

Veileder i behandling av klagesaker etter pasient- og brukerrettighetsloven

Saksbehandler: Seniorrådgiver Hege Kristin Millerud

Godkjent av: Assisterende direktør Heidi Merete Rudi 11. januar 2021

Vurderes innen: 31.12.2022

Ansvarlig avdeling: Avdeling for kommunale helse- og omsorgstjenester

Saksnummer: 2018/2105

Erstatter: Veileder i behandling av klagesaker etter pasient- og brukerrettighetsloven, Internserien 7/2012

Gjelder for: Statsforvalterne

I Internserien publiseres veiledere, prosedyrer og andre dokumenter ment for ansatte i Statens helsetilsyn og statsforvalteren. Alle utgivelser finnes på intranettet Losen i web-format. Her på internett publiseres et utvalg utgivelser som har interesse for en bredere leserkrets. Dokumentet kan inneholde lenker som bare går til intranettet, og derfor ikke vil virke.

Forord	7
1 Innledning	8
1.1 Formålet med veilederen	8
1.2 Begrepsavklaring	8
1.3 Rettslig utgangspunkt for statsforvalterens klagebehandling	9
1.3.1 <i>Aktuelle kilder for saksbehandlingen</i>	9
1.3.2 <i>Særlig om internasjonale rettskilder</i>	10
1.4 Skillet mellom rettighetsklager og tilsynssak	11
1.4.1 <i>Et tosporet system</i>	11
1.4.2 <i>Forskjellige saksbehandlingsregler</i>	11
1.4.3 <i>Forskjellig adressat for klagen</i>	11
1.4.4 <i>Forskjellig partsforhold</i>	11
1.4.5 <i>Begrensninger i statsforvalterens prøvingsrett</i>	11
1.4.6 <i>Forskjellige konklusjoner</i>	11
1.5 Avgjør sakstype; rettighetsklage, tilsynssak eller begge deler	12
1.5.1 <i>Formålet med henvendelsen</i>	12
1.5.2 <i>Felles behandling av rettighets- og tilsynsvurderinger i rettighetsklagen?</i>	12
2 Betingelser og krav som må være oppfylt for at statsforvalteren kan behandle en rettighetsklage	12
2.1 Klagen må gjelde rettigheter i pasient- og brukerrettighetsloven	12
2.1.1 <i>Det er tilstrekkelig at klageren mener at rettighet som nevnt i § 7-2 er brutt</i>	13
2.1.2 <i>Det er ikke krav om at saken har en bestemt aktualitet for den som har klagerett</i>	14
2.1.3 <i>Hvem har klagerett?</i>	14
2.1.4 <i>Pasient og bruker må oppholde seg riket</i>	15
2.1.5 <i>Pasient og bruker</i>	15
2.1.6 <i>Representant for pasient eller bruker</i>	16
2.1.7 <i>Pårørende og andres selvstendige klagerett etter pbrl. § 7-2 femte ledd</i>	18
2.2 Klagens form og innhold	19
2.2.1 <i>Krav om skriftlig og undertegnet klage</i>	19
2.2.2 <i>Innholdet i klagen</i>	19
2.3 Klagefrist	19
2.3.1 <i>Oversittelse av klagefristen</i>	20
2.4 Følgene av at betingelser og krav til klagen ikke er oppfylt	20
2.4.1 <i>Avvisningsavgjørelse er et enkeltvedtak</i>	20
2.4.2 <i>Saker som verken skal realitetsbehandles eller avvises</i>	21
3 Innledende gjennomgang av henvendelsene	21
3.1 Har rettighetsklagen først vært vurdert av helse- og omsorgstjenesten?	21
3.1.1 <i>Hvem skal klagen oversendes til?</i>	21
3.1.2 <i>Statsforvalterens oversendelsesbrev til helse- og omsorgstjenesten</i>	22
3.1.3 <i>Helse- og omsorgstjenestens behandling av klagen</i>	22
3.2 Vurder om rettighetsklagen hører til en annen statsforvalter	22

3.2.1	Tilknytning til flere fylker	23
3.3	Registrer rettighetsklagen i NESTOR	24
3.4	Vurder habilitet, faglig kompetanse og eventuelt behov for sakkyndig	24
3.5	Sjekk at alle saksdokumentene er oversendt	24
3.6	Krav til saksbehandlingstid – vurder om klagen må behandles spesielt raskt	24
3.7	Utsatt iverksetting av helse- og omsorgstjenestens avgjørelse	25
3.8	Foreløpig svar	25
4	Undersøkelse og prøving av rettighetsklagen	26
4.1	Statsforvalterens prøvingskompetanse	26
4.2	Hva statsforvalteren skal prøve?	27
4.2.1	<i>Klagers anførsler</i>	27
4.2.2	<i>Forhold som ikke er nevnt av klager.....</i>	27
4.2.3	<i>Hvilket faktum skal statsforvalteren prøve?.....</i>	27
4.3	Statsforvalterens utredningsplikt.....	27
4.3.1	<i>Klagers rett til innsyn i nye opplysninger og til å uttale seg.....</i>	29
4.3.2	<i>Vurdere om saken skal utredes nærmere eller om vedtaket skal oppheves</i>	29
4.4	Utfallet av statsforvalterens klagebehandling	29
4.4.1	<i>Begrenset adgang til å endre et vedtak til skade for klageren</i>	30
4.4.2	<i>Statsforvalterens valg av utfall.....</i>	30
4.5	Prøving av saksbehandlingen	31
4.5.1	<i>Saksbehandlingskravene</i>	31
4.5.2	<i>Avgjørelser i helse- og omsorgstjenesten hvor kravene til enkeltvedtak i fvl. gjelder... 31</i>	31
4.5.3	<i>Avgjørelser i helse- og omsorgstjenesten hvor det er gjort unntak fra kravene til enkeltvedtak.....</i>	33
4.5.4	<i>Betydningen av feil i saksbehandlingen</i>	34
4.5.5	<i>Utfall ved saksbehandlingsfeil som kan ha virket inn på avgjørelsen?</i>	35
4.6	Prøving av rettsanvendelsen	35
4.6.1	<i>Utfall ved prøving av rettsanvendelsen</i>	36
4.7	Prøving av forvaltningens frie skjønn.....	36
4.7.1	<i>Fritt skjønn i avgjørelser om kommunale helse- og omsorgstjenester.....</i>	37
4.7.2	<i>Fritt skjønn i avgjørelser fra spesialisthelsetjenesten.....</i>	38
4.7.3	<i>Utfall ved prøvingen av forvaltningsskjønnet (fritt skjønn).....</i>	38
5	Statsforvalterens vedtak og underretning	39
5.1	Statsforvalterens avgjørelse er et enkeltvedtak	39
5.2	Statsforvalteren skal begrunne vedtaket.....	39
5.2.1	<i>Statsforvalteren skal vise til de lov- og forskriftsbestemmelser som vedtaket bygger på bygger på.....</i>	39
5.2.2	<i>Statsforvalteren skal nevne de faktiske forhold som vedtaket bygger på</i>	40
5.2.3	<i>Hovedhensynene som har vært avgjørende ved utøvelse av skjønn bør nevnes.....</i>	40
5.2.4	<i>Dersom statsforvalteren finner feil ved avgjørelsen skal feilen(e) presiseres.....</i>	41
5.3	Vedtaket (konklusjonen)	41
5.4	Statsforvalterens underretning til klager.....	41

5.4.1	Adressat og kopi.....	41
5.4.2	Informasjon som klager trenger for å ivareta sine interesser.....	42
5.5	Statsforvalterens adgang til å omgjøre eget vedtak.....	42
5.6	Dekning av sakskostnader etter forvaltningsloven § 36.....	42
5.6.1	Hvem er klageinstans for klager over avslag på dekning av sakskostnader?	43
6	Retten til medvirkning og informasjon – pbrl. kapittel 3	43
6.1	Grunnleggende pasient- og brukerrettigheter	43
6.2	Retten til medvirkning – pbrl. § 3-1	44
6.2.1	Valg mellom tjenesteformer og undersøkelses- og behandlingsmetoder.....	45
6.2.2	Pasient/bruker har ikke i tilstrekkelig grad fått medvirke ved utformingen av tjenestetilbudet.....	45
6.2.3	Nærmeste pårørendes rett til å medvirke	45
6.3	Retten til informasjon – pbrl. § 3-2	46
6.3.1	Nærmeste pårørendes rett til informasjon.....	47
6.3.2	Retten til informasjon når pasienten eller brukeren er under 18 år.....	47
6.3.3	Særlig om retten til informasjon ved skader og dødsfall i helse- og omsorgstjenesten	48
7	Særlig om barns rettigheter	48
7.1	Barnets beste er et grunnleggende prinsipp i alle saker som berører barn	48
7.2	Barns rett til informasjon og medvirkning	49
7.3	Barns rett til helsekontroller	49
7.4	Barns særlige rettigheter under opphold i helseinstitusjon.....	50
7.5	Nærmere om klager om barns rettigheter etter pbrl. kapittel 6	50
8	Retten til kommunale helse- og omsorgstjenester.....	50
8.1	Retten til nødvendige og verdige helse- og omsorgstjenester	50
8.1.1	Hvem har rett på nødvendige kommunale helse- og omsorgstjenester?.....	51
8.1.2	Klager på manglende oppfyllelse av retten til nødvendige kommunale helse- og omsorgstjenester	52
8.2	Kommunes ansvar for å yte nødvendige helse- og omsorgstjenester.....	52
8.3	Grensen mellom helsetjenester og omsorgstjenester	53
8.3.1	Når er det krav om enkeltvedtak?.....	54
8.4	Klager der helse- og omsorgstjenesten har avslått søknad om tjenester.....	55
8.4.1	Særlig om utfallet i rettighetsklager der helse- og omsorgstjenesten har avslått søknaden	55
8.5	Klage på innhold og omfang i tildelte tjenester	55
8.5.1	Særskilte hensyn i overprøvingen av innhold og omfang.....	56
8.5.2	Vurdering av utfallet i saken der klagen omhandler tjenestens innhold og omfang.....	57
8.6	Klage på helse- og omsorgstjenestens valg av tjeneste	57
8.6.1	Særlig om valget mellom hjemmebaserte tjenester og institusjonstjenester	58
8.6.2	Særlig om valget mellom støttekontakt (personlig assistanse) og generelle aktivitetstilbud	59
8.7	Klage på vilkår ved tildeling av helse- og omsorgstjenester.....	60
8.8	Klage på helse- og omsorgstjenestens omgjøringsvedtak	60
8.8.1	Omgjøring følger av vedtaket selv.....	61

8.8.2	<i>Alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper</i>	62
8.9	Om klage på særskilte rettigheter	62
8.9.1	<i>Retten til BPA – pbrl. § 2-1 d</i>	62
8.9.2	<i>Avslag på å få organisert omsorgstjenester som BPA</i>	63
8.9.3	<i>Klager som er knyttet til organiseringen av BPA</i>	64
8.9.4	<i>Rett til opphold i sykehjem eller tilsvarende bolig særskilt tilrettelagt for heldøgns tjenester – pbrl. § 2-1 e</i>	65
8.9.5	<i>Tildeling av omsorgsbolig</i>	66
8.9.6	<i>Nødvendig pårørendestøtte</i>	66
8.10	Manglende oppfyllelse av tildelt tjeneste	68
8.11	Pasient- og brukerrettigheter i fastlegeordningen og retten til nødvendige helse- og omsorgstjenester	68
9	Retten til helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten	70
9.1	Retten til vurdering og nødvendig helsehjelp	70
9.1.1	<i>Krav til sakkyndighet</i>	70
9.2	Retten til vurdering fra spesialisthelsetjenesten – pbrl. § 2-2	71
9.2.1	<i>Særlig om viderehenvisning</i>	71
9.2.2	<i>Klage på at vurderingsfristen er brutt</i>	71
9.2.3	<i>Må pasienten be om fornyet vurdering før statsforvalteren behandler klage knyttet til vurderingen?</i>	72
9.2.4	<i>Klage på vurderingen</i>	72
9.2.5	<i>Klage på manglende informasjon</i>	73
9.2.6	<i>Manglende fristfastsettelse</i>	73
9.3	Retten til fornyet vurdering – pbrl. § 2-3	73
9.3.1	<i>Aktuelle klagegrunner</i>	73
9.3.2	<i>Klage på allmennlegens manglende henvisning</i>	74
9.3.3	<i>Klage på at spesialisthelsetjenesten ikke vil foreta ny vurdering</i>	74
9.3.4	<i>Klage på den fornyede vurderingens kvalitet</i>	74
9.3.5	<i>Klage på at den fornyede vurderingen gjennomføres for sent</i>	74
9.3.6	<i>Vurdering fra en tjeneste med landsfunksjon</i>	74
9.4	Klager der spesialisthelsetjenesten har avslått helsehjelp	75
9.4.1	<i>Statsforvalterens prøving</i>	75
9.5	Klage på behandlingsfristens lengde	76
9.5.1	<i>Fristbrudd meldes til Helfo</i>	77
9.6	Klage på innholdet/kvaliteten av helsehjelpen	77
9.6.1	<i>Statsforvalterens avgjørelse</i>	79
9.7	Særlig om behandling i utlandet	79
9.7.1	<i>Behandling i utlandet når det ikke finnes adekvat tilbud i Norge</i>	79
9.7.2	<i>Dekning av utgifter til helsehjelp mottatt i et annet EØS-land</i>	79
9.7.3	<i>Klimareiser</i>	79
9.7.4	<i>Særlig om rett til legemiddelassistert rehabilitering (LAR)</i>	79
9.7.5	<i>Klage på type legemiddel</i>	80
9.7.6	<i>Utleveringsordning og kontrolltiltak ved inntak av substitusjonslegemidler</i>	81

9.7.7	Utskrivning fra LAR.....	81
9.8	Særlig om tildeling av behandlingshjelpemidler	81
9.9	Fritt behandlingsvalg – pbrl. § 2-4.....	82
9.9.1	Innledning og klagegrunner.....	82
9.9.2	Avvisning på grunn av manglende kapasitet.....	83
9.9.3	Pasienter fra andre helseregioner kan avvises	83
9.9.4	Rett til å velge et bestemt sykehus i et helseforetak	83
9.9.5	Medisinsk uforsvarlig å avbryte en påstartet behandling et sted	84
9.9.6	Avvisning av fritt behandlingsvalg der pasienten har valgt et annet behandlingsnivå ..	84
9.9.7	Retten til kontaktlege – pbrl. § 2-5 a.....	85
10	Klage- og vurderingstemaer som omfatter rettigheter lagt til både kommunenes helse- og omsorgstjenester og til spesialisthelsetjenesten	85
10.1	Retten til øyeblikkelig hjelp	85
10.1.1	Særlig om kommunalt tilbud om døgnopphold for øyeblikkelig hjelp	86
10.2	Klage på fengselshelsetjenesten.....	87
10.3	Retten til individuell plan – pbrl. § 2-5.....	88
10.4	Retten til dekning av utgifter til pasientreiser – pbrl. § 2-6	90
11	Rettigheter som skal oppfylles av helsepersonell	90
11.1	Retten til vern mot spredning av opplysninger – pbrl. 3-6	90
11.2	Rett til innsyn i/kopi av journal – pbrl. § 5-1	91
11.2.1	Andres rett til innsyn i journal	92
11.3	Rett til retting og sletting av journal – pbrl. § 5-2.....	92
	Litteraturliste.....	95

Forord

Klageordninger har som formål å sikre riktige avgjørelser og trygge den enkeltes rett. Helse- og omsorgstjenestene treffer en rekke avgjørelser av stor betydning for pasienter og brukere. Flere av disse avgjørelsene omhandler rettigheter etter pasient- og brukerettighetsloven, hvor statsforvalteren er klageinstans.

Denne veilederen skal være et arbeidsverktøy for statsforvalterens behandling av rettighetsklager. Målet med veilederen er å sikre forsvarlig saksbehandling og bidra til likebehandling og rett prioritering hos statsforvalteren.

1 Innledning

1.1 Formålet med veilederen

Denne veilederen gjelder for rettighetsklager etter pasient- og brukerrettighetsloven (pbrl.) (1) og beskriver statsforvalterens saksbehandling av klager fra pasienter, brukere eller andre som mener de ikke har fått oppfylt sine rettigheter i pasient- og brukerrettighetsloven.

Veilederen har til formål å sikre forsvarlig saksbehandling og bidra til likebehandling og rett prioritering hos statsforvalteren. Veilederen erstatter tidligere veileder på området, Veileder i behandling av klagesaker etter pasient- og brukerrettighetsloven, Internserien 7/2012.

1.2 Begrepsavklaring

Klager på manglende oppfyllelse av rettigheter etter pbrl. § 7-2 omtales i veilederen som **rettighetsklager**.

Helse- og omsorgstjenesten brukes som en felles betegnelse for spesialisthelsetjenesten, den kommunale helse- og omsorgstjenesten, tannhelsetjenesten¹ og helsepersonell som har ansvaret for å oppfylle rettigheter etter pasient- og brukerrettighetsloven. Helse- og omsorgstjenesten omtales også som **førsteinstans** der de har truffet avgjørelser eller fattet enkeltvedtak om rettigheter.

Selv om vi bruker helse- og omsorgstjenesten som begrep, omfatter det også overordnet virksomhetsansvar, som kommunen og helseforetaket har.

I veilederen benyttes i hovedsak **statsforvalteren** i omtale av **klageinstansen**, men fylkesmannen der dette fortsatt står i lovtekst, samt i eksempelsaker som er fra før 2021.

Helsehjelp er definert i pbrl. § 1-3 c og omfatter enhver handling som har forebyggende, diagnostisk, behandlende, helsebevarende, rehabiliterende eller pleie- og omsorgsformål, og som er utført av helsepersonell. Hvem som er å anse som helsepersonell er definert i helsepersonelloven (hpl.) § 3 (2). **Omsorgstjenester** er de tjenester som tidligere ble omtalt som sosiale tjenester (3), og som er videreført i helse- og omsorgstjenesteloven (hol.) (4). Dette vil gjelde tjenester som personlig assistanse, herunder praktisk bistand og opplæring og støttekontakt, jf. hol. § 3-2 første ledd nr. 6 bokstav b, plass i aldershjem og barne- og avlastningsboliger, etter hol. § 3-2 første ledd nr. 6 bokstav c, pårørendestøtte som råd og veiledning, avlastning og omsorgstønad, jf. hol. § 3-6 og brukerstyrt personlig assistanse etter hol. § 3-8. Det kan enkelte ganger være et uklart skille mellom helsehjelp og omsorgstjenester, se kapittel 4.7.1 og 9.2.1.

Pasient er en person som henvender seg til helse- og omsorgstjenesten og ber om helsehjelp, eller som helse- og omsorgstjenesten gir eller tilbyr helsehjelp, jf. pbrl. § 1-3 a). **Bruker** er en person som ber om eller mottar tjenester omfattet av helse- og omsorgstjenesteloven som ikke er helsehjelp, jf. pbrl. § 1-3 f).

Klageren benyttes som en fellesbetegnelse på alle som påberoper seg å ha uoppfylte rettigheter etter pasient- og brukerrettighetsloven.

¹ Retten til nødvendig tannhelsehjelp fra kommunens helse- og omsorgstjeneste i pbrl. § 2-1f har ikke trådt i kraft, og er derfor foreløpig ikke inntatt i veilederen

Med **materielle rettigheter** menes en rett til oppfyllelse av de ulike formene for helse- og omsorgstjenester, for eksempel retten til helsehjelp og individuell plan. Med **prosessuelle rettigheter** menes bestemmelser som skal styrke pasient/brukers formelle stilling gjennom krav til saksbehandling og fremgangsmåte, slik som retten til medvirkning, informasjon og klage.

1.3 Rettslig utgangspunkt for statsforvalterens klagebehandling

Det følger av pbrl. § 7-7 at bestemmelsene i forvaltningsloven (fvl.) (5) om behandling av klager over enkeltvedtak gjelder så langt de passer, sammen med de særlige bestemmelsene som omhandler klager og saksbehandling i pbrl.

Rettighetene i pbrl. må ses i sammenheng med tilsvarende plikter som den kommunale helse- og omsorgstjenesten har etter helse- og omsorgstjenesteloven (hol.), spesialisthelsetjenesten har etter spesialisthelsetjenesteloven (sphl.) (6), samt der helsepersonellet skal oppfylle rettigheter etter hpl. Der det er gitt forskrifter som nærmere beskriver de enkelte rettighetene må disse også legges til grunn.

Der det er gitt særskilte klageregler i helselovgivningen vil disse gå foran de generelle klagereglene i pbrl. Slik særregulering omhandler i hovedsak tvungen helse- og omsorgstjeneste hvor det er andre hensyn som skal ivaretas. Eksempler på slik særregulering er:

- klager i forbindelse med tvungent psykisk helsevern som er regulert i psykisk helsevernloven (7)
- klager om tvang og makt overfor personer med psykisk utviklingshemming som følger bestemmelsene i hol. kapittel 9
- klager som omhandler tvungen somatisk helsehjelp som følger pbrl. kapittel 4 A

Det er viktig å være oppmerksom på at særreguleringen har et avgrenset virkeområde. Pasienter og brukere som er omfattet av de disse særbestemmelsene har derfor fortsatt pasient- og brukerrettigheter etter pbrl. som kan påklages på vanlig måte etter pbrl. § 7-2.

1.3.1 Aktuelle kilder for saksbehandlingen

Statsforvalteren har behov for både juridisk og helse- og omsorgsfaglig kompetanse i klagesaksbehandlingen. Helsetilsynet forutsetter at statsforvalteren benytter både rundskriv, nasjonale faglige retningslinjer og veiledere utarbeidet av Helsedirektoratet.

Helsedirektoratets rundskriv til de ulike helselovene bygger på aktuelle rettskilder, men det kan ha tilkommet nyere lovfortolkninger, domstolpraksis og uttalelser fra Sivilombudsmannen etter at rundskrivene er gitt ut/revidert. Enkelte saker vil derfor kreve at statsforvalteren gjør selvstendige søk i aktuelle rettskilder.

Helsedirektoratet avgir også fortolkningsuttalelser, samt er klageinstans for vedtak statsforvalteren avviser som førsteinstans som omhandler tjenester etter helse- og omsorgstjenesteloven. Både fortolkningsuttalelser og avgjørelser fra klagesaksbehandlingen vil være kilder for statsforvalterens saksbehandling.

Helsedirektoratet har videre utarbeidet flere nasjonale faglige retningslinjer og veiledere som angir hva som er god praksis innenfor avgrensede tjenesteområder. Disse retningslinjene og veilederne vil ha betydning for de helse- og omsorgsfaglige vurderingene i klagesakene.

Det følger av forarbeidene til pbrl. at formålsbestemmelsen i § 1-1 har verdi som rettskildefaktor, og vil ha rettslig betydning som tolkningsmoment når innholdet i de enkelte bestemmelser skal tolkes og anvendes i konkrete tilfeller (8).

Dersom det er bestemmelser i fvl. som gir rom for fortolkning, kan aktuelle kilder være NOU 2019:5 Ny forvaltningslov, hvor gjeldende saksbehandlingsbestemmelser er gjennomgått, samt Justisdepartementets lovavdeling som legger ut fortolkningsuttalelser til fvl. på departementets nettside.

1.3.2 Særlig om internasjonale rettskilder

Menneskerettslige forpliktelser og føringer har fått økt betydning for saksbehandlingen. Etter Grunnloven (Grl.) § 92 (9) skal statens myndigheter respektere og sikre menneskerettighetene slik de er nedfelt i grunnloven og i bindende traktater. Hvilken rettslig stilling de menneskerettslige forpliktelsene har i norsk rett, vil bero på om og hvordan den aktuelle konvensjonen er gjennomført i norsk rett.

Aktuelle menneskerettigheter som er inkorporert i norsk lov er:

- Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK)
- FN-konvensjonene om sosiale og politiske rettigheter (SP)
- FN-konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK)
- FNs barnekonvensjon

Disse konvensjonene gjelder i sin helhet som norsk lov etter menneskerettsloven § 2 (10). Etter denne lovens § 3 skal bestemmelsene i konvensjonene ved motstrid gå foran bestemmelser i annen norsk lovgivning.

FN-konvensjonen om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne (CRPD) er imidlertid ikke inkorporert i norsk rett. Konvensjonen er likevel folkerettslig bindende for Norge. Det følger av presumsjonsprinsippet at norsk lovgivning så vidt mulig skal tolkes i samsvar med Norges folkerettslige forpliktelser (11). Skulle det likevel bli avdekket i en konkret sak at det er motstrid mellom CRPD og norsk lov, vil norsk lov gå foran. Mer sannsynlig er det at eventuelle brudd på CRPD også innebærer brudd på norsk lov. Det vil si at det er helse- og omsorgstjenestens praksis som er i strid med regelverket. I slike tilfeller er det tilstrekkelig å vise til hvilke lov- og forskriftskrav som ikke er oppfylt.

Generelt vil menneskerettskonvensjoner ha større betydning for fortolkningen av innholdet i rettighetene etter pbrl. og de tjenestene som helse- og omsorgstjenesten skal yte, enn det de har for fortolkningen av selve saksbehandlingskravene i fvl. Unntak gjelder for FNs barnekonvensjon som får direkte betydning for saksbehandlingen i saker som gjelder barn, se kapittel 7.

Andre internasjonale kilder er EUs pasientrettighetsdirektiv (Europaparlaments- og rådsdirektiv 2011/24/EU) om pasientrettigheter ved helsehjelp i utlandet, jf. pbrl. § 2-4a.

Videre vil gjensidighetsavtaler Norge har inngått med et annet land ha betydning for utenlandske borgeres rett til helse- og omsorgstjenester når de oppholder seg i Norge.

1.4 Skillet mellom rettighetsklager og tilsynssak

1.4.1 Et tosporet system

Rettighetsklager og tilsynssaker er etter pasient- og brukerrettighetslovens bestemmelser et tosporet system. Det er forskjeller i kravene til saksbehandling om en sak er å anse som en rettighetsklage eller en tilsynssak, noe som kan ha stor betydning for den som klager.

Loven skiller mellom:

1. klager som gjelder brudd på rettigheter i pasient- og brukerrettighetsloven, jf. pbrl. § 7-2, (rettighetsklager)
2. anmodninger som gjelder brudd på helse- og omsorgslovgivningen, jf. pbrl. § 7-4, (tilsynssaker).

I **rettighetsklager** skal statsforvalteren ta stilling til om klagerens rettigheter i pasient- og brukerrettighetsloven er oppfylt. Avgjørelsen er, i motsetning til i tilsynssaker, som oftest rettet mot noe som kan kreves oppfylt i fremtiden.

Tilsyn er å se etter og bidra til at virksomheter overholder krav i lovgivningen. Tilsyn er videre risikobasert slik at en anmodning om tilsyn må vurderes ut fra konsekvenser for framtidig svikt for pasienter og brukere.

1.4.2 Forskjellige saksbehandlingsregler

I rettighetsklager skal forvaltningslovens regler om behandling av klager over enkeltvedtak gjelde så langt de passer, med de særlige bestemmelser som følger av pasient- og brukerrettighetsloven, jf. § 7-7, jf. § 7-2. I tilsynssaker gjelder helsetilsynsloven, pasient- og brukerrettighetsloven §§ 7-4 og 7-4 a og enkelte bestemmelser i forvaltningsloven.

1.4.3 Forskjellig adressat for klagen

En rettighetsklage skal sendes til den som har truffet avgjørelsen, jf. pbrl. § 7-2 første ledd andre setning, mens en anmodning om tilsyn skal sendes direkte til statsforvalteren, jf. pbrl. § 7-4.

1.4.4 Forskjellig partsforhold

I en rettighetsklage er klageren part i saken, mens det i en tilsynssak er helsepersonellet eller helse- og omsorgstjenesten som er part.

1.4.5 Begrensninger i statsforvalterens prøvingsrett

Et annet skille er begrensningene i prøvingen av det frie skjønn i rettighetsklager, jf. pbrl. § 7-7, mens det ikke er gitt tilsvarende begrensninger for prøvingen i tilsynssaker.

1.4.6 Forskjellige konklusjoner

I en rettighetsklage går avgjørelsen ut på å ta stilling til om klagerens rettigheter er oppfylt, se pkt. 4.4 om mulige utfall av statsforvalterens prøving. I en konkret tilsynssak tas det stilling om helsepersonellet/helse- og omsorgstjenesten har overholdt krav i lovgivningen, og om det er formålstjenlig ut fra et framtidig pasientsikkerhetsperspektiv å gi en reaksjon.

1.5 Avgjør sakstype; rettighetsklage, tilsynssak eller begge deler

1.5.1 Formålet med henvendelsen

Det sentrale for om saken skal behandles som en rettighetsklage eller tilsynssak er klagers formål med henvendelsen. Er det etter en konkret vurdering vanskelig å fastslå formålet, må statsforvalteren kontakte klager for å få dette avklart, og om nødvendig gi veiledning om forskjellen mellom rettighetsklager og tilsynssaker slik at pasienten eller brukeren kan ivareta sine interesser etter helse- og omsorgslovgivningen (12).

Rettighetsklager dreier seg primært om manglende oppfyllelse av rettigheter. Selv om rettigheten ikke lenger kan oppfylles, kan det likevel være nødvendig å behandle klagen som en rettighetsklage, jf. kapittel 2.1.2.

1.5.2 Felles behandling av rettighets- og tilsynsvurderinger i rettighetsklagen?

Selv om hvem som er part i saken avhenger av om det er en rettighetssak eller tilsynssak, kan det enkelte ganger være hensiktsmessig å ha en samlet vurdering av en henvendelse som både omhandler uoppfylte rettigheter og mulig brudd på krav i helse- omsorgslovgivningen. En samlet besvarelse kan velges der statsforvalteren vurderer at:

- En samlet vurdering får liten innvirkning på saksbehandlingstiden.
- Det er samme virksomhet eller helsepersonell som skal oppfylle rettighet og som kan ha brutt plikter.
- Formålet med tilsyn om å bidra til nødvendige endringer i praksis for å øke kvalitet, sikkerhet og tillit blir ivaretatt i en felles besvarelse.

Å få avklart om man har uoppfylte rettigheter vil ofte være av stor betydning for klageren, og vil gjerne være noe man har behov for her og nå. Rettighetsklagene må i slike tilfeller ha prioritet foran tilsynssaken. Statsforvalteren må da i foreløpig forvaltningssvar eller i svaret på rettighetsklagen informere om at anmodningen om tilsyn blir vurdert og besvart i eget brev.

Dersom statsforvalteren vurderer uoppfylte rettigheter og mulige pliktbrudd samlet i en sak, må de særlige regler og hensyn som gjelder for henholdsvis rettighetsklager og tilsynssaker likevel ivaretas. For eksempel må helsepersonellet eller virksomheten få vite at det også er opprettet tilsynssak mot dem, og gis anledning til å uttale seg til pliktbruddsspørsmål(ene).

Når det gjelder oppfølgingen av tilsynssaken, [viser vi til egne veiledere om dette](#).

2 Betingelser og krav som må være oppfylt for at statsforvalteren kan behandle en rettighetsklage

2.1 Klagen må gjelde rettigheter i pasient- og brukerrettighetsloven

Følgende betingelser og krav må være oppfylt for at statsforvalteren kan behandle en rettighetsklage:

- Klagen må gjelde rettigheter som er omtalt i pbrl. § 7-2.
- Den som klager har klagerett etter pbrl. § 7-2.
- Klagen oppfylder krav til form og innhold etter pbrl. § 7-3.
- Klagen er fremsatt innen klagefristen i pbrl. § 7-5.

For at statsforvalteren skal behandle klagen må den gjelde manglende oppfyllelse av de rettigheter som er nevnt i pbrl. § 7-2 første og femte ledd:

«Pasient eller bruker eller dennes representant som mener at bestemmelsene i kapitlene 2, 3 og 4, samt § 5-1, § 6-2 og § 6-3 er brutt, kan klage til Fylkesmannen. Klagen sendes til den som har truffet enkeltvedtaket eller avgjørelsen. [...] Første ledd gjelder tilsvarende for andre som mener de ikke har fått sine selvstendige rettigheter etter kapitlene 3 til 6 oppfylt.»

Klageretten gjelder både der det er fattet enkeltvedtak og andre avgjørelser fra helse- og omsorgstjenesten, da det i mange tilfeller ikke er krav til enkeltvedtak, jf. pbrl § 2-7.

Oversikt over rettighetene som kan påklages:

- materielle rettigheter i pbrl. kapittel 2. Det vil si de ulike helse- og omsorgstjenestene som kommunen og spesialisthelsetjenesten skal yte etter §§ 2-1a til § 2-6, samt § 2-8
- lovbestemte tidsfrister for hjelp i § 2-2 (vurderingsgaranti mv.)
- dekning av utgifter ved behandling i utlandet, § 2-4a
- prosessuelle rettigheter etter pbrl. kapittel 3 og 4 (rett til medvirkning og rett til informasjon og kravet om gyldig samtykke)
- rett til journalinnsyn etter § 5-1
- barns rett til helsekontroll og rettigheter under opphold i helseinstitusjon etter pbrl. §§ 6-1 til og med 6-3.

Når det gjelder klager på avgjørelser om retting og sletting av journal etter pbrl. § 5-2 følger klagerreglene av hpl. og ikke kapittel 7 i pbrl.

2.1.1 Det er tilstrekkelig at klageren mener at rettighet som nevnt i § 7-2 er brutt

Det er ikke et krav om at det må være vist til en aktuell og konkret rettighetsbestemmelse i klagen eller at det saksforholdet som ligger til grunn for klagen gjelder en konkret rettighetsfestet tjeneste. Det avgjørende er hvordan klagen må forstås etter en helhetlig vurdering av saksforholdet. Om det i saken faktisk er en manglende oppfyllelse av rettigheter vil da være et tema for behandlingen av klagen.

Eksempler på saker:

Helsedirektoratet har i avgjørelse av 2. mai 2018 i sak 18/6156-5 vurdert Fylkesmannens avvisning av en klage. Saken gjaldt en kommunes avslag på søknad om fortsatt kjøp av bo- og tjenestetilbud ved et landsdekkende bo- og tjenestetilbud for bl.a. døve, hørselshemmede og døvblinde. Fylkesmannen begrunnet avvisningen med at omsorgsbolig ikke er hjemlet i helse- og omsorgstjenesteloven og at det ikke forelå et enkeltvedtak som kunne påklages etter pbrl. § 2-7. Helsedirektoratet opphevet Fylkesmannens avvisningsvedtak. Helsedirektoratet uttalte at de var tilbøyelig til å være enig med klageren i at det sentrale i saken ikke var botilbudet, og at avslaget måtte anses som et enkeltvedtak. Dette ble imidlertid ikke vurdert å være avgjørende, da Helsedirektoratet mente at det gikk fram av klagen at klageren mente avslaget utgjorde et brudd på retten til nødvendige helse- og omsorgstjenester etter pbrl. § 2-1 a andre ledd. Helsedirektoratet konkluderte derfor med at det ikke var riktig å avvise klagen, da det følger av pbrl. § 7-2 første ledd at den som mener at bestemmelser i pasient- og brukerrettighetsloven er brutt, kan klage til Fylkesmannen.

I overprøvingssak hos Statens helsetilsyn (sak 2018/1709), hadde Fylkesmannen avvist klagen fordi den gjaldt avslag på behandling med en metode som ikke var besluttet tatt i bruk som del av det etablerte behandlingstilbudet i spesialisthelsetjenesten. Statens helsetilsyn viste til at klagen gjaldt spørsmål om retten til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten var oppfylt ved den behandlingen som pasienten ble tilbudt. Spørsmålet som ble reist i klagen gjaldt dermed hvor langt pasientens rettigheter etter pasient- og brukerrettighetsloven § 2-1 b andre ledd går. Problemstillingen kunne følgelig prøves, og Statens helsetilsyn opphevet Fylkesmannens vedtak og sendte saken tilbake for realitetsbehandling.

Henvendelser som kun gir uttrykk for generell misnøye og beklagelse, uten at det mer konkret er angitt hvordan dette rammer den enkelte, vil derimot ikke oppfylle kravet til klage etter pbrl. For eksempel vil det gjelde klage på at tilbudet til de eldre generelt er for dårlig. Slike klager må avvises. Klager bør da bli informert om at slike forhold kan tas opp direkte med helse og omsorgstjenesten.

Noen ganger kan imidlertid også mer generelle henvendelser tyde på at en pasient/bruker ikke får nødvendige helse- og omsorgstjenester. Da har statsforvalteren en oppfordring til å få avklart dette nærmere, enten ved å etterspørre mer informasjon fra klageren, eller ved å oversende saken til den aktuelle helse- og omsorgstjenesten for besvarelse. Det kan også ved mistanke om alvorlige lovbrudd være aktuelt å vurdere om henvendelsen bør følges opp som en tilsynssak.

2.1.2 Det er ikke krav om at saken har en bestemt aktualitet for den som har klagerett

Dersom den som klager er omfattet av de som er gitt klageadgang, er det ikke stilt noen ytterligere krav til klageinteresse eller aktualitet for at statsforvalteren skal ta klagen til behandling. Statsforvalteren kan derfor bare unntaksvis avvise en klage på grunn av manglende aktualitet. Unntak kan være at pasienten eller brukeren er død eller at førsteinstansen har endret sin avgjørelse/vedtak og oppfylt rettigheten.

Eksempelsak

Helsedirektoratet opphevet i sak 2017/31143, jf. vedtak datert 20. november 2017, Fylkesmannens vedtak om å avvise en klage og sendte saken tilbake for ny behandling. Saken gjaldt en datter som søkte om avlastningsopphold for moren, slik at datteren kunne dra på sommerferie. Kommunen innvilget avlastning for kun deler av perioden. Før Fylkesmannen rakk å behandle klagen, var avlastningsperioden utløpt, og Fylkesmannens avviste klagen på grunn av manglende aktualitet. Med henvisning til juridisk teori og Sivilombudsmannens avgjørelse 2012/241, la Helsedirektoratet til grunn at det i utgangspunktet ikke kan oppstilles tilleggskrav for at en part skal kunne ha klageadgang etter pbrl. § 7-2. Videre uttalte Helsedirektoratet at det var urimelig å operere med et aktualitetskrav der saksbehandlingstiden er årsaken til vurderingen av aktualitet. Helsedirektoratet mente videre at vedtaket hadde prinsipiell betydning for klageren, både for om søknaden om avlastning var riktig vurdert og for behandlingen av eventuelle fremtidige søknader.

2.1.3 Hvem har klagerett?

Hvem som kan klage følger av pbrl. § 7-2 første og femte ledd:

- *Pasient og bruker har rett til å klage selv, eller de kan bruke en representant som har fullmakt til å klage på deres vegne, jf. pbrl. § 7-2 første ledd, jf. siste ledd.*

- *Foreldrene* (eller andre med foreldreansvaret) har rett til å klage på vegne av barn, jf. reglene om samtykkekompetanse i pbrl. kapittel 4.
- *Verge* har rett til å klage på vegne av en pasient som er fratatt sin rettslige handleevne på det personlige området etter vergemålsloven § 22 tredje ledd, jf. pbrl. § 4-7.
- *Nærmeste pårørende* til en *pasient uten samtykkekompetanse*, kan klage på at de ikke får oppfylt retten til å *medvirke* etter pbrl. § 3-1 tredje ledd.
- *Nærmeste pårørende* til en pasient eller bruker har på visse vilkår rett til informasjon om pasienten/brukeren etter pbrl. § 3-3, og kan klage hvis de mener at de ikke får slik informasjon.
- *Foreldre* har en selvstendig rett til å klage dersom de mener at de ikke får oppfylt sin rett til *informasjon* om barnet, jf. pbrl. § 3-4.
- *Nærmeste pårørende* og *foreldre* kan klage på at de ikke får innsyn i pasient eller brukers journal etter pbrl. § 5-1.

2.1.4 Pasient og bruker må oppholde seg i riket

Pasient- og brukerrettighetsloven gjelder i utgangspunktet for alle som oppholder seg i riket, jf. pbrl. § 1-2, men det er gjort enkelte unntak for personer som er utenlandske borgere eller ikke har fast opphold i Norge, jf. forskrift om rett til helse- og omsorgstjenester til personer uten fast opphold i riket (13). For borgere fra et EU-/EØS-land eller Sveits, gjelder særlige regler, som følge av EØS-avtalen. Også utenlandske borgere som ikke har lovlig opphold, kan ha rett til tjenester etter pasient- og brukerrettighetsloven og i en klagesak få behandlet spørsmål om hvilke rettigheter de har.

Informasjon om rett til helse- og omsorgstjenester for utenlandske borgere i Norge er gitt på helsenorge.no og i Helsedirektoratets Veileder om helsetjenester til asylsøkere, flyktninger og familiegjennforente, IS-1022 (14). For kommunale helse- og omsorgstjenester er dette også omtalt i Helsedirektoratets Veileder for saksbehandling, Tjenester etter helse- og omsorgstjenesteloven §§ 3-2 første ledd nr. 6, 3-6 og 3-6, I-2442 (15).

En person er å anse som bosatt i utlandet dersom oppholdet utenfor Norge er på minst 12 måneder. Det samme gjelder dersom oppholdet i utlandet varer i totalt mer enn seks måneder i året i to eller flere kalenderår etter hverandre, jf. folketrygdloven (ftrl.) § 2-1 fjerde ledd. Nordmenn som ikke oppholder seg i Norge og som mangler medlemskap i folketrygden faller etter pbrl. § 1-2 derfor utenfor lovens virkeområde. En klage på manglende oppfyllelse av rettigheter fra en person bosatt i utlandet kan statsforvalteren derfor avvise med den begrunnelse.

2.1.5 Pasient og bruker

Det er pasient og bruker som i utgangspunktet er gitt rett til å klage over manglende oppfyllelse av sine rettigheter etter loven. Når det gjelder klager om nødvendig pårørendestøtte, vil den pårørende være part etter fvl. § 2 første ledd e), da saken er rettet mot og direkte gjelder dem. De vil derfor ha partsrettigheter og klagerett. I saker om pårørendestøtte har Helsedirektoratet omtalt pårørende som brukere, jf. definisjonen pbrl. § 1-3 f. Det vises til ovennevnte sak av 20. november (2017/31143), samt i veileder for saksbehandling (15).

For pasienter over 18 år som mangler samtykkekompetanse er det i utgangspunktet pasienten selv som må klage på helsehjelpen. Dette er slått fast av Helse- og omsorgsdepartementet i fortolkningsuttalelse av 23. juni 2017 (16). Uttalelsen var svar på spørsmål fra

Helsedirektoratet på om nærmeste pårørende til pasienter uten samtykkekompetanse hadde klagerett. Departementet viste til at pasienten enten kunne gi pårørende fullmakt til å klage eller at pårørende kunne bidra til at det blir oppnevnt verge for pasienten. Departementet viste videre til at både førsteinstansen og klageinstansen har mulighet til å vurdere omgjøring av vedtaket uten klage etter forvaltningsloven § 35, herunder i tilfeller der nærmeste pårørende skulle be om det.

Om fullmakt og verge, se punkt 2.2.3.3 og 2.2.3.4.

2.1.6 Representant for pasient eller bruker

En representant for pasient og bruker kan også klage på vedkommendes vegne etter pbrl. § 7-2 første ledd. Hvem som kan opptre som representant følger av bestemmelsens sjette ledd:

- de som har samtykkekompetanse på vegne av pasienten etter pbrl. kapittel 4
 - foreldre og andre med foreldreansvar, pbrl. §§ 4-4 til 4-6
 - verge for pasienter som er fratatt rettslig handleevne, pbrl. § 4-7
- den som har fullmakt til å klage på pasientens eller brukers vegne

2.1.6.1 Nærmere om representasjon fra foreldre og andre med foreldreansvar

Foreldre og andre med foreldreansvar som kan samtykke på vegne av barn, kan også klage på vegne av barna. Pbrl. §§ 4-4 og 4-5 om samtykke på vegne av barn gjelder kun helsehjelp og avhenger av barnets alder og om barnet selv kan samtykke. Når barnet har blitt 16 år, kan ikke lenger foreldre eller andre med foreldreansvar klage på vegne av barnet, med mindre barnet mangler samtykkekompetanse. Når barnet har fylt 18 år, kan ikke foreldrene lenger klage på vegne av barnet. Dette gjelder selv om barnet mangler samtykkekompetanse, jf. kapittel 2.2.2.

Selv om foreldre eller andre med foreldreansvar ikke lenger har en selvstendig rett til å fremme en rettighetsklage på vegne av en pasient etter pbrl. § 7-2, kan statsforvalteren vurdere om opplysningene tilsier at det bør opprettes tilsynssak etter pbrl. § 7-4.

Når det gjelder omsorgstjenester, vil ofte tjenestene være gitt direkte til foreldre og andre med foreldreansvar, jf. pbrl. § 2-8 om tiltak ved særlig tyngende omsorgsoppgaver og hol. § 3-6 om nødvendig pårørendestøtte som opplæring og veiledning, avlastningstiltak og omsorgsstønning. Mottakere av slike tjenester er som nevnt tidligere, å anse som brukere og vil derfor ha klagerett på manglende oppfyllelse av slike tjenester.

2.1.6.2 Representasjon fra verge der pasienten er fratatt rettslig handleevne

Pbrl. § 7-2 henvisning til representant som har samtykkekompetanse etter pbrl. kapittel 4, innebærer at verge representerer pasienten der pasienten er fratatt rettslig handleevne på det personlige området. Vergen kan imidlertid kun samtykke til avgjørelser om helsehjelp for de tilfeller pasienten ikke selv er i stand til å ivareta egne interesser gjennom egne avgjørelser, jf. pbrl. § 4-7.

Dersom vergen ikke klager, vil likevel en pasient som er fratatt rettslig handleevne ha rett til selv å fremme en rettighetsklage (17). Statsforvalteren kan derfor ikke avvise en klage fra pasient/bruker med den begrunnelse at klager ikke har rettslig handleevne.

2.1.6.3 Klager fra verger der pasient og bruker ikke er fratatt rettslig handleevne

Med unntak av verger som er oppnevnt for pasienter som er fratatt rettslig handleevne, har ikke andre oppnevnte verger selvstendig klageadgang etter pbrl. § 7-2.

Pasienter og brukere kan imidlertid ha oppnevnt verge der vergemålet omfatter personlige forhold. Den som har verge omtales som vergehaver. Hvor langt vergens mandat går skal være tilpasset vergehaverens behov for bistand. Dersom vergemålet omfatter personlige forhold, vil vergens rolle ofte omfatte representasjon og ivaretagelse av rettigheter, inkludert rettigheter etter pbrl. Vergen skal imidlertid ikke gjøre noe vergehaver er uenig i, men skal informere vergehaver om forhold av betydning for rettigheter og lytte til vergehavers meninger². Dersom vergehaver (pasient/bruker) ønsker å klage, vil en klage fra vergen i så fall være å forstå som bistand til pasient eller bruker og ikke som en selvstendig klage fra vergen. Vergen representerer i kraft av sitt vergeoppdrag og trenger derfor ikke egen fullmakt.

2.1.6.4 Representasjon gjennom fullmakt

Pasient og bruker kan oppnevne en fullmektig til å representere seg i rettighetsklager. Tilsvarende vil representant for pasient eller bruker kunne oppnevne en fullmektig. Pasient og bruker står fritt til å velge fullmektig. Fullmektig vil ofte være nærmeste pårørende eller annen person som står vedkommende nær, eller en advokat/rettshjelper. Fullmektig kan også være pasient- og brukerombudet. Retten til å la seg representere følger også av fvl. § 12.

Etter pbrl. § 7-2 sjette ledd skal en fullmektig som ikke er advokat, legge fram skriftlig fullmakt, jf. også fvl. § 12 fjerde ledd.

Der det er krav om fullmakt, må statsforvalteren sjekke at det forholdet som er påklaget faktisk dekkes av fullmakten. Dersom fullmakten ikke er dekkende for det forholdet som påklages, skal statsforvalteren først gi den som har fremmet klagen en mulighet til å rette mangelen, før fullmakten avvises (18, 19).

Som nevnt i punkt 2.3.3 har Helse- og omsorgsdepartementet i fortolkningsuttalelse av 23. juni 2017 lagt til grunn at pasienter over 18 år som mangler samtykkekompetanse etter pbrl. § 4-3 må gi fullmakt til nærmeste pårørende for at de skal kunne klage på deres vegne.

Dersom den som klager mangler samtykkekompetanse etter pbrl. § 4-3, kan det bli et spørsmål om vedkommende kan avgi en gyldig fullmakt. Manglende samtykkekompetanse til helsehjelp betyr ikke at pasienten også mangler kompetanse til å gi noen fullmakt. Dette må derfor vurderes på selvstendig grunnlag. Statsforvalteren kan ha opplysninger om klagers kognitive funksjon som kan gi grunn til å vurdere om fullmakten er gyldig inngått. Sivilombudsmannens vurdering i sak 2017/836, omhandlet blant annet om fullmakten som pasienten hadde gitt Pasient- og brukerombudet for å innhente opplysninger var gyldig. Fylkesmannen hadde kommet til at den var ugyldig og hadde avslått innsyn. Sivilombudsmannen uttalte blant annet:

«Ombudsmannen er ikke uenig i Fylkesmannens utgangspunkt og vurderingstema, men presiserer at terskelen for samtykkekompetanse ikke må settes høyt for sykehjemsbeboere som trenger bistand til å klage på tvungen innleggelse på en lukket avdeling. I vurderingen vil det være relevant å se hen til hvem som eventuelt skal bistå. Mens det kan være grunn til å beskytte en dement person mot enkelte pårørende,

² Vergemål.no og informasjonen der om Min rolle som verge.

som kan ha en egen agenda i strid med pasientens interesser, stiller situasjonen seg annerledes når fullmektigen er et offentlig oppnevnt ombud som skal ivareta pasienters rettigheter etter nærmere bestemmelser i pasient- og brukerrettighetsloven. Ved en eventuell klagebehandling av innsynsspørsmålet bes dette lagt til grunn. A var for øvrig ikke fratatt den rettslige handleevnen, og man kunne derfor se for seg at hun selv signerte på et innsynskrav og en eventuell klage.»

Momentene fra Sivilombudsmannens sak vil etter Statens helsetilsyns vurdering også være aktuell for andre saker enn tvungen helsehjelp.

Dersom en fullmakt ikke kan legges til grunn, har likevel pasienten/brukeren sin klagerett i behold. Statsforvalteren bør derfor sikre at pasienten/klageren blir informert om dette.

2.1.7 Pårørende og andres selvstendige klagerett etter pbrl. § 7-2 femte ledd

Pasientens foreldre (eller andre som har foreldreansvar) og nærmeste pårørende har også noen selvstendige rettigheter som kan påklages ved manglende oppfyllelse:

- nærmeste pårørendes rett til informasjon etter pbrl. § 3-3
- foreldres rett til informasjon etter pbrl. § 3-4
- foreldres rett til å samtykke til helsehjelp etter pbrl. § 4-4
- nærmeste pårørende og foreldres rett til innsyn i journal etter pbrl. § 5-1

2.1.7.1 Særlig om hvem som er nærmeste pårørende

Hvem som skal anses som nærmeste pårørende er uttømmende regulert i pbrl. § 1-3 b. Andre slektninger og pårørende har derfor ikke rett på informasjon eller journalinnsyn etter disse reglene.

Det følger av pbrl. § 1-3 b at det er pasienten selv som peker ut den som skal være nærmeste pårørende. Dersom pasienten ikke er i stand til å oppgi hvem dette skal være, utpekes nærmeste pårørende av helse- og omsorgstjenesten. Helse- og omsorgstjenesten skal da peke ut den som i størst utstrekning har varig og løpende kontakt med pasienten eller brukeren, med utgangspunkt i den prioriteringsrekken som er angitt i § 1-3 b. Dersom pasienten eller brukeren tidligere har utpekt hvem som skal være nærmeste pårørende, fortsetter denne som nærmeste pårørende, selv om pasienten eller brukeren ikke lenger er i stand til å oppgi dette.

Det at pasienten ikke er i stand til oppgi hvem som skal være nærmeste pårørende, må ses i sammenheng med spørsmålet om manglende samtykkekompetanse etter pbrl. § 4-3.

Selve beslutningen om hvem som er nærmeste pårørende, er ikke et enkeltvedtak og kan derfor ikke påklages. Den som hevder å ha uoppfylte rettigheter som nærmeste pårørende kan imidlertid klage på dette etter § 7-2 femte ledd. For at statsforvalteren skal kunne ta stilling til om det foreligger uoppfylte rettigheter, må statsforvalteren gjøre en konkret vurdering av om den som klager faktisk er nærmeste pårørende.

Det er viktig å være oppmerksom på at det etter Sivilombudsmannens uttalelse i 2019/1273 ikke lenger kan legges til grunn noen krav til egnethet når det gjelder spørsmålet om nærmeste pårørende (20).

2.2 Klagens form og innhold

I hovedsak skal forvaltningslovens prinsipper for behandling av klage på enkeltvedtak gjelde både for førsteinstansen og klageinstansens behandling av klagen. Det er imidlertid fastsatt noen særregler i pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 7.

De formelle kravene til selve klagen følger av pbrl. § 7-3:

- Klagen skal være skriftlig.
- Klagen skal være undertegnet av pasienten/brukeren eller dennes representant.
- Klagen bør nevne det forhold som det klages over og gi opplysninger som kan være av betydning for behandlingen av klagen.

2.2.1 Krav om skriftlig og undertegnet klage

Pbrl. § 7-3 stiller krav om at klagen skal være skriftlig og undertegnet av klageren. Selv om ordlyden i pbrl. § 7-3 er at klagen skal være skriftlig er ikke dette til hinder for bruk av elektronisk kommunikasjon ved klage så lenge avsenders identitet kan bekreftes.

Det framgår av forarbeidene at klager i særlige tilfeller bør kunne framsette klagen muntlig, for eksempel i saker som haster, men at klager da skal legge fram klagen skriftlig i ettertid (21).

2.2.2 Innholdet i klagen

Bakgrunnen for kravet til form og innhold i pbrl. § 7-2 er at statsforvalteren har behov for informasjon for å kunne realitetsbehandle klagen. Bestemmelsen stiller imidlertid beskjedne krav. Det er ikke stilt krav om at klagen skal være begrunnet, men det må framgå at det er en klage og ikke bare en beklagelse. Som det ble vist til i kapittel 2 er det tilstrekkelig at en pasient eller bruker mener at en rettighet som nevnt i § 7-2 er brutt. Der hvor pasienten eller brukeren har fått innvilget en rettighet, må det gå fram av klagen hvilken endring klageren ønsker, som for eksempel om det er å endre utmåling av tjenesten, innholdet eller hvor tjenesten ytes.

I tillegg må statsforvalteren kunne utlede av opplysningene at den som har klaget har klagerett etter pbrl. § 7-2.

2.3 Klagefrist

Fristen for å klage er fire uker etter at klageren fikk eller burde ha fått tilstrekkelig kunnskap til å fremme en klage, jf. pbrl. § 7-5.

Fristen starter i utgangspunktet fra det tidspunkt klageren får kunnskap om avgjørelsen i saken. Det vil typisk være når klageren mottar avgjørelsen om avslag på en tjeneste, for eksempel plass i sykehjem.

Dersom klagen gjelder innholdet i en tjeneste som gis, for eksempel spørsmål om innholdet i en bestemt behandling, oppfølging, bemanning eller en endring i tjenestetilbudet, vil fristen løpe fra et senere tidspunkt. Friststart må i slike tilfeller være når klager har eller burde ha oppdaget forholdet det klages over.

2.3.1 Oversittelse av klagefristen

Dersom en klage kommer for sent, skal både helse- og omsorgstjenesten og statsforvalteren vurdere om klagen likevel skal tas til behandling, jf. fvl. § 31. Dersom klager ikke kan klandres for å ha oversittet fristen, eller fristoverskridelsen er kort, taler det for at klagen likevel blir behandlet.

Klagefristen bør ikke tolkes strengt. Klageren kan være i en vanskelig og sårbar situasjon og det tilsier at statsforvalteren bør ha en lav terskel for å behandle klagen. Saken kan i seg selv innebære at klagen er eneste mulighet for å få avklart spørsmålet, som for eksempel der saken gjelder dekning av utgifter til pasientreiser.

I forvaltningsloven § 31 siste ledd er det gitt en absolutt frist på ett år fra vedtakstidspunktet, for å ta en klage til realitetsbehandling. Etter dette tidspunktet kan klagen eventuelt behandles som en anmodning om omgjøring etter fvl. § 35.

2.4 Følgene av at betingelser og krav til klagen ikke er oppfylt

Dersom betingelsene for å behandle klagen ikke er oppfylt, må klagen avvises. Det vil være tilfelle der:

- Klager ikke er omfattet av pbrl. § 1-2.
- Klager ikke har klagerett etter § 7-2.
- Klagen gjelder en rettighet som ikke er omhandlet av pbrl. § 7-2.
- Klagen er for sent fremsatt og statsforvalteren vurderer at det ikke er forhold som tilsier at saken likevel skal behandles.
- Statsforvalteren har gitt frist for retting og utfylling etter § 7-3 siste ledd, men dette ikke skjer.
- Endringer under saksbehandlingen som medfører at saken mangler aktualitet, som at førsteinstansen oppfyller rettigheten eller at pasienten/brukeren dør.
- Klagen er framsatt ved fullmektig som ikke har dekkende fullmakt.

2.4.1 Avvisningsavgjørelse er et enkeltvedtak

Dersom helse- og omsorgstjenesten avviser å behandle en rettighetsklage, er avvisningen et enkeltvedtak som kan påklages til statsforvalteren, jf. forvaltningsloven § 2 tredje ledd. Det er ikke klagerett på statsforvalterens stadfestelse av førsteinstansens avvisningsvedtak, slik det heller ikke er på andre vedtak statsforvalteren behandler som klageinstans, jf. fvl. § 28 tredje ledd.

Statsforvalteren kan komme til at klagen skal avvises, selv om avvisning ikke er vurdert av helse- og omsorgstjenesten, jf. fvl. § 34. Statsforvalterens avvisning skjer da som førsteinstans og avvisningsvedtaket kan påklages til overordnet organ, jf. fvl. § 28 tredje ledd.

Mangler knyttet til en fullmakt vil som oftest kunne rettes med mindre pasienten eller brukeren ikke har kompetanse til å avgi fullmakt. Det at en fullmakt blir avvist har imidlertid ikke noen betydning for pasientens eller brukerens rett til selv å framsette klage, og er derfor i utgangspunktet ikke å anse som et enkeltvedtak som kan påklages.

Hvem som er overordnet organ (klageinstans) når statsforvalteren avviser saken som førsteinstans, avhenger av om klagen gjelder kommunale helse- og omsorgstjenester eller spesialisthelsetjenester:

- **Helsedirektoratet** er klageinstans når statsforvalteren avviser å behandle klage på manglende oppfyllelse av rettigheter fra den kommunale helse- og omsorgstjenesten (22).
- **Statens helsetilsyn** er klageinstans når statsforvalteren avviser å behandle klage på manglende oppfyllelse av rettigheter fra spesialisthelsetjenesten, jf. fvl. § 28 første ledd og helsetilsynsloven § 3 første ledd (23).

2.4.2 Saker som verken skal realitetsbehandles eller avvises

En klage på et vedtak som klageinstansen (statsforvalteren) har behandlet tidligere skal ikke avvises i form av enkeltvedtak. Klageren har rett til kun én overprøving av saken.

Statsforvalteren skal orientere klageren om at han ikke har rett til å få prøvd spørsmålet på nytt og vise til tidligere vedtak, hvor det skal stå at vedtaket etter forvaltningsloven § 28 tredje ledd er endelig og ikke kan påklages. Statsforvalteren må imidlertid ta stilling til om det er grunnlag for omgjøring etter fvl. § 35.

Dersom en henvendelse er utformet som en klage på et tidligere vedtak, men i realiteten er å anse som en ny søknad om tjenester, må statsforvalteren opplyse om at helse- og omsorgstjenesten er rette instans, jf. veiledningsplikten i fvl. § 11.

For henvendelser som åpenbart ikke skal behandles av statsforvalteren, skal henvendelsen oversendes til rette instans når det er opplagt hvilken instans som skal ha henvendelsen. I andre tilfeller skal statsforvalteren returnere henvendelsen til avsender.

3 Innledende gjennomgang av henvendelsene

3.1 Har rettighetsklagen først vært vurdert av helse- og omsorgstjenesten?

Alle rettighetsklager skal først vurderes av helse- og omsorgstjenesten (førsteinstansen), før klagen oversendes til statsforvalteren som klageinstans.

Dersom klageren har sendt sin klage direkte til statsforvalteren, må statsforvalteren umiddelbart oversende den til helse- og omsorgstjenesten, med kopi til klager.

Klagen kan imidlertid ha et innhold som kan indikere at den ikke er ment å skulle komme til helse- og omsorgstjenestens kunnskap. I et slikt tilfelle skal statsforvalteren returnere saken til klager med veiledning om fremgangsmåten ved klage, jf. forvaltningsloven § 11. Alternativt kan statsforvalteren avklare fremgangsmåten direkte med klager (for eksempel på telefon).

3.1.1 Hvem skal klagen oversendes til?

Dersom rettighetsklagen gjelder kommunale helse- og omsorgstjenester, skal klagen sendes til den enhet som har ansvar for å oppfylle den aktuelle tjenesten i kommunen.

Klage som gjelder manglende oppfyllelse av rettigheter fra spesialisthelsetjenesten, skal oversendes til den avdeling/enhet som er ansvarlig for den aktuelle helsehjelpen.

I særlige tilfeller kan statsforvalteren vurdere å sende kopi til virksomhetens ledelse, for eksempel ved spesielt alvorlige saker, ved behov for påtrykk i hastesaker eller der det foreligger prinsipielle forhold utover den enkelte sak.

Hvis klagen gjelder avgjørelser som er truffet av helsepersonell, skal statsforvalteren sende klagen til den som skal gi den aktuelle tjenesten. For eksempel skal klage på innsyn i journal oversendes den som har ført journalen, eller den journalansvarlige i en helseinstitusjon. Hvis det er uklart hvilket enkelthelsepersonell som er ansvarlig, skal statsforvalteren sende klagen til virksomheten. For klager på pasient- og brukerrettigheter i fastlegeordningen, se kapittel 8.10.

3.1.2 Statsforvalterens oversendelsesbrev til helse- og omsorgstjenesten

I statsforvalterens oversendelse til helse- og omsorgstjenesten skal det opplyses om at klagen skal vurderes i samsvar med reglene i forvaltningsloven § 33. Statsforvalteren skal presisere at dersom klagen ikke tas til følge, skal saken sendes til statsforvalteren. I tillegg bør statsforvalteren i oversendelsen sette en frist for helse- og omsorgstjenestens vurdering for saker av stor viktighet og/eller som haster.

Sivilombudsmannen har i sak 2018/631 (24) uttalt at statsforvalteren brøt god forvaltningsskikk, ved at det i oversendelsesbrevet til kommunen ikke fremkom at kommunen skulle foreta en forberedende klagebehandling og eventuelt skulle sende saken tilbake til statsforvalteren dersom kommunen ikke tok klagen til følge. Sivilombudsmannen uttalte også at statsforvalteren burde satt en frist for kommunens klagevurdering.

3.1.3 Helse- og omsorgstjenestens behandling av klagen

Helse- og omsorgstjenesten skal vurdere klagen og foreta de undersøkelser som klagen gir grunn til. Helse- og omsorgstjenesten kan endre eller oppheve avgjørelsen dersom den finner grunnlag for det.

Helse- og omsorgstjenesten har en selvstendig plikt til å sørge for at klagesaken blir tilrettelagt. Dersom helse- og omsorgstjenesten ikke finner grunn til å endre sin avgjørelse slik at klageren ikke får medhold, skal saken så snart den er tilrettelagt oversendes til statsforvalteren. Sakens dokumenter, inkludert førsteinstansens vurdering, skal inngå i oversendelsen.

Dersom førsteinstansen gir klageren delvis medhold, vil dette være en ny avgjørelse som kan påklages etter pbrl. § 7-2. Helse- og omsorgstjenesten og klager kan imidlertid ha vært i dialog om at der helse- og omsorgstjenesten kun gir delvis medhold, skal saken automatisk oversendes til statsforvalteren for klagebehandling.

3.2 Vurder om rettighetsklagen hører til en annen statsforvalter

Det er fylket hvor helse- og omsorgstjenesten som er ansvarlig for å oppfylle rettigheten (pliktsubjektet) ligger, som avgjør hvem som er rette statsforvalter til å behandle klagen. Det betyr at statsforvalteren behandler klager fra kommuner i sitt fylke eller der virksomheten som skal oppfylle pasient- eller brukerrettigheten befinner seg.

Dersom en klage er sendt til feil statsforvalter, må klagen snarest oversendes rett statsforvalter. Klageren og helse- og omsorgstjenesten skal få kopi av oversendelsesbrevet.

3.2.1 Tilknytning til flere fylker

Dersom en sak har tilknytning til flere statsforvaltere skal saken behandles etter følgende prinsipper:

- Saken behandles samlet av statsforvalteren i ett fylke.
- Saken behandles av statsforvalteren i det fylket der hovedpliktsubjektet ligger.
- Saken behandles av statsforvalteren i det fylket som har de beste lokale forutsetninger for å avklare de faktiske forholdene.

Hvis en kommune har inngått en avtale om tjenester med en privat eller kommunal tjenesteyter i en kommune som ligger i et annet fylke, er det kommunen som har fattet vedtak om tjenesten («bestillerkommunen») som fortsatt er pliktsubjektet, jf. oppholdskommunens «sørge for»-ansvar etter helse- og omsorgstjenesteloven § 3-1.

Rettigheter som pasient eller bruker kan kreve direkte av tjenesteyteren skal behandles av den statsforvalter hvor tjenesteyter er lokalisert. Dette gjelder blant annet ved klage på rett til informasjon, rett til medvirkning, rett til journalinnsyn mv. (prosessuelle rettigheter).

Dette gjelder også der klageren flytter til et annet fylke før klagesaken er ferdigbehandlet. Flyttingen kan imidlertid ha betydning for om klageren fortsatt kan ha en rettighet overfor kommunen, jf. prinsippet om oppholdskommunens ansvar i hol § 3-1. Rundskriv I-43/99 (25) omtaler situasjonen der en sterkt pleietrengende ønsker å flytte til en annen kommune. En eventuell klage på manglende vurdering av søknad eller avslag skal da behandles av statsforvalteren i tilflyttingskommunens fylke.

En klage skal videre behandles av den statsforvalteren hvor virksomheten som har ansvaret for å oppfylle rettigheten befinner seg. En rettighetsklage kan være knyttet til et helseforetak som har flere fylker som sitt område, dvs. at saken gjelder behandlingstilbud som går på tvers av fylkes- eller regiongrenser. Der et helseforetak har fått vurderings- og beslutningskompetanse for hele helseregionen, skal rettighetssaken behandles av statsforvalteren i det fylket hvor denne virksomheten ligger. Det medfører at avgjørelser om rehabilitering innen spesialisthelsetjenesten skal behandles av statsforvalteren der beslutningsorganet ligger, og ikke der rehabiliteringsinstitusjonen befinner seg.

Rettighetsklager som omfatter flere rettighetsspørsmål og/eller behandlingsnivåer på tvers av fylkesgrenser/regiongrenser, behandles av statsforvalteren i det fylket som hovedspørsmålet gjelder. For eksempel ved klage på henteordningen i LAR, der pasienten er overført til kommunen/fastlegen, men hvor spesialisthelsetjenesten (som kan være i et annet fylke) fortsatt har en overordnet rolle. En slik sak skal behandles av statsforvalteren i det fylket der kommunen ligger dersom det primært er kommunens/fastlegens avgjørelser som er påklaget.

Det er viktig at saker som berører flere statsforvaltere får en samordnet behandling. Statsforvalteren som mottar klagen, avklarer dette snarest mulig, og tar stilling til det videre ansvaret for saksbehandlingen med statsforvalterne i de andre berørte fylkene.

Underveis i behandlingen av saken kan det vise seg at den berører andre statsforvaltere som burde vært involvert. Det er som hovedregel den statsforvalteren som startet saksbehandlingen som også ferdigbehandler den, men det kan avtales unntak fra hovedregelen. Uansett skal saksbehandlingen skje i samråd med andre berørte statsforvaltere.

3.3 Registrer rettighetsklagen i NESTOR

Dersom vilkårene for å behandle saken som en rettighetsklage er oppfylt, skal statsforvalteren registrere saken i statsforvalterens og Statens helsetilsyns felles system for tilsyn og rettighetssaker, NESTOR. Det henvises til «Brukerveiledning, registrering av rettighetsklage – helse/omsorg».

3.4 Vurder habilitet, faglig kompetanse og eventuelt behov for sakkyndig

Alle som er involvert i saksbehandlingen av rettighetsklager må vurdere sin egen habilitet, jf. forvaltningsloven kapittel II.

Videre må statsforvalteren sørge for at rettighetsklager blir behandlet av saksbehandlere med nødvendig faglig kompetanse, dvs. både helse- og omsorgsfaglig og juridisk kompetanse.

Særlig i rettighetsklager som omhandler pasienters behov for og nytte av helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten, vil avgjørelsene i stor grad være basert på medisinske vurderinger. Statsforvalteren må da ta stilling til om de har nødvendige kompetanse på det aktuelle fagfeltet, og eventuelt vurdere om det er behov for å oppnevne en særskilt sakkyndig.

Kostnadshensynet og hensynet til rask behandling, og hva det er mulig å få prøvd ved en klagevurdering basert på skriftlighet, tilsier imidlertid at det ikke vil være behov for å bruke sakkyndige i særlig grad. Statsforvalteren kan aldri ut fra manglende egen realkompetanse la være å behandle en rettighetsklage.

3.5 Sjekk at alle saksdokumentene er oversendt

Statsforvalteren må umiddelbart gjennomgå saken for å se om de grunnleggende dokumentene er med, slik som henvisninger, søknad, eventuelt fullmakt, helse- og omsorgstjenestens (førsteinstansens) avgjørelse, klagen og førsteinstansens vurdering av klagen. Dersom slike dokumenter mangler, må de innhentes raskt, for eksempel ved å ta en telefon til helse- og omsorgstjenesten.

3.6 Krav til saksbehandlingstid – vurder om klagen må behandles spesielt raskt

Alle saker skal behandles uten ugrunnet opphold, jf. forvaltningsloven § 11 a.

Kravet til saksbehandlingstid framgår hvert år av Kommunal- og moderniseringsdepartementets tildelingsbrev til statsforvalterne. De siste årene har kravet vært at minst 90 prosent av rettighetsklagene skal ha en saksbehandlingstid på tre måneder eller mindre. Noen saker må imidlertid behandles raskere. Hvor raskt, vil avhenge av sakstype og må vurderes konkret i hver enkelt sak. Statsforvalteren bør også ta hensyn til samlet saksbehandlingstid der helse- og omsorgstjenesten har brukt lang tid på å fatte avgjørelse i saken. Eksempler på rettighetsklager som bør avgjøres raskt, er der det er gitt avslag på søknad om ferieavlastning rett før ferien starter, og klager som omhandler tap av pågående

behandlingstilbud, slik som avslutning av pågående medisiner og utskrivning fra helseinstitusjon mot pasientens vilje.

3.7 Utsatt iverksetting av helse- og omsorgstjenestens avgjørelse

Det følger av pbrl. § 7-7 første ledd at reglene i fvl. om behandling av klager over enkeltvedtak gjelder så langt de passer. Fvl. § 42 gir regler om utsatt av iverksettelse gjelder ved klage. Både helse- og omsorgstjenesten og statsforvalteren kan etter denne bestemmelsen beslutte at vedtak ikke skal iverksettes før klagen er avgjort.

Statens helsetilsyn har lagt til grunn at bestemmelsen kommer til anvendelse på både avgjørelser i helse- og omsorgstjenesten hvor krav til enkeltvedtak skal følges, og for avgjørelser som er unntatt fra disse saksbehandlingskravene. Dette innebærer at utsatt iverksetting etter fvl. § 42 kan besluttes også for spesialisthelsetjenestens avgjørelser. Dette reiser noen problemstillinger knyttet til hva som er å anse som «vedtak», som Statens helsetilsyn vil be fortolkningsmyndighet om å avklare.

Bestemmelsen er særlig aktuell der helse- eller omsorgstjenesten har avsluttet eller vil avslutte pågående hjelp/tjeneste. For klageren kan det i slike tilfeller være viktig at en avgjørelse ikke gjennomføres før det er avgjort om klagen fører frem. For eksempel vil en klage på ufrivillig utskrivning fra spesialisthelsetjenesten ha liten mening om klageinstansen, etter at avgjørelsen er gjennomført, gir klageren medhold. En annen situasjon kan være dersom en klager som får redusert antall timer med brukerstyrt personlig assistanse risikerer at assistenten slutter.

Avslag på utsatt iverksetting er ikke et enkeltvedtak og kan derfor ikke påklages, men siden både helse- og omsorgstjenesten og statsforvalteren kan bestemme at en avgjørelse ikke skal iverksettes før klagen er avgjort, kan likevel statsforvalteren vurdere utsatt iverksetting selv om helse- og omsorgstjeneste har avslått dette. Dersom klageren ber statsforvalteren om utsatt iverksetting uten at helse- og omsorgstjenesten har vurdert spørsmålet, bør statsforvalteren drøfte spørsmålet med helse- og omsorgstjenesten før beslutningen tas.

Uavhengig av om klageren har krevd utsatt iverksetting, må statsforvalteren alltid vurdere dette når det fremstår som viktig for klageren. Dette vil blant annet være i saker der det er stor risiko for at klager vil miste eller få redusert helt nødvendige tjenester dersom ny avgjørelse iverksettes.

Statsforvalteren kan også beslutte utsatt iverksetting selv om helse- og omsorgstjenesten allerede har endret eller redusert tjenestetilbudet; dvs. at iverksettelsen oppheves og den tidligere tilstand reetableres inntil videre. Dette følger av en analogisk tolkning av forvaltningsloven § 42.

3.8 Foreløpig svar

Dersom statsforvalteren ikke kan ferdigbehandle saken i løpet av en måned, skal statsforvalteren snarest mulig sende et foreløpig svar til klageren, med kopi til helse- og omsorgstjenesten, jf. fvl. § 11 a. I det foreløpige svaret skal statsforvalteren oppgi forventet saksbehandlingstid og en begrunnelse for at klagen ikke kan behandles tidligere.

4 Undersøkelse og prøving av rettighetsklagen

4.1 Statsforvalterens prøvingskompetanse

Det er i utgangspunktet de alminnelige saksbehandlingsreglene i forvaltningsloven som gjelder for klagesaksbehandlingen, enten avgjørelsen det klages over er enkeltvedtak eller ikke. Dette følger av pbrl. § 7-7 første ledd som lyder:

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

Dette innebærer at statsforvalterens prøvingsrett i utgangspunktet følger fvl. § 34 andre ledd første og andre punktum som omhandler klageinstansens kompetanse:

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

Etter fvl. § 34 andre ledd tredje punktum skal klageinstansen for kommunale vedtak *legge stor vekt* på hensynet til det kommunale selvstyret ved prøving av det frie skjønnet. Samme begrensning er også tatt inn i pbrl. § 7-7 hva gjelder statsforvalterens prøving av vedtak om kommunale omsorgstjenester, mens det for kommunale vedtak om helsetjenester kun skal *legges vekt* på hensynet til det kommunale selvstyret. Her vil derfor skillet mellom omsorgstjenester og helsehjelp ha betydning for prøvingskompetansen.

Det er ikke gitt tilsvarende begrensninger for prøvingen av spesialisthelsetjenestens avgjørelser, men det forhold at statsforvalteren er en ikke-klinisk instans, kan ha betydning for hvor inngående prøvingen kan være.

At statsforvalteren kan prøve alle sider ved saken, innebærer at fire ulike forhold ved helse- og omsorgstjenestens avgjørelse kan prøves:

1. om helse- og omsorgstjenesten har lagt rett faktum til grunn (faktum)
2. om helse- og omsorgstjenesten har brutt saksbehandlingsreglene (saksbehandlingen)
3. om helse- og omsorgstjenesten har benyttet rett lov og om loven er tolket og anvendt rett (rettsanvendelsen)
4. helse- og omsorgstjenestens utøvelse av forvaltningsskjønnet (forvaltningens frie skjønn)

Det at de alminnelige saksbehandlingsreglene i forvaltningsloven gjelder for klagesaksbehandlingen innebærer videre at statsforvalteren blant annet må oppfylle kravene til innsyns- og uttalerett (kontradiksjon), underretning og begrunnelse.

Der hvor pbrl. har egne bestemmelser til saksbehandlingen, vil imidlertid disse gå foran de generelle bestemmelsene i fvl. Pbrl. gir for eksempel forlenget klagefrist i § 7-5 og noe enklere krav til klagens utforming i § 7-3.

4.2 Hva statsforvalteren skal prøve?

4.2.1 Klagers anførsler

Når statsforvalteren skal prøve helse- og omsorgstjenestens avgjørelse, er utgangspunktet klagerens anførsler, jf. forvaltningsloven § 34 andre ledd.

Dette betyr at prøvingen må omfatte alle klagers innvendinger, uavhengig av om disse gjelder faktum, saksbehandlingen, rettsanvendelsen eller skjønnsutøvelsen. Forutsetningen er at innvendingene er relevante for saken, det vil si ut fra de lovbestemmelsene som skal prøves. Det er likevel god forvaltningsskikk å kommentere anførsler som ikke har relevans slik at klager får en kort forklaring eller begrunnelse for hvorfor de ikke har betydning for saken. Dette er også fremhevet i uttalelser fra Sivilombudsmannen (26).

4.2.2 Forhold som ikke er nevnt av klager

Prøvingen er ikke avgrenset til klagers anførsler. Statsforvalteren skal gjøre en selvstendig vurdering av om vedtaket er lovlig fattet, noe som innebærer en vurdering av faktum, saksbehandlingen, rettsanvendelsen eller skjønnsutøvelsen selv om dette ikke er anført av klager. Den som klager skal ikke bli "fanget" av å ha begrenset grunnene for klagen sin.

4.2.3 Hvilket faktum skal statsforvalteren prøve?

Statsforvalteren skal ikke begrense prøvingen til om helse- og omsorgstjenesten har begått feil i sin avgjørelse, men prøve saken ut fra de opplysninger som foreligger på tidspunktet for avgjørelse av klagen. Dette følger av ordlyden i fvl. § 34 «og herunder ta hensyn til nye omstendigheter».

Nye omstendigheter omfatter både nye opplysninger om tidligere forhold og opplysninger om forhold som har inntrådt etter at helse- omsorgstjenesten fattet sin avgjørelse. Statsforvalteren må derfor ta hensyn til endringer i sakens faktiske forhold, uavhengig av om helse- og omsorgstjenesten selv har vurdert disse. Statsforvalteren skal etter dette foreta en fullstendig ny prøving av saken.

Ett unntak fra dette er klage på omsorgsstønad. Der det blir gitt medhold i slike klager, er hovedregel at omsorgsstønaden blir utbetalt fra søknadstidspunktet. I slike saker skal statsforvalteren derfor både ta standpunkt til hva klager hadde krav på ved søknadstidspunktet og hva vedkommende har krav på videre framover i tid. Tilsvarende vil gjelde for klager på dekning av utgifter til pasientreiser, som er avgrenset til faktum knyttet til selve reisen.

4.3 Statsforvalterens utredningsplikt

Som klageinstans har statsforvalteren hovedansvaret for at saken er så godt opplyst som mulig, jf. kravet i fvl. §§ 17 og 33 femte ledd. Statsforvalteren må på et tidlig tidspunkt i saksbehandlingen vurdere om det er behov for å innhente ytterligere opplysninger. Det avgjørende er om statsforvalteren vurderer å ha godt nok grunnlag for å kunne konkludere i saken.

Omfanget av statsforvalterens saksforberedelse vil avhenge av om prøvingen kan bygge på helse- og omsorgstjenestens klagesaksforberedelse eller om det er behov for flere opplysninger. Det kan videre være at statsforvalteren oppdager forhold som verken er gjort gjeldende av klageren eller helse- og omsorgstjenesten.

Selv om helse- og omsorgstjenesten i selve avgjørelsen har gitt en mangelfull beskrivelse av klagerens behov for helse- og omsorgstjenester, eller gitt en mangelfull begrunnelse for hvorfor rettigheter ikke er oppfylt, kan det likevel foreligge opplysninger i sakens dokumenter som gjør det mulig å realitetsbehandle saken.

Saken kan videre være tilstrekkelig opplyst av helse- og omsorgstjenesten, men på grunn av tiden som har gått fra helse- og omsorgstjenesten traff sin avgjørelse kan det være aktuelt å innhente oppdaterte opplysninger. Dersom saken ut fra sin karakter tilsier at forholdene kan endre seg på kort tid, vil det uansett være aktuelt å vurdere om det er behov for oppdaterte opplysninger.

I saker hvor barn er involvert, er det viktig at statsforvalteren undersøker om barnets rett til å bli hørt har blitt ivaretatt av helse- og omsorgstjenesten, jf. pbrl. § 3-1 første ledd siste setning om barnets rett til ut fra utvikling og modning, å bli tatt med på råd i utformingen av tjenestetilbudet. Hvis slike opplysninger ikke foreligger, må de innhentes. Se kapittel 7 om barns rettigheter og hensynet til barnets beste.

Når det er behov for ytterligere utredning, må statsforvalteren vurdere om de selv skal innhente opplysningene eller om de skal pålegge underinstansen å fortsette saksforberedelsen, jf. fv. § 33 femte ledd siste punktum. Det vil avhenge av sakens karakter og hvilke opplysninger som mangler. Statsforvalterens klagesaksbehandling er basert på dokumentasjon og skriftlighet. Normalt vil derfor innhenting av opplysninger skje gjennom skriftlig kontakt, men av hensyn til saksbehandlingstiden bør statsforvalteren vurdere om opplysningene like effektivt kan innhentes på telefon eller i et møte. Opplysninger fra telefonsamtaler og møter må nedtegnes og legges til saken, jf. fv. § 11 andre ledd. Selv om bestemmelsen retter seg mot opplysninger fra part i saken, vil det følge av alminnelige prinsipper for forsvarlig saksbehandling at nye og relevante opplysninger som meddeles muntlig, skal nedtegnes, uavhengig av hvem som er kilde for disse (27).

Eksempler på saker der statsforvalteren selv innhenter opplysninger, er der det er nærliggende å tro at det kan ha skjedd endringer i hjelpebehovet. Statsforvalteren vil i slike saker ofte enkelt kunne få en avklaring gjennom en tilleggsuttalelse fra helse- eller omsorgstjenesten og/eller fra klager. Tilsvarende vil det være naturlig å ta telefonisk kontakt der det er grunn til å tro at det finnes dokumenter som ikke er oversendt.

I andre tilfeller kan det være mer problematisk for statsforvalteren å selv fremskaffe nødvendige opplysninger. Dette gjelder særlig når vurderingene forutsetter klinisk undersøkelse av pasient/bruker eller et hjemmebesøk.

Dersom klagerens behov tilsier en særlig rask avgjørelse, for eksempel der pasienten er i ferd med å bli skrevet ut fra sykehus, kan det tale for at statsforvalteren selv bør gjøre nødvendige undersøkelser. Det er i slike tilfeller også viktig å vurdere spørsmål om utsatt iverksetting, se kapittel 3.7.

Dersom statsforvalteren ber helse- og omsorgstjenesten om opplysninger, er det viktig at henvendelsen er konkret på hvilke opplysninger som det er behov for, samt setter en frist for oversendelse av opplysningene. Statsforvalteren må også ha purrerutiner slik at saken følges opp raskt dersom helse- og omsorgstjenesten ikke svarer innen tidsfristen.

4.3.1 Klagers rett til innsyn i nye opplysninger og til å uttale seg

Retten til å få innsyn i nye opplysninger og til å uttale seg står sentralt i kravet til forsvarlig utredning. Både der klager ikke har fått kopi av eller innsyn i oversendte opplysninger fra helse- og omsorgstjenesten, eller der nye opplysninger blir lagt frem under klagesaksbehandlingen, skal klager få kopi av disse dokumentene.

Klager har gode forutsetninger for å kjenne hendelsesforløpet i saken, og det viktig for en best mulig opplysning av saken at klageren får fremme sitt syn og påpeke eventuelle feil eller uoverensstemmelser i angitt faktum. Kontradiksjonen har også en verdi i seg selv ved at innsyn i opplysninger og uttalerett normalt vil øke tilliten til forvaltningens avgjørelser. Retten til innsyn og til å uttale seg kan være delvis overlappende med informasjons- og medvirkningsretten i pbrl. kapittel 3. Når statsforvalteren klarlegger de faktiske forholdene, må det også tas hensyn til kravet om medvirkning fra klageren, samt eventuelt andre involverte som for eksempel nærmeste pårørende.

Nye opplysninger må også forelegges helse- og omsorgstjenesten for uttalelse, med en kort frist for å komme med merknader.

4.3.2 Vurdere om saken skal utredes nærmere eller om vedtaket skal oppheves

Er ikke saken tilstrekkelig utredet av helse- og omsorgstjenesten, er dette en saksbehandlingsfeil etter fvl. § 17 som kan medføre at vedtaket må oppheves fordi statsforvalteren ikke kan ta stilling til om helse- og omsorgstjenesten har lagt rett faktum til grunn for sin avgjørelse. Statsforvalteren må derfor tidlig vurdere om det er mest formålstjenlig å utrede saken nærmere eller om helse- og omsorgstjenesten skal behandle saken på ny.

4.4 Utfallet av statsforvalterens klagebehandling

Hva som kan bli utfallet av statsforvalterens klagebehandling følger av fvl. § 34 fjerde ledd:

«Dersom vilkårene for å behandle klagen ikke foreligger, skal klageinstansen avvise saken, jfr. dog § 31. Klageinstansen er ikke bundet av at underinstansen har ansett vilkårene for å foreligge. Klageinstansen kan selv treffe nytt vedtak i saken eller oppheve det og sende det tilbake til underinstansen til helt eller delvis ny behandling.»

Det ligger til statsforvalterens kompetanse å ta stilling om vilkårene for å behandle klagen foreligger. Dersom de ikke er oppfylt blir resultatet at klagen avvises, jf. kapittel 2.5 ovenfor. I tillegg til avvisning, omfatter mulige utfall av klagen:

1. opprinnelig avgjørelse blir stadfestet, helt eller delvis
2. opprinnelig avgjørelse blir endret helt eller delvis gjennom en ny realitetsavgjørelse
3. opprinnelig avgjørelse blir opphevet uten at saken skal behandles på ny (for eksempel der statsforvalter opphever et ugyldig vilkår)
4. opprinnelig avgjørelse blir opphevet helt eller delvis og saken sendes tilbake til ny behandling hos helse- og omsorgstjenesten

Det følger av fvl. § 34 fjerde ledd at en sak ikke kan avsluttes med at statsforvalteren kun gir uttrykk for sin mening eller gir en anbefaling. Avgjørelse i klagesak er å anse som

enkeltvedtak. Bestemmelsene om enkeltvedtak kommer derfor til anvendelse, med unntak av at statsforvalterens vedtak ikke kan påklages, jf. fvl. § 28 første ledd andre punktum.

Dersom statsforvalteren avviser klagen som førsteinstans, det vil si der helse- og omsorgstjenesten ikke har avvist klagen først, kan derimot avvisningsvedtaket påklages, se punkt 2.5.1.

4.4.1 Begrenset adgang til å endre et vedtak til skade for klageren

Hovedregelen er at klageinstansen ikke kan endre vedtaket til skade for klageren, dvs. at utfallet ikke kan bli dårligere enn avgjørelsen fra helse- og omsorgstjenesten, jf. fvl. § 34 tredje ledd. Unntaksvis kan klageinstansen gjøre en endring til skade dersom hensynet til klagers interesser må vike for andre privatpersoners eller offentlige interesser. Dette unntaket er neppe særlig aktuelt i saker etter pbrl. Av forarbeidene til fvl. er det vist til at unntaket kan være aktuelt der et vedtak fører til forskjellsbehandling eller går på tvers av loven. En eventuell endring til ugunst må være sendt klageren innen tre måneder etter at helse- og omsorgstjenesten mottok klagen.

4.4.2 Statsforvalterens valg av utfall

Forvaltningsloven § 34 fjerde ledd viser til flere alternative utfall, uten å legge føringer for når det ene alternativet bør benyttes fremfor det andre. Hensynet til klagerens rettssikkerhet og behov, tilsier en rask avgjørelse, og at statsforvalteren så langt som mulig bør fatte nytt vedtak fremfor å oppheve det og sende saken tilbake til helse- og omsorgstjenesten for ny behandling.

Dersom statsforvalteren har en klar oppfatning om hva som er riktig avgjørelse, skal statsforvalteren fatte endringsvedtak fremfor å oppheve avgjørelsen og returnere den til helse- og omsorgstjenesten. I andre tilfeller må statsforvalteren vurdere konkret hva som er beste fremgangsmåten for videre behandling av klagen. I en slik vurdering vil både hvilke mangler som er avdekket i prøvingen, og formålet med klageretten om å sikre riktige avgjørelse ha betydning.

Momenter til vurderingen av om statsforvalteren skal fatte et nytt endringsvedtak eller oppheve førsteinstansens vedtak og sende saken tilbake for ny behandling kan være:

- hensynet til klagers rettssikkerhet
- om mangelen er knyttet til saksbehandling, faktum, rettsanvendelsen etter utøvelse av fritt skjønn
- hvor langt statsforvalteren selv vurderer å ha forutsetninger for å klarlegge og tilrettelegge det faktiske grunnlaget for avgjørelsen
- om statsforvalteren finner det forsvarlig og formålstjenlig å fastsette tjenesteinnholdet i detalj
- at helse- og omsorgstjenesten er nærmest til å kartlegge og vite hva som er et forsvarlig tilbud for klageren. Dette gjelder særlig ved valg av type tjeneste, siden virksomheten har best oversikt over sine tjenester og kan tilpasse tjenestetilbudet

Siden hvilke mangler som statsforvalteren avdekker har betydning for valget om å selv endre eller oppheve har betydning for utfallet, er dette nærmere gjennomgått nedenfor i 4.5.

4.5 Prøving av saksbehandlingen

4.5.1 Saksbehandlingskravene

Formålet med saksbehandlingsreglene er å sikre at det treffes riktige og gode avgjørelser.

I helse- og omsorgstjenesten tas det en rekke avgjørelser og flere av disse er å anse som enkeltvedtak, jfr. definisjonen i fvl. § 2 første ledd bokstav b. Pbrl. har imidlertid i § 2-7 avgrenset fvl. sin anvendelse etter hvilke avgjørelser helse- og omsorgstjenesten fatter.

Avgjørelsene som etter pbrl. skal følge fvl. bestemmelser for enkeltvedtak, gjelder særlig på områder hvor den kommunale helse- og omsorgstjenesten utøver en mer tradisjonell forvaltningsvirksomhet, i motsetning til klinisk arbeid i helsevirksomheter. For noen kommunale tjenester etter hol. kapittel 3 kan det likevel bli spørsmål om det skal stilles krav om enkeltvedtak eller ikke. Dette med bakgrunn i at det ikke er klare grenser mellom de ulike tjenestene. Hvilke avgjørelser det skal fattes vedtak for er omtalt nærmere i 4.5.2 og eksempler der grensene får betydning er gitt i kapittel 9.

Det at det er stilt ulike saksbehandlingskrav til ulike avgjørelser, får imidlertid ikke nødvendigvis stor betydning for klager. Pbrl. har en rekke prosessuelle rettigheter som har betydning for prosessen frem til kliniske avgjørelser blir tatt. Dette gjelder særlig retten til informasjon og medvirkning i pbrl. kapittel 3. Det er videre enkelte frister i pbrl. som stiller særskilte krav til saksbehandlingstid, som pbrl. § 2-2 første ledd om retten til vurdering innen 10 dager.

Disse prosessuelle rettighetene i pbrl., både overlapper og går lenger enn forvaltningslovens regler om forberedelse av enkeltvedtak, men er mer tilpasset den enkelte sakstype. I tillegg har helsepersonell plikt til å føre inn nødvendige og relevante opplysninger i pasientjournal etter (hpl.) § 39.

Fvl. kapittel II om habilitet og kapittel III om alminnelige saksbehandlingsregler gjelder uansett for alle avgjørelser etter pasient- og brukerrettighetsloven enten de er truffet av kommunen eller spesialisthelsetjenesten, jf. pbrl § 2-7 første ledd. Utover disse kravene kan saksbehandlingsreglene inndeles i tre grupper:

1. forvaltningslovens saksbehandlingsregler for enkeltvedtak
2. særlige saksbehandlingsregler i pasient- og brukerrettighetsloven
3. ulovfestede saksbehandlingsregler om forsvarlig saksbehandling

4.5.2 Avgjørelser i helse- og omsorgstjenesten hvor kravene til enkeltvedtak i fvl. gjelder
Pbrl. § 2-7 første og andre ledd, lyder:

«Forvaltningsloven kapittel IV og V gjelder for vedtak som treffes etter § 2-6 a, men ikke for andre vedtak etter loven. For vedtak om tjenester etter helse- og omsorgstjenesteloven §§ 3-2 første ledd nr. 6 bokstavene a til c, 3-6 og 3-8, som forventes å vare mer enn to uker, gjelder likevel reglene i kapittel IV og V med de særlige bestemmelsene som følger av loven her. Tilsvarende gjelder for vedtak etter helse- og omsorgstjenesteloven § 3-2 a»

Det innebærer for det første at forvaltningslovens saksbehandlingsregler for enkeltvedtak gjelder for vedtak om tilbakekreving etter feilaktig utbetaling til pasientreiser, jf. pbrl. § 2-6 a.

Videre innebærer det at den kommunale helse- og omsorgstjenesten skal følge forvaltningslovens saksbehandlingsregler for enkeltvedtak ved tildeling og bortfall av følgende tjenester hvis de forventes å vare lenger enn to uker:

- helsetjenester i hjemmet, jf. hol. § 3-2 første ledd nr. 6 bokstav a
- personlig assistanse, herunder praktisk bistand og opplæring og støttekontakt, jf. hol. § 3-2 første ledd nr. 6 bokstav b
- plass i institusjon, herunder sykehjem, jf. hol. § 3-2 første ledd nr. 6 bokstav c
- nødvendig pårørendestøtte i form av opplæring og veiledning, avlastningstiltak og omsorgsstønning til personer med særlig tyngende omsorgsarbeid, jf. hol. § 3-6
- brukerstyrt personlig assistanse (BPA), jf. hol. § 3-8

For tildeling av disse tjenestene skal statsforvalteren vurdere om helse- og omsorgstjenesten har oppfylt kravene som gjelder for enkeltvedtak i fvl. De mest sentrale kravene for prøvingen av saksbehandlingen er om utrednings- og informasjonsplikten i fvl. § 17 og kravet til at vedtaket skal være begrunnet etter §§ 24 og 25 er overholdt. Plikten til å veilede, varsle og informere etter fvl. §§ 11, 16 og 17 andre og tredje ledd, henger tett sammen med utredningsplikten, da manglende ivaretagelse av disse saksbehandlingskravene kan svekke det faktiske grunnlaget for avgjørelsen.

Helse- og omsorgstjenestens enkeltvedtak skal være skriftlig, og det skal begrunnes, jf. fvl. §§ 23 og 24. Der en søknad fullt ut er innvilget, er det ikke krav om at helse- og omsorgstjenesten skal gi en begrunnelse samtidig med vedtaket.

Fvl. § 25 stiller krav til begrunnelsens innhold, og må ses på som minimumsregler.

Etter fvl. § 25 skal følgende inngå i begrunnelsen:

- de lov- og forskriftsbestemmelser som vedtaket bygger på
- de faktiske forhold som vedtaket bygger på

Videre følger det av bestemmelsen at de hovedhensynene som har vært avgjørende for utøvelsen av det forvaltningsmessig skjønnet bør nevnes.

I sum innebærer oppstillingen i § 25 første til tredje ledd at begrunnelsen skal være en mest mulig uttømmende redegjørelse for hvordan helse- og omsorgstjenesten har kommet frem til resultatet i den konkrete saken. Bestemmelsen er imidlertid utformet slik at kravet til begrunnelsen likevel må avpasses til vedtakets karakter.

Det følger av fvl. § 25 at det ikke er tilstrekkelig å bare henviser til hjemmel, dersom en gjengivelse av innholdet i bestemmelsen eller problemstillingen er nødvendig for at den som har søkt om en tjeneste skal forstå vedtaket. Hjemmelshenvisningen bør videre være så presis som mulig, og vedtaket må uansett være tydelig på hvilken hjelp/tjeneste som er gitt.

Videre må den faktiske framstillingen være så fullstendig at det er mulig å vurdere om lovens vilkår for treffe vedtaket er oppfylt. Hvor utfyllende beskrivelsen av faktiske forhold skal være, vil blant annet avhenge av om det er avstand mellom søker og helse- og omsorgstjenestens forståelse av de faktiske forhold, samt den konkrete betydningen denne

avstanden har for vedtaket. Der faktum er beskrevet av klager selv, er det tilstrekkelig å henvise til klagers fremstilling.

Det er i utgangspunktet ikke et krav om at de hovedhensynene som vært avgjørende for utøvelse av forvaltningsskjønnet skal inngå i begrunnelse, men det følger av domstolpraksis at kravene til begrunnelsen skjerpes når vedtaket er inngripende for parten (28). Når den kommunale helse- og omsorgstjenesten for eksempel velger en annen tjeneste enn den klager ønsker, men begge tjenester vil dekke behovet på en forsvarlig måte, må det forventes at hovedhensynene bak helse- og omsorgstjenestens valg går fram av vedtaket.

4.5.3 Avgjørelser i helse- og omsorgstjenesten hvor det er gjort unntak fra kravene til enkeltvedtak

Forvaltningsloven kapittel IV og V om saksbehandlingsreglene for enkeltvedtak gjelder ikke direkte for tildeling og bortfall av helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten. De gjelder heller ikke for flere av de kommunale tjenestene, som for eksempel habilitering og rehabilitering, oppfølging fra fastlege og helsestasjon og kortere opphold i kommunal institusjon. Selv om hovedregelen er at tildeling av rettigheter skjer i form av enkeltvedtak, og flere av disse avgjørelsene er å anse som enkeltvedtak etter definisjon i fvl. § 2 b, er det gjort unntak av hensyn til den kontekst som avgjørelsene blir tatt i.

For slike avgjørelser er det derfor ulovfestede forvaltningsrettslige prinsipper og prosessbestemmelser i pbrl. som angir rammene for saksbehandlingen.

Det ulovfestede prinsippet om myndighetsmisbruk gjelder uavhengig av om skjønnsutøvelsen er knyttet til enkeltvedtak eller andre avgjørelser. Denne læren innebærer at helse- og omsorgstjenesten er avskåret fra å legge vekt på utenforliggende hensyn, og til å treffe avgjørelser som er vilkårlige, grovt urimelige eller som innebærer usaklig forskjellsbehandling. Misbrukslæren vil imidlertid sjelden være årsak til at en avgjørelse er ugyldig, men blant annet forskjellsbehandling kan være anført av klager.

Det ulovfestede prinsippet om forsvarlig saksbehandling er særlig aktuelt i vurderingen av avgjørelser som ikke behandles som enkeltvedtak. Det omhandler et generelt krav som skal sikre at alle typer avgjørelser får et mest mulig riktig utfall og at befolkningen skal ha tillit til forvaltningen. Utredningsplikten i fvl. § 17 er et utslag av dette generelle kravet da utredningen er helt avgjørende for utfallet. Også avgjørelser som helse- og omsorgstjenesten fatter, men som ikke er enkeltvedtak, skal derfor utredes. Som for enkeltvedtak er det også for andre avgjørelser vesentlig at de som er berørt for anledning til å legge frem relevant informasjon før avgjørelsen tas, og dermed også får innsyn i opplysninger. Det generelle prinsippet om forsvarlig saksbehandling må tilpasses den aktuelle situasjonen, avgjørelsens betydning for pasienten og brukeren mv.

Som nevnt vil de prosessuelle rettighetene i pasient- og brukerrettighetsloven på flere områder dekke og gå lenger enn enkelte saksbehandlingskrav i fvl. Dette gjelder retten til informasjon og medvirkning i pbrl. kapittel 3 og innsyn i journal i pbrl. kapittel 5. Det innebærer at uavhengig av om avgjørelsen er et enkeltvedtak eller ikke, vil pasienter og brukere ha rett til å se opplysninger og bidra med opplysninger til det beslutningsgrunnlaget som helse- og omsorgstjenesten skal bygge på.

Den største forskjellen på kravene til enkeltvedtak og andre avgjørelser er kravet til begrunnelse. Det er et mer omfattende krav til skriftlig begrunnelse når det fattes

enkeltvedtak, jf. fvl. §§ 24 og 25 enn det er for andre avgjørelser. Helse- og omsorgstjenesten må imidlertid også vise til hvilke lov- og forskriftsbestemmelser avgjørelsen bygger på, jf. prinsippet om forsvarlig saksbehandling.

Som følge av kravet til dokumentasjon og journalføring for helsetjenester etter hpl. vil det som oftest foreligge journalnotater med vurderinger av behovet for bistand. Det er ikke tilsvarende krav om dokumentasjon av omsorgstjenester, men kravet til forsvarlighet etter hol. § 4-1 og plikten til internkontroll, nødvendiggjør også for disse tjenestene en viss skriftliggjøring av informasjon knyttet til tjenesteytingen. For dokumentasjon av omsorgstjenester, viser vi til uttalelse fra Helse- og omsorgsdepartement om lavterskeltilbud (29) og til Helsedirektoratets veileder for saksbehandling³.

4.5.4 Betydningen av feil i saksbehandlingen

Feil saksbehandling påvirker nødvendigvis ikke resultatet av enkeltvedtak og andre avgjørelser om rettigheter. Det følger også av forvaltningsloven § 41, som lyder:

«Er reglene om behandlingsmåten i denne lov eller forskrifter gitt i medhold av loven ikke overholdt ved behandlingen av en sak som gjelder enkeltvedtak, er vedtaket likevel gyldig når det er grunn til å regne med at feilen ikke kan ha virket bestemmende på vedtakets innhold.»

Dette innebærer at vedtak og avgjørelser kan være gyldige selv om det foreligger saksbehandlingsfeil. For eksempel kan det være en riktig avgjørelse at pasienten ikke har rett til nødvendig helsehjelp etter pbrl § 2-1 b andre ledd, selv om vurderingen ikke oppfyller saksbehandlingskravene i pbrl. § 2-2, eller at svaret fra sykehuset foreligger etter 10-dagers-fristen. Statsforvalteren må i slike tilfeller begrunne hvorfor det ikke er sammenheng mellom saksbehandlingsfeilen og avgjørelsens konklusjon.

Når det gjelder ordlyden om at et vedtak likevel er gyldig «når det er grunn til å regne med at feilen ikke kan ha virket bestemmende på vedtakets innhold», har Høyesterett slått fast at det i dette ikke ligger et krav om sannsynlighetsovervekt for at feilen har fått betydning, men at det er tilstrekkelig at det ikke er en helt fjerntliggende mulighet (30).

Dersom det er mangler ved sentrale forvaltningsrettslige prinsipper, som utredningsplikten etter fvl. § 17, vil det ofte medføre at det faktiske grunnlaget for å ta en avgjørelse har vært utilstrekkelig og dermed få betydning på vedtakets innhold. Utredningsplikten henger nær sammen med og supplerer andre sentrale krav til saksbehandlingen, som varslingsplikten og veilednings- og informasjonsplikten etter fvl. §§ 11, 16 og 17 andre og tredje ledd. Dette er plikter som skal i vareta klagerens mulighet til kontradiksjon.

Utredningsplikten må også ses i sammenheng med retten til informasjon, medvirkning og innsyn etter pbrl kapittel 3 og 5. Mangelfull medvirkning og informasjon kan ha medført at behovet for tjenester ikke er tilstrekkelig kartlagt og utredet. Vedtakets konklusjon bygger i så fall på et utilstrekkelig beslutningsgrunnlag.

³ Helsedirektoratet, Veileder for saksbehandling – Tjenester etter helse- og omsorgstjenesteloven §§ 3-2 første ledd nr. 6, 3-6 og 3-8, kapittel 6.

Mangelfull begrunnelse kan også få betydning for utfallet, da det kan bety at helse- og omsorgstjenesten ikke har anvendt faktum på en rett måte eller at det er tatt utenforliggende hensyn. En avgjørelse kan derfor bli kjent ugyldig når det ut fra begrunnelsen ikke er mulig å bedømme om avgjørelsen lider av innholdsmessige feil eller bygger på en uforsvarlig skjønnsutøvelse.

Vurderingen av om en bruker/pasient har en rettighet etter pbrl. bygger ofte på skjønn, men enkelte ganger åpner ikke loven for vurderinger, som for eksempel barns rett på helsekontroller etter pbrl. § 6-1. Derimot vil det være et visst rom for skjønn når det gjelder å avgjøre hvilke kontroller barnet skal få og hyppigheten av kontrollene. Jo mer rom helse- og omsorgstjenesten har til å utøve skjønn, jo viktigere blir begrunnelsen for avgjørelsen.

Siden kravet til begrunnelse er svakere for andre avgjørelser enn enkeltvedtak, kan det være at det ikke foreligger noen begrunnelse for slike vedtak. Normalt vil likevel helse- og omsorgstjenesten begrunne avgjørelsen i forberedende klagebehandling, slik at den framgår av oversendelsen til statsforvalteren. Mangler slik begrunnelse skal statsforvalteren be om en tilleggsuttalelse fra helse- og omsorgstjenesten.

4.5.5 Utfall ved saksbehandlingsfeil som kan ha virket inn på avgjørelsen?

Selv om klageinstanser så langt som mulig bør fatte nytt vedtak fremfor å oppheve det og sende saken tilbake til for ny behandling, kan det likevel for vedtak som er mangelfullt utredet og begrunnet være hensyn som taler for at vedtaket bør oppheves. Blant annet med bakgrunn i at helse- og omsorgstjenesten er nærmere til selv å gjøre nødvendige undersøkelser og vurderinger. Statsforvalteren må derfor for vedtak med slike saksbehandlingsfeil gjøre en konkret vurdering av om vedtaket bør oppheves, jf. 4.4 2 ovenfor.

Selv om en rettighetssak er mangelfull utredet, kan det være nok opplysninger til å fastslå om klageren har krav på en rettighet. I så fall skal statsforvalteren fatte endringsvedtak. Noen ganger er det opplagt hvilken tjeneste som kan dekke behovet, mens andre ganger kan dette være et valg mellom flere tjenester. Der valget er opplagt kan statsforvalteren fastslå hvilken tjeneste klageren skal få i endringsvedtaket. Jo mer skjønnsmessig vurderingene er om valg av tjeneste, utmåling og innhold, jo mer tilbakeholden bør statsforvalteren være med å endelig fastsette dette i et endringsvedtak.

Dette gjelder særlig der klageren mottar ulike tjenester fra kommunens helse- og omsorgstjeneste, da valget mellom ulike forsvarlige tjenester ligger til kommunens frie skjønn. Videre kan tjenesten inngå i en større «pakke». En endring av en av tjenestene kan føre til andre endringer i tjenestetilbudet. Slike vurderinger vil ofte kommunen være nærmest til å vurdere og fastsette. Det bidrar dessuten til at klageren blir involvert og får medvirke til utformingen av det totale helse- og omsorgstilbudet.

4.6 Prøving av rettsanvendelsen

Til statsforvalterens prøving av rettsanvendelsen hører både spørsmålet om helse- og omsorgstjenesten har tolket loven riktig og de mer skjønsmessige spørsmålene om vilkårene i loven er oppfylt ut fra det aktuelle faktum.

Alle avgjørelsene som helse- og omsorgstjenesten treffer om pasienter og brukeres rettigheter etter pbrl. skjer med hjemmel i en konkret lovbestemmelse. Denne inneholder vanligvis ett

eller flere vilkår som må være oppfylt for at rettigheten skal inntre, og kan også angi hva det er rettigheten skal gå ut på.

I helse- og omsorgslovgivningen benyttes rettslige standarder og andre skjønnsmessige begreper som «nødvendige helse- og omsorgstjenester» og «klart utilrådelig». Statsforvalteren kan da fullt ut overprøve kommunens vurdering av om klager oppfyller vilkårene for å ha krav på helse- og omsorgstjenester fra kommunen. Prøvingen av om tjenestene som er tilbudt er forsvarlige og dekker det minstebehov som klager har, inngår i denne vurderingen.

Grensen mellom rettsanvendelsesskjønn og forvaltningsskjønn (fritt skjønn) kan være vanskelig å trekke. Forutsatt at tjenestene dekker et forsvarlig nivå, ligger valg mellom hvilke tjenester som skal tilbys og omfanget av tjenestene til kommunens frie skjønn.

4.6.1 Utfall ved prøving av rettsanvendelsen

Dersom klagen gjelder avslag på rettigheter, og statsforvalteren finner at helse- og omsorgstjenesten har lagt feil lovforståelse til grunn, skal statsforvalteren fatte vedtak om pasienten/brukeren oppfyller krav til rettigheter.

I saker hvor det er åpenbart hvordan rettigheten skal oppfylles, skal statsforvalteren også innta dette i vedtaket. For eksempel at pasienten oppfyller retten til sykehjemsplass eller til innsyn i journal. I saker hvor valg av tjenester, innhold og omfang beror på skjønn, skal statsforvalteren vurdere konkret om denne delen av saken skal oppheves og sendes tilbake for ny behandling. Se for øvrig kapittel 4.4.2 med generell informasjon om utfall, samt kapitlene 8 og 9 hvor det er gitt eksempler på slike vurderinger for henholdsvis kommunale helse- og omsorgstjenester og spesialisthelsetjenester.

4.7 Prøving av forvaltningens frie skjønn

Prøvingen av forvaltningsskjønnet gjelder for den delen av avgjørelsen hvor helse- og omsorgstjenesten, innenfor de rammer som loven setter, er gitt mulighet til å anvende et rimelighetsskjønn. Formålet med forvaltningsskjønnet er å gi forvaltningen et politisk handlingsrom. At avgjørelsen er overlatt til forvaltningens frie skjønn, vil vanligvis framgå av selve lovteksten ved at det er en "kan-bestemmelse".

Det er flere "kan-bestemmelser" i de prosessuelle rettighetene i pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 3, 4 og 5, men det er fortsatt et rettsanvendelsesspørsmål om vilkårene i den enkelte bestemmelse er oppfylt. For eksempel kan helsepersonell nekte innsyn i journal etter pbrl. 5-1 andre ledd, der innsyn er "klart utilrådelig av hensyn til personer som står pasienten nær".

Spørsmålet om klageinstansens kompetanse til å prøve forvaltningens utøvelse av det frie skjønn, er dels et spørsmål om hvor langt klageinstansen skal kunne kontrollere virksomhetens valg mellom ulike lovlige alternativer, for eksempel kommunens valg mellom ulike tilbud som tilfredsstiller lovens minstekrav, og dels et spørsmål om klageinstansen skal kunne fatte nytt vedtak i saken.

Statsforvalterens prøvingskompetanse er forskjellig alt ettersom klagen gjelder:

1. spesialisthelsetjenester
2. kommunale *helsetjenester*, eller

3. kommunale omsorgstjenester

Som nevnt ovenfor i punkt 4.5.3 setter det ulovfestede prinsippet om myndighetsmisbruk grenser for utøvelse av det frie skjønn, ved at helse- og omsorgstjenesten er avskåret fra å legge vekt på utenforliggende hensyn, og til å treffe avgjørelser som er vilkårlige, grovt urimelige eller som innebærer usaklig forskjellsbehandling.

4.7.1 Fritt skjønn i avgjørelser om kommunale helse- og omsorgstjenester

Når det gjelder klage på de kommunale tjenestene må det skilles mellom helsetjenester og omsorgstjenester, jf. pbrl § 7-7 første ledd, andre og tredje setning:

- Ved prøving av kommunale vedtak om helsetjenester skal statsforvalteren legge vekt på hensynet til det kommunale selvstyret ved prøving av det frie skjønn.
- Ved prøving av øvrige kommunale vedtak skal statsforvalteren legge *stor* vekt på hensynet til det kommunale selvstyre ved prøving av det frie skjønn, jf. forvaltningsloven § 34 andre ledd tredje punktum.

Det skal etter dette mer til før statsforvalteren kan overprøve kommunens frie skjønn i avgjørelser om omsorgstjenester (for eksempel personlig assistanse, herunder praktisk bistand i hjemmet og opplæring og støttekontakt, avlastningstiltak, omsorgsstønad, brukerstyrt personlig assistanse og plass i institusjon som ikke er helseinstitusjon). I den opphevede sosialtjenesteloven var dette angitt at forvaltningsskjønnet måtte være *åpenbart urimelig* før statsforvalteren kunne sette skjønnet til side, og dette skillet ble videreført i helse- og omsorgstjenesteloven. Det å legge stor vekt på kommunalt selvstyre innebærer etter dette at forvaltningsskjønnet må være åpenbart urimelig før det kan settes til side.

For helsetjenester vil derimot denne terskelen fortsatt være om skjønnet er rimelig. Det kan for eksempel være at det er satt urimelig vilkår for ytelse av hjelpen, eller at valg av hjelpetiltak er urimelig eller det foreligger usaklig forskjellsbehandling av personer i sammenlignbare situasjoner.

I prøvingen av det frie skjønn får det igjen betydning om kommunen har hjemlet en tjeneste som helsetjeneste eller omsorgstjeneste. Tjenester som har pleie- og omsorgsformål, kan både være en helsetjeneste i hjemmet og personlig assistanse etter hol. § 3-2 første ledd nr. 6 bokstavene a og b. Tilsvarende kan et dagtilbud til rusmiddelavhengige tildeles etter hol. § 3-2 første ledd nr. 5 som sosial, psykososial og medisinsk habilitering og rehabilitering, være både helsehjelp og omsorgstjeneste. Formålet med tjenesten vil ha avgjørende betydning. I grensetilfeller bør statsforvalteren legge til grunn kommunens valg.

Er det derimot en klar feilhjemling, er det viktig at statsforvalteren begrunner hvorfor det er feil lovanvendelse og forklarer feilens betydning for prøvingen av kommunens frie skjønn.

Eksempelsak

Sivilombudsmannen har i sak 2015/253 (31) uttalt seg om den ulike prøvingsadgangen av vedtak om helsetjenester og øvrige kommunale vedtak. Saken gjaldt Fylkesmannens overprøving av klage på vedtak om betaling av egenandel for opphold på sykehjem. Sivilombudsmannen la til grunn at siden sykehjem er en institusjon som tidligere falt inn under kommunehelsetjenestelovens virkeområde, talte dette for at kommunens vedtak om egenbetaling måtte forstås som et «vedtak om helsetjenester», og at Fylkesmannen bare skulle ha lagt vekt, ikke «stor vekt», på hensynet til det kommunale selvstyret ved sin overprøving av

saken. Sivilombudsmannen uttalte at Fylkesmannen hadde lagt feil loyforståelse av dagjeldende pbrl. § 7-6 (nå § 7-7) til grunn ved vurderingen av sin egen prøvingsadgang i saken, noe som førte til at det ble lagt for stor vekt på hensynet til kommunens selvstyre ved klagebehandlingen av vedtaket om betaling av egenandel for opphold i institusjon.

4.7.2 Fritt skjønn i avgjørelser fra spesialisthelsetjenesten

Som for den kommunale helse- og omsorgstjenestens vurderinger av om vilkår for rettigheter er oppfylt, bygger også spesialisthelsetjenestens vurderinger på skjønn. Slike vurderinger hører som nevnt til rettsanvendelsen, og statsforvalteren kan derfor prøve om pasienten har rett til «nødvendig helsehjelp» etter pbrl. § 2-1 b.

Spesialisthelsetjenesten utøver imidlertid også fritt skjønn der de vurderer om en pasient skal tilbys helsehjelp ut over det vedkommende har rettskrav på å få. For eksempel kan det gjelde en pasient på sykehus som ønsker utprøvende behandling eller en behandling av optimal standard, som begge ligger over forsvarlighetskravet. Se her Helse- og omsorgsdepartementet, rundskriv I-4/2019, Rett til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten og forholdet til forsvarlighetskravet mm. (32). Temaet er også omtalt nærmere i kapittel 9.

4.7.3 Utfall ved prøvingen av forvaltningsskjønnet (fritt skjønn)

Det følger av det ovenstående at statsforvalteren må utvise forsiktighet ved prøvingen av forvaltningsskjønnet. Av forarbeidene til helse- og omsorgstjenesteloven (33) er det om klageinstansens kompetanse uttalt:

«Ved prøving av "det frie skjønn", bør statsforvalteren som hovedregel ikke benytte kompetansen til å fatte nytt vedtak når det gjelder vedtak om tjenester som i dag reguleres av sosialtjenesteloven. Dette er følgelig ikke til hinder for at klageinstansen kan endre vedtaket i særlige tilfeller, i tråd med gjeldene rett. Ett eksempel kan være at klageinstansen selv endrer vedtaket dersom den tar til følge klage over vedtak om sommeravlastning for et funksjonshemmet barn, og sommerferien nærmer seg.»

Helse- og omsorgsdepartementet har ovennevnte rundskriv I-4/2019 påpekt tilsvarende varsomhet ved overprøving av avgjørelser om ikke gi behandling utover forsvarlighetskravet i spesialisthelsetjenesten. De har blant annet vist til forarbeider til sphl. og uttalelser der om forståelsen av forsvarlighetskravet (34):

«Et viktig spørsmål er knyttet til ressursproblematikk. Det vil si i hvilken grad § 2-3 også kan innebære et pålegg til eiere og ledere om å tildele nødvendige ressurser for de aktuelle oppgavene. Departementets utgangspunkt er at ressurstildelinger er politiske prioriteringsspørsmål. Tilsyns- og rettssystemet bør derfor vise tilbakeholdenhet med å overprøve politisk besluttede prioriteringer. På den annen side vil det nasjonalt og internasjonalt utvikles oppfatninger om hva som er gode og akseptable faglige standarder, f.eks. at det er bredt faglig anerkjente og dokumenterte oppfatninger om hvilket utstyr og hvilke metoder som bør anvendes. Departementet legger til grunn at forsvarlighetsnormen også inkluderer at tjenestene følger med i den faglige utviklingen, og at feil som skyldes at det ikke er tatt i bruk nye anerkjente metoder eller teknologi etter omstendighetene kan innebære brudd på forsvarlighetsnormen. Dette medfører at dersom eier først velger å tilby en tjeneste, innebærer bestemmelsen at tjenesten må være i samsvar med den minstestandard som forsvarlighetskravet angir. Den nye bestemmelsen tilsikter ikke å foreta endringer av eksisterende rettsforståelse på dette punktet.»

5 Statsforvalterens vedtak og underretning

5.1 Statsforvalterens avgjørelse er et enkeltvedtak

Etter pbrl. § 7-7 er det saksbehandlingsreglene i fvl. som gjelder for enkeltvedtak som også skal gjelde for statsforvalterens klagesaksbehandling. Dette gjelder uavhengig av om avgjørelsen statsforvalteren prøver er et enkeltvedtak eller annen avgjørelse. Statsforvalterens avgjørelse i en klagesak skal derfor treffes i form av enkeltvedtak, jf. fvl. § 34.

Dette innebærer at fvl. kapittel IV og V og reglene der om saksforberedelse ved enkeltvedtak og krav til selve vedtaket, gjelder for statsforvalterens klagesaksbehandling. For det første skal statsforvalteren påse at saken er tilstrekkelig opplyst, jf. fvl. § 17, vedtaket skal være skriftlig, jf. fvl. § 23, og det skal begrunnes i henhold til fvl. §§ 24 og 25. Videre skal partene gjøres kjent med vedtaket i henhold til krav i fvl. § 27 om underretning.

Statsforvalterens utredningsplikt er gjennomgått i kapittel 4.3. I det følgende er det kravene til selve vedtaket og underretningen som blir gjennomgått.

5.2 Statsforvalteren skal begrunne vedtaket

Kravet til statsforvalterens begrunnelse er de samme som der helse- og omsorgstjenesten fatter enkeltvedtak, jf. kapittel 4.5.2.

Etter fvl. § 25 skal følgende inngå i begrunnelsen:

- de lov- og forskriftsbestemmelser som vedtaket bygger på
- de faktiske forhold som vedtaket bygger på

Videre følger av bestemmelsen at de hovedhensyn som har vært avgjørende for utøvelsen av det forvaltningsmessig skjønnet *bør* nevnes.

Opplistingen i § 25 første til tredje ledd innebærer at begrunnelsen skal være en mest mulig uttømmende redegjørelse for hvordan statsforvalteren har kommet frem til resultatet i den konkrete saken. Bestemmelsen er imidlertid utformet slik at kravet til begrunnelsen likevel må avpasses til vedtakets karakter. Som en generell retningslinje skal begrunnelsen være grundigere dess mer inngrepene og/eller alvorlig avgjørelsen antas å være for klageren. Nedenfor er dette nærmere utdypet for å sikre god begrunnelse i klagesaksbehandlingen.

5.2.1 Statsforvalteren skal vise til de lov- og forskriftsbestemmelser som vedtaket bygger på bygger på

Statsforvalteren må vurdere om de lov- og forskriftsbestemmelser som saken bygger på skal gjengis eller om det er tilstrekkelig å kun henviser til dem. Videre må statsforvalteren vurdere om det er behov for å redegjøre for innholdet. Dette vil blant annet avhenge av om bestemmelsene er uklare eller om det er omtvistet. I så fall bør statsforvalteren også presisere hvordan bestemmelsene er tolket. Sitat av hele lovbestemmelser og store deler av rundskriv er derimot ikke å anbefale. Når det gjelder hvordan statsforvalteren skal finne frem til hvordan bestemmelser er å forstå, se kapittel 1.3.

Etter en presentasjon av hjemmelen/det rettslige grunnlaget for avgjørelsen, bør statsforvalteren redegjøre for den eller de problemstillinger som det i vedtaket blir tatt stilling til. Dette omtales ofte også som vurderingstemaer. Vurderingstemaene skal bidra til å

fremheve ord og formuleringer i bestemmelsene som er avgjørende for det som statsforvalteren skal vurdere. Dette vil bidra til en ryddig framstilling av de ulike vurderingene og være til hjelp for klagers forståelse av resultatet. Et eksempel på et slikt vurderingstema i en klage på avslag på hjelp i hjemmet er om vedkommende får nødvendige helse- og omsorgstjenester etter pbrl. § 2-1 a andre ledd. I kapitlene 8-10 er det flere eksempler på vurderingstemaer knyttet til ulike rettigheter.

5.2.2 Statsforvalteren skal nevne de faktiske forhold som vedtaket bygger på

De faktiske forholdene vil i mange saker være kjent for klager på forhånd, men et vedtak bygger som regel kun på et utvalg av disse opplysningene. Videre vil de ulike opplysningene ha ulik vektning i vurderingen av om en lovbestemmelse kommer til anvendelse og om den er oppfylt. Det er derfor vesentlig at statsforvalteren redegjør for de faktiske forholdene vedtaket bygger på. Statsforvalteren kan ikke bygge på andre opplysninger enn de som er gjengitt eller henvist til i saksframstillingen.

Det kan henvises til dokumenter som er utformet av klager og andre dokumenter som klager er kjent med. Ikke sjelden kan faktum i dokumentene være motstridende. Statsforvalteren kan ikke kun vise til motstridende opplysninger om faktiske forhold. Særlig ikke der opplysningene antas å være av betydning for sakens rettslige eller skjønsmessige vurdering. Statsforvalteren må avgjøre hvilket faktum som skal legges til grunn i saken. Det er ikke et krav om at statsforvalteren skal beskrive hvordan vurderingen av faktum er gjort, også kalt bevisvurderingen, men statsforvalteren må gjøre rede for resultatet av vurderingen. Kravet til bevisvurderingen er alminnelige sannsynlighetsovervekt, som betyr at sannsynligheten må være over 50 prosent.

Bevisvurderingene og vektningen av de ulike opplysningene handler blant annet om klagers anførsler. Det følger ikke direkte av fvl. § 34 andre ledd eller § 25 at klagerens anførsler skal framgå av vedtaket. Etter Statens helsetilsyns vurdering mener vi det uansett følger av alminnelige prinsipper om god forvaltningsskikk at anførselene blir kommentert. Dette gjelder særlig anførsler om tolkningsspørsmål i saken som er omstridt eller som framstår som sentrale for klager (35). Dersom klager har anført forhold som ikke er relevante eller avgjørende for saken, er det derimot tilstrekkelig at de kort nevnes med en forklaring på hvorfor de ikke er avgjørende. Klagers anførsler bør dessuten sammenholdes med hvordan helse- og omsorgstjenesten har forstått og vektlagt faktum.

Når det gjelder feil i rettsanvendelsen, både hvordan klager og helse- og omsorgstjenesten har forstått loven og hvordan loven er benyttet i den konkrete saken, må statsforvalteren være tydelige på hvor det er feil forståelse, slik at klager lettere skal kunne forstå begrunnelsen for vedtaket.

5.2.3 Hovedhensynene som har vært avgjørende ved utøvelse av skjønn bør nevnes

Dette kravet er mest aktuelt for de som utøver forvaltningsskjønn (fritt skjønn), men der hvor statsforvalteren har vurdert helse- og omsorgstjenestenes frie skjønn, må det nødvendigvis gå fram av vedtaket. Både der statsforvalteren mener helse- og omsorgstjenestens vurdering ligger innenfor deres handlingsrom, og der skjønnet er satt til side fordi skjønnet har vært urimelig eller åpenbart urimelig. I alle tilfeller må statsforvalterens begrunnelse gå frem, ikke bare konklusjonen.

5.2.4 Dersom statsforvalteren finner feil ved avgjørelsen skal feilen(e) presiseres

Ut fra det som har vært tema for statsforvalterens prøving i den konkrete saken, skal statsforvalteren avslutningsvis redegjøre for eventuelle feil ved helse- og omsorgstjenestens avgjørelse. Feilene bør kategoriseres på samme måte som prøvingskompetansen:

1. feil lovanvendelse/rettsanvendelse
2. uriktig faktum
3. feil ved saksbehandlingen
4. feil ved skjønnsutøvelsen

5.3 Vedtaket (konklusjonen)

Vedtaket (konklusjonen) må følge som en naturlig og logisk konsekvens av drøftelsen/begrunnelsen slik at vedtaket fremstår klart i samsvar med denne. Vedtaket skal utformes kortfattet, utvetydig og lett forståelig, og med henvisning til hjemmel for avgjørelsen/vedtaket.

5.4 Statsforvalterens underretning til klager

Klager skal ha svar på klagen, og dette omtales som underretning i fvl. Det følger av fvl. § 27 at underretningen skal inneholde vedtaket og dets begrunnelse, samt informasjon som klager har behov for, for å kunne ivareta sine interesser. Underretningen skal gis så snart som mulig, som i utgangspunktet betyr at det skal sendes umiddelbart etter at det er fattet, da det sjelden foreligger grunner for å utsette utsendelsen nå vedtaket først foreligger.

Både saksbehandlingssystemet (ePhorte) og vedtaksmaler som statsforvalteren har utarbeidet for rettighetssaker bidrar til at underretningen er i henhold til underretningskravet, samt andre krav som taushetsplikt mv. Kravet til underretning er generelt utformet og gjelder både for førsteinstans og klageinstans. Det er derfor ikke alle krav som er like relevante for statsforvalteren. Nedenfor har vi gjennomgått noen sentrale forhold i underretningen.

5.4.1 Adressat og kopi

Brevet med underretning om vedtaket skal adresseres til klager som part i saken, jf. forvaltningsloven § 27. Dersom klageren er representert ved fullmektig, følger det av fvl. § 12 tredje ledd at vedtaket skal adresseres til fullmektigen, med mindre klager har bedt om å bli underrettet i stedet for fullmektigen. Det kan følge av fullmakten eller klagen at klager skal ha kopi av vedtaket. Dersom klageren er representert av foreldre eller andre med foreldreansvar, eller verge som er oppnevnt for pasient som er fratatt rettslig handleevne, jf. § 7-2 første og sjette ledd, jf. kapittel 4 om samtykkekompetanse, skal underretningen sendes til denne representanten. Dersom en mindreårig er over 15 år, skal imidlertid statsforvalteren også underrette den mindreårige selv, jf. § fvl. § 27 første ledd.

Ettersom klageren, og eventuelt vedkommende sin representant, i de fleste sakene er å se som hovedadressat, vil helse- og omsorgstjenesten være kopiadressat. For at kopien av statsforvalterens vedtak ikke skal bli feilregistrert eller forlagt hos helse- og omsorgstjenesten, bør statsforvalteren sende et kort oversendelsesbrev med kopien.

Der hvor statsforvalterens vedtak innebærer oppfølging fra helse- og omsorgstjenesten, må dette framgå av oversendelsesbrevet, ellers er det tilstrekkelig kun å henvise til den vedlagte kopien av vedtaket.

5.4.2 Informasjon som klager trenger for å ivareta sine interesser

Statsforvalteren skal særskilt orientere om at vedtaket i klagesaken er endelig og ikke kan påklages, jf. forvaltningsloven § 28 tredje ledd første setning.

Dersom statsforvalteren har kommet til at vilkårene for å realitetsbehandle klagen ikke er oppfylt og fatter avvisningsvedtak som førsteinstans, skal det derimot orienteres om at avvisningsvedtaket kan påklages til overordnet organ, jf. fvl § 28 tredje ledd, andre setning og § 27 tredje ledd.

Der det foreligger endelig vedtak og statsforvalteren har endret vedtaket til gunst for klager, skal statsforvalteren informere om adgangen til å få tilkjent sakskostnader etter fvl. § 36.

Det at et vedtak er endret til gunst omfatter både endringsvedtak og vedtak som statsforvalteren opphever og som ikke skal behandles på ny av helse- og omsorgstjenesten. For eksempel der statsforvalteren opphever et vilkår for tjenesten som ugyldig. I slike tilfeller er en opphevelse en endelig avgjørelse i saken. Der statsforvalteren opphever helse- og omsorgstjenestens vedtak og sender saken tilbake for ny behandling, blir derimot ikke rettstilstanden endret for klager. Saken er kun potensielt endret til gunst, da det avhenger av resultatet fra helse- og omsorgstjenestens behandling. Sivilombudsmannen har likevel lagt til grunn at også slike opphevelser kan gi rett til dekning av sakskostnader (36).

5.5 Statsforvalterens adgang til å omgjøre eget vedtak

Statsforvalterens vedtak er endelig og kan ikke påklages, jf. fvl. § 28 tredje ledd. Etter forvaltningsloven § 35 kan imidlertid den som har klaget til statsforvalteren anmode om at vedtaket endres. Statsforvalteren kan også på eget initiativ endre eget vedtak.

Det følger av fvl. § 35 at et forvaltningsorgan *kan* omgjøre sitt eget vedtak. Selv om statsforvalteren etter dette ikke har noen plikt til å omgjøre, må statsforvalteren likevel vurdere om anmodningen gir grunn til å ta opp saken på nytt. Den som har anmodet om omgjøring skal uansett motta et svar på henvendelsen, uavhengig av om anmodningen tas til følge eller ikke.

Der statsforvalteren tar anmodningen til følge, gjelder de vanlige saksbehandlingsreglene i fvl. for enkeltvedtak. Derimot vil en beslutning om å ikke ta saken opp på ny ikke være et enkeltvedtak. Saken avsluttes hos statsforvalteren og skal ikke rutinemessig oversendes til Statens helsetilsyn.

5.6 Dekning av sakskostnader etter forvaltningsloven § 36

Det følger av forvaltningsloven § 36 at når et vedtak blir endret til gunst for en part, skal han tilkjennes dekning av vesentlige kostnader som har vært nødvendige for å få endret vedtaket. Se kapittel 5.4.2 om hva som anses som endret til gunst.

Kravet om vesentlige kostnader innebærer at bagatellutgifter ikke kan kreves dekket, men at utgifter til advokat og annen sakkyndig bistand blir dekket. Dekningen er ikke begrenset til de salærsatser som eksempelvis gjelder i ordningen med fritt rettsråd. Dersom det framsatte salærkravet er i samsvar med det alminnelige nivå blant advokater, er det ikke grunnlag for å redusere satsene. Helse- og omsorgsdepartementet reduserte timesatsen til en rettsjelper, der timesatsen var på over 3000 kroner/time, da dette ble vurdert til å være vesentlig over gjennomsnittlig timepris for advokater og den statlige salærsatsen (37).

Fvl. § 36 gjelder for endring av enkeltvedtak. De avgjørelser som etter pbrl. er å anse som andre avgjørelser har direkte betydning for rettigheter som pasient og brukere har, på samme måte som der det fattes enkeltvedtak etter pbrl. Etter Statens helsetilsyns vurdering må derfor fvl. § 36 også komme til anvendelse for slike avgjørelser og viser til fortolkningsuttalelse fra Justisdepartementet der det ble uttalt at fvl. § 36 bør komme til anvendelse i saker om retting og sletting av journal (38).

Om kostnadene er nødvendige, er det i forarbeidene uttalt at det er særlig viktig om det er forståelig at klager pådro seg utgiftene ved for eksempel å gå til advokat, og at feilens art og vanskelighetsgrad spiller en vesentlig rolle (39). Det skal ikke vurderes om kostnadene objektivt sett var nødvendig, hvis klageren hadde grunn til å tro de var det.

Det organet som treffer avgjørelsen i omkostningsspørsmålet er ansvarlig for å dekke kostnaden. Bestemmelsen gir likevel statsforvalteren rett til å pålegge kommunen/helseforetaket som førsteinstans å dekke sakskostnader dersom disse har begått feil som har ført til mangel ved vedtaket eller saksforberedelsen, for eksempel dersom statsforvalteren endrer førsteinstansens vedtak på grunn av saksbehandlingsfeil eller feil rettsanvendelse.

5.6.1 Hvem er klageinstans for klager over avslag på dekning av sakskostnader?

5.6.1.1 Dersom førsteinstansen endrer sin egen avgjørelse til gunst for parten

Dersom den kommunale helse- og omsorgstjenesten endrer sin egen avgjørelse i en rettighetssak, men avslår å dekke klagers krav om dekning av sakskostnader etter fvl. § 36, er det statsforvalteren som er klageinstans for klagen på saksomkostningskravet.

Dersom spesialisthelsetjenesten endrer sin avgjørelse, men avslår å dekke klagers krav om sakskostnader, er Nasjonalt klageorgan for helsetjenesten (Helseklage) klageinstans (40, 41).

5.6.1.2 Dersom Statsforvalteren endrer helse- og omsorgstjenestens avgjørelse til gunst for klager

Når statsforvalteren endrer helse- og omsorgstjenestens avgjørelse til klagers gunst, er det statsforvalteren som i første instans tar stilling til om vilkårene for dekning av sakskostnader i forvaltningsloven § 36 er oppfylt.

Dersom statsforvalteren avslår krav om dekning av saksomkostninger i en klage som gjelder rett til tjenester fra den kommunale helse- og omsorgstjenesten, er det Helsedirektoratet som er klageinstans for saksomkostningskravet (22).

Dersom statsforvalteren avslår kravet om dekning av saksomkostninger i en klage som gjelder rettigheter fra spesialisthelsetjenesten, er det Statens helsetilsyn som er klageinstans for saksomkostningskravet.

6 Retten til medvirkning og informasjon – pbrl. kapittel 3

6.1 Grunnleggende pasient- og brukerrettigheter

Det alminnelige grunnlaget for å yte helsehjelp er samtykke, jf. pbrl. § 4-1. For at et samtykke skal være gyldig, må pasienten ha fått nødvendig informasjon om sin helsetilstand.

Bestemmelsen må derfor ses i sammenheng med de grunnleggende rettighetene til informasjon og medvirkning etter pbrl. kapittel 3.

Dette er prosessuelle rettigheter som skal bidra til at pasienter og brukere får nødvendige og forsvarlige helse- og omsorgstjenester. Som ved brudd på andre saksbehandlingsregler, må statsforvalteren vurdere om brudd på retten til prosessuelle rettigheter kan ha virket inn på avgjørelsen, jf. forvaltningsloven § 41.

Mangelfull informasjon og medvirkning vil også være overlappende med brudd på retten til kontradiksjon etter fvl. §§ 16 og 17. Både brudd på retten til informasjon, medvirkning og kontradiksjon, kan ha betydning for vurderingen av om en sak er tilstrekkelig opplyst, se kapittel 4.5.4.

Informasjon må ses på primært å bli delaktig i fakta som foreligger og de vurderingene som helse- og omsorgstjenesten gjør. *Medvirkning* dreier seg mer om å involveres i form av å få uttale seg og bli lyttet til, både i beslutningsprosessen og senere når hjelpen gis.

6.2 Retten til medvirkning – pbrl. § 3-1

Bestemmelsene om pasienter og brukeres medvirkningsrett følger av pbrl. § 3-1. I tillegg til at pasienter eller brukere har rett til å medvirke under gjennomføringen av helse- og omsorgshjelpen, har de også rett til å medvirke ved utformingen av tjenestetilbudet, det vil si under saksbehandlingen og fram til avgjørelse blir tatt.

For at medvirkningsretten skal bli reell, skal den være tilpasset den enkeltes individuelle forutsetninger og behov. Også barn har rett til å medvirke, se kapittel 7 nedenfor.

Dersom pasient/bruker ikke har samtykkekompetanse, er det i § 3-1 andre ledd bestemt at nærmeste pårørende har rett til å medvirke sammen med pasienten/brukeren.

For å styrke medvirkningsretten for pasienter/brukere med behov for koordinerte og langvarige tjenester, er det gitt bestemmelser om rett til individuell plan og koordinator i hol. §§ 7-1 -7-2 og sphl. §§ 2-5 og 2-5 a. Pasienter med behov for oppfølging fra spesialisthelsetjenesten, har også rett på kontaktlege, jf. sphl § 2-5 c.

Eksempler på klagegrunner:

- at pasient/bruker ikke i tilstrekkelig grad har fått medvirke og blitt hørt ved utformingen av tjenestetilbudet, inkludert at vedkommendes ønsker ikke er etterkommet
- at pasient/bruker ikke får velge mellom tilgjengelige og forsvarlige tjenesteformer og undersøkelses- og behandlingsmetoder
- manglende involvering i andre sider ved gjennomføringen av hjelpen
- at pasient/bruker ikke har fått medvirke på rett tidspunkt
- måten pasient/bruker har fått medvirke på

Når klager anfører manglende eller mangelfull medvirkning, må statsforvalteren vurdere om det er brudd på medvirkning ved både utformingen og gjennomføringen av tjenestetilbudet.

6.2.1 Valg mellom tjenesteformer og undersøkelses- og behandlingsmetoder

Klager kan få prøvd om han har blitt tilstrekkelig involvert i mulighetene til å velge hvilken tjeneste som gis. Denne rettigheten gjelder både i spesialisthelsetjenesten og i kommunen. Dette innebærer imidlertid ikke at pasient/bruker gis rett til å velge hvilken metode som skal benyttes dersom helsepersonellet mener en annen metode er bedre egnet eller mer forsvarlig. Er metodene likeverdige, også økonomisk, bør imidlertid pasienten/brukeren kunne velge.

Det vises i denne sammenheng til en tolkningsuttalelse fra Helsedirektoratet hvor rekkevidden av pasienters medvirkningsrett blir vurdert (42). Det ble der blant annet pekt på at pasientens syn og vurderinger vil veie tungt, så sant pasientens valg av metode kan gjennomføres på en faglig forsvarlig og ressurseffektiv måte. Videre ble betydningen av en god og åpen dialog med pasienten presisert dersom helsepersonellet av faglige eller ressursmessige grunner finner det nødvendig å anvende en metode som pasienten vegrer seg mot. Helsepersonellet må også vurdere om det vil være forsvarlig å ikke imøtekomme pasientens ønsker. Særlig i tilfeller der pasientens tilstand vil kunne forverres som følge av at behandling som ikke tar tilstrekkelig hensyn til pasientens ønsker, igangsettes.

Klage på manglende medvirkning vil særlig være aktuelt sammen med klage på mangelfull helsehjelp etter pbrl. § 2-1 b, for eksempel ved klage på en pågående behandling der det er uenighet om aktuell medisinerings. Spørsmålet om hvor langt medvirkningsretten gjelder i slike saker må særlig ses i sammenheng med om det ytes nødvendig og forsvarlig helsehjelp. Det vises i denne sammenheng til Helse- og omsorgsdepartementets rundskriv I-4/2019 (32) hvor blant annet utprøvende behandling er vurdert å ligge innenfor spesialisthelsetjenestens handlingsrom, dvs. utøvelse av fritt skjønn.

6.2.2 Pasient/bruker har ikke i tilstrekkelig grad fått medvirke ved utformingen av tjenestetilbudet

Retten til å medvirke gjelder under hele saksbehandlingen og frem til vedtak fattes. Det forutsetter at helse- og omsorgstjenesten så langt som mulig samarbeider med bruker og pasient når tjenestetilbudet utformes, og tar hensyn til den enkeltes spesielle behov og ønsker. I dette ligger at brukeren/pasienten blir tatt med på råd og får være delaktig i beslutningsprosessen. Jo mer vesentlig tjenesten er for brukerens/pasientens velferd og livssituasjon, jo viktigere er medvirkningsretten.

Det følger av pbrl. § 3-2 andre ledd at det skal legges stor vekt på hva pasienten/brukeren mener ved utforming av tjenestetilbud etter helse- og omsorgstjenesteloven § 3-2 første ledd nr. 6, § 3-6 og § 3-8. Dette omfatter blant annet helsetjenester i hjemmet, personlig assistanse, praktisk bistand, opplæring, støttekontakt, plass i institusjon (også sykehjem), avlastningstiltak, omsorgsstønning og BPA. Selv om det skal legges stor vekt på hva pasient/bruker mener i slike saker, vil det likevel der valget ligger innenfor kommunens handlingsrom og frie skjønn, i utgangspunktet være kommunen som avgjør hjelpeformen, se kapittel 4.7.1. Hvis helse- og omsorgstjenesten i slike situasjoner ikke har imøtekommet brukerens ønsker, kan det sette statsforvalteren i en utfordrende situasjon i saker hvor det avdekkes at medvirkningsretten ikke er tilstrekkelig oppfylt, da det samtidig skal legges stor vekt på hensynet til det kommunale selvstyret.

6.2.3 Nærmeste pårørendes rett til å medvirke

Dersom pasienten ikke har samtykkekompetanse, jf. pbrl. § 4-3, er nærmeste pårørende gitt en rett til å medvirke sammen med pasienten, jf. pbrl. § 3-1 tredje ledd. Pasientens tilstand og

funksjonsnivå tilsier i hvilken utstrekning pasienten selv kan medvirke, eller om nærmeste pårørende må ivareta retten til å medvirke på en mer selvstendig måte.

Medvirkningsretten omfatter også det å være til stede når helsehjelp ytes, men bare så langt det vurderes å være i pasientens interesse. Helse- og omsorgsdepartementet uttalte i brev datert 13. juni 2014 om rekkevidden av pårørendes medvirkningsrett der det er uenighet mellom pårørende og helsepersonellet om hva som er til beste for pasienten at: «Dersom medvirkning i form av tilstedeværelse kan føre til at helsehjelpen ikke kan gjennomføres på forsvarlig måte, vil medvirkningen ikke være i pasientens interesse.»

Foreldre har som følge av foreldreansvaret rett til å være til stede under undersøkelser av sine barn. Også foreldre som ikke har del i foreldreansvaret kan ha rett til å være til stede siden de har rett til å samtykke til helsehjelp i visse tilfeller, se pbrl. § 4-4 andre ledd bokstav a. Barns rett til samvær med foreldre under opphold i helseinstitusjon er nærmere regulert i pbrl. § 6-2. Se også pkt. 7.3

6.3 Retten til informasjon – pbrl. § 3-2

Hovedbestemmelsen om pasienters rett til å få informasjon når det gis helsehjelp er gitt i pbrl. § 3-2 første ledd, mens brukernes rett til informasjon framgår av bestemmelsens siste ledd.

Pbrl. § 3-2 første og siste ledd lyder:

«Pasienten skal ha den informasjon som er nødvendig for å få innsikt i sin helsetilstand og innholdet i helsehjelpen. Pasienten skal også informeres om mulige risikoer og bivirkninger [...] Brukere skal ha den informasjon som er nødvendig for å få tilstrekkelig innsikt i tjenestetilbudet og for å kunne ivareta sine rettigheter»

Retten til informasjon gjelder også for barn, se kapittel 7 nedenfor.

Pbrl. § 3-2 må ses i sammenheng med pbrl. § 3-5 om at informasjonen skal være tilpasset mottakerens individuelle forutsetninger, som alder, modenhet, erfaring og kultur- og språkbakgrunn, samt at den skal gis på en hensynsfull måte.

Eksempler på klagegrunner:

- informasjon ikke gitt eller er blitt gitt
- innholdet i informasjonen er utilstrekkelig eller ikke tilpasset klager
- måten informasjonen er gitt på og tidspunktet for når informasjonen ble gitt

Statsforvalterens vurderingstema:

Statsforvalteren må vurdere om pasienten har en uoppfylt rett etter pbrl § 3-2.

Klage på manglende informasjon vil ofte gjelde situasjoner der det vil være for sent å oppfylle retten, fordi hjelpen allerede er gitt. Dersom klagen for eksempel kun gjelder manglende eller unnlatt informasjon om risiko ved en operasjon som er gjennomført, vil det være for sent å kunne oppfylle rettigheten. Statsforvalteren kan vurdere om informasjonen er av slik karakter at den bør følges opp med tilsyn, jf. pbrl. § 7-4, jf. hpl. § 10. Dersom klagen derimot også

gjelder klage på manglende helse- eller omsorgstjenester, vil klage på manglende informasjon ofte inngå i behandlingen av rettighetsklagen.

Når statsforvalteren skal vurdere om informasjon til pasienter er oppfylt etter § 3-2 første ledd, er det flere vurderingstemaer. For eksempel:

- Gir informasjonen som er gitt innsikt i egen helsetilstand og om innholdet i helsehjelpen?
- Er pasienten blitt informert om mulige risikoer og bivirkninger?
- Er informasjonen tilrettelagt slik at pasienten kan forstå innholdet?

I prøvingen kan statsforvalteren finne at pasienten på enkelte områder ikke har fått oppfylt retten på informasjon, men også samlet sett vurdere at informasjonen er for utilstrekkelig til å oppfylle kravet. Kvaliteten på informasjonen har også betydning for pasientens mulighet til å kunne gi et informert samtykke etter pbrl. § 4-1, og for å kunne benytte sin rett til å medvirke etter pbrl. § 3-1. I tillegg kan det være informasjonens form og når informasjonen ble gitt, som har gjort at pasienten/brukeren ikke har fått en reell mulighet til å medvirke, jf. pbrl. § 3-5. For eksempel vil bruk av tolk i mange tilfelle være nødvendig når pasienten har begrenset norskkunnskap.

Dersom en bruker klager på manglende informasjon, blir vurderingstema om brukeren har fått den informasjonen som er nødvendig for å få tilstrekkelig innsikt i tjenestetilbudet og for å kunne ivareta sine rettigheter, blant annet bruke sin rett til å medvirke og klage.

6.3.1 Nærmeste pårørendes rett til informasjon

Pbrl. § 3-3 regulerer nærmeste pårørendes rett til informasjon. Hvem som er nærmeste pårørende reguleres av pbrl. § 1-3 b, se også pkt. 2.3.4.1.

Dersom pasienten eller brukeren gir sitt samtykke til at informasjon gis til de pårørende, skal de som hovedregel ha informasjon om pasientens helsetilstand og den helsehjelp som ytes.

Uavhengig av samtykke har pårørende rett på informasjon i den utstrekning «forholdene tilsier det». Dette vil være tilfelle i situasjoner hvor det ikke er mulig å få pasientens samtykke på grunn av bevisstløshet eller psykiske forstyrrelser av ulike karakter, og av mer eller mindre forbigående art.

Nærmeste pårørende til pasienter eller brukere over 16 år som av ulike grunner åpenbart ikke kan ivareta sine interesser, har rett til informasjon på tilsvarende måte som pasienten selv etter § 3-2.

6.3.2 Retten til informasjon når pasienten eller brukeren er under 18 år

Pbrl. § 3-4 regulerer foreldrenes (eller andre som har foreldreansvaret) sin rett til informasjon når pasienten eller brukeren er under 18 år. Om og eventuelt hvilken rett foreldrene har til informasjon etter pbrl. § 3-4, beror dels på barnets alder og dels på andre omstendigheter:

- Er barnet *mellom 16-18 år* har foreldrene bare rett til informasjon som er nødvendig for å oppfylle foreldreansvaret, med mindre pasienten samtykker i at informasjon gis eller forholdene tilsier det, jf. § 3-4 første og fjerde ledd.
- Er barnet *under 16 år*, har foreldrene som hovedregel rett til informasjon om barnet.

- Er barnet *mellom 12-16 år*, skal informasjon ikke gis til foreldrene når barnet av grunner som bør respekteres, ikke ønsker at foreldrene skal informeres.
- Uavhengig av alder, det vil si også når barnet er under 12 år, skal informasjon ikke gis til foreldrene «dersom tungtveiende hensyn til pasienten eller brukeren taler mot det».

Det er vurderingen av hva som vil være til beste for barnet som skal være avgjørende. Viktige hensyn kan trekke i hver sin retning, og statsforvalteren må avveie hvilke hensyn som skal tillegges avgjørende vekt for å sikre barnets behov på best mulig måte.

Sivilombudsmannen har i sak 2017/891 (43) uttalt at statsforvalteren, for å kunne ta stilling til et eventuelt brudd på en fars rett til informasjon etter pbrl. § 3-4, først måtte klarlegge hvilken informasjon far hadde rett til å få, og hvilken informasjon han faktisk hadde fått.

Barneverntjenestens rett til informasjon er regulert i pbrl. § 3-4 sjette ledd. Helsedirektoratet har i brev av 9. april 2010 uttalt seg om barnevernets rett til informasjon i de tilfeller der barnet er 17 år og barnevernet har overtatt omsorgen, men ikke foreldreansvaret (44). Helsedirektoratet konkluderte med at barneverntjenesten som utgangspunkt ikke har rett til taushetsbelagte opplysninger vedrørende barn over 16 år som de har overtatt omsorgsansvaret for, med unntak av opplysninger som er nødvendige for at barneverntjenesten skal kunne oppfylle sine plikter etter barnevernloven.

6.3.3 Særlig om retten til informasjon ved skader og dødsfall i helse- og omsorgstjenesten

Pbrl. § 3-2 fjerde til syvende ledd og § 3-3 tredje ledd inneholder særskilte bestemmelser om rett til informasjon ved skader og dødsfall i helse- og omsorgstjenesten. Helsedirektoratet har utarbeidet egen veileder for slik informasjon, se IS – 2213, Pasienters, brukeres og nærmeste pårørendes rett til informasjon ved skade eller alvorlige komplikasjoner.

7 Særlig om barns rettigheter

7.1 Barnets beste er et grunnleggende prinsipp i alle saker som berører barn

Barn er gjennom barnekonvensjonen art. 3 og Grl. § 104 andre ledd gitt en rett til at deres beste skal være et grunnleggende hensyn ved alle handlinger som berører dem. I dette ligger en rett til at det både blir foretatt en slik vurdering og hensynet til barnets beste tillegges vekt.

I vurderingen av hva som er barnets beste, er barnets mening et vesentlig moment. Barnets beste henger derfor tett sammen med barnekonvensjonens art. 12 og Grl. § 104 første ledd om barnets rett til å bli hørt og at deres mening skal tillegges vekt i overensstemmelsen med deres alder og utvikling.

Felles for bestemmelsene i pbrl. som omhandler barn, er at barnet selv skal involveres i beslutninger etter hvert som de utvikler seg, og i den utstrekning de selv er i stand til å ivareta sine egne interesser på en fornuftig måte. I utgangspunktet er den helserettslige myndighetsalder 16 år, jf. pbrl. 4-3 første ledd bokstav b., men pbrl. § 6-5 slår fast at et barn kan opptre som part i en sak og gjøre partsrettigheter gjeldende fra de har fylt 12 år og forstår hva saken gjelder. Barns rettigheter framgår både av de generelle bestemmelsene i pbrl., som retten til medvirkning og informasjon, men barn er også gitt særskilte rettigheter i pbrl. kapittel 6.

I klager som omhandler uoppfylte rettigheter etter disse bestemmelsen i pbrl., vil det derfor som hovedregel ikke være behov for å vurdere Grl. § 104 og barnekonvensjonen artikkel 3 og 12 i tillegg til å vurdere bestemmelsene i pbrl.

Helse- og omsorgstjenesten må imidlertid sikre at disse grunnleggende hensynene blir ivaretatt i forberedelse av saken og i selve avgjørelsen. Tilsvarende må statsforvalter undersøke om disse hensynene er tilstrekkelig ivaretatt, og selv ivareta de under klagesaksbehandlingen.

Barnets beste er ikke bare knyttet til handlinger som tiltak og avgjørelser med direkte virkninger for barn, men også handlinger som har indirekte virkninger for dem. Se eksempelsak nedenfor.

Eksempelsak

I en vurdering av sak om nattavlastning uttalte Sivilombudsmannen (45) bl.a.: «At de berørte barnas interesse ikke er tilstrekkelig kartlagt, er heller ikke i samsvar med forvaltningens utredningsplikt. Dersom disse interessene heller ikke er blitt vektlagt ved forvaltningens skjønnsutøvelse, utgjør dette videre en mangel ved skjønnet. Det er også i strid med forpliktelsene etter Grunnloven § 104, menneskerettsloven og FNs barnekonvensjon.»

Utdanningsdirektoratet har utarbeidet en veileder om bruk av barnekonvensjonen i saksbehandlingen (46). Selv om veilederen er innrettet på saker etter barnehageloven, opplæringsloven og friskoleloven, har den overføringsverdi også for saksbehandling av saker på helse- og omsorgsområdet.

7.2 Barns rett til informasjon og medvirkning

Barn har rett til medvirkning og informasjon etter reglene i pbrl. kapittel 3. Hva medvirkningsretten innebærer for barn, er konkretisert i pbrl. § 3-1 første ledd fjerde og femte setning, som lyder:

«Barn som er i stand til å danne seg egne synspunkter, skal gis informasjon og høres. Det skal legges vekt på hva barnet mener, i samsvar med barnets alder og modenhet.»

Når det gjelder retten til informasjon, har barnet selv krav på informasjon, jf. § 3-2, men opplysningene må gis i samarbeid med foreldre eller andre med foreldreansvar, og i en form som er tilpasset barnets alder og modenhet, jf. pbrl. § 3-5. Barn mellom 16-18 år vil som regel ha en selvstendig rett til å ta imot informasjon og medvirke. Dersom retten til å medvirke og få informasjon er oppfylt etter pbrl. vil også det være en oppfyllelse.

7.3 Barns rett til helsekontroller

Etter pbrl. § 6-1 har barn rett til nødvendig helsehjelp i form av helsekontroll, jf. hol. § 3-2. Helsekontroller er nærmere regulert i forskrift om kommunens helsefremmende og forebyggende arbeid i helsestasjons- og skolehelsetjenesten. Selv om pbrl. § 6-1 ikke er nevnt i pbrl. § 7-2 første ledd over hvilke bestemmelser som kan påklages, er dette vurdert å være en inkurie, da det var klagerett i den gamle kommunehelsetjenesteloven.

Se nærmere Helsedirektoratets rundskriv til pasient- og brukerrettighetsloven. Helsedirektoratet har videre gitt en fortolkning om barns rett til helsekontroller som omtaler hvilke krav som kan stilles til foreldre som ikke møter til helsekontroller (47).

7.4 Barns særlige rettigheter under opphold i helseinstitusjon

Barn som oppholder seg i helseinstitusjon har rett til samvær med foreldre eller andre med foreldreansvar, og har rett til aktivitet og undervisning, jf. pbrl. §§ 6-2 til 6-4. Med helseinstitusjon menes ikke bare sykehus, men også institusjoner innen psykisk helsevern og andre institusjoner der barn har midlertidig opphold, så lenge det ytes spesialisthelsetjenester etter spll.

Rettighetene er nærmere omtalt i forskrift om barns opphold i helseinstitusjon (48). Klage på barns rett til opplæring etter pbrl. § 6-4 er unntatt fra klageordningen i pasient- og brukerrettighetsloven, men kan påklages etter klagereglene i opplæringslova.

I tillegg til disse særskilte rettighetene, skal helseinstitusjon etter pbrl. § 2-5 a oppnevne kontaktlege for pasienter som har alvorlig sykdom, skade eller lidelse. Det følger av forarbeidene til denne bestemmelsen at terskelen for å oppnevne kontaktlege til barn skal være lav.

Barn har rett til å ha minst en av foreldrene hos seg under oppholdet, og ved alvorlig eller livstruende sykdom skal begge foreldrene få være hos barnet. Avdelinger og barnestuer der barn legges inn, skal utformes og utstyres etter barns behov, og slik at det er areal for barns aktiviteter. Se nærmere Helsedirektoratets rundskriv til pasient- og brukerrettighetsloven. Helsedirektoratet har videre avgitt en tolkningsuttalelse til barns rett til samvær, som særlig omhandler barn som bor i barne- og avlastningsbolig og som trenger følge til sykehus (49).

7.5 Nærmere om klager om barns rettigheter etter pbrl. kapittel 6

Selv om et barn er å anse som part fra fylte 12 år, vil barn sjelden være i stand til å ivareta rettigheter gjennom en klage. Retten til helsekontroller der foreldre ikke møter til innkallinger på helsestasjoner, er det ikke sannsynlig at barn selv påklager. Derimot kan det være klage fra foreldre om at tilbudet ved helsestasjonen ikke oppfyller retten til nødvendig helsekontroll.

Foreldre eller andre med foreldreansvar vil videre kunne klage på manglende oppfyllelse av rettigheter under barnets opphold på helseinstitusjon.

8 Retten til kommunale helse- og omsorgstjenester

8.1 Retten til nødvendige og verdige helse- og omsorgstjenester

Pasienter og brukere har rett til nødvendige og verdige helse- og omsorgstjenester fra kommunen, jf. pbrl. § 2-1 a andre og tredje ledd. Bestemmelsen gir ingen opplysning av hva som er å nødvendige helse- og omsorgstjenester, og må derfor ses i sammenheng med kommunens «sørge for»-ansvar i hol. § 3-1 første ledd og pliktene til å tilby tjenester i de øvrige bestemmelsene i kapittel 3.

Hva som er nødvendige helse- og omsorgstjenester, er en rettslig standard som innebærer at tjenestene må være forsvarlige og være basert på en individuell helsefaglig og/eller omsorgsfaglig vurdering av den enkeltes behov. Det inngår i forsvarlighetskravet at tjenestene

må ha tilfredsstillende kvalitet, ytes i tid og ha et tilstrekkelig omfang. Retten til nødvendige og verdige tjenester korresponderer med kommunens plikt til å yte forsvarlige tjenester etter hol. § 4-1.

Ved beslutning om tjenester og omfang kan det legges vekt på hensynet til kommunens ressurser og prioriteringer. Loven oppstiller imidlertid en minstestandard som kommunene ikke kan gå under, jf. «Fusa-dommen».

Retten til nødvendige kommunale helse- og omsorgstjenester knytter seg etter dette til om det som tilbys dekker behovet på en forsvarlig måte, og gir ikke rett til en bestemt type tjeneste eller behandling, eller til det som er vurdert som det beste eller mest optimale tilbudet.

Retten til verdige tjenester etter pbrl. § 2-1 a tredje ledd faller inn under, og er den del av det generelle forsvarlighetskravet i hol. § 4.1. Et tjenestetilbud som ikke oppfyller grunnleggende verdighetskrav, vil heller ikke kunne oppfattes som et forsvarlig tjenestetilbud. Det vil derfor sjeldent være aktuelt å behandle en klage bare ut fra spørsmålet om retten til et verdig tjenestetilbud er oppfylt, selv om dette er formulert som en egen rettighet.

Det er gitt forskrifter som omhandler kvalitet og verdighet (50, 51). Forskriftenes virkeområde er avgrenset til eldreomsorgen, men må antas å gjelde i helse- og omsorgstjenestens møte med alle mottakere av helse- og omsorgstjenestene. Hensynene bak bestemmelsene i disse forskriftene har derfor overføringsverdi også for å imøtekomme behov som finnes hos barn, ungdom og voksne.

I det følgende vil verdige tjenester inngå i vår omtale av nødvendige og forsvarlige tjenester.

8.1.1 Hvem har rett på nødvendige kommunale helse- og omsorgstjenester?

Det følger av hol. § 3-1 at kommunens ansvar for nødvendige helse- og omsorgstjenester gjelder alle som oppholder seg i kommunen.

Prinsippet om «opphold» innebærer ikke et krav om at personen må ha fast bosted eller oppholdssted i kommunen, og det er heller ikke et krav om en viss varighet. Kommunen er derfor også ansvarlig for de som er på ferie, gjennomreise eller av annen grunn oppholder seg midlertidig i kommunen.

Hvilke tjenester kommunen er forpliktet til å yte til personer som oppholder seg midlertidig i kommunen, vil avhenge av hva som anses forsvarlig blant annet ut fra lengden på oppholdet. Det vil derfor kunne være forsvarlig med et mindre omfang av tjenester i en kort periode, selv om dette ikke vil være forsvarlig over tid. En kommune hvor pasient/bruker oppholder seg midlertidig er derfor ikke uten videre forpliktet til å yte tjenester i samme omfang som hjemkommunen vil kunne ha plikt til.

Til oppholdsprinsippet hører nødvendigvis også ansvaret for tjenester til de som flytter til kommunen. For at personer med stort og kontinuerlig bistandsbehov skal ha reell mulighet til å flytte, kan det være nødvendig at tilflyttingskommunen utreder behovet og fatter vedtak om nødvendige tjenester før søkeren tar opphold i kommunen. Den nye kommunen er ikke uten videre forpliktet til å tilby tjenester med samme utforming og omfang som det pasienten eller brukeren mottok fra fraflyttingskommunen. Hensynet til forsvarlighet og kontinuitet i tjenestetilbudet tilsier imidlertid at det er samarbeid mellom kommunene ved flytting (52).

Så lenge brukeren eller pasienten oppfyller oppholdsprinsippet, følger det av hol. § 3-1 andre ledd at kommunen har et generelt ansvar for å yte tjenester ut fra behov, og ikke ut fra alder eller diagnoser:

«Kommunens ansvar omfatter alle pasient- og brukergrupper, herunder personer med somatisk eller psykisk sykdom, skade eller lidelse, rusmiddelproblem, sosiale problemer eller nedsatt funksjonsevne.»

Ansvarer omfatter også utenlandske borgere som har lovlig opphold i Norge. Utenlandske borgere som er medlem av folketrygden, har fulle rettigheter til helse- og omsorgstjenester. Voksne personer med ulovlig opphold er langt på vei avskåret fra helsetjenester som ikke er helt nødvendig og som ikke kan vente, samt fra omsorgstjenester. Dette gjelder fra det tidspunktet personen har plikt til å forlate landet. Barn under 18 år vil imidlertid uavhengig av oppholdsstatus, ha rett til både helse- og omsorgstjenester fra kommunen, med mindre hensynet til barnet tilsier at hjelpen ikke skal ytes. Barn som ikke fyller vilkårene om medlemskap i folketrygden har imidlertid ikke rett til fastlege (53).

8.1.2 Klager på manglende oppfyllelse av retten til nødvendige kommunale helse- og omsorgstjenester

Det er klagerens behov for tjenester som er utgangspunktet for vurderingene som både helse- og omsorgstjenesten og statsforvalteren gjør. Selv om retten til nødvendige kommunale helse- og omsorgstjenester i utgangspunktet ikke knytter seg til en bestemt type tjeneste eller behandling, vil klagerens faktiske situasjon ha betydning for hvilke tjenester som er aktuelle og som på en forsvarlig måte kan dekke behovet.

8.2 Kommunes ansvar for å yte nødvendige helse- og omsorgstjenester

Kommunens overordnede «sørge for»-ansvar og hvem de har et ansvar for følger av hol. § 3-1 første ledd:

«Kommunen skal sørge for at personer som oppholder seg i kommunen, tilbys nødvendige helse- og omsorgstjenester.»

For å oppfylle dette «sørge for»-ansvaret, framgår det av hol. § 3-2 første ledd hva kommunen som et minimum skal tilby. Tjenestene er delt inn i sju grupper:

1. Helsefremmende og forebyggende tjenester, herunder:
 - a. helsetjeneste i skoler og
 - b. helsestasjonstjeneste
2. Svangerskaps- og barselomsorgstjenester
3. Hjelp ved ulykker og andre akutte situasjoner, herunder:
 - a. legevakt,
 - b. heldøgns medisinsk akuttberedskap,
 - c. medisinsk nødmeldetjeneste, og
 - d. psykososial beredskap og oppfølging.
4. Utredning, diagnostisering og behandling, herunder fastlegeordning

5. Sosial, psykososial og medisinsk habilitering og rehabilitering
6. Andre helse- og omsorgstjenester, herunder:
 - a. helsetjenester i hjemmet,
 - b. personlig assistanse, herunder praktisk bistand og opplæring og støttekontakt og
 - c. plass i institusjon, herunder sykehjem
7. Dagaktivitetstilbud til hjemmeboende personer med demens.

I tillegg til disse sju gruppene av tjenester, er kommunen i enkeltbestemmelser i hol. kapittel 3 også ansvarlig for å tilby:

- opphold i sykehjem eller tilsvarende bolig særskilt tilrettelagt for heldøgns tjenester, jf. hol. § 3-2 a
- nødvendig pårørendestøtte etter hol. § 3-6, som:
 - Opplæring og veiledning
 - Avlastningstiltak
 - Omsorgstønad
- organisering av personlig assistanse som brukerstyrt personlig assistanse (BPA), jf. hol. § 3-8
- helse- og omsorgstjenester til innsatte i fengsler, jf. hol. § 3-9
- helse- og omsorgstjenester til barn som er plassert utenfor hjemmet etter barnevernloven, § 3-9 a

Pbrl. § 2-1 a andre ledd, som gir rett til nødvendige helse- og omsorgstjenester, henviser ikke direkte til de lovpålagte deltjenestene i hol. kapittel 3. Retten til nødvendige tjenester kan derfor bli oppfylt på annen måte enn gjennom tildeling av de tjenester som er angitt i hol. § 3-2. For eksempel kan retten til nødvendig helse- og omsorgstjenester bli dekket gjennom et dagtilbud, som ikke uttrykkelig er angitt som en egen lovpålagt oppgave i hol. § 3-2.

8.3 Grensen mellom helsetjenester og omsorgstjenester

For noen av tjenestene er det ikke opplagt om den faktisk er en helsetjeneste eller omsorgstjeneste, da de kan ha formål som er helt eller delvis sammenfallende. Tjenester med pleie- og omsorgsformål eller habiliteringsformål er helsehjelp etter definisjonen av helsehjelp i pbrl. § 1-3 c. Tjenesten personlig assistanse og opplæring er en omsorgstjeneste etter hol. § 3-2 første ledd nr. 6 bokstav b, kan imidlertid ha samme formål. Se også kapittel 4.7.1.

Om helse- og omsorgstjenesten har hjemlet en tjeneste som omsorgstjeneste eller helsehjelp kan ha betydning for den som mottar hjelpen. For eksempel er det avgjørende for rett på BPA som er avgrenset til omsorgstjenester. Om noe er å anse som en omsorgstjeneste eller helsetjeneste definerer videre om mottaker av tjenesten er bruker eller pasient. Selv om flere av bestemmelsene i pbrl. har felles regulering av rettighetene til pasient og bruker, er det enkelte ulikheter. Dette gjelder for eksempel hvilken informasjon vedkommende har krav på etter pbrl. § 3-2. Videre vil det ha betydning for hvor mye vekt statsforvalteren skal legge på det kommunale selvstyre etter pbrl. § 7-7, samt at det kan få betydning for om kommunen kan kreve egenbetaling.

Når det skal tas stilling til om tilbudet er en omsorgstjeneste eller helsehjelp, vil hovedformålet med tjenesten ha avgjørende betydning. For eksempel vil omsorgstjenester som blir gitt under opphold i helseinstitusjon inngå i helsehjelpen fordi helsehjelpen er

hovedformålet. Dersom tjenesten vanskelig kan gjennomføres på en forsvarlig måte uten at den som yter hjelpen er helsepersonell, vil den også være å anse som helsehjelp, jf. definisjonen i § 1-3 c, om at helsehjelp utøves av helsepersonell.

8.3.1 Når er det krav om enkeltvedtak?

Etter pasient- og brukerrettighetsloven § 2-7 skal det fattes enkeltvedtak ved tildeling, endring eller avslag på tjenester etter helse- og omsorgstjenesteloven §§ 3-2 første ledd nr. 6, 3-6 og 3-8 som er ment å vare lenger enn to uker. Det vil si:

- helsetjenester i hjemmet
- personlig assistanse, herunder praktisk bistand og opplæring og støttekontakt
- plass i institusjon, herunder sykehjem
- nødvendig pårørendestøtte, herunder opplæring og veiledning, avlastningstiltak og omsorgsstønad
- BPA

Se kapittel 4.5.2. om kravene til forberedelse og saksbehandling av enkeltvedtak.

Enkelte tjenester kan omfattes av flere deltjenester i hol. § 3-2. Enkelte ganger henger dette sammen med vurderingen av om tjenesten er å anse som helsehjelp eller omsorgstjeneste, jf. ovenfor. Det at flere deltjenester dekker samme formål, kan få betydning for om tildelingen krever et enkeltvedtak eller ikke. For eksempel kan organisering av kommunenes fysioterapitjenester eller psykisk helsehjelp i hjemmet både være omfattet av § 3-2 første ledd nr. 6 bokstav a som helsehjelp i hjemmet, eller som psykososial eller medisinsk habilitering eller rehabilitering etter samme bestemmelsen første ledd nr. 5. For sistnevnte er det ikke krav om at saksbehandlingen skal følge kravene til enkeltvedtak. I utgangspunktet skal statsforvalteren legge til grunn kommunens hjemmel for tjenesten, med mindre det er åpenbart at en tjeneste skulle vært hjemlet i hol. 3-2 første ledd nr. 6 bokstavene a-c, slik at det skulle vært fattet enkeltvedtak.

Dersom kommunen velger å dekke behovet for nødvendig helse- og omsorgstjenester med en ikke lovpålagt tjeneste, skal kommunen likevel tildele tjenesten som et enkeltvedtak jf. følgende uttalelse fra Helsedirektoratet (54):

«Dagaktivitetstilbud er ikke direkte regulert i helse- og omsorgstjenesteloven §§ 3-1 og 3-2. Det er likevel ingenting i veien for at kommunen dekker sitt ansvar for å tilby «nødvendige helse- og omsorgstjenester», jf. helse- og omsorgstjenesteloven §§ 3-1 og 3-2 ved å tilby tjenestene som et dagaktivitetstilbud, dersom dette vurderes som hensiktsmessig. Dekker kommunen sitt ansvar etter §§ 3-1 og 3-2 ved å tilby tjenestene som et dagaktivitetstilbud, kommer pasient- og brukerrettighetsloven § 2-7 andre ledd til anvendelse. Etter bestemmelsen i § 2-7 andre ledd skal «vedtak om tjenester etter helse- og omsorgstjenesteloven §§ 3-2 første ledd nr. 6 bokstavene a til d, 3-6 og 3-8, som forventes å vare lenger enn to uker» treffes i form av enkeltvedtak.»

Dersom det er åpenbar feil hjemmelsbruk, må statsforvalteren gjøre en konkret vurdering av om saksbehandlingsfeilen har medført at klager ikke har fått oppfylt sine rettigheter. Kommunen må imidlertid uansett få tilbakemelding om tjenester som hjemles feil, slik at det kan rettes for framtiden.

Eksempelsak

Statens helsetilsyn opphevet i medhold av fvl. § 35 kommunens og Fylkesmannens vedtak om avslag på BPA i sak 2018/1541. Klager mente behovet for omsorgstjenester var større enn det kommunen hadde lagt til grunn og anførte at kommunen feilaktig hadde definert flere tjenester som helsehjelp. Statens helsetilsyn kom til at enkelte av tjenestene som kommunen hadde definert som helsehjelp kunne vært definert som assistenttjenester som kan ytes som BPA. Statens helsetilsyn kom videre til at Fylkesmannen ikke hadde tatt stilling til klagers anførsel om at tjenestene skulle vært definert som helsetjenester i utgangspunktet, noe som var en saksbehandlingsfeil, jf. fvl. § 34 andre ledd andre setning.

Kravet om enkeltvedtak gjelder videre kun dersom tjenester har en varighet på mer enn to uker. Kommunen kan imidlertid ikke tildele flere toukers-tjenester etter hverandre for å omgå reglene tjenesten gjennom enkeltvedtak.

8.4 Klager der helse- og omsorgstjenesten har avslått søknad om tjenester

Klagegrunnen vil i slike rettighetsklager være at det foreligger rett på tjenester, og vurderingstemaet for statsforvalteren blir om klager har behov som gir rett på nødvendige helse- og omsorgstjenester etter pbrl. § 2-1 andre ledd.

Dette vil i hovedsak være en vurdering av faktum om klagers behov opp mot de helsefaglige eller omsorgsfaglige vurderingene som framgår av saken. Faktum må også omfatte hvilket rettslig grunnlag vurderingene er vurdert opp mot. Foreligger det ikke en slik vurdering eller den er svært mangelfull, vil det ikke være mulig for statsforvalteren å vurdere om kommunens lovanvendelse er i henhold til pbrl. og hol.

For enkeltvedtak bør dette framgå av selve vedtaket, mens det for andre avgjørelser kan framgå av helse- og omsorgstjenestenes klagevurdering og oversendelse til statsforvalteren.

8.4.1 Særlig om utfallet i rettighetsklager der helse- og omsorgstjenesten har avslått søknaden

I rettighetsklager der klageren har fått avslag på søknad, skal statsforvalteren endre kommunens vedtak og treffe nytt realitetsvedtak når saken er tilstrekkelig opplyst. Grunnlaget for et endringsvedtak vil enten være at kommunens vedtak er ugyldig eller at nytt vedtak er nødvendig som følge av nye opplysninger i saken.

Det nye realitetsvedtaket vil innebære å gi klager medhold i at en rettighetsbestemmelse er oppfylt. Statsforvalteren kan også fastsette innholdet og utmåle tjenesten. Noen ganger vil det være opplagt hvilken tjeneste som på best måte vil dekke klagers behov. Der statsforvalteren har en klar oppfatning av hva som er riktig tjenestetilbud bør dette fastsettes i vedtaket. Jo mer skjønnsmessige vurderinger som skal til for å fastslå utmåling og innhold, jo mer tilbakeholden bør derimot statsforvalteren være med å endelig fastsette dette i vedtaket. Se for øvrig kapittel 4.4.2, 4.5 og 4.6.

8.5 Klage på innhold og omfang i tildelte tjenester

I mange rettighetsklager er det enighet mellom kommunen og klager om at det foreligger rett på tjenester, men uenighet om omfanget og det nærmere innholdet av tjenesten som er innvilget.

Eksempler på klagegrunner:

- klage på at de tjenestene som tilbys ikke dekker behovene, for eksempel:
 - dårlig eller manglende samhandling mellom de kommunale tjenestene
 - får ikke forsvarlig oppfølging på sykehjemmet eller av hjemmesykepleien
 - får for lite hjemmetjenester
 - tilbudet om avlastning ikke dekker behovet
 - det er mangelfull medisinsk oppfølging ved et avlastningstilbud
- klage på at det er uklart hva kommunens tjenestetilbud faktisk medfører av tjenester, for eksempel:
 - uklart om vedtaket gir rett på våken nattevakt, som klager mener det er behov for
 - uklart om klager reelt sett har fått sin rett til nødvendige omsorgstjenester oppfylt når det er tilkjent «inntil 5 timer hjemmehjelp»
 - det er gitt en generell beskrivelse av tjenestetilbudet, men umulig å vite hva som faktisk ligger i dette
- klage på endring i pågående tjenestetilbud, for eksempel:
 - krav om flytting til ny bolig
 - endring av avlastningssted
- klage på vilkår for tildeling av hjelp, for eksempel:
 - vilkår om flytting for personer med behov for praktisk bistand
 - flytting fra privat bolig til omsorgsbolig eller bofellesskap
 - flytting fra et bofellesskap til et annet
- klage på avslag på søknad om økt omfang av tidligere tildelt tjeneste

8.5.1 Særskilte hensyn i overprøvingen av innhold og omfang

Vurderingstemaet er om klager får oppfylt retten til nødvendige helse- og omsorgstjenester, jf. pbrl. § 2-1 a andre ledd. Når det gjelder klager om tjenestens innhold og omfang, er vurderingstemaet også kommunens plikt til å yte forsvarlige tjenester etter hol. § 4-1.

I en vurdering av utforming og utmåling av tjenestetilbudet kan det også bli avdekket mangler på andre rettigheter, som retten til informasjon og medvirkning etter pbrl. § 3-1 til og med § 3-5.

For at statsforvalteren skal kunne vurdere om tjenesten har et innhold og omfang som dekker klagers behov for nødvendige helse- og omsorgstjenester, er statsforvalteren avhengig av at saken er tilstrekkelig opplyst. Som for vurdering av rettighetsklager som gjelder avslag, vil også rettighetsklager som omhandler innhold og omfang, være en vurdering av faktum om klagerens behov opp mot de helsefaglige eller omsorgsfaglige vurderingene som framgår av saken. Faktum må også omfatte hvilket rettslig grunnlag vurderingene er vurdert opp mot. Foreligger det ikke en slik vurdering eller den er svært mangelfull, vil det ikke være mulig for statsforvalteren å vurdere om kommunens lovanvendelse er i henhold til pbrl. og hol.

Hvor mye som kan kreves vil avhenge av om tildelingen er gitt gjennom et enkeltvedtak eller annen avgjørelse, da kravet til begrunnelse er sterkere i saker hvor det er enkeltvedtak enn i andre saker, se kapittel 4.5.2.

Der det er krav om enkeltvedtak, vil Helsedirektoratets veileder for saksbehandling og dokumentasjon (15) gi nyttig veiledning om hvilke krav som stilles til kommunen. Kravet til

presisering i vedtaket vil avhenge av hvilken type hjelp som er gitt. Det er derfor vanskelig å gi en generell beskrivelse av hvilke krav som må være oppfylt. Der det foreligger krav til enkeltvedtak må det i utgangspunktet forventes at det er mulig å utlede fra selve vedtaket hvilke tjenester som er tildelt, på hvilken måte tjenesten skal gis og omfanget av denne. Vedtaket må videre være så konkret utformet at det skaper forutsigbarhet for pasienten eller brukeren, samtidig som det bør være fleksibelt nok til å ta høyde for eventuelle svingninger i bistandsbehovet. Tjenesteyting som skal inngå i en prosess over tid, vil det være naturlig er gitt et mer detaljert innhold i form av tiltaksplaner eller lignende.

Som uttalt i kapittel 4.5.3 følger det av ulovfestede prinsipper om forsvarlig saksbehandling at alle saker skal utredes, i og med at det har avgjørende betydning for avgjørelsen. Det at saken er tilstrekkelig utredet er også en nødvendig forutsetning for at helse- og omsorgstjenesten kan sikre at kravet til forsvarlighet i er oppfylt, jf. hol. § 4-1. Uavhengig av om saken dreier seg om et enkeltvedtak, med særlig krav til begrunnelse, må det derfor i sakens dokumenter, enten i klagen eller kommunens egne dokumenter, framgå hva slags tjeneste som faktisk gis, herunder på hvilken måte og omfanget av denne.

Statsforvalteren skal av faktum i saken kunne avklare hva som er behovet for bistand og hva som er tjenestens reelle innhold. Det er først når dette er klargjort, at statsforvalteren kan vurdere faktum opp mot spørsmålet om retten til nødvendige helse- og omsorgstjenester er oppfylt. Dersom faktum ikke gir svar på disse forholdene, må statsforvalteren vurdere om de selv skal innhente opplysningene eller om det mer nærliggende at helse- og omsorgstjenesten selv opplyser saken, jf. kapittel 4.3.

Dersom det mangler en helsefaglig eller omsorgsfaglig vurdering, er dette en vesentlig saksbehandlingsfeil som har betydning for avgjørelsen. Spørsmålet om ytterligere utredning henger derfor også sammen med vurderingen av hva som bør bli utfallet i saken.

Statsforvalteren kan også finne at faktum og begrunnelsen er tilstrekkelig, men at helse- og omsorgstjenestene har lagt til grunn feil forståelse av lovkravene.

8.5.2 Vurdering av utfallet i saken der klagen omhandler tjenestens innhold og omfang

Med mindre det er åpenbart hva innholdet i tjenesten og omfanget skal være, bør statsforvalteren være tilbakeholden med å fastsette dette i detalj i vedtaket. Hva som skal inngå i tjenestetilbudet og hvor stort omfang tjenestetilbudet skal ha, beror på en faglig skjønnsmessig vurdering. I tillegg vil slike vurderinger kunne berøre forvaltningskjønnet, og dermed kommunens handlingsrom i vurderingen av tjenestetilbudet. Statsforvalteren må derfor vurdere om klager skal få medhold i at tildelte tjenester ikke dekker behovet for nødvendige helse- og omsorgstjenester, men likevel oppheve saken og sende den tilbake for ny vurdering av innhold og utmåling. Det vises til kapitlene 4.4, 4.5 og 4.6.

8.6 Klage på helse- og omsorgstjenestens valg av tjeneste

Klager kan være uenig med helse- og omsorgstjenesten i at tildelt tjeneste dekker bistandsbehovet.

Eksempler på klagegrunner:

- at tjenester skal gis hjemme og ikke i institusjon
- personlig assistanse i hjemmet i stedet for dagtilbud
- sykehjemsplass i stedet for hjemmebaserte tjenester

- avlastningstilbud til barnet skal gis i en bestemt avlastningsbolig
- avlastning skal gis i hjemmet eller hos en privat avlaster i stedet for i en avlastningsbolig

Statsforvalterens vurderingstema

Statsforvalterens vurdering vil i slike saker omhandle om klager får nødvendige helse- og omsorgstjenester som dekker klagers behov på en forsvarlig måte, jf. pbrl. § 2-1 a og hol. § 4-1.

Der klagers behov for nødvendige helse- og omsorgstjenester kan oppfylles med ulike tjenester, og tjenestene oppfyller forsvarlighetskravet i helse- og omsorgstjenesteloven § 4-1, ligger i utgangspunktet vurderingen av dette valget til kommunens frie skjønn.

Statsforvalteren skal legge vekt på det kommunale selvstyre for helsetjenester og legge *stor* vekt på det kommunale selvstyre for omsorgstjenester. For omsorgstjenester er det i tillegg en uttrykkelig anbefaling i forarbeidene til hol. om at statsforvalteren ikke bør benytte kompetansen til å fatte endringsvedtak ved prøving av kommunens frie skjønn, men heller oppheve vedtaket der det frie skjønn er åpenbart urimelig. Se kapittel 4.7.1.

I særlige tilfeller kan det være aktuelt å endre en tildelt omsorgstjeneste. For eksempel kan en kommune ha innvilget avlastning som pårørendestøtte, men vedtaket om avlastning har av ulike årsaker ikke blitt effektivt uten at kommunen har satt inn kompensierende tiltak.

Dersom klager da har søkt om omsorgstønad, men fått avslag på dette, vil det være aktuelt for statsforvalteren å fatte endringsvedtak med rett til omsorgstønad frem til avlastningstilbudet kommer på plass. Avhengig av sakens opplysninger, kan det imidlertid være aktuelt å overlate utmålingen av omsorgstønaden til helse- og omsorgstjenesten, se kapittel 8.8.3.

Dersom statsforvalterens prøving av saken derimot avdekker at tildelt tjeneste ikke er forsvarlig, har statsforvalteren i utgangspunktet kompetanse til å oppheve eller endre kommunens vedtak. Med mindre det er åpenbart hvilken tjeneste som skal tildeles, for eksempel der sykehjem er det eneste tilbudet som kan sikre klager nødvendige og forsvarlige tjenester, bør statsforvalteren være tilbakeholden med å fatte endringsvedtak. Dette med bakgrunn i at valg av tjenester ofte har i seg i store skjønnsmessige vurderinger og at vurderingen ofte er knyttet til kommunens organisering av helse- og omsorgstilbudet og dermed ligge tett opp mot forvaltningsskjønnet. Dette gjelder særlig for omsorgstjenestene hvor kommunalt selvstyre står sterkere enn for helsetjenester.

8.6.1 Særlig om valget mellom hjemmebaserte tjenester og institusjonstjenester

Dersom sykehjemsplass er det eneste tilbudet som kan dekke klagers behov på en forsvarlig måte, kan ikke helse- og omsorgstjenesten avslå klagers søknad om sykehjemsplass, jf. nedenfor i kapittel 8.8.2.

I enkelte tilfeller tilbyr kommunen sykehjemsplass, selv om klager har søkt om hjemmebaserte tjenester. Selv om helse- og omsorgstjenesten skal legge stor vekt på klagers mening, jf. pbrl. § 3-1, vil det når begge tjenestene dekker klagers behov på en forsvarlig måte, ligge til kommunens selvvråderett og frie skjønn å velge hvilken tjeneste som skal tilbys. For situasjoner der klager må flytte fra eget hjem, vil imidlertid formålsbestemmelsen i hol. § 1-1 nr. 3 om å sikre at den enkelte får mulighet til å leve og bo selvstendig få betydning for prøvingen av det frie skjønnet. Se her kapittel 1.3.

Dersom statsforvalteren vurderer at kommunens avgjørelse om sykehjemsplass fremstår som urimelig, kan statsforvalteren endre vedtaket. Dersom det dreier seg om plass i aldershjem eller rusomsorgsinstitusjon, som ikke er å anse som helseinstitusjon (55), må skjønnet ha vært åpenbart urimelig for at statsforvalteren kan endre kommunens vedtak.

Kommunen kan videre mene at det kun er sykehjemsplass som kan sikre at tjenesten har et forsvarlig innhold. I slike saker kan det være uenighet mellom klager og kommunen om hva som er forsvarlig, eller at klager er klar over situasjonen, men likevel vil motta tjenestene hjemme. Helsedirektoratet har gitt en fortolkning av om en kommune med bakgrunn i retten til å organisere sine tjenester eller vilkårlæren kan stille krav om at samtykkekompetente pasienter skal flytte fra eget hjem for å få nødvendige tjenester (56).

Helsedirektoratet uttaler i brevet at kommunen ikke kan kreve at klager tar imot et tilbud om sykehjemsplass, En slik adgang følger verken av rettighetsbestemmelsen eller kommunens rett til å organisere tjenestene. Adgangen ble i uttalelsen også vurdert opp mot den ulovfestede forvaltningsrettslige vilkårlæren. Helsedirektoratet viser i uttalelsen til at når det i forarbeider og juridisk litteratur legges til grunn at det kan stilles vilkår ved tildeling av kommunale helse- og omsorgstjenester, er dette avgrenset til de tilfeller der helse- og omsorgstjenesten tilbyr noe utover minstestandard. Det kan derfor ikke stilles vilkår for å kunne få tjenester som vedkommende har en rett til etter pbrl. Helsedirektoratet viste videre til at forsvarlighetskravet i hol. § 4-1 må forstås på samme måte som forsvarlighetskravet i sphl, og hpl., slik at det kan legges til grunn en nødvendig differensiering ut fra helse- og omsorgstjenestens handlingsalternativer og andre omstendigheter:

«Der en samtykkekompetent pasient eller bruker ikke ønsker å motta tjenestene i sykehjem, vil det derfor ved fastsettelse av innholdet i kravet til forsvarlig tjenesteyting måtte tas hensyn til den begrensningen i kommunens handlingsrom som dette medfører, herunder at en samtykkekompetent person ikke kan innlegges i helseinstitusjon mot sin vilje. Et tjenestetilbud som er utformet og tilrettelagt ut fra pasient/brukers behov så langt dette er mulig innenfor kommunens ressurs- og prioriteringsmessige handlingsrom, og for øvrig er forankret i anerkjent fagkunnskap og allmenngyldige samfunnsetiske normer, vil da som hovedregel måtte anses for å oppfylle lovens forsvarlighetskrav.»

Etter Statens helsetilsyn sin vurdering henger dette også sammen med at pasienter som er samtykkekompetent i avgjørelser om helsehjelp, både kan avslå helsehjelp og treffe valg som utenfra kan fremstå som uheldige. Det som er viktig er at pasienten i slike tilfeller har fått nødvendig informasjon, slik at medvirkningen og det selvbestemte valget bygger på et tilstrekkelig beslutningsgrunnlag.

8.6.2 Særlig om valget mellom støttekontakt (personlig assistanse) og generelle aktivitetstilbud

En støttekontakt gir personlig assistanse til deltagelse i fritidsaktiviteter. Personlig assistanse kan også organiseres som bistand til organisert deltagelse i aktivitetsgrupper og individuelt tilrettelagt tilbud i samarbeid med en frivillig organisasjon. Formålet er å bidra til meningsfull fritid og samvær med andre.

For det første innebærer dette at det skal fattes vedtak etter i hol § 3-2 nr. 6 bokstav b, ikke bare når det gis tilbud om støttekontakt, men også der det gis tilbud om hjelp til deltakelse i et kommunalt eller privat organisert fritidstilbud.

Statsforvalteren må være oppmerksom på at det i rettighetsklager om støttekontakt og personlig assistanse til fritidsaktiviteter er særlig viktig å undersøke om klager har fått medvirke ved utforming av tjenestetilbudet. Dersom bruker ønsker støttekontakt, kan ikke kommunen avslå det med å tilby deltakelse i kommunalt fritidstilbud, med mindre brukermedvirkning er ivarettatt og tilbudet kan ivareta brukerens behov. I forarbeidene til hol. er det påpekt at det er sentralt at tilbud om bistand til fritidsaktiviteter ytes med stor grad av brukermedvirkning, basert på helhetlig vurdering av brukers behov og ønsker (57). Kommunens avgjørelse kan derfor overprøves enten som feil rettsanvendelse eller som åpenbart urimelig skjønnsutøvelse i valget av tilbud etter pbrl. § 2-1a, jf. hol. § 3-2.

8.7 Klage på vilkår ved tildeling av helse- og omsorgstjenester

Vilkårslæren er betegnelsen på en ulovfestet rett for forvaltningen til å stille tyngende vilkår ved begunstigende vedtak uten at dette er nevnt i hjemmelsgrunnlaget. Helse- og omsorgslovgivningen inneholder ingen direkte hjemmel for helse- og omsorgstjenesten til å sette vilkår ved tildeling av helse- og omsorgstjenester. Vilkårslæren gir ikke rett til å sette vilkår for rettigheter som pasient eller bruker uansett har krav på, jf. Helsedirektoratets uttalelse som nevnt i 8.5.1 ovenfor. Vilkårslæren er derfor avgrenset til de områder som ligger til helse- og omsorgstjenestens frie skjønn.

Det er ikke alle vilkår som er tyngende og som dermed heller ikke trenger å inngå i vedtaket. Dette gjelder for eksempel at pasienter og brukere må møte opp til fastsatte timeavtaler når dette er mulig, innrette seg etter husordensregler ved opphold i helseinstitusjon og før øvrig gjøre seg tilgjengelig for undersøkelse og behandling. Dette er forhold som er mer eller mindre selvsagte forutsetninger som følger av rettighetsbestemmelsen og lovens system for øvrig.

Siden det ikke kan settes vilkår som innskrenker pasient/brukers rett til et lovfestet minimum av tjenester, er det en forutsetning at vedtaket gjelder tjenester som går ut over det minimum av nødvendige og forsvarlige tjenester etter pbrl. § 2-1 a. Eksempler på et tyngende vilkår er at brukeren deltar i konkrete arbeidsoppgaver for å bedre sin funksjonsevne.

Dersom statsforvalteren finner at helse- og omsorgstjenesten vilkår er ugyldig, skal statsforvalteren oppheve helse- og omsorgstjenestens vedtak. En slik oppheving er endelig og skal ikke sendes tilbake for ny behandling.

8.8 Klage på helse- og omsorgstjenestens omgjøringsvedtak

Et vedtak er i utgangspunktet bindende for forvaltningen, og adgangen til å omgjøre et vedtak i vedtaksperioden til ugunst for parten er begrenset. Forvaltningsloven § 35 vil gjelde alle avgjørelser om helse- og omsorgstjenester gitt etter pbrl. § 2-1 a, også de avgjørelser hvor det ikke er krav til enkeltvedtak, jf. pbrl § 2-7.

Dersom avgjørelsen om reduksjon av tjenester griper inn i et løpende vedtak, reguleres kommunens omgjøringsadgang av bestemmelsene i forvaltningsloven § 35 første og siste ledd. Omgjøringen kan skje dersom:

- Det løpende vedtaket er ugyldig, fvl. § 35 første ledd bokstav c.
- Omgjøringen følger av vedtaket selv, fvl. § 35 siste ledd andre setning.

- Omgjøringen følger av alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper, fv. § 35 siste ledd tredje setning.

Statsforvalteren må foreta en konkret vurdering av om det forelå en rettmessig adgang til å endre vedtaket til ugunst for klager. Omgjøring skal skje i henhold til forvaltningslovens saksbehandlingsregler for enkeltvedtak. Det er særlig viktig at helse- og omsorgstjenesten har ivarettatt plikten til forhåndsvarsling og retten til å uttale seg etter fvl. §§ 16 og 17. Selv om omgjøringsadgangen er oppfylt, skal det nye vedtaket likevel gi klager nødvendige og forsvarlige helse- og omsorgstjenester.

Informasjon om omgjøringsadgang kan blant annet finnes her:

- Helsedirektoratet, Veileder for saksbehandling av tjenester etter helse- og omsorgstjenesteloven, IS-2442, kapittel 5.
- Justisdepartementet, tolkningsuttalelse av 10. desember 2013 – Adgangen til å gjøre endringer i løpende vedtak om kommunale helse- og omsorgstjenester – forvaltningsloven § 35.

Ugyldighetsgrunner

Dersom kommunen har påberopt seg ugyldighetsgrunn for omgjøringen, må statsforvalteren først vurdere om de feil som vedtaket er beheftet med kan medføre ugyldighet.

Ugyldighetsgrunner kan være:

- feil i faktum
- feil lovanvendelse
- feil i saksbehandlingen

Feilen må være av en slik art og omfang at den kan ha virket inn på vedtaket. Dersom det foreligger slik feil, må Statsforvalteren deretter gjøre en samlet vurdering før det kan konkluderes med at vedtaket er ugyldig. I en slik vurdering vil blant annet følgende momenter inngå:

- feilens art og omfang
- hvor lang tid som er gått
- om klager er å bebreide
- hvilke konsekvenser det har for vedkommende at hjelpen bortfaller

8.8.1 Omgjøring følger av vedtaket selv

Helse- og omsorgstjenesten vil ha adgang til å endre tidligere vedtak dersom dette følger av vedtaket selv. Vedtak fra helse- omsorgstjenesten kan være av kortere eller lengre varighet, og enkelte er også uten tidsbegrensning. Det er særlig for lengre eller ikke-tidsbegrensede vedtak at helse- og omsorgstjenesten har behov for å ta forbehold om endringer i vedtaket. Ikke sjelden er et slikt forbehold generelt formulert, men det kan også være et mer konkret forbehold som er knyttet til klagers situasjon. Statsforvalteren må være oppmerksom på at slike forbehold uansett ikke gir noen vid omgjøringsadgang, da helse- og omsorgstjenesten gjennom det nye vedtaket må oppfylle klagers rett til nødvendige og forsvarlige tjenester.

Selv der det ikke er tatt uttrykkelig forbehold, kan omgjøring følge forutsetningsvis av vedtaket. Dette med bakgrunn i at tjenesten som er innvilget, er knyttet til faktum slik det forelå på søknadstidspunktet. Der behovet for tjenester blir redusert vil det også få betydning for vurderingen av hva som er nødvendige helse- og omsorgstjenester. Det vil i slike tilfeller ikke være en berettiget forventning om at omfanget av tjenester skal være like høyt. Det kan

derimot være uenighet om endringene er så store som det helse- og omsorgstjenesten legger til grunn for sitt nye vedtak. En slik omgjøring kan også sies å følge av «annen lov». Pbbl. § 2-1 a, gir rett til nødvendige tjenester. Dette tilsier at kommunen i en viss utstrekning må kunne omgjøre vedtaket når tjenestene ikke lenger er nødvendige, for eksempel som følge av endringer i helsetilstand eller funksjonsevne. Det samme gjelder hvis vilkårene for retten til BPA, jf. pbbl. § 2-1 d, ikke lenger er til stede.

Omgjøring skjer også uten at det er knyttet til klagers situasjon og er da som oftest begrunnet i kommuneøkonomi. For at slike endringer skal kunne skje, forutsetter det at helse- og omsorgstjenesten i det opprinnelig vedtaket har gitt tjenester utover minstestandard for nødvendige og forsvarlige tjenester (58). Bakgrunnen for uttalelsen fra Justisdepartementet av 10. desember 2013 var omgjøring av tidsubegrensede vedtak som var omgjort grunnet kommuneøkonomi. I uttalelsen ble det vist til at det var noe uklart om hvilke alternativer etter fvl. § 35 som en eventuell omgjøringsadgang med slik begrunnelse skulle forankres i, men det ble konkludert med følgende:

«Vi finner det ikke nødvendig å ta stilling til i hvilke tilfeller «alminnelige forvaltningsrettslige regler» eventuelt åpner for omgjøring av vedtak om løpende helse- og omsorgstjenester under henvisning til den økonomiske situasjonen i kommunen. Vi nøyer oss her med å peke på at hensynet til den offentlige økonomi i utgangspunktet ikke har vært ansett som noen særlig viktig omgjøringsgrunn etter dette alternativet, se Graver, Alminnelig forvaltningsrett, 3. utg. (2007) s. 557 flg. Det er ikke til hinder for at en vurdering av omgjøringsadgangen kan falle annerledes ut med utgangspunkt i rettskildesituasjonen på særskilte rettsområder.» Det er, med sikte på området her, mer nærliggende å vurdere alternativene «annen lov» eller av «vedtaket selv.»

8.8.2 Alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper

Omgjøringsadgangen ut fra alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper, bygger på uskrevne regler hvor det mest sentrale momentet i vurderingen er hensynet til private interesser målt opp mot det offentliges interesser. Der statsforvalteren skal vurdere omgjøringsvedtak som er begrunnet i dette prinsippet, er det viktig å være klar over at det ikke er vanlig interesseovervekt, men at de hensyn som taler for omgjøring veier vesentlig tyngre enn de som taler mot, og at risikoen for endrede forhold ligger hos kommunen. Endrede forhold hos klager, vil normalt kunne omgjøres etter alternativene «vedtaket selv» eller «annen lov».

I uttalelsen fra Justisdepartementet er det påpekt at kommuneøkonomi normalt ikke er et alternativ etter alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper. Det skal mer ekstraordinære situasjoner til, som for eksempel beredskapsmessige situasjoner som en pandemi eller ulykke som får betydning for kommunens prioriteringer av løpende tjenester.

8.9 Om klage på særskilte rettigheter

8.9.1 Retten til BPA – pbbl. § 2-1 d

Retten til BPA handler om få omsorgstjenestene personlig assistanse, opplæring og støttekontakt organisert slik at brukeren er arbeidsleder for sin(e) assistent(er) og kan dermed ha styring med når og hvordan tjenestene gjennomføres. I tillegg omfatter retten til BPA også avlastning til personer med foreldreansvar for hjemmeboende barn under 18 år med nedsatt funksjonsevne. BPA omfatter kun disse nevnte omsorgstjenestene og ikke helsehjelp.

Brukere som har en kognitiv funksjonsnedsettelse, psykisk sykdom eller er mindreårig, og derfor eller av andre grunner ikke kan ivareta arbeidslederoppgavene selv, er også omfattet av rettighetsbestemmelsen. Arbeidslederrollen ivaretas da av andre personer på vegne av eller i samarbeid med brukeren. Hvem som kan ivareta arbeidslederrollen på vegne av brukeren følger de alminnelige regler for fullmakt og representasjon.

Om en bruker har rett på BPA etter pbrl. § 2-1 d avhenger av flere kriterier:

- Bruker er under 67 år eller har påstartet BPA før fylte 67 år.
- Behovet for tjenester har en varighet på over to år.
- Behovet for bistand er så stort at det utgjør minimum 32 timer per uke.
- Behovet for bistand er mellom 25-32 timer per uke og organiseringen av BPA utgjør ikke en vesentlig økt kostnad for kommunen.
- Tjenesten kan ikke kreve flere enn én tjenesteyter tilstede eller natttjenester, med mindre brukeren har kontinuerlig behov for slike tjenester.

BPA og rettighetsbestemmelsen er nærmere omtalt i Helsedirektoratets rundskriv Pasient- og brukerrettighetsloven med kommentarer, og i tre ulike rundskriv om BPA:

- Rundskriv I-20/2000 Brukerstyrt personlig assistanse
- Rundskriv I-15/2005 Brukerstyrt personlig assistanse (BPA) - utvidelse av målgruppen, og
- Rundskriv I-9/2015 Rettighetsfesting av brukerstyrt personlig assistanse BPA.

Dersom kriteriene i § 2-1 d er oppfylt, vil bruker ha rett på å få organisert omsorgstjenestene som BPA. Selv om rammene for rettigheten er tydelige, bygger den på faglige skjønnsmessige vurderinger av bistandsbehov, samt vurderinger av kostnad der bistandsbehovet utgjør mellom 25-32 timer.

Eksempler på klagegrunner:

- Det er feil vurdering at nødvendig omsorgsbehov/behov for avlastning er under 32 timer.
- Det er feil vurdering at behovet for tjenester ikke har en varighet på over to år.
- Behovet for bistand ligger på 25-32 timer, men det er en feil vurdering at det medfører en vesentlig økt kostnad å organisere tjenestene som BPA.
- Bruker har behov for flere enn én tjenesteyter tilstede og behovet er kontinuerlig.
- Kommunen har definert omsorgstjenester som helsetjenester slik at vurderingen av omfanget av omsorgstjenester ikke er stort nok for å oppfylle rett til BPA, bygger på feil grunnlag.
- Kommunen har definert omsorgstjenester som helsehjelp slik at omfanget av tildelte timer bygger på feil grunnlag.
- Klager får for lite selvbestemmelse om organiseringen av BPA.

8.9.2 Avslag på å få organisert omsorgstjenester som BPA

En vurdering av om bruker har rett på å få omsorgstjenester organisert som BPA, gir ikke rom for skjønn, dersom timetallet og alderskravet er oppfylt, og unntakene heller ikke er aktuelle. I slike tilfeller kan statsforvalteren fatte endringsvedtak og tildele BPA.

Kommunen vil imidlertid alltid være ansvarlig for at tjenestetilbudet er forsvarlig. Det kan derfor i helt særskilte tilfeller være forhold av betydning for forsvarligheten av ordningen, se

nærmere Rundskriv I-9/2015 Rettighetsfesting av brukerstyrt personlig assistanse BPA om slike vurderingstema.

Ikke sjelden vil avslag på BPA være begrunnet i at bistandsbehovet ikke er stort nok til å oppfylle timekravet, eller at det kan gjøres unntak fra retten til BPA, for eksempel at bruker har behov for to tjenesteytere tilstede. BPA handler om organisering av tjenester bruker har rett til etter pbrl. § 2-1 a andre ledd. En klage på avslag på BPA som er begrunnet i innholdet og utmålingen av tjenestene vil derfor vær todelt. I slike saker må det må først vurderes om pasienten har en uoppfylt rett på tjenester etter pbrl. 2-1 a. Dersom det blir avdekket at bistandsbehovet ikke blir dekket gjennom det innholdet og de timer som er utmålt, blir spørsmålet om statsforvalteren har nok opplysninger til å fatte endringsvedtak om at retten til BPA er oppfylt, eller om saken skal sendes tilbake for ny vurdering. Se her kapittel 8.4.

I tillegg til faglige vurderinger, omfatter bestemmelsen en vurdering av kostnad der behovet for tjenester ligger mellom 25 og 32 timer i uken. Kommunen kan avslå BPA for et slikt omsorgsbehov dersom det innebærer en vesentlig økt kostnad for kommunen å organisere tjenestene som BPA. Det er kostnadene ved et individuelt utformet tjenestetilbud som må legges til grunn ved sammenligningen, og det er kommunen som må gjøre rede for hvordan den kommet frem til at BPA vil medføre vesentlig økt kostnad for kommunen.

8.9.3 Klager som er knyttet til organiseringen av BPA

Kommunen har frihet til å organisere tjenestene, og det ligger derfor til kommunen å avgjøre hvordan den overordnede organiseringen av tilbudet om BPA skal være i kommunen. Selv om arbeidsgiveransvaret kan ligge hos både kommune, privat tjenesteleverandør eller hos brukeren selv, kan ikke kommunens beslutning om hvem som skal være arbeidsgiver påklages. Kommunen kan imidlertid ikke pålegge bruker å være arbeidsgiver. Tilsvarende kan ikke bruker kreve å få bruke en bestemt privat leverandør som kommunen ikke har inngått avtale med.

Det er arbeidsgiver som ansetter og eventuelt sier opp assistenter, og som har ansvaret for at gjeldende lovverk følges for slike prosesser. Det er videre arbeidsgiver som har ansvaret for at assistentene er egnet til å utføre arbeidet tilfredsstillende. Dersom arbeidsgiveransvaret ligger hos andre enn bruker, bør likevel brukerens ønsker ved rekrutteringen tillegges stor vekt, da personkjemi er viktig i BPA.

Prinsippet om at tjenester som tilbys og ytes skal være forsvarlige, jf. hol. § 4-1 gjelder også når tjenestene ytes innenfor en BPA-ordning. Det kan medføre at helse- og omsorgstjenesten stiller krav til ordningen, som for eksempel at de som skal være assistenter må ha nødvendig kompetanse, der den som har assistansebehov har kognitive funksjonsnedsettelse eller psykiske lidelser.

Brukermedvirkning er særlig grunnleggende for BPA, men det forhold at også brukeren medvirker slik at helse- og omsorgstjenesten kan kartlegge behov og sikre forsvarlighet i tjenester nødvendig for å kunne få BPA.

Eksempelsak:

Helsedirektoratet har uttalt seg om kommunens adgang til å kartlegge brukers behov ved krav om tjenester organisert som BPA (59). Det fremgår at det i utgangspunktet er bruker som må sannsynliggjøre sitt krav på tjenester som gir rett til å få tjenestene organisert som BPA, og at dersom bruker ikke samarbeider til en forsvarlig utredning av tjenestebehovet, vil kommunen

kunne avslå krav om tjenester under henvisning til at behovet ikke er tilstrekkelig dokumentert. Videre uttaler Helsedirektoratet at kommunens tilbud om tjenester i kartleggingsperioden må stå i forhold til brukers bistandsbehov. Dersom kommunen treffer vedtak om korttidsopphold for kartlegging av tjenestebehov uten at bruker har et behov som tilsier et slikt opphold, må fylkesmannen prøve om vedtaket er åpenbart urimelig. I rimelighetsvurderingen bør det legges stor vekt på brukers mening om tjenestene, samt om kartleggingen kunne vært utført i brukers hjem. Der kommunen har grunn til å tro at tjenestene ikke driftes forsvarlig og bruker ikke er villig til å imøtekomme kommunenes krav til kartlegging, kan kommunene måtte avslutte ordningen for å sikre at tjenestene som ytes er forsvarlige, jf. rundskriv I-9-2015 pkt. 3.1.

Utfall av rettighetsklager om BPA

Dersom rettighetsklagen omhandler avslag på å få omsorgstjenester organisert som BPA og statsforvalteren i prøvingen avdekker at helse- og omsorgstjenesten har lagt til grunn feil rettsanvendelse, skal statsforvalteren fatte endringsvedtak.

Dersom rettighetsklagen omhandler kun utmåling av omsorgstjenester, vil dette være tilsvarende vurderinger som for andre klager om omfang og innhold. Slike klager krever derfor en vurdering av hva som er nødvendige og forsvarlige tjenester etter pbrl. § 2-1 a andre ledd og hol. § 4-1. Det vises derfor til kapitlene 8.4.1 og 8.4.2 om vurdering og utfall av slike klager.

8.9.4 Rett til opphold i sykehjem eller tilsvarende bolig særskilt tilrettelagt for heldøgns tjenester – pbrl. § 2-1 e

Pasient- og brukerrettighetsloven § 2-1 e, lyder:

«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. Pasient eller bruker med forsvarlig hjelp kan bo hjemme i påvente av langtidsopphold i sykehjem eller tilsvarende bolig særskilt tilrettelagt for heldøgns tjenester, men som oppfyller kriteriene for tildeling av langtidsopphold etter helse- og omsorgstjenesteloven § 3-2 a andre ledd, har rett til vedtak om dette.»

Første ledd er en presisering av gjeldende rett og gjelder der det etter en helhetlig helse- og omsorgsfaglig vurdering er det eneste tilbudet som kan sikre vedkommende nødvendige og forsvarlige helse- og omsorgstjenester. Pasienten eller brukeren skal i disse tilfellene tildeles opphold og kan ikke settes på venteliste.

Med «tilsvarende bolig særskilt tilrettelagt for heldøgns tjenester» menes boliger som er tilpasset for å kunne yte tjenester som dekker pasienten eller brukerens behov for behandling, omsorgs- og assistansebehov døgnet rundt. Beboeren må ved hjelp av tilkallingsmuligheter kunne få kontakt og bistand fra egnet personell med tilsvarende responstid som vedkommende ville fått på sykehjem. Tilsyn med pasienten eller brukeren må tilsvare det tilsynet som ville blitt gitt dersom vedkommende hadde vært innlagt på institusjon.

Som følge av endringen i pbrl. kom også ny bestemmelse i hol. § 3-2 a, for å presisere kommunens ansvar for slikt tilbud. Kommunen skal gi lokal forskrift med kriterier for tildeling av langtidsopphold i sykehjem eller tilsvarende bolig særskilt tilrettelagt for heldøgns tjenester. Pasient eller bruker har rett til vedtak om vedkommende oppfyller kommunens kriterier for tildeling av langtidsopphold i sykehjem eller tilsvarende bolig etter hol. § 3-2 a andre ledd. Det betyr blant annet at det er klagerett ved avslag. Innvilgende vedtak innebærer at pasienten eller brukeren er kvalifisert for langtidsopphold og settes på venteliste. Kommunen må treffe nytt vedtak når konkret plass tildeles.

Kommunens vedtak om en pasient eller bruker oppfyller kommunens kriterier for langtidsplass, skal etter pbrl. § 2-7 følge forvaltningslovens regler om enkeltvedtak. Forvaltningslovens regler om enkeltvedtak skal gjelde både vedtak om umiddelbar tildeling av sykehjems plass og vedtak om oppføring på venteliste.

Statsforvalterens vurderingstema i slike saker vil være om klageren har en uoppfylt rettighet etter pbrl. § 2-1 e første og andre ledd.

Dersom statsforvalteren vurderer at eneste forsvarlige tjeneste er opphold i sykehjem eller tilsvarende bolig, bør statsforvalteren fatte endringsvedtak. Tilsvarende der klager oppfyller kriteriene for å bli satt på venteliste.

Helse- og omsorgsdepartementet har uttalt seg om klageinstans i forbindelse med tildeling av sykehjems plass eller tilsvarende bolig etter pbrl. § 2-1 e (59).

8.9.5 Tildeling av omsorgsbolig

Kommunens tildeling av bolig, herunder omsorgsbolig, er i utgangspunktet ikke en helse- og omsorgstjeneste. Reglene om klage på helse- og omsorgstjenester i pbrl. gjelder derfor som hovedregel ikke for klage på avslag på slik bolig. Tildeling av omsorgsbolig kan imidlertid i mange tilfeller være så sammenvevd med, og en forutsetning for, å kunne yte nødvendige helse- og omsorgstjenester at tildelingen av tjenester og bolig av praktiske grunner må ses under ett.

Som nevnt i kap.2.1.2 er det avgjørende for om statsforvalteren skal behandle klagen at klager hevder å ha en uoppfylt rettighet etter pbrl. § 2-1 a andre ledd. Dersom klager mener at avslag eller tildeling av en bestemt omsorgsbolig medfører at han eller hun ikke får nødvendige helse- og omsorgstjenester, skal statsforvalteren behandle klagen. Hvorvidt dette faktisk innebærer en uoppfylt rettighet, vil da være temaet for klagen.

Dersom det er kun selve tildelingen av omsorgsboligen som er påklaget, og ikke at det innebærer et brudd på retten til helse- og omsorgstjenester, skal saken oversendes til kommunen som rette klageinstans, jf. forvaltningsloven § 28 andre ledd.

8.9.6 Nødvendig pårørendestøtte

Personer med særlig tyngende omsorgsoppgaver har rett på et vedtak fra helse- og omsorgstjenesten om at det skal settes i verk tiltak for å lette omsorgsbyrden, jf. pbrl § 2-8. Bestemmelsen gir ingen rett til ytelser, men selve vedtaket om at kommunen ikke vil gi tjenester som kan lette omsorgsbyrden, kan påklages etter bestemmelsen i § 7-2. Retten til et slikt vedtak har til formål å sikre at kommunen ikke bare kan la en søknad ligge, for eksempel fordi «vi ikke har et egnet tilbud» eller lignende.

Også pårørende til pasienter og brukere kan ha rett til tjenester etter pasient- og brukerrettighetsloven § 2-1 a andre ledd. Pårørende vil i denne sammenheng være å anse som brukere, se kapittel 2.2.2. En slik status medfører at de får rett til å medvirke ved utformingen av tilbudet, og til å klage på vedtaket.

I helse- og omsorgstjenesteloven § 3-6 er kommunens plikter overfor personer som har et særlig tyngende omsorgsarbeid samlet. Helse- og omsorgstjenesteloven § 3-6 lyder:

«Til personer med særlig tyngende omsorgsarbeid skal kommunen tilby nødvendig pårørendestøtte blant annet i form av:

1. opplæring og veiledning
2. avlastningstiltak
3. omsorgsstønad»

Kommunens ansvar etter hol. § 3-6 retter seg både mot pårørende som har omsorgsplikt, som foreldres omsorgsplikt for sine barn, og pårørende som er frivillige omsorgsytere, som for eksempel ektefelle/samboer eller de som yter omsorg for sine eldre foreldre.

I forarbeidene til bestemmelsen er det listet opp en rekke momenter helse- og omsorgstjenesten skal legge vekt på i vurderingen av om omsorgsarbeidet er å anse som «særlig tyngende»:

- omfanget (timer per måned)
- den fysiske og psykiske belastningen av arbeidet
- om arbeidet skjer regelmessig eller periodevis
- varigheten av omsorgsarbeidet
- om søkeren har omsorgsplikt
- om søkeren har inntektstap

Aktuelle kilder:

- Prop. 49 L (2016-2017), Endringer i helse- og omsorgstjenesteloven m.m (styrket pårørendestøtte
- Helsedirektoratet, Nasjonal veileder, Pårørendeveileder
- Helse- og omsorgsdepartementet, Rundskriv I-42/98, Retningslinjer for omsorgslønn

8.9.6.1 Opplæring og veiledning

Ved vurderingen av pårørendes behov for opplæring og veiledning står særlig to momenter sentralt:

- om den pårørende blir i stand til å ivareta pasienten/brukeren på en forsvarlig måte
- om opplæring og/eller veiledning vil gjøre den pårørende egnet til å ivareta egen helse- og livssituasjon, samt å håndtere rollen som både pårørende og omsorgsyter

Opplærings- eller veiledningstiltaket må baseres på en individuell vurdering av pårørendes behov, samtidig som det tas hensyn til den pårørendes evne og vilje til å ta imot slike tjenester. Det skal også legges vekt på den pårørendes mulighet til å stå i omsorgssituasjonen over tid og sosiale forhold, som for eksempel den pårørendes mulighet til å ivareta sin tilknytning til arbeidslivet.

8.9.6.2 Avlastningstiltak

Formålet med avlastningstiltak er blant annet å hindre overbelastning, gi omsorgsyter nødvendig fritid og ferie, og mulighet til å delta i vanlige samfunnsaktiviteter. Avlastningstiltak kan gis ut fra ulike behov og organiseres på forskjellige måter.

I forarbeidene til ny § 3-6 i helse- og omsorgstjenesteloven er det understreket at avlastningstilbudet skal være faglig forsvarlig, individuelt tilrettelagt og koordinert med andre hjelpetiltak.

8.9.6.3 Omsorgsstønad

Omsorgsstønad, som tilsvarer det som tidligere het omsorgslønn, er en økonomisk ytelse som kan gis til personer som har et særlig tyngende omsorgsarbeid. Omsorgsstønad kan ytes i stedet for eller i tillegg til andre helse- og omsorgstjenester. Sentralt i vurderingen er om omsorgsyteren dekker hjelpebehov som ellers hadde gitt rett til kommunale tjenester etter pasient- og brukerrettighetsloven § 2-1 a andre ledd.

Omsorgsyteren har ikke en ubetinget rett til omsorgsstønad. Kommunen står i utgangspunktet fritt til heller å tilby nødvendige helse- og omsorgstjenester direkte til pasienten/brukeren. I denne vurderingen må det legges vekt på hensynet til kontinuitet, og at den bistanden vedkommende mottar skal være verdig og forsvarlig. Videre må prinsippet om pasient- og brukermedvirkning ivaretas. Det må derfor foreligge opplysninger om hvordan pasienten/brukeren selv ønsker at tjenestetilbudet bør innrettes. Er omsorgsmottakeren et barn, skal barnet høres i den utstrekning alder og modenhet tilsier det.

8.10 Manglende oppfyllelse av tildelt tjeneste

Tjenestene skal iverksettes fra det tidspunktet pasientens/brukerens behov tilsier det, altså innen forsvarlig tid, jf. helse- og omsorgstjenesteloven § 4-1. Hva som er forsvarlig, vil bero på et helse- og omsorgsfaglig skjønn, og skal framgå av vedtaket. Av og til vil det ikke være forsvarlig å vente med å iverksette tjenestene til saken er ferdig behandlet og vedtaket er godkjent og sendt ut. I slike tilfeller må helse- og omsorgstjenesten yte tjenester med en gang.

Dersom vedtaket av ulike årsaker ikke kan iverksettes, må helse- og omsorgstjenesten iverksette kompenserende tiltak. Dersom dette ikke skjer og pasienten eller brukeren klager til statsforvalteren, skal statsforvalteren kontakte helse- og omsorgstjenesten for informasjon.

Dersom det ikke blir noen utvikling i saken, bør statsforvalteren vurdere om det er behov for en tilsynsmessig oppfølging.

8.11 Pasient- og brukerrettigheter i fastlegeordningen og retten til nødvendige helse- og omsorgstjenester

Retten til nødvendige helse- og omsorgstjenester etter pbrl. § 2-1 a andre ledd omfatter helsehjelp fra kommunen i form av utredning, diagnostisering og behandling, herunder fastlegeordning. I tillegg er det gitt særskilte pasient- og brukerrettigheter i fastlegeordningen etter pbrl § 2-1 c. Dette er en klar rett til en bestemt type tjeneste som omfatter:

- rett til å stå på en fastlegeliste
- rett til å skifte fastlege inntil to ganger i året

- rett til å få en ny vurdering av sin helsetilstand hos en annen lege med fastlegeavtale

Rettighetene er konkretisert i forskrift om pasient- og brukerrettigheter i fastlegeordningen med tilhørende merknader (61, 62). I tillegg vil også forskrift om fastlegeordning i kommunen kunne gi noe informasjon. Det er HELFO som administrerer ordningen med valg og bytte av fastlege som er en nettbasert ordning.

Det kan være glidende overganger mellom det som er klage på *driften* av fastlegeordningen, til klager som omhandler retten på nødvendig helsehjelp.

Eksempler på klagegrunner:

- ønske om å stå på en bestemt legeliste
- manglende legetilbud og tilgang til fastlege
- lang responstid på telefon
- kvaliteten ved legens helsehjelp, for eksempel mangelfull oppfølging eller medisinerings
- service ved fastlegekontoret
- manglende vurdering fra annen fastlege
- manglende henvisning til fornyet vurdering av spesialisthelsetjenesten (se 10.3.2)

Grensen mellom rettighetssak og tilsynssak

Pasientrettighetene i fastlegeordningen om å stå på fastlegeliste og skifte av fastlege, er i hovedsak automatiserte rettigheter som pasienten utfører selv gjennom nettløsninger. Det er derfor mer sannsynlig at en rettighetsklage dreier seg om manglende oppfyllelse av den grunnleggende retten til nødvendig og forsvarlig helse- og omsorgstjeneste etter pbrl. § 2-1 a andre ledd, enn etter § 2-1 c. Som for andre klager kan informasjonen i saken dreie seg om både en uoppfylt rettighet, og om forhold eller hendelser som kan tilsi brudd på helse- og omsorgslovgivningen. Klagers formål med henvendelsen vil være avgjørende for hvordan informasjonen skal følges opp. Der det for klager er et hovedanliggende å få avklart om klager får oppfylt retten til nødvendig undersøkelse, diagnostikk, behandling og/eller oppfølging, skal statsforvalteren behandle klagen som en rettighetssak etter pbrl. § 2-1 a.

Det er kommunen som er pliktsubjektet i klager om uoppfylt pasientrettighet i fastlegeordningen, da ansvaret for fastlegeordningen påhviler kommunen etter hol. § 3-2 første ledd nr. 4. Kommunen benytter helsepersonell, enten det er ansatt i kommunen eller har driftsavtale med kommunen, til å oppfylle forpliktelsen på kommunenes vegne. Dersom statsforvalteren kommer til at pasienten ikke har fått sin rett til helsehjelp oppfylt etter pbrl. § 2-1 a andre ledd, vil ofte kommunen, eventuelt også fastlegen, ha brutt lovbestemte plikter i helselovgivningen.

Virksomhetsansvaret er ekstra fremtredende i fastlegeordningen, da flere av de aktuelle klagegrunnene dreier seg om at det er mangler ved driften som er årsaken til at de ikke får et tilstrekkelig tilbud om allmennlegetjenester. Dette kan være klagegrunner som manglende tilgjengelighet på telefon slik at det blir vanskelig å få bestilt time, og/eller at det tar lang tid å få time, som igjen kan henge sammen med antall fastleger eller funksjoner til helsesekretær eller laboratoriet. Dette er forhold som er berørt av driftsavtalene mellom kommunen og leger/legekontorene. Der klagen omhandler selve driften av fastlegeordningen bør derfor klagen oversendes til kommunen for vurdering.

9 Retten til helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten

9.1 Retten til vurdering og nødvendig helsehjelp

Pasienter som blir henvist til spesialisthelsetjenesten har senest innen 10 virkedager (to uker) rett til å få vurdert om de har en tilstand som utløser en rett til nødvendig helsehjelp eller ikke, jf. pbrl. § 2-1 b og § 2-2.

Hvem som har rett til nødvendig helsehjelp avgjøres etter en helsefaglig vurdering av pasientens behov og en kostnad/nytte-vurdering, jf. pbrl. § 2-1 b og vilkårene i prioriteringsforskriften § 2 (63).

Hvis pasienten er misfornøyd med spesialisthelsetjenestens vurdering, gir pbrl. § 2-3 pasienten rett til én fornyet vurdering for samme tilstand.

Pasienter som vurderes å ha rett til nødvendig helsehjelp, har rett til å få fastsatt en juridisk bindende frist for når helsehjelpen senest skal settes i gang. Pasientens rettighet er oppfylt når helsehjelpen (utredning eller behandling), blir påbegynt innen den oppgitte fristen. Fristen skal settes i samsvar med hva som er innenfor det faglig forsvarlige.

Pbrl. § 2-1 b andre ledd inneholder ingen oppstilling av hva som er «nødvendige helsehjelp» som en pasient har rett til. Bestemmelsen må derfor ses i sammenheng med spesialisthelsetjenestens «sørge for»-ansvar og forsvarlighetskravet i hhv. sphl. § 2-1 a og § 2-2. I pbrl. § 2-1 b andre ledd siste setning, som trådte i kraft 1. januar 2020, er det nå presisert at pasientens rett til nødvendig helsehjelp gjelder de tjenester som spesialisthelsetjenesten har ansvaret for å yte og finansiere.

Eksempler på klagegrunner:

- klage på at retten til vurdering innen 10 virkedager ikke er innfridd
- klage på vurderingens kvalitet
- klage over å ikke ha fått rett til helsehjelp
- klage over manglende fristfastsettelse
- klage over behandlingsfristens lengde
- klage på hvilken helsehjelp som skal tilbys innen fristen
- klage på innholdet, omfanget og kvaliteten på helsehjelpen

Når det gjelder klage på manglende helsehjelp i utlandet og fristbrudd, er ikke statsforvalteren klageinstans, se kapittel 9.7. og 9.5.1.

9.1.1 Krav til sakkyndighet

Mange av vurderingene beror i stor grad på medisinskfaglig skjønn, for eksempel spørsmålet om akkurat hvilken helsehjelp en pasient har krav på. I et prøvingsperspektiv er det relevant å skille mellom klager som innebærer at det må innhentes faktisk kunnskap ut fra faglige vurderinger og klager som ikke, eller bare i liten grad, forutsetter dette.

Avgjørelser av behov for og nytte av helsetjenester vil i stor grad måtte baseres mye på rene medisinske vurderinger, slik som indikasjon for videre behandling, endret behandling (blant annet valg av metode) og stans av behandling.

Det finnes imidlertid en del avgjørelser som i hovedsak avgjøres ut fra ikke-medisinske vurderinger; for eksempel om fastsatte frister er oversittet, om det er et rimelig forhold

mellom kost-nyttevurderinger og stans av behandling pga. manglende etterlevelse av faglige anbefalinger.

Ved prøving av saker som i stor grad beror på medisinskfaglig skjønn, vil statsforvalteren i en del tilfeller mangle tilstrekkelig kompetanse til å foreta spesialiserte faglige vurderinger. Dette kan avhjelpest ved bruk av sakkyndige.

9.2 Retten til vurdering fra spesialisthelsetjenesten – pbrl. § 2-2

Pasienters rett til å få vurdert sin helsetilstand følger av pbrl. § 2-2. Bestemmelsen angir de særskilte (saksbehandlings)krav som stilles til spesialisthelsetjenestens vurdering av retten til nødvendig helsehjelp etter pbrl. § 2-1 b.

Eksempler på klagegrunner:

- at fristen for vurdering ikke er overholdt
- at grunnlaget for vurderingen ikke er tilstrekkelig
- at vurderingen ikke er kvalitativt god nok
- at ukyndige har foretatt vurderingen
- at det ikke er gitt tilfredsstillende tilbakemelding til pasient og henvisende instans
- at det ikke er gitt frist for når det senest vil bli gitt nødvendig helsehjelp
- at det ikke er informert om oppmøtetidspunkt eller klageadgang

9.2.1 Særlig om viderehenvisning

Pbrl. § 2-2 gjelder som hovedregel ikke ved viderehenvisninger. Det vil si at dersom en pasient først har blitt vurdert å ha rett til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten, og deretter viderehenvises i behandlingsforløpet, skal det ikke gjøres en ny rettighetsvurdering etter pbrl. § 2-2. Vurderingen som er gjort innledningsvis gjelder for hele spesialisthelsetjenesten. En eventuell avslutning av behandlingen, følger de alminnelige reglene for forsvarlig helsehjelp.

9.2.2 Klage på at vurderingsfristen er brutt

Pasienter som er henvist til spesialisthelsetjenesten, har rett til å få informasjon innen 10 virkedager (to uker) om de har rett til nødvendig helsehjelp eller ikke. Ved mistanke om alvorlig eller livstruende sykdom har pasienter rett til raskere vurdering.

Fristen på 10 virkedager er altså en maksimumsfrist. Hvor raskt vurderingen må gjøres, beror på en konkret medisinskfaglig eller tverrfaglig vurdering av hva som er å regne som faglig forsvarlig.

Vurderingsfristen løper fra den datoen henvisningen først ble mottatt av spesialisthelsetjenesten (ansiennitetsdato). Hvis henvisningen blir sendt videre for å bli vurdert ved en annen avdeling eller et annet helseforetak, er vurderingsfristen 10 virkedager fra henvisningen opprinnelig ble mottatt av den første avdelingen/helseforetaket. Se Helsedirektoratets brev av 31. oktober 2018 (64).

I løpet av vurderingsperioden må spesialisthelsetjenesten konkludere med ett av to mulige utfall:

1. enten gis pasienten rett til nødvendig helsehjelp og frist for oppfyllelse av helsehjelpen, eller
2. pasienten gis avslag på helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten

Dersom henvisningen er mangelfull eller inneholder opplysninger om vage og uspesifikke symptomer, slik at alvorlig sykdom ikke kan utelukkes, kan det være nødvendig å innhente tilleggsopplysninger fra henviser eller fra pasienten. Hvis dette ikke er mulig i løpet av vurderingsfristen på 10 virkedager, må henvisningen uansett vurderes. Usikkerhet om pasienten har rett til nødvendig helsehjelp vil kunne bety at pasienten gis rett for å unngå at pasienten blir skadelidende. Spesialisthelsetjenesten kan ikke returnere eller avvise henvisninger uten vurdering. Det vil være en klar saksbehandlingsfeil om dette skjer.

En rettighetsklage som kun gjelder brudd på vurderingsfristen, vil kreve rask saksbehandling hos statsforvalteren. En slik klagesak vil innebære lite saksbehandling, da det som oftest ikke vil være noe problem å fastslå om vurderingsfristen er overskredet. Siden klagen først skal fremsettes for spesialisthelsetjenesten før den eventuelt videresendes til statsforvalteren, antas det at de fleste klagen vil bli avsluttet ved at spesialisthelsetjenesten besvarer henvisningen når klagen mottas.

Hvis pasienten klager direkte til statsforvalteren over manglende svar innen vurderingsfristen, må statsforvalteren enten umiddelbart oversende saken til spesialisthelsetjenesten og be om raskt svar, eller kontakte virksomheten på telefon for å høre hvor saken står.

Hvis statsforvalteren konstaterer brudd på vurderingsfristen, vil utfallet av klagesaken være å fastslå at fristen er brutt. Statsforvalteren kan i en slik situasjon selv foreta vurderingen av om pasienten har rett til nødvendig helsehjelp eller ikke, men det normale vil være å sende saken til spesialisthelsetjenesten med beskjed om umiddelbar oppfyllelse av retten til vurdering i pbrl. § 2-2.

9.2.3 Må pasienten be om fornyet vurdering før statsforvalteren behandler klage knyttet til vurderingen?

På bakgrunn av uttalelser i forarbeidene pbrl. (65) og i kommentarene fra Helsedirektoratet (66) til pbrl. § 2-2 i, kan det stilles spørsmål ved om pasienter som vil klage på det medisinske grunnlaget for vurderingen først må be om en fornyet vurdering etter § 2-3, før statsforvalteren kan behandle klagen.

Faglig sett vil det ofte være en fordel at pasientene først får prøvd sine anførsler innenfor en klinisk sammenheng. Siden det ikke er satt frister for gjennomføring av den fornyede vurderingen, kan det imidlertid ta tid. Det kan derfor ikke stilles et krav om at pasienten har bedt om en fornyet vurdering før klagen kan behandles av statsforvalteren.

Statsforvalteren bør imidlertid avklare med klageren om han/hun bør be om en fornyet vurdering før eventuell klagebehandling. Statsforvalteren vil etter en fornyet vurdering også ha et bedre grunnlag for å vurdere klagen.

9.2.4 Klage på vurderingen

En klage på spesialisthelsetjenestens vurdering etter pbrl. § 2-2, vil ofte henge sammen med at utfallet av vurderingen ikke er slik pasienten ønsker. Typisk at pasienten er vurdert til ikke å ha rett til nødvendig helsehjelp eller at behandlingsfristen er satt for langt frem.

Vurderingen skal som utgangspunkt skje på bakgrunn av henvisningen. Statsforvalteren kan fullt ut prøve om spesialisthelsetjenesten har hatt tilstrekkelig grunnlag for å foreta en riktig vurdering.

Pbrl. § 2-2 oppstiller ikke kompetansekrav til det personellet som skal foreta vurderingen av retten til å få helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten. Det følger imidlertid av forsvarlighetskravet at henvisninger må håndteres på en forsvarlig måte, noe som innebærer at vurderingen må gjøres av en som har tilstrekkelig kompetanse.

I spesialisthelsetjenesten kreves det som hovedregel at spesialist (lege, psykolog) innenfor relevant fagområde foretar vurderingen. Ut fra omstendighetene godtas at personell som er under aktuell spesialistutdanning gjør det når denne er under veiledning eller lett kan søke råd/er under nært tilsyn i sitt arbeid.

Både Helsedirektoratets prioriteringsveiledere og Statens helsetilsyns veiledere for landsomfattende tilsyn kan inneholde anbefalinger/krav til kompetanse. Se for eksempel «Prioriteringsveileder - tverrfaglig spesialisert rusbehandling (TSB)», hvor det framgår at vurdering av henvisning til spesialisert rusbehandling skal være tverrfaglig.

Manglende kompetanse ved vurderingen er en saksbehandlingsfeil som kan ha ledet til feil resultat. Statsforvalteren må da vurdere om feilen kan ha påvirket utfallet av vurderingen.

Klagen kan også gjelde at det ikke er foretatt en tilstrekkelig reell vurdering av pasientens helsetilstand, fordi selve vurderingen som er gjort, er mangelfull eller dårlig. Vurderingen etter pbrl. § 2-2 må ta stilling til om pasienten oppfyller vilkårene for å få rett til nødvendig helsehjelp i prioriteringsforskriften § 2.

9.2.5 Klage på manglende informasjon

Både pasient og henvisende instans skal få melding fra spesialisthelsetjenesten om pasienten har rett på nødvendig helsehjelp eller ikke. Pasienten skal også bli informert om klageretten, klagefrist og fremgangsmåten i alle avgjørelsene som treffes knyttet til utfallet av vurderingene om rett til helsehjelp. Slike forhold vil imidlertid sjelden være en klagegrunn alene. Problemstillingene kan imidlertid bli tatt med som en av flere innsigelser om hvordan spesialisthelsetjenesten har håndtert henvisningen.

9.2.6 Manglende fristfastsettelse

Dersom pasienten er vurdert å ha rett til nødvendig helsehjelp, men helsetjenesten ikke har fastsatt en individuell frist for når helsehjelpen senest skal settes i gang, foreligger brudd på pbrl. § 2-2.

9.3 Retten til fornyet vurdering – pbrl. § 2-3

9.3.1 Aktuelle klagegrunner

Det følger av pbrl. § 2-3 at pasienten, etter henvisning fra allmennlege, har rett til én fornyet vurdering fra spesialisthelsetjenesten for samme tilstand. Det er i hovedsak fem forhold som kan påklages:

- at allmennlegen ikke har henvist til ny vurdering

- at spesialisthelsetjenesten har avslått å gjøre en ny vurdering
- at den fornyede vurderingen ikke er kvalitativt god nok
- at den fornyede vurderingen skjer for sent
- at reell ny vurdering ikke kan skje i Norge

9.3.2 *Klage på allmennlegens manglende henvisning*

Allmennlegen kan kun nekte å henvise pasienten til ny vurdering på faglig grunnlag, for eksempel dersom pasienten allerede er grundig utredet og konklusjonene ut fra faglige vurderinger ikke synes tvilsomme, men hvor pasienten har vansker med å forsone seg med diagnosen.

Statsforvalteren kan prøve om allmennlegens vurdering er forsvarlig.

Dersom pasienten tidligere har fått flere vurderinger for samme forhold, er det både saklig og lovmessig grunnlag for å nekte henvisning på nytt. Dersom henvisning til fornyet vurdering nektes ut fra utenforliggende grunner, for eksempel at det er for kostbart eller tar for mye tid å få tak i relevant spesialist, kan imidlertid avgjørelsen overprøves av statsforvalteren.

9.3.3 *Klage på at spesialisthelsetjenesten ikke vil foreta ny vurdering*

Når spesialisthelsetjenesten mottar henvisning til fornyet vurdering, har pasienten krav på å få vurdert helsetilstanden og/eller behandlingsopplegget på ny, med mindre det er det samme forholdet som henvises til vurdering for mer enn andre gang. Hva som er å anse som nytt forhold, kan prøves.

9.3.4 *Klage på den fornyede vurderingens kvalitet*

Pasienten kan mene den fornyede vurderingen ikke er god nok, for eksempel at det ikke er gjennomført andre typer undersøkelser. Dette er gjenstand for prøving.

Den fornyede vurderingen må være et selvstendig alternativ til den første vurderingen knyttet til pbrl § 2-2, jf. § 2-1 b. Det skal vurderes om pasienten har behov for helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten. I tilfeller hvor henvisningen ikke gir tilstrekkelig informasjon til å kunne vurdere helsetilstanden, skal det foretas nødvendige kliniske undersøkelser.

9.3.5 *Klage på at den fornyede vurderingen gjennomføres for sent*

Det er ikke krav om at den fornyede vurderingen skal skje innen et visst antall dager. Vurderingen må likevel gjennomføres innenfor en forsvarlig tidsramme ut fra problemstillingen i henvisningen, jf. sphl. § 2-2. Det vil bero på en konkret og individuell vurdering hvor raskt den fornyede vurderingen må gjøres.

9.3.6 *Vurdering fra en tjeneste med landsfunksjon*

Pasienter som blir vurdert av en helsetjeneste med landsfunksjon, har ikke rett til fornyet vurdering i utlandet, og vil derfor ha begrenset mulighet til å få en ny vurdering. Selv om pasienten ikke har en slik rett, kan pasienten selvsagt henvises til utlandet når sykehuset finner faglig og økonomisk grunnlag for det. Spesialisthelsetjenestens beslutning om ikke å henvise til second opinion i utlandet kan ikke påklages, med mindre det gjelder klage på manglende nødvendig helsehjelp etter pbrl. § 2-1 b.

9.4 Klager der spesialisthelsetjenesten har avslått helsehjelp

Dersom klagen gjelder avslag på helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten, blir spørsmålet om pasienten oppfyller vilkårene for rett til «nødvendig helsehjelp» i pbrl. § 2-1 b andre ledd, jf. prioriteringsforskriften § 2.

Prioriteringsforskriften § 2 oppstiller to vilkår som begge må være oppfylt:

- at pasienten kan ha forventet nytte av helsehjelpen, og
- at forventet ressursbruk står i et rimelig forhold til forventet nytte av helsehjelpen.

For å bidra til likebehandling, har Helsedirektoratet utarbeidet en rekke prioriteringsveiledere som gir retningslinjer for når ulike pasientgrupper har rett til nødvendig helsehjelp.

Prioriteringsveilederne finnes hos [Helsedirektoratet prioriteringsveiledere](#).

Før statsforvalteren kan behandle en klage over avslag på rett til nødvendig helsehjelp, må spesialisthelsetjenesten ha vurdert pasientens situasjon opp mot pbrl. § 2-1 b og prioriteringsforskriften og med veiledning fra prioriteringsveilederne. Mangler dette, må opplysninger og dokumentasjon om slik vurdering først innhentes.

Det er et rettsanvendelsesspørsmål om klager oppfyller vilkårene og har krav på helsehjelp.

Det skal gjøres en konkret og individuell vurdering av om den enkelte pasient oppfyller vilkårene for rett til nødvendig helsehjelp. Det er imidlertid slått fast at pasienter som selv har kjøpt inn legemidler ikke har rett til å få bistand til administreringen av legemidler fra spesialisthelsetjenesten (67).

Det er ikke anledning til å avvise pasienter utelukkende med henvisning til etablert praksis eller anbefalinger utarbeidet på pasientgruppenivå. Statens helsetilsyn har ved flere anledninger omgjort avgjørelser i medhold av forvaltningsloven § 35 som følge av rettsanvendelsesfeil, ved at pasientens helsetilstand ikke er blitt vurdert individuelt i tråd med pbrl. § 2-1b, jf. § 2-2.

9.4.1 Statsforvalterens prøving

Vurderingen av hvem som skal gis rett til nødvendig helsehjelp baseres på medisinskfaglige vurderinger. Dette kan ha betydning for hvor langt statsforvalteren går i overprøvingen av helsetjenestens avgjørelse, samt hvor langt statsforvalteren skal gå i å fastslå innholdet i rettigheten.

Et aktuelt spørsmål er om statsforvalteren selv skal vurdere å ta stilling til alle vurderingskriteriene selv om helsetjenesten ikke har gjort det først. Helsetjenesten har for eksempel vurdert pasienten til ikke å ha behov for utredning og behandling pga. manglende forventet nytte av behandling, jf. prioriteringsforskriften § 2, mens statsforvalteren kommer til et annet resultat. Spørsmålet er da om statsforvalteren skal sende saken tilbake slik at helsetjenesten kan vurdere de øvrige vilkårene eller om statsforvalteren selv skal avgjøre saken. Dersom statsforvalteren har tilstrekkelig opplysninger til å ta stilling til alle kriteriene, bør statsforvalteren avgjøre saken så langt som mulig. Ellers må avgjørelsen oppheves og returneres helsetjenesten for ny vurdering.

9.5 Klage på behandlingsfristens lengde

Alle pasienter som blir vurdert til å ha rett til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten, skal få en juridisk bindende frist for når helsehjelpen senest skal settes i gang, jf. pbrl. § 2-1 b jf. § 2-2 og prioriteringsforskriften § 2 a.

Fristen gjelder enten oppstart av utredning eller oppstart av behandling. Om pasienten har krav på frist til utredning eller behandling, avhenger av om pasientens tilstand er avklart eller uavklart:

- Hvis det i vurderingsperioden på (maks) 10 virkedager er mulig med stor grad av sannsynlighet å fastslå hva slags behandling pasienten har behov for, vil pasientens tilstand anses som avklart, og fristen skal settes til når behandling senest skal starte.
- Hvis det i løpet av vurderingsperioden ikke er mulig å fastslå hva som vil være egnet behandling, vil pasientens tilstand anses å være uavklart, og fristen skal settes til når utredning senest skal starte.

Fristen skal fastsettes etter en skjønnsmessig vurdering ut fra når medisinsk forsvarlighet tilsier at pasienten senest må få nødvendig helsehjelp. De alvorligst syke skal prioriteres foran de mindre syke. Frister skal settes ut fra pasientens behov og ikke tjenestens kapasitet.

Prioriteringsforskriften § 2 a gir nærmere anvisning på prioriteringskriteriene. Videre blir Helsedirektoratets prioriteringsveiledere utgangspunkt for fristfastsettelsen, med mindre det er individuelle forhold ved pasienten som tilsier raskere behandling.

Prioriteringsforskriften § 4a inneholder en særskilt fristregel for barn og unge under 23 år med psykiske lidelser eller rusmiddelavhengighet. Fristen for oppfyllelse av rett til nødvendig helsehjelp skal ikke overstige 65 virkedager.

Dersom pasienten mener at den fastsatte behandlingsfristen er for lang, kan det klages på manglende oppfyllelse av retten til nødvendig helsehjelp etter pbrl. §§ 2-1 b og 2-2.

Statsforvalterens vurderingstema er om den fastsatte behandlingsfristen er medisinsk forsvarlig. Er behandlingsfristen fastsatt ut fra ressurs- eller kapasitetsbegrensninger, og ikke basert på en medisinskfaglig vurdering, foreligger det feil ved rettsanvendelsen. Eksempelvis gjelder det når sykehuset ved mindre alvorlige tilstander rutinemessig setter behandlingsfristen til 12 måneder på grunn av manglende kapasitet.

Statsforvalteren kan overprøve helsetjenestens fristfastsettelsesvurdering fullt ut. Men vurderingskriteriet kan være svært skjønnsmessig og kreve en særlig faglig kompetanse å prøve. Det vil ha betydning for hvor langt statsforvalteren går i prøvingen av helsetjenestens avgjørelse, samt hvorvidt statsforvalteren fastsetter ny behandlingsfrist.

Dersom statsforvalteren kommer til at fristen er basert på ressurs- og personellmessige vurderinger, og ikke en medisinskfaglig vurdering, vil statsforvalteren vanligvis oppheve avgjørelsen og sende saken tilbake for ny behandling. Helsetjenesten vil selv oftest ha best kompetanse og oversikt over pasientens situasjon til å fastsette ny frist.

Der statsforvalteren finner at medisinsk forsvarlighet tilsier raskere behandling, må statsforvalteren vurdere om det har tilstrekkelig opplysninger og kompetanse til selv å fastsette ny frist. Alternativet er også her å oppheve avgjørelsen, og sende den tilbake til vurderingsinstansen for ny vurdering med beskjed om å sette kortere frist.

9.5.1 Fristbrudd meldes til Helfo

Dersom spesialisthelsetjenesten ikke er i stand til å finne tilbud innenfor den fastsatte fristen, skal spesialisthelsetjenesten varsle Helfo pasientformidling om fristbrudd via Fristbruddportalen og samtidig informere pasienten. Pasienten kan også selv kontakte Helfo.

Statsforvalteren skal ikke behandle klage på fristbrudd, men veilede pasienten eller oversende saken til Helfo.

Informasjon om fristbrudd kan blant annet finnes her:

- www.helfo.no
- Helse- og omsorgsdepartementet, brev av 5. november 2015, i sak 13/5077, Spørsmål om plikten til å melde fristbrudd til HELFO – endringer i pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 2.

Der det er uenighet mellom pasient og helseinstitusjon om det foreligger fristbrudd, vil Helfo pasientformidling i praksis forholde seg til institusjonens vurdering. Det finnes ikke egen klageordning for Helfo sin vurdering. Ved uenighet mellom pasient og helseinstitusjon kan saken påklages til statsforvalteren, som kan prøve institusjonens standpunkt.

9.6 Klage på innholdet/kvaliteten av helsehjelpen

Mange klager gjelder misnøye med kvaliteten på helsehjelpen pasienten får, eventuelt klage på manglende oppfyllelse av ønsket helsehjelp.

Klagegrunnene over innholdet i helsehjelpen kan være mange og ulikeartete, og vurderingstemaene er nærmest ubegrenset. Nærmest enhver form for misnøye med behandlingstilbudet vil kunne karakteriseres som en klage over manglende nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten.

Eksempler på klagegrunner:

- klage over innholdet og endring/manglende endring av pågående behandling
- klage over mangelfull konsultasjon/behandling/oppfølging
- klage over ikke å få raskere vurdering underveis i behandlingsforløpet
- klage på manglende diagnostisering
- klage på manglende eller endret medisinerings
- klage over omfanget av behandlingstilbudet fra psykiatrien, for eksempel ønske om mer samtalebehandling hos psykiater, eller plass i døgninstitusjon i stedet for poliklinisk oppfølging
- klage på ektefelle/samboers avslag på å få «parbehandling» i rusinstitusjon
- klage over bortfall av pågående behandling, for eksempel utskrivning fra døgninstitusjon over til poliklinisk oppfølging eller tap av behandlingsplass pga. manglende oppfølging eller brudd på vilkår for behandlingen

Statsforvalterens vurderingstema

Ved en prøving av innholdet i løpende helsehjelp, møtes kriteriene "nødvendig helsehjelp" og "forsvarlig behandling". For eksempel dersom det klages over doseringsnivået ved forskrivning av legemidler, vil vurderingstemaet være en forsvarlighetsvurdering av den medikamentelle oppfølging. Vurderes medisineringsen som forsvarlig, innebærer det også

vanligvis at pasienten får nødvendig helsehjelp. Motsatt: dersom medisineringsen anses som uforsvarlig, vil pasient ha rett til en annen medisineringsen eller annen helsehjelp. I slike saker er det også ofte spørsmål om retten til medvirkning og informasjon, jf. pbrl. kapittel 3.

Begrepet «nødvendig helsehjelp» tolkes slik at det gir krav på nødvendig helsehjelp med en forsvarlig standard, basert på en individuell vurdering av behov.

Det er lite aktuelt å knytte vurderingen i denne type saker direkte til prioriteringsforskriftens regler, men de sentrale vurderingsmomentene i prioriteringsforskriften vil også gjelde her. Som ved spørsmålet om tilgangen til helsetjenester, kan det ikke kreves en optimal løsning. Pasienter har ikke krav på best tilgjengelig behandling, men forsvarlig helsehjelp.

Kjernen i forsvarlighetskravet er koplet opp mot det som til enhver tid er definert som etablert behandling. Kravet er forankret i anerkjent fagkunnskap, som for eksempel kan komme til uttrykk i faglitteratur, faglige retningslinjer og allmenngyldige samfunnsetiske normer mv. Se Helse- og omsorgsdepartementets rundskriv I-4/2019 – «Rett til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten og forholdet til forsvarlighetskravet m.m»

I pbrl. § 2-1 b andre ledd siste setning er det presisert at pasientens rett til nødvendig helsehjelp gjelder de tjenester som spesialisthelsetjenesten har ansvaret for å yte og finansiere. Så lenge pasienten får forsvarlig helsehjelp, har ikke pasienten et rettslig krav på annen type helsehjelp enn den spesialisthelsetjenesten tilbyr.

Eksempelsak

Helsetilsynet omgjorde fylkesmannens vedtak (Helsetilsynets saksnr. 2010/1163) i rettighetsklage. Saken gjaldt klage på manglende oppfyllelse av nødvendig helsehjelp etter pbrl. § 2-1 b, i tillegg til at pasientens rett til medvirkning etter pbrl. § 3-1 var sentralt. Pasienten hadde brukt et preparat Cystistat i urinblæra i flere år med god effekt. Så gikk sykehuset over til å bruke et annet preparat, Gepan. Pasienten opplevde dårligere effekt og plagsomme bivirkninger. Vedkommende fortsatte med Cystistat og dekket utgiftene selv. Sykehuset avsto behandling med Cystistat fordi det var en behandling som de ikke lenger tilbød. De anbefalte at pasienten skulle benytte seg av fritt behandlingsvalg og finne annet sykehus som kunne tilby denne behandlingen, eventuelt at pasienten skaffet det selv. Helsetilsynet la til grunn at sykehuset ved å følge generell retningslinje ikke hadde tatt hensyn til individuelle vurderinger av pasienten og medvirkning – som var feil ved rettsanvendelsen. Helsetilsynet vurderte at det ikke forelå medisinsk indikasjon for å bytte til preparatet Gepan, og pasienten burde fortsatt med Cystistat som var det preparatet som ga pasienten best symptomlindring. Helsetilsynet kom til at pasienten ikke fikk oppfylt sin rett til nødvendig helsehjelp ved behandling med Gepan. Helsetilsynet uttalte i vedtaket: «Ut ifra foreliggende opplysninger vil behandling med Cystistat gjøre at pasienten får oppfylt sin rett til nødvendig helsehjelp. Statens helsetilsyn vil imidlertid understreke at hvilket preparat som gir den beste effekten, vil kunne endre seg, og det vil kunne komme andre preparat på markedet som kan være bedre eller billigere og gi samme virkning. Helseforetaket må således foreta en kontinuerlig vurdering av hvilket preparat som er egnet for den enkelte»

Helsedirektoratets har i brev 2. mars 2016 i sak 16/2770-2, uttalt at en eventuell rett for pasienter til logopedhjelp må vurderes på bakgrunn av forsvarlighetskravet. Det ble vist til at logopedhjelp er omtalt i nasjonal faglig retningslinje, og at selv om det ikke forplikter helsetjenesten, så bør løsninger som i vesentlig grad avviker fra retningslinjene begrunnes og dokumenteres.

9.6.1 Statsforvalterens avgjørelse

De fleste klagenes gjelder misnøye knyttet til en tildelt eller pågående behandling, eller misnøye med at den er blitt avsluttet. Da kan rettigheten oppfylles i ettertid, der statsforvalteren finner at rettigheten er satt til side. Statsforvalteren kan treffe avgjørelse om oppfyllelse, og uformelt pålegge helsetjenesten å gjennomføre angitt helsehjelp gjennom å fastsette denne rettighet i avgjørelsen. Hvis det ikke skjer, kan statsforvalteren som klageinstans be om umiddelbar iverksettelse. Det kan eventuelt samtidig varsles at saken kan oversendes Statens helsetilsyn som kan gi pålegg, dersom det ikke skjer rask iverksettelse. Statsforvalteren kan sette en tidsfrist for oppfyllelse. Statsforvalteren kan også slå fast at rettigheten ikke har blitt oppfylt, men at det ikke er aktuelt å oppfylle den lenger.

9.7 Særlig om behandling i utlandet

9.7.1 Behandling i utlandet når det ikke finnes adekvat tilbud i Norge

Pasienten kan ha rett til behandling i utlandet når det ikke finnes et dekkende og forsvarlig behandlingstilbud i Norge, jf. pbrl. § 2-4 a andre ledd bokstav a).

Retten er nærmere beskrevet i prioriteringsforskriften § 3. Klage på et helseforetakets avgjørelse om vedkommende skal sendes til behandling i utlandet, behandles ikke av statsforvalteren, men av Helseklage - Klagenemnda for behandling i utlandet.

9.7.2 Dekning av utgifter til helsehjelp mottatt i et annet EØS-land

Pasienter som har rett til helsehjelp i Norge gis mulighet til å få utført tilsvarende helsehjelp i et annet EØS-land, jf. folketrygdloven § 5-24 a med forskrifter som gjennomfører pasientdirektivet i norsk rett. Det er Helfo som administrerer denne ordningen.

9.7.3 Klimareiser

Klimareiser er et organisert diagnosespesifikt behandlingstilbud som er et supplement til behandling i Norge, og er ikke en pasientrettighet. Oslo universitetssykehus HF fatter vedtak om tildeling av behandlingsreiser, mens Nasjonalt klageorgan for helsetjenesten er klageinstans.

9.7.4 Særlig om rett til legemiddelassistert rehabilitering (LAR)

Legemiddelassistert rehabilitering (LAR) er tverrfaglig spesialisert behandling (TSB) der substitusjonslegemidler inngår som et deltiltak i et helhetlig rehabiliteringsforløp.

Beslutning om innskrivning i og utskrivning fra LAR er lagt til spesialisthelsetjenesten. Substitusjonsbehandling skal ikke iverksettes uten medvirkning fra spesialisthelsetjenesten, jf. forskrift om rekvirering og utlevering av legemidler fra apotek (68), jf. § 2-1 tredje ledd bokstav d).

Når pasienten er stabilisert, kan gjennomføringen av den medisinske delen av behandlingen overføres til allmennlege i helsetjenesten i kommunen. Spesialisthelsetjenesten har ansvar for en eventuell avvikling av behandlingstilbudet.

Er det knyttet vilkår til helsehjelpen, følger det av ulovfestede forvaltningsprinsipper at vilkårene må være saklig begrunnet, og ikke være uforholdsmessig inngripende.

Hvem som har rett til nødvendig helsehjelp i form av LAR avgjøres av vilkårene i pbrl. § 2-1 b andre ledd, prioriteringsforskriften § 2 og LAR-forskriften (69).

Informasjon om LAR kan blant annet finnes her:

- Helsedirektoratet, Nasjonal retningslinje for legemiddelassistert rehabilitering ved opioidavhengighet, som gir rammeverket for LAR-behandling
- Helsedirektoratet, Nasjonal faglig retningslinje for behandling og rehabilitering av rusmiddelproblemer og avhengighet
- Helsedirektoratet, Pakkeforløp for tverrfaglig spesialisert rusbehandling (TSB)

Eksempler på klagegrunner:

- manglende LAR-tilbud
- innholdet og vilkårene i LAR-tilbudet
- ufrivillig utskrivning fra LAR
- valg av legemidler for substitusjonsbehandling

De fleste klagen gjelder innholdet i LAR-tilbudet. Det kan for eksempel være urimelige vilkår ved oppstart i LAR, valg av legemidler, doseringsnivå og doseringsform, henteordningen av legemiddel, mulighet for bruk av legemidler sammen med LAR-legemiddel, og manglende oppfølging.

Slike klager skal vurderes som en klage over manglende nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten etter pbrl. § 2-1 b andre ledd. Bestemmelsen forutsetter at det foretas en konkret og individuell vurdering for å ta standpunkt til pasientens rett til nødvendig helsehjelp.

9.7.5 Klage på type legemiddel

Enten det er pasienten selv som ønsker å bytte legemiddel eller om helsetjenesten krever bytte av legemiddel mot pasientens vilje, må statsforvalteren vurdere om spesialisthelsetjenesten har gjort en individuell og konkret vurdering med tanke på hvilket legemiddel som er nødvendig helsehjelp for den aktuelle pasienten, jf. pbrl. § 2-1 b, og om pasientens medvirkningsrett etter pbrl. § 3-1 er tatt med i vurderingen. Statsforvalteren kan overprøve helsetjenestens vurdering fullt ut.

Av pbrl. § 3-1, som gir pasienten rett til å medvirke ved gjennomføring av helsehjelpen, herunder tilgjengelige og forsvarlige behandlingsmetoder, kan det utledes at hvis spesialisthelsetjenesten ikke etterkommer pasientens ønske om valg av legemiddel, skal det være begrunnet med at det forskrevne legemiddelet er mer egnet for den aktuelle pasienten enn det pasienten ønsker.

Å pålegge pasienten å bruke et legemiddel som gir ubehag og bivirkninger hvis det finnes andre legemidler med samme substitusjonsvirkning med mindre bivirkninger for pasienten, er et inngrepende tiltak. Helsetjenesten må foreta individuelle vurderinger av bivirkningenes art og forløp, og det må klart framgå av saksdokumentene at dette er gjort. I de tilfellene der pasienten klager over bivirkninger som ikke påvirker allmenntilstanden i særlig grad, er det ikke urimelig at pasienten prøver ut legemiddelet i kort tid for å se om bivirkningen forsvinner. Fortsatt forskrivning av et legemiddel som gir bivirkninger, kan imidlertid ikke besluttes ut fra generelle betraktninger om sannsynligheten for reelle bivirkninger.

Det må foretas en konkret forsvarlighetsvurdering. Det må legges vekt på om det legemiddelet pasienten ønsker har fungert godt, og om pasienten har vært rusfri over en lengre periode. Det er ikke et gyldig argument at medisinen er mer egnet ut fra generelle samfunnsmessige betraktninger, for eksempel faren for videreomsetning av legemiddelet.

9.7.6 Utleveringsordning og kontrolltiltak ved inntak av substitusjonslegemidler

Utleveringsordning og kontrolltiltak er regulert i LAR-forskriftens §§ 7 og 8. Det kan kreves at substitusjonslegemidlet tas under tilsyn, men det skal gjøres individuelle vurderinger slik at en rigid utleveringsordning ikke blir til hinder for at pasienten skal bli rehabilitert, for eksempel hvis utlevering blir til hinder for jobb eller studier.

Eksempelsak

I overprøvingssak 2014/1115 opphevet Statens helsetilsyn Fylkesmannens vedtak vedrørende utlevering av legemidler i LAR fordi det ikke var gjort en individuell vurdering av pasientens situasjon. Til tross for at klager hadde hatt en stabil bruk av substitusjonslegemiddel i LAR i ca. to år, krevde spesialisthelsetjenesten en innstramming av både henteordningen og kontrolltiltakene rundt inntaket, uten at det var begrunnet i forhold hos pasienten. Det var vist til en generell fare for misbruk og videresalg, uten at det var påvist at klager hadde hatt noe sidemisbruk eller illegalt videresalg. Statens helsetilsyn opphevet vedtaket om endring i henteordning og kontrolltiltak, da det ikke var gjort en individuell vurdering, jf. pbrl. § 2-1 b, og ba spesialisthelsetjenesten gjøre en vurdering av om de generelle risikofaktorene var reelle i den aktuelle pasientens situasjon.

9.7.7 Utskrivning fra LAR

Ved ikke-planlagt utskrivning som følge av brudd på vilkår for tilbudet eller manglende behandlingseffekt, stilles krav til en forsvarlig utskrivelse, jf. sphi. § 2-2 jf. § 2-1 a første ledd nr. 5 og forskrift om ledelse og kvalitetsforbedring. Det innebærer at pasienten ikke skal utskrives uten at det er vurdert andre mulige behandlingsalternativer, og eventuelt tilbudt slike. Det følger av rundskriv I-8/2004 Rusreformen – pasientrettigheter og endringer i sphi. utskrivningsbeslutningen blir opprettholdt, skal statsforvalteren vurdere særskilt om vedkommende har rett til annen nødvendig helsehjelp. I en klagesak som gjelder utskrivning fra LAR, kan det fremkomme opplysninger om at for eksempel sosialtjenesten eller spesialisthelsetjenesten ikke har vært i stand til å oppfylle sine plikter i den tverrfaglige spesialistbehandlingen. Dette kan ha hatt vesentlig og noen ganger avgjørende betydning for pasienten og vedkommendes muligheter til å oppfylle vilkårene for LAR. Statsforvalteren kan etter en individuell vurdering komme til at pasienten i et slikt tilfelle ikke har fått oppfylt sin rett til nødvendig helsehjelp.

Eksempelsak

Statens helsetilsyn vurderte i sak 2007/786 klage fra en pasient ble utskrevet fra LAR. Sosialtjenesten hadde ikke fulgt opp pasienten anmodninger. Statens helsetilsyn kom til at vedtaket om utskrivning skulle vært basert på en mer helhetlig vurdering av pasientens situasjon og at kravene som var stilt til gjeninntak i LAR var for strenge.

9.8 Særlig om tildeling av behandlingshjelpemidler

Helse- og omsorgsdepartementet fastslo i brev av 9. mai 2014 at klage på manglende tildeling av behandlingshjelpemidler fra helseforetakene skal behandles av statsforvalteren som en klage på «nødvendig helsehjelp» etter pbrl. § 2-1 b andre ledd.

Behandlingshjelpemidler innbefatter:

- medisinsk teknisk utstyr for spesialisert behandling
- oksygen
- medisinsk forbruksmateriell

Begrepet behandlingshjelpemidler omfatter både utstyr og (forbruks)materiell som benyttes i forbindelse med medisinsk behandling som tilbys av spesialisthelsetjenesten og gjennomføres utenfor sykehus. Begrepet behandlingshjelpemiddel er ikke entydig definert, men beror på en konkret vurdering av pasientens behov i det enkelte tilfelle. Bruk av behandlingshjelpemidler i spesialisthelsetjenesten forutsetter et aktivt medisinsk behandlingsopplegg. Vurderingen av hva som skal tilbys den enkelte pasienten, må gjøres individuelt og være basert på en konkret, medisinsk vurdering av behov for behandling og behandlingshjelpemidler.

For mer informasjon, se «Veiledning om behandlingshjelpemidler i spesialisthelsetjenesten», som er utarbeidet av Nasjonal Nettverksgruppe for Behandlingshjelpemidler (NBB).

Spesialisthelsetjenesten har for eksempel avslått søknad om sammenleggbare behandlingsbenk for fysioterapi, fordi behandlingen ikke ble vurdert som nødvendig helsehjelp i forbindelse med en aktiv del av et medisinsk behandlingsopplegg som tilbys av spesialisthelsetjenesten. Det ble blant annet vist til at behandlingshjelpemidler skal benyttes for å bedre pasienters medisinske tilstand og bidra til at pasienten får spesialisert og forsvarlig behandling i hjemmet. Et behandlingshjelpemiddel er spesialtilpasset pasientens medisinske tilstand, det skal være utprøvd og vist seg å ha effekt for den individuelle pasient. I den aktuelle saken tilsa ikke den medisinske tilstanden at klager hadde behov for en egen spesialtilpasset fysioterapibenk. Klagers behov dreide seg om en standard behandlingsbenk som også vil kunne benyttes i behandlingen av andre pasienter.

9.9 Fritt behandlingsvalg – prbrl. § 2-4

9.9.1 Innledning og klagegrunner

Retten til fritt behandlingsvalg følger av prbrl. § 2-4. Ordningen som tidligere het fritt sykehusvalg, har blitt endret i flere omganger siden den innført i 2009. Endringen har omhandlet utvidelser av hvem ordningen omfatter, og ved siste endring 1. november 2015 (70) regulerer ordningen nå både pasientens rett til å velge hvor henvisningen skal sendes, og hvor behandlingen skal finne sted. Rett til fritt behandlingsvalg gjelder i praksis primært i forbindelse med planlagt behandling, og kan brukes på de forskjellige trinnene i helsehjelpen. For eksempel kan vurderingen av pasientens helsetilstand skje ved én virksomhet, og behandlingen ved en annen. Ordningen er avgrenset til planlagt helsehjelp og gjelder ikke ved øyeblikkelig hjelp-situasjoner, men pasienten har rett til å velge behandlingssted når den akutte situasjonen er over.

Valgretten omfatter bare virksomheter som har rett til å tildele pasient- og brukerrettigheter, det vil si har godkjenning i henhold til spl. § 4-3.

Det er Helfo som administrerer ordningen.

Informasjon om fritt behandlingsvalg kan finnes her:

- www.helsenorge.no
- [Helsedirektoratet, rundskriv IS-8/2015, Pasient- og brukerrettighetsloven med kommentarer](#)

Når et sykehus avslår å ta imot en pasient, må det begrunnes i at retten til fritt behandlingsvalg ikke gjelder for denne pasienten. Et avslag kan ikke begrunnes i at valget anses mindre bra for pasienten. Da er det tatt hensyn til utenforliggende grunner, og statsforvalteren må overprøve dette.

Avgjørelsen om pasienten skal settes på venteliste eller avvises, skal skje straks etter at behandlingsstedet har mottatt henvisningen og en forsinkelse ved denne beslutning kan påklages som en saksbehandlingsfeil. Statsforvalteren må da vurdere om beslutningen, ut fra den aktuelle problematikk og tilstand, tas innenfor en forsvarlig tidsramme.

En klage vil vanligvis gjelde avvisning fra ønsket behandlingssted. Avslag fra spesialisthelsetjenesten vil oftest være begrunnet med

- avvisning på grunn av manglende kapasitet
- pasienten er fra en annen helseregion
- pasienten er fra et annet fylke
- manglende kapasitet ved sykehuset til å motta alle pasienter fra egen region
- medisinsk uforsvarlig å avbryte en påstartet behandling et sted
- det ønskede tilbud er et annet behandlingsnivå

9.9.2 Avvisning på grunn av manglende kapasitet

Behandlingssted som er omfattet av ordningen, plikter å ta imot alle pasienter som ønsker det uavhengig av bostedsregion. Pasientene skal som hovedregel prioriteres etter prioriteringsforskriften på lik linje og uavhengig av hvilken helseregion vedkommende bor i.

9.9.3 Pasienter fra andre helseregioner kan avvises

Sykehuset kan nedprioritere og/eller avvise pasienter fra andre helseregioner når det må prioritere pasienter fra egen helseregion. Dette unntak er verken lov- eller forskriftsfestet, men følger av Helsedirektoratets fortolkning (66) av ordningen og av merknadene til forskrift om ventelisteregistrering (71). For å benytte denne unntaksregelen må det sannsynliggjøres at behandlingsstedet ved mottak av den aktuelle pasienten, står i fare for ikke å kunne oppfylle sin forpliktelse til å yte behandling innen fristen til "egne" pasienter med rett til nødvendig helsehjelp.

Adgangen til å avvise pasienten på dette grunnlag gjelder bare inntil pasienten er registrert på venteliste, jf. forskrift om ventelisteregistrering med merknader § 3.

Statsforvalteren kan fullt ut overprøve behandlingsstedets beslutning om å returnere henvisningen for en pasient fra annen region fordi de må prioritere egne pasienter.

En pasient kan ikke avvises pga. manglende kapasitet dersom pasienten er fra et annet fylke eller fordi pasienten tilhører annet lokalsykehus innen samme helseregion, jf. neste avsnitt.

9.9.4 Rett til å velge et bestemt sykehus i et helseforetak

Retten til fritt behandlingsvalg gjelder også innenfor et helseforetak med flere sykehus. Et sykehus kan derfor ikke avslå en henvisning med at pasienten kommer fra en annen del av helseregionen enn det som er sykehusets/helseforetakets primæropptaksområde. Se kapittel 9.10.6 om valg av lokalsykehusfunksjon på et regionsykehus.

Helse- og omsorgsdepartementet har i brev til Helse Øst av 29. mai 2006 innfortolket et unntak for fødende. I brevet sies at retten til å få fødeplass ved et bestemt sykehus bare gjelder så langt det aktuelle sykehuset har kapasitet til å gi forsvarlig helsehjelp:

"Pasientenes rett til fritt sykehusvalg innebærer ikke en plikt, verken for sykehuset eller sykehusets eier, til å bygge ut tjenestetilbudet til bestemte sykehus slik at alle som ønsker det, kan få helsehjelp, herunder fødselshjelp, ved dette sykehuset. De regionale helseforetakene skal sørge for et tilbud til regionens innbyggere, men står fritt med hensyn til hvorledes tilbudet skal organiseres, så lenge det er et forsvarlig tilbud med tilstrekkelig kapasitet."

Helseforetaket kan i henhold til denne uttalelse avslå en søknad om fødeplass på et bestemt sykehus, dersom de på grunn av manglende kapasitet mener ikke å kunne gi forsvarlig helsehjelp på tidspunktet for termin.

9.9.5 Medisinsk uforsvarlig å avbryte en påstartet behandling et sted

Retten til fritt behandlingsvalg gjelder ved de forskjellige trinnene i helsehjelpen, og pasienten kan for eksempel la seg undersøke ved ett sykehus, få utført en operasjon ved et annet sykehus og motta rehabilitering ved et tredje sykehus.

For visse grupper av pasienter framgår det av § 2-4 fjerde ledd at retten til fritt behandlingsvalg ikke gjelder ubegrenset. Dette gjelder pasienter under tvungen observasjon eller tvungent psykisk helsevern, pasienter som er under tvang etter hol. §§ 10-2 og 10-3 samt pasienter i behandling ved LAR-senter. For disse pasientene går hensynet til formålet med behandlingen, samt plikten til å gi forsvarlig behandling foran pasientenes ønske om å kunne velge behandlingssted. Uenighet om dette kan prøves i en klagesak hos statsforvalteren.

Heller ikke for disse pasientene er det anledning til å avvise fritt behandlingsvalg alene ut fra at skifte av behandlingssted vil gi et dårligere tilbud for pasienten. Avvisningen må begrunnes i de hensynene i loven.

9.9.6 Avvisning av fritt behandlingsvalg der pasienten har valgt et annet behandlingsnivå

Fritt behandlingsvalg gjelder ikke valg av behandlingsnivå. Pasienten kan etter bestemmelsen om fritt behandlingsvalg derfor ikke velge en mer spesialisert behandling enn det som man er henvist for. For eksempel kan en pasient ikke velge innleggelse på sengepost om vedkommende er henvist til poliklinisk behandling. Klage på valg av behandlingsnivå skal behandles etter pbrl. § 2-1 b om rett til nødvendig helsehjelp.

Dersom tilstanden tilsier utredning eller behandling på lokalsykehusnivå, kan pasienten heller ikke velge å få dette utført på regionsykehus. Ett og samme sykehus kan imidlertid ha både lokalsykehusfunksjon og mer spesialiserte funksjoner. Da må pasient som kun er henvist på lokalsykehusnivå, kunne velge dette sykehuset. Behandling på lokalsykehusnivå kan altså velges på alle sykehus som har lokalsykehusfunksjon på det aktuelle området, også på et regionsykehus dersom dette ivaretar en lokalsykehusfunksjon (66).

Et tredje behandlingsnivåskille, er der de regionale helseforetakene har opprettet regionale spesialenheter, gjerne definert som "tredjelinjetjeneste". For eksempel gjelder det Regional avdeling for spiseforstyrrelser. En annen type av "tredjelinjetjeneste" er sykehusavdeling

oppnevnt med landsfunksjoner. Som et utgangspunkt må denne type enheter anses som et annet behandlingsnivå, som ikke pasienten fritt kan velge ut fra retten til fritt sykehusvalg.

9.9.7 Retten til kontaktlege – pbrl. § 2-5 a

Pbrl. § 2-5 a gir pasienter som har alvorlig sykdom, skade eller lidelse, og som har behov for behandling eller oppfølging fra spesialisthelsetjenesten av en viss varighet, rett til å få oppnevnt kontaktlege i samsvar med spl. § 2-5 c.

Ordningen med kontaktlege, som trådte i kraft i 2016, gjelder innenfor somatikk, psykisk helsevern og tverrfaglig spesialisert behandling for rusmiddelavhengighet.

Retten til å klage gjelder bare på avgjørelsen om at pasienten ikke har rett til kontaktlege. Pasienten har ikke rett til å velge hvem som skal pekes ut til kontaktlege. Klageretten omfatter derfor ikke et ønske om å bytte den tildelte kontaktlegen.

Informasjon om kontaktlege kan blant annet finnes her:

- Helsedirektoratet, Veileder IS-2466 Kontaktlege i spesialisthelsetjenesten
- Forarbeider til bestemmelsen
 - Prop.125 L (2014-2015) Endringer i spesialisthelsetjenesteloven m.m.(kontaktlege i spesialisthelsetjenesten m.m.)
 - Innst. 49 L (2015-2016) Endringer i spesialisthelsetjenesteloven m.m.(kontaktlege i spesialisthelsetjenesten m.m.)

Ved statsforvalterens behandling av klager er det viktig å merke seg at det framgår av forarbeidene til bestemmelsen at terskelen for å oppnevne kontaktlege til barn skal være lav. Det innebærer at vurderingen av tilstanden og kravet til alvorlighet skal være mildere enn vurderingen av en tilsvarende tilstand hos voksne. Det blir vist til at barn som er syke er i en særlig sårbar situasjon og et godt forhold til en kontaktlege eller kontaktpsykolog er derfor ekstra viktig.

10 Klage- og vurderingstemaer som omfatter rettigheter lagt til både kommunenes helse- og omsorgstjenester og til spesialisthelsetjenesten

10.1 Retten til øyeblikkelig hjelp

Pasienter og brukere har rett til øyeblikk hjelp fra både den kommunale helse- og omsorgstjenesten og spesialisthelsetjenesten, jf. pbrl. §§ 2-1a første ledd og § 2-1 b første ledd. Rettighetene samsvarer med kommunens plikt etter helse- og omsorgstjenesteloven § 3-5, og spesialisthelsetjenestens plikt etter spl. § 3-1. Helsepersonell har i tillegg en personlig plikt til å yte øyeblikkelig hjelp etter hpl. § 7.

Kommunens øyeblikkelig hjelpeplikt omfatter også omsorgstjenester. Retten til øyeblikkelige omsorgstjenester, vil for eksempel gjelde ved akutt endring av brukers behov eller ved akutt sykdom hos pårørende som yter omsorg til pleietrengende bruker.

Øyeblikkelig hjelp er aktuelt der pasient eller bruker har behov for umiddelbar eller snarlig undersøkelse, behandling, pleie eller omsorg. Vurderingstemaet er om hjelpen er «påtrengende nødvendig». Avgjørende er om det ut i fra et forsvarlig medisinsk/helsefaglig/omsorgsfaglig skjønn dreier seg om et tilfelle der det er akutt fare for liv eller alvorlig nedsettelse av funksjonsevne, eller akutt betydelig smertetilstand, og at rask

hjelp er nødvendig for å avverge eller begrense denne faren. Alternativt at undersøkelse eller behandling kan gjenopprette skaden.

Det følger av pbrl. § 1-2 at alle som oppholder seg i riket omfattes av loven. Det er ikke gjort noen unntak for retten til øyeblikkelig hjelp, og den gjelder derfor uavhengig av grunnlaget for oppholdet i landet.

Veiledning til innholdet i øyeblikkelig hjelp kan finnes i

- [Helsedirektoratet, rundskriv, IS-2015/10 Pasient- og brukerrettighetsloven med kommentarer](#)
- [Helsedirektoratet, rundskriv, IS-2013/5 Spesialisthelsetjenesteloven med kommentarer](#)
- [Helsedirektoratet, rundskriv, IS-2012/8 Helsepersonelloven med kommentarer](#)
- [Helsedirektoratet, rundskriv, IS-2012/9 Psykisk helsevernforskriften med kommentarer](#)
- [Helsedirektoratet, 15. mars 2015, Nasjonal faglig retningslinje for avrusning fra rusmidler og vanedannende legemidler](#)
- [Norsk indeks for medisinsk nødhjelp som klassifiserer hastegrader for øyeblikkelig helsehjelp i de prehospitale tjenester](#)

På grunn av hastegraden, vil det sjeldent bli aktuelt for statsforvalteren å behandle en klage på manglende øyeblikkelig hjelp mens behovet fortsatt er aktuelt. Det er derfor mest aktuelt å vurdere om saken bør følges opp med tilsyn etter pbrl. § 7-4. Det kan imidlertid bli aktuelt å behandle klage på øyeblikkelig hjelp i en rettighetsklage hvis det i klagesaken også er spørsmål om andre uoppfylte rettigheter.

10.1.1 Særlig om kommunalt tilbud om døgnopphold for øyeblikkelig hjelp

I 2016 ble kommunenes ansvar for øyeblikkelig hjelp utvidet til også å omfatte kommunalt tilbud om døgnopphold for helse- og omsorgstjenester til pasienter og brukere med behov for øyeblikkelig hjelp, jf. hol § 3-5 tredje ledd. Innholdet i bestemmelsen er utdypet i FOR-2016-12-02-1421. Forskrift om kommunenes plikt til å sørge for øyeblikkelig hjelp i døgntilbud (forskrift om øyeblikkelig hjelp i døgntilbud).

Med døgnopphold for øyeblikkelig hjelp menes innleggelse av pasienter med behov for hjelp som er påtrengende nødvendig, og hvor innleggelsen ikke er planlagt på forhånd. I all hovedsak gjelder det pasienter med kjente sykdommer som ved forverring av sin tilstand kan få en på forhånd kjent og avtalt behandling, og hvor allmenntilstanden ikke tilsier at det er behov for sykehusinnleggelse (72).

Kommunens plikt gjelder pasienter og brukere med somatisk sykdom og sykdom innenfor psykisk helse- og rusområdet. Plikten er imidlertid begrenset til kun å gjelde pasienter som kommunen selv har mulighet til å utrede, behandle eller yte omsorg til. Det må innfortolkes en grense mot de tilstandene som forutsetter utredning og behandling i spesialisthelsetjenesten. Grensen vil ikke være entydig for alle kommuner, men vil avhenge av lokale variasjoner i tjenestetilbudet.

En pasient skal være vurdert av lege i kommunen forut for en innleggelse. Det er normalt fastlege eller legevaktslege som foretar den konkrete vurderingen av hvor pasienten bør få behandling, og som også henviser pasienten til sykehus og til kommunalt tilbud om døgnopphold for øyeblikkelig hjelp.

Pasient/bruker har rett til øyeblikkelig hjelp, men ikke spesifikt i form av døgnopphold. Dersom kommunen ikke er i stand til å yte den hjelpen pasienten eller brukeren har behov for, må han/hun henvises videre, som oftest til spesialisthelsetjenesten.

10.2 Klage på fengselshelsetjenesten

Kommunens ansvar for å yte nødvendige helse- og omsorgstjenester til dem som oppholder seg i kommunen omfatter også personer som oppholder seg i fengsel. Det vil si at kommuner med fengsel har et administrativt og faglig ansvar for slike tjenester til de innsatte. Lege omtales ofte som fengselslege og denne overtar fastlegerollen for de innsatte. Innsatte har ikke rett til å bruke egen fastlege i fengsel når vedkommende har legetilbud gjennom fengselshelsetjenesten, jf. § 14 i forskrift om fastlegeordningen i kommunene. De som sitter i varetekt har imidlertid rett til egen fastlege jf. straffegjennomføringsloven § 51 (73).

Nevnte bestemmelse er imidlertid ikke til hinder for samarbeid mellom fastlegen og fengselslegen når det er behov for det. Til fengselshelsetjenesten vil det også være aktuelt med annen helsefaglig kompetanse.

Helsetjenesten i fengslene skal være likeverdig med helsetjenesten som den øvrige befolkningen har krav på. Det faktum at vedkommende sitter i fengsel vektlegges derfor ikke i helsetjenestens vurdering av om den innsatte har rett til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten. Likevel vil enkelte behandlingstilbud være lite eller helt uaktuelle fordi pasienten oppholder seg i fengsel. Som eksempel nevnes opphold i rusinstitusjon, med mindre fengselsmyndighetene aksepterer soning i institusjonen.

Helsetjenesten er avhengig av samarbeid med kriminalomsorgen, som også er den som ansvarlig for å tilrettelegge med rom, utstyr mv. For nærmere informasjon om fengselshelsetjenesten, se Helsedirektoratets veileder IS-1971, Helse- og omsorgstjenester til innsatte i fengsel.

Innsatte har ved behov rett til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten. Aktuelle klage- og prøvingstema er de samme som ellers, jf. kapittel 9. Det kan imidlertid oppstå særlig problemer ved gjennomføring av helsehjelpen når pasienten er i fengsel.

Bruk av spesialisthelsetjenester utenfor fengselet forutsetter et samarbeid med kriminalomsorgen. Klage på mangel på medvirkning og tillatelse fra kriminalomsorgen slik at den innsatte ikke får nødvendig helsehjelp, skal imidlertid ikke behandles av statsforvalteren. Slik klage skal behandles av kriminalomsorgen som klage på soningsforholdene. Grensen mellom ansvaret som tilligger henholdsvis kriminalomsorgen og fengselshelsetjenesten kan i praksis være vanskelig å trekke. Det er viktig at statsforvalteren har gode rutiner for kontakt med kriminalomsorgen og fengselet for å sikre en ryddig og rask avklaring av de spørsmålene om dette som kan oppstå i forbindelse med en klage.

Klage på manglende oppfølging fra fengselshelsetjenesten, kan gjelde i forhold til ansatte i fengselshelsetjenesten (oftest sykepleiere), og/eller oppfølgingen fra legen (fengselslegen). Klagetemaene vedrørende fengselslegen vil være av samme art som klage på fastlegen, eksempelvis manglende undersøkelse eller behandling. I praksis er det mange klager på manglende medisinerings. Fengselslegen nekter for eksempel å fortsette samme forskrivning som den innsatte hadde før soningen startet.

Eksempelsak:

Sivilombudsmannen behandlet i sak 2018/631 (74) klage over helsehjelp til kvinnelig innsatt i fengsel. Den innsatte hadde kun tilgang til mannlig fysioterapeut og lege og var ikke blitt informert om at retten til å ha kvinnelig sykepleier tilstede under konsultasjoner.

Sivilombudsmannen uttalte at Fylkesmannen hadde et særlig ansvar for å undersøke om en klage fra en kvinnelig innsatt gir grunn til å opprette rettighetssak og/eller foreta en pliktbruddvurdering. Fylkesmannen må også gi den innsatte tilstrekkelig veiledning slik at hun kan ivareta sine interesser etter helse- og omsorgslovgivningen. Sivilombudsmannen viste til at de spesielle forholdene innsatte er underlagt, med en høyere forekomst av enkelte helseproblemer og kvinnelige innsattes særlige sårbare situasjon, kan tenkes å gi økt risiko for brudd på retten til forsvarlige og verdige helsetjenester.

10.3 Retten til individuell plan – pbrl. § 2-5

Ifølge pbrl. § 2-5 har pasient og bruker som har behov for langvarige og koordinerte helse- og omsorgstjenester rett til å få utarbeidet individuell plan.

Avgjørelser om individuell plan og koordinator gir ingen selvstendig rett på tjenester og er derfor ikke å anse som et enkeltvedtak. Det innebærer at fvl. kapittel IV og V ikke gjelder for slike avgjørelser, jf. pbrl. § 2-7. Oppnevning av koordinator er heller ikke omfattet av klageadgangen etter pbrl. § 7-2 (75). Manglende oppfyllelse av helse- og omsorgstjenestens plikt til å tilby koordinator må derfor i utgangspunktet vurderes i en eventuell tilsynssak etter pbrl. § 7-4.

Rettighetsbestemmelsen må ses i sammenheng med helse- og omsorgstjenestens plikt til å utarbeide individuell plan i hol. § 7-1, sphl. § 2-5 og phvl. § 4-1. I forskrift om habilitering og rehabilitering er det gitt nærmere regler om ansvar, gjennomføring og utarbeidelse av individuell plan (76). Formålet med en individuell plan er å:

- sikre at pasient og bruker får et helhetlig, koordinert og individuelt tilpasset tjenestetilbud
- sikre pasient og brukers medvirkning og innflytelse
- styrke samhandlingen mellom tjenesteyter og pasient og bruker og eventuelt pårørende
- styrke samhandlingen mellom tjenesteyterne på tvers av fag, nivåer og sektorer

Forskrift om habilitering og rehabilitering § 18 slår fast at både kommunens helse- og omsorgstjeneste og helseforetaket har plikt til å sørge for at individuell plan blir utarbeidet, men at der en pasient eller bruker har behov for tilbud fra begge tjenestenivåer, er det kommunen som ansvaret for planen blir utarbeidet og at planarbeidet blir koordinert. Spesialisthelsetjenesten har på sin side en plikt til å medvirke.

Informasjon om individuell plan kan blant annet finnes her:

- Helsedirektoratet, 30. september 2015 Nasjonal faglig retningslinje. Rehabilitering, habilitering, individuell plan og koordinator
- Helsedirektoratet, IS-3496, 2015, Nasjonal faglig retningslinje. Barn og unge med habiliteringsbehov, kapitlene 2.13 og 3.6.
- Helsedirektoratet, 21. november 2017, Nasjonal faglig retningslinje. Oppfølging av personer med store og sammensatte behov, kapittel 7.

Eksempler på klagegrunner:

- at søknad om individuell plan er avslått eller at søknad ikke blir behandlet
- at vedtatt individuell plan ikke er utarbeidet
- innholdet i planen
- hvem som har ansvaret for å utarbeide planen

Statsforvalterens vurderingstema

Uavhengig av klagegrunn, vil statsforvalterens vurderingstema være om klager får oppfylt retten til individuell plan etter pbrl. § 2-5.

Der hvor klager har fått avslag på individuell plan, skal statsforvalteren vurdere om klager har behov for langvarige og koordinerte tjenester, slik at retten til individuell plan er oppfylt. Langvarig betyr at behovet antas å strekke seg over en viss tid, men uten at det behøver å være varig. «Koordinerte» tjenester betyr at behovet gjelder to eller flere helse- og omsorgstjenester. Krav til varighet bør ses i sammenheng med behovet for samordning av tjenestene. Det ligger i formålet for individuell plan at også behov for tjenester fra andre sektorer hører med i den helhetlige vurderingen. Det er videre brukerens behov for koordinerte tjenester, og ikke de tjenester som klager faktisk mottar, som er avgjørende for retten til individuell plan. Der statsforvalteren vurderer at klager fyller vilkårene, skal statsforvalteren fatte endringsvedtak.

Dersom det er utarbeidet en individuell plan, men det er planens innhold som er påklaget, vil vurderingstemaet i tillegg være om planen er tilpasset klagers behov, og inneholder de hovedpunkter som er opplistet i forskrift om habilitering og rehabilitering § 19. Dersom planen ikke oppfyller disse hovedpunktene, skal statsforvalteren slå fast at retten til individuell plan ikke er oppfylt og be helse- og omsorgstjenesten om å utarbeide en plan i henhold til de nevnte kravene.

Eksempelsak

I Sivilombudsmannens sak 2017/898 (77) ba Sivilombudsmannen Fylkesmannen behandle en rettighetsklage om rett til individuell plan på nytt. Sivilombudsmannen uttalte at Fylkesmannen ikke hadde gitt noe klart svar på om klageren hadde rett til individuell plan og om kommunen hadde tilbudt en plan i tråd med minstekravene i lov og forskrift. Saken var heller ikke utredet tilstrekkelig, jf. forvaltningsloven § 33 femte ledd, jf. § 17, da klagerens individuelle plan ikke var innhentet. Sivilombudsmannen uttalte videre at Fylkesmannen i rimelig grad bør undersøke hvilke helsetilbud klageren har behov for.

Dersom klager har fått en avgjørelse på at individuell plan skal utarbeides, men det påklages at arbeidet ikke blir startet eller at arbeidet tar for lang tid, vil det være vanskelig for statsforvalteren å behandle dette som en rettighetssak. Klager har en uoppfylt rett på en plan, men helse- og omsorgstjenesten er enig med klager om at vedkommende har en slik rett, og siden planen ikke er ferdig vil det ikke være mulig å vurdere den opp mot kravene til innhold, jf. forskrift om habilitering og rehabilitering § 19. Statsforvalteren bør i stedet følge opp saken ved å ta kontakt med helse- og omsorgstjenesten og informere om plikten til å utarbeide planen.

Retten til individuell plan innebærer rett til å få utarbeidet en plan, men rettskrav på bestemte tjenester følger ikke av selve planen. Den individuelle planen gir ikke pasienten/brukeren større rett til helse- og omsorgstjenester enn det som følger av det øvrige regelverket. Dersom

klager mener at retten til nødvendige helse- og omsorgstjenester eller nødvendig helsehjelp ikke er oppfylt, må dette vurderes som en klagesak etter pbrl. 2-1 a og 2-1 b.

10.4 Retten til dekning av utgifter til pasientreiser – pbrl. § 2-6

Det følger av pbrl. § 2-6 at pasienter og ledsagere har rett til å få dekket nødvendige utgifter når pasienten må reise i forbindelse med en helsetjeneste som omfattes av sphl. og som dekkes av et helseforetak eller som omfattes av fritt behandlingsvalg etter spesialisthelsetjenesteloven § 4-3. Det samme gjelder helsetjenester som omfattes av ftrl. kapittel 5 og helsetjenester som ytes ved familievernkontor og helsestasjon.

Pasientreiseforskriften (78) inneholder nærmere regler om dekning av reise- og oppholdsutgifter, betaling av egenandel og beregning av refusjon. Se også forskrift om stønad til helsetjenester mottatt i et annet EØS-land (79).

Det er de fire regionale helseforetakene som har ansvaret for pasientreiser gjennom de lokale helseforetakene og Pasientreiser HF. Manglende oppfyllelse av rett til dekning av utgifter til pasientreiser etter pbrl. § 2-6 kan påklages til statsforvalteren i medhold av pbrl. § 7-2.

Mer informasjon om pasientreiser finnes særlig på www.pasientreiser.no.

Eksempler på klagegrunner:

- Klager har fått avslag på å dekke reiseutgifter.
- Det som er innvilget dekker ikke reiseutgiftene.

Statsforvalterens vurderingstema

Statsforvalteren skal vurdere om pasienten, ledsager eller pårørende har en uoppfylt rettighet etter pbrl. § 2-6. Slike klager skiller seg fra andre rettighetsklager, både fordi de handler om rett til pengeytelser, men også fordi faktum kun er knyttet til t til en bestemt reise som allerede er gjennomført.

11 Rettigheter som skal oppfylles av helsepersonell

11.1 Retten til vern mot spredning av opplysninger – pbrl. 3-6

Pasientens rett til vern mot spredning av opplysninger følger av pbrl. § 3-6, og motsvarer bestemmelsene om helsepersonells taushetsplikt i hpl.

Eksempler på klagegrunner

Aktuelle temaer for klage etter pbrl. § 3-6 er særlig at:

- Taushetsbelagte opplysninger er formidlet videre, muntlig eller skriftlig.
- Opplysninger er håndtert på andre måter slik at de er blitt tilgjengelige for andre.
- Det ikke er informert om at taushetsbelagte opplysninger er brakt videre.

Dersom opplysningene allerede er gjort tilgjengelig for andre, vil det vanligvis ikke være aktuelt å behandle saken som en rettighetsklage, men eventuelt vurdere om opplysningene tilsier at saken bør vurderes som tilsynssak etter pbrl. § 7-4.

En mulig situasjon hvor det vil være aktuelt å behandle klagen som en rettighetsklage, er der hvor det er uenighet mellom pasient og helsepersonell om hvor langt annet helsepersonell skal informeres etter hpl. § 25, § 45 og § 45a. Det kan for eksempel gjelde der det er spørsmål om

oversendelse av epikrise etter utskrivning fra helseinstitusjon, jf. hpl. § 45a. I hpl. § 23. nr. 4 åpnes det for at helsepersonell kan utlevere opplysninger til samarbeidende personell selv om pasienten motsetter seg det. Ved uenighet om dette, og epikrise fortsatt ikke er sendt, kan saken behandles som en rettighetsklage.

Det følger av pbrl. § 3-6 tredje ledd at dersom helsepersonell gjør tilgjengelig opplysninger som er undergitt lovbestemt taushetsplikt, skal den opplysningene gjelder, så langt forholdene tilsier det, bli informert om det og hvilke opplysninger det dreier seg om. Det er imidlertid lite aktuelt med rettighetsklage, all den tid man ikke kan klage på noe man er ukjent med. Dersom man er blitt kjent med dette, vil det ikke lenger foreligge en uoppfylt rettighet. En pliktbruddvurdering er derfor mest aktuell ved klage på at pasienten ikke ble informert om at opplysninger ble gjort tilgjengelig for andre, eller at informasjonen ble gitt for sent.

11.2 Rett til innsyn i/kopi av journal – pbrl. § 5-1

Retten til innsyn i journal etter pbrl. § 5-1 første ledd gjelder kun for pasienter, da dokumentasjonsplikten er avgrenset til helsepersonell som yter helsehjelp, jf. hpl. kapittel 8 og pasientjournalforskriften (80).

Pbrl. § 5-1 kommer etter dette ikke til anvendelse på omsorgstjenester, da det ikke er stilt krav om dokumentasjonsplikt. Kravet til forsvarlighet etter hol. § 4-1 og plikten til internkontroll nødvendiggjøre en viss grad av skriftliggjøring av informasjon også for disse tjenestene, se kapittel 4.5.3. Brukere som ikke har journal kan imidlertid ha rett til innsyn i opplysninger etter personvernforordningen (GDPR) artikkel 15. Dette er likevel ikke en rett som kan prøves av statsforvalteren. I slike tilfeller er det Datatilsynet som er tilsynsmyndighet.

Retten til innsyn gjelder både innsyn i opplysningene, og om hvem som har hatt tilgang til journalen, jf. pasientjournalforskriften § 14 og helseregisterloven § 24 andre ledd (81). For at innsynsretten skal være reell, er det presisert i forskriftens § 11 andre ledd at det skal legges til rette for at blant annet fremmedspråklige kan utøve innsynsretten, og henvist til pbrl. § 3-5. Innsynsreglene etter personregisterloven og pasientjournalloven gir ikke pasienten en større rett til journalinnsyn enn pbrl. § 5-1.

Det er i § 5-1 gjort to unntak fra hovedregelen om rett til innsyn i egen journal:

1. dersom dette er påtrengende nødvendig for å hindre fare for liv eller alvorlig helseskade for pasienten eller brukeren selv, eller
2. dersom innsyn er klart utilrådelig av hensyn til personer som står vedkommende nær.

Aktuell klagegrunn og vurderingstema for statsforvalteren

Klagegrunnen vil være at pasienten ikke får innsyn i journal, slik at vurderingstemaet i klagen blir om pasienten har en uoppfylt rett etter pbrl. § 5-1 ved å vurdere om unntakene fra innsynsretten gjør seg gjeldende. Det skal svært mye til for å nekte innsyn i egen journal og statsforvalteren har full kompetanse til å overprøve helsetjenesten/helsepersonellens avslag på innsyn.

Dersom pasienten på tidspunktet for krav om innsyn var i en slik situasjon at helsepersonellet kunne gjøre unntak fra innsyn, og det har gått tid siden innsynskravet, kan situasjonen har endret slik at det kan være aktuelt å gi innsyn på klagetidspunktet.

Begrensninger i innsynsretten kan ikke gjøres gjeldende for hele journalen. Det er bare de opplysningene som er relevante for den konkrete farevurderingen som kan unntas fra innsyn.

11.2.1 Andres rett til innsyn i journal

Pbrl. § 5-1 fjerde ledd gir pårørende, foreldre eller andre med foreldreansvar rett til innsyn i journalen tilsvarende den rett de har til informasjon etter §§ 3-3 og 3-4.

Andre som kan ha rett til innsyn i journal etter pbrl. § 5-1 kan bli nektet innsyn av samme grunner som pasienten selv. Et eksempel er der foreldrene ikke bor sammen og det er et høyt konfliktnivå mellom dem, og barnets journal inneholder opplysninger om mor og konflikten med far. Det kan da være «klart utilrådelig» at den andre forelder får innsyn i journalen dersom innsyn kan innebære en reell skaderisiko for barnet eller den andre av foreldrene.

For barn under 16 år har foreldrene som hovedregel rett til innsyn i journalen, med unntak av de situasjoner som er nevnt i pbrl. § 3-4.

Helsedirektoratet har i brev av 15. september 2016 opplyst om særlige hensyn som må vektlegges når foreldre skal gis elektronisk innsyn i barns journaler, herunder barns beste og begrensninger i innsynsretten (83).

Nærmeste pårørende har rett til innsyn i journal etter pasientens død, med mindre særlige grunner taler mot dette, jf. pbrl. § 5-1 femte ledd, som korresponderer med hpl. § 24 andre ledd. «Særlige grunner» kan for eksempel være opplysninger pasienten har gitt uttrykk for at det ikke skal gis innsyn i for pårørende.

Andre enn nærmeste pårørende kan på visse vilkår gis innsyn i en avdød persons journal med hjemmel i hpl. § 24 første ledd, men er ikke gitt klageadgang hvis helse- og omsorgstjenesten nekter innsyn.

Tidligere ble pbrl. § 5-1 tolket dithen at innsynsretten kun gjaldt for journalopplysninger som var ført etter at pbrl. trådte i kraft i 2001. Helse- og omsorgsdepartementet vurderte i brev av 13. september 2017 (84) spørsmålet på nytt, og kom til at «dagens innsynsregler må gjelde generelt, også for journalopplysninger nedtegnet før helsepersonellovens ikrafttreden.» Departementet viste til at forarbeidene til pbrl. § 5-1, som synes å begrense innsynsretten, er fra 1999 og kan være vanskelig å forene med dagens krav til åpenhet og transparens. Videre er det vist til at innsynsreglene i personvernforordningen ikke skiller mellom personopplysninger som er registrert før og etter forordningens ikrafttredelse.

11.3 Rett til retting og sletting av journal – pbrl. § 5-2

Pasient eller bruker kan etter pbrl. § 5-2 kreve å få rettet eller slettet opplysninger etter reglene i hpl. §§ 42-44. Disse bestemmelsene i hpl. regulerer når en journal skal rettes eller slettes, og det er den som har ført journalen, eller den journalansvarlige som har plikt til å foreta en slik vurdering.

Retting av journal

Etter hpl. § 42 kan retting av opplysninger enten skje etter helsepersonellens eget tiltak eller krav fra den som opplysningene gjelder. Det som kan rettes er uriktige eller ufullstendige opplysninger, jf. personvernordningen artikkel 16, samt utilbørlige opplysninger. Retting skal

ikke skje ved at opplysningene slettes, men ved at journalen føres på nytt, eller ved at en datert rettelse tilføyes i journalen.

Sletting av journal

Hpl. § 43 regulerer når opplysninger i journalen skal slettes. Sletting kan som for retting, skje ved at helsepersonellet gjør det av eget tiltak eller etter krav fra den som journalopplysningene gjelder. Det er imidlertid flere vilkår som må være oppfylt for at helsepersonellet har en plikt til å slette opplysninger i journalen.

En forutsetning for sletting er at det er ubetenkelig ut fra allmenne hensyn. I dette ligger at det ikke er hensynet til pasienten som skal vurderes, men hensynene bak dokumentasjonsplikten. Et viktig hensyn er tilsynsmyndighetenes mulighet til å føre kontroll med helse- og omsorgstjenesten i ettertid. Også hensynet til pasienters mulighet til senere å fremme erstatningskrav ved skade, tilsier at det kan være betenkelig å slette journalopplysninger som objektivt sett er riktige. Opplysninger som det ut fra allmenne hensyn vil være ubetenkelig å slette, vil derfor være opplysninger som ikke er eller har vært av betydning for dokumentasjonen av helsehjelpen. Eksempelvis kan det tenkes opplysninger om etnisk opprinnelse eller politisk tilhørighet, som pasienten har opplyst om, men ikke ønsker å ha i journalen.

Sletting kan videre ikke være i strid med arkivloven §§ 9 og 18. I tillegg må opplysningene enten være feilaktige eller misvisende og føles belastende for den de gjelder, eller de må åpenbart ikke være nødvendige for å gi pasienten helsehjelp. Pasienten eller brukeren må i forkant av slettingen gjøres kjent med mulige virkninger av sletting i forhold til dokumentasjon med tanke på erstatning for feilbehandling o.l.

Hpl § 44 gjelder sletting av journal på feil person. Helsepersonell skal, etter krav fra den opplysningene gjelder eller på eget tiltak, slette opplysninger i journal og journal som er ført på feil person, med mindre allmenne hensyn tilsier det motsatte. Slike hensyn er for eksempel der det er aktuelt å samle på dokumentasjonen for kvalitetssikringsformål eller tilsynsformål. Vilkårene i § 43 andre til fjerde ledd gjelder også her.

Felles for bestemmelsene i hpl. §§ 42 til 44 er at dersom helsepersonell avslår krav om retting og sletting, skal anmodningen og begrunnelsen for avslaget føres i journalen. Pasienten, brukeren eller den opplysningene gjelder, skal orienteres om klageadgangen til statsforvalteren.

Det kan kreves retting og sletting også i journalnedtegnelser fra tiden før pbrl. trådte i kraft, det vil si før 1. januar 2001. Dette gjelder også om tidligere krav om retting/sletting av de samme journalopplysninger er avslått etter dagjeldende regelverk.

Informasjon om retting og sletting kan blant annet finnes her:

- Helsedirektoratets rundskriv til pasient og brukerrettighetsloven og merknadene til § 5-2
- Helsedirektoratets rundskriv til helsepersonelloven og merknadene til hpl. § 42.
- Uttalelser fra Sivilombudsmannen, blant annet:
 - Uttalelse av 5. mai 2017 i sak 2017/12 Fylkesmannens utrednings- og veiledningsplikt i sak om sletting av opplysninger i pasientjournal
 - Uttalelse av 5. juli 2017 i sak 2016/2034 Krav om sletting av foreløpig diagnose fra pasientjournal

- Uttalelse av 10. november 2008 i sak 2006/928 Behandling av krav om sletting av opplysninger i pasientjournal

Eksempler på klagegrunner

- avslag på å få journalen rettet
- avslag på å få opplysninger slettet i journalen

Statsforvalterens vurderingstema

Statsforvalteren skal vurdere om klager har rett på å få opplysninger i journalen rettet eller slettet etter pbrl. § 5-2. Vurderingen av om vilkårene er oppfylt er å anse som rettsanvendelsesskjønn og statsforvalteren har derfor full prøvingsrett av vurderingene. Statsforvalteren bør i saker hvor sletting ikke er aktuelt, undersøke om klager ønsker å få opplysningene rettet, se Sivilombudsmannens uttalelse i sak 2006/928.

Dersom statsforvalteren finner at helsetjenesten ikke har foretatt en tilstrekkelig grundig vurdering av saken, bør beslutningen oppheves og saken sendes tilbake for ny behandling. Dette sikrer en reell toinstansbehandling og en betryggende saksbehandling.

Litteraturliste

De aller fleste lovfortolkninger i litteraturlisten er publisert på nett hos Helsedirektoratet eller regjeringen.no. Se f.eks. Tema Pasient- og brukerrettighetsloven hos Helsedirektoratet: <https://www.helsedirektoratet.no/tema/pasient-og-brukerrettighetsloven/>

1. LOV-1999-07-02-63. Lov om pasient- og brukerrettigheter (pasient- og brukerrettighetsloven).
2. LOV-1999-07-02-64. Lov om helsepersonell m.v. (helsepersonelloven).
3. LOV-1991-12-13-81. Lov om sosiale tjenester m.v. (Opphevet ved LOV-06-24-30).
4. LOV-2011-06-24-30. Lov om kommunale helse- omsorgstjenester m.m. (helse- og omsorgstjenesteloven).
5. LOV-1967-02-10. Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven).
6. LOV-1999-07-02-61. Lov om spesialisthelsetjenesten m.m. (spesialisthelsetjenesteloven).
7. LOV-1999-07-02-62. Lov om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern (psykisk helsevernloven).
8. Ot. prp. nr.12. (1998-99). Lov om pasientrettigheter (pasientrettighetsloven) kapittel. 12.
9. LOV-1814-05-17. Kongeriket Norges grunnlov (Grunnloven).
10. LOV-1999-05-21-30. Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven).
11. Sivilombudsmannens uttalelse av 02. 07.2020 i sak 2020/291 med henvisning til HR-2016-2591-A avsnitt 48.
12. Sivilombudsmannens uttalelse av 25.02.2019 (2018/63). Fylkesmannens behandling av klage over helsehjelp til kvinnelig innsatt i fengsel.
13. FOR-2011-12-16-1255. Forskrift om rett til helse- og omsorgstjenester til personer uten fast opphold.
14. Helsetjenester til asylsøkere, flyktninger og familiegjennforente. Nasjonal veileder. Oslo: Helsedirektoratet (oppdateres jevnlig).
15. Veileder for saksbehandling. Tjenester etter helse- og omsorgstjenesteloven §§ 3-2 første ledd nr. 6, 3-6 og 3-6. IS-2442. Oslo: Helsedirektoratet, 2017.
16. Brev fra Helse- og omsorgsdepartementet til Helsedirektoratet 23.06.2017, saksnr. 16/6528. Spørsmål om klagerett for nærmeste pårørende når pasienten er over 18 år og mangler samtykkekompetanse.
17. Norges Høyesterett – Kjennelse. Rt-1979-1079.
18. Sivilombudsmannen (2005/390). Dokumentasjonskrav etter sosialtjenesteloven
19. Sivilombudsmannens årsmelding 2005, side 192.
20. Sivilombudsmannens uttalelse av 18.12.2019 (2019/1273). Valget av nærmeste pårørende etter pasient- og brukerrettighetsloven.
21. Innst. O. nr. 91 (1998-99). Lov om pasientrettigheter (pasientrettighetsloven).
22. FOR-2010-03-18-425. Forskrift om delegering av myndighet fra Helse- og omsorgsdepartementet til Helsedirektoratet.

23. LOV-2017-12-15. Lov om tilsyn med helse- og omsorgstjenestene mv. (helsetilsynsloven) § 3 første ledd.
24. Sivilombudsmannens uttalelse av 25.02.2019 (2018/631). Fylkesmannens behandling av klage over helsehjelp til kvinnelig innsatt i fengsel.
25. Ansvar for å yte pleie- og omsorgstjenester ved flytting mellom kommuner. Rundskriv I-43/99. Oslo: Helse- og omsorgsdepartementet, 1999.
26. Sivilombudsmannens uttalelse av 02.07.2020 (2020/292). Rett til kontradiksjon og håndtering av menneskerettslige anførsler i en sak om helse- og omsorgstjenester.
27. Rettsdata, kommentar til fvl. § 11 andre ledd.
28. Norges Høyesterett – Dom. Rt-1981-745 (Isene-dommen), Norges Høyesterett – Dom. Rt-2000-1056, Norges Høyesterett – Dom. Rt-2000-1066 og Norges Høyesterett – Dom. Rt-2011-111.
29. Om helse- og omsorgstjenestelovgivningens anvendelse på lavterskeltilbud – særlig om krav til dokumentasjon og diagnostisering. Rundskriv I-4/2017. Oslo: Helse- og omsorgsdepartementet, 2017.
30. Norges Høyesterett – Dom. Rt-2009-661
31. Sivilombudsmannens uttalelse av 14.08.2015 (2015/253). Betaling av egenandel for opphold på sykehjem – fylkesmannens prøving av kommunens skjønnsutøvelse mv.
32. Rett til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten og forholdet til forsvarlighetskravet mm. Rundskriv I-4/2019. Oslo: Helse- og omsorgsdepartementet, 2019.
33. Prop. L 91 (2010-2011). Lov om kommunale helse- og omsorgstjenester m.m. (helse- og omsorgstjenesteloven) Kap. 34.3.4.
34. Ot. prp. nr.10 (1998-1999) Om lov om spesialisthelsetjenesten m m.)
35. Sivilombudsmannens uttalelse av 8.10.2018 (2017/1645). Avkorting av oppreisning til tidligere barnevernsbarn.
36. Sivilombudsmannens årsmelding 2017.
37. Helse- og omsorgsdepartementet, vedtak av. 2. august 2019. Saksnr. 19/3145-4.
38. Justis- og beredskapsdepartementet, Lovavdelingen. Tolkningsuttalelse av 7. mai 2001. Saksnr. 2000/15339.
39. Ot. Prp. Nr. 3 (1976-77). Om lov om endringer i lov 10 februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (regler om taushetsplikt m. m.)
40. LOV-2001-06-15-93. Lov om helseforetak m.m. (helseforetaksloven) § 5.
41. FOR-2015-12-18-174. Delegering av myndighet fra Helse- og omsorgsdepartementet til Nasjonalt klageorgan for helsetjenesten.
42. Helsedirektoratet, 20. 01.20, saksnr. 2010/0372. Lovtolkning – Pasientrettighetsloven § 3-1 – Pasientens medvirkningsrett.
43. Sivilombudsmannens uttalelse av 02.03.2017 (2017/891). Foreldres rett til helseinformasjon om barn under 12 år mv.
44. Helsedirektoratet, 09.04.10, saksnr. 2008/4631. Lovtolkning. Pasientrettighetsloven § 3-4 – Rett til informasjon for barneverntjenesten.
45. Sivilombudsmannens uttalelse av 14. 03.2017 (2016/3001). Søknad om nattavlastning – rettsanvendelse, bevisbedømmelse, hensynet til barnets beste m.m.

46. Barnekonvensjonen i saksbehandlinga. Rettleiinga kan brukast i saksbehandling etter barnehagelova, opplæringslova og friskolelova som vedkjem barn og unge. Veiledning til bruk av barnekonvensjonen i saksbehandlingen. Oslo: Utdanningsdirektoratet, 2017.
47. Helsedirektoratet, 04.02.14, saksnr. 13/11231. Lovtolkning. Pasient- og brukerrettighetsloven § 6-1.
48. FOR-2000-12-01-1217. Forskrift om barns opphold i helseinstitusjon.
49. Helsedirektoratet, 09.03.2011, saksnr. 10/6293. Barns rett til følge av pårørende ved opphold i helseinstitusjon.
50. FOR-2010-11-12-1426. Forskrift om en verdig eldreomsorg (verdighetsgarantien).
51. FOR-2003-06-27-792. Forskrift om kvalitet i pleie- og omsorgstjenesten 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 med mer. (Kvalitetsforskrift for pleie- og omsorgstjenestene).
52. Ansvar for å yte pleie- og omsorgstjenester til sterkt pleietrengende ved flytting mellom kommuner. Rundskriv I-43/99. Oslo: Sosial- og helsedepartementet, 1999.
53. FOR-2011-12-16-1255. Forskrift om rett til helse- og omsorgstjenester til personer uten fast opphold i riket (Forskrift om tjenester til personer uten fast opphold).
54. Helsedirektoratet, 01.09.14, saksnr. 14/8227-2. Henvendelse vedrørende enkeltvedtak ved tildeling av dagaktivitetstilbud – svar fra Helsedirektoratet.
55. FOR-2011-12-16-1254. Forskrift om helse- og omsorgsinstitusjon § 2.
56. Helsedirektoratet, 12.09.17 i sak 16/35105-2. Lovtolkning – Pasient- og brukerombudet i Sogn og Fjordane – Spørsmål om pasienters rett til fortsatte tjenester i hjemmet ved tilbud om plass i sykehjem – Pasient- og brukerrettighetsloven § 2-1 a, helse- og omsorgstjenesteloven §§ 3-1, 2-3 og 4-1 mv.
57. Prop. L 91 (2010-2011). Lov om kommunale helse- og omsorgstjenester m.m. (helse- og omsorgstjenesteloven) Kap. 15.5.7.3.
58. Rt-1990-874 (Fusa-dommen).
59. Helsedirektoratet, 04.04.2017, saksnr. 17/4698. Svar på henvendelse om kommunens adgang til å kartlegge brukers behov ved krav om tjenester organisert som BPA.
60. Helse- og omsorgsdepartementet, brev av 6. mars 2017, saksnr. 17/818 – om klageinstans – ny kommunal forskrift om tildeling av sykehjemsplass eller tilsvarende bolig.
61. FOR-2012-08-29-843. Forskrift om pasient- og brukerrettigheter i fastlegeordningen.
62. FOR-2012-08-29-842. Forskrift om fastlegeordning i kommunene.
63. FOR-2000-12-01-1208. Forskrift om prioritering av helsetjenester, rett til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten, rett til behandling i utlandet og om klagenemnd (prioriteringsforskriften).
64. Helsedirektoratet, brev av 31.oktober 2018, saksnr. 18/30149-2. Spørsmål om datosetting for rett til behandling i spesialisthelsetjenesten – Psykisk helsevern.
65. Ot.prp. nr. 12 (1998-1999). Lov om pasientrettigheter (pasientrettighetsloven), kap. 4.4.
66. Pasient- og brukerrettighetsloven med kommentarer. Rundskriv IS-8/2015. Oslo: Helsedirektoratet, 2015.

67. Helse- og omsorgsdepartementet, brev av 2. oktober 2015. Spørsmål om plikt til å bistå pasienter med administrering av legemidler som pasientene på egenhånd har finansiert.
68. FOR-1998-04-27-455. Forskrift om rekvirering og utlevering av legemidler fra apotek.
69. FOR-2009-12-18-1641. Forskrift om legemiddelassistert rehabilitering (LAR-forskriften).
70. LOV-2015-05-22-32. Lov om endringer i pasient- og brukerrettighetsloven og spesialisthelsetjenesteloven (fritt behandlingsvalg)
71. FOR 2000-12-07-1233. Forskrift om ventelisteregistrering.
72. Prop. L 91 (2010-2011). Lov om kommunale helse- og omsorgstjenester m.m. (helse- og omsorgstjenesteloven) Kap. 16.6.2.
73. LOV-2001-05-18-21. Lov om gjennomføring av straff m.v. (straffegjennomføringsloven).
74. μSivilombudsmannens uttalelse av 25.02.2019 (2018/631). Fylkesmannens behandling av klage over helsehjelp til kvinnelig innsatt i fengsel.
75. Helse- og omsorgsdepartementet, brev av 22. mars 2012, saksnr. 2011/04782. Individuell plan og koordinator – klageadgang.
76. FOR-2011-12-16-1256. Forskrift om habilitering og rehabilitering, individuell plan og koordinator (forskrift om habilitering og rehabilitering).
77. Sivilombudsmannens uttalelse av 22.11.2018 (2017/898). Fylkesmannens behandling av rettighetsklage om individuell plan m.v.
78. FOR-2015-06-25-793. Forskrift om pasienters, ledsageres og pårørendes rett til dekning av utgifter ved reise til helsetjenester (pasientreiseforskriften).
79. FOR-2010-11-22-1466. Forskrift om stønad til helsetjenester mottatt i et annet EØS-land.
80. FOR-2019-03-01-168. Forskrift om pasientjournal (pasientjournalforskriften).
81. LOV-2014-06-20-43. Lov om helseregistre og behandling av helseopplysninger (helseregisterloven).
82. Helsedirektoratet, 15.09.2016, 16/28957, Brev til landets RHF om juridiske vurderingstemaer knyttet til elektroniske innsynstjenester i pasientjournal.
83. Helse- og omsorgsdepartementet, 13.09.2017, saksnr. 17/14234. Spørsmål om pårørendes rett til innsyn i pasientjournal fra 1903.