



FORSVARLIG BEHANDLING OG AVVEINING AV RETTIGHETER

Henriette Sinding Aasen (UiB)

Helserettskonferansen

Høgskolen i innlandet, 3-4 mars 2020

Oversikt

- Velferdsstat, helsetjeneste og menneskerettigheter
 - Rettighetene til liv, helse, autonomi, privatliv: menneskerettslig rammeverk
- Rettighetskonflikter
 - 1) Konflikt mellom individuell autonomi og vern om liv/helse: om rettighetsavveining på individnivå (dom av Oslo tingrett, kommunehelsetjenesten)
 - 2) Konflikt mellom individ og fellesskap mht tilgang til helsetjenester
- Hvilke dilemmaer løser autonomiprinsippet? Hvilke løses ikke?
- Betydningen av forsvarlighetskravet på begge nivåer
 - Forsvarlig helsehjelp, forsvarlige prioriteringer

Menneskerettighetenes status

- «Denne **Grunnlov** skal sikre...menneskerettighetene» (§2)
- Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett 21. mai 1999 nr. 30 (**menneskerettsloven**)
 - «Bestemmelsene i konvensjoner ... som er nevnt i § 2 skal ved motstrid gå foran bestemmelser i annen lovgivning» (§ 3)

Menneskerettsloven

- Inkorporerer
 - Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK)
 - Konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK)
 - Konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (SP)
 - Barnekonvensjonen (BK)
 - Kvinnediskrimineringskonvensjonen (KDK)

Retten til liv

- «Retten for enhver til livet skal beskyttes ved lov ...» (EMK artikkel 2.1)
 - Innebærer at staten har en plikt til **aktivt å beskytte menneskelivet**, og **treffe tiltak for å forhindre dødsfall som kan forebygges** (*Kilinc v Turkey*, *Keenan v UK*, *Dodov v Bulgaria*)
 - Sørge for effektiv regulering og kontroll når menneskeliv er i fare «with regard to **any public activity**» (*Öneryildiz v Turkey*)
 - Dette omfatter **vern om personer som det offentlige har et omsorgsansvar for**

Dom i Oslo tingrett (2015)

- To gamle kvinner som ble funnet døde i tilknytning til eget hjem, under objektivt sett **uverdige** forhold.
 - 1) **Kvinne diagnostisert med alvorlig demens frøs i hjel utenfor eget hjem.** Svikt i kommunens helse- og omsorgstjeneste førte til at hun ikke fikk den omsorgen hun trengte, verken øyeblikkelig eller nødvendig helsehjelp. Pårørende ba om sykehjemsplass, noe kvinnen selv aksepterte, men fikk ikke døgnbasert hjelp
 - **Ingen rettighetskonflikter, men et eklatant eksempel på rettighetsbrudd (liv og helse) og brudd på forsvarlighetskravet.** Oslo kommune ble frikjent, dommen ble ikke anket

«Forsvarlig eldreomsorg? Et kritisk blikk på dom avsagt av Oslo tingrett» (Aasen, i boka *Selvbestemmelse og tvang i helse- og omsorgstjenesten*, Østenstad et al red., Fagbokforlaget 2018)

Rettenns vurderinger

- «... [E]n epikrise med konklusjonen «demens i alvorlig grad» [bør] i seg selv medføre en rask saksbehandling og avklaring med hensyn til om det skal være permanent sykehjemsplass, rullerende korttidsopphold i sykehjem eller fortsatt en tid bare hjemmesykepleie ... I tillegg burde den akutte forvirringstilstanden de siste dagene som hun levde, ha blitt gjenstand for nærmere medisinsk oppfølging og eventuelt innleggelse. Med noe enklere regelverk og bedre samhandling er det grunn til å anta at [kvinnen] hadde vært på sykehjem i løpet av 2009» (dommen s. 8-9).

Retten til privatliv

- «1. **Enhver** har rett til respekt for sitt **privatliv ...**
- 2. Det **skal ikke skje noe inngrep** av offentlig myndighet i utøvelsen av denne rettighet unntatt når dette er **i samsvar med loven** og er **nødvendig** i et demokratisk samfunn **av hensyn til** den nasjonale sikkerhet, offentlige trygghet eller landets økonomiske velferd, for å forebygge uorden eller kriminalitet, for å **beskytte helse** eller moral, eller for å beskytte andres rettigheter og friheter.»

EMD-praksis

- EMD har i flere saker slått fast at EMK artikkel 8 omfatter vern mot tvungen helsehjelp eller inngrep som ikke er basert på et gyldig **samtykke**
- *Pretty v the UK, Glass v the UK, Storck v Germany, Jehova's Witnesses of Moscow and others v Russia*

Saksforhold 2 (Oslo tingrett)

- 2) Gammel dame (92) døde alene i eget hjem, omgitt av søppel, etter å ha motsatt seg hjelp i lang tid. Uklar dødsårsak
 - Hun ‘**avviste hjelp fra alle**’, og ble beskrevet som ‘innadvendt, sta, sky og vanskelig å forholde seg til’ (dommen s. 9). Kommunen vurderte henne som **beslutningskompetent** og at det **ikke var grunnlag for tvungen omsorg**. Respekt for selvbestemmelse og privatliv medførte at hun ikke fikk hjelp. Det kan ikke utelukkes at livet ble kortere enn om hun hadde fått mer helsehjelp og tilsyn.
 - **Rettighetskonflikt: liv og helse vs selvbestemmelse og privatliv**

Rettenns vurderinger

- Oslo tingrett antok at kvinnen kunne lide av såkalt ‘ekstrem selvneglisjering (tidligere Diogenes´ syndrom) som innebærer ekstrem urenslighet i boligen, svært mangelfull personlig hygiene, aleneboende, samlemani og likegyldighet vedrørende boligens tilstand’ (dommen s. 11). Retten uttalte at **for personer med denne tilstanden ‘er det generelt svært vanskelig å yte hjelp bortsett fra dem som åpenbart har demens eller schizofreni, og dette var ikke tilfellet for [kvinnen]’** (s. 11). Basert på bevisføringen la retten til grunn at kvinnen **‘døde slik hun selv ønsket det: hjemme i vante omgivelser uten andre til stede’** (s. 11).
- Retten **la vekt på hennes rett til privatliv**, at hun hadde beslutningskompetanse og dermed **rett til å motsette seg kommunens hjelp**. Emm forsvarlig å legge dette til grunn ut fra domspremissene

Vernet om autonomi og privatliv

- Handler om **respekt for enkeltmenneskets vilje og personlighet** i møte med helsetjenesten
 - Er en viktig **rettssikkerhetsgaranti** for individet i et fritt samfunn
 - Men vernet om personens liv og helse kan bli svakere, ved at risikoen for død, skade og uhelse øker gjennom utøvelse av retten til å motsette seg hjelp
 - NB Utgjør **ingen garanti for objektivt sett forsvarlige tjenester**
 - Folk kan samtykke til hjelp, og likevel motta et uforsvarlig tilbud, jf kvinne I, som hadde et stort behov for, og ønsket, hjelp, men endte opp med å lide en uverdigg død (fryse i hjel utenfor eget hjem)

Kravet om forsvarlighet (oversikt)

- Omfatter tjenestehandlinger utført av individer/helsepersonell og institusjoner
- Handler om **krav til tjenestenes innhold og kvalitet**
- Omfatter både **objektive faglige** krav og respekt for pasienters **subjektive** ønsker
 - Krever **forsvarlig avveining** av rettighetene til liv, helse og autonomi, både på **individ-** og **samfunnsnivå**
 - Avveininger i samsvar med **menneskerettslige** krav

Forsvarlighet

- «Helsepersonell **skal** utføre sitt arbeid i samsvar med de krav til **faglig** forsvarlighet og **omsorgsfull** hjelp som kan forventes ut fra helsepersonellets kvalifikasjoner, arbeidets karakter og situasjonen for øvrig»
- Kommunen **skal** tilrettelegge tjenestene slik at:
 - a. den enkelte pasient eller bruker gis et **helhetlig og koordinert** helse- og omsorgstjenestetilbud
 - b. den enkelte pasient eller bruker gis et **verdig** tjenestetilbud ...»

Helsepersonelloven § 4, 1. ledd; Helse- og omsorgstjenesteloven § 4-1

Verdighet – en del av forsvarlighetskravet

- Ivaretagelse av grunnleggende behov med respekt for det enkelte menneskets selvbestemmelse, egenverd og livsførsel
- Opplevelse av respekt, forutsigbarhet og trygghet
- Sikre at pasienten får nødvendige tjenester til rett tid
- Behandling, rehabilitering, pleie og omsorg tilpasset den enkelte
 - Inkl tilbud tilrettelagt for personer med demens
- Verdig livsavslutning i trygge og rolige omgivelser

Forskrift om kvalitet i pleie- og omsorgstjenestene av 27.6.2003 nr. 792 (verdiene er generelle)

Forsvarlig rettighetsavveining?

- Pasient- og brukerrettighetsloven § 4A-3 om **adgang til å bruke tvang** mot pasienter uten samtykkekompetanse som motsetter seg helsehjelp:
 - «Selv om vilkårene i første og andre ledd er oppfylt [risiko for vesentlig helseskade ved unnlatt behandling, helsehjelpen anses for nødvendig og forholdsmessig], **kan helsehjelp bare gis der dette etter en helhetsvurdering framtrer som den klart beste løsningen for pasienten**» (3. ledd).

Emm uttrykk for avveining av rettigheter i konflikt (samme person), i tråd med EMK artikkel 8. Tilsvarende vurdering kan enkes overfor barn («barnets beste»)

Forsvarlig rettighetsavveining?

- Helsepersonelloven § 7 om øyeblikkelig hjelp:
 - «Helsepersonell **skal** straks gi den helsehjelp de evner når det må antas at hjelpen er påtrengende nødvendig. Med de begrensninger som følger av pasient- og brukerrettighetsloven § 4-9 [bl a om døendes rett til å nekte behandling og rett til å motsette seg blodoverføring], **skal nødvendig helsehjelp gis selv om pasienten ikke er i stand til å samtykke, og selv om pasienten motsetter seg helsehjelpen**» (1. ledd).
 - Gjelder selv om pasienten som motsetter seg helsehjelp er beslutningskompetent og på forhånd har gitt uttrykk for at øyeblikkelig hjelp ikke ønskes
 - Forholdet til EMK artikkel 8: Gir bestemmelsen for vid adgang til å iverksette øyeblikkelig hjelp på personer som ikke ønsker dette, f eks personer som er alvorlig syke, men ikke døende? Bestemmelsen har blitt kritisert for å gå lenger i å begrense selvbestemmelsesretten enn det som er nødvendig og forholdsmessig, altså at hensynet til liv og helse er tillagt for stor vekt (bl.a Bahus 2014; Aasen 2019)

Statens overordnede ansvar for helse

- «Konvensjonspartene **anerkjenner** retten for enhver til **den høyest oppnåelige helsestandard** både fysisk og psykisk» (artikkel 12.1).
- Konvensjonspartene **skal** iverksette **tiltak** som er **nødvendige** bl a for å «[f]orebygge, behandle og kontrollere ... sykdommer» og for å «[s]kape vilkår som trykker **alle** legebehandling og pleie under sykdom» (artikkel 12.2. c og d)

Konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK) artikkel 12

Særtrekk ved ØSK artikkel 12

- Handler ikke om den enkelte borgers rett til helsehjelp, men om **statens overordnede ansvar** for helse og at alle har adekvate helsetilbud
- Statsforpliktelsen er **standardpreget** og **relativ**; dvs tilpasset ulike lands ressurser og utviklingsnivå
- «Sørge for-ansvar» (staten «**skal iverksette** tiltak som er **nødvendige ...**»)
- **Individet settes ikke i en direkte rettighetsposisjon** overfor staten mht tilgang til helsehjelp
 - Gir staten ganske stort økonomisk, politisk og helsefaglig handlingsrom mht valg av tiltak

Den offentlige forpliktelsen

- Sørge for **tilgjengelige og akseptable helsetjenester av god kvalitet** til **alle** grupper, ikke minst til **utsatte** grupper som kan ha vansker med selv å oppsøke hjelp eller uttrykke et hjelpebehov
- Tjenestene skal tilpasses behovene til ulike grupper
- Forbud mot diskriminering (usaklig forskjellsbehandling, manglende tilrettelegging)

[ØSK-komiteen](#), Generell kommentar nr. 14 (2000) om retten til den høyest oppnåelige helsestandard, avsnitt 12 og 18

Individ, samfunn og retten til helsehjelp

- ØSK artikkel 12 etablerer et statlig sørge for-ansvar for helsetjenesten, gir overordnede retningslinjer for statenes regulering
 - **Kjerneforpliktelser** må oppfylles for alle (grunnleggende helsetilbud: øyeblikkelig hjelp, vanlige primærhelsetjenester)
 - Staten **skal sørge for** ressursfordeling som sikrer **likeverdige** tilbud (“retten for enhver til den høyest oppnåelige helsestandard»). Forutsetter **forsvarlig ressursbruk og systematisk prioritering**
 - ØSK understøtter ikke ubegrensede individuelle rettskrav på helsehjelp
 - Individuelle rettigheter til helsehjelp er ingen garanti for forsvarlig fordeling og likeverdige tilbud til alle grupper
 - Autonomiprinsippet (retten til å motsette seg hjelp) er irrelevant for spm om fordeling

Eriksson (1995) – noen advarsler

- Sosiale rettigheter **kan** innebære
 - Grenseløshet
 - Usolidariske krav
 - At individet fritas for ansvar for egen situasjon
- ”Medan liberalismen søker svaret på **alla** moraliska, politiska och rättsliga problem utifrån en **rättighetsetik**, tror jag att vi som vill övervinna liberalismen måste söka svaret i en **ansvarsetik**”
(Ansvarsetik eller rättighetsmoral? Ett diskussionsinlägg om välfärdsstatens kris, *Retfærd* 69, 1995, s. 10)

Prioritering ut fra saklige kriterier

- Etablering av «**principled criteria**» for allokering av begrensede ressurser er et element i å oppfylle forpliktelsene etter ØSK og andre internasjonale instrumenter («leave no one behind»)
- Fravær av rasjonelle kriterier, og tilfeldig ad hoc-preget eller opportunistisk bruk av helseressurser, vil lett kunne stride mot ØSK

Arosemena, *Rights, Scarcity, and Justice*, 2014

Forsvarlig prioritering?

- Vurdering av om det foreligger
 - Et prioritert **område**?
 - Et **tydelig skille** mellom prioritert område og ikke-prioritert område (periferi)?
 - **Konsistent behandling** i samsvar med det prioriterte området?

Det prioriterte området

- Er det **rettferdiggjort** på en åpen og demokratisk måte?
- Er reguleringen **forutberegnelig**?
- Er det prioriterte området tilgjengelig for **alle** innbyggere?
- Er det rettslig vernede prioriteringsområdet **motstandsdyktig** mot økonomiske svingninger?

Forsvarlig prioritering?

- Den rettslige kontrollen bør være strengere jo viktigere rettsgode
- Norsk regulering
 - «**Øyeblikkelig**» hjelp (klar individuell rett) **prioritering skal ikke skje**
 - «**Nødvendig**» hjelp (individuell rett, men mer skjønns- og standardpreget)
 - **Annen hjelp** (politiske overveielser om den skal tilbys, ikke-bindende regulering, kun prøving av om helsetjenesten sørger for **likebehandling** og treffer **saklige** avgjørelser ut fra regelverket)

Pasient- og brukerrettighetsl. §§ 2-1 a og 2-1 b

Prioriteringsforskriften § 2 om rett til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten

- Pasienten har rett til **nødvendig** helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten etter pasient- og brukerrettighetsloven § 2-1b andre ledd, når:
 - a) pasienten kan ha **forventet nytte** av helsehjelpen **og**
 - b) **den forventede ressursbruken står i et rimelig forhold til den forventede nytten av helsehjelpen.**
- **Forventet nytte** av helsehjelpen vurderes ut fra om kunnskapsbasert praksis tilsier at helsehjelpen kan øke pasientens livslengde og/eller livskvalitet gjennom å gi økt sannsynlighet for:
 - a) **overlevelse eller redusert funksjonstap**
 - b) **fysisk eller psykisk funksjonsforbedring**
 - c) **reduksjon av smerter, fysisk eller psykisk ubehag**

Avslutning

- **Menneskerettighetene** er forpliktende og sentrale i helse- og velferdsretten
- Spenninger mellom retten til **privatliv, selvbestemmelse, liv og helse** utgjør vedvarende dilemmaer for lovgiver, staten, kommuner og helsearbeidere
- Stat og kommune er ansvarlige for å gi effektivt vern om rettighetene og foreta **forsvarlige, saklige og forholdsmessige** avveininger, både i lovgivning og i praksis
 - Overfor den enkelte
 - Mellom individ og samfunn mht tilgang til og fordeling av helseressurser



«Livshjulet» -
individ, fellesskap,
avhengighet,
ansvar

Statue av Gustav Vigeland
(1934)

-som for øvrig vakte en viss
forargelse fordi Oslo kommune
ikke informerte borgerne om de
store kostnadene knyttet til
denne og andre statuer i
Vigelandsparken