke tar pasienten sitt behov for tillitt på alvor. Pasient og brukerrettighetsloven skal ifølge § 1-1 andre ledd «bidra til å fremme tillitsforholdet mellom pasient og bruker og helse- og omsorgstjenesten». På et sykehjem hvor personalet er knyttet til en fast avdeling, vil det gjerne være lettere å sikre at pasienten mottar hjelp av en mindre gruppe helsepersonell. Det kan trekke i retning av en rett på sykehjemsplass. På den andre siden er utgangspunktet at hjemmetjenesten må tilpasse seg brukeren sitt behov. Hjemmetjenesten skal derimot strekke seg langt for at eldre pasienter kan fortsette å bo hjemme. Det kan føres tilbake til verdigrunnlaget nedfelt i hol. § 1-1 nr. 3 og nr. 5 «sikre at

⁷⁸ NOU 2018: 16 Det viktigste først. Prinsipper for prioritering i den kommunale helse- og omsorgstjenesten og for offentlig finansierte tannhelsetjenester, s. 107.

⁷⁹ Prop. 91 L (2010-2011), s. 494.

den enkelte får mulighet til å leve og bo selvstendig» og «samt sikre at tilbudet er tilpasset den enkeltes behov».

5.5.4 Verdighet – en dimensjon ved forsvarlighetskravet

I hol. § 4-1 første ledd bokstav b er det slått fast at «Kommunen skal tilrettelegge tjenestene slik at ... den enkelte pasient eller bruker gis et verdig tjenestetilbud». I pasient og brukerrettighetsloven § 2-1 a tredje ledd er det dessuten slått fast at «Pasient og bruker har rett til et verdig tjenestetilbud i samsvar med helse- og omsorgstjenesteloven § 4-1 første ledd, bokstav b». Ordlyden «rett til et verdig tjenestetilbud» er svært vag. Samtidig indikerer begrepet «verdig» at helse- og omsorgstjenesten skal se pasient og bruker som hele mennesker. Det følger av forarbeidene at «Ved å fremheve begrepet verdighet tydeliggjøres at dette er et grunnleggende element i en forsvarlig helse- og omsorgstjeneste, eller ... en utdyping av forsvarlighetskravets etiske element».⁸⁰ Et eventuelt avslag på søknad om sykehjemsplass må være etisk forsvarlig.

Det følger også av forarbeidene at «Tilliten til eldreomsorgen er avhengig av at det sikres et tjenestetilbud basert på at den enkelte skal få en verdig alderdom og gis muligheter til en livsutfoldelse i samsvar med den enkeltes muligheter og grunnleggende behov».⁸¹ Ved vurderingen av hva som er verdig må en tolke begrepet i lys av at alderdommen er en naturlig del av livet. En kan med andre ord ikke sammenligne med livsutfoldelsen til voksne mennesker.

Det er utfordrende å konkretisere begrepet verdighet. I forarbeidene er det uttalt at det «vanskelig kan formuleres eksakte krav på dette området».⁸² Verdighetsgarantiforskriften bidrar imidlertid til en presisering av begrepet. Forskriften angir at «tjenestetilbudet [skal] legge til rette for at følgende hensyn ivaretas» blant annet «En riktig og forsvarlig boform ut fra den enkeltes behov og tilstand» jf. § 3 bokstav a. Isolert sett bidrar ikke bestemmelsen til å presisere lovteksten i pbrl. § 2-1 e første ledd. Bestemmelsen må imidlertid leses i lys av

⁸⁰ Prop. 91 L (2010-2011), s. 351.

⁸¹ Prop. 91 L (2010-2011), s. 351.

⁸² Prop. 91 L (2010-2011), s. 265.

formålet med verdighetsgarantiforskriften som er å «bidra til en verdig, trygg og meningsfull alderdom» jf. § 1 første ledd. Eldre mennesker har dermed rett på en trygg livssituasjon i livets siste fase.

Av betydning for retten til sykehjemsplass blir det viktig å vurdere om personen trygt kan fortsette med bo i eget hjem. Manglende trygghet i hjemmet kan være forårsaket av ulike fysiske og psykiske plager. Et eksempel kan være stor fallfare. Vel og merke reduseres ikke fallfaren ved å flytte på sykehjem. Forskjellen er at hjelpen er helt i nærheten dersom fallet skjer på sykehjem. Det fremstår som en uverdigg livssituasjon å konstant leve i frykt for å falle fordi en vet at det er mange timer til fallet kan bli oppdaget. En slik livssituasjon som her er skissert trekker klart i retning av at opphold på sykehjem er «det eneste tilbudet» som er «nødvendig og forsvarlig» jf. pbrl. § 2-1 e første ledd. En kan likevel ikke operere med at stor fallfare gir en absolutt rett til sykehjemsplass. Dersom hjemmetjenesten har installert fallsensor og har kort responstid, er det ikke en reell forskjell i tryggheten om personen bor hjemme eller på sykehjem. Innstallering av velferdsteknologi kan slik bidra til at forsvarlighetskravet oppfylles i hjemmet.

Et annet eksempel kan være en person med demens som opplever angst og betydelig ubehag knyttet til det å være alene. Dersom personen etterlates alene i hjemmet de fleste døgnets timer og er konstant utrygg kan situasjonen vanskelig beskrives som «verdigg og trygg» jf. verdighetsgarantiforskriften § 1 jf. pbrl. § 2-1 a tredje ledd. Situasjonen synes heller ikke å ivareta en del av verdigrunnlaget i helse- og omsorgstjenesten som er «å ha en aktiv og meningsfylt tilværelse i fellesskap med andre» jf. hol § 1-1. Det er likevel ikke gitt at personen faller inn under rettighetsbestemmelsen i § 2-1 e første ledd. Dagtilbud, besøksvenn og lignende kan være aktuelle tiltak som det er verdt å prøve ut for at personen kan få en verdigg livssituasjon.

Et annet eksempel kan være en person med demens som stadig roper etter sine avdøde foreldre. I slike tilfeller tilsier «rett[en] til et verdigg tjenestetilbud» i pbrl. § 2-1 a tredje ledd at det skal være en nattevakt tilgjengelig som oppdager situasjonen og som kan berolige og trøste vedkommende. I praksis er det mulig at personen får nattevakt hos seg hver natt, men det er klart at det er svært ressurskrevende å tildele på fast basis. Dersom personen selv er positiv til å flytte på sykehjem, står en trolig overfor et tilfelle hvor opphold på sykehjem er «det eneste tilbudet» som er «nødvendig og forsvarlig» for vedkommende jf. pbrl. § 2-1 e første ledd. Da hjelper det ikke at hjemmetilbudet på andre områder er godt utbygd. For

eksempel at det er tatt i bruk velfersteknologiske innretninger som langt på vei reduserer objektive farer knyttet til sykdommen, som for eksempel brannfare og fare for at personen blir savnet.

Et annet aspekt ved verdighet som kan utledes fra verdighetsgarantiforskriften er «Å bevare eller øke sin mulighet til å fungere i hverdagen. Omsorgen skal bidra til habilitering og rehabilitering» jf. verdighetsgarantiforskriften § 3 bokstav f. Verdighet handler derfor også om å få utløp for sitt potensiale for bedring eller potensiale for å opprettholde nåværende funksjonsnivå. Rehabilitering og habilitering kan også sees som virkemiddel for å fremme lovformålet om å «ivareta respekten for den enkelte pasients og brukers ... integritet» pbrl. jf. § 1-1 andre ledd. Pasienten og brukeren skal ikke gjøres avhengig av hjemmetjenester, dersom et velfungerende rehabiliteringsopphold på sykehjem kunne rehabilitert vedkommende. I lys av verdighetsgarantiforskriften og lovformålet fremstår det som uverdigg og uforsvarlig å bli tildelt et tilbud som innebærer at pasienten eller brukeren ikke får holdt vedlike et realistisk funksjonsnivå.

Mange pasienter og brukere som har vært innlagt på sykehus, opplever å bli sendt hjem igjen etter sykehusoppholdet. Kravet i verdighetsgarantiforskriften § 3 bokstav f «Omsorgen skal bidra til habilitering og rehabilitering» krever da at hjelpen i hjemmet skal inkludere rehabilitering. Dersom kommunen ikke har utbygget hverdagsrehabilitering i hjemmet, vil pasienten ha rett til sykehjemsplass i form av korttidsopphold med rehabilitering jf. pbrl. § 2-1 e første ledd.

5.6 Betydningen av retten til medvirkning

Det følger av pbrl. § 3-1 andre ledd at

«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».

Helse- og omsorgstjenesteloven § 3-2 første ledd nr. 6 omfatter blant annet til «helsetjenester i hjemmet» og «sykehjem» jf. bokstav a og c. Ordlyden «Det skal legges stor vekt på hva pasienten eller brukere mener» indikerer at et ønske om sykehjemsplass skal vektlegges

særskilt og inngå som et tungtveiende element i beslutningsgrunnlaget ved valg mellom sykehjemsopphold og andre tjenester. Forarbeidene til pbrl. § 3-1 presiserer at «andre ledd [regulerer] medvirkning ved «utformingen av tjenestetilbudet», det vil si under saksbehandlingen og frem til vedtak fattes».⁸³ Det tilsier at ønsket til den enkelte kan få innvirkning på vedtaket som fattes. Etter ordlyden foreligger det imidlertid ingen selvbestemmelsesrett. Medvirkningsretten gir altså ikke pasienten rett til å kreve opphold på sykehjem. I forarbeidene er det lagt til grunn at «Vedkommende må da tas med på råd».⁸⁴

I forarbeidene vises det til at «Det er et viktig prinsipp at tjenestetilbudet så langt som mulig bør ta hensyn til den enkeltes spesielle behov og ønsker».⁸⁵ Understrekingen av at dette gjelder så langt som mulig, viser at medvirkningsretten må balanseres mot andre hensyn. Det er klart det må foreligge et reelt behov for sykehjemsplass for å ha rett på det. Det følger av ordlyden «nødvendig» i pbrl. § 2-1 e første ledd. Samtidig er det viktig å understreke at medvirkningsretten er også et uttrykk for en erkjennelse om at pasienten eller brukeren kan komme med viktige bidrag i forhold til hva som er «nødvendig og forsvarlig» etter pbrl. § 2-1 e første ledd. Det er tross alt pasienten eller brukeren som gjennom hele døgnet erfarer og får innsikt i sitt behov for hjelp. Dersom pasienten selv mener at sykehjemsopphold er «det eneste tilbudet» som kan gi «nødvendige og forsvarlige helse- og omsorgstjenester» etter pbrl. § 2-1 e første ledd, er det et forhold som skal vektlegges. Å ta i betraktning pasienten sitt ønske er med på å sikre at avgjørelsen blir tatt på et tilstrekkelig informasjonsgrunnlag, og bidrar dermed til å sikre at pasienten får tildelt forsvarlig hjelp. Medvirkningsretten kan sees som en ytterligere dimensjon av forsvarlighetskravet.⁸⁶ Begrunnelsen for at helsehjelp gis er dessuten hensynet til pasientens beste.⁸⁷ Et aspekt ved hva som er pasientens beste kan naturligvis være vedkommende sitt eget ønske. Pasienten sitt ønske er etter disse linjer en naturlig del av den «helse- og omsorgsfaglig[e] vurdering[en]» av behov jf. § 2-1 e første ledd.

Det har blitt vist til at velferdsteknologi kan være et element som bidrar til at hjemmetjenester er forsvarlige. På den andre siden er det ikke gitt at alle eldre forstår hvilken trygghet velferdsteknologi objektivt sett bidrar til. Det kan tenkes at vedkommende ønsker

⁸³ Prop. 91 L (2010-2011), s. 517.

⁸⁴ Prop. 91 L (2010-2011), s. 517.

⁸⁵ Prop. 91 L (2010-2011), s. 517.

⁸⁶ Se også Bente Ohnstad, «Prosessuell rettssikkerhet, internkontroll og kvalitetssikring i helse- og sosialtjenesten», *Kritisk Juss*, 2004 s. 172-190 (s. 177).

⁸⁷ Ot.prp.nr.13 (1998-1999) Om lov om helsepersonell m v (helsepersonelloven), s. 216.

sykehjemsplass fordi det vil gi en trygghet for at noen er tilstede dersom en utfordrende situasjon skulle oppstå. Retten til medvirkning tilsier at «Det skal legges stor vekt på» et slikt ønske jf. pbrl. § 3-1 andre ledd andre setning. Samtidig vil opplevelse av utrygghet hos pasienten, selv om hjemmesituasjonen objektivt sett er trygg, på selvstendig grunnlag trekke i retning av at tjenestetilbudet ikke er forsvarlig. Det viser at det er en glidende overgang mellom å vektlegge ønsket hos pasienten og å sikre et forsvarlig tilbud.

Medvirkningsretten kan videre forstås i lys av formålsbestemmelsen i pbrl. § 1-1 andre ledd «ivareta respekten for den enkelte pasients og brukers liv, integritet og menneskeverd». Lovformålet tar på mange måter avstand fra en paternalistisk tilnærming til individets helse- og omsorgsbehov. Medvirkningsretten er et konkret eksempel på dette, ved at ønsket til den enkelte tas på alvor. Pasienten eller brukeren sitt ønske har en selvstendig betydning utover at det gir nyttig informasjon i forhold til en vurdering av behov. En reell medvirkningsrett innebærer at ønsket til pasienten og brukeren har betydning også når kommunen er uenig med pasient og bruker. Det betyr ikke at vedkommende skal få sin vilje til slutt. Men i forarbeidene heter det at «Kommunen må anstrenge seg for å finne individuelt tilpassede løsninger».⁸⁸ Det tilsier at medvirkningsretten utgjør en vesentlig begrensning i kommunen sin frihet til å tilby andre forsvarlige tjenester.⁸⁹ Enkelte pasienter og brukere stiller imidlertid svært høye krav til helse- og omsorgstjenesten. For eksempel kan det tenkes at personer som mestrer livssituasjonen godt med noe hjemmesykepleie, likevel søker om opphold på sykehjem. I slike situasjoner gjør imidlertid ikke hensynene til å «ivareta respekten for ... liv, integritet og menneskeverd» jf. pbrl. § 1-1 andre ledd seg gjeldende med samme tyngde som ved mer realistiske ønsker.

Medvirkningsretten har førøvrig nær forbindelse med retten til informasjon. Det fremgår tydelig overfor brukere i pbrl. § 3-2 siste ledd at «Brukere skal ha den informasjon som er nødvendig for å få tilstrekkelig innsikt i tjenestetilbudet og for å kunne ivareta sine rettigheter». Brukeren må motta informasjon om hva som vil være fordeler og ulemper for vedkommende med opphold på sykehjem kontra fortsatte hjemmetjenester.

⁸⁸ Prop. 91 L (2010-2011), s. 517.

⁸⁹ Se førøvrig Prop. 91 L (2010-2011), s. 515, hvor medvirkningsretten trekkes inn som begrensning i kommunen sin frihet ved valg av tjenestetilbud.

6 Pasienter og brukere som ikke ønsker å flytte på sykehjem

Det mest praktiske er at pasienter og brukere som har søkt om sykehjemsplass også ønsker å takke ja til opphold på sykehjem. Et vedtak som slår fast at sykehjemsopphold er «det eneste tilbudet» som er «nødvendig og forsvarlig» jf. pbrl. § 2-1 e første ledd, kan imidlertid oppfattes i retning av en plikt til å takke ja, for å få et forsvarlig tilbud av kommunen. Rett til sykehjemsplass kan slik sette vedkommende i en sårbar situasjon dersom vedkommende har endret mening. Her vil det gis en kortfattet fremstilling av de rettslige utgangspunktene i en slik situasjon. Det avgrenses mot pasienter og brukere som ikke har samtykkekompetanse. Det nevnes bare kort at vilkårene for å gi hjelp ved tvang følger av pbrl. § 4 A-3. Når vilkårene er innfridd «kan [pasienten] blant annet legges inn ved helseinstitusjon og holdes tilbake der dersom det er nødvendig for å få gjennomført helsehjelpen» jf. § 4 A-4 andre ledd.

I pbrl. § 4-1 første ledd første setning fremgår utgangspunktet om at «Helsehjelp kan bare gis med pasientens samtykke». Det er klart at personer ikke har en plikt til å motta sykehjemsplass. Kommunen kan heller ikke stille vilkår om at pasienten eller brukeren som er omfattet av rettighetsbestemmelsen i § 2-1 e første ledd, flytter på sykehjem for å motta «rett til nødvendige helse- og omsorgstjenester» jf. pbrl. § 2-1 a andre ledd. Den ulovfestede vilkårs læren gjelder ved utøvelsen av forvaltningskjønn. I Rt. 2003 s. 764 ble det uttalt at

«Det fremgår ikke på samme måte i § 28-1 nr. 2 at det kan settes vilkår for vedtak om endring i reguleringsplan. Men det er alminnelig akseptert at en slik adgang følger av at endringsvedtaket innebærer utøvelse av et forvaltningsmessig skjønn» (avsnitt 61).

Rt. 1990 s. 874 (Fusa dommen) har vist at domstolene har kompetanse til å overprøve om en minstestandard er ivaretatt. (Om domstolsprøvingen se punkt 8). Det innebærer at vurderingen av hva som er «nødvendige helse- og omsorgstjenester» i pbrl. § 2-1 e første ledd jf. § 2-1 a andre ledd er et rettsanvendelsesskjønn. Dermed kommer ikke den ulovfestede vilkårs læren til anvendelse. Konsekvensen er at kommunen ikke kan stille vilkår om at pasient og bruker flytter på sykehjem, for å motta en forsvarlig minstestandard av helse- og omsorgstjenester. Personer som takker nei til sykehjemsplass og blir boende hjemme har dermed fremdeles rett på «nødvendige helse- og omsorgstjenester» etter pbrl. § 2-1 e første ledd. Det vil si en forsvarlig minstestandard. Innholdet i forsvarlighetskravet påvirkes

imidlertid av den konkrete situasjonen.⁹⁰ Helsepersonelloven illustrerer dette for helsepersonellet sitt vedkommende i § 4 første ledd da «Helsepersonell skal utføre sitt arbeid i samsvar med de krav til faglig forsvarlighet og omsorgsfull hjelp som kan forventes ut fra ... og situasjonen for øvrig». Tilsvarende relativitet kan ikke leses ut fra ordlyden i hol. § 4-1 første ledd. Forarbeidene viser imidlertid at fastleggingen av grensen mot det uforsvarlige beror på «de konkrete vurderingene av hvor store avvik fra god praksis som kan aksepteres før avviket medfører at tjenesten blir uforsvarlig».⁹¹ Uttalelsen viser at spørsmålet om den nedre grensen er fraveket beror på konkrete vurderinger i den enkelte sak. Hva som er forsvarlig må forstås i lys av valget om å motsette seg sykehjemsplass begrenser kommunen sine handlingsalternativer.⁹² Den som takker nei til sykehjemsplass må imidlertid ikke automatisk ta til takke med en lavere minstestandard enn de som takker ja til sykehjemsopphold. Som nevnt tidligere innebærer retten til medvirkning at kommunen må strekke seg langt til for å finne individuelt tilpassede løsninger.⁹³ Det kan også vises til en grunnleggende verdi i helse- og omsorgstjenesten nedfelt i hol. § 1-1 nr. 3 som er å «sikre at den enkelte får mulighet til å leve og bo selvstendig». En kan dermed argumentere for at døgnbaserte hjemmetjenester er en del av «nødvendig helsehjelp» i pbrl. § 2-1 a andre ledd.⁹⁴

⁹⁰ Se også Anne Kjersti Befring mfl., *Sentrale helserettslige emner*, Oslo 2016, s. 81 hvor kan trekkes frem ulike eksempler som relativiserer forsvarlighetsnormen.

⁹¹ Prop. 91 L (2010-2011), s. 264.

⁹² Tilsvarende fremgår av brev fra Helsedirektoratet til Pasient- og brukerombudet i Sogn og Fjordane datert 12.09.2017, s. 4. <https://www.helsedirektoratet.no/tema/helse-og-omsorgstjenesteloven>. Sist brukt 03.06.19.

⁹³ Prop 91 L (2010-2011), s. 517.

⁹⁴ Lignende i Olav Molven, *Helse og jus*, 7. utgave, Oslo 2012, s. 133.

7 Rett til sykehjemsopphold som «øyeblikkelig hjelp» etter pbrl. § 2-1 a første ledd

Spørsmålet som blir drøftet her er om retten til «øyeblikkelig hjelp» etter pbrl. § 2-1 a første ledd, kan innebære en rett til å motta den «øyeblikkelig[e] hjelp[en]» på sykehjem. Nytt fra lovendringen i 2011 (samhandlingsreformen) er at bestemmelsen også omfatter akutte omsorgsbehov.⁹⁵ Ordlyden i pbrl. § 2-1 a første ledd viser til hol. § 3-5. Rettigheten må da leses i lys av kommunen sin plikt etter hol. § 3-5. I forarbeidene heter det at pbrl. § 2-1 a a første ledd «speiler kommunens plikt til å yte øyeblikkelig hjelp etter helse- og omsorgstjenesteloven § 3-5».⁹⁶ I hol. § 3-5 første ledd første setning heter det at «Kommunen skal straks tilby eller yte helse- og omsorgstjenester til den enkelte når det må antas at den hjelp kommunen kan gi er påtrengende nødvendig».

Ordlyden i pbrl. § 2-1 a første ledd «øyeblikkelig hjelp» peker i retning av et akutt behov for hjelp. Ordlyden «påtrengende nødvendig» fra hol. § 3-5 første ledd tilsier at det må være helt nødvendig å prioritere og yte hjelpen her og nå. Forarbeidene gir i stor grad uttrykk for det samme. Det blir slått fast at «Øyeblikkelig hjelp benyttes som begrep for å skille mellom hjelpebehov som krever rask hjelp, fra helsehjelp som kan planlegges noen dager, uker eller måneder i forveien».⁹⁷ Vurderingen av behov for «øyeblikkelig hjelp» er i likhet med pbrl. § 2-1 e første ledd sterkt faglig. Forarbeidene angir at «Hva som regnes som øyeblikkelig hjelp må avgjøres ut fra forsvarlig medisinsk skjønn i hvert enkelt tilfelle».⁹⁸

I hol. § 3-5 tredje ledd er det slått fast at «Kommunen skal sørge for tilbud om døgnopphold for helse- og omsorgstjenester til pasienter og brukere med behov for øyeblikkelig hjelp». Da retten til «øyeblikkelig hjelp» etter pbrl. § 2-1 a første ledd speiler kommunen sin plikt til å tilby «øyeblikkelig hjelp»⁹⁹, innebærer det at plikten om å tilby døgnopphold motsvares med en rettighet for individet.

Plikten om å tilby døgnopphold kan sees i sammenheng med samhandlingsreformen, som innebærer at flere oppgaver skal utføres av kommunene. Plikten innebærer at

⁹⁵ Se Prop. 91 L (2010-2011), s. 349.

⁹⁶ Prop. 91 L (2010-2011), s. 514.

⁹⁷ Prop. 91 L (2010-2011), s. 206.

⁹⁸ Prop. 91 L (2010-2011), s. 205.

⁹⁹ Prop. 91 L (2010-2011), s. 514.

spesialisthelsetjenesten ikke blir belastet med pasienter som i realiteten ikke har et behov for spesialiserte helsetjenester.¹⁰⁰ Den kommunale plikten om å tilby døgnopphold er slik et utslag av prinsippet om lavest effektive omsorgsnivå.

Ordlyden i hol. § 3-5 tredje ledd «døgnopphold» gir kommunen frihet til å tilby hjelpen i ulike institusjoner. Når det er sagt, er det likevel en naturlig presisering av retten til «øyeblikkelig hjelp» at hvis sykehjemsopphold er det eneste tilbudet som utfra forsvarlighetskravet kan oppfylle rettigheten, vil pasienten eller brukeren ha et rettskrav på opphold. Lovgiver har ikke inntatt en slik presisering av pbrl. § 2-1 a første ledd tilsvarende presiseringen av § 2-1 a andre ledd i § 2-1 e første ledd. En slik presiserende tolkning må likevel antas å ha tilstrekkelig legitimitet da rettskravet oppstår som en konsekvens av at forsvarlighetskravet kun kan innfris på sykehjem.¹⁰¹ Å motta hjelp i «øyeblikkelig hjelp» situasjoner hører til kjernen av en minstestandard.¹⁰² Retten til «øyeblikkelig hjelp» kan videre betegnes som den mest grunnleggende rettigheten, i tillegg til retten til forsvarlig behandling.¹⁰³ Sammenhengen i regelverket tilsier da at retten til «øyeblikkelig hjelp» kan presiseres på samme måte som pbrl. § 2-1 a andre ledd er presisert i § 2-1 e første ledd.

Det er inntatt en begrensning i plikten om å tilby døgnopphold i hol. § 3-5 tredje ledd andre setning. Der er det slått fast at «Plikten gjelder kun for de pasienter og brukere som kommunen har mulighet til å utrede, behandle eller yte omsorg til». Ordlyden kan trekke i retning av at det gjøres unntak fra plikten når kommunen ikke har tilstrekkelig kompetanse eller utstyr til å dekke det øyeblikkelige behovet på en forsvarlig måte. Forbeholdet som er formulert i første ledd er enda tydeligere i så måte. Der fremgår det at «Kommunens ansvar for øyeblikkelig hjelp etter første punktum gjelder undersøkelse, behandling eller annen hjelp som det er forsvarlig at kommunen yter». Forsvarlighetskravet setter altså skranker for kommunen sin plikt. Videre må retten til øyeblikkelig hjelp fra kommunen tolkes i lys av at «pasienten har rett til øyeblikkelig helsehjelp» fra spesialisthelsetjenesten jf. pbrl. § 2-1 b første ledd. Basert på helheten i rettighetsbildet fremstår da forbeholdet i hol. § 3-5 tredje ledd som en avgrensning mot «øyeblikkelig helsehjelp» som kun kan imøtegås forsvarlig ved

¹⁰⁰ For øvrig se omtale av samhandlingsreformen og plikten om å tilby døgnopphold i Asbjørn Kjønstad, Aslak Syse, *Velferdsrett I*, 5. utgave, Oslo 2012, s. 180.

¹⁰¹ Se for øvrig Prop. 91 L (2010-2011) s. 515, som peker på forsvarlighetskravet som grunnlag for rett til sykehjemsplass før lovfestingen i § 2-1 e første ledd.

¹⁰² Se også Henriette Sinding Aasen i Bjørn Henning Østenstad, Caroline Adolphsen, Eva Naur, Henriette Sinding Aasen (red.), *Selvbestemmelse og tvang i helse- og omsorgstjenesten*, Bergen 2018, s. 127.

¹⁰³ Asbjørn Kjønstad, *Helserett*, 2. utgave, Oslo 2007, s. 155.

innleggelse i spesialisthelsetjenesten. Utpregete omsorgsbehov faller utenfor spesialisthelsetjenesten sitt ansvarsområde jf. pbrl. § 2-1 b første ledd som gir rett til øyeblikkelig «helsehjelp». Forbeholdet i hol. § 3-5 tredje ledd «mulighet til» vil derfor ikke ha betydning i møte med behov som i hovedsak innebærer at omsorg må gis. Kommunene må da, for å oppfylle forsvarlighetskravet, gi slike brukere øyeblikkelig hjelp, om nødvendig på sykehjem.

Forarbeidene presiserer at kommunen sin plikt om å tilby døgnopphold i all hovedsak retter seg mot «pasienter med kjente sykdommer som ved forverring av sin tilstand kan få en på forhånd kjent og avtalt behandling. Dette er ... pasienter som kommunen allerede i dag tar ansvar for i sykehjem, i andre korttidsinstitusjoner og på legevakt.»¹⁰⁴ For eksempel har sykehjem ofte tilstrekkelig kompetanse til å behandle lungebetennelse. Det trekker i retning av en plikt til å motta personer med akutt lungebetennelse på sykehjem, eller på annen heldøgnsinstitusjon, samt en korresponderende rett for individet. Særlig for personer som bor i kommuner hvor avstanden til sykehus er lang, er dette en betydningsfull rettighet som bidrar til gode pasientforløp.

Personer som mottar «øyeblikkelig hjelp» på sykehjem, vil gjerne ha behov for rehabiliteringsopphold i etterkant. Rettsgrunnlaget blir da pbrl. § 2-1 e første ledd. Kravet om at helse- og omsorgstjenestetilbudet skal være «helhetlig og koordinert» etter hol. § 4-1 første ledd bokstav a, tilsier at pasient og bruker ikke skal sendes ut av sykehjemmet så snart «øyeblikkelige hjelp» situasjonen er over, for å så få innvilget korttidsplass en uke senere for å bli rehabilitert.

Når det gjelder retten til «øyeblikkelig hjelp» etter pbrl. § 2-1 a første ledd sin betydning for øyeblikkelige omsorgsbehov fremheves det at «forslaget [vil] ... vil gjelde ved bistandsbehov som oppstår akutt, for eksempel ved pårørendes sykdom eller akutt endring av brukers behov».¹⁰⁵ Et eksempel kan være en person med behov for døgkontinuerlig tilsyn grunnet demens. Til vanlig er det forsvarlig at vedkommende bor hjemme med sin friske ektefelle. Dersom ektefellen brått blir innlagt på sykehus, vil kommunen måtte tilby et heldøgnsstilbud for demenspasienten som øyeblikkelig hjelp.¹⁰⁶ I praksis er døgntilbudene lagt opp for at

¹⁰⁴ Prop. 91 L (2010-2011), s. 213.

¹⁰⁵ Prop. 91 L (2010-2011), s. 514.

¹⁰⁶ Eksempelet har vesentlige likhetstrekk med eksempel i Asbjørn Kjønstad, Aslak Syse, Morten Kjelland, *Velferdsrett I*, 6. utgave, Oslo 2017 s. 184.

pasienter og brukere bare mottar hjelp der et par døgn. I eksempelet ovenfor er det ikke utenkelig at ektefellen med demens vil ha behov for døgnkontinuerlig hjelp over flere uker. Det er ikke et ideelt pasientforløp at brukeren først sendes på døgnopphold beregnet for et par døgn, og deretter mottar korttidsplass på sykehjem. Å motta hjelpen på sykehjem i første omgang, ville bidratt til et mer «koordinert» tilbud jf. hol. § 4-1 første ledd bokstav a. Det rettslig interessante er imidlertid forsvarlighetskravets nedre grense, som ikke stiller krav om ideelle pasientforløp.¹⁰⁷ Dessuten kan ordningen også forsvares utfra kravet til faglig forsvarlighet, ettersom akutte situasjoner krever særskilt kompetanse.

En dom avsagt av Oslo Tingrett¹⁰⁸ illustrerer et saksforhold som kan peke i retning av at en eldre kvinne hadde rett til «øyeblikkelig hjelp» i form av døgnopphold på sykehjem eller annen institusjon for heldøgns omsorg etter pbrl. § 2-1 a første ledd.¹⁰⁹ Kvinnen døde like utenfor blokken hvor hun hadde leilighet. Ifølge premissene i dommen «hadde [hun] kommet seg ut av blokka som hun bodde i, revet seg kraftig til blods på torner langs husveggen og deretter frosset i hjel».¹¹⁰ Kvinnen var diagnostisert med Alzheimers i alvorlig grad. Hun fikk hjemmesykepleie fem ganger i døgnet. Fem dager før dødsfallet ble det søkt om sykehjemsopphold i form av rullerende korttidsopphold. Hun var selv innstilt på å få sykehjemsplass. Sykehuset mente at kvinnen hadde behov for døgnkontinuerlig oppfølging. Det presiseres likevel ikke om dette behovet måtte imøtegås straks. To dager før dødsfallet var kvinnen ifølge journalen «akutt forvirret», og senere samme dag lå hun på gulvet med en vellet lampe over seg».¹¹¹ Saksforholdet peker sterkt i retning av at kvinnen hadde behov for akutt tettere oppfølging fra hjemmetjenesten. Det følger av domspremissene at kvinnen mottok hjemmebesøk tre ganger den påfølgende dagen. Hun fikk dermed liten grad av tilsyn gjennom døgnet. Hennes forvirrede tilstand kan trekke i retning av at det var påregnelig at hun kunne komme til å skade seg.¹¹² En kan dermed også argumentere for at det var «påtrengende nødvendig» å gi kvinnen døgnopphold på sykehjem eller annen institusjon «straks» jf. hol. § 3-5 første ledd jf. tredje ledd. Samtidig er det vanskelig å konkludere uten

¹⁰⁷ Til sammenligning se Asbjørn Kjønstad, *Helserett*, 2. utgave, Oslo 2007 s. 230 hvor det fremgår at «vanlig tilfredsstillende behandling og helsehjelp som ligger noe under middels, må også anses som forsvarlig».

¹⁰⁸ TOSLO-2014-164960.

¹⁰⁹ Dommen er kritisert av Henriette Sinding Aasen i Bjørn Henning Østenstad, Caroline Adolphsen, Eva Naur, Henriette Sinding Aasen (red.), *Selvbestemmelse og tvang i helse- og omsorgstjenesten*, Bergen 2018, s. 128.

¹¹⁰ Overskrift 1.

¹¹¹ Overskrift 4.

¹¹² Se også Henriette Sinding Aasen i Bjørn Henning Østenstad, Caroline Adolphsen, Eva Naur, Henriette Sinding Aasen (red.), *Selvbestemmelse og tvang i helse- og omsorgstjenesten*, Bergen 2018, s. 127. Her legges det til grunn at det var påregnelig med skade.

full kjennskap til saken. Etter at kvinnen ble funnet på gulvet med lampen veltet over seg, ble hun hjulpet i seng. Det fremstår på mange måter som en forsvarlig handling egnet til å berolige kvinnen. Sakkyndige vurderinger av sannsynligheten for skade, gitt hennes diagnose og forvirrede sinnstilstand, vil være viktige for å avgjøre spørsmålet om hun skulle vært sendt på døgnopphold umiddelbart.

8 Klage og domstolsprøving

Dersom pasient eller bruker mener at vedkommende har rett til opphold på sykehjem etter pbrl. § 2-1 e første ledd eller eventuelt hadde det i en akutt situasjon etter § 2-1 a første ledd, kan saken klages inn for fylkesmannen jf. pbrl. § 7-2 første ledd første setning. Videre i pbrl § 7-6 første ledd første setning fremgår det at «Forvaltningslovens regler om behandling av klager over enkeltvedtak gjelder så langt de passer, med de særlige bestemmelser som er gitt i dette kapitlet». Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven eller fvl.) § 34 kommer til anvendelse. Der er det slått fast at «klageinstansen [kan] prøve alle sider av saken» jf. andre ledd første setning.

Ved domstolsprøving må det vurderes om domstolene fullt ut kan overprøve saker om rett til sykehjemsplass. Avgjørende blir om subsumsjonen under pbrl. § 2-1 e første ledd og § 2-1 a første ledd er rettsanvendelsesskjønn eller om subsumsjonen er overlatt til forvaltningsskjønnet. Reglene om domstolsprøving av forvaltningsvedtak er utviklet i rettspraksis. Vurderingen av om det foreligger rettsanvendelsesskjønn eller forvaltningsskjønn tar utgangspunkt i en tolkning av den aktuelle lovbestemmelsen jf. Rt. 2007 s. 257 (avsnitt 40).

Vurderinger av juridisk og etisk karakter er i større grad egnet for domstolsprøving enn vurderinger som har en politisk og økonomisk karakter.¹¹³ Drøftelsene av vilkårene «det eneste tilbudet» og «nødvendige og forsvarlige» i pbrl. § 2-1 e første ledd og «øyeblikkelig hjelp» i § 2-1 a første ledd, viser at spørsmålet om en person har rett på sykehjemsplass er skjønnsmessig. Vurderingene er videre langt på vei et faglig spørsmål av hva som er forsvarlig. Den faglige kompetansen i forvaltningen, kan trekke i retning av at subsumsjonen ikke er gjenstand for domstolsprøving.¹¹⁴ Samtidig presiserer rettskildene vilkårene langt på vei. Verdighetsgarantiforskriften har for eksempel bidratt til rettsliggjøring av det faglige skjønnet. Videre kan ikke forvaltningen ta økonomiske hensyn ved fastsettelsen av

¹¹³ I denne retning Asbjørn Kjønstad, *Helserett*, 2. utgave, Oslo 2007, s. 213.

¹¹⁴ Asbjørn Kjønstad, *Helserett*, 2. utgave, Oslo 2007, s. 213 Kjønstad synes her å uttale seg om kommunehelsetjenesteloven § 2-1 og pasient og brukerrettighetsloven § 2-1.

minstestandarden. Dessuten vil sakkyndige vurderinger bidra i forhold til faglige.¹¹⁵
Forsvarlighetsvurderingen har videre en etisk dimensjon over seg.¹¹⁶

Forarbeidene til § 2-1 e første ledd angir som nevnt at «Det nærmere innhold i rettigheten vil ha nær sammenheng med innretningen av den enkelte kommunes tjenestetilbud».¹¹⁷ Det kan trekke i retning av at subsumsjonen krever særlig kjennskap til lokale forhold og dermed ikke er egnet til domstolsprøving. Når selve spørsmålet om rett til sykehjemsplass vurderes trenger domstolen imidlertid kun å kjenne til hvilke tjenester kommunen tilbyr og deretter vurdere om kun sykehjemsopphold oppfyller minstestandarden. En slik vurdering krever ikke særlig kjennskap til lokale forhold.

I Rt. 1990 s. 874 (Fusa dommen) la Høyesterett imidlertid til grunn at «Hvilke ytelser som skal gis, beror på et forvaltningsskjønn» (s. 888). Uttalelsen var ikke nødvendig for resultatet i saken og må derfor tillegges mindre vekt.¹¹⁸ Høyesterett kom til at det kunne overprøves om omfanget av ytelsene tilfredstilte en minstestandard. Det ble uttalt at «Når det gjelder omfanget av ytelsene, vil spørsmålet ved en domstolskontroll etter min mening være om det aktuelle forvaltningsvedtak tilfredsstiller et visst minstekrav som må forutsettes å gjelde for slike ytelser» (s. 888). Avgjørelsen av om rett til sykehjemsplass foreligger beror nettopp på en vurdering av om andre tjenester gir hjelp som tilfredsstiller minstestandarden eller minstestandarden kun kan sikres på sykehjem. Subsumsjonen under en slik vurdering faller derfor klart innenfor det som Høyesterett i Fusa dommen har fastslått at kan overprøves av domstolene. Samlet sett peker rettskildene i retning av at subsumsjonen er rettsanvendelsesskjønn.

Hva gjelder intensiteten i overprøvingen av faglige spørsmål er Rt. 2007 s. 1815 en sentral avgjørelse. Saken gjaldt gyldigheten av vedtak fra Trygderetten hvor et krav på uføretrygd ble avslått fordi søkeren ikke hadde vært gjennom attføring. Høyesterett la grunn at «Men sjølv om det er tale om rettsbruksskjønn ... er det tale om faglege spørsmål innanfor attføring og medisin. I alle fall når det gjeld eit spørsmål som dette og der temaet er slike faglege vurderingar, meiner eg det er rett av domstolane å vere varsame med å overprøve

¹¹⁵ Se også Asbjørn Kjønstad, *Helserett*, 2. utgave, Oslo 2007, s. 213. Han synes her å uttale seg om «nødvendig» i kommunehelsetjenesteloven § 2-1 (opphevet) og daværende pasient og brukerrettighetsloven § 2-1.

¹¹⁶ Prop. 91 L (2010-2011), s. 351.

¹¹⁷ Prop. 99 L (2015-2016), s. 20.

¹¹⁸ Asbjørn Kjønstad, *Helserett*, 2. utgave, Oslo 2007, s. 166.

Trygderetten» (avsnitt 39). Retten til sykehjemsplass er også uløselig knyttet til faglige vurderinger. Det tilsier at dommen har overføringsverdi. Dessuten la Høyesterett til grunn i Fusa dommen at domstolskontrollen av om minstekravet var innfridd «vil ligge nær opp til en domstolsprøving av forvaltningens frie skjønn. Jeg sikter i denne forbindelse særlig til domstolenes adgang til å prøve om forvaltningsskjønnet er åpenbart urimelig» (s. 888). Dermed viser også Fusa dommen at domstolskontrollen er tilbakeholden.

Hva gjelder muligheten for å avsi realitetsavgjørelse, har Høyesteretts kjæremålsutvalg i Rt. 2001 s. 995 kommet med viktige uttalelser. I kjennelsen, som også gjaldt trygderett, ble det slått fast at hovedregelen er at «domstolenes kontroll med forvaltningen er innskrenket til en legalitetskontroll. Dom på positivt vedtak krever særskilt hjemmel ...» (s. 1004). Det foreligger ikke særskilt hjemmel som gir domstolen kompetanse til å avsi realitetsavgjørelse om rett til sykehjemsplass. Det følger imidlertid også av kjennelsen at «Jeg vil ikke utelukke at domstolene bør ha adgang til å gi realitetsdom i særlige tilfeller, for eksempel der noe annet vil være unødig formalisme ...» (s. 1004). Videre fremgår det at «I vår sak finner jeg det klart at det ikke er adgang til å kreve realitetsavgjørelse. Det dreier seg ved uførepensjon nettopp om den type faglige skjønn under rettsanvendelsen der domstolene bør begrense seg til sin vanlige rolle» (s. 1004). Også her er faglig skjønn et fellestrekk mellom saksforholdet i dommen og spørsmålet om rett til sykehjemsplass. Det tilsier at domstolens vurdering har overføringsverdi. En må dermed falle tilbake på utgangspunktet om at domstolen kun kan avsi dom om gyldigheten av forvaltningsvedtak om rett til sykehjemsopphold.

9 Evaluering av rettighetens styrke

På bakgrunn av presentasjonen av gjeldende rett vil det vurderes hvor sterkt rettsvern retten til sykehjemsplass har. I juridisk teori er det vist til ulike momenter av betydning.¹¹⁹ Det ene er om loven oppstiller en rett og plikt relasjon. Dernest har det betydning om loven består av klare og konsise ord i motsetning til vage formuleringer. Videre har det betydning om forvaltningsorganet kan ta hensyn til egen økonomi når det avgjøres om en ytelse skal gis. Dette er et avgjørende moment for skillet mellom rettskrav og konkurranse om knappe ressurser. Videre har det betydning hvilke rettsikkerhetsgarantier som er tilknyttet rettigheten, særlig om forvaltningsloven sine saksbehandlingsregler gjelder. Klagemulighetene er av stor betydning. Videre må en skille mellom situasjoner hvor klageinstansen fullt ut kan overprøve vedtaket eller om bare enkelte deler kan prøves. Et siste moment er adgangen til domstolsprøving, samt graden av overprøving.¹²⁰

Retten til sykehjemsplass er underlagt en klar rett og plikt relasjon i pbrl. § 2-1 e første ledd jf. hol. § 3-2 a første ledd. Det samme gjelder retten til «øyeblikkelig hjelp» i pbrl. § 2-1 a første ledd jf. hol. § 3-5. Pasient og bruker har et klart rettskrav på en minstestandard, uten hensyn til kommuneøkonomi jf. Rt. 1990 s. 874 (Fusa dommen). Forvaltningsloven sine regler i kapittel IV og V gir ytterligere rettsikkerhetsgarantier for vedtak om sykehjemsplass «som forventes å vare lenger enn to uker» jf. pbrl. § 2-7 andre ledd. Videre er det klageadgang til Fylkesmannen som kan «prøve alle sider av saken» jf. fvl. § 34 jf. pbrl. 7-6 første ledd første setning. I punkt 8 er det konkludert med at domstolene kan overprøve subsumsjonen etter pbrl. § 2-1 e første ledd og pbrl. § 2-1 a første ledd. Dette er forhold som styrker rettsvernet.

Retten til sykehjemsplass er imidlertid underlagt skjønnsmessige og faglige vurderinger. Rettigheten krever også nærgående kjennskap til tjenestetilbudet i kommunen og muligheten for implementering av andre tjenester. Det innebærer at rettigheten får et ubestemt og lite konkret innhold. Sammenlignet med tidligere, har rettigheten imidlertid blitt styrket i den forstand at det nå fremgår tydelig av loven at det eksisterer en rett til sykehjemsopphold jf.

¹¹⁹ Asbjørn Kjønsstad, *Rett til helsehjelp og sosiale tjenester – særlig om hjemmesykepleie og hjemmehjelp*, Oslo 1990, s. 18.

¹²⁰ Samtlige momenter følger av Asbjørn Kjønsstad, *Rett til helsehjelp og sosiale tjenester – særlig om hjemmesykepleie og hjemmehjelp*, Oslo 1990, s. 18-19.

pbrl. § 2-1 e første ledd. Videre er retten til langtidsopphold på sykehjem operasjonalisert i de lokale forskriftene, som det må antas at bidrar til økt forutberegnelighet. I forarbeidene til de nye lovendringene ble det vist til at «åpenhet om både kriterier for tildeling og ventelister, [vil] legge et sterkere press på kommunene».¹²¹ En har dermed innført rettsikkerhetsgarantier som øker sannsynligheten at den som har rett også får rett. De som oppføres på ventelister har ikke rett på sykehjemsopphold etter pbrl. § 2-1 e første ledd. Kravet om ventelister bidrar likevel til at muligheten for å motta sykehjemsopphold øker, ved å legge press på kommunen.

Samlet sett fremstår likevel retten til sykehjemsplass som en svak rettighet. Det kan forklares med at skjønnsmessige og faglige vurderinger utgjør en bærebjelke i helseretten. Ved utforming av regler må det tas hensyn til en rettferdig fordeling av ressurser mellom ulike pasient og brukergrupper.¹²² Om det er realistisk eller ønskelig med mer presise vilkår er derfor ikke en selvfølge.

¹²¹ Prop. 99 L (2015-2016), s. 6.

¹²² Lignende uttalelser i prop. 99 L (2015-2016), s. 17.

10 Avslutning

Retten til sykehjemsplass er i realiteten en ivaretagelse av retten til en forsvarlig minstestandard. Spørsmålet om en person har rett til sykehjemsplass beror på en vurdering av om den forsvarlige minstestandarden bare kan imøtegås på sykehjem. Det som kjennetegner denne vurderingen er at *både* helse- og omsorgsbehovet til den enkelte og om det finnes andre forsvarlige tjenester i kommunen er sentrale og avgjørende momenter. Begrunnelsen for at tjenestetilbudet i kommunen inngår i rettighetsvurderingen, er utgangspunktet om at kommunen velger hvilken tjeneste pasient eller bruker mottar, så lenge den aktuelle tjenesten tilfredsstillende en forsvarlig minstestandard og kommunen har ivare tatt medvirkningsretten i pbrl. § 3-1 andre ledd andre setning. Dersom det foreligger rett på sykehjemsplass har pasient og bruker et absolutt rettskrav på å motta sykehjemsopphold jf. pbrl. § 2-1 e første ledd. Kommunen har da en motsvarende plikt jf. hol. § 3-2 a første ledd. Det faktum at rettigheten i pbrl. § 2-1 e første ledd er begrenset til tilfeller hvor sykehjemsplass er «det eneste tilbudet» som oppfyller kravet om en forsvarlig minstestandard viser at rettigheten er underlagt et strengt vilkår. Et mindre strengt vilkår ville imidlertid endret på utgangspunktet om at kommunen velger hvilken tjeneste som skal gis når flere tjenester er forsvarlige.

Den nye rettighetsbestemmelsen pbrl. i § 2-1 e første ledd tydeliggjør at det eksisterer en rett til sykehjemsopphold. Oppgaven viser at innholdet i rettigheten langt på vei kan presiseres ved å tolke bestemmelsen i lys av Fusa dommen, verdighetsgarantiforskriften, kvalitetsforskrift for pleie- og omsorgstjenestene og formålsbestemmelser. Rettskildematerialet utover lovteksten er imidlertid ikke lett tilgjengelig for personer som ønsker å undersøke om en selv har rett på sykehjemsopphold. I forbindelse med denne oppgaven er det ikke blitt gjort en studie av den store mengden lokale forskrifter om kriterier for langtidsopp hold. For å få frem helheten må det nevnes at dersom forskriftene fungerer etter sitt formål, bidrar de til økt forutberegnelighet. En mulig fremtidig fastsettelse av nasjonale kriterier for langtidsopp hold i tråd med hjemmelsbestemmelsen i hol. § 3-2 a tredje ledd, vil trolig gi ytterligere forutberegnelighet, da det må antas at slike vil være mer gjennomarbeidet. Likevel er retten til sykehjemsopp hold fremdeles en svak rettighet. Det må foretas faglige skjønnsmessige vurderinger. I tillegg kreves det nærgående kjennskap til tjenestetilbudet i den enkelte kommunen, for at det kan foreligge rett til opphold på sykehjem.

Retten til «øyeblikkelig hjelp» etter pbrl. § 2-1 a første ledd gir rett til opphold på sykehjem dersom det er den eneste tjenesten som er forsvarlig i den akutte situasjonen. Det er lite praktisk at sykehjems plass er det eneste forsvarlige tilbudet fremfor andre døgnopphold i kommunen. Dette til tross for at akutt hjelp på sykehjem i større grad sikrer et «koordinert» tilbud jf. hol. § 4-1 bokstav a første ledd, da korttidsopphold ofte er nødvendig etter akutte situasjoner. Det vesentlige er derimot at omsorgstrengende har rett på akutt heldøgns omsorg i kommunen. Det samme gjelder for akutte behov for helse som krever heldøgns tilbud, med den forutsetning at kommunen kan ivareta behovet forsvarlig.

Litteraturliste

- Befring, Anne Kjersti mfl., *Sentrale helserettslige emner*, (Oslo 2016)
- Befring, Anne Kjersti og Bente Ohnstad: *Helsepersonelloven – med kommentarer*, 2. utgave, (Bergen 2001)
- Eckhoff, Torstein, og Eivind Smith, *Forvaltningsrett*, 11. utgave, (Oslo 2018)
- Kjellehold, Alice, «Ny lov om kommunale helse- og omsorgstjenester – verdivalg og rettslig regulering», *Tidsskrift for Erstatningsrett, forsikringsrett og velferdsrett*, 2012 s. 15-43
- Kjønstad, Asbjørn, Aslak Syse, Morten Kjelland, *Velferdsrett I*, 6. utgave (Oslo 2017)
- Kjønstad, Asbjørn, Aslak Syse, *Velferdsrett I*, 5. utgave, (Oslo 2012)
- Kjønstad, Asbjørn, *Helserett*, 2. utgave, (Oslo 2007)
- Kjønstad, Asbjørn, *Rett til helsehjelp og sosiale tjenester – særlig om hjemmesykepleie og hjemmehjelp*, (Oslo 1990)
- Molven, Olav, *Helse og jus*, 7. utgave (2012)
- Ohnstad, Bente, «Prosessuell rettssikkerhet, internkontroll og kvalitetssikring i helse- og sosialtjenesten», *Kritisk Juss*, 2004 s. 172-190
- Syse, Aslak, *Pasient og brukerrettighetsloven med kommentarer*, 4. Utgave (Oslo 2015)
- Ssenyonjo, Manisuli (red.), *ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS* (Farnham 2011)
- Østenstad, Bjørn Henning, Caroline Adolphsen, Eva Naur, Henriette Sinding Aasen (red.), *Selvbestemmelse og tvang i helse- og omsorgstjenesten*, (Bergen 2018)

Forarbeider

- Ot.prp nr. 12 (1998-1999) Lov om pasientrettigheter (pasientrettighetsloven)
- Ot.prp. nr. 10 (1998-1999) Om lov om spesialisthelsetjenesten m.m

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

Prop. 99 L (2015-2016) Endringer i pasient- og brukerrettighetsloven og helse- og omsorgstjenesteloven (rett til opphold i sykehjem eller tilsvarende bolig særskilt tilrettelagt for heldøgns tjenester – kriterier og ventelister)

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

NOU

NOU 2018:16 Det viktigste først. Prinsipper for prioritering i den kommunale helse- og omsorgstjenesten og for offentlig finansierte tannhelsetjenester

Høyesterettsavgjørelser

Rt. 2007 s. 257

Rt. 2007 s. 1815

Rt. 2003 s. 764

Rt. 2001 s. 995 (Høyesteretts kjæremålsutvalg)

Rt. 1990 s. 874 (Fusa dommen)

Tingrettdom

TOSLO-2014-164960 (Oslo tingrett).

General Comments

General Comment No. 3 *The nature of States parties' obligations* (art. 2, para. 1 of the Covenant) (1990)

General Comment No. 14 *The right to the highest attainable standard of health* (2000)

Kilder fra internett

<https://www.helsedirektoratet.no/tema/helse-og-omsorgstjenesteloven>

<https://www.jus.uio.no/smr/om/aktuelt/arrangementer/2015/mr-sykehjem.pdf>

https://www.regjeringen.no/contentassets/af2a24858c8340edaf78a77e2f9cb7/omsorg_2020.pdf

<https://www.fhi.no/nyheter/2018/de-fleste-dor-pa-sykehjem/>

<http://statistikkbank.fhi.no/dar/>