

Mastergradsoppgåve, 30 stp

Gravide kvinner utan lovleg opphald og gjennomføring av kravet om primærhelsetilbod og økonomisk tilgang til helsetenester i norsk rett.

Kandidatnr: 150775

Leveringsfrist: 1. juni 2012

Antal Ord: 11 081 Veileidar: Søren Willum Wiig

Bergen, 1.juni 2012

INNHALDSFORTEGNING

1. Innleiing	4
1.1 Problemstilling	
1.2 Aktualitet	
1.3 Definisjonar	
2. Rettskjelder og metode	6
2.1 Nasjonale rettskjelder	
2.2 Internasjonale rettskjelder	
2.3 Menneskerettane i norsk rett	
2.4 Menneskerettskomiteane i norsk rett	
3. Kravet om tilgang til helsetenester etter ØSK, BK & KDK	13
3.1 Innleiing	
3.2 Staten si plikt til gjennomføring av kravet om retten til helse etter konvensjonen	
3.3 Retten til den «høyest oppnåelige helsestandard»	
3.4 Tilgjenglighetskravet	
3.4.1 Økonomisk tilgang	
3.4.2 Lik tilgang	
3.4.3 Fysisk tilgang	
4. Retten til tilgang til helsetenester for gravide kvinner utan lovleg opphald i Noreg etter intern norsk rett	20
4.1 Innleiing	
4.2 Kva ligg i retten til helsetenester etter norsk lov	
4.3 Oversikt over retten til «øyeblikkelig» og «nødvendig» helsehjelp	
4.4 Retten til lik tilgang til helsetenester	
4.4.1 Retten til lik tilgang til «øyeblikkelig» og «nødvendig» helsehjelp samanhaldt med ØSK, BK og KDK.	
4.5 Retten til dekking av helseutgifter	

4.5.1 Retten til dekking av helseutgifter samanhaldt med ØSK, BK og KDK

4.6 Retten til ei primær helseteneste

4.6.1 Retten til ei primær helseteneste samanhaldt med ØSK, BK og KDK

5. AVSLUTNING

32

5.1 Oppsummering og konklusjon

Gravide kvinner utan lovleg opphald og gjennomføring av kravet om eit primærhelsetilbod og økonomisk tilgang til helsetenester i norsk rett.

Kapittel 1: INNLEIING

1.1 Problemstilling:

I denne oppgåva vil eg ha ein gjennomgang av gjeldande norsk rett opp mot kravet til å sikre gravide kvinner utan lovleg opphald i Noreg tilgang til helsetenester slik det fylgjer av menneskerettane.

Å ha tilgang til helsetenester står sentralt i menneskerettane. Menneskerettane er universelle standardar ein har uavhengig av statsborgarskap, og uavhengig av juridisk status. Men det er den enkelte stat som er forplikta og har ansvar for å gjennomføre desse rettane internt. Samtidig har staten behov for å regulere innvandring til landet. Å avskjere velferdsytingar i den samanheng er eit sanksjonsmiddel som lovgjevar må kunne velje å ta i bruk.¹

Det er særlege problemstillingar ved kravet om helsehjelp og svangerskapsomsorg for gravide kvinner utan lovleg opphald, knytt til den situasjonen desse kvinnene er i. Generelt har dei dårlegare helse, dårlegare økonomi og dårlegare generell og sosial status enn andre gravide.² Kravet om at helsetenester må vere fysisk og økonomisk tilgjengeleg for den enkelte er dermed særleg aktuelt. Denne oppgåva vil særleg fokusere på kva rett gravide kvinner utan lovleg opphald har til dekking av helseutgifter og tilgang til eit primærhelsetilbod.

Det vil vere ein gjennomgang og analyse av intern norsk rett på området haldt opp mot dei konvensjonsforpliktingar som fylgjer av menneskerettsinstrumenta.

¹ Jf. t.d Søvig, 2009 s. 113

² Sjå t.d Machado m. fl, 2009, s.8 her: [http://www.migrant-health-europe.org/files/Maternal%20and%20Child%20Care_Background%20Paper\(1\).pdf](http://www.migrant-health-europe.org/files/Maternal%20and%20Child%20Care_Background%20Paper(1).pdf) (31.05.12)

1.2 Aktualitet

Frå 1. januar 2012 vart ny føresegn for rett til helse- og omsorgstenester for personar utan lovleg opphald i riket satt ikraft.³ Denne erstatta den tidlegare prioriteringsføresegna, der dei siste endringane mellom anna hadde som eit føremål å klargjere rettsstilstanden for tilgang til helsetenester for personar utan lovleg opphald i Noreg.

Hovudregelen er at personar utan lovleg opphald i Noreg berre har tilgang på akutt helsehjelp som ikkje kan vente. Den nye føresegna gir unntak for mellom anna gravide kvinner, som også skal ha tilgang på «nødvendig helsehjelp før og etter fødsel», og «svangerskapsavbrudd etter bestemmelsene i abortloven».⁴ Det reiser seg likevel visse spørsmål knytt til om tilgangen til helsetenestene er faktisk gjennomført etter krav frå menneskerettane. Særleg gjeld dette den økonomiske og faktiske tilgangen for desse kvinnene.

Ein kan forutsette at personar utan loveleg opphald er ei gruppe som har fleire somatiske og psykiske lidningar enn befolkninga elles. Legeforeninga har uttalt at:

*«Det antas også at gruppen som helhet har større forekomst av smittsomme sykdommer som tuberkulose og HIV, og at disse ofte er underdiagnostiserte. Generelt dårlig helse blant papirløse innvandrere vedlikeholdes og forsterkes av språkbarrierer, lite kunnskap om og bruk av helsetjenestene og frykten for å bli oppdaget av immigrasjonsmyndighetene.»*⁵

Samtidig opplyser ulovlege innvandrarar at frykta for å bli angitt til myndigheita, manglande kjennskap til helsevesenet og dårleg økonomi gjer til at dei sjeldan oppsøker helsevesenet når dei har behov for helsehjelp. Gravide kvinner utan lovleg opphald er ei sårbar gruppe som utifrå situasjonen dei er i har eit særskild behov for helsetenester.

1.3 Definisjonar og avgrensing

Helsehjelp er «handlingar som har forebyggende, diagnostisk, behandlende, helsebevarende, rehabiliterende eller pleie- og omsorgsformål og som er utført av helsepersonell».⁶ Dette omfattar både psykisk og fysisk helsehjelp.

³ Føresegn om rett til helse- og omsorgstjenester til personer uten fast opphold i riket 16.12.2011 nr 1255

⁴ Jf føresegna

⁵ Jf Vedtak av sentralstyre i Legeforeninga, 17.06.2008, Papirløse innvandrere (3/2008), Nødvendige helsetjenester - også til papirløse innvandrere, Sjå t.d <http://legeforeningen.no/Emner/Andre-emner/Publikasjoner/policynotater/policynotater-2008/papirlose-innvandrere-32008/> (31.05.2012)

⁶ Sjå t.d definisjon av helsetenester i lov 1999-07-02 nr 63: Lov om pasient- og brukerrettigheter (pasient- og brukerrettighetsloven) – pasrl. §1-3 c)

Gjennomføringskravet er kravet til realiseringa av menneskerettane i norsk rett. Sjå nærare i punkt 3.2.

Med personar **utan lovleg opphald** i Noreg meinast:

- Personar som har kome til landet med løyve, men som ikkje reiste ut når opphaldsløyve gjekk ut.
- Immigrantar som har mista opphaldsløyve, fordi det har gått ut eller på anna grunnlag.
- Flyktningar som har løyve til korttidsopphald som mister løyve, men som framleis er i landet.
- Personar med endeleg avslag på asylsøknad som framleis oppheld seg i landet
- Personar som har kome til landet utan løyve og utan å søke asyl.
- Personar som har kome til landet på falsk grunnlag.

Den største gruppa er personar som ikkje har reist til utreiseferien etter avslått asylsøknad.⁷

Når eg brukar uttrykket **intern norsk rett eller lov** talar eg om norske rettsreglar uavhengig av dei inkorporerte konvensjonane i menneskerettsloven.

Oppgåva er avgrensa mot retten til helse for personar som søker asyl, og personar som har spesielle rettar som følgje av avslått asyl fram til dei reiser.

KAPITTEL 2: RETTSKJELDAR & METODE

I dette kapitlet vil eg presentere dei relevante rettskjeldene som drøftinga vidare bygger på. Det overordna målet med drøftinga er å komme frem til kva som er gravide kvinner utan lovleg opphald sin rett til tilgang til helsetenester etter intern norsk rett, og om dette samsvarer med dei krav på tilgang gravide kvinner utan lovleg opphald har etter menneskerettskonvensjonane.

2.1 Tolking av nasjonale kjelder

Ved tolking av *lover, føresegner, førearbeid og rettspraksis* nyttar eg tradisjonell juridisk metode. Der dette gjer lite vegleining, eller der det er tvil om tolkingresultatet vil eg sjå på *juridisk teori og rundskriv*.

⁷ Jf. Zhang, Li-Chun, SSB, (2008). Developing methods for determining the number of unauthorized foreigners in Norway. <http://www.udi.no/upload/FOUrapport%20SSB%20FAFO.pdf> (31.05. 2012). Statistisk sentralbyrå anslår også antalet personar i Noreg utan lovleg opphald, til å vere om lag 18 000.

I teorien er det ei viss usemje om rundskriv og andre administrative utsegn frå det offentlege har vekt som rettskjelde ved uavklarte eller tvilsame rettsspørsmål. Men Nygaard meiner at det kan syne kva som er ei god lovtolking på eit gitt område,⁸ og Kjønstad og Syse meiner at dersom rundskriv gjer uttrykk for ein fast og langvarig praksis frå klageorgan eller ei kodifisering av forvaltningspraksis, kan det tillegast ei viss rettskjeldevekt.⁹

Argumentet til Nygaard er at slike vegleingar vil ta utgangspunkt i dei rettskjeldene som føreligg, og dermed vere i samsvar med gjeldande rett. I praksis ser ein at forvaltninga i stor grad innrettar seg etter rundskriv og utsegn frå overordna organ, og at det bidrar til at praksisen blir lik og enklare å sjå føre seg. Når det gjeld den rettskjeldemessige vekta rundskriv og andre administrative utsegn bør ha, må det likestillast med anna «rettsdogmatisk lovtolking».¹⁰ Det vil seie som om dei same utsegnene vart gitt av ein juridisk forfattar på same grunnlag og med den same kvalitet på argumentasjonen.

Etterarbeid som stortingsmeldingar og andre politiske styringssignal kan gje føringar på utvidande eller presiserande tolking dersom dette vil vere til gunst for velferdsrettarane.¹¹

Dersom eg skal gje rundskriv og utsegn vekt som rettskjelde legg eg til grunn at det er med eit krav til at desse er i tråd med og rimelege i førehald til gjeldande lov.

2.2 Tolking av Internasjonale kjelder

For å finne kva rett til tilgang til helsetenester gravide kvinner utan lovleg opphald har etter menneskerettsinstrumenta, nyttar eg alminnelege folkerettslege tolkingssprinsipp.¹²

Ordlyden tolka med ei objektiv og naturleg forståing i den samanheng den er nytta, er utgangspunktet for konvensjonstolking.¹³ Samtidig må konvensjonen sin *gjenstand* og sitt

⁸ Jf Nygaard, 2004, s. 211

⁹ Jf Kjønstad og Syse, 2005 s. 94.

¹⁰Jf. Nygaard, 2004. s. 205

¹¹ Jf. Kjønstad og Syse, 2005. s. 86-87

¹² Menneskerettskonvensjonane blir tolka etter Wien-konvensjonen om traktatrett av 23.mai 1969, heretter kalt WK, art 31-33, og ICJ-statuttane art. 38. ICJ vart oppretta på same tid som FN-pakta av 26.juni 1945 kap.14, og har som føremål å vere "the principal judicial organ of the United Nation", jf FN-pakta art.92 og ICJ-statuttane art.36. WK er ikkje ratifisert av Noreg, men tolkningsbestemmingane er å ansjå som bindende etter folkerettsleg sedvane. Det er antatt at WK og ICJ-statuttane gjer eit alminneleg uttrykk for kva som er folkerettens rettskjelder, og at dei er ei kodifisering av folkerettsleg sedvane og rettskjeldemetode.

¹³ Menneskerettskonvensjonane blir tolka etter Wien-konvensjonen om traktatrett av 23.mai 1969, heretter kalt WK, art 31-33, og ICJ-statuttane art. 38. ICJ vart oppretta på same tid som FN-pakta av 26.juni 1945 kap.14, og har som føremål å vere "the principal judicial organ of the United Nation", jf FN-pakta art.92 og ICJ-statuttane art.36. WK er ikkje ratifisert av Noreg, men tolkningsbestemmingane er å ansjå som bindende etter

føremål leggest til grunn for tolkinga.¹⁴ Konvensjonen sin standard er i utgangspunktet autonom og uavhengig av nasjonale ordlydstolkingar.

FN-konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettar (ØSK),¹⁵ Kvinnekonvensjonen (KDK),¹⁶ og Barnekonvensjonen (BK),¹⁷ er gjort til norsk rett gjennom menneskerettighetsloven av 21. mai 1999.¹⁸

Ingen av konvensjonane har spesifikke bestemmingar som gjeld tilgangen til helsetenester for gravide kvinner utan lovleg opphald. Problemstillinga vil difor drøftast utifrå enkeltbestemmingane om retten til helsetenester og dei alminnelege bestemmingane som gjeld diskriminering i ØSK og BK art 2.

ØSK artikkel 12 (1), gjer rett for «*enhver til den høyest oppnåelige helsestandard både fysisk og psykisk*». Vidare følgjer det av **artikkel 10 (2)** i same konvensjon at «*særskilt vern bør ytes mødre i en rimelig tid før og etter fødsel*»

Etter **Barnekonvensjonen artikkel art 6 (2)** skal «*partene skal så langt det er mulig sikre at barnet overlever og vokser opp*», og etter **art. 24 d)** «*sikre egnet helseomsorg for mødre før og etter fødselen*»

Ved Kvinnekonvensjonen artikkel 12 (2) skal statane «*sørge for at kvinner får et hensiktsmessig, og om nødvendig gratis, tjenestetilbud i forbindelse med svangerskap, fødsel og barsel, samt tilfredsstillende ernæring under svangerskap og amming.*»

Ordlyden i ØSK art 12 og art 12.2 a), Kvinnekonvensjonen art 12 (2) og Barnekonvensjonen art 6.2 og art 24 er noko vag, og seier ikkje mykje om kva som er det nærare innhaldet i retten til helsetenester. Ein må gå til FN's komitepraksis for argumentasjonskjelder ut over ordlyden.

Desse kjeldene er oftast ikkje direkte juridisk bindande for statane, men har gjennom tolkingsspraksis blitt nytta som autoritære og ofte avgjerande kjelder både på nasjonalt og internasjonalt plan.

folkerettsleg sedvane. Det er antatt at WK og ICJ-statuttane gjer eit alminneleg uttrykk for kva som er folkerettens rettskjelder, og at dei er ei kodifisering av folkerettsleg sedvane og rettskjeldemetode.

¹⁴ Jf. WK art. 31

¹⁵ FN's konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter av 16. desember 1966

¹⁶ FN's konvensjon om eliminering av alle former for diskriminering av kvinner av 18. desember 1979

¹⁷ FN's konvensjon om barnets rettigheter med protokoller. Vedtatt og åpna for underteikning, ratifikasjon og tiltrøding 20 november 1989. Trådte i kraft 1999.

¹⁸ Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven). Av 21. Mai. Nr 30. 1999

Det er i praksis særleg ved FN sine tilsynskomitear, at innhaldet i retten til helse har blitt klargjort.¹⁹ Praksis legg til grunn at menneskerettane er dynamiske og levande instrument som tilpassar seg sosial og økonomisk utvikling, slik at det vil føreligge ei stadig rettsutvikling.²⁰

Viktigast for den dynamiske utviklinga av dei gitte konvensjonane er praksis i FN's komité for økonomiske, sosiale og kulturelle rettar, heretter **ØSK-komiteen**,²¹ praksis i FN's komité for borns rettar, heretter **Barnekomiteen**,²² og praksis i FN's komité for å avskaffe diskriminering hjå kvinner, heretter **KDK-komiteen**.²³ Komitepraksis kjem i hovudsak i to formar:

«**Concluding observations**», som er avsluttande observasjonar i høve kvar enkelt nasjon sin tilstandsrapport, og «**General Comments**» som er generelle synspunkt og tolkingar av einskilde bestemmingar i konvensjonane.

Praksis frå FN's tilsynskomitear er ikkje praksis som ICJ-statuttane eller WK spesifiserer som folkerettskjelde i utgangspunktet. Men både nasjonal og internasjonal praksis og litteratur gir komitepraksis rettskjeldevekt.²⁴ Ein må kunne legge til grunn at FN-komiteane nyttar ein framgangsmåte som er innanfor konvensjonane sin gjenstand og sitt føremål, slik at tolkingresultatet uansett er i samråd med det som fylgjer av WK. Kva gjennomslagskraft og vekt komitepraksis har ved tolking av menneskerettane i norsk rett blir drøfta i avsnitt 2.4.

Av mest aktuell komitepraksis er **ØSK-komiteens General Comment no. 14** om "Retten til den høyeste oppnåelige helsestandard" (heretter ØSK GC no. 14),²⁵ som utdypar innhaldet i «retten til den høyest oppnåelige helsestandard både fysisk og psykisk» etter ØSK art 12, og som gjer vegleing til statane om korleis ein best kan oppfylle desse forpliktingane. Også **Barnekomiteens General Comment no. 4** (heretter BK GC no. 4) om "Unge menneskers helse og utvikling sett i relasjon til konvensjonen om barnets rettigheter",²⁶ og **KDK-komiteens GC no. 24** (heretter KDK GC no 24:1999) om lik rett til helse er relevante. Andre generelle kommentarar og avsluttande observasjonar vil kunne trekkast inn der det er aktuelt.

¹⁹ Sjå t.d Eide, 2006. s 275

²⁰ Det folkerettslege utgangspunktet for ordlydstolking av traktatar er at ein skal legge til grunn oppfatninga på tidspunktet for opphav. Dette på grunn av omsynet til partane sin suverenitet. Når menneskerettskonvensjonane likevel blir tolka dynamisk, er det fordi desse ikkje berre regulerer førehaldet mellom statar, men også førehaldet mellom statar og enkeltindivid.

²¹ Jf. ØSK artikkel 16-22

²² Jf BK artikkel 43-45

²³ Jf. KDK artikkel 17-22

²⁴ Sjå t.d Eide og Barth Eide, 2006 s.2 om at praksis i Barnekomiteen har «great weight as authoritative statements and are therefore of central importance for the interpretation of the provision of the CRC».

²⁵ Jf. UN doc E/C.12.2000/4

²⁶ Jf. UN doc CRC/GC/2003/4

2.3 Menneskerettane i norsk rett

I dette avsnittet vil eg klargjere kva stilling dei aktuelle menneskerettskonvensjonane og FN sine tilsynskomitear har internt i norsk rett,²⁷ og konsekvensane dersom interne norske lovreglar om tilgang til helsetenester for gravide kvinner utan lovleg opphald ikkje er i samsvar med menneskerettsinstrumenta.

ØSK, Barnekonvensjonen og Kvinnekonvensjonen er saman med EMK og SP inkorporert i norsk lov, jf. menneskerettsloven § 2.²⁸ Desse konvensjonane fungerer såleis som norsk lov.

Det fylgjar av menneskerettsloven § 3 at:

«Bestemmelser i de inkorporerte konvensjoner og protokoller som nevnt i § 2 skal ved motstrid gå foran bestemmelser i annen lovgivning».

Ein intern norsk lovtekst som strid mot menneskerettskonvensjonane vil difor måtte vike.²⁹ Men sidan ordlyden i dei aktuelle konvensjonstekstane er så generelle og så vagt utforma i seg sjølv, vil ein vanskeleg kunne finne at dei er i direkte motstrid til norsk intern rett.

Eg tek utgangspunkt i at intern norsk rett som generelt gjer pasienten tilgang til forsvarleg helsehjelp, ikkje er i motstrid til ordlyden i konvensjonsteksten. Det er implementeringa av kravet om tilgang til helsetenester for gravide kvinner utan lovleg opphald utifrå det som fylger av menneskerettsinstrumenta medrekna FN sine tilsynskomitear og andre organ, som problematiserast.

2.4 Menneskerettskomiteane i norsk rett

Kva rettskjeldemessige vekt og gjennomslagskraft FNkomiteane sine utsegner skal ha i tolkinga av konvensjonane i førehald til norsk rett, vil vidare bli klargjort.

Etter mrl. §3 er det berre *«bestemmelsene i konvensjoner og protokoller»* som er innlemma i menneskerettsloven som er gjeldande i norsk rett. Om ein ser ordlyden saman med

²⁷ Menneskerettskonvensjonane er folkerettslege avtalar. Noreg har eit dualistisk rettssystem, og dermed er folkeretten og intern norsk rett to skilde system. For at borgerane skal ha rettar og pliktar etter folkeretten må traktatane vere gjennomført i norsk rett.

²⁸ Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven). Av 21. Mai. Nr 30. 1999

²⁹ Jf. Rt 2005 s 833, der Høgsterett kom til at uskyldspresumsjonen i EMK art. 6 nr. 2 var i strid med ordlyden i straffeloven § 195 tredje ledd om at villfaring om barnets alder ikkje fritar for straff for seksuell omgang med born under 14 år. Ein måtte difor tolke inn ein reservasjon lik den ein finn i strl. § 196, tredje ledd.

folkeretten, er det berre konvensjonsteksten i seg sjølv som kan vere bindande for staten, sjå også om dette under pkt. 2.3.

Spørsmålet er om kva rettskjeldevekt komiteane sine generelle og avsluttande kommentarar får etter norske tolkingsprinsipp.

Førearbeida for menneskerettsloven drøftar kva praksis konvensjonsorgana skulle ha. I NOU 1993:18 utarbeida i anledning lovforslaget om menneskerettsloven, seier ein om tilsynskomiteane og deira praksis:

*«Som det fremgår, lar det seg ikke gjøre å slå fast noen allmenngyldig setning om den folkerettslige plikt til å følge konvensjonsorganenes tolkning av en konvensjon. Det står imidlertid fast at organenes avgjørelser eller uttalelser normalt vil være rettskildefaktorer av betydelig vekt ved tolkningen av konvensjonene, også når tolkningen foretas av nasjonale myndigheter», jf. s. 89.*³⁰

Ved førearbeida til endring av Barnelova,³¹ er det også sagt at Barnekomiteen sine generelle kommentarar må ha *«relativt stor vekt»* når ein tolkar Barnekonvensjonen.³²

Det er ikkje rettspraksis i Noreg som omhandlar retten til helse etter ØSK art 12, og ein har ikkje domstolsuttalingar om ØSK-komiteens generelle kommentar nr. 14:2000 (”Retten til den høyeste oppnåelige helsestandard”) skal tillegkast vekt. Men ein har uttalingar om tilsynskomiteane i annan rettspraksis.

Dette ser ein til dømes i KRL-dommen,³³ som var avsagt før inkorporering av BK i menneskerettsloven. Her viser Høgsterett til generell kommentar, periodiske rapportar frå Noreg til BK-komiteen og til klager frå enkeltpersonar når dei fastlegg norsk rett.

I Rt 2008 s 1764 uttalar Høgsterett at dei med bakgrunn i:

«forarbeidende til menneskerettsloven, finner det klart at en konvensjonstolkning foretatt av FNs menneskerettskomité må ha betydelig vekt som rettskilde», jf avsnitt 81.

³⁰ Sjå også uttalingar frå Justis- og politidepartementet i Ot.prp 3 (98-99) s 69-70 og frå Justiskomiteen i Innst.O. 92 (02-03) om tilsvarande vektlegging.

³¹ LOV 1981-04-08 nr 07: Lov om barn og foreldre (barnelova).

³² Jf. Ot.prp nr. 104 (08-09) s. 26

³³ Jf. Rt.2001 s 1006A, s 1021 der saka gjaldt om KRL-faget med begrensa rett til fritak, var i strid med Norges folkerettslige forpliktelsar. Retten ga generelle merknader til førehaldet mellom norsk rett og folkeretten.

Spørsmålet er om dei andre FN-komiteane skal ha tilsvarande vekt som FN's menneskerettskomité som rettskjelde.

Førearbeida til menneskerettslova må seiest å vere vage om dette spørsmålet. Men i førearbeida frå inkorporeringa av KDK i menneskerettslova, står det

*«I vurderinga av kor stor vekt som skal leggjast på fråsegnene i ei konkret sak, må ein sjå på kva samanheng fråsegna er gitt i, kor klar ho er, og om ho er retta mot Noreg eller mot eit anna land, eller om det er ei generell fråsegn.»*³⁴

I teorien har til dømes Søvig uttalt skepsis mot å «operere med prinsipielt forskjellige terskler for de ulike inkorporerte instrumentene». Søvig meiner at det er nyansar i vurderingstema, og påpeika også at rettsanvendaren «bør fokusere på det samlede materiale som fremkommer av komiteens praksis» heller enn å feste seg einseitig til kommentarar eller avsluttande merknadar.³⁵ Om lag same standpunkt la Høgsterett til grunn i Rt. 2009 s 1261.³⁶

Fråsegna «må anses å gi uttrykk for overvåkingsorganenes forståelse av partenes forpliktelse etter konvensjonen. Særlig må man vurdere om uttalelsen må ses som en tolkningsuttalelse, eller meir som en tilråding om optimal praksis på konvensjonens område. Dernest må man vurdere om uttalelsen passer på det aktuelle faktum og rettsområde. Dette siste er av særlig betydning ved generelle uttalelser som ikke er knyttet til enkeltsaker eller landreporter, og som derfor ikkje har vært gjenstand for dialog mellom komiteen og den berørte staten.», jf. avsnitt 44.

Der ein finn at konvensjonen og komitepraksis saman gjer ein rett som kan få forrang over inter rett etter msrl. §3, må ein ha vurdert kor klar og eintydig komitepraksis er, og kor oppmerksom lovgjevar har vert på førehaldet til konvensjonen. Om ein finn at intern norsk rett er uklar, men konvensjonspraksis tydeleg og klar, kan ein derimot tolke inn konvensjonsretten i norsk intern rett utan motstrid.

Det blir lagt til grunn at dette har overføringsverdi til rettskjeldeverdien for norsk rett av fråsegn frå alle av FN-komiteane, slik at alle uttalingane har tilsvarande vekt som rettskjelde.

2.4 Mor eller det ufødde born som innehavar av retten?

³⁴ Jf. Ot.prp 93 (2008-2009) s. 32-33

³⁵ Søvig 2009, s. 39-40

³⁶ Ashouk- dommen gjaldt vedtak frå Utlendingsnemnda om å ikkje gjere om eit utvisningsvedtak for ein einsleg, mindreårig asylsøkar. Saksøkar sin påstand var at BK-komiteen sine fråsegner måtte betraktast som tolkingsverktøy på lik linje med avgjersler frå EMD og fråsegn frå FN's menneskerettskomité. Staten anførte at Barnekomiteen sine generelle fråsegn berre var vegleidande og sette føremål for god praksis.

Det kan problematiseras kven som kan vere rettssubjektet når det gjeld helsehjelp til gravide kvinner.

Tradisjonelt har rettighetane til det ufødde barnet vert eit omdiskutert tema der ein ikkje har kome til semje ved internasjonal traktatfesting. Fosteret i seg sjølv har ikkje fått eit spesifikt eige vern etter verken ØSK, BK eller KDK.

Spørsmålet om kven som kan vere rettssubjekt kan vanskeleg behandlast kort nok for denne oppgåva, og eg vel difor ikkje å gå nærare inn på dette temaet her. Eg forutset derimot at dei eventuelle rettane eit foster måtte ha, er sikra gjennom rettane til den gravide kvinna, slik at ein ikkje treng gå nærare inn på om retten formelt gjeld mor eller det ufødde born.

Kapittel 3: Kravet om tilgang til helsetenester for gravide kvinner utan lovleg opphald etter ØSK, BK og KDK.

3.1 Innleiing

I dette kapittelet vil eg drøfte korleis kravet til «nødvendig helsehjelp» skal forståast i førehald til gravide kvinner utan lovleg opphald i Noreg, og i førehald til at situasjonen denne gruppa er i, med generelt dårlegare helsetilstand og dårlegare sosiale og økonomiske ressursar enn andre gravide, sjå innleiinga under punkt 1.2.

For å finne det nærare innhald i retten til «lik tilgang» til helsetenester vil det vere nødvendig å drøfte menneskerettane og tilhøyrande komitepraksis.

Kva som ligg i kravet om tilgjengeleg helsetenester og retten til helse vil bli utreda etter ØSK art 12 og art 10 (2), BK art 6 (2) og art. 24 d), og KDK art 12 (2) slik desse er blitt tolka av FN sine tilsynskomitear. Dette vil bli gjort med fokus på gravide kvinner utan lovleg opphald sin rett på helsetenester. Vidare vil det bli utreda nærare kva som er statens plikt til gjennomføring for å sikre retten til helse.

Det vil kunne vere andre artklar i ØSK, BK og KDK som er relevante for gravide kvinner utan lovleg opphald, men eg avgrensar oppgåva til å drøfte retten til helse etter dei bestemmingane som allereie er nevnt.

3.2 Staten si plikt til gjennomføring av kravet om retten til helse etter konvensjonen

Noreg har ratifisert menneskerettskonvensjonane, og har forplikta seg til å realisere dei rettane som fylgjer av ØSK, BK og KDK så langt det er mogleg utifrå dei ressursar ein råder over.³⁷

Målet om at ein skal oppnå fullstendig realisering finn ein berre i ØSK, men dette må vere ei naturleg målsetting også for økonomiske og sosiale rettar etter BK og KDK. Det er berre om det oppstår spesifikke situasjonar ein kan sjå for seg at det er mogleg å ta tilbakesteg i progresjonen mot full realisering av rettane, og då berre på vilkår.³⁸

ØSK-komiteen har poengtert kjerneforpliktingar ved retten til helse som alltid skal vere oppfylt. Dette er mellom anna ei plikt til at minoritetsgrupper eller spesielt sårbare grupper skal sikrast tilgangen til helsetenester.³⁹

Fordi ein tar omsyn til dei ressursar kvar stat har rådighet over, kan ein anta at statar i den vestlege verda har fleire kjerneforpliktingar enn ØSK-komiteen har spesifisert, og at privilegerte statar då også til ei kvar tid må sikre rettar til alle for meir enn berre tilgang til grunnleggande helsetenester.⁴⁰ Ein må også gå ut ifrå at plikten til å sette i gang tiltak for å sikre retten til «essential primary health care» for særleg sårbare og marginaliserte grupper må skje med ein gong.⁴¹

Nasjonane har sjølve rett til å bestemme kva som er egna verkemiddel for å realisere konvensjonsforpliktingane, men FN-komiteane sine anbefalingar til den spesifikke nasjon vil evaluere tiltak som er gjennomført. Lovgjeving eit verkemiddel som er spesifisert både i ØSK artikkel 2(2), BK artikkel 4 og KDK art 2 a .

Når det gjeld den formelle retten til helsehjelp er lovfesting særleg aktuelt for gjennomføring av tilgangskravet. Men tilgang til helsehjelp for ressursvake grupper og minoritetar, som gravide kvinner utan lovleg opphald, vil også andre rettslige verkemiddlar vere aktuelle for å sikre faktisk tilgang. Noreg som er eit høgt utvikla land med mange ressursar, må ha ei plikt

³⁷ Jf. ØSK artikkel 2(1) , BK artikkel 2 og Barnekomiteens generelle kommentar nr. 5 (CRC/GC/2003/5)

³⁸ Jf. Generell kommentar nr. 3, HRI/GEN/1/Rev.7, 1990, ”The nature of states parties obligations”, avsnitt 9.

³⁹Jf. Generell kommentar nr. 14, E/C.12/2000/4, avsnitt 12 b).

⁴⁰Jf. bla. ØSKs generelle kommentar nr. 3, HRI/GEN/1/Rev.7, 1990, avsnitt 2 med henvisning til ØSK artikkel 2(2) om å ”take steps” i retning full realisering.

⁴¹Jf. Generell kommentar nr. 14, E/C.12/2000/4, avsnitt 43 bokstav a).

til omgåande å realisere ein meir omfattande tilgang til helsetenester enn berre heilt grunnleggande helsetenester som til dømes akutt hjelp.

ØSK-komiteen har framheva at staten må:

”...fulfill (provide) a specific right contained in the Covenant when individuals or a group are unable, for reasons beyond their control, to realize that right themselves”⁴²

Ressurssterke nasjonar, som Noreg, har ein meir omfattande plikt til å realisere den høgste moglege helsestandarden for ressurssvare grupper. Dette må vere særleg aktuelt for gravide kvinner utan lovleg opphald. ØSK-komiteen har vist til døme at dersom staten ikkje gjer tilstrekkelege økonomiske midlar disponibelt, slik at enkeltgrupper ikkje har moglegheit til å få tilgang til helsetenester, er dette eit brot på plikta mot full realisering.⁴³

Etter ØSK art 12 vil å *respektere* retten til helse bety at det føreligg eit krav mot staten om at alle borgarar skal ha lik tilgang på helsetenester, og ei plikt for staten til å beskytte borgarane mot aktivitetar som kan vere til skade for helsa. I plikta til å *beskytte* ligg at staten skal verne om helserettane ved lovgiving og andre tiltak, slik at alle skal ha tilgang på dei same helsetenestene. For å *realisere* helserettane må staten mellom anna sørge for fagleg kompetent og tilstrekkelege helsetenester. Dette kravet fører til at retten til «høyest oppnåelig helse» kan bli krenka dersom det er forskjell på tilbodet til enkelte grupper slik at det ikkje foreligg lik tilgang til helsetenestene for alle.

3.3 Retten til den «høyest oppnåelige helsestandard» for gravide kvinner utan lovleg opphald.

Utgangspunktet er at staten skal anerkjenne at ein har krav på den høgaste oppnåelige helsestandard for kvar enkelt individ. Etter ØSK artikkel 12 (1) gjeld denne retten til «høyest oppnåelige helsestandard» for «enhver» i både «fysisk og psykisk henseende». I artikkel 10 (1) i same konvensjon er det oppstilt eit krav om at «særskilt vern bør ytes mødre i en rimelig tid før og etter fødsel». Etter Maastricht-traktaten om staten sin plikt til å respektere, beskytte og oppfylle konvensjonsrettane, vil det inneberer «elements of obligation of conduct and

⁴²Jf. E/C.12/2000/4 avsnitt 37.

⁴³Jf. Eide m.fl., 2001 s. 181, som visar til for eksempel Barnekomiteens praksis.

obligation of result». ⁴⁴ Det føreligg plikter til både å setje i verk tiltak og krav til at ein oppnår resultater etter konvensjonens føremål.

Ordlyden tilseier at det er potensialet til kvar enkelt person som skal leggest til grunn for kva som er oppnåeleg.

Rett til kva enkelt å oppnå «høyest oppnåelig helsestandard» er ikkje ein rett for alle til å vere friske og ha god helse. Kva helse ein har er avhengig av til dømes genetikk, ulukker og egne helsemessige val, og ligg utanfor statleg kontroll. Men statane er forplikta til å sørge for at kvart individ skal ha moglegheit til å ivareta den helsa ein har på best mogleg måte, for å kunne sikre høgst oppnåelig helsestandard for kvar enkelt. Av dette følger også at medlemslanda må ha eit velfungerande helsetilbod i stort nok omfang og med ein akseptabel fagleg standard. Omgrepet «retten til helse» inneheld ei rekke samansatte rettar som utleiiast av praksis.

ØSK art 2 (2) forpliktar statane å oppfylle konvensjonen:

«[...] uten forskjellsbehandling av noe slag på grunn av rase, hudfarge, kjønn, språk, religion, politisk eller annen oppfatning, nasjonal eller sosial opprinnelse, eigeidom, fødsel eller status forøvrig.»

Gravide kvinner utan lovleg opphald vil kunne omfattast av ordlyden i «status forøvrig».

Dersom denne gruppa får dårlegare oppfølging og behandling enn andre gravide, vil «retten for enhver» til høgste oppnåelige helsestandard ikkje vere oppfylt, og difor i strid mot diskrimineringsforbodet etter ØSK art 2 (2)

I ØSK GC nr 14 blir det oppstilt krav til at helsetilbodet staten yter skal:

- *finnast i stort nok omfang innafor staten, («available»),*
- *vere tilgjengeleg for alle, («accessible»),*
- *vere medisinsk og kulturelt akseptabelt, («adequate»), og*

⁴⁴ Maastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights, January 22-26, 1997.

- *vere av tilstrekkeleg kvalitet («acceptable quality»).*⁴⁵

Dette er forkorta til AAAQ-krava. Krava overlappar kvarandre, og gjer forutsetningane for at staten skal kunne tilby den høgste oppnålege helsestandarden til den enkelte. Nærare presisering er avhengig av kva nivå av utvikling og ressursar den enkelte stat rådar over.

For å sikre gravide kvinner utan lovleg opphald retten til «høyeste oppnåelig helsestandard» og kravet om «nødvendig helsehjelp» er det spesielt kravet om «tilgjenglighet» etter GC nr 14 som er avgjerande.

For den vidare drøftinga om gravide kvinner utan lovleg opphald sin tilgang til helsetenester i Noreg vil eg fokusere på kva som ligg i kravet om at helsetilbodet skal vere tilgjengeleg.

3.4 Kravet til tilgjenge

Kravet om at helsetenestene må vere tilgjengeleg er blitt vidare inndelt i fire overlappende krav av ØSK-komiteen. Dette er krava om **økonomisk tilgang**, “economic accessibility”, **fysisk tilgjenge**, «physical accessibility”, **ikkje-diskriminering**, «non-discrimination», og **informasjonstilgang**, “information accessibility”.⁴⁶ For spørsmålet om gravide kvinner utan lovleg opphald sin tilgang til helsetenester er alle dei fire krava aktuelle, sjølv om fokuset i denne drøftinga ligg på økonomisk og fysisk tilgang.

KDK art 12 (2) gjer bestemminga om at statane skal sørgje for:

«at kvinner får et hensiktsmessig, og om nødvendig gratis, tjenestetilbud i forbindelse med svangerskap, fødsel og barsel, samt tilfredsstillende ernæring under svangerskap og amming.»

Manglande tilgang til helsetenester for gravide og fødande rammer kvinner i kraft av sitt kjønn, og er difor ei sterk diskriminering av kvinner.⁴⁷

⁴⁵ Jf Generell kommentar nr. 14, E/C.12/2000/4 avsnitt 12.

⁴⁶ Jf same som merknad 45, avsnitt 12 bokstav b)

⁴⁷ Jf. Kvale og Aasen, s. 294 med henvisning til KDK art 1 om omgrepet diskriminering, og ØSK art 3 om menn og kvinner sine like rettar til den høgste oppnåelige helsestandard..

3.4.1 Økonomisk tilgang

I kravet om **økonomisk tilgang** ligg det helsetenester må vere tilgjengeleg for alle til ein kostnad som kan berast. Alle skal ha råd til å nyttiggjere seg av helsetenestene.

Dette må innebere økonomisk tilgang som er rettferdig fordelt, slik at ressursvake grupper med få økonomiske midlar har tilgang på lik linje med andre. At nokon ikkje har moglegheit til å betale skal ikkje føre til at ein mistar retten til å kunne få helsehjelp. Ulik rett til dekking av helseutgifter for ulike grupper, kan vere ei forskjellsbehandling i strid med diskrimineringsforbodet i ØSK art 2 (2).

I KDK-komiteens GC no 24 til konvensjonen sin art. 12 (2) blir det presisert at

“The Committee notes that it is the duty of States parties to ensure women's right to safe motherhood and emergency obstetric services and they should allocate to these services the maximum extent of available resources.”

Vidare gir komiteen ei generell anbefaling om at statane må ha eit oversyn over både private og offentlege helseinstitusjonar, og *“ensure equal access and quality of care”* etter menneskerettane for alle, *jf. 31 d)*

3.4.2 Lik Tilgang

Kravet om **ikkje-diskriminering** fordrar at tilgangen til helsetenester er nett lik for alle som det og følgjer av diskrimineringsforbodet i ØSK art 2.2 og likedan etter BK art 2 (1).

Dei som er mest sårbare og marginaliserte i samfunnet må særleg få tilgang til helsetenester utan usakleg forskjellsbehandling, og ØSK-komiteen har spesifisert at forpliktingane etter konvensjonen inneber eit forbod mot å nekte eller avgrense i helsetilbodet for personar utan lovleg opphald.⁴⁸ Også Europarådets parlamentarikerforsamling har avgitt ein resolusjon om

⁴⁸ Jf. Generell kommentar nr 14 (E/C.12/2000/4) avsnitt 34.

migrantar utan lovleg opphald, og har lagt til grunn at slike særleg utsatte grupper skal sikrast spesielt. ⁴⁹

Ei kvar forskjellsbehandling som hindrar eller set skrankar for lik tilgang til eller utøvinga av retten til helse synest å stride mot konvensjonen. ⁵⁰

Spørsmålet er om dette gjeld skal gjelde ubegrensa og for alle i ein kvar samanheng, også for personar utan lovleg opphald.

Det er på det reine at komiteen ikkje skiller eller poengterer om det er helsetenester frå allmenn- eller spesialisthelsetenesta det er tale om. Søvig er blant dei som peiker på dette. ⁵¹ Ein kan uansett slå fast at om det ikkje skal gjelde ubegrensa, har alle rett på meir enn berre akutt helsehjelp. ⁵² Om ein ser diskrimineringsforbodet i samanheng med kravet til at helsetenester skal vere tilgjenge for alle, må det vere ei plikt til å fordele tilgjengelege ressursar bort imot likt.

KDK komiteen anbefalar at statane:

“will ensure universal access for all women to a full range of high-quality and affordable health care.” ⁵³

Og slår også fast at for å hindre diskriminering basert på sosial status:

“special attention should be given to the health needs and rights of women belonging to vulnerable and disadvantaged groups, such as migrant women, refugee and internally displaced women, the girl child and older women, women in prostitution, indigenous women and women with physical or mental disabilities.” ⁵⁴

3.4.3 Fysisk tilgang

At alle skal ha **fysisk tilgang** til helsetenester, inneberer at staten har tilrettelagt helsetenestene tilstrekkeleg, slik at alle har faktisk tilgang til helsetenester innan trygg

⁴⁹ Europrådets resolusjon 1509 (2006). Sjå t.d <http://assembly.coe.int/main.asp?Link=/documents/adoptedtext/ta06/eres1509.htm> (31.05.2012)

⁵⁰ Eide, 2006, s 282.

⁵¹ Søvig, 2009 s 129.

⁵² Jf Eide m.fl, 2001, s 189

⁵³ KDKs generelle kommentar nr 24, avsnitt 29.

⁵⁴ KDKs generelle kommentar nr 24, avsnitt 6.

rekkevidde. Særleg gjeld dette ressursvake og marginaliserte grupper, som etniske minoritetar, urfolk, kvinner, funksjonshemma, barn og ungdom, psykisk sjuke og asylsøkarar, jf ØSK GC nr 14 art. Gravide kvinner utan lovleg opphald vil difor ha krav på eit særleg vern av retten til fysisk tilgang, slik at dei er sikra eit slik tilbod jf BK art. 24 d) og KDK-komiteens GC nr 24 avsnitt 29 og avsnitt 6.

Kravet om informasjonstilgang tilseier at alle har rett på å kunne skaffe og få helseinformasjonen på alle aktuelle områder. Det må også inkludere informasjon som gjer at ein kan nytte seg av dei helsetilbod som eksisterer. Dersom ein ikkje veit kva eller kvar helsetenester er tilgjengelege, kan ein heller ikkje nytte seg av desse, og den faktiske tilgangen til helsetenestene vil kunne diskuteras.

KAPITTEL 4: RETTEN TIL HELSE I INTERN NORSK RETT

4.1 Innleiing

I dette kapitlet vil eg ta for meg retten til helsetenester for gravide kvinner utan lovleg opphald etter intern norsk rett, og vidare drøfte om norsk regelverk er i samsvar med konvensjonsforpliktingane etter BK, ØSK og KDK som drøfta over i del 3.4.

Problemstillinga vidare er korleis gravide kvinner utan lovleg opphald er sikra tilgang til helsetenester i intern norsk lov.

For å drøfte dette tar eg utgangspunkt i det sentrale regelverket for helserett med ein generell gjennomgang av retten til helsehjelp, retten til lik tilgang til helsetenester, retten til dekking av helseutgifter og retten til ei primærhelseteneste. Dette for å finne om gravide kvinner utan lovleg opphald har rettar etter dei konkrete bestemmingane. Hovudfokuset på drøftinga er kva rett gravide kvinner utan lovleg opphald har etter konkrete lovbestemmingane, og andre vilkår som loven oppstiller blir difor i utgangspunktet ikkje drøfta. Målet med gjennomgangen er å undersøke norsk intern rett er i samsvar med rettane etter dei relevante menneskerettsbestemmingane, sjå kapittel 3. Der menneskerettskonvensjonane synes å gje vidare rettar enn norsk intern rett, blir problemstillinga om ein kan tolke den norske lovbestemminga etter konvensjonen sine krav, eller om ein må konstatere motstrid og forrang etter mrl. §3, jf §2.

4.2 Kva ligg i retten til helsehjelp etter intern norsk lov

I Noreg har kommunen ansvaret for allmennhelsetenesta, som regulerast av helse- og omsorgstjenesteloven.⁵⁵ Sjukehusa og spesialisthelsetenesta ligg under staten, og regulerast av spesialisthelsetjenesteloven (heretter sphsl).⁵⁶

Spørsmålet er kva som ligg i retten til helsehjelp etter intern norsk lov.

Bestemmingane for om den enkelte har rett på helsehjelp kan delast inn etter kva medisinsk behov ein har. Dette er rett til **augeblikkeleg helsehjelp** og rett til **nødvendig helsehjelp**. Retten til helsehjelp har ein frå både **kommunehelseteneste og spesialisthelseteneste**.

Den enkelte sin rett på helsehjelp fylgjer i hovudsak av pasient- og brukarrettighetsloven (heretter pasrl).⁵⁷ ⁵⁸ Om ein oppfyller vilkåra for rett til helsehjelp og ikkje får det, kan ein krevje helsehjelp ved dom.⁵⁹

4.3 Oversikten over retten til augeblikkeleg og nødvendig helsehjelp

Retten til **augeblikkeleg hjelp** i pasrl. som er aktuell her, er knytt til status som «pasient». ⁶⁰ Pasientstatusen har alle som «oppholder seg i riket», og som ber om om helsehjelp.⁶¹ Ei ordlydstolking gjer alle på territoriet til Noreg rett på augeblikkeleg hjelp. Det som omfattast av retten er akutte medisinske tilstandar, med fare for liv og helse.⁶² Ein fødsel kjem også inn under kva som er augeblikkeleg hjelp. Retten til å kunne krevje augeblikkeleg hjelp gjeld alle gravide som oppheld seg i Noreg, også dei som oppheld seg her utan lovleg opphald.

Retten til å få **nødvendig helsehjelp frå kommunen** har «*personer som oppholder seg i kommunen [...]*»⁶³ Av ordlyden er bestemminga territorial. Ein vil ha rett på nødvendig helsehjelp i den kommunen ein er i.⁶⁴ Førearbeida med bemerkingar til enkeltbestemmingane

⁵⁵ Lov om kommunale helse- og omsorgstjenester m.m. av 24.juni 2011 nr 30.

⁵⁶ Lov om spesialisthelsetjenester av 2. juli 1999 nr 61

⁵⁷ Lov om pasient- og brukarrettigheter av 2.juli 1999 nr 63.

⁵⁸ Supplerast også av plikt til å yte helsehjelp etter helse- og omsorgstjenesteloven, sphsl. og lov om helsepersonell m.v. 2.juli 1999.

⁵⁹ Jf. Ot prp nr 66 (81-82) s 30 og Fusa-dommen (Rt 1990 s 874 (s.888))

⁶⁰ Jf §2-1 a), jf helse- og omsorgstjenesteloven §3-5, og §2-1b), jf sphtl. §3-1.

⁶¹ Jf pasient- og brukarrettighetsloven § 1-3 a)

⁶² Jf «påtrengende» nødvendig etter sphtl. §3-1 og helsepersonelloven § 7.

⁶³ Jf helse- og omsorgstjenesteloven §3-1

⁶⁴ Retten til kva som er «nødvendig helsehjelp» kjem fram av helse- og omsorgstjenesteloven §3-2, og «skal» mellom anna gjelde helseteneste i skular og ved helsestasjon, svangerskaps- og barselomsorg, fastlegeordninga, legevakt, akuttberedskap, fysioterapi, sjukepleie, jordmønstenester, sjukeheimar, instutisjonsplassar, personlege assistentar og medisinsk nødmønstenester.

i lova presiserer at dette er meint å vere ei vidareføring av den gamle kommunehelsetjenestelova §1-1 fyrste ledd, og at det, med forbehold om helsetenesten som skal ytast, ikkje er eit krav til lengde på eller ein bestemt grunn for opphaldet.⁶⁵

Justisdepartementet har uttalt i førearbeid til inkorporering av BK, at det etter den gamle kommunehelsetjenesteloven §2-1 ikkje var adgang til diskriminering på bakgrunn av «norsk statsborgerskap eller ikke» eller om ein har «lovlig opphold her i landet» eller ei. Det er heller ikkje adgang «til å frata noen retten til nødvendig helsehjelp på noe annet diskriminerende grunnlag.»⁶⁶

Personar utan lovleg opphald er ei gruppe menneske som i langt større grad enn andre har helseproblem. Desse kan vere samansette, og av både fysisk og psykisk art, jf. innleiinga i punkt 1.1 Gravide i denne gruppa vil kunne ha helseproblem som kan trenge spesialistbehandling utover det allmennhelsetenesta i kommunane kan hjelpe med, som andre gravide.

Retten til å få «**nødvendig helsehjelp**» frå **spesialisthelsetenesta** gjeld utover det som er augeblikkeleg hjelp. Retten er som ved augeblikkeleg hjelp knytt til den som er «pasient» og som oppheld seg i Noreg, jf pasrl. § 2-1 b. Førearbeida har ikkje krav om lovleg opphald. Det er imidlertid gitt reguleringsheimel til at ein kan unnta personar frå retten til helse- og omsorgstenester ved føreskrift etter lova sitt kapittel 2.

Forskrift om rett til helse- og omsorgstjenester til personer uten fast opphold i riket § 1 har med visse unntak gjort rettane i psrl. kapittel 2 utanom augeblikkeleg hjelp som ikkje kan vente, betinga til fast opphaldstad og medlemskap i folketrygda eller avtale om rett til helsehjelp.⁶⁷

Eit av unntaka gjeld «nødvendig helsehjelp før og etter fødsel» som alle gravide som oppheld seg i Noreg har rett på uavhengig av status på opphaldet.⁶⁸

⁶⁵ Jf. Prop.91 L (2010-2011) kap 47 om merknad til kap 3, som med visse endringar er i samsvar med førearbeid til den gamle khtjl: Innst. O. nr. 7 (82-83) s. 11

⁶⁶ Jf Ot.prp 45 (02-03) s. 58

⁶⁷ Føresegn om rett til helse- og omsorgstjenester til personer uten fast opphold i riket 16.12.2011 nr 1255

⁶⁸ Jf. Føresegn om rett til helse- og omsorgstjenester til personer uten fast opphold i riket §5 b)

Ein kan difor fastslå at gravide kvinner utan lovleg opphald har lovfesta rett på «nødvendig helsehjelp» inkludert svangerskapsomsorg. Dette inneberer augeblikkeleg og nødvendig hjelp frå både kommune- og spesialisthelsetenesta.

4.4 Retten til lik tilgang til helsetenester

For å sikre alle nødvendig helsehjelp må helsetenester vere tilgjengeleg og av tilstrekkeleg god standard. Pasient- og brukerrettighetsloven §1-1 gjer formålet om «å sikre befolkningen lik tilgang på helsehjelp av god kvalitet». Etter førearbeida sin merknad til §1-1 utdjupast dette føremålet til:

*«å bidra til fordelingsrettferdighet, både ved å gi rettigheter og ved at disse sikres prosessuelt, ivareta pasientens møte med helsevesenet mht tillit og respekt for liv, integritet og menneskeverd. Med lik tilgang menes at befolkningen skal sikres helsehjelp uavhengig av alder, kjønn og bosted, samt økonomisk, kulturell og språklig bakgrunn og sosial status.»*⁶⁹

Opphaldsstatus er ikkje eit døme som er spesifikt nemnt, men prinsippet om fordelingsrettferd som kjem fram er generelt, noko som kan tale for at ein ikkje kan diskriminere tilgang til helsetenester på grunnlag av opphaldsstatus. Samtidig er det «befolkningen» som skal sikrast lik tilgang – noko som gjer argumentet om at dei utan lovleg opphald ikkje er omfatta av diskrimineringsforbodet vekt.

Når gravide kvinner utan lovleg opphald likevel er gitt særskilte rettar til helsetenester saman med born i føreskrifta om rett til helse- og omsorgstjenester, må ein kunne legge til grunn at dette er ei spesielt sårbar gruppe, som har fått ei særskild stilling, og som skal likestillast med «befolkningen» når det gjeld tilgangen til helsetenester.

Vidare vil eg drøfte tilgangskravet for gravide kvinner utan lovleg opphald særleg i førehald til at denne gruppa er i ein situasjon som inneber at dei har dårlegare sosial og økonomisk status enn andre. Det som må vurderast er om og korleis gravide utan lovleg opphald er sikra «lik tilgang» til nødvendig helsehjelp.

⁶⁹ Ot.prp nr. 12 (1998-1999) s. 125.

4.4.1 Retten til «øyeblikkelig» og «nødvendig» helsehjelp og lik tilgang til helsetenester samanhaldt med ØSK, BK og KDK

Etter menneskerettane har gravide kvinner utan lovleg opphald mest sannsynleg rett på lik tilgang til helsetenester som andre gravide, sjå ovanfor punkt 3.4.2. Med føresegna om personar utan lovleg opphald i riket er så også denne gruppa gitt ein rett til akutt og nødvendig helsehjelp før og etter fødsel på lik linje med andre gravide i befolkninga.

Gravide kvinner utan lovleg opphald skal etter dette ha rett på nødvendig helsehjelp frå både spesialisthelsetenesta og kommunen. Den vidare drøftinga vil imidlertid vise at den interne lovgjevinga ikkje er like eintydig på alle områder.

For gjennomføring av kravet til helsetenester og svangerskapsomsorg må gravide kvinner ha også ha ein faktisk tilgang til «nødvendig» helsehjelp. For kva som er innhaldet i «lik tilgang» gjer ØSK med komitepraksis vegleing, og stillar opp overlappende krav til fysisk tilgang, økonomisk tilgang, informasjonstilgang, og tilgjenge for alle.

4.5 Rett til dekking av helseutgifter

Utgangspunktet i den norske velferdsstaten er at helsetenester er gratis, men i visse tilfelle med eigenandel. Alle med lovleg opphald i Noreg som er medlem av folketrygda, har eit personnummer. Ved å vise til dette ved behandling får helseføretaka og helsepersonell dekkja sine utgifter når dei yter helsehjelp. For gravide kvinner med lovleg opphald og eit personnummer er alle helsetenester gratis utan eigenandel.⁷⁰ Behandlingsutgiftene for spesialisthelsetjenester skal dekkast av helseføretaket i regionen der ein bur.

Spørsmålet er i kva grad gravide kvinner utan lovleg opphald har rett til å få dekkja helseutgifter.

Personar utan lovleg opphald i Noreg er som hovudregel ikkje medlem av folketrygda. Medlemskap er knytt til om ein er «bosatt» i Noreg, og lovteksten set opp krav om «lovlig opphold», jf. folketrygdloven §2-1, tredje ledd. Utan medlemskap i folketrygda har ein som hovudregel ikkje rett på dekking av utgifter til verken akutt eller nødvendig helsehjelp.

⁷⁰ Sjå t.d Forskrift om stønad til dekning av utgifter til undersøkelse og behandling hos lege 23.06.11 nr. 675, og Forskrift om stønad til dekning av utgifter til jordmorhjelp § 1, 27.06.11, nr 688

Økonomisk sosialstønad til å dekke utgifter til helsetenestr er ikkje aktuelt for personar utan lovleg opphald.

Kven som helst kan få tilgang til helsetenester om dei betalar for det. Men personar utan lovleg opphald vil typisk har ei avgrensa betalingsevne som følgje av den situasjonen dei er i.

Personar utan lovleg opphald kan i utgangspunktet ikkje arbeide lovleg, og generelt er det klart at desse difor vil vere i ein vanskeleg økonomisk situasjon.

For både nødvendig og augeblikkeleg hjelp seier til dømes sphlsl. § 5-3 fyrste ledd at:

«Pasienten som ikke har bosted i riket, skal dekke behandlings- og forpleiningsutgiftene selv.»

Direktoratet for helse har fleire stadar påpeika at ”bosatt” forutset opphaldstillatelse etter utlendingslovgivinga sine reglar. Helsedepartementet har og ved rundskriv og ved fleire utsegn sagt at retten til å få nødvendig og augeblikkeleg helsehjelp for personar utan lovleg opphald, ikkje er det same som retten til gratis helsehjelp og at

*«[...]personer som ikke har fast opphold i riket og som ikke er medlemmer av folketrygden eller stønadsberettiget i henhold til gjensidig avtale med annen stat, selv skal dekke kostnaden ved behandlingen fullt ut.»*⁷¹

Dersom pasienten ikkje kan betale, er det vedkommande helseføretak eller helseytar som sjølv må dekke utgiftene for behandlinga.

Departementet har riktig nok sagt at helsehjelp ved fødsel er «øyeblikkelig hjelp», og at ingen kan krevje betaling før etter at slik helsehjelp er gitt,⁷² og at

*«Regelverket pålegger med andre ord sykehuset å dekke behandlings- og forpleiningsutgiftene hvis det er på det rene at pasienten ikke kan dekke disse utgiftene selv.»*⁷³

Dette kan likevel skape hindringar i praktis, fordi utsikta til at det er usikkert om ein vil bli krevd betaling etter til dømes ein fødsel, kan hindre at ein oppsøker helsehjelp i utgangspunktet. Samtidig er det ikkje klart korleis helseytaren har meint å finne «at pasienten

⁷¹ Jf Rundskriv om Helsehjelp til personer uten fast opphold i riket og personer uten lovlig opphold frå Helsedepartementet 03.11.11, <http://websir.lovdata.no/cgi-lex/wiftfil?avg/rdep/i-2011-0005.html> (31.05.12)

⁷² Sjå rundskriv i fotnote nr 68, pkt 3 om betaling av helsetenestene: «Det kan ikke kreves forhåndsbetaling for øyeblikkelig hjelp og for helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten som ikke kan vente»

⁷³ Ot.citip. sjå merknad 85.

ikke kan dekke disse utgiftene selv», om ein skal stole på kva personen seier, eller om ein må ta rettslege steg for å finne ut om personen har økonomi til å dekke dei eventuelle utgiftene han måtte skylde.

Når det gjeld betaling for «nødvendig helsehjelp», har det ikkje blitt gitt dei same føringane om betaling fyrst etter helsetenesten er gitt, slik at helseytaren i utgangspunktet skulle stå fritt til å krevje betaling frå personar utan lovleg opphald, inkludert gravide, **før** han yter helsehjelp. I ei undersøking blant allmennlegar frå 2009, var det klart at det var store forskjellar på korleis legane handtererte dette betalingsspørsmålet.⁷⁴

Om ein legg til grunn tolkinga av intern norsk rett frå rundskriv og utsegn frå helsedepartementet som gjeldande intern rett, må gravide som andre utan lovleg opphald sjølv sørge for betaling av helsetenester i forbindelse med svangerskap, både når det gjeld akutt hjelp og helsetenester frå spesialisthelsetenesta.⁷⁵

I juridisk teori har analogi frå utlendingsrett når det gjeld kven som er «bosatt» i Noreg til bruk innan velferds- og helserett imidlertid blitt kritisert.⁷⁶

Når ein gjer grupper som gravide og born særskilde rettar og vern generelt ved helsetenester, og positivt forskjellsbehandlar dei frå andre utan lovleg opphald, kan det også tale for at det er rimeleg at dei bør få særbehandling til dekking av utgifter for å oppnå desse rettane.⁷⁷ Det er også rimeleg at desse utgiftene blir dekkja utifrå omsynet til helseytaren, og utifrå dei forskjellane kvinner utan lovleg opphald vil kunne møte berre fordi ein oppsøker ulike helseytarar. Tenkt konsekvens dersom desse kvinnene ikkje oppsøker nødvendige helsetenester dei i utgangspunktet har rett på fordi dei ikkje har råd til å betale, vil kunne vere at helsetilstandar som i utgangspunktet er enkle og førehaldsvis rimelege å behandle, utviklar seg til meir komplekse situasjonar som også vil kreve meir ressursar. I tillegg har ein den

⁷⁴ Aarseth, Kongshavn og Kristiansen, 2009.

⁷⁵ Unntaket er nødvendig hjelp som gjeld smittevern frå kommunehelsetenesta, jf. foreskrift 25.juni 2008 nr 714 §3 nr 7, jf. smittevernloven §6-2.

⁷⁶ Jf t.d Andenæs og Bayegan, 2009. Kan t.d sjåast her: <http://www.juristkontakt.no/Debatt/Helsehjelp-for-personer-uten-lovlig-opphold/> (31.05.2012)

⁷⁷ Sjå Søvig 2009 s. 124 og s. 128 for liknande argumentasjon når det gjeld fastlege og sosial stønad til born og bornefamiliar utan lovleg opphald .

moralske sida ved kva konsekvensar meir alvorlege helsetilstandar kan påføre det ufødde barnet som uskuldig tredjepart.

I praksis skjer det mange gratisbehandlingar for personar utan lovleg opphald utifrå velvilje hos den enkelte person eller institusjon som yter helsehjelp. Allmennlegar som yter nødvendig helsehjelp til personar utan loveleg opphald utan å krevje betaling, vil ikkje berre site att med utgifter han må dekke sjølv, men på grunn av sin velvilje vil det kanskje vere naturleg at han kan oppleve ein stadig auka pågang frå andre personar utan lovleg opphald. Helseytaren kan tenkast å kome i den situasjonen at han anten må yte stadig meir hjelp pro Bono, eller at han må avvise alle som kjem som ikkje kan betale for nødvendige helsetenester på førehand.

Samtidig oppstår det også då eit dilemma mellom legen sin rett til og krevje betaling før han gjer behandling, og dei etiske retningslinjene legar er bundne av, jf. WMA 1995 som seier at:

”Physicians and other persons or bodies involved in the provision of health care have a joint responsibility to recognize and uphold these rights. Whenever legislation, government action or any other administration or institution denies patients these rights, physicians should pursue appropriate means to assure or to restore them”⁷⁸

Reelle omsyn også ved utfordringane den enkelte helseytar settast i når personar utan lovleg opphald ikkje får dekka sine helseutgifter og ikkje kan betale, talar difor i retning for at gravide kvinner utan lovleg opphald har rett på dekking av trygdeytingar. Dette vil også vere i tråd med diskrimineringsforbodet i Pasient- og brukerrettighetsloven §1-1 når det gjeld tilgangen til helsetenester som er omtalt i pkt. 3-4

Imidlertid er rettskjeldematerialet frå lov, føresegner og uttalingar klare på at ingen personar utan lovleg opphald i utgangspunktet har rett til å få dekka helseutgifter. Om ein skal innfortolke eit betalingsfritak for gravide kvinner utan lovleg opphald i bestemming i føresegna som gjer denne gruppa særlege rettar til helsetenester og svangerskapsomsorg, vil det ikkje vere i tråd med signala som er gitt av lovgjevar og heller ikkje i tråd med dei andre bestemmingane i same føresegn. Også administrative uttalingar trekk i retning av at intern norsk rett i utgangspunktet ikkje gjer rett til dekking av utgifter til helsetenester for gravide kvinner utan lovleg opphald.

⁷⁸ World Medical Association. 1995. WMA Declaration on the Rights of the Patient. www.wma.net/en/30publications/10policies/l4/index.html (31.05.2012)

Konklusjonen må vere at etter dagens interne norsk rett er retten for kvinner utan lovleg opphald til å få dekkja sine helseutgifter uklare.

4.5.1. Retten til dekking av helseutgifter samanhaldt med ØSK, BK og KDK

Om ein krevjer at gravide kvinner utan lovleg opphald skal betale for nødvendige og/eller akutte helsetenester sjølv, vil det i utgangspunktet ikkje vere i samsvar med kravet om at helsetenestene må vere økonomisk tilgjengeleg etter menneskerettane, sjå over punkt 3.4.1.

Retten til trygdeytningar i Noreg fordrar at ein har opphaldstillating i landet. I Noreg er det eit politisk mål at alle skal ha lik rett til helse. For å nå målsettinga har staten tatt i bruk rettslege verkemiddel. Likevel er det gjort eit bevisst val av lovgjevar for å avgrense retten til helse for personar utan lovleg opphald, inkludert gravide kvinner. Personar utan lovleg opphald har som hovudregel få økonomiske midlar, dette gjeld tradisjonelt spesielt kvinnene. Lovgjevar har likevel opna for at ein kan avgrense og redusere i helsetenestene for personar utan lovleg opphald som ikkje kan betale for seg. Lovgjevvarsignalet etter intern norsk rett ser altså ut til å vere at personar utan lovleg opphald ikkje har rett til å få dekkja sine helseutgifter, og her set ein i etter ordlyden ikkje noko skille mellom gravide kvinner og andre grupper av personar utan lovleg opphald.

Det tilbodet til helse som gravide kvinner utan lovleg opphald blir tilbuddt i Noreg er i utgangspunktet ikkje vederlagsfritt, og helsepersonell som yter «nødvendig helsehjelp» kan krevje betaling før helsehjelp blir gitt. Ved «øyeblikkelig hjelp» kan ein imidlertid ikkje krevje helseutgiftene dekkja før etter at hjelpa er gitt, med forbehold om at ein reknar rundskriv og uttalingar frå helsedepartementet inn under norsk rettsstilstand.⁷⁹ Om helseministeren meiner at dette også gjeld «nødvendig» helsehjelp ved svangerskapsomsorg for gravide kvinner kjem ikkje like klart fram.

I den grad føringane frå helsemyndigheita skal reknast som gjeldande rett, finn dei ikkje støtte i lovreglane, som ikkje skiller mellom gravide kvinner og andre utan lovleg opphald. I praksis har ein situasjonen at det er den enkelte helsetenesteytaren som bestemmer om ein skal yte

⁷⁹ Sjø t.d svar frå statsråd Strøm-Eriksen ved regjeringen.no den 18.11.11: Spørsmål nr. 233 til skriftlig besvarelse. http://www.regjeringen.no/nb/dep/hod/dok/andre/brev/brev_til_stortinget/2011/sporsmal-nr-233-til-skriftlig-besvarelse.html?id=664669 (31.05.2012)

nødvendig helsehjelp til gravide kvinner utan å få betalt. Men det er klart at staten ikkje kan fritakast frå forpliktingar til å gje tilgang til helsetenester etter menneskerettskonvensjonane, ved å legge ansvaret for den økonomiske tilgangen for gravide kvinner utan lovleg opphald over på tilfeldig velvilje til helsepersonell og helseføretak.⁸⁰

Staten har ei plikt til å sikre at helsetenester er faktisk tilgjengeleg for gravide kvinner utan lovleg opphald, og lovgivinga må direkte sikre og regulere at retten til nødvendige helsetenester og svangerskapsomsorg faktisk kjem denne gruppa til gode. Signal frå departement og statsråd som ikkje er i samsvar med lovregelen, samtidig som ein ikkje legg økonomisk til rette for å dekke dei utgiftene som oppstår når den gravide utan lovleg opphald ikkje kan betale, gjer at situasjonen er uklar etter intern norsk rett.

I Spania viste ein høgsterettsdom på slutten av 90-talet til menneskerettsforpliktingar etter BK, og kom til at gravide kvinner utan lovleg opphald difor hadde rett på lik økonomisk tilgang til helsetenester som andre borgarar. Etter denne dommen fekk alle personar utan lovleg opphald rett på gratis helsetenester i Spania på visse gitte vilkår.^{81 82}

Dei krava menneskerettane stiller gjennom mrl. er slik at ein må likestille den særleg utsatte gruppa av gravide kvinner utan lovleg opphald med andre gravide i Noreg, slik at denne gruppa får lik rett til dekking av helseutgifter, inkludert den frie eigenandelen for gravide.

Det kan vere tvilsamt av eit ressurssterkt land som Noreg ikkje har intern og klar lovgiving som sikrar den gravide som ikkje har moglegheit til å betale for helsehjelp, eit rettskrav på tilgang. Spania har naturleg stor innvandring på grunn av den geografiske plasseringa, og

⁸⁰ Sjå t.d om gjennomføringsplikta i Aall 2007, s. 48-49.

⁸¹ Jf. Bosch 1999. Etter eurokrise og den siste urolige økonomiske situasjonen i Spania våren 2012, er det derimot noko uklart kva som er den faktiske situasjonen for retten til gratis helsetenester og personar utan lovleg opphald i Spania. Sjå t.d <http://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/europe/spain/9258093/Spanish-illegal-immigrants-no-longer-given-free-health-care.html> publisert 10.05.12 (31.05.12)

⁸² Sjå t.d Nygaard 2004, s. 220-222 om relevans av andre utanlands, nasjonal rettspraksis, t.d: Spørsmålet er «om denne rettspraksisen kan gi bidrag til avklåring av det aktuelle primære rettsgrunnlaget»(s.221), og at utenlandsk rettspraksis «kan etter tilhøva fungera som bidrag til tolkning av det nasjonale primære rettsgrunnlaget, eventuelt som støttemoment til vårt resultat» (s. 220)

Noreg må seiast å vere eit meir økonomisk ressurssterkt land enn Spania, også i tida før år 2000. All den tid land som ikkje er like ressurssterke som Noreg finn at dei menneskerettslege forpliktingane fordrar økonomisk tilgang til helsetenester på lik linje med eigne innbyggjarar, vil det vere problematisk at ikkje også Noreg kjem til same konklusjon.

Det er ikkje særleg problematisk å gje lovgiving på dette området og det kan som sagt i Noreg ikkje hevdast at ein ikkje har nok ressursar til å gjennomføre økonomisk tilgang for denne gruppa. Heller ikkje er talet av gravide kvinner utan lovleg opphald så stort at det vil medføre ei særleg stor økonomisk byrde for den norske stat. I den grad ein i det heile kan stille motargumentet om at fri tilgang til helsetenester vil føre til auka pågang av helsetrengande immigrantar, kan dette vanskeleg gjelde gravide kvinner.

4.6 Retten til ei primær helseteneste:

Den formelle tilgangen til helsetenester er på lang veg avhengig av at ein har tilgang til eit primært helsetilbod.

I Noreg er det primære helsetilbodet dekkja av retten til å stå på liste hjå ein fastlege.⁸³ Fastlegeordninga gjer ved henvisingar vidare tilgang til spesialisthelsetenestene, jf. t.d. pasrl. §§ 2-2 og 2-3. Utan rett til å stå på liste hjå fastlege blir det uklart kven ein skal oppsøke for å nyttiggjere seg av allmennhelsetenester, og også kven som har ansvaret for å eventuelt henvise ein pasient vidare til spesialisthelsetenesta. Funksjonen av primærhelsetilbodet i Noreg er i praksis langt på veg avhengig av at pasienten har eit personnummer. Personar utan lovleg opphald har heller ikkje eit personnummer, noko som gjer kommunikasjon innad i helsevesenet vanskelegare.⁸⁴

Spørsmålet er om gravide kvinner utan lovleg opphald har rett til å stå på liste hjå ein fastlege.

I den nye helse- og omsorgstjenesteloven er rettar som var knytt til å vere pasient i den gamle kommunehelsetjenesteloven blitt vidareført til pasrl. og føreskrifter.

⁸³ jf. Pasrl. §2-1 c)

⁸⁴ jf. Sentralstyret i legeforeninga sitt vedtak av 17. juni 2008. Sjå t..d <http://www.legeforeningen.no/id/145677.0> (31.05.12)

Retten til å stå på ei fastlegeliste er knytt til om ein er «bosatt» i ein kommune, jf. pasrl § 2-1 c). I førearbeida er det klargjort at retten berre gjeld dei som er «registrert bosatt» og såleis ikkje personer utan lovleg opphald.⁸⁵

Gravide kvinner utan lovleg opphald har dermed ikkje rett til å stå på liste hjå ein fastlege.

Søvig har med grunnlag i norske rettskjeldemateriale sagt at born utan lovleg opphald må ha rett til å stå på liste hjå ein fastlege utifrå det faktum at born har positive rettar i førehald til vaksne på andre områder, og at lovgjevar då har gitt signal om at denne gruppa skal ha fullgod tilgang på helsetenester som også må omfatte retten til ein fastlege.⁸⁶

Utifrå same grunnlag kan det problematiserast om ikkje gravide kvinner utan lovleg opphald er ei gruppe som skal ha fullgod tilgang på helsetenester på lik linje med andre gravide.

Imidlertid er ikkje signal frå lovgjevar særleg klare eller av særleg tyngde. Når førearbeida spesifikt poengterer at personar utan lovleg opphald ikkje er omfatta av fastlegeordninga trekk det i retning av at gravide kvinner utan lovleg opphald ikkje er meint å ha denne retten.

Det må likevel vere klart at denne gruppa har krav på eit alternativ primært helsetilbod utifrå prioriteringsforskrifta som gjer desse lik rett på svangerskaps- og fødselsomsorg som andre.

Spørsmålet er kva primærhelseteneste dette er.

Eit alternativ for gravide kvinner utan lovleg opphald til svangerskapsomsorg hos fastlegen, er å oppsøke helsestasjonen og jordmor eller helsesyster for svangerskaps- og helsekontrollar. Dette er eit lågterskel tilbod alle gravide og mødre med nyfødde i Noreg har. Det løyser imidlertid normalt ikkje medisinfaglege helseproblem, all den tid helsestasjonen ikkje er eit helsetilbod som omfattar svangerskapskontrollar med lege, og jordmødre/helsesyster ikkje har medisinsk kompetanse til å diagnostisere, skrive ut reseptar eller til å yte meir avansert helsehjelp for spesifikke helseproblem. Også ved helsestasjonen er ein normalt avhengig av å ha eit personnummer ved kommunikasjon og henvisning vidare.

⁸⁵ Jf Prop.91 L (2010-2011) Kap 48, Om merknad til khtjl. §2-1 som opphevast.

⁸⁶ Jf Søvig, 2009 s. 124 og 128.

Gravide kvinner utan lovleg opphald kan også tenkast å kunne oppsøke legevakt for helsetenester eller svangerskapskontrollar, med dei ulempene dette måtte tenkast å medføre av ventetid og nedprioriteringar dersom dei ikkje har behov for akutt helsehjelp. Det er også oppretta eit Helsesenter for papirløse som driftast av Røde Kors og Kirkens Bymisjon, og her gjer frivillege gratis helsehjelp til personar utan lovleg opphald.⁸⁷ Dette tilbodet er imidlertid berre tilgjengeleg i Oslo.

Uansett blir det klart at primærhelsetilbodet til gravide kvinner utan lovleg opphald ikkje er fastlegeordninga, og at det er noko uklart kven dei faktisk skal oppsøke for dette tilbodet.

Konklusjonen må bli at det er uklart kva primærhelseteneste gravide kvinner utan lovleg opphald har rett på.

4.6.1 Retten til ei primær helseteneste samanhaldt med ØSK, BK og KDK

Også kravet til eit primærhelsetilbod etter BK art 24 d), KDK art 12 (2) og ØSK art 12 (1) og art 10 (2) saman med diskrimineringsforbodet i ØSK art 2.2 og BK art 2 (1) fordrar tilgang til primærhelsetilbod for gravide kvinner utan lovleg opphald på like vilkår som for andre gravide.

Etter interne rettskjelder kan det synast som at gravide kvinner utan lovleg opphald, som andre utan lovleg opphald, ikkje har rett å stå på liste hjå ein fastlege. Men etter føresegna om retten til helsehjelp for personar utan lovleg opphald i riket er det klart at mellom anna denne gruppa er positivt forskjellsbehandla frå andre utan lovleg opphald. Konklusjonen er at desse kvinnene har rett på eit primærhelsetilbod av tilsvarende kvalitet som fastlegeordninga. Eit slikt tilbod synast imidlertid ikkje å vere sikra tilstrekkeleg fysisk og i praksis, slik at det er uklart kva og korleis dette er mein gjennomført.

Kapittel 5: AVSLUTNING

5.1 Oppsummering og konklusjon

Eg har gjennom drøftinga i denne oppgåva kome til at Noreg mest truleg ikkje har ovehalde si plikt om gjennomføring av kravet om tilgjenge til helsetenester for gravide kvinner utan

⁸⁷ Sjå t.d <http://www.bymisjon.no/papirlose> (31.05.2012)

lovleg opphald etter menneskerettskonvensjonane. Avviket er neppe tilstrekkeleg til at Noreg ville få konstantert brot på rettane ved FN's tilsynskomitear, men i førehald til konvensjonane sitt krav om ei dynamisk og konstant utvikling av menneskerettane i nasjonal rett, er det likevel nødvendig med ei stadig utvikling i retning full realisering innan rimeleg tid.

Innbakt i begrepet «høyest oppnåelige helsestandard» etter ØSK art 12 (1) ligg det ei rekke samansatte krav som utgjer det endelege tilbodet. Dersom alle skal kunne oppnå retten til best mogleg helse, er det ein føresetnad at helsetenestene er ikkje-diskriminerande, tilgjengeleg for alle både fysisk og økonomisk, og at ein må ha tilgang til informasjon som gjer at ein kan nytte seg av det tilbodet ein har rett på. Små og sårbare minoritetgrupper har eit spesielt krav på vern, og staten må særleg sørge for at slike grupper får oppfylt sine krav på tilgang til helsetenester. Konvensjonspartane har i tillegg ei særskild plikt til å sikre at helsetenester for dei svakaste og mest ressursvake er tilgjengeleg.

Om ein ser på norsk intern rettstilstand særleg ved fråsegna om retten til helsetenester for personar utan lovleg opphald, kan det ved fyrste augekast sjå ut som retten til helsetenester for gravide kvinner utan lovleg opphald er uproblematisk i førehald til dei menneskerettane Noreg har forplikta seg til å følgje. Men retten til primærhelsetenesta og til trygdedekning for betaling av helsetenester har lovgjevar avgrensa for gravide kvinner utan lovleg opphald.

Gravide kvinner utan lovleg opphald er ei gruppe som har særskilde utfordringar, og som generelt kan vere i både psykisk og fysisk dårlegare medisinsk tilstand enn andre gravide. I tillegg er dei som hovudregel i ein sosial og økonomisk situasjon, som fører til utfordringar når det gjeld moglegheiten for å kunne betale for helsetenester når dei treng det. Det er ingen tvil om at dette er ei minoritetsgruppe Noreg har særleg plikt til å sikre tilgjenge for.

Å kome fram til kva som er gjeldande rett for denne gruppa, er trass nyleg forsøk på oppklaring gjennom endring av føresegn for helsehjelp for personar utan lovleg opphald, omfattande og fagleg krevjande sjølv med fagleg juridisk kompetanse. Det må difor kunne seiast at det for personar utan lovleg opphald, med dei utfordringane desse har i førehald til ressursar, økonomi, språk og situasjonen elles, vil vere bortimot umogleg å orientere seg i dei rettane dei har etter norsk rett. Det kan difor stillast spørsmålsteikn ved rettssikkerheten og

kravet til å kunne forutberekne sin eigen rettssituasjon, også når det gjeld moglegheit til å forfølge eventuelle rettsbrot ein meiner å måtte ha.⁸⁸

Av omsyn til Noreg sine menneskerettslege forplikingar etter BK, ØSK og KDK, bør gravide kvinner utan lovleg opphald i Noreg snarast sikrast ein formell og reell tilgang til helsetenester på linje med andre gravide borgerar, fyrst og fremst gjennom ei klar lovfesting og praktisk gjennomføring av retten til økonomisk tilgang og korleis retten til eit primærhelsetilbod skal sikrast.

⁸⁸ Jf Sjøvig, 2009 s. 96

LITTERATURLISTE:

- Aall, Jørgen, 2007, Rettsstat og menneskerettigheter, 2. utgave, Bergen 2007.
- Aarseth, Trygve, Trygve Kongshavn, Olga Kristiansen og Froland F. (ed) – 2009. Allmenntilleggslege utfordringar – «Går papirløse innvandrere til allmenntilleggslege?» Migrasjon og helse. Utfordringer og utviklingstrekk., Utposten 4:09, Oslo, 2009.
- Andenæs og Bayegan, 2009 – Helsehjelp for personer utan lovlig opphold, *Juristkontakten* 5/09 s. 55-57, 2009 <http://www.juristkontakt.no/Debatt/Helsehjelp-for-personer-uten-lovlig-opphold/> (31.05.12)
- Bosch, X., 1999 - Bosch, X, Pregnant Illegal immigrants get free healthcare – *The Lancet* Vol 354, pp.1368, 1999.
- Eide, 2006. - Eide, Asbjørn, *Nordisk tidsskrift for menneskerettar*, 04/06 (s.274-290)
- Eide og Barth Eide, 2006. - Eide, Asbjørn og Wenche Barth Eide. «Article 24. The right to health» i A.Alen m.fl., *A Commentary on the United Nations Convention on the rights of the child*, 1. Utgave, Leiden 2006.
- Eide m. fl., 2001 - Eide, Asbjørn, Catarina Krause, Allan Rosas (ed.), *Economic, Cultural and Social Rights, A textbook*, 2. Utg, Haag, 2001.
- Høstmæling, Njål – 2003. Internasjonale menneskerettigheter, 1. utgave, Oslo, 2003.
- Kjønstad, Asbjørn og Aslak Syse, 2005. *Velferdsrett* 1, 3. utgave, Oslo 2005.
- Kvaale og Aasen, 2006 - Kvaale, Gunnar og Henriette Sinding Aasen, Svangerskapsomsorg – en menneskerett også for fattige kvinner, *Nordisk tidsskrift for menneskerettar* 04/06, (s. 291-300), 2006.

- Machado m.fl, 2009 – Machado, M.C., Fernandes, A., Padilla, B., Dias S., Gomes I., Dias A., Oliveira da Silvia M.– Maternal and child healthcare for Immigrant population. International Organization for Migration, 2009.
- Nygaard, 2004 - Nygaard, Nils, 2004. Rettsgrunnlag og standpunkt, Universitetsforlaget 2. utgåve, Bergen, 2004.
- Søvig, 2009 - Søvig, Karl Harald. Barnets rettigheter på barnets premisser – utfordringer i møte mellom FNs barnekonvensjon og norsk rett, 1. utgave, Bergen, 2009.