

Er helselover og rettsprinsipper helsebringende?

Om rettsliggjøring av velferdsstaten¹

Michael 2013; 10: Supplement 13, 71–102.

Oppbyggingen av den norske velferdsstaten startet omkring forrige århundreskifte. Sosialforsikringen var et rettighetssystem fra den første trygdeloven om fabrikkarbeidere av 1894. Etter hvert som trygdene ble utbygd, fikk rettighetstenkningen stadig større betydning. Dette ble «fullbyrdet» da alle ordningene ble samlet i folketrygdlovene av 1966 og 1997.

Rettsforskningen på velferdsstaten startet med trygdene, hvor det var tradisjon for å se dette som juss. Når trygdeytelsene kunne beskrives som juridiske rettigheter, var det lettere å overføre dette grunnsynet til sosial- og helsevesenets område. Rettsteorien har argumentert for at rettslig tenkning, rettsbegreper og rettssikkerhetsgarantier skal innføres på velferdsstatens område.

Pasientrettningens etableringstid var preget av innspill fra rettsteorien, pasientforeninger og Høyesterett. Viktig rettsskapende virksomhet skjedde i et samspill mellom disse aktørene. Pasientrettighetenes «blomstringstid» var 1980-årene. Fra slutten av 1990-årene ble lovgiveren stort sett enerådende.

Denne artikkelen viser hvordan rettsstats- og rettssikkerhets-tenkningen gradvis kilet seg inn i de etablerte velferdsordningene. Jussen kom etter oppbyggingen av de helsemessige og sosiale institusjonene og ordningene. Etableringen av velferdsstaten skjedde altså i to etapper – først den faktiske utbyggingen av velferdsordningene, og deretter rettsliggjøringen.

Etter årtusenskiftet kom det et visst tilbakeslag når det gjelder rettighetstenkningen. Det er innført flere bestemmelser i lovgivningen som viser til mål/middel-tenkning, kost/nytte-vurderinger, økonomiske insentiver og skjønnsmessige vurderinger. Det var enkelte slike bestemmelser også i eldre lovgivning, men i de senere årene har omfanget økt betydelig.

¹ Temaet er mer utførlig behandlet i min artikkel «Rettsliggjøring av velferdsstaten», Festskrift til Erik Boe, *Forsker og formidler*, Oslo 2013 s. 211-235.

Hovedinntrykket er imidlertid at trygde-, sosial- og helseretten fortsatt preges av de tradisjonelle rettsstatlige ideer om at borgerne skal behandles likt og at de skal kunne forutberegne sin rettsstilling. Innføringen av rett til barnehageplass i 2009 viser at den rettslige tenkningen fortsatt har stor kraft.

Det foreligger nå en omfattende velferdslovgivning, og jurister jobber hardt for å tolke bestemmelsene og løse de tvilsspørsmålene som oppstår. Myndighetene søker å avklare problemer ved ny lovgivning, som igjen skaper nye juridiske tolkningsproblemer. På denne måten får jussen en kumulativ effekt, og lovene blir stadig mer kompliserte, detaljerte og uoversiktlige.

Innledning

Jubilantene og temaet

Gratulerer hjerteligst med 100-årsdagen til dere alle! Departementet fikk en sosial profil for 100 år siden, og en helseprofil for 21 år siden! Til lykke med både å være 100 år gammel og 21 år ung! En spesiell hilsen går til helseministeren, og til åtte tidligere helse- og sosialministere som er med på dette jubileet.

Jeg har et slags bestefarsforhold til vårt lands første sosialminister – juristen og venstrepolitiker *Johan Castberg (1862–1926)*. Hans sønn – *Frede Castberg (1893–1977)* – var professor i rettsvitenskap, og som jusstudent hadde jeg gleden av å lese hans bøker om vår forfatning, forvaltningsrett, folkerett og menneskerettigheter. Han trodde på rettsnormenes objektive gyldighet, og han var den gang en av de få idealister i nordisk rettsvitenskap. Da jeg skrev på min doktoravhandling, var han emeritus og slo ofte av en prat. Han syntes at det var fint at det endelig var en som hadde startet forskning på hans fars område, og at det skjedde ved det fakultetet han hadde vært dekanus og det universitetet han hadde vært rektor. Frede Castberg var en klok mann og et godt menneske. Eplet hadde ikke falt langt fra stammen.

Det første spørsmålet i tittelen på mitt foredrag er om *helselover* og rettsprinsipper kan være *helsebringende*. De fleste vil nok umiddelbart besvare dette med et nei: For å helbrede og lindre sykdom må man ha høyt utdannede leger og andre helsearbeidere, helseinstitusjoner, høyteknologisk utstyr og utprøvde medisiner. Mange vil se på jussen som *sand i maskineriet*.

Dette vil antakelig også bli svaret hvis man spør politikere og ansatte i departementer og direktorater. Men hvis man ser på deres *faktiske adferd*, blir bildet et annet. Byråkrater forberedte og politikere vedtok ca. 15 helse-

lover fra 1814 til 1913 og ca. 80 helselover fra 1914 til 2013.² Dertil kommer en langt større mengde av forskrifter.

Helselovgivningen er altså en betydelig del av det norske *lovverket*, og hovedformålet med denne lovgivningen har vært å fremme befolkningens helse. I akselererende tempo har politikerne også på helseområdet tatt i bruk det gamle gode prinsippet fra Frostatingsloven av om at «Med lov skal landet vårt byggjast, og ikkje med ulov øydast».³

Rettsstaten og velferdsstaten

Den andre delen i overskriften på mitt foredrag knytter seg til *rettsliggjøringen* av velferdsstaten. Hvordan har samspillet mellom rettsstaten fra 1800-tallet og velferdsstaten fra 1900-tallet vært? Dette er hovedspørsmålet i det følgende.

Rettsstaten ble utbygd etter at Norge kom ut av det danske eneveldet og fikk sin egen grunnlov i 1814. Rettsstaten er en stat som utfører sine oppgaver på grunnlag av offentliggjorte og generelle regler. Beslutninger skal være forutsigbare, og staten skal behandle sine borgere likt. Rettsstaten verner om liv, legeme, eiendom og andre klassiske rettigheter.

Velferdsstaten gir hjelp ved sykdom, arbeidsløshet, alderdom, sosial nød, barneomsorg og behov for utdanning. Velferdsstaten kan ses på som en reaksjon mot liberalismen og «laissez fair»-politikken fra 1800-tallet, hvor enhver var sin egen lykkes smed.

Utbyggingen av velferdsstaten startet på slutten av 1800-tallet og fortsatte med stor kraft etter andre verdenskrig. I sin berømte radiotale i 1945 uttalte Hjemmefrontens leder – høyesterettsjustitiarius Pål Berg – at vi etter krigen skulle bygge en velferdsstat «med like vilkår for alle».⁴

Under utbyggingen av velferdsstaten brukte brede lag av befolkningen sin demokratiske stemmerett til å velge politikere som skapte en fornyet stat, som påtok seg en rekke sosiale oppgaver. Staten ble et gigantisk forsikringsselskap for hele befolkningen ut fra et solidaritetsprinsipp.⁵

De viktigste sosiale ordningene ble utviklet fram mot ca. 1970, men det ble vanligvis ikke innført rettigheter og rettssikkerhetsgarantier for borgerne. Et sentralt spørsmål i dette foredraget er hvordan jussen har *kilet seg inn* i velferdsordningene.

I dette foredraget vil jeg hovedsakelig behandle helseretten, men jeg vil også komme noe inn på trygde- og sosiallovgivning. Vi feirer et departement

2 Jeg bygger her på en undersøkelse av Kjetil Jonsbu, HOD.

3 Knut Robberstad, *Frå gamal og ny rett*, Oslo 1950 s. 8.

4 Hans Fredrik Dahl: «*Dette er London*» – NRK i krig 1940–1945, Oslo 1999 s. 341.

5 Se nærmere Asbjørn Kjønsstad: Velferdsstaten – noen viktige kjennetegn, *Kritisk Juss* 2000 s. 203–206.

som i det meste av 100-årsperioden har hatt av tre store fagområder, og som har hatt en trygdeavdeling, en sosialavdeling og en helseavdeling. De fleste sosialministere har vært minst synbare når det gjelder helse, som har vært frontet av sterke helsedirektører, særlig Karl Evang (1902-81) og Torbjørn Mork (1928-92). Her skjedde det en viktig endring etter at Norge fikk egne helseministre, først med Werner Christie (f. 1949) for 21 år siden.

Rettighetstenkning, mål/middel-tenkning og arbeidslinja

Et grunnleggende skille går mellom rettighetstenkning og mål/middel-tenkning.

Rettighetstenkningen baserer seg på en modell hvor de folkevalgte vedtar generelle lover, og hvor domstoler og forvaltningsorganer treffer vedtak i den enkelte sak på grunnlag av en vurdering av om lovens vilkår er oppfylt. Ved mål/middel-tenkning setter man opp en målsetting, for eksempel at en syk person skal tilbake til arbeidslivet, og så benyttes det ulike virkemidler for å nå dette målet. Mål/middel-tenkningen er typisk for leger, ingeniører og økonomer. Lovbestemmelser som henviser til mål/middel-tenkning, involverer i stor utstrekning økonomiske og andre ikke-juridisk pregede argumenter.

Mål/middel-tenkningen har en nær tilknytning til den såkalte arbeidslinja – work approach – som har vært en viktig ideologi i mange land de to siste tiårene. Dette er imidlertid ikke noe nytt. «Hele folket i arbeid» var et viktig slagord etter andre verdenskrig, attføringsprinsippet var sentralt ved vedtakelsen av lovene om attføring og uførhet av 1960, og prinsippet om hjelp til selvhjelp er inntatt i formålsparagrafen til folketrygdloven av 1997. Det nye er at arbeidslinja får større plass i lovgivningen og at den er institusjonalisert ved NAV-reformen.

Rettsliggjøring

Begrepet «rettsliggjøring» fikk en sentral plass i Maktutredningen fra 2003.⁶ Det er tre hovedteser i denne utredningen som er av betydning for vårt tema:

Politikken rettsliggjøres: Det som tidligere var politiske avgjørelser, har i stadig større utstrekning blitt avgjort av domstoler, konfliktløsende nemnder og andre forvaltningsorganer. Tidligere henvendte folk seg til ordføreren eller andre politikere for å få hjelp fra det offentlige. Jeg hadde en onkel som var ordfører i 1950-årene, og på søndagene kom det ofte noen som

6 NOU 2003: 19. *Makt- og demokratiutredningen*.

ville ha bygd en offentlig vei eller var imot å nedlegge en lokal skole. I dag kunne han blitt stemplet som inhabil eller beskyldt for å motta bestikkelser hvis de hadde med seg en kringle til kaffen. Nå går folk til advokater, som bringer sakene inn for domstolene eller domstolslignende forvaltningsorganer. Disse treffer avgjørelser ut fra en rettslig beslutningsmodell, og det styrker dermed det juridiske paradigmet.

Demokratiet forvitrer: Maktutredningen framhever at det stadig har blitt mindre handlingsfrihet for politikerne. De offentlige budsjettene går i stor utstrekning med til å dekke de *bundne utgiftene* ved å oppfylle borgernes rettskrav på ytelser. Det framheves at det *kommunale selvstyret* er blitt svekket, og at Stortinget er blitt vingeklippet ved at det bare «strør sand» på direktiver og forordninger fra EU og andre folkerettslige beslutninger.

Årsakssammenheng: Det forutsettes i Maktutredningen at den økte rettsliggjøringen er *årsak* til at demokratiet har forvitret. Fordi det har blitt så mye juss, har det blitt så lite demokrati.

Det var først og fremst menneskerettighetene, EU/EØS-retten, folkeretten og kvinne- og likestillingsrettighetene som ble drøftet i Maktutredningen. Den tok ikke opp utviklingen de siste tiårene i helsevesenet og den øvrige velferdsstaten. Jeg mener at utviklingen på områdene helse, trygd, sosiale problemer, barnevern og undervisning har bidratt sterkt til å rettsliggjøre samfunnet.

To tredjedeler av statsbudsjettet går til helsetjenester og andre velferdsytelser, og mye av dette er bundne utgifter som innskrenker Stortingets handlingsfrihet. Men statens inntekter har også vokst kraftig. Det er ikke gitt at differansen mellom inntektene og de bundne utgiftene har blitt redusert. Selv om det har skjedd en omfattende rettsliggjøring av det norske samfunnet de siste tiårene, er det dermed ikke sannsynliggjort at demokratiet har fått mindre makt.

Dersom demokratiet har forvitret, er det slett ikke sikkert at rettsliggjøringen er årsak til forvitringen. Rune Slagstad har pekt på noen andre årsaker: Konsulentfirmaenes voldsomme inntog, dømmekraften og integriteten til fremtredende politikere som går inn i slike firmaer, og mangelen på skapende politikere som kan tenke langsiktig.⁷

Sykdomsbaserte trygdeytelser

Sosialforsikringen som rettighetssystem fra starten i 1894

Bismarcks sosialforsikringslover kom i 1880-årene, og den første norske trygdeloven kom i 1894. Det var en rettighetsbasert statlig forsikringsord-

7 Rune Slagstad, Den nye samfunnsstriden, *Klassekampen*, 16. april 2013.

ning for fabrikkarbeidere. Loven beskrev vilkårene for rett til trygdeytelser og ga regler om utmåling av ytelsenes størrelse.

Siden Sosialdepartementet ble etablert i 1913 har sosialforsikring og trygdelovgivning vært en viktig del av departementets arbeidsområde. Nå ligger dette under Arbeidsdepartementet, men folketrygden er bærebjelken i den norske velferdsstaten. Rettighetstenkningen startet innen trygdeområdet lenge før den kom til helsevesenet.

Mange trygdeytelser benytter sykdom som inngangsbillett, og disse ytelsene tilhører helselovgivningen i vid forstand. Her skal jeg ta opp sykepenger, arbeidsavklaringspenger og uførepensjon.

Sykepenger

Den første sykeforsikringsloven kom i 1909. I nesten hundre år var de grunnleggende vilkårene for rett til sykepenger at man var «arbeidsufør på grunn av sykdom».⁸ De som fylte lovens vilkår, hadde et rettskrav på å få sykepenger.

Etter gjeldende lovgivning er det ikke lenger tilstrekkelig å fylle disse tradisjonelle vilkårene. For å hindre langtidssykmeldinger og utvikling mot varig uførhet, har myndighetene i de senere årene lagt stor vekt på å stille krav til dem som mottar sykepenger. Det er innført en rekke bestemmelser om arbeidsrelaterte tiltak, bedriftsinterne tiltak, aktiv sykmelding, arbeidstrening, andre aktiviserings tiltak, funksjonsvurderinger, utarbeiding av oppfølgingsplaner, gjennomføring av dialogmøter mm.

Etter hvert som sykepengeforbruket har økt, har lovgiveren «pøst på» med stadig mer av likeartet medisin. Et viktig eksempel på dette knytter seg til den store politiske krisen om *sykepengeordningen høsten 2006*. Da hadde regjeringen foreslått at arbeidsgiverne skulle medfinansiere sykepengene med 20 % etter arbeidsgiverperiodens opphør. LO og NHO gikk sammen mot forslaget, og Gerd Liv Valla ble «kåret» som landets mektigste person.

Regjeringen nedsatte et utvalg med Jens Stoltenberg som leder. Bare *fire dager* etter at utvalget avga sin innstilling, fremmet regjeringen – med Bjarne Håkon Hanssen som fagstatsråd – en proposisjon med lovendringer i samsvar med utvalgets forslag. Utvalgsforslaget ble ikke sendt på *høring*, fordi det bygde «direkte på omforente forslag fra arbeidslivets parter og myndighetene».⁹

⁸ Se nå folketrygdloven § 8–4 første ledd.

⁹ Ot.prp. nr. 6 for 2006–2007 s. 1 og 7; og Innst. O. nr. 29 for 2006–2007.

Jeg har aldri før eller senere sett et lovutvalg som er blitt ledet av en statsminister. Etter min mening bør *regjeringsjefen* ikke lede utvalg som har oppdrag fra regjeringen, som adresserer lovforslag til en fagstatsråd, som umiddelbart videresender det til regjeringen, og som igjen videresender det til Stortinget. Dette er særlig betenkelig når det kombineres med at *hørings-instituttet* – som er en sentral demokratisk rettighet – settes til side. Jeg vil også understreke at *ytringsfriheten* – som er et grunnleggende prinsipp i vår forfatning – ikke kunne benyttes av alle deler av befolkningen i denne hastesaken. Vi er mange andre i dette landet enn de direkte impliserte partene i denne saken, som har kunnskaper om og erfaringer med sykepengeordningen, og som kunne ha bidratt i samfunnsdebatten.

Her var det en *storpolitisk konflikt* som skulle «løses». Og det ble gjort ved å foreslå og ved å vedta flere lovbestemmelser av samme type som det allerede var mange av i folketrygdloven. Lovverket ble mer *komplisert* enn tidligere, og jeg tviler på om folketrygdens sykepengeutgifter ble redusert på grunn av de øvelsene som ble foretatt.

I de siste hundre årene har det skjedd viktige endringer når det gjelder hvem som har *størst innflytelse* i sykepengesaker. I forarbeidene til sykeforsikringsloven av 1909 står det at sykdom må være påvist av «den paa dette punkt eneste sakkyndige, nemlig lægen. Alene at stole paa den sykes egne uttalelse vilde være altfor risikabelt for vedkommende sykekasses økonomi».¹⁰

Ved sykepengereformen i 1978 ble det innført en egenmeldingsperiode på tre dager, og adgangen til «selvbestemt sykmelding» ble utvidet med IA-avtalen. I de senere årene er NAVs oppfølging og kontroll blitt satt i fokus. Makten har altså gått fra legene til pasientene og videre til NAV.

De nye aktivitetskravene som etter årtusenskiftet er blitt stilt som vilkår for rett til sykepenge, kan ses som uttrykk for en svekket tro på *sykdommen* og *legeerklæringen* som legitimasjonsgrunnlag for sykepenge. De nye vilkårene er tegn på at sykepengeordningen har beveget seg mot en mål/middel-tenkning og har mistet mye av sitt rettighetspreg.

Attførings-/arbeidsavklaringspenge

Sykepenge ytes i opp til ett år. Den som i perioden fra 1911 til 1961 fortsatt var arbeidsufør på grunn av sykdom, hadde ikke rett til trygdeytelser. Gudmund Harlem (1917-88) var sosialminister i 1960, og han mente at det var uverdig at syke og uføre arbeidstakere måtte gå den tunge gang til fattigkassa og be om hjelp.¹¹

10 Forslag til Lov om sykeforsikring, Kristiania 1908 s. 11–12.

11 Personlig meddelelse fra Gudmund Harlem.

Lovene om attføring og uførhet av 1960 ble vedtatt samme dag og de kunne betraktes som tvillinglover. Attføring skulle forebygge at funksjonshemmede ble varig uføre, og uførepensjon skulle bare gis til dem som ikke kunne bringes tilbake til arbeidslivet.

I 1994 ble *attføringspengene* spaltet til to separate ytelser; *rehabiliteringspenger* og (arbeidsrettet) attføringspenger. I 2004 ble også *uførepensjonen* spaltet til to ytelser; *tidsbegrenset uførestønad* og (varig) uførepensjon. Etter at de to fisjonene var gjennomført, startet departementet arbeidet med å fusjonere de tre ytelsene rehabiliteringspenger, attføringspenger og tidsbegrenset uførestønad.¹² I 2008 ble disse tre ytelsene slått sammen til én ny ytelse, som ble kalt arbeidsavklaringspenger.¹³

Dermed var man tilbake til Gudmund Harlems tid, med *tre ytelser* ved sykdom og uførhet; sykepenger, a-penger og uførepensjon. Ringen er nå sluttet.

I 1994 hadde statsmyndighetene stor tro på at man ville dempe veksten i antall uførepensjonister ved å *spalte* ordningen med attføringspenger til en ordning med rehabiliteringspenger og en ordning med attføringspenger; og likeså i 2004 da ordningen med uførepensjon ble *spaltet* til en ordning med tidsbegrenset uførestønad og en ordning med (varig) uførepensjon. Tilsvarende hadde statsmyndighetene i 2008 tro på at man ville få *flere i arbeid og færre på trygd* ved å slå sammen ordningene med rehabiliteringspenger, attføringspenger og tidsbegrenset uførestønad til én ordning med arbeidsavklaringspenger. Den gang var reformpolitikeren *Bjarne Håkon Hanssen* arbeidsminister.

Det ser ut til å være mer *trosoppfatninger* og «moteretninger» som styrer rettsutviklingen mot *fisjoner* og *fusjoner* av ordninger, enn *forskningsbasert kunnskap* og *konsekvensanalyser* av ulike rettsordninger. Ordningen med tidsbegrenset uførestønad hadde vært i funksjon så kort tid at det ikke hadde vært anledning til å evaluere dens virkninger. Det er betenkelig å avskaffe en ordning før man har foretatt en skikkelig vurdering av om den har livets rett.

Arbeidsavklaringspengene er den nyeste og den mest «moderne» trygdeytelsen, og den er et ektefødt barn av ideologien om arbeidslinja og NAV-reformen. Det legges stor vekt på planlegging og kontroll fra NAV, og viktige sider av vedtakene kan ikke overprøves av Trygderetten. *Mål/middeltenkningen* tillegges større vekt enn det som tidligere har vært vanlig, og *rettighets- og rettssikkerhetstenkingen* blir neddempet.

¹² St.meld. nr. 9 for 2006–2007.

¹³ Ot.prp. nr. 4 for 2008–2009.

Uførepensjon

Legene Gudmund Harlem og Karl Evang var henholdsvis sosialminister og helsedirektør da attførings- og uføretrygdlovene ble vedtatt i 1960, og disse lovene fikk et sterkt medisinsk preg. I forarbeidene til ordningene er det gjengitt en uttalelse fra helsedirektøren, hvor det står at uførepensjon bare burde gis når *medisinske forhold* talte for det.¹⁴

Uførepensjon ble altså sett på som et *nytt virkemiddel* som legene kunne benytte for å hjelpe pasientene. Pensjonen skulle være et redskap for legene – på linje med operasjoner og medisiner. Pensjonen skulle ikke være en rettighet for trygdens medlemmer.

De nasjonale strategene som bygde Norge etter andre verdenskrig og var arkitektene bak velferdsstaten,¹⁵ benyttet lovgivning for å etablere de store nye ordningene. De la også *mål/middel-tenkning* inn i lovtekstene. Særlig viktig var kravet om å forsøke behandling og attføring før uførepensjon kunne innvilges. Men det hindret ikke en *stadig vekst* i antallet uførepensjonister.

Etter hvert ble det akseptert at uførepensjonen besto av viktige *juridiske elementer*. *Trygderetten* ble etablert som en rettssikkerhetsgaranti i 1967, og uførepensjon ble et hovedområde for den nye forvaltningsdomstolen. *Rettsvitenskapen* tok uførepensjon opp som et studieobjekt, og det bidro til å få fram de rettslige sidene ved ordningen. Det ble skrevet flere doktoravhandlinger om rettigheter ved uførhet,¹⁶ sykdom og attføring,¹⁷ og kvinners tap av arbeidsevne.¹⁸

Et vilkår for rett til uførepensjon er at den funksjonshemmede har gjennomgått hensiktsmessig arbeidsrettede tiltak. Tidligere ble det ikke stilt så strenge krav til attføring for å få rett til uførepensjon. Dette gjaldt særlig overfor eldre personer som var sterkt knyttet til et hjemsted med lite variert yrkesliv. Kravene til yrkesmessig og geografisk mobilitet har blitt skjerpet flere ganger. Uførepensjon kan nå bare gis dersom det av «åpenbare grunner ikke er hensiktsmessig å gjennomføre flere arbeidsrettede tiltak».¹⁹

14 Ot.prp. nr. 22 for 1959 s. 83.

15 Rune Slagstad: *De nasjonale strateger*, Oslo 2001 s. 362 flg.

16 Asbjørn Kjønstad: Sammenlegningsavhandling, Oslo 1978, bestående av: *Trygd og erstatning ved personskaide; Yrkeskadetrygden*; og deler av NOU 1977: 14 *Folketrygdens uførebegrep* (Kjønstad utvalgsleder).

17 Gudrun Holgersen: *Tilbake til arbeid? Folketrygdens ytelser under attføring med hovedvekt på de sentrale vilkår*, Bergen 1992.

18 Hege Brækhus: *Mor kan ikke bli syk – om uførepensjon til husmødre etter folketrygdloven*, Tromsø 1996.

19 Etter lovteksten knytter vilkåret om «åpenbare grunner» seg til tilfeller der den funksjonshemmede ikke har forsøkt arbeidsrettede tiltak, men Høyesterett har oppstilt et slikt krav også hvor slike tiltak har blitt forsøkt flere ganger. Se Gudrun Holgersen, Kravet om attføring som vilkår for rett til uførepensjon – En analyse med utgangspunkt i Rt. 2010 s. 113. *Tidsskrift for Erstatningsrett, forsikringsrett og velferdsrett* 2010 s. 222-249.

Mål/middel-tenkningen tillegges her meget stor vekt. En person som søker om uførepensjon, vil ofte kunne få avslag med den begrunnelse at tilstrekkelig arbeidsrettede tiltak ikke har vært forsøkt. Det er vanskelig for Trygderetten og særlig for domstolene å overprøve dette. Borgernes rettighetsposisjon og rettsikkerhetsgarantier er dermed svekket.

Forenklinger

I 1966 og 1970 ble de viktigste trygdelovene samlet i én lov – folketrygdloven av 1966. Etter hvert ble denne loven meget komplisert, og i et brev fra Rikstrygdeverket til Sosialdepartementet ble loven kalt *floketrygden*.

Det ble nedsatt et utvalg som skulle forenkle loven. Hensikten var å få en mer oversiktlig og enklere lov. Arbeidet skjedde da Leif Arne Heløe og Tove Strand Gerhardsen var sosialministre, og de viste stor interesse for arbeidet.

Den nye folketrygdloven av 1997 representerte ikke en ny sosialreform. Arbeidet med denne loven lå først og fremst på det lovtekniske, juridiske og språklige planet.²⁰ Etter dette framsto folketrygden som et stort og viktig rettighetssystem for hele befolkningen.

Etter at loven ble vedtatt i 1997 er det foretatt en rekke endringer, og loven er igjen blitt meget komplisert. Som eksempel på dette minner jeg om «løsningen» av politiske problemer knyttet til sykepengeordningen høsten 2006, og de «akrobatiske øvelsene» knyttet til ordningene om attføring, rehabilitering, arbeidsavklaring og uførhet i 1994, 2004 og 2008. Det er nå et sterkt behov for en full *restaurering* av det store byggverket som folketrygdloven representerer.

Sosiale tiltak

Fattiglovgivning

Fattiglovene av 1845, 1863 og 1900 var det eneste offentlige sosiale og økonomiske sikkerhetsnett fram til utbyggingen av trygdeordningene. Etter fattiglovgivningen var den enkeltes behov, utvist adferd og verdighet samt fattigstyrets skjønn avgjørende for mulighetene til å få hjelp. Ingen hadde rettskrav på hjelp. Fattigstyrets avgjørelser kunne ikke påklages til amtmannen eller bringes inn for domstolene; de var endelige og inappellable.²¹

Her var altså rettighetstenkningen totalt fraværende.

20 Forarbeidene til loven er NOU 1990: 20. *Forenklet folketrygdlov* (Kjønstad utvalgsleder); Ot.prp. nr. 29 for 1995–96; og Innst. O. nr. 46 for 1996–97.

21 Liv Kluge, *Sosialhjelp før og nå*, Oslo 1973.

Lovene om sosial omsorg og sosiale tjenester

Omkring 1960 pågikk det et arbeid for å erstatte den gamle fattiglovgivningen med en moderne lov. Tanken om en overgang fra fattighjelp på nåde til en rettsliggjort sosialomsorg ble delvis gjennomført ved lov om sosial omsorg av 1964.²² Rettighetspreget ble styrket med sosialtjenesteloven av 1991.

Fra sosiale tjenester til omsorgstjenester

Etter innføringen av den første norske sosialforsikringsloven i 1894 og etableringen av Sosialdepartementet i 1913, ble betegnelsen «sosial» sentral i lovgivningen og i statlig og kommunal administrasjon, særlig etter at lov om sosial omsorg ble vedtatt. Det ble etablert kommunale sosialkontorer med sosialsjefer og sosialarbeidere, de utførte sosialt arbeid og de tildelte sosiale tjenester og økonomisk sosialhjelp.

I løpet av det siste tiåret har betegnelsen «sosial» i stor utstrekning blitt faset ut fra lovgivningen og offentlig forvaltning. Betegnelsen «omsorg» blir i stadig større utstrekning faset inn, og den knyttes gjerne som et vedheng til betegnelsen «helse». Endringene i nomenklaturen viser seg særlig ved betegnelsene «Helse- og omsorgsdepartementet» og «lov om kommunale helse- og omsorgstjenester». Dette kan ses som et gjennombrudd for det utvidede helsebegrepet som Karl Evang sto for.

Rett til barnehageplass

I dette foredraget blir det ikke plass til å ta opp barneretten. Her har det de to siste tiårene foregått en omfattende rettsliggjøring, og barnerett er et av de største vekstområdene i rettsvitenskapen.²³

I den juridiske teori ble spørsmålet om *barnehageplass* i flere tiår brukt som et viktig eksempel på at det ikke forelå en rettighet. Etter hvert ble det et politisk stridsspørsmål om det burde innføres rett til barnehageplass. Det ble vedtatt ved en viktig lovendring i 2009. Dette viser hvor sterkt rettighetstenkningen da stod, selv etter at Maktutredningen kom.

Forebyggende helsearbeid og tobakkslovgivning

Samhandlingsreformen

Et viktig element i Samhandlingsreformen er at forebyggende helsearbeid skal styrkes.²⁴ Dette er nå nedfelt i lovene om folkehelse og kommunale helse- og omsorgstjenester.

22 Kristian Andenæs: *Sosialomsorg i gode og onde dager*, Oslo 1992.

23 Trude Haugli, Lucy Smith og Gudrun Holgersen, artikler i boka *Nye trender i rettsvitenskapen* (Kjønstad red.), Oslo 2013 s. 101-117.

24 St. meld. nr. 47 for 2008–2009 s. 22-24 og 79-85.

Forebyggende helsearbeid er ikke noe nytt: Det sto sterkt allerede da sunnhetsloven av 1860 ble vedtatt. Denne loven ga de lokale helserådene muligheter til å iverksette radikale tiltak for å hindre sunnhetsskadelig påvirkning fra folks fysiske, kjemiske, biologiske og hygieniske omgivelser. Sunnhetsloven var *visjonær i sin forståelse av miljøet og atferdens betydning* for den alminnelige helsetilstanden.²⁵

En av vårt lands fremste sosialmedisinere – stadsfysikus Frederik Mellbye – har uttalt at forståelsen av miljøfaktorer og menneskelig atferdsmønster som sykdomsårsaker var meget framtreddende i sunnhetsloven. Den komiteen som utarbeidet loven, besto av landets fremste menn innen medisin, juss, politikk og samfunnsdebatt, med den juridiske professoren Ulrik Anton Motzfelt som formann.

En meget viktig lov om forebyggende helsearbeid er loven om vern mot tobakksskader av 1973. Forslaget om totalforbudet mot *tobakksreklame* møtte stor motstand fra en pengesterk tobakksindustri, en kreativ reklamebransje, og aviser og blader som hadde store inntekter på tobakksreklamen. Norge ble et foregangsland på dette området, og på verdenskongresser om helse og tobakk ble det ofte sagt «Look to Norway».

Tobakksloven har hatt stor betydning for kampen mot kreft og mange andre røykerelaterte sykdommer, men den nevnes ikke i Stortingsmeldingen om Samhandlingsreformen. Verdens helseorganisasjon har uttalt en rekke ganger at tobakksskader er det største helseproblemet som det er mulig å forebygge. Tobakksloven har vært administrert av Statens tobakkskaderåd, og utgiftene til dette effektive forebyggingsarbeidet var meget beskjedne i 1970-, 80- og 90-årene.²⁶

Det er ikke vanskelig å oppnå enighet om at forebygging er meget viktig. Problemene oppstår når man skal prioritere mellom forebygging og behandling. Jeg vil her nevne et synspunkt som tidligere helsedirektør *Torbjørn Mork* framhevet i et av sine siste foredrag før han døde: En prioritering av forebyggende helsearbeid vil «bety at man tar fra de syke og gir til de friske».²⁷

Andre problemer som knytter seg til forebyggende tiltak, er at man ofte ikke har kunnskaper om hvordan man skal forebygge sykdommer, at tiltakene ofte representerer inngrep i privatlivets fred, at kostnadene ved tiltakene bæres av andre enn dem som hoster gevinstene ved vellykket forebygging, og at det ofte tar lang tid fra tiltakene settes i verk til virkningene inntreffer.

I Stortingsmeldingen om Samhandlingsreformen understrekes det at man skal spisse forebyggingsinnsatsen inn mot tiltak «som gir raskest mulig resultater i forhold

25 Asbjørn Kjønstad og Frederik Mellbye, *AIDS og JUSS*, Oslo 1987 s. 12-13 og 38-39.

26 Kjell Bjartveit, *Hvit pest Sort tjære*, Oslo 2007 s. 125-180.

27 Torbjørn Mork, Trenger vi en verdidebatt i helsetjenesten?, i *Helsetjenesten. Medisinsk teknikk*, nr. 1 og 2 for 1993 s. 4-7, på s. 7.

til færre sykehussinleggelser».²⁸ Dersom dette prinsippet skal følges, vil store viktige forebyggingsområder bli nedprioritert.

Den forebyggende virksomheten må bygges opp før man kan bygge ned spesialisthelsetjenestens operative virksomhet. Dermed blir det nødvendig med noen år med økte samlede utgifter før eventuelle innsparinger kan komme.

Når det gjelder tiltak mot tobakksskader, er det gjerne en «delay» på 30–40 år fra forebyggende tiltak settes i verk inntil utbrudd av røykerelaterte sykdommer hindres. Også mange andre sykdommer har en kortere eller lengre *latenstid*. Man kan ikke spare penger i spesialisthelsetjenesten samme år som man investerer i forebyggende helsearbeid, slik det ble forutsatt i Stortingsmeldingen om Samhandlingsreformen.

Hvis man skal drive effektiv forebygging, er det viktig å angripe *de primære årsakene* til at sykdommer og helseskader oppstår. Norge har en ordning hvor arbeidsgiverne dekker utgiftene ved yrkesskader.²⁹ Det bør overveies å innføre tilsvarende ordninger for dem som tilvirker *sukkerprodukter, alkoholdrikker, tobakksprodukter* og andre helseskadelige produkter. Her vil jeg nevne et forslag i en offentlig utredning som ble framlagt for tidligere helseminister Tore Tønne (1948–2002). Det ble foreslått at tobakksindustrien skulle betale sykehusenes utgifter til å behandle sykdommer som kunne tilskrives tobakksbruk.³⁰ Det ville ha bidratt til å avskrekke tobakksindustrien fra å skape helseskader, og det ville ha gitt meget betydelige inntekter til sykehusene som fylkeskommunene da eide.

Helseministeren arbeidet den gang med sin *helsereform* som gikk ut på at ansvaret for sykehusene og den øvrige spesialisthelsetjenesten skulle overføres fra fylkeskommunene til staten. Helseministeren var mer opptatt av sin store helsereform enn å forebygge tobakksskader.

Helseministeren trodde at alt ville bli mye bedre dersom staten overtok sykehusene, men nå er det stor tvil om at dette var en klok reform. Det er all grunn til å være skeptisk til store reformer som ikke er tilstrekkelig gjennomtenkte.

Når man står overfor næringsdrivende, har jeg tro på økonomiske incentiver; i erstatningsretten kaller vi det *økonomisk prevensjon*. De næringsdrivende er vant med å tenke på hva som lønner seg, og hvordan man kan skape størst mulig profit. Når det gjelder miljøvern, er det en viktig tese at *forurenseren skal betale*.³¹ Tilsvarende bør man tenke systematisk gjennom når det kan være effektivt å legge betalingsplikt på dem som skaper sykdommer og andre helseskader. Problemene kan neppe i det lange løp løses ved å legge stadig *større ansvar på kommunene og skattebetalerne*.

28 St. meld. nr. 47 for 2008–2009 s. 29.

29 Se lov om folketrygd av 28. februar 1997 nr. 19 §§ 23-7 og 23-8.

30 NOU 2000: 16 *Tobakksindustriens erstatningsansvar* (Kjønstad utvalgsleder) s. 299–320 og 415–534.

31 Hans Christian Bugge, *Lærebok i miljøforvaltningsrett*, Oslo 2006 s. 163.

Lufta er for alle! Retten til å puste i røykfri luft

I år er det ikke bare 100 år siden Sosialdepartementet ble etablert, men også 25 år siden «røykeloven» ble vedtatt.

På 1900-tallet vokste det fram en tradisjon om at hvem som helst kunne røyke hvor som helst og når som helst. Fram mot 1988 var det *massivt med tobakksrøyk* på nesten alle arbeidsplasser og i offentlige lokaler.

I 1980-årene startet Statens tobakkskaderåd et arbeid for å innføre vern mot passiv røyking. Rådet utarbeidet i 1985 en rapport som fikk det stor-slagne navnet «Lufta er for alle! Retten til å puste i røykfri luft.»³² Statens tobakkskaderåd utarbeidet dette lovforslaget på *eget initiativ*. Det vanlige i Norge er at regjeringen eller departementer nedsetter lovkomiteer. Her tok Statens tobakkskaderåd et offensivt «grep» for å forberede ny lovgivning.

Rapporten ble skrevet ut fra ett medisinsk, ett sosiologisk og ett juridisk perspektiv: Legen Kjell Bjartveit dokumenterte at det stadig hadde kommet mer *medisinsk forskning* som viste skadevirkninger av passiv røyking.³³ Sosiologen Ingrid Eide viste at røyking hittil hadde vært *normalatferd*, at det var en skjult plage for passive røykere og at de ikke torde protestere.³⁴ Juristen (undertegnede) forfattet lovteksten og lov-motivene.³⁵

Lovforslaget ble lansert som en *frihetslov*, og ikke som en forbudslov. Det ble foreslått at alle arbeidsplasser og alle offentlige steder hvor allmennheten hadde adgang, skulle være røykfrie.

Striden om «røykeloven» av 1988

Lovforslaget fikk stor oppslutning i befolkningen, men kraftig motstand fra maktsterke grupper i samfunnet. Den kom fra en *treenighet* som besto av tobakksindustrien, massemedienes kjendiser og journalister, og restaurantransjen. Det var ikke akkurat en hellig treenighet, men det var meget synbare aktører.

Tobakksindustrien og tobakksforhandlerne forfulgte sine økonomiske interesser. Mest mulig røyking på flest mulige steder ga størst mulig salg og grobunn for «røykekulturens» videreføring. Tobakksindustrien arbeidet

32 *Lufta er for alle! Retten til å puste i røykfri luft*, Rapport med lovforslag fra Statens tobakkskaderåd, Oslo 1985.

33 Kjell Bjartveit, «Passiv røyking: medisinske/hygeniske forhold», i *Lufta er for alle! Retten til å puste i røykfri luft*, Rapport med lovforslag fra Statens tobakkskaderåd, Oslo 1985 s. 16-55.

34 Ingrid Eide, «Et sosiologisk perspektiv på spørsmålet om passiv røyking», i *Lufta er for alle! Retten til å puste i røykfri luft*, Rapport med lovforslag fra Statens tobakkskaderåd, Oslo 1985 s. 56-67.

35 Asbjørn Kjønsstad, «Den rettslige og faktiske situasjonen i Norge i dag, Forholdene i andre land, Vurdering av hva som bør gjøres i framtiden, Forslag til en ny bestemmelse i tobakksloven», i *Lufta er for alle! Retten til å puste i røykfri luft*, Rapport med lovforslag fra Statens tobakkskaderåd, Oslo 1985 s. 68-132.

innbitt for å beholde markedene i de industrialiserte landene, og den satte i gang intense markedsføringstiltak for å utbre røykevanene i utviklingslandene.

En liten gruppe av advokater og andre kjendiser – herunder helsedirektør og storrøyker Torbjørn Mork – fikk stor *medieoppmerksomhet*.

De lenge etterlengtede mulighetene til å delta i kultur- og samfunnslivet for hundretusenvis av allergikere, astmatikere, barn og andre som ble plaget av tobakksrøyk, var etter min mening langt viktigere enn de innskrenkningene i handlefriheten som røykerne burde tåle.

Når et lite antall kjendiser fikk så stor oppmerksomhet om sin egen frihetsargumentasjon, skyltes det «alliansen» med *journalistene*. Avisredaksjonene og NRK var den gang blant de stedene hvor røyking var mest utbredt. Journalistene og redaktørene brukte sin makt over det trykte ord og eteren til å fremme sine egne interesser. Tilsvarende hadde skjedd da det var spørsmål om å innføre forbud mot tobakksreklame først på 1970-tallet; den gang hadde avisene store inntekter knyttet til tobakksreklamen.³⁶

En meget sterk motstand mot forslaget til «røykeloven» av 1988 kom fra *hotell- og restaurantbransjen*. Det ble hevdet at det ville bli mange konkurser og masseoppsigelser hvis loven ble vedtatt. Statens tobakkskaderåd innså at lovforslaget ikke ville gå gjennom i Stortinget hvis det skulle omfatte hoteller og serveringssteder. For å få vedtatt hovedloven ble det i første omgang gjort unntak for denne delen av det offentlige rom. Men det ble lagt en opptrappingsplan, hvoretter stadig flere av bordene og rommene skulle bli røykfrie.³⁷

Lovens vedtakelse og utforming

Statens tobakkskaderåd foreslo en lovbestemmelse om røykfrihet i alle offentlige lokaler, transportmidler og arbeidsplasser. Vi la stor vekt på å komme fram til en lovtekst som skulle være enkel, oversiktlig og lettfattelig. Lovteksten ble utformet etter et gammelt ideal, som rettshistorikeren Knut Robberstad har beskrevet slik:

«Det har alltid vori um å gjera for lovgjevarar og retts-lærarar å forma rettsreglane i stutte og greie setningar, med mykje innhald i få ord, og med slike ord som kunde festa seg godt i minnet hjå folk.»³⁸

«Røykeloven» ble godt kjent etter mye omtale i massemediene, og teksten ble trykket på hele første side av VG.³⁹ Det er ikke mange diktere som har

36 Anders Bratholm, «Pressen og tobakksreklamen», i *Juss og humanisme*, Oslo 2004 s. 176.

37 Ot.prp. nr. 27 for 1987–88 s. 4-5, 26 og 30-31.

38 Knut Robberstad, *Frå gamal og ny rett*, Oslo 1950 s. 7.

39 Verdens Gang 1. juli 1988.

fått trykt sine tekster på en slik måte. Hvis lovteksten ikke hadde vært enkel, oversiktlig og lettfattelig, ville den ikke egnet seg for slik publisering.

I 1980- og 1990-årene ga massemediene og mange andre meg tittelen «røykelovens far». Siden jeg konsiperte lovteksten og var en premissleverandør for loven i samfunnsdebatten, «vedkjenner jeg meg farskapet».

Lovforslaget ble presentert for Sosialdepartementet to ganger. Sosialminister Tove Strand Gerhardsen (f. 1946) gikk sterkt inn for dette forslaget, og det er klart at hun må regnes som «mor» til røykeloven av 1988.

Etter vedtakelsen av «røykeloven» skjedde det radikale endringer i folks atferd. Hovedprinsippet ble da røykfri luft i det offentlige rom. Astmatikere, allergikere og andre som ikke tålte røyk, hadde vært diskriminert, og det offentlige rom ble åpnet for dem.⁴⁰ Det er neppe andre lovbestemmelser som har ført til så store forandringer i folks atferd i dagliglivet og betydelige helse- og velferdsgevinster som «røykeloven». Og dette tiltaket har vært nesten gratis for staten.

Med «røykelov» nr. 2 av 2004 ble unntaket for serveringssteder opphevet. Det avgjørende var etter min mening at LO med *Gerd Liv Valla* som leder, hadde snudd i røykestriden. LO argumenterte for et røykfritt arbeidsmiljø for serveringspersonalet ut fra et arbeidervernsynspunkt. Viktig var det selvsagt også at daværende helseminister Dagfinn Høybråten (f. 1957) gikk inn for opphevelsen av unntaket for serveringsstedene.⁴¹

Helserett og pasientrettigheter

Bygging av institusjoner og makt til profesjoner

I velferdsstatens etableringsfase ble det bygd sykehus, skoler, guttehem og andre institusjoner uten at borgerne fikk rettskrav på tjenester og andre ytelser. Staten og kommunene stilte bygninger og andre midler til disposisjon, og de ansatte og lønnet folk til å arbeide der.

Overleger og bestyrerinner bestemte hvem som skulle tas inn og hvordan de skulle behandles. De bygde på egne faglige og etiske vurderinger, og de var i liten utstrekning bundet av lovgivning og generelle rettsprinsipper.

Statsmyndighetene beskattet befolkningen og ga vide og vage fullmaktslover og bevilgninger. Det ble plass til mange eneveldige småkonger på velferdsområdet; dette representerte en utvikling bort fra rettsstaten.

40 Asbjørn Kjønstad, «Retten til å puste i røykfri luft», *Lov og Rett* 1986 s. 205.

41 Et forslag ble først presentert for helseminister Tore Tønne, som var meget positiv til å oppheve unntaket for serveringssteder. Her bygger jeg på samtale 28.05.13 med Vera Vislie, som var rådgiver i Helsedirektoratet med tobakkslovgivning som arbeidsområde.

Sykehusloven

Sykehusloven av 1969 er et viktig eksempel på en lovreform med kjennetegnene ved den eldre velferdsstaten. Fylkeskommunene ble pålagt å bygge og drive sykehus som skulle dekke behovet for spesialiserte helsetjenester for befolkningen innen det enkelte fylket. Folketrygden skulle dekke hovedtyngden av utgiftene.

Sykehusene ble pålagt plikt til å yte øyeblikkelig hjelp når det var påtrengende nødvendig. Men de som var syke, fikk ikke noen juridisk rett til helsehjelp.

Sykehusloven inneholdt ikke regler om tildeling av helsetjenester. Det var en uuttalt forutsetning at overlegene skulle treffe disse viktige vedtakene uten noe mandat fra staten, folketrygden eller fylkeskommunene.

Sykehusloven ble forberedt og vedtatt da Karl Evang var helsedirektør. Loven var i hans ånd, med faglighet og legemakt som grunnpilarer.⁴² Det var ingen som den gang argumenterte mot dette ut fra den rettsstatsideologien som Frede Castberg sto for. Helserett var ennå ikke blitt et fag.

Striden om forvaltningslovens anvendelse

Forvaltningsloven av 1967 løste mange av rettssikkerhetsproblemene i den nye forvaltningsstaten. Karl Evang var kritisk til forvaltningsloven,⁴³ og Justisdepartementet mente at loven ikke kom til anvendelse på helsevesenets område. Det dreide seg om serviceytelser og gaver fra samfunnets side,⁴⁴ og da skulle borgerne ikke ha rettssikkerhetsgarantier.

Universitetsjuristene mente at forvaltningsloven måtte gjelde også på helserettens område; det dreide seg om fordeling av samfunnets fellesgoder.⁴⁵ Etter hvert har dette grunnsynet slått gjennom.

Men fortsatt gjelder ikke forvaltningsloven for helsevesenet når hovedtyngden av primærvedtakene treffes.⁴⁶ Når noen ber om helse- og omsorgstjenester, vil beslutninger bli truffet av leger, sykepleiere, fysioterapeuter og andre helsearbeidere som ikke ellers pleier å gjøre vedtak på vegne av en kommune eller et helseforetak. Oppmerksomheten vil da hovedsakelig bli rettet mot de helsefaglige og behandlingsmes-

42 Trond Nordby, *Karl Evang. En biografi*, Oslo 1989; og Aina Schiøtz, En trussel mot legenes autonomi, i *Velferd og rettferd*, Festskrift til Asbjørn Kjønsdal 70 år, Oslo 2013 s. 503-515.

43 Rune Slagstad, *De nasjonale strategene*, Oslo 2001 s. 372.

44 St.meld. nr. 32 for 1976–77. *Rettsikkerheten i sosial- og helseinstitusjoner*.

45 Jan Fridthjof Bernt, Rettsikkerhet og ressursbruk i sosialomsorg og helsevesen, *Forhandlingene ved Det 30. nordiske juristmøte*, Oslo 1984, Del 1 s. 159–186; Eivind Smith, *Rettsikkerhet ved offentlig tjenesteyting*, Oslo 1984; og Kristin Løchen, Om fordelingsrettferdighet og forvaltningsrettslig klagerett i det somatiske sykehusvesen, i *Pasientrettigheter – hva nå?*, Oslo 1985 s. 62–78.

46 Pasient- og brukerrettighetsloven § 2-7.

sige aspektene, og ikke mot de juridiske og saksbehandlingsmessige aspektene. Beslutningene i førsteinstansen blir i de fleste tilfeller truffet temmelig formløst.

Det er av stor prinsipiell betydning at forvaltningsloven ikke gjelder når det treffes beslutning om legetjenester, fysioterapi, jordmorhjelp, sykehusplass, omsorgstjenester og andre allmenne og spesialiserte helse- og omsorgstjenester. Men her er det viktig at helsepersonelloven, pasient- og brukerrettighetsloven og annen helselovgivning inneholder regler som gir pasientene rettigheter som stort sett svarer til rettighetene i forvaltningsloven.⁴⁷ Rettsliggjøringen på dette området har altså skjedd via helselovgivningen, og ikke via den generelle forvaltningsloven.

Utviklingen av pasientrettighetene

I løpet av 1980-årene ble «pasientrettigheter» et sentralt begrep i rettsforskningen, mediedebatten, helseforvaltningen og rettsvesenet. Ordet ble et sterkt positivt ladet begrep med stor *argumentasjonskraft* i samfunnsdebatten og helsepolitikken. Pasientene hadde tidligere hatt noen rettigheter, men nå ble det fart i utviklingen av pasientrettighetene og pasientenes rettssikkerhet.⁴⁸

Pasientrettighetene vokste fram i norsk rett ved et samvirke mellom lovgivning, domstolenes rettsskapende virksomhet, initiativ og forskrifter fra forvaltningen, pasientforeningers aktivitet, massemedienes fokusering på pasientenes problemer og den helserettslige forskningen.

Jeg vil peke på noen generelle årsaker til framveksten av pasientrettighetene: I etterkrigstiden fikk internasjonale *menneskerettigheter* – med individuelle rettigheter – stadig større gjennomslag. Retten til helse hørte til de nye menneskerettighetene. Påvirkning fra *angloamerikansk rett* med innføring av forbrukervernlovgivning, produktansvar og økt vekt på pasientrettigheter var også viktig. Vi hadde en trend med *økt innflytelse for arbeidstakerne* i næringslivet og for borgerne i samfunnslivet, og da var det naturlig at pasientene skulle få innflytelse i helsevesenet. Vi fikk en tid hvor det ble lagt økt vekt på enkeltindividenes interesser og rettsbeskyttelse.

Videre vil jeg peke på at vi hadde fått et materielt sett *rikere samfunn* enn i tidligere tiår, og hadde råd til å gi pasientene visse rettigheter. Vi hadde fått en samling av ressurser og makt i offentlige organer og institusjoner, herunder et sterkt økende antall helsearbeidere med omfattende kunnskaper i forhold til pasientene. For at det ikke skulle bli for stor *maktubalanse*, var det viktig å styrke pasientenes rettigheter og rettssikkerhet. Denne trenden hadde startet i andre deler av den offentlige forvaltningen med *etterkrigstidens rettssikkerhetsdebatt*, som førte til ombudsmannsloven av 1962, forvaltningsloven av 1967 og offentlighetsloven av 1970.

47 Asbjørn Kjønstad: *Helserett – pasienters og helsearbeideres rettsstilling*, Oslo 2007 s. 209 flg.

48 Kjønstad: op. cit. s. 69 flg.

Framveksten av pasientrettighetene startet med Høyesteretts dom fra 1977, hvor en pasient ble gitt rett til innsyn i sin sykejournal. I 1980-årene ble det slik at når noen pasientrettigheter hadde blitt innført, var det lettere for andre pasientrettigheter å vinne innpass. Rettsliggjøringen fikk en *kumulativ effekt*.

Fra slutten av 1990-årene ble lovgiveren stort sett enerådende. Da var Gudmund Hernes, Dagfinn Høybråten og Tore Tønne helseministre.

Det ble vedtatt syv nye viktige helselover i 1999 og 2001. Det var lovene om spesialisthelsetjenester, psykisk helsevern, pasientrettigheter, helsepersonell, helseforetak, pasientskadeerstatning og helseregistre. Fra et individsynspunkt er pasientrettighetene viktigst, og i det følgende skal jeg gi en oversikt over 16 viktige rettigheter, som jeg inndeler i fire hovedgrupper.

Rett til helsetjenester

(1) Rett til *øyeblikkelig helsehjelp* når det er påtrengende nødvendig

Etter den eden som er knyttet til den kjente greske legen Hippokrates fra 425 f. Kr. var det en moralsk plikt for legene å yte helsehjelp.

Den første bestemmelsen i helselovgivningen om rettslig plikt til å yte hjelp, ble inntatt i jordmorloven av 1898: «En praktiserende Jordmoder haver uden ophold at begive sig til de Kvinder i Barnsnød, til hvilke hun bliver kaldt, med mindre hun ved Fødselshjælp hos en anden eller ved Sygdom er hindret.»

Denne lovteksten var skrevet i en poetisk form. Man kan se for seg jordmora stigende opp i karjolen med jordmorveska for å yte fødende kvinner jordmorhjelp.

Med lovene om leger og tannleger av 1927 fikk også disse to gruppene plikt til å yte øyeblikkelig hjelp. Med sykehusloven av 1969 ble det innført plikt for institusjonene til å yte øyeblikkelig hjelp. Noen år senere ble tilsvarende bestemmelser tatt inn i loven om psykisk helsevern.

Disse bestemmelsene påla leger, tannleger, jordmødre, fødestuer, sykehus og psykiatriske institusjoner plikt til å yte hjelp, men de ga ikke pasientene rettskrav på hjelp. I den juridiske teori ble det imidlertid uttalt at pasientene hadde rett til øyeblikkelig hjelp.⁴⁹ Dette var en offensiv og dristig lovtolkning, som senere ble lovfestet.

Dette illustrerer generelle utviklingstendenser med tre stadier i helseretten: Det starter med moralske plikter for leger, deretter innfører lovgiveren

49 Asbjørn Kjønsstad: Sosialretten, *Knops oversikt over Norges rett*, Oslo 1975 s. 678-679.

juridiske plikter for helsepersonell, og til slutt kommer juridiske rettigheter for pasientene.⁵⁰

(2) Rett til *nødvendige allmennhelsetjenester* fra kommunene

Ved lov om kommunehelsetjenester 1982 ble det innført en rett til nødvendige allmennhelsetjenester. Det var viktig at den juridiske teori grep fatt i denne bestemmelsen;⁵¹ ellers kunne bestemmelsen ha blitt «sovende».

Høyesterett spilte en sentral rolle i en rettsliggjøringsprosess ved sin dom i *Fusa-saken*. Kommunen hadde redusert de hjemmebaserte tjenestene til en sterk fysisk funksjonshemmet kvinne fra ca. 66 timer per uke til ca. en tredjedel av dette. Høyesterett uttalte: «Vedtaket innebar en vesentlig reduksjon i de ytelsene som Kari Austestad tidligere hadde hatt, og det var åpenbart at det ikke tilfredsstilte hennes helt livsviktige behov for stell og pleie. Et slikt vedtak kan ikke ... forsvares ut fra kommunens økonomi».⁵² Høyesterett fastslo altså at hun hadde et *rettskrav* på hjelp, og kommunen kunne ikke unnskyldte seg med *manglende ressurser*.

(3) Rett til *nødvendige tannhelsetjenester* fra fylkeskommunene

Urbyggingen av den offentlige tannhelsetjenesten startet med skoletannpleie i enkelte kommuner først på 1900-tallet. Den ble forankret i ulike lover fram til tannhelsetjenesteloven av 1983.⁵³ Fra et pasientrettighetssynspunkt er det viktig at § 2-1 gir visse grupper «rett til nødvendig tannhelsehjelp i den fylkeskommune der de bor eller midlertidig oppholder seg».

Denne bestemmelsen svarer til kommunehelsetjenesteloven § 2-1. *Leif Arne Heløe* var sosialminister da forslagene til disse rettslige nyskapningene ble fremmet og vedtatt.

(4) Rett til *nødvendig spesialisthelsetjenester* fra helseforetakene

Som framhevet ovenfor inneholdt sykehusloven ikke bestemmelser om rett til spesialisthelsetjenester. I 1990 ble det vedtatt forskrifter om ventelister og i 1997 forskrifter om ventetidsgaranti. Disse forskriftene ga ikke rettskrav på helsetjenester, men i rettsforskningen ble det anlagt en offensiv lovtolkning.⁵⁴

50 Asbjørn Kjønstad: *Helserett – pasienters og helsearbeideres rettsstilling*, Oslo 2007 s. 93.

51 Leif Oscar Olsen: Retten til helsehjelp etter kommunehelsetjenesteloven, *Lov og Rett* 1984 s. 539 flg.

52 Rt. 1990 s. 874.

53 Se Espen Aronsen, Pasienters rettsstilling etter lov om tannhelsetjenesten, *Institutt for offentlig rettsstansiserie* nr. 4, Oslo 1992; og Marit Halvorsen, Et hull i velferdsstatens perlerad, i *Velferd og rettferd*, Festskrift til Asbjørn Kjønstad 70 år, Oslo 2013 s. 211-225.

54 Marit Halvorsen: *Rett til behandling i sykehus*, Oslo 1996.

Med pasientrettighetsloven av 1999 ble «retten» til spesialisthelsetjenester lovfestet. Men det ble tatt inn et ressursforbehold, som førte til at dette i hovedsak ble en *rett på papiret*.⁵⁵ Dette ressursforbeholdet ble imidlertid opphevet noen år senere, og loven inneholder nå en reell rettighetsbestemmelse.

Ved avgjørelsen av om en person har rett til spesialisthelsetjenester, skal det legges vekt på *tre momenter*: Sykdommens alvorlighet, den forventede nytten av helsehjelpen, og om kostnadene står i rimelig forhold til tiltakets effekt.⁵⁶

Sykdommens alvorlighetsgrad er altså et sentralt moment. Man skal «hjelpa den som det trenger mest» (Ivar Aasen). Innenfor helse- og sosialretten er det som regel de som det står dårligst til med, som skal få best hjelp. Her gjelder vanligvis det motsatte av hva som gjelder i arbeidsliv, i utdanning og i idrett. Der er det den flinkeste som får høyest lønn, best karakterer og finest premie.

En pasient har bare rett til helsehjelp dersom «kostnadene står i et rimelig forhold til tiltakets effekt». Man skal altså foreta en kost/nytte-analyse og anvende et forholdsmessighetsprinsipp. Dette er vanskelige vurderinger, som impliserer medisinsk-faglige, økonomiske og etiske overveielser. Er det for eksempel «riktig» å anvende behandlingstiltak som koster en million kroner for at en kreftpasient skal få sine smerter vesentlig redusert i sitt siste leveår? Hvor går smertegrensen for den enkelte pasient, og hvor går den økonomiske grensen for samfunnet?

Et meget illustrerende eksempel på en slik problemstilling gir den svenske dokumentarfilmen «Smärtegränsen» av Agneta Elers-Jarlemann. Her ble hovedrolleinnhaveren sterkt invalidisert etter en bilulykke. Han fikk plass i en institusjon sammen med eldre og senile mennesker, hvor det ikke ble drevet noen behandling eller opplæring av betydning. Av denne grunn hadde han ikke mulighet til å komme opp på det fungeringsnivået som han ville ha nådd dersom han hadde fått plass i en rehabiliteringsinstitusjon. Slike institusjoner var imidlertid forbeholdt pasienter som var mindre skadet enn denne mannen, og de kunne forbedre sitt fungeringsnivå vesentlig ved opphold i rehabiliteringsinstitusjon. Dette er en løsning som må aksepteres slik pasient- og brukerrettighetsloven nå er utformet.

Det at det skal foretas en kost/nytte-vurdering, bidrar til å svekke rettighetspreget av bestemmelsen om rett til spesialisthelsetjenester.

55 Asbjørn Kjønstad: *Helserett – pasienters og helsearbeideres rettsstilling*, Oslo 2007 s. 183-184.

56 Se nærmere Asbjørn Kjønstad, i Kjønstad og Syse: *Velferdsrett I*, Oslo 2012 s. 231-233.

Tilgang til helsetjenester

Ved pasientrettighetsloven av 1999 ble det innført fire nye og viktige pasientrettigheter, som jeg nå kort skal nevne:

(1) Rett til vurdering

En pasient har rett til medisinsk vurdering fra spesialisthelsetjenesten innen 30 virkedager. Man har rettskrav på å få et svar, og loven setter en tidsfrist for når pasienten skal få vurderingen. Dette er en viktig rettighetsbestemmelse.

(2) Rett til fornyet vurdering

Når en pasient ikke føler seg trygg på den vurderingen som han eller hun har fått, kan det være ønskelig med en vurdering fra en annen spesialist. Retten til «second opinion» er betinget av at man får henvisning fra en allmennlege; legene fungerer her som «portvakter».

Retten til fornyet vurdering er en svakere rettighet enn retten til vurdering. Pasienten har ikke en selvstendig rett til hjelp; det er nødvendig med en sertifisering fra allmennlege. Dertil har pasienten ikke rett til fornyet vurdering innen en bestemt tidsfrist.

(3) Rett til valg av sykehus

Den enkelte pasient kan som utgangspunkt velge det sykehuset som vedkommende foretrekker. Prinsippet om fritt sykehusvalg bygger på en ideologi hvor den enkeltes valgfrihet settes i høysetet.

Etter sykehusloven av 1969 hadde fylkeskommunene ansvaret for planlegging, utbygging og drift av sykehus, slik at behovet for nødvendig tilbud om undersøkelser, behandling og opphold i helseinstitusjoner ble dekket for befolkningen innen det enkelte fylket.

Fra 1970 til 2000 kan man si at Norge var inndelt i «19 helseriker», hvor den enkelte var bundet til den fylkeskommunen hvor han eller hun var bosatt. Dette kunne være hensiktsmessig ut fra et planleggingsprinsipp, hvor de enkelte fylkeskommuner kunne dimensjonere sine sykehus etter behovet for behandling hos egen befolkning.

Pasientrettighetsloven av 1999 § 2-4 brøt fullstendig med det gamle systemet. Norge har altså beveget seg fra en «stalinistisk» planleggingsmodell til en «free choice-doctrine» som passer USA hvor den enkelte selv som utgangspunkt dekker sine helsetgifter.

(4) Rett til individuell plan

Pasienter med kroniske lidelser har som regel behov for helsetjenester over et lengre tidsrom, helsetjenester fra flere institusjoner, at tjenestene ses i sammenheng og samordnes, og at pasientene på forhånd kan ha trygghet

for hvilke tjenester de kan få. Pasienter med slike behov har rett til å få utarbeidet individuelle planer.⁵⁷

Dette er i praksis en viktig bestemmelse, særlig når den kombineres med medvirkning fra pasientene og/eller pårørende. Det gir trygghet å få vite hva man har å holde seg til.

Retten til individuell plan er svak rettighet. Pasienten har bare rett til en plan, ikke et vedtak med et bestemt innhold. Man kan ikke klage til Fylkesmannen på at tjenestetilbudet i planen er for lite og for dårlig. Man kan heller ikke klage over at man ikke får oppfylt planen. Man har bare rett på en eller annen plan, og kan klage hvis man overhodet ikke får noen plan.

Rettigheter knyttet til kommunikasjon

(1) Taushetsplikt for helsepersonell og vern om pasienters konfidensielle opplysninger

Taushetsplikten er den eldste plikten som leger og andre helsearbeidere har hatt. En moralsk pliktregel ble tatt inn i Hippokrates' legeed. Norske leger fikk en rettslig taushetsplikt ved straffeloven av 1902 og legeloven av 1927.

Taushetsplikten har vært oppfattet som en streng plikt. Tidligere var det et «en-til-en-forhold» mellom legen og pasienten. Det som ble sagt mellom dem, skulle ikke komme ut til omverdenen. Legenes taushetsplikt kunne sammenlignes med prestenes taushetsplikt, som synliggjøres ved *skriftestolene* i katolske kirker. Det som skriftebarnet forteller til skriftefaren, skal ikke fortelles til noen andre.

Etter hvert har taushetsplikten blitt kraftig *utvidet*. For 100 år siden gjaldt den et lite antall leger, mens den nå gjelder for flere hundre tusen helse- og omsorgsarbeidere. Videre gjaldt den bare et lite knippe hemmeligheter som var betrodd legene, mens den nå gjelder for millionvis av opplysninger som helse- og omsorgsarbeidere mottar.

Men det har også blitt gjort en rekke viktige og omfattende lovbestemte *unntak* fra taushetsplikten. Hvor det er et praktisk behov for å bringe taushetsbelagte opplysninger til andre, vil man som regel kunne finne et passende unntak fra taushetsplikten. Denne plikten er derfor mer en ideologi enn en realitet.

Etter dette er pasientenes vern om konfidensielle opplysninger både blitt kraftig utvidet og sterkt uthulet.

(2) Pasienters rett til innsyn i sykejournaler

Med legeloven av 1927 ble legene pålagt plikt til å gjøre ordnende opptegnelser over sin virksomhet. Men det ble ikke dermed bestemt at pasientene skulle ha rett til innsyn i journalene.

⁵⁷ Se nærmere Alice Kjellevoid: *Retten til individuell plan*, 3. utg., Bergen 2009.

I etterkrigsårene ble spørsmålet om en pasient hadde rett til innsyn i sin journal, besvart ut fra hvem som hadde eiendomsretten til sykejournalen. Eiendomsretten til papir og blyant ble ansett som tilstrekkelig grunnlag for eiendomsretten til journalene.⁵⁸

Sykejournal-dommen i Rt. 1977 s. 1035 ga pasienten rett til å se sin journal. *Denne dommen* er et meget viktig eksempel på at Høyesterett har skapt ny rett som har styrket pasientenes rettsvern. På dette området har norsk rett blitt endret 180 grader.

I *Sykejournal-dommen* uttalte førstvoterende i Høyesterett – dommer Schweigaard Selmer – at rett til innsyn i journal kunne bygge på «alminnelige rettsgrunnsetninger» (s. 1044). De alminnelige rettsgrunnsetningene gikk ut på at det ble foretatt en interesseavveining av de hensyn som talte for at pasientene skulle få innsyn i sin journal og de hensyn som talte for at legene og sykehuset skulle kunne nekte utlevering.

Retten til innsyn i journal er nå inntatt i pasient- og brukerrettighetsloven § 5-1 og helsepersonelloven § 41. Etter helsepersonelloven §§ 42 og 43 kan pasienter i visse tilfeller kreve retting og/eller sletting av journalopplysninger.

(3) Rett til informasjon

Også når det gjelder pasientenes rett til informasjon har norsk rett blitt endret 180 grader. Pasientene skal nå ha informasjon om sin helsetilstand, innholdet i helsehjelpen, mulige risikoer og bivirkninger.

Den gang jeg studerte juss, var Kristen Andersen den eneste professoren som tok opp et helserettslig spørsmål i en lærebok. Han uttalte så sent som i 1970 at det var «fullt forsvarlig at legen i kraft av sitt faglige og menneskelige skjønn beslutter å la pasienten leve i uvitenhet om sjeldne og usannsynlige risikomuligheter. Det har gyldighet selv om disse muligheter når de først inntreffer, er meget alvorlige, ja ubetinget katastrofale.»⁵⁹

Som sekretær for Legelovutvalget i begynnelsen av 1970-årene utformet jeg et utkast til en bestemmelse som hvilte på et annet grunnsyn – pasientautonomi – og som kunne føre til en ganske omfattende informasjonsplikt for legene. Dette utkastet ble imidlertid sterkt «barbert» under utvalgets arbeid. I legeloven av 1980 § 25 ble det bestemt at legen «skal gi hver pasient de opplysninger han bør ha om sin helse-tilstand og behandling».

Dette var en svak juridisk norm; opplysninger skulle bare gis om det pasienten «bør» få vite. Likevel fikk denne bestemmelsen stor betydning i praksis. Den kom i en tid da det ble lagt stor vekt på at den enkelte skulle få informasjon om sin egen situasjon, og det gjaldt også helsen. I et slikt ideologisk klima kunne en lovbestemmelse om informasjonsplikt tolkes offensivt.

I pasientrettighetsloven av 1999 ble det inntatt følgende bestemmelse i § 3-2: «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

58 O. Trampe Kindt, Fremleggelse av sykejournaler som bevis i rettssak, *Norsk Retstidende* 1957 s. 129 flg.

59 Kristen Andersen, *Skadeforvoldelse og erstatning*, Oslo 1970 s. 185.

bivirkninger.» Dette er en 180-graders dreining i forhold til Kristen Andersens hovedtese, og det foreligger nå en sterk pasientrettighet.

(4) Informert samtykke og pasientens medvirkning

I norrøn tid hadde syke og skadede mennesker selvbestemmelsesrett. Et godt eksempel på dette var Tormod Kolbrunarskald, som fikk en pil i brystet ved slaget på Stiklestad i 1030. Han ble dratt bort til et skur og fikk hjelp av en kvinne som Snorre kalte legekona. Tormod hadde fått en pilspiss med jern nær ved hjertet. Legekona prøvde å få ut pilspissen med en knipetang, men fikk det ikke til. Da sa Tormod: «Skjær inn til jernet du, så en kan få godt tak med tanga, og gi meg tanga og la meg nappe.» Hun gjorde som han sa. Så tok Tormod tanga og rasket ut pila. Det lå trevler av hjertet på den, noen røde og noen hvite. Da Tormod så det, sa han: «Godt har kongen fødd oss; ennå er jeg feit om hjerterøttene.» Så lente han seg tilbake og døde.⁶⁰

Tormod beholdt altså sin autonomi, og han medvirket i behandlingen ved selv å foreta det avgjørende grepet.

Prinsippet om autonomi står i motsetning til prinsippet om paternalisme. Paternalismen kan føres tilbake til Hippokrates.

På 1900-tallet ble «informed consent» et viktig prinsipp i USA og mange andre land. Pasientenes rett til medvirkning og spørsmålet om å kreve samtykke til medisinsk behandling ble også tatt opp i norsk juridisk teori.

Spørsmålet om pasientautonomi var oppe i flere dommer som kom for Høyesterett.⁶¹ Prinsippet om informert samtykke slo igjennom i norsk rett ved pasientrettighetsloven av 1999. Denne lovs § 4-1 fastslo autonomi som hovedprinsipp: «Helsehjelp kan bare gis med pasientens samtykke, ...».

Lovfestingen av prinsippet om informert samtykke var et meget viktig bidrag til styrking av pasientenes rettsstilling, og til rettsliggjøringen av helsesektoren.

Spørsmålet om samtykke og andre rettslige grunnlag for medisinsk behandling, er drøftet i tre nordiske doktoravhandlinger. Den ene knytter seg til svensk rett,⁶² den andre knytter seg til norsk rett før pasientrettighetsloven av 1999,⁶³ og den tredje knytter seg til norsk rett etter denne loven.⁶⁴

60 Snorre Sturlason, *Norges kongesagaer*, Den norske bokklubben, Oslo 1979 s. 440.

61 Se Rt. 1981 s. 728, Rt. 1993 s. 1169 og Rt. 1998 s. 1538.

62 Elisabeth Rynning, *Samtykke till medicinsk vård och behandling*, Uppsala 1994.

63 Marit Halvorsen, *Rettslig grunnlag for medisinsk behandling*, Bergen 1998.

64 Henriette Sinding Aasen, *Pasientens rett til selvbestemmelse ved medisinsk behandling*, Bergen 2000. Gjeldende norsk rett er behandlet av Aslak Syse, *Pasientrettighetsloven med kommentarer*, Oslo 2009 s. 285 flg.

Rettigheter på post-pasient-stadiet

(1) Rett til å klage

Det har ikke eksistert noen generell rett til å klage på feilbehandling eller uforsvarlig behandling i norsk helserett. Siden sinnssykeloven av 1848 har imidlertid kontrollkommisjonene vært klageinstanser. Men overfor distriktsleger og somatiske sykehus var det ikke noe klagesystem.⁶⁵

Det var muligheter til å beklage seg også under den lange perioden med fattiglovene og sunnhetsloven. Jeg vil nevne en *anekdote* fra mitt hjemsted på landsbygda i Trøndelag.⁶⁶ Ei kjærring var «gærn», eller det Nils Christie kaller et ekstraordinært menneske. Legen var redd for å foreta sykebesøk på den husmannsplassen som hun bodde. Kajlen var med på å bygge jernbaner, og han var kommunist. I 1939 skrev han brev til sosialminister Støstad som hadde vært kommunist, og han brukte tiltalen «Kammerat». Det kom et prompte svar fra statsråden, og legen måtte rykke ut.

På et 100-årsjubileum, hvor de fleste av de 50 personene som har vært sosialministre og helseministre forbigås i taushet, synes jeg det er grunn til å nevne Sverre Kornelius Støstad (1887–1959). Han var sosialminister på en tid da statsrådene ikke var omkranset av dyre konsulentfirmaer og en skare av mediefolk. Det bidrar til å stenge for at statsrådene får kunnskap og innsikt fra to viktige ytterpunkter i samfunnet, nemlig *stemmer fra folkedypet*, og kunnskapsbasert viten fra oss som driver *grunnforskning*.

I 1980- og 1990-årene begynte fylkeslegene og Statens helsetilsyn å behandle stadig flere klager på helsepersonell. Samtidig ble det opprettet ordninger med pasientombud i flere fylkeskommuner. Dette skjedde imidlertid uten forankring i lov, og uten at pasientene fikk rett til å klage. Med helselovene fra 1999 skjedde det viktige endringer:

Det er nå en generell klageadgang til Fylkesmannen, som har plikt til å behandle og ta stilling til klager.⁶⁷ Ved klagebehandlingen skal det kommunale selvstyret tillegges vekt når det gjelder helsetjenester, og stor vekt når det gjelder omsorgstjenester. Fylkesmannens overprøvningskompetanse er altså begrenset, og det svekker rettssikkerheten.⁶⁸

Det er nå lovfestet at det skal det være en ordning med pasient- og brukerombud i alle fylker.⁶⁹ Ombudene har rett til å uttale sin mening, men slike uttalelser er ikke rettslig bindende for helsestaten og helsearbeiderne.

65 Ola Viken: Klagebehandling i helsesektoren, i Foyn, Lund og Viken, *Pasienters rettsstilling*, Oslo 1990 s. 91–160.

66 Personlig meddelelser fra mine tre eldre brødre Leif Kjønstad, Per Kjønstad, Annar Kjønstad og min nevø Terje Carlsen.

67 Pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 7.

68 Se Asbjørn Kjønstad og Aslak Syse, *Velferdsrett I*, Oslo 2012 s. 211–212 og 252–253.

69 Pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 8.

Etter forvaltningsloven kan man klage til høyere forvaltningsorgan, men dette har etter hvert blitt mindre viktig. Det er nå etablert ca. 50 domstollignende klagenemnder i Norge, og de avgjør ca. halvparten av alle klagenemnder etter forvaltningsloven. Slike nemnder har fått stor utbredelse innen helseretten og det øvrige velferdsområdet: Pasientskadenemnda, Helsepersonellnemnda, Smittevernemnda, kontrollkomisjonene, Fylkesnemndene for barnevern og sosiale saker, Trygderetten og mange andre.⁷⁰ Fylkesmannsembetene, som er et viktig klageorgan for vedtak fra helse- og omsorgssektoren, er organisert som forvaltningsorganer, men har flere likhetstrekk med nemndene.

Nemndene ledes som regel av jurister; de har en tverrfaglig sammensetning; de har en betydelig uavhengighet; sakene forberedes av et juridisk preget sekretariat; og beslutningene skjer som regel ut fra den juridiske subsumsjonsmodellen.

Etter dette har det skjedd meget viktige endringer i pasientenes klagemuligheter. På dette området er Norge kommet langt i en rettsliggjøringsprosess.

(2) Pasienters rett til erstatning

Tradisjonelt har pasienter bare kunnet kreve erstatning når helsearbeidere har voldt skade ved uforvarslighet. I det meste av forrige århundre var det meget vanskelig for pasienter å vinne fram med erstatningskrav overfor leger, andre helsearbeidere og helseinstitusjoner.⁷¹ Fram til 1970-årene ble nesten alle frifunnet av Høyesterett.⁷²

Noen eksempler: Leger glemte drensør inne i pasienten før operasjonsår ble sydd igjen. Øyemedisin ble ikke lagt i munnen, men på pasientens øye med blindhet som følge. Gipsbandasjer ble ikke klippet opp i tide, og det gikk koldbrann i bein som måtte amputeres.

I 1988 ble *Norsk Pasientskadeerstatning* etablert, og det ble da lettere for pasientene å vinne fram med erstatningskrav. Denne ordningen var midlertidig, og det ble innført en permanent ordning ved lov om erstatning ved pasientskader av 2001. Denne loven gir pasientene rett til erstatning ved skader som skyldes «svikt» ved ytelsen av helsehjelp.⁷³

Det har skjedd radikale endringer i pasientenes erstatningsrettslige vern de siste 30-40 årene, og det har ført til en omfattende rettsliggjøring av

70 Asbjørn Kjønstad: Helsepersonellnemnda og rettssikkerheten, i Mår og Andenæs (red.): *Klagenemnder – rettssikkerhet og effektivitet*, Oslo 2008 s. 15-48.

71 Asbjørn Kjønstad, Medisinske feil i erstatningsrettslig og helserettslig perspektiv, i Syse, Førde og Førde, *Medisinske feil*, Bergen 2008 s. 59-69.

72 Asbjørn Kjønstad: *Helserett – pasienters og helsearbeideres rettsstilling*, Oslo 2007 s. 94-97

73 Se nærmere Aslak Syse, Morten Kjelland og Rolf Gunnar Jørstad (red.): *Pasientskadeloven med kommentarer og utvalgte emner*, Oslo 2011.

spørsmålet om erstatning etter medisinsk behandling. Det kan hevdes at utviklingen her har gått for langt.⁷⁴

(3) Tilsyn og kontroll

Statens helsetilsyn og fylkesmennene fører tilsyn med at helsepersonelloven og annen helselovgivning følges. Ved lovbrudd kan det gis advarsel, og i alvorlige tilfeller kan autorisasjon eller lisens tas fra helsepersonell. Straffereaksjon kan i særlige tilfeller være aktuell.⁷⁵

Den generelle *forsvarlighetsstandard* i helsepersonelloven § 4 gir muligheter til å vurdere ansvarligheten ved alle handlinger og unnlatelser i helsevesenet. Den viser til hva som er forsvarlig ut fra en helsefaglig vurdering. Statens helsetilsyn har ved sin aktive håndheving av denne bestemmelsen bidratt sterkt til rettsliggjøringen av helsevesenet de senere årene.

Offentlige tilsyn, domstolliknende klageordninger og ombudsordninger er blant de store *vektsnæringene* i moderne tid, og dette er en viktig del av rettsliggjøringen.

(4) Individansvar og systemansvar/samfunnsansvar

Når noe gikk galt i helsevesenet for noen tiår siden, kom det sjelden fram i dagens lys. Så kom jakten på syndebukker. I de senere årene har oppmerksomheten stadig blitt mer og mer rettet mot *systemfeil*. Dette har klare positive sider, men også negative.

Et viktig eksempel er *trikkedrapet* ved Bislett for noen år siden. En psykiatrisk pasient ble skrevet ut fra Ullevål sykehus, han reiste ned til byen, kjøpte seg en stor og farlig kniv, og gikk løs på passasjerene på trikken.

De første timene etter denne grufulle hendelsen ble oppmerksomheten rettet mot *ofrene* og mot *drapsmannen* som var på frifot. Men etter at han ble påbegrepet, ble fokus satt på *Ullevål sykehus* som hadde skrevet ham ut tidligere på dagen.

Det ser ut til at trikkedrapet har endt med at sykehuset ble skurken og at gjerningsmannen ble offer. Han krevde erstatning fra samfunnet, fordi det hadde gjort ham til drapsmann.

Det er nok mange som blir gjerningsmenn på grunn av oppvekstforhold og behandlingen fra storsamfunnets side. Men vi må etter min mening fortsatt opprettholde tesene om *viljens frihet* og *personlig ansvar*.

74 Aslak Syse, Materielle og prosessuelle skiller mellom pasientskaderett etter pasientskadeloven og etter alminnelig erstatningsrett, i *Velferd og rettferd*, Festskrift til Asbjørn Kjønstad 70 år, Oslo 2013 s. 587-601.

75 Se helsepersonelloven kapittel 11.

Systemfeilmodellen er ikke en juridisk, men en samfunnsvitenskapelig modell. Oppmerksomheten rettes mot samfunnsstrukturene og ikke mot aktørene. En slik *aktørlos strukturalisme* leter ikke etter gjerningsmannen for å vurdere hans skyld og ansvar. Dette har vært juristenes tradisjonelle arbeidsmåte.

Oslo tingretts dom i Breivik-saken er vår tids viktigste eksempel på at *det personlige straffeansvaret* ble avgjørende. De først oppnevnte psykiatere og påtalemaktens mente at Breivik skulle kategoriseres under sykdoms- og behandlingsmodellen. De juridiske dommerne hadde kunnskaper, klokskap og judisium til å til å velge den tradisjonelle strafferettsmodellen.

Noen nye trender

Fram mot årtusenskiftet skjedde det en meget sterk rettsliggjøring av hel-sevesenet. Viktigst var framveksten av en rekke pasientrettigheter, som snudde opp ned på gamle prinsipper om legemakt og paternalisme. Denne sterke trenden er senere til dels reversert. Mål/middel- og kost/nytte-tenkingen har fått betydelig innpass i helselovgivningen, og det har svekket rettighetspreget. Særlig viktig er de økonomiske virkemidlene i *Samhandlingsreformen*, som ble implementert ved ny lovgivning i 2011.

For det første inneholder loven om kommunale helse- og omsorgstjenester og forskrifter viktige bestemmelser om *kommunenes medfinansieringsansvar* for pasienter i spesialisthelsetjenesten. Kommunene skal dekke 20 prosent av utgiftene ved innleggelse i somatiske sykehus. Dette skal være en generell «bremsekloss» mot sykehusinnleggelser, og et *insentiv* for kommunene til å etablere egne tilbud.

For det andre skal kommunene dekke utgifter for *utskrivningsklare pasienter* som er i spesialisthelsetjenesten i påvente av kommunale tilbud. Det skal skje fra og med dag én, og med en sats på 4000 kroner per dag. Dette skal bidra til raskere utskrivninger av pasienter fra sykehus.

Kommunene tilføres penger fra helseforetakene for å kunne dekke slike utgifter, eller for å bygge ut egne hjelpetiltak. Kommunene blir «kapitalister», som skal motiveres til å tenke etter en insentivmodell på et marked. Men det dreier seg om et «kvasimarked», og det er store omkostninger ved ordninger hvor tjenester må prises og penger må overføres.⁷⁶ Jeg vil minne om at flere som har fått Nobelprisen i økonomi, er opptatt av *transaksjonsomkostninger*.⁷⁷

76 Asbjørn Kjønstad: Juridiske synspunkter på Samhandlingsreformen, *Tidsskrift for velferdsforskning* 2009 s. 276–289, på s. 279.

77 Den siste norskfødte som fikk prisen – Finn Kydland – framhevet regler som viktige i forhold til vurderinger.

Innleggelse i sykehus skjer ofte som øyeblikkelig hjelp. Ellers er det fastlegene og legevaktene som henviser til spesialisthelsetjenesten. Både leger som henviser til spesialisthelsetjenesten og leger som mottar henvisningene, skal følge helsepersonelloven § 4 om faglig forsvarlighet og de rettslige kriteriene for inntak av pasienter i pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 2. Men de kan også bli påvirket av den nye finansieringsmodellen som ble innført som et ledd i Samhandlingsreformen. Dette kan bidra til å svekke pasientenes rettigheter.

Fordeler og ulemper ved et rettighetssystem

Det er viktig å avveie fordeler og ulemper ved et rettighetssystem. Som *fordeler* vil jeg framheve: Borgerne kan *forutberegne* sin rettsstilling, rettigheter sikrer *nasjonal likhet* og en *forsvarlig minstestandard*, og det gir *rettssikkerhet* og *effektivitet* i saksbehandlingen.

Som andre fordeler ved et rettighetssystem vil jeg nevne at det kan være et virkemiddel for å sikre at den enkelte får *dekket sine behov*. Dertil behøver borgerne ikke å underkaste seg tjenestemennenes vurderinger med hensyn til behov, «verdighet» o.l.

Som *ulemper* ved et rettighetssystem vil jeg framheve at de vilkårene som på forhånd er oppstilt i lov og forskrift, *ikke passer* i alle enkelttilfeller. Dertil kan den enkelte bli så opptatt av å få tildelt tjenester at han eller hun ikke fokuserer så sterkt på å *løse sitt problem*.

Videre fører omfattende rettigheter for borgerne til forpliktelser for staten og for kommunene, og det svekker *Stortingets handlefrihet* og det *kommunale selvstyret*. Det er særlig politikere som hevder dette, og det er et paradoks. Først vedtar de lover som gir borgerne rettigheter og høster æren for det. Deretter framhever politikere synspunktene om tapt handlefrihet og styringsmuligheter.

Som andre ulemper ved et rettighetssystem vil jeg nevne at rettigheter som utløses ved sykdom, kan føre til en uheldig og overdreven medikalisering. Dertil trenger man ofte meget inngående opplysninger for å avgjøre om de lovbestemte vilkårene er oppfylt.

Mine hovedsynspunkter

Enkelte benytter begrepene rettigheter og rettsliggjøring som «fy-ord», men den oppfatningen deler ikke jeg. Det var plebeierne i det gamle Rom som hadde fordeler av at borgerne fikk rettigheter, at lovene ble nedtegnet og at de ble offentliggjort. Det er de fattige, de svakerestilte gruppene og den nedre middelklassen som først og fremst har hatt fordelene av velferdsret-

tighetene. Og alle samfunnsborgere har en trygghet ved at de får alderspensjon og hjemmebaserte helse- og omsorgstjenester når det blir nødvendig.

Etter min mening har *rettsliggjøringen* av velferdsordningene vært nødvendig. Da de enkelte velferdsordningene ble innført, ble de finansiert ved økte avgifter og skatter. Borgerne bør ikke være rettsløse, og de politiske makthavere til enhver tid og Finansdepartementet bør ikke ha fullt herredømme over disse enorme økonomiske midlene. Den eldre velferdsstaten fra de første to tredjedelene av 1900-tallet var fattig på rettighetsbestemmelser; den rettsliggjorte velferdsstaten fra siste tredjedel av 1900-tallet ble preget av rettighets- og rettssikkerhetssyndromet.

Nå mener jeg at rettsliggjøringen har kommet til et *optimalt nivå*. Vi kan fornemme konturene av en ny velferdsstat, og jeg ser *to faresignaler*:

Den ene knytter seg til en omfattende lovgivningsaktivitet, som fører til stadig flere *detaljregler* og *høy kompleksitetsgrad*. Det er behov for å bremse denne utviklingen, og i stedet foreta store forenklinger av lovverket. Ethvert byggverk bør *rehabiliteres* med jevne mellomrom, slik det ble gjort med folketryktdoven fram til 1997. Det er ikke lett å få politikere til å sette i gang og støtte denne formen for juridisk kreativt og hardt arbeid.

Det andre faresignalet som jeg ser, knytter seg innføringen av stadig flere bestemmelser som viser til *måll/middel-tenkning*, *kost/nytte-vurderinger*, økonomiske *insentiv-modeller* og *skjønnsmessige vurderinger*. Det fører til at økonomitenkning ikke bare får stor betydning for de økonomiske rammene for de enkelte velferdsordningene, men også i saker som gjelder enkeltindivider. Hvis dette fortsetter, kan det juridiske paradigmat bli vesentlig svekket. Maktutredningens framheving av betenkelighetene ved rettsliggjøringen kan ha medvirket til at det juridiske paradigmat tillegges mindre vekt enn tidligere.

Til slutt vil jeg vende meg mot *Grunnloven* og konstitusjonell rett, hvor Frede Castberg var min store læremester. Velferdsstaten er bygd med hjemmel i Grunnlovens bestemmelser om Stortingets lovgivnings-, beskatnings- og bevilgningsmyndighet, men er i liten grad vernet av Grunnloven.⁷⁸

I 2009 satte Stortingets presidentskap i gang et utredningsarbeid om innpassing av menneskerettigheter i Grunnloven. Arbeidet ble ledet av Inge Lønning, som hadde vært professor i teologi, rektor ved Universitetet i Oslo og president i Lagtinget. I kommisjonens forslag til nye bestemmelser i Grunnloven har velferdsrettigheter fått en viss plass i § 114: «Det påligger

78 Asbjørn Kjønstad: Grunnlovvern for sosiale rettigheter, særlig enkepensjon, i Jørgensen og Kristiansen (red.), *Sosialrettlige utviklinger og utfordringer*, København 2008 s. 63–78.

statens myndigheter ... å fremme befolkningens helse og sikre retten til nødvendig helsehjelp».⁷⁹

Planen har vært at forslagene fra Menneskerettighetskommisjonen skal vedtas i forbindelse med 200-års jubileet av *Grunnloven* 17. mai 2014. En vedtakelse av forslaget til § 114 vil først og fremst ha en *symbolverdi*; det er usannsynlig at det vil føre til økte utgifter for staten og kommunene. Etter min mening er helsetjenestene og velferdsstaten en så viktig del av vår statsdannelse at den ikke lenger bør være usynlig i Grunnloven.

Asbjørn Kjønstad
asbjorn.kjonstad@jus.uio.no
Institutt for offentlig rett
Universitetet i Oslo
Postboks 6706 St. Olavs plass
0130 Oslo

79 Dok. 16 (2011–2012). *Rapport til Stortingets presidentskap fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven.*