

Hvilken rettskildemessig vekt har uttalelser i statlige rundskriv og veiledere når kommuner og fylkeskommuner skal ta stilling til rettslige spørsmål?

Innholdsfortegnelse

1.	Innledning	2
1.1	Nærmere om temaet.....	2
1.2	Juridisk metode - lovens ordlyd som den sentrale kilde	3
2.	Det teoretiske perspektivet – hvordan juridisk teori har tilnærmet seg spørsmålet	4
2.1	Relevans.....	4
2.2	Sivilombudets uttalelser	5
2.3	Justisdepartementets lovavdeling.....	6
3.	Gjelder det særlige regler i forholdet mellom stat og kommuner?.....	6
3.1	Innledning – enkelte overordnede synspunkter	6
3.2	Hvilken faktisk betydning har uttalelser i veiledere for kommuner?.....	6
3.3	Har Grunnloven § 49 andre ledd betydning for den rettskildemessige vekten?	7
3.4	Er det kommunale selvstyret selv relevant som tolkningsmoment?	8
4.	Bruk av statlige rettsoppfatninger i rettspraksis – vekt.....	9
4.1	Innledning.....	9
4.2	Generelt om rettspraksis.....	9
4.3	Eksempler på dommer hvor Høyesterett har vært uenig i statlige uttalelser	10
4.4	Eksempler på at Høyesterett har tillagt statlige uttalelser vekt.....	11
4.5	Sivilombudets uttalelser i rettspraksis	13
4.6	Oppsummering.....	13
5.	Gjelder det en annen rettskildelære ved rettslige standarder – hva gjelder i helseretten? .	14
5.1	Innledning – enkelte generelle bemerkninger	14
5.2	Særlig om innholdet i forsvarlighetskravet i helseretten.....	15
5.3	Særlig om helse- og omsorgstjenesteloven § 12-5	18

1. Innledning

1.1 Nærmere om temaet

Vi har i et fagnotat publisert 25. mars 2025 redegjort for at statlige retningslinjer og veiledere på sektorområder ikke i tilstrekkelig grad fremstiller det rettslige innholdet i det kommunale selvstyre¹. Bakgrunnen er den sterkere stilling som det kommunale selvstyre de siste årene har fått i regelverket, samtidig som nyere undersøkelser viser at statsforvaltningen ikke har endret praksis². I dette fagnotatet drøfter vi hvilken rettskildemessig vekt uttalelser i statlige retningslinjer, veiledere, rundskriv og andre tolkningsuttalelser har ved tolkning av lover. I det følgende brukes uttrykket statlige veiledere eller bare veiledere som en fellesbetegnelse for de nevnte kildene.

I mange tilfeller vil lovens ordlyd, forarbeider og rettspraksis ikke gi entydige svar på rettsspørsmål. Spørsmålet er da hvilken vekt som skal legges på tolkningsuttalelser i statlige veiledere, hvor veilederen behandler det aktuelle spørsmålet. Hvor en lovbestemmelse fastsetter en såkalt «*rettslig standard*», vil målestokker utenfor loven, ofte faglige vurderinger, kunne være sentrale for tolkningen av regelens innhold. Spørsmålet er da hvilken vekt og betydning statlige uttalelser om faglige spørsmål har for vurderingen av lovens innhold.

Den rettskildemessige vekten slike uttalelser eventuelt kan tillegges, beror på den alminnelige rettskildelæren, slik den er utviklet i rettspraksis. Det er relevansen og vekten av uttalelser i veiledere som knytter seg til rettsregler som håndheves av domstolene, som her skal vurderes. Hvor det foreligger lovhjemmel for tilsyn, skal tilsynsmyndighetene prøve lovligheten, og skal da legge til grunn tilsvarende vurderinger som domstolene³.

Uttalelser i veiledere og rundskriv kan også inneholde informasjon om faglige vurderinger, praksis, normer som ikke er rettslige mv, og som domstolene eller tilsynsmyndighetene ikke skal prøve. Det er for eksempel innenfor helse retten, og kravet der til forsvarlighet, skilt mellom forsvarlighetskravets nedre grense, som er en rettslig norm som forplikter kommunene, og den delen av forsvarlighetskravet som knytter seg til hva som er «*god praksis*», som ikke på samme måte er rettslig forpliktende for kommunene. Dette i den forstand at den sistnevnte delen av normen ikke etterprøves av domstolene eller tilsynsmyndighetene. Uttalelser i statlige veiledere kan imidlertid belyse begge sidene av forsvarlighetskravet. Temaet for dette fagnotatet er statlige uttalelsers betydning for tolkning av den bindende rettslige normen som domstolene og tilsynsmyndighetene etterprøver. Trangere økonomiske tider, og også mangel på tilstrekkelig helsepersonell, gjør at det for

¹ Se lenke til fagnotatet publisert 25. mars 2025 «Statlige retningslinjer og veiledere – hvordan fremstilles og vektlegges det kommunale selvstyre og hvordan vil KS arbeide for å endre praksis?» - se lenken: [Bruk av statlige informasjonstiltak rettet mot kommunesektoren - Hjem](#)

² Se henvisninger til FOU rapport om «det rettslige innholdet i det kommunale selvstyre, i lys av nyere lovgivning» ved Holthe & Vinge, Sigrid Stokstad, Eivind Smidt og Oslo Met/NIBR (herunder FOU rapport om innholdet i det kommunale selvstyre) og FoU rapport om «Hvor egnet er lovgivning i styring av kommunesektoren» ved Lund & Co og BDO i fagnotatet punkt 1.2

³ Se Ot.prp. 97 (2005-2006) punkt 11.2 og kap. 6 hvor det fremgår at tilsynsmyndigheten ikke skal prøve kommunene lenger enn hva domstolene gjør, slik at prøvingsintensiteten for tilsynsmyndighetene skal være det samme som for domstolene

kommunesektoren er viktig at veiledere og retningslinjer skiller mellom hva kommuner er rettslig forpliktet til, og hva som er opp til kommunens skjønn.

Vi skal i dette fagnotatet først se på hvilken vekt og relevans statlige uttalelser har ved mer ordinær lovtolkning. Dernest skal vi se på hvilken betydning statlige uttalelser om faglige standarder har ved tolkning av rettslige standarder, hvor vi særlig skal se på forsvarlighetskravet innenfor helse retten.

1.2 Juridisk metode - lovens ordlyd som den sentrale kilde

Den juridiske metoden er basert på en regelstyrt prosess som i juridisk teori kalles for rettsanvendelsesprosessen. Målet med denne prosessen er å klarlegge en rettsregel, som deretter kan subsumeres under et konkret faktum. For å komme frem til en rettsregel anvendes tre grunnleggende prinsipper: relevansprinsippet, slutningsprinsippet og vektingsprinsippet. Relevansprinsippet hjelper rettsanvenderen i å finne fram til hvilke rettskildefaktorer som skal anvendes i en tolkningsprosess. Slutningsprinsippene dreier seg om hvordan hver enkelt rettskildefaktor skal forstås, og hvilken slutning som dermed trekkes ut av hver enkelt rettskilde. Vektingsprinsippene omhandler hvilken vekt slutningene som utledes av de ulike rettskildefaktorene skal tildeles.

For at en rettsregel skal kunne anvendes på et konkret faktum, må også faktumet klarlegges. Dette skjer gjennom bevisbedømmelsen i rettsanvendelsen. Bevisbedømmelsen omhandler reglene om hvordan bevisene i saken skal vurderes, slik at et faktum kan legges til grunn⁴. Når faktumet er klarlagt, kan rettsregelen subsumeres på det konkrete faktumet. Rettsregelen må altså passe til det faktumet som er bevist, og dette viser det sentrale samspillet mellom bevisbedømmelsen og subsumsjonen. Boe beskriver subsumsjonen som en metode som kombinerer logikk og verdilære⁵. Den logiske delen fremgår av at det må vurderes om rettsregelen passer på det konkrete faktumet rent faktisk. Altså er betingelsene som utledes av regelen til stede i virkeligheten. Eksempelvis kan det utledes av straffeloven § 275 at enhver som tar en annens liv, straffes i samsvar med straffebudet. Hvis offeret ikke faktisk døde, men ligger i koma, er dermed ikke betingelsene for å anvende straffebudet til stede i virkeligheten. Verdilærens plass i subsumsjonsdelen ser man for eksempel i forsvarlighetskravet i helsepersonelloven (heretter hpl.) § 4 første ledd. Hvorvidt vilkåret om «*faglig forsvarlighet*» er oppfylt i den konkrete saken, beror ikke bare på logikk, men også verdivurderinger.

Det klare utgangspunktet i norsk rett er at lovens ordlyd er den mest tungtveiende rettskildefaktoren, noe som begrunnes i folkesuverenitetsprinsippet og hensynet til forutberegnelighet. Ettersom mange av forvaltningens beslutninger griper inn i enkeltpersoners rettsstilling, får utgangspunktet enda sterkere forankring innen forvaltningsretten, jf. legalitetsprinsippet i Grunnloven (heretter Grl.) § 113. Det er Stortinget som er tillagt lovgivningsmyndigheten i Norge, jf. Grl. § 49. I samsvar med maktfordelingsprinsippet har den utøvende makt i utgangspunktet ikke tilsvarende myndighet eller rolle.

Ved vedtakelsen av Grl. § 49 andre ledd, som fastsetter viktige elementer i det rettslige rammeverket for det kommunale selvstyre i enhetsstaten Norge, ble dette rettslige utgangspunktet også forsterket i relasjonen

⁴ Boe, Grunnleggende juridisk metode 2012 s. 63

⁵ Boe, Grunnleggende juridisk metode 2012 s. 65

mellom stat og kommuner⁶. Når staten skal styre kommuner, må dette skje gjennom «lov» vedtatt av Stortinget, eller av forskrift med hjemmel i lov, jf. Grl. § 49 andre ledd, andre setning. Det innebærer at legalitetsprinsippet også gjelder for kommuner⁷. Rettsregler fastsatt av staten mot kommuner, som begrenser kommunalt selvstyre, kan imidlertid reise noen særlige problemstillinger. Disse særlige problemstillingene behandles nedenfor under punkt 3.

2. Det teoretiske perspektivet – hvordan juridisk teori har tilnærmet seg spørsmålet

2.1 Relevans

Ved vurderingen av statlige veilederes betydning i rettskildelæren må både deres relevans og vekt vurderes. Et naturlig startpunkt er å avklare hvilken relevans de har som rettskildefaktor. Både Boe og Eckhoff plasserer slike kilder innenfor kategorien «*rettsoppfatninger*»⁸, og anerkjenner dermed statlige veiledere som relevante rettskilder. De omtales imidlertid som såkalte «*myke*» rettskildefaktorer⁹. Dette tilsier at de først og fremst får betydning som støtteargumenter ved vurderingen av mer tungtveiende rettskilder. Det at de plasseres innenfor kategorien «*rettsoppfatninger*» tilsier at det dreier seg om et vidt spekter av kilder. Forvaltningens rettsoppfatninger kan komme til uttrykk i mange former. Selve begrepet tilsier at det ikke er formen som er avgjørende, men hvilken slutning som kan trekkes ut av kilden, og som dermed utgjør det relevante argumentet.

Det skilles i rettskildelæren mellom forvaltningspraksis som rettskilde, og forvaltningens rettsoppfatninger som rettskilde. I dette notatet rettes fokuset først og fremst mot forvaltningens rettsoppfatninger. Det vil si i hvilken grad forvaltningens rettssyn i seg selv kan tillegges vekt som en rettskildefaktor. Vi skiller altså mellom forvaltningens standpunkt i seg selv, og hvor god argumentasjon som forvaltningen har for sitt standpunkt, altså overbevisningsverdien. Hvilken vekt *forvaltningspraksis* kan ha som rettskilde behandles ikke her.

Selv om teoretikerne ikke er enstemmige, er det i stor grad Boe sitt standpunkt som ser ut til å ha fått størst tilslutning. Boe mener at det er «*forvaltningens kyndighet, erfaring og organisasjonsstruktur(...)*» som begrunner at deres rettsoppfatninger kan være relevante¹⁰. Dette samsvarer med oppfatningen til Eckhoff, Bernt og Mæhle, mens usikkerheter hos andre teoretikere som Andenæs, fremstår som begrepsuklarhet fremfor en reell motstand mot den potensielle relevansen¹¹.

Boe bemerker videre at det vil være en forskjell avhengig av hvem som er rettsanvenderen, og at forvaltningens rettsbetraktninger har klar relevans for underordnede organer¹². Det er et grunnprinsipp i norsk forvaltningsrett at overordnede forvaltningsorganer har instruksjonsmyndighet overfor underordnede

⁶ FoU-rapporten om det rettslige innholdet i selvstyret s. 44. Se videre om FOU rapporten i lenke til fagnotat som vist til i fotnote 1

⁷ FoU rapporten om det rettslige innholdet i selvstyre s. 52

⁸ (Boe, s. 180, 2010)

⁹ (Boe, s. 180, 2010)

¹⁰ (Boe, 2021, s. 438)

¹¹ (Boe, 2021, s. 439)

¹² (Boe, 2021, s. 440)

organer. For statens hierarkiske organisasjon følger det også av Grl. § 3. Dette gjelder også forvaltningsorganets rettsanvendelse. Et overordnet organs syn på et rettsspørsmål, vil dermed i praksis ofte få særlig betydning for underordnede organers rettsanvendelse. Både dette, og det som fremgår av avsnittet ovenfor, tyder på at relevansen får størst betydning internt i forvaltningen. Boe skiller i sin vurdering ikke mellom statlig forvaltning og kommunal forvaltning. Kommuner er ikke en del av statens hierarkiske organisasjon. Spørsmålet om hvilken betydning uttalelser i statlige veiledere skal ha for kommunal sektor, krever derfor en nærmere drøftelse, jf. nedenfor under punkt 3.

Ved vurderingen av betydningen av statlige uttalelser er det også interessant å se nærmere på hvordan juridisk teori har vurdert uttalelser fra Sivilombudet. I teorien er også uttalelser fra Justisdepartementet drøftet særskilt. Nedenfor vil det derfor først gis en kort gjennomgang av teoriens vurdering av uttalelser fra disse organene.

2.2 Sivilombudets uttalelser

På samme måte som statsforvaltningen utøver også Sivilombudet en kontrollfunksjon overfor kommuner og fylkeskommuner. Sivilombudet utfører etter Sivilombudsloven av 18. juni 2021 en parlamentarisk forankret forvaltningskontroll på vegne av Stortinget. For å vurdere rettskildevekten av statsforvaltningens uttalelser er det likevel av en viss interesse også å se hvilken vekt uttalelser fra Sivilombudet har ved tolking av lov.

I juridisk teori har Fleischer hevdet at Sivilombudets uttalelser ikke kan «(...) avgjøre eller bidra til å avgjøre (...) hva som er gjeldende rett»¹³. Skoghøy mener at uttalelsene bare skal få betydning i den grad de er overbevisende eller har ført til etablering av forvaltningspraksis¹⁴. De hevder altså at slike uttalelser ikke får selvstendig relevans ved rettsanvendelsesprosessen.

Boe mener derimot at Sivilombudets uttalelser vil ha relevans som følge av den særegne fagkyndigheten som ombudet innehar¹⁵. Boe beskriver det som etter omstendighetene «*illojalt*» dersom forvaltningsorganer ikke bruker uttalelsene fra Sivilombudet ved rettsanvendelsen, sett hen til den kontrolloppgaven Sivilombudet er tildelt av Stortinget¹⁶. Dessuten vil det stadige behovet for rettsavklaring på forvaltningsrettens område, slik Boe ser det, tale for at Sivilombudets uttalelser skal anses som en relevant rettskilde¹⁷.

Stortinget har selv i lovforarbeidene understreket at det generelt forventes at forvaltningen retter seg etter ombudets syn. Det uttales blant annet i [Innst. 409 L \(2020–2021\) s. 39](#):

«Komiteen vil understreke at det er en klar forventning fra Stortingets side om at forvaltningen retter seg etter ombudets uttalelser. Dette er en grunnleggende forutsetning for den parlamentarisk forankrede forvaltningskontrollen, også der forvaltningen er uenig med ombudet.»

Høyesterett har, i motsetning til ved statlige tolkningsuttalelser, også prinsipielt uttalt seg om den rettskildemessig vekten av uttalelser fra Sivilombudet. Det behandles i punkt 4.5 nedenfor.

¹³ (Fleischer, 1998 s. 295)

¹⁴ (Boe, 2021, s. 453)

¹⁵ (Boe, 2021, s. 454-455)

¹⁶ (Boe, 2021, s. 455)

¹⁷ (Boe, 2021, s. 455)

2.3 Justisdepartementets lovavdeling

Ved vurderingen av uttalelser fra Justisdepartementets lovavdeling står igjen Fleischer og Skoghøy i opposisjon mot Eckhoff, Helgesen, Bernt, Mælle, Arli, Backer, Andenæs og Boe¹⁸. Det dreier seg om de samme argumentene, og vi nøyer oss med å fremheve Boes synspunkt om hvorfor det er en relevant rettskildefaktor. Igjen dreier det seg om den faglige og juridiske dyktigheten som departementet består av, som dermed gjør at forvaltningsorganer kan bruke deres uttalelser som en faktor ved vurderingen av rettslige spørsmål¹⁹.

3. Gjelder det særlige regler i forholdet mellom stat og kommuner?

3.1 Innledning – enkelte overordnede synspunkter

Som det fremgår av teorien, er et ledende synspunkt at uttalelser i veiledere har særlig betydning internt i forvaltningen. Et spørsmål er hvordan det synet står seg for kommuner som følge av kommunenes posisjon i forvaltningen.

Grl. § 49 andre ledd fastsetter at staten skal styre kommuner gjennom lov, og kommuner er på den måten gitt et vern mot statlig styring på andre måter enn ved lov. Kommunene er ikke «*underordnet*» statlige organer på samme måte som forvaltningsorganer i staten. Dette presiseres i forslag til ny forvaltningslov, hvor regjeringen uttaler at kommunene er «*selvstendige forvaltningsorganer som i utgangspunktet ikke er underlagt andre statlige organer enn Stortinget som lovgiver*», jf. Prop. 79 L (2024-2025) s. 291 under punkt 20.10.1.2. Staten har derfor ingen alminnelig instruksjonsmyndighet overfor kommunen, se s. 124 punkt 10.2.7.

Dette tilsier at «*organisasjonsstrukturen*» ikke kan tillegges samme faktiske og rettslige funksjon for statsforvaltningen vis a vis kommunene som for statsforvaltningen internt. På den annen side kan likevel statlige organers *fagkyndighet* tilsa at uttalelser kan tillegges vekt, selv hvor uttalelsene er rettet mot kommunens plikter.

3.2 Hvilken faktisk betydning har uttalelser i veiledere for kommuner?

Selv om kommunene som nevnt har en særegen og ikke underordnet posisjon i forvaltningshierarkiet, vil uttalelser i veiledere, rent *faktisk* kunne få stor betydning for kommunene og fylkeskommunene gjennom at statlige uttalelser i veiledere faktisk legges til grunn ved statlig klagebehandling og tilsyn. I FoU-rapporten om innholdet i det kommunale selvstyre, sett i lys av nyere lovgivning, beskrives problemstillingen på følgende måte på s. 97:

«Videre vil statlige rundskriv og veiledere til dels være bindende for statsforvaltningen selv, og uansett ofte legges til grunn av statlige organer»²⁰.

Vår erfaring er videre at kommuner ofte *opplever* uttalelser i statlige veiledere som bindende, selv om de rettslig sett *ikke er det*. Kommuner og fylkeskommuner er også bundet av resultatet i statlig klagebehandling

¹⁸(Boe, 2021, s. 466)

¹⁹ (Boe, 2021, s. 467)

²⁰ Se FoU rapporten om det rettslige innholdet i det kommunale selvstyre

og pålegg ved tilsyn i den konkrete saken, med mindre sakene bringes inn for domstolene etter tvisteloven § 1-4 a, skjønt den muligheten benyttes imidlertid sjelden. Resultatet av statlig klagebehandling og tilsyn kan også påvirke *praksis* i kommunen.

Samlet innebærer dette altså at uttalelser i statlige veiledere *rent faktisk* likevel kan få stor betydning for kommuner og fylkeskommuner.

3.3 Har Grunnloven § 49 andre ledd betydning for den rettskildemessige vekten?

Et spørsmål - i forlengelsen av ovennevnte - er om den styrkede konstitusjonelle posisjonen selvstyre har fått, i seg selv kan ha betydning for den rettskildemessige vekten av statlige uttalelser i veiledere.

Til illustrasjon av bakgrunnen for problemstillingen vises også til beskrivelsen i FOU-rapporten om innholdet i det kommunale selvstyre, hvor følgende uttales om statsforvaltningens tolkning:

«Rundskriv og veiledere presiserer tidvis hvordan skjønsmessige ord og uttrykk skal tolkes på en slik måte at de gir inntrykk av å innsnevre kommunenes handlingsrom i forhold til det lov og forskrift åpner for.»²¹

Når det gjelder rettslig betydning av uttalelser i veiledere og retningslinjer, uttales av Eivind Smith og Sigrid Stokstad følgende:

«At utsagn om regelverkets innhold i veiledere, tilsynsrapporter mv. som statlige forvaltningsmyndigheter selv utarbeider, ikke har krav på større vekt enn den som følger av de bindende rettsreglene som de er ment å omtale, sier seg selv.»²²

Stortinget har også selv vært opptatt av at statsforvaltningen ikke skal pålegge kommuner forpliktelser gjennom veiledere og retningslinjer. Kommunal- og forvaltningskomiteens har i Innst. 23 L (2024-2025) om oppgavetildeling, uttalt følgende som oppfattes å gjelde i sin alminnelighet ²³:

«Komiteen vil også trekke fram at lovkravet innebærer at statsforvaltningen ikke kan pålegge kommunene oppgaver eller plikter i statlige rundskriv, veiledere, retningslinjer eller tolkningsuttalelser. Det er lover og forskrifter som er bindende for kommunene, og ikke annen informasjon som måtte komme fram av veiledere og rundskriv.»

Den samme uttalelsen ble nylig gjentatt av en enstemmig justiskomite i forbindelse med innstilling til ny forvaltningslov (Innst. 478 L (2024-2025)).

Uttalelsene illustrerer også at det er en glidende overgang mellom hva som er «*tolkning av bindende rettsregler*» og hva som i realiteten er at direktorater og departementer «*pålegger*» nye forpliktelser.

Etter vår oppfatning er den sterkere posisjon som selvstyre har fått et rettslig relevant argument mot å legge vekt på statlige tolkningsuttalelser.

²¹ FoU rapporten om det kommunale selvstyre s. 96

²² FoU rapporten om det kommunale selvstyre s. 60

²³ Se [Innst. 23 L \(2024-2025\) - stortinget.no](#) – under komiteens merknader

3.4 Er det kommunale selvstyret selv relevant som tolkningsmoment?

Et beslektet spørsmål er hvorvidt det kommunale selvstyret i seg selv kan tillegges vekt som rettskildefaktor når loven skal tolkes²⁴.

Spørsmålet er behandlet i forslag til ny forvaltningslov. Det er i forarbeidene i forbindelse med statlig klagebehandling knyttet opp mot kommunens frie skjønn uttalt følgende på s. 298:

«Kommunene har et ansvar for en helhetlig og samordnet politisk og økonomisk styring».

Når det gjelder selve rettsanvendelsen, uttales det på s. 292, høyre spalte, siste setning at [«\[f\]orvaltningsloven gir verken rett eller plikt til å legge vekt på hensynet til det kommunale selvstyret når klageinstansen prøver rettsanvendelsen»](#). Det uttales deretter: *«Hensynet til det kommunale selvstyret kan likevel tas i betraktning som et reelt hensyn ved regeltolkningen»*²⁵. Vi oppfatter de nevnte uttalelsene slik at de har generell rekkevidde, og dermed ikke er begrenset til statlig klagebehandling. Departementet legger slik til grunn at det kommunale selvstyret er et reelt hensyn som også kan ha betydning ved lovanvendelsen.

Dette har også støtte i juridisk teori. I FoU-rapporten om innholdet i det kommunale selvstyret skriver Eivind Smith og Sigrid Stokstad følgende:²⁶

«Grl. § 49 andre ledd bidrar til å gi den samlede virksomheten i kommunene en særlig valør som skiller den fra statsforvaltningen og som må vektlegges ved all tolkning av underordnet lovgivning av betydning for kommunene. At det i praksis ikke er uavhengige domstoler, men statsforvaltningen selv, ikke minst statsforvalteren i mange klagesaker, som avgjør de fleste tvistespørsmål og dermed 'bestemmer' hva mer eller mindre uklare lovbestemmelser betyr, tilsier i seg selv at det grunnlovbestemte utgangspunktet om lokalt selvstyre har krav på vekt ved tolkningen.»

Det uttales videre²⁷:

«Det er viktig å minne om utgangspunktet om Stortingets frihet i kraft av Grl. § 49 første ledd og §§ 75 flg. Men når meningsinnholdet ellers kan by på en viss tvil, er det klart at handlefriheten er begrenset av en rekke andre bestemmelser i Grunnloven selv (om menneskerettigheter mv.). At også Grl. § 49 andre ledd kan trekkes inn ved tolkningen av lov- og budsjettvedtak hvis meningsinnhold ellers kan by på en viss tvil, er på det rene. Dette gjelder også når bestemmelsen kan sies å åpne for såkalt rettsanvendelsesskjønn, (...)»

Dette eksemplifiseres også nærmere²⁸:

«Det sier seg selv at kommunens eget syn på tolkningsspørsmålet ikke uten videre avgjør hva som er lovens rette forståelse. Men når tolkningen til en viss grad beror på rettsanvenderens egne vurderinger, vil hensynet til konsekvensene for både kommunen selv og for dens innbyggere være relevant. Dette gjelder også hensynet til det økonomiske handlingsrommet ved dimensjonering av helse- og

²⁴ Se her FoU rapporten om det kommunale selvstyre sin definisjon av begrepet kommunalt selvstyre på s. 35

²⁵ Prop. 79 L (2024-2025) s. 292 og 298

²⁶ FoU-rapporten om det rettslige innholdet i selvstyret s. 10

²⁷ FoU-rapporten om det rettslige innholdet i selvstyret s. 59

²⁸ FoU-rapporten om det rettslige innholdet i selvstyret s. 67

omsorgstjenester. Hva betyr det for eksempel at et kommunalt vedtak må oppfylle retten til 'nødvendige' helse- og omsorgstjenester etter pasient- og brukerrettighetsloven § 2-1?»

I relasjon til statsforvaltningens egne forskrifter fremholdes følgende²⁹:

«Under ellers like forhold vil argumentet ha særlig vekt dersom tolkningstvilen gjelder innholdet i forskrifter som statsforvaltningen selv har fastsatt. Dette skyldes blant annet at Grl. § 49 andre ledd, i forlengelsen av grunnbestemmelsen i paragrafens første ledd, bygger på tanken om folkesuverenitet innenfor nasjonalstatens grenser, og dermed forutsetter et minimum av valgfrihet for kommunene under folkevalgte organers lederskap.»

På bakgrunn av både lovgivers uttaler i forarbeidene til ny forvaltningslov og juridisk teori kan det derfor legges til grunn at det kommunale selvstyre også kan være relevant ved lovtolkningen. *Hvilken* vekt vil imidlertid bero på hvilke øvrige rettskilder som foreligger, og slik den samlede rettskildesituasjonen. Det skaper en interessant problemstilling i forhold til den problemstillingen som drøftes i dette fagnotatet. Det innebærer derfor at både statlige tolkningsuttalelser og det kommunale selvstyre kan ha rettslig relevans og vekt ved rettsanvendelse.

4. Bruk av statlige rettsoppfatninger i rettspraksis – vekt

4.1 Innledning

Under dette punktet vil vi gjennomgå domstolenes praksis. Som nevnt ovenfor, omtales statlige uttalelser i teorien som såkalte «*myke*» rettskildefaktorer. Dette betyr at lovens ordlyd, forarbeider og rettspraksis er viktigere rettskilder, og at gjeldende rett først og fremst må fastlegges med utgangspunkt i disse. Statlige uttalelser har sammenlignet med disse kildene svært liten vekt.

4.2 Generelt om rettspraksis

Etter det vi er kjent med har Høyesterett ikke prinsipielt drøftet hvilken relevans og vekt statlige uttalelser har for å fastslå innholdet i gjeldende rett. Det er flere dommere fra Høyesterett hvor Høyesterett har lagt til grunn et annet syn enn hva som har vært uttalt av statsforvaltningen. Det er også flere dommer i Høyesterett hvor Høyesterett som en del av begrunnelsen viser til det standpunktet som statsforvaltningen har tatt, uten at det fremgår hvilken vekt uttalelsene har også sammenlignet med andre relevante kilder. Det er ofte også vist til uttalelsene for å belyse rettsutviklingen på området. Det er derfor vanskelig å fastslå og å utlede, ut fra premissene alene, hvilken vekt statlige uttalelser faktisk har hatt for det resultatet Høyesterett kommer til.

Vi skal i det følgende også se på hvordan Høyesterett har vektlagt uttalelser fra Sivilombudet. I HR-2016-2229 A har Høyesterett drøftet den rettskildemessige betydningen av Sivilombudets uttalelser prinsipielt, og gitt uttalelser som etter vår oppfatning også kan tillegges stor betydning for å vurdere relevansen og vekten av statlige uttalelser.

²⁹ FoU-rapporten om det rettslige innholdet i selvstyret s. 60

4.3 Eksempler på dommer hvor Høyesterett har vært uenig i statlige uttalelser

Høyesterett har i en rekke uttalelser kommet til et annet resultat enn det syn statsforvaltningen har uttalt.

Det vises først til dom i «*eiendomsskattesaken*» i HR-2019-1198-A, der et av spørsmålene i saken var fra hvilket tidspunkt Oslo kommune kunne skrive ut eiendomsskatt. I dette tilfellet tolket Høyesterett regelverket annerledes enn hva Finansdepartementet hadde gitt uttrykk for. Bakgrunnen var at Høyesterett ikke delte departementets begrunnelse for standpunktet, herunder at departementet ikke hadde vektlagt en tidligere uttalelse i forarbeidene.

Det vises videre til «*spiraldommen*» i HR-2018-1958-A. I denne saken vurderte Høyesterett om en kommune hadde adgang til å avtale at en fastlege etter fastlegeforskriften kunne reservere seg mot å sette inn spiral av religiøse årsaker. Høyesterett fulgte heller ikke her departementets tolkningsuttalelser grunnet ulik forståelse av de øvrige rettskildene.

Det kan også vises til avgjørelsen i Rt. 2007 s. 561. Saken gjaldt en ni år gammel gutt som hadde bodd store deler av livet i fosterhjem, og spørsmål om fratakelse av foreldreansvaret fra de biologiske foreldrene samt samtykke til adopsjon etter barnevernloven § 4-20. Høyesterett bemerket at adopsjon uten foreldrenes samtykke krever særlig tungtveiende grunner, og at det herunder skal legges vekt på barnets eget ønske. Etter en konkret vurdering kom Høyesterett til at vilkårene for adopsjon var oppfylt. Høyesterett uttalte følgende på avsnitt 52 og 53:

«Etter adopsjon får de biologiske foreldrene ikke lenger noe rettslig krav på samvær. Med bakgrunn i dette har lagmannsretten lagt til grunn at det som hovedregel ikke skal gis samtykke til adopsjon når det er ønskelig med samvær med biologiske foreldre. Det begrunnes særlig med en henvisning til [St.meld.nr.40 \(2001–2002\)](#) side 145, der en drøftelse avsluttes slik:

‘I den omtalte rapporten blir det hevda at adopsjonssamtykke etter barnevernlova ikkje bør gjevast i dei tilfella der ein ser det som bra for barnet å ha kontakt med sine biologiske foreldre. Barne- og familiedepartementet deler dette synspunktet og er oppteken av korleis ein best kan sikre at adopsjonssamtykke ikkje blir gjeve der det er ønskjeleg med samvær med biologiske foreldre. Det blir vurdert om ein skal gje retningslinjer for dette.’»

Høyesterett uttaler etter dette:

«Jeg legger liten vekt på denne uttalelsen. Den er ikke kommet i forbindelse med lovbehandling, og har dermed liten rettskildemessig verdi. Uttalelsen er dessuten unyansert, slik at det på ingen måte er klart at den også tar sikte på en situasjon der man legger til grunn at samvær vil bli gjennomført også etter en adopsjon. Verken lovens ordlyd eller Høyesteretts praksis taler for at adopsjon er utelukket fordi samvær med biologiske foreldre er ønskelig»

Høyesteretts dom i «*El-sparkesykkelsaken*» i HR-2021-2510-A er et annet eksempel på at Høyesterett ikke synes å tillegge statens uttalelser noe vekt.

Boe viser på s. 441 også til to andre Høyesterettsdommer – Rt. 1992 s. 1285 og Rt. 1987 s. 35 – som eksempler på at Høyesterett ikke synes å ha lagt nevneverdig vekt på statens tolkningsuttalelser om hvordan loven skal forstås.

4.4 Eksempler på at Høyesterett har tillagt statlige uttalelser vekt

Høyesterett synes i flere avgjørelser også å gi statlige uttalelser selvstendig vekt i lovtolkningen som en del av det grunnlaget som Høyesterett bygger på for sitt resultat.

Et eksempel er den såkalte «*brendendommen*» inntatt i Rt. 1991 s. 1182. Saken gjaldt spørsmål om en lønnstakers rett til fradrag etter skatteloven § 44 første ledd, for utgifter til en studietur til utlandet. Høyesterett tar utgangspunkt i ordlyden i skatteloven § 44 første ledd og uttaler at når stilling og lønn ikke påvirkes av deltakelse i kurset, faller i utgangspunktet kursutgiftene utenfor lovens ordlyd. Deretter viser Høyesterett til at rettsutviklingen på området tilsier at ordlyden ikke kan tolkes så strengt, og viser i denne sammenheng til Rt. 1962 s. 614. Høyesterett fremhever så, at den lovforståelsen som de her kommer frem til, også er lagt til grunn av «*de sentrale skattemyndigheter*», se s. 1185. Høyesterett bruker altså dette som et støtteargument for den slutningen de trekker ut av høyesterettspraksis. Etter dette siterer Høyesterett Skattedirektoratet ved to anledninger for å underbygge i hvilken retning praksis har utviklet seg, og uttaler etter dette at «*(d)et rettskildemateriale som foreligger viser at rettsutviklingen på området ikke stoppet opp med Tronier-dommen*», se s. 1186.

Et annet illustrerende eksempel på Høyesteretts bruk av statlige uttalelser som rettskilde er «*fusadommen*» inntatt i Rt. 1990 s. 874. Saken omhandlet hjemmehjelp-ytelser gitt av Fusa kommune til en sterkt funksjonshemmet kvinne. Spørsmålet var om kvinnen hadde krav på en bestemt utmåling av ytelser eller om dette var opp til kommunens skjønn etter den nå opphevede sosialomsorgsloven § 3 nr. 1. Når Høyesterett i denne saken slår fast at hjemmehjelp omfattes av begrepet «*sosialhjelp*» etter sosialomsorgsloven § 3 nr. 1, viser de til Sosialdepartementets hovedrundskriv til loven. I rundskrivet er det forutsatt at en klients helsemessige og sosiale situasjon kan tilsi at det må etableres pleie eller tilsyn i eget hjem. Uten å foreta en særlig inngående ordlydstolkning, legger Høyesterett til grunn en slik forståelse av ordlyden, og synes å tillegge det nevnte rundskrivet vekt, jf. s. 885. Dette taler for at Høyesterett etter omstendighetene legger vekt på slike rundskriv, og ikke bare som et støtteargument.

Det fremkommer også av dommens s. 887 at Høyesterett vektlegger Sosialdepartementets rundskriv. Høyesterett vurderer hvorvidt sosialomsorgsloven § 3 nr. 1 innebærer en «*rett*» for den hjelpetrequende. Høyesterett uttaler at det må være adgang for en utvikling i rettsoppfatningen på dette området, blant annet ved at det må legges vekt på rettighetsbegrepet i andre lover. Deretter viser Høyesterett til Sosialdepartementets hovedrundskriv til sosialomsorgsloven, og dens merknad til § 3 nr. 1. I denne sammenheng klargjør Høyesterett at selv om dette rundskrivet først og fremst er ment som en veiledning til myndighetene som praktiserer loven, så har den «*sterke understrekning av rettighetssynspunktet etter min mening også interesse for adgangen til domstolskontroll*». Her legger altså Høyesterett helt klart vekt på det nevnte rundskrivet ved tolkningen av sosialomsorgsloven § 3 nr. 1. Det kan likevel være grunn for å reise spørsmål om vurderingen eller i alle fall begrunnelsen ville vært annerledes i dag hensett til Grunnloven § 49 andre ledd og kommuneloven og kravet der om staten skal styre kommunen gjennom lov.

En rekke dommer illustrerer hvordan samspillet mellom forvaltningens rettsoppfatninger og dens praksis får betydning for vekten av slutningene som utledes av dem. Den såkalte «sterke menneskelige hensyn-dommen I» inntatt i Rt. 2008 s. 681 er et slikt eksempel. Det springende punkt i saken var tolkningen av ordlyden «sterke menneskelige hensyn» og om det innebar et såkalt fritt skjønn som tilsa at Høyesterett ikke kunne prøve skjønnnet. Av dommens avsnitt 43 fremkommer det at de «interne veiledende retningslinjer (...) basert på Utlendingsnemndas praksis ved behandling av utlendingssaker med anførsel om helsemessige forhold viser til at lovgiver har satt rammer for skjønnsutøvelsen i utlendingsloven § 2 og § 5». Dette tilsier at kombinasjonen av både forvaltningspraksis og retningslinjene vil kunne forsterke den rettskildemessige vekten. Dette underbygges også av «bergenkompanidommen» inntatt i Rt. 1991 s. 74, «fossdommen» i Rt. 1983 s. 979 og «Skøyen Næringspark-dommen» inntatt i Rt. 2001 s. 1444. I den sistnevnte dommen uttalte Høyesterett at den etablerte lovforståelse var etablert gjennom praksis, og denne praksisen hadde sitt «utgangspunkt i en klar standpunkttagen fra Finansdepartementets side», se s. 1455.

Gjennomgangen av disse dommene tilsier også at Høyesterett vektlegger forvaltningens rettsoppfatninger som relevant også isolert sett. En dom som gir klart uttrykk for dette er den såkalte «uforholdsmessig utvisning II-dommen» inntatt i Rt. 2009 s. 546. I dommens avsnitt 44 uttales det at «[a]v større interesse er departementets konstatering av at den klare hovedregel er at det er uforholdsmessig å utvise personer som er oppvokst i Norge og har hatt flere års ubrutt opphold her». Uttalelsen «[a]v større interesse», etter å ha oppsummert gjeldende praksis i avsnittet over, taler klart for at Høyesterett legger selvstendig vekt på departementets vurdering av hva som er hovedregelen i den konkrete saken.

Det vises videre til den såkalte «refleksodelsrett-dommen» inntatt i Rt. 1992 s. 868. Saken gjaldt om avhenderens livsarving fikk refleksodelsrett ved at avhenderen hadde «ått eiegen med odel» etter odelsoven § 8. Høyesterett slår innledningsvis fast at det «kreves ikke at løsningsmannens erverv av eiendommen skal ha noen annen realitet for ham enn at han får overført eierbeføyelsene og i prinsippet kan utøve dem selv eller straks overdra dem videre». Det henvises så til en rekke høyesterettsdommer som trekker i samme retning. Deretter underbygger Høyesterett dette ved å vise til NOU 1972: 22, juridisk teori og Justisdepartementets lovavdelings uttalelse 12. oktober 1979. Henvisningen til lovavdelingens uttalelse fremstår som en av de mindre viktige slutningene, men tilsier fortsatt at den er tatt med i vurderingen av om vilkåret i odelsoven § 8 var oppfylt.

«E-signaturkjennelsen» inntatt i Rt. 2010 s. 604 er et annet eksempel på at Høyesterett vektlegger lovavdelingens uttalelser. Også i denne saken var det imidlertid en lovtekst som talte i samme retning, og forarbeidene underbygget også ordlyden. Det lar seg vanskelig fastslå i hvilken grad Lovavdelingens uttalelse har vært utslagsgivende, men det er klart at Høyesterett har tillagt den vekt, se dommens avsnitt 17.

Slik det fremkommer av den overnevnte høyesterettspraksis, er lovavdelingens uttalelser en rettskilde som Høyesterett bruker der uttalelsen underbygger deres argumentasjon. Boe fremholder at verken Høyesterett eller underordnede domstoler er forpliktet til å følge Lovavdelingens rettsoppfatning, mens forvaltningen tilsynelatende burde vektlegge den³⁰.

³⁰ (Boe, 2021, s. 468)

4.5 Sivilombudets uttalelser i rettspraksis

Vi skal i det følgende se på Høyesteretts vektlegging av Sivilombudets uttalelser, som sannsynligvis i en viss grad også kan belyse vekten av statens tolkningsuttalelser.

Høyesterett har flere ganger kommet til et annet resultat enn Sivilombudet. Den såkalte «*utlevering av legejournal-dommen*» inntatt i Rt. 2011 s. 1433, omhandlet hvorvidt en pasient hadde rett til å klage over pålegg rettet til hans lege om utlevering av pasientjournal. Spørsmålet i denne sammenheng var om NAVs pålegg til en lege om å utlevere en pasientjournal utgjorde et enkeltvedtak. I avsnitt 7 viser Høyesterett til en uttalelse fra Sivilombudet, hvor det redegjøres for hvorfor et slikt pålegg etter ombudets syn må anses som et enkeltvedtak. Sivilombudet uttalelse blir imidlertid ikke nevnt senere i dommen. Høyesterett kommer til et motsatt resultat enn det Sivilombudet uttalte, og bruker i denne sammenheng de andre rettskildefaktorene, som gis større vekt.

I «*midlertidig lærerstilling-dommen*» inntatt i HR-2016-2229-A uttaler Høyesterett seg mer direkte om vekten til Sivilombudets uttalelser. Det uttales i avsnitt 49 at:

«(d)en rettskildemessige vekten av Sivilombudsmannens standpunkter vil variere. Har det utviklet seg en forvaltningspraksis på bakgrunn av standpunktet, eller synspunktet har fått tilslutning fra lovgiveren(...) vil Sivilombudsmannens uttalelser kunne ha betydelig vekt. For øvrig vil Sivilombudsmannens uttalelser hovedsakelig ha vekt på bakgrunn av verdien i argumenter som presenteres. Vekten må også ses i sammenheng med det øvrige rettskildebildet».

Uttalelsen tilsier at det er begrenset hvor stor vekt Sivilombudets uttalelser i seg selv skal vektlegges som rettskildefaktor, og at vekten i ikke ubetydelig grad kan være avhengig av støtte i de andre rettskildene. Etter vår oppfatning vil de nevnte vurderingene av hvilken vekt Sivilombudsmannens uttalelser har, trolig i en viss utstrekning kunne overføres til vurderingen av hvilken vekt uttalelser fra Statsforvalteren bør tillegges, jf også nedenfor.

4.6 Oppsummering

Vår samlede vurdering av høyesterettspraksis er at statsforvaltningens rettsoppfatninger vurderes som relevant, men blir vektlagt i begrenset grad, noe som også legges til grunn i teorien³¹. Hvilken vekt må først og fremst vurderes på bakgrunn av verdien i argumentene som presenteres. Vi er enige med Boe i at rettsoppfatningene normalt skal spille en underordnet rolle for domstolene, og at det ikke kan bety mer enn for eksempel juridisk teori eller uttalelser fra særlige fagkyndige³². Dette er i samsvar med maktfordelingsprinsippet og Stortingets lovgivningsmyndighet i Norge. Når det gjelder forholdet til kommuner, trekker Grunnloven § 49 andre ledd – ved at staten skal styre kommuner gjennom lov – i samme retning.

Etter vår oppfatning vil Høyesteretts uttalelser i HR-2016-2229-A («*midlertidig lærerstilling*»-dommen) om vektleggingen av Sivilombudets uttalelser ha viss en overføringsverdi for vurderingen av andre statlige uttalelser. I dommen uttaler Høyesterett først at uttalelser fra Sivilombudet særlig kan tillegges vekt dersom de er fulgt opp av lovgiver. Det uttales deretter generelt: «*For øvrig vil Sivilombudsmannens uttalelser*

³¹ (Boe, 2021, s. 451)

³² (Boe, 2021, s. 451)

hovedsakelig ha vekt på bakgrunn av verdien i argumenter som presenteres. Vekten må også ses i sammenheng med det øvrige rettskildet bildet». Etter vårt syn styrker denne uttalelsen et generelt prinsipp om at vekten av tolkningsuttalelser i statlige veiledere i hovedsak beror på kvaliteten i den rettslige argumentasjonen og hvorvidt uttalelsene harmoniserer med øvrige rettskilder. Høyesteretts uttalelse gjelder for Sivilombudets uttalelser, men må desto mer gjelde for statsforvaltningen som er en del av den utøvende makt.

5. Gjelder det en annen rettskildelære ved rettslige standarder – hva gjelder i helseretten?

5.1 Innledning – enkelte generelle bemerkninger

Vi vil i det følgende se på hvilken vekt statlige uttalelser vil ha ved tolkning av «*rettslige standarder*», og om vurderingen av den rettskildemessige vekten her skiller seg fra det som gjelder ved mer ordinær lovtolkning.

Helsedirektoratet gir typisk nasjonale anbefalinger om utredning, behandling og oppfølging av pasientgrupper. Slike anbefalinger kan som regel være gode og nyttige avklaringer for kommunesektoren, og i mange tilfeller helt uproblematisk. I andre tilfeller kan det bli stilt spørsmål ved anbefalingene fordi de innebærer særlige kostnader, eller krav til organiseringer og personell som gjør det utfordrende for kommunen, eller fordi kommuner ønsker å prioritere annerledes. Det kan også være at kommunen i den konkrete saken vurderer det mer hensiktsmessig med andre løsninger – også av hensyn til den enkelte pasient.

En rettslig standard er et skjønnsmessig kriterium, som gir anvisning på en målestokk som ligger utenfor loven, som en bestemt praksis, utbredte holdninger i samfunnet eller andre forhold som skifter med tiden ³³ Boe sier videre at; *«Det som særpreger rettslige standarder, er blant annet at disse lovkriteriene inneholder en målestokk. ... Direktivet til rettsanvenderen ligger innebygd i målestokken. Det går ut på å se hen til god skikk, holdninger i samfunnet eller til andre ting som standarden gjør til en del av lovregelen.»*³⁴ Nygaard formulerer det slik: *«Språkleg betyr uttrykket rettsleg standard målestokk eller mønster, og går først og fremst på målestokk for sosialt korrekt framferd. Uttrykket blir ikkje så mykje brukt dag, men det er eit noko upresist stikkord for normer på området. Kva som er i strid med standarden vil dels vera avhengig av samfunnssynet på tida for den aktuelle handlinga. Men kva som er skikk og bruk eller praksis på i praksis hentast utenfra. Tankegangen er at lovteksten på ein måte er eit «hylster» som må fyllast med stoff som lova sjølv ikkje har»*³⁵. Forsvarlighetskravet innenfor helseretten er en slik rettslig standard, og det er denne rettslige standarden vi skal ha hovedfokus på i det følgende.

Det er i juridisk teori i helseretten lagt til grunn at vurderingen av hva som er den nærmere rettslige normen for forsvarlighetskravets *nedre grense* etter helse og omsorgsloven § 4-1 dels vil bero på momenter som

³³ (Boe, 2010, s. 277)

³⁴ Erik Magnus Boe, Inn-føring i juss. Juridisk tenkning og retts-kildelære, 3. utgave, Universitetsforlaget, 2010 s. 279, Juridika (kopiert 31. mai 2025)

³⁵ Nils Nygaard, Rettsgrunnlag og standpunkt, 2. utgave, Universitetsforlaget, 2004 s 190

tradisjonelt vektlegges ved all lovtolkning, men også av momenter som ligger utenfor vanlig tolkning av lovtekst, herunder faglige, politiske og etiske betraktninger³⁶.

Ved Boes begrunnelse for at de statlige uttalelser kan få relevans og en viss vekt, viste han blant annet til forvaltningens fagkyndighet og erfaring. Dersom loven inneholder en målestokk som utgjør en rettslig standard, og dette er en målestokk som forvaltningen har en særlig fagkyndighet eller erfaring innenfor, kan dette tale for at de statlige uttalelser får mer vekt enn normalt. Helsedirektoratet kan være i en god posisjon til å belyse i hvilken retning målestokken har utviklet seg og hvordan utviklingen har vært, og forvaltningen vil derfor være en særlig relevant kilde til å belyse nettopp hvordan loven skal forstås. Kommunene på sin side vil være nærmest praksisfeltet, som også gir kommunene visse fortrinn til å gjøre egne vurderinger.

Men dersom fastleggingen av innholdet i rettslige standarder minner mest om tradisjonell juridisk metode, vil de fortrinn statlig forvaltning har på spesialiserte fagområder gjøre seg mindre gjeldende. Da beror tolkningen på alminnelig juridisk metode, snarere enn faglig skjønn eller annen særlig fagkyndighet. Det tilsier igjen at alminnelig rettskildelære vil gjelde tilsvarende på helserettens område når det gjelder *alminnelige* lovtolkning.

5.2 Særlig om innholdet i forsvarlighetskravet i helseretten

Innledning

Kravet til forsvarlige helsetjenester kommer til uttrykk i en rekke bestemmelser i helseretten. Her nevnes helsepersonelloven § 4, spesialisthelsetjenesteloven § 2-2 og helse- og omsorgstjenesteloven § 4-1 og forutsetningsvis etter pasient- og brukerrettighetsloven §§ 2-1 og 2-2 om pasient og brukers rett til nødvendig helsehjelp fra kommunen og spesialisthelsetjenesten. Det uttales i Prop.91 L (2010-2011) til lov om kommunale og helseomsorgstjenester på s. 263 først generelt at forsvarlighetskravet er «*forankret i anerkjent fagkunnskap, faglige retningslinjer og allmenngyldige samfunnsetiske normer. Innholdet i forsvarlighetskravet endrer seg også i takt med utviklingen av fagkunnskap og endringer i verdioppfatninger*».

Det uttales videre at forsvarlighetskravet har to ulike funksjoner;

«Forsvarlighetskravet har en dobbel funksjon. Det er en rettesnor for tjenesten og viser til normer som beskriver hvordan tjenestene bør være. Disse normene utgjør kjernen i forsvarlighetskravet og kan betegnes som god praksis. Samtidig danner normene utgangspunkt for å fastlegge hvor grensen mot det uforsvarlige går. Det vil si de konkrete vurderingene av hvor store avvik fra god praksis som kan aksepteres før avviket medfører at tjenesten blir uforsvarlig.

Mellom god praksis, og forsvarlighetskravets nedre grense, vil det være rom for at kommunen kan utøve skjønn. Det følger imidlertid av forsvarlighetskravet at tjenestene må holde tilfredsstillende kvalitet, ytes i tide og i tilstrekkelig omfang.

Helsedirektoratets nasjonale faglige retningslinjer er et eksempel på publikasjoner om hva som er god praksis. Der beskrives tiltak og løsninger basert på oppdatert anerkjent faglig kunnskap. Retningslinjene angir hvordan praksis bør være (vår understrekning). Av standardteksten i

³⁶ Se for eksempel Alice Kjellebold, helse og omsorgstjenesteloven med kommentarer, s. 81. Se videre Befring og Bente Onstad i note 37

retningslinjene fremgår det at de er ment som et hjelpemiddel ved de avveiningene tjenesteytere må gjøre for å oppnå forsvarlighet og god kvalitet i tjenesten, og at valg av løsninger som i vesentlig grad avviker fra retningslinjene bør begrunnes og dokumenteres.»

Hovedfokuset i denne delen av fagnotatet er, som nevnt, hvilken betydning uttalelser i statlige veiledere kan ha ved fastleggingen av forsvarlighetskravets nedre grense – det vil si i situasjoner hvor kommunene ikke har adgang til å utøve et fritt skjønn.

Nærmere om den del av forsvarlighetskravet som fastsettes etter mer alminnelig juridisk metode

Det fremgår både av nevnte teori og også gjennom drøftelsene i forarbeidene til helse og omsorgsloven gjennom skillet mellom «gode praksis» og «forsvarlighetskravet nedre grense», at tolkningen av den rettslige standarden om forsvarlighet også knytter seg til andre tolkningsmomenter enn en rent faglig vurdering.

Dersom Helsedirektoratet uttaler seg om den delen av rettsnormen som fastsettes ut fra mer tradisjonell juridisk metode, vil etter vår oppfatning relevansen og vekten av uttalelsen etter vår oppfatning blir som ved ordinær lovtolkning, jf. også ovenfor. Det vil derfor være nødvendig å vurdere uttalelsene i sammenheng *andre* rettskilder, herunder også vurdere overbevisningsverdien eller kvaliteten i argumentene. Dersom spørsmålet er hvor forsvarlighetskravets nedre grense går vil det for eksempel være sentralt å vurdere forarbeidenes uttalelser hvor det fremgår at «*tjenestene må holde tilfredsstillende kvalitet, ytes i tide og i tilstrekkelig omfang*». Det vil etter vår oppfatning også være sentralt å vurdere om Høyesteretts vurderinger av innholdet i andre rettsnormer også kan ha betydning for å vurdere forsvarlighetskravets nedre grense. Høyesterett har for eksempel i vurderingen av hvor «minstestandarden» innenfor helseretten også vektlagt kommunens økonomi og personell, jf. nedenfor. I avgjørelsen inntatt i Rt. 1990 s. 874 («*Fusa dommen*») uttaler Høyesterett at selv om en bruker ikke er gitt en rettighet, gjelder det en minstestandard til innholdet i tjenester, som kommunene ikke kan tilby under. I vurderingen av hvor den konkrete grensen går, uttalte Høyesterett:

«Det dominerende syn ser ut til å være at den enkelte hjelpetrengende nok har rett til ytelser, men det er en rett av et svært ubestemt innhold, blant annet vil kommunenes økonomi og ressurser sette grenser.»

Høyesterett uttaler videre:

«Fastleggingen av denne minstestandard forutsettes overlatt til praksis, og må vurderes på bakgrunn av den økonomiske situasjon i helsesektoren generelt og i den enkelte kommune spesielt, slik den til enhver tid fortoner seg.»

Høyesterett har videre i Rt. 1993 s. 811 knyttet til datidens regler om spesialundervisning på skolen, og hvor minstekravet her går, uttalt seg tilsvarende om de nedre grensene. Det uttales her på s. 824:

«I denne totalvurdering må det ellers tas hensyn til på den ene side de store individuelle ulikheter som denne kategori elever rommer, og på den annen side de ressurser av økonomisk art som det offentlige skolevesen råder over, og som derfor nødvendigvis også må gi plass for skjønn».

Høyesterett har med andre ord lagt til grunn at grensene for kommunens forpliktelser ved disse rettsreglene ikke er helt løsrevet fra faktorer som kommunens økonomi og tilgjengelige ressurser, herunder bemanning,

som kan inngå som relevante momenter i helhetsvurderingen. Det kan tilsi at det samme gjelder for å vurdere hvor forsvarlighetskravets nedre grense går også på helserettens område. Befring skriver således knyttet til kravet til forsvarlighet for helsepersonell følgende:³⁷.

«Tilgjengelige økonomiske og faglige ressurser må tas i betraktning og kan begrense omfanget av behandlings- og pleietiltak».

Hvorvidt det i statlige veiledere er uttalt – eller ikke uttalt – at det ved vurderingen av om kommunen oppfyller kravet til forsvarlighetskravets nedre grense, kan legges vekt på forhold i den enkelte kommune, herunder at kommuner har gjort forsvarlige og saklige vurderinger, vil derfor etter vår oppfatning tilsvarende ha liten *rettskildemessig* vekt. Vekten må vurderes etter alminnelig juridisk metode, hvor det etter vår vurdering også er relevant å vurdere betydningen både av Grunnloven § 49 andre ledd og nærhetsprinsippet i kommuneloven § 2-2. I denne vurderingen vil imidlertid også nasjonale hensyn som hensynet til gode helsetjenester, hensynet til nasjonale likhet og likeverdig tjenester inngå. Etter vår vurdering kan saklige og forsvarlige vurderinger hos kommunen være relevant, i alle fall ved den del av rettsanvendelsen som gjelder subsumsjonen. Som tidligere fremhevet vil veiledere imidlertid selvsagt også kunne inneholde også andre nyttig informasjon for kommuner enn bare å være en kilde for en rettslig vurdering av hvor forsvarlighetskravets nedre grense går.

Det er her ikke vårt anliggende å redegjøre uttømmende for hvilke andre faktorer enn de rent faglige vurderinger som inngår i vurderingen av hva som er forsvarlighetskravets nedre grense. Poenget vårt her er at den rettskildemessige vurderingen av Helsedirektoratets uttalelser om hvilke andre faktorer som inngår i den vurderingen, sannsynligvis må vurderes tilsvarende som ved annen ordinær lovtolkning.

Oppsummering

Som nevnt vil faglige vurderinger ofte kunne være en sentral del av vurderingen av innholdet i forsvarlighetskravet. De faglige vurderingene blir derfor en sentral del av rettsanvendelsen, selv om det altså også kan inngå andre elementer. Når Helsedirektoratet har gitt uttrykk for nasjonale anbefalinger eller standarder, tilsier direktoratets fagkyndighet da også at disse tillegges stor vekt for så vidt gjelder den del av forsvarlighetskravet som knytter seg til faglige vurderinger.

Hvor sentral del de faglige vurderingene er for den samlede rettsanvendelsen ved rettslige standarder lar seg neppe besvare generelt, og vil kunne bero på en rekke faktorer. Det vil for eksempel sannsynligvis kunne ha betydning hvorvidt anbefalingene knytter seg til utpregede medisinske vurderinger, eller om det gjelder krav som vil involverer store kostnader for kommunesektoren. Dersom Helsedirektoratet uttaler seg om andre normer enn faglige vurderinger som kan inngå i vurderingen av forsvarlighet, og vekten av disse, vil etter vår oppfatning relevansen og vekten av uttalelsen bli som ved ordinær lovtolkning.

Det er som tidligere redegjort for et viktig rettslig skille mellom den del av forsvarlighetskravet som knytter seg til forsvarlighetskravets nedre grense, som rettslig forplikter kommunen, og den delen av forsvarlighetskravet som knytter seg til *«god praksis»*, som ikke på samme måte er rettslig forpliktende for kommuner. Dersom retningslinjer og veiledere her ikke skiller, vil det kunne svekke den rettskildemessige betydningen av statlige uttalelser fordi det er uklart hvilken norm som er lagt til grunn.

³⁷ Anne Kjersti Befring og Bente Onstad, helsepersonelloven med kommentarer, 3. utgave

5.3 Særlig om helse- og omsorgstjenesteloven § 12-5

Det er i helse- og omsorgstjenesteloven (heretter hol.) § 12-5 gitt en egen bestemmelse om Helsedirektoratets retningslinjer og veiledere. Av bestemmelsens første ledd første punktum fremkommer det at Helsedirektoratet *«skal utvikle, formidle og vedlikeholde nasjonale faglige retningslinjer og veiledere som de mål som er satt for helse- og omsorgstjenesten»*. Videre fremkommer det av bestemmelsens annet punktum, at departementet *«kan bestemme på hvilke områder direktoratet skal utarbeide slike retningslinjer og veiledere»*. Med dette har Helsedirektoratet fått et eget rettslig grunnlag for å utarbeide retningslinjer og rundskriv, herunder også om andre normer enn forsvarlighetskravets nedre grense, som er hovedtema for dette kapittelet i fagnotatet.

Nevnte lovbestemmelse har imidlertid etter vår oppfatning ikke betydning i vurderingen av hvilken relevans og vekt uttalelser fra Helsedirektoratet har ved rettsanvendelse, heller ikke ved rettslige standarder. Det uttales således i forarbeidene at retningslinjer og veiledere *«ikke [er] bindende for tjenesteyterne, men beskriver nasjonale helsemyndigheters oppfatning av for eksempel hva som er god faglig praksis, hvordan relevant regelverk skal tolkes»*, se Prop. 91 L (2010-2011) s. 272. Videre fremgår det at dersom *«tjenesteyteren velger en annen praksis enn den som foreslås i retningslinjer eller veiledere, bør den være basert på en korrekt og begrunnet vurdering»* (vår understrekning). Lovgivers bruk av uttrykket *«bør»*, og ikke begrep som «plikt» eller «skal» tilsier at lovgiver har ment dette som en anbefaling, og ikke rettslig plikt, og at det herunder heller ikke gjelder en særskilt *begrunnelsesplikt*. Til sammenligning vises også til uttalelsen fra Stortinget om det var klar forventning til kommuner følger Sivilombudets uttalelse, mens det her altså er uttrykt en langt mer «dempet» forventning. Det er heller ikke støtte i ordlyden for å pålegge kommunene en rettslig begrunnelsesplikt, og er verken støtte i lovtekst eller forarbeider for øvrig for at nevnte lovfesting tilsier at uttalelser fra Helsedirektoratet skal tillegges større rettskildemessig vekt enn uttalelser fra andre statlige forvaltningsorganer.

Det er derfor vår vurdering at Hol § 12-5 beskriver den oppgave og rolle som Helsedirektoratet har, men at regelen utover det ikke har betydning for hvilken rettskildemessig relevans og vekt direktoratets tolkningsuttalelser har.

* * *

Tor Allstrin
Områdedirektør/Advokat

Øyvind Renslo
Advokat