



Rett og urett

Spalten omhandler juridiske forhold av betydning for leger. Ideer og innlegg sendes tidsskriftet@legeforeningen.no

Rettskilder ved juridiske vurderinger

Rettskilder er de kildene som anses som relevante, og som kan benyttes for å finne gyldige rettslige argumenter. Riktig bruk av rettskilder er det sentrale elementet i juridisk metode.

I juridisk metode finnes det retningslinjer (prinsipper) for hvilke kilder som er tillatt å benytte, og hvordan det kan hentes ut argumenter i forbindelse med konkrete rettsspørsmål (1). Prinsipper for hvordan rangordningen mellom rettskilder skal bestemmes og benyttes der det foreligger ulike løsninger i de ulike rettskildene, inngår i juridisk metode. Hvorvidt et argument er relevant, og hvilken betydning det skal tillegges sammenliknet med andre argumenter, inngår i vurderingen. I denne artikkelen gis det en kort presentasjon av de viktigste rettskildene.

Grunnloven

Grunnloven har høyest rang innen lovgivning i Norge. Den fastslår at det ikke kan foretas inngrep i den enkeltes rettssfære uten ved lov og at ingen kan straffes uten dom. Grunnloven begrenser Stortingets muligheter til å fatte politiske beslutninger (for eksempel i form av lov eller ved tilslutning til en internasjonal avtale) som er

i strid med Grunnloven. Dersom Stortinget ønsker å treffe vedtak i strid med Grunnloven, må Grunnloven endres først. Endring av Grunnloven kan ikke besluttes av ett storting, men forutsetter vedtak med kvalifisert flertall (to tredeler) fra det sittende storting og fra det storting som settes sammen etter neste valg. Befolkningen får på denne måten mulighet til å påvirke sammensetningen av Stortinget ved valg når Grunnloven vurderes endret.

Lover og forskrifter

Lover vedtas med en flertallsbeslutning av Stortinget, som regel etter forslag fra regjeringen. Stortinget har myndighet til å vedta lover uten forutgående arbeid i departementene (såkalte Dokument 8-forslag), men det er sjelden at Stortinget vedtar lover uten forutgående lovgivningsprosess med grundig utredning, behandling og høring på forhånd. Dersom Stortinget mener det er behov for ny lovgivning, vil det normalt be regjeringen om å fremme bestemte

lovforslag, eventuelt om å igangsette utredningsarbeid. Det gjøres jevnlig vedtak i forbindelse med behandling av stortingsmeldinger. Stortinget bad for eksempel regjeringen om å utrede behovet for en felles helsepersonellov i slutten av 1980-årene, noe som medførte at det ble utarbeidet en norsk offentlig utredning (NOU) som ble sendt på høring.

Stortinget er delt i Lagtinget med om lag en firedel og Odelstinget med om lag tre firedeler av representantene. Lovforslag skal først fremmes for Odelstinget. Dersom Odelstinget vedtar det med flertall, oversendes det til Lagtinget og deretter til Kongen for sanksjon. Dersom det ikke oppnås flertall i Lagtinget etter to gangers behandling, skal lovforslaget behandles av et samlet storting, som med to tredels flertall avgjør saken.

Forskrifter er delegert lovgivning. Stortinget er tillagt myndighet til å gi lover, men kan delegere denne myndigheten til Kongen (det vil si regjeringen) eller et departement. Forutsetningen for å kunne gi en forskrift er at det foreligger et stortingsvedtak som innebærer en slik fullmakt (hjemmel). Fordelingen mellom lover og forskrifter gir uttrykk for en nødvendig arbeidsdeling mellom Stortinget og forvaltningen. Stortinget skal i hovedsak konsentrere seg om de store linjene. Da må Stortinget kunne gi fullmakter, slik at forvaltningen sørger for å utarbeide reguleringer som forutsetter høyere detaljeringsgrad og mer spesialisert kunnskap, eventuelt lokalkunnskap. Fordelen med å benytte forskrifter er at det kan gis mer detaljerte regler og regler det er lettere å endre.

Det er flere eksempler på at en forskrift kan uttale noe annet enn det som ble forutsatt av Stortinget. Da kan Stortinget konfrontere den aktuelle statsråden med dette. Rettslig sett må en forskrift alltid vike for loven der det foreligger ulike signaler eller direkte motstrid; loven har høyere rang.

Forarbeider

Forarbeider er alle de utredningene og overveielser som gjøres før et lovvedtak gjøres, men de har ulik betydning som rettskilde ved lovtolkning. Dette følger både av de faktiske forholdene – at lovgivningsprosessen ofte innebærer endringer og korrige-



Alle gjeldende lover vedtatt av Stortinget finnes på www.lovdato.no. Foto SCANPIX/Knut Fjeldstad

ringer underveis før de endelige vedtakene fattes – og av at aktørene tillegges ulik betydning. Teksten i en odelstingsproposisjon har for eksempel liten verdi som rettskilde dersom den ikke underbygger de beslutningene som er truffet, eller dersom Stortinget bevisst har fraveket departementets forslag i proposisjonen.

Generelt er det slik at dokumenter utarbeidet av Stortinget i forbindelse med ny lovgivning, har størst betydning. Hvis uttalelsene fra Stortinget er motstridende, vil tidspunktet for uttalelsene være avgjørende. Desto tettere opp mot et lovvedtak en uttalelse avgis, desto større vekt tillegges den. Departementets dokumenter har også en rettskildemessig betydning, såfremt Stortinget har fulgt opp forslaget fra departementet eller ikke bevisst har valgt en annen løsning. Det er først og fremst odelstingsproposisjonen som kan tillegges vekt, men det forutgående høringsnotatet kan også benyttes dersom det utdyper spørsmål som siden er blitt fulgt opp med reguleringer. En NOU kan også få betydning i lovtolkning hvis utredningen behandler spørsmål som ikke behandles i de senere beslutningsdokumentene, eller hvis stortingsdokumentene henviser til utredningen.

Når et nytt rettsområde skal reguleres, er det vanlig at regjeringen først nedsetter et utvalg for å avgi en vurdering. Utvalget som skulle utrede alternativt medisin, og utvalget som skulle utrede forholdet mellom forsikringsbransjen og helsetjenesten, ble nedsatt av regjeringen på oppfordring fra Stortinget.

Etter at et utvalg har utarbeidet en offentlig utredning, avgis denne til den aktuelle fagstatsråden, som kan sende den på høring. På bakgrunn av utredningen og høringen kan det være aktuelt å forelegge saken for Stortinget før regjeringen bestemmer seg for hvordan saken skal følges opp. Det utarbeides da en stortingsmelding, som er et diskusjonsgrunnlag for Stortinget, og Stortinget gir så signaler til regjeringen som gjør vedtak om videre oppfølging.

Et grunnleggende krav til forvaltningen er at ethvert lovforslag skal sendes på høring til aktuelle høringsinstanser. Aktuelle høringsinstanser er alle organisasjoner som er primært berørt av lovforslaget – ofte vil det være flere titalls. Forslag om ny lovgivning innen helsevesenet sendes for eksempel til alle berørte statlige instanser; Statens helsetilsyn, Sosial- og helsedirektoratet, alle berørte fagforeninger og pasientforeninger, herunder Legeforeningen, Tannlegeforeningen, Sykepleierforbundet og Pasientforeningen, til alle fylkeskommuner dersom det dreier seg om spesialisttjenester, og til alle kommuner dersom det dreier seg om primærhelsetjenester. Det er ingenting i veien for at enkeltpersoner og organisa-

sjoner som opplever seg berørt, kan be om å få uttale seg ved å bli oppført som høringsinstans.

Den ordinære høringsfristen er tre måneder. I særskilte situasjoner kan høringsfristen kortes ned til seks uker. Dette skal da være besluttet av fagstatsråden, og denne beslutningen er vanligvis vedlagt saken som oversendes Stortinget. Stortinget kan som tidligere nevnt gjøre vedtak om ny lovgivning uten en forutgående prosess. Det er imidlertid tilbakeholdent med å fatte slike beslutninger, fordi Stortinget som hovedregel ønsker å basere sine vedtak på en åpen prosess der de som berøres av ny lovgivning, kan gi sine vurderinger. Behovet for faglige råd og ekspertise fra forvaltningen kan også begrunne Stortingets tilbakeholdenhet.

Lovgivningsarbeidet er som regel en langvarig prosess som pågår over flere år, men det er svært vanlig at denne prosessen igangsettes med en «bestilling» fra Stortinget, for eksempel ved at det vedtas at regjeringen skal følge opp en stortingsmelding på en bestemt måte (såkalt romertallsvedtak). Dersom utredningen ved høringen viser seg å være lite kontroversiell, kan departementet utarbeide en proposisjon som forelegges Odelstinget i Stortinget (odelstingsproposisjon, Ot.prp.). Det er den aktuelle fagkomiteen i Stortinget som først behandler proposisjonen. I komiteen utpekes en saksordfører, som har hovedansvaret for utarbeidelsen av innstillingen til Odelstinget (Innst. O.). Innstillingen utarbeides etter forhandlinger i komiteen, hvor de enkelte partiene tar stilling til saken og enten blir enige om innholdet i innstillingen eller avgir en innstilling med et flertall og ett eller flere mindretall.

Forarbeidene til en lov kan altså være omfattende (se rammen). Omfanget varierer noe med sakens kompleksitet og hvilken vei som er benyttet frem mot ny lovgivning. Helselovene som trådte i kraft 1. januar 2001 – lovene om pasientrettigheter, helsepersonell, psykisk helsevern og spesialisthelsetjeneste – gikk gjennom en langvarig lovgivningsprosess, slik det er vanlig ved større lovreformer.

Forvaltningspraksis

Forvaltningspraksis gjelder de vedtakene som gjøres ved utøvelse av offentlig forvaltning i henhold til lov og forskrifter. Stortinget har da gitt myndighet til det aktuelle forvaltningsorgan, for eksempel Sosial- og helsedepartementet, Statens helsetilsyn, autorisasjonskontoret, kommuner eller regionale helseforetak. Utøvelse av offentlig forvaltning kan også legges til private organisasjoner.

Myndighetsutøvelsen må holdes innenfor de rammene Stortinget har gitt, og at de formelle og materielle kravene til forvaltningens

Proessen frem mot en ny lov

- Stortingsmelding om helsevesenet, uttalelser og vedtak om oppfølging fra Stortinget
- Nedsettelse av et offentlig utvalg som avgir en utredning (NOU)
- Høring: tilbakemeldinger på utredningen for departementet vurderer og tar stilling til saken
- Høringsnotat (med departementets vurderinger)
- Høring: tilbakemeldinger på departementets vurderinger
- Odelstingsproposisjon: departementets (i realiteten regjeringens) anbefaling overfor Stortinget
- Innstilling til Odelstinget fra sosialkomiteen: fagkomiteens vurdering av forslaget fra departementet, som fremmes for Odelstinget til votering¹
- Vedtak i Odelstinget
- Vedtak i Lagtinget
- Sanksjon av Kongen²
- Kunngjøring av loven i *Lovtidende* og *Lovdata*
- Avgjørelse om ikrafttredelsestidspunkt – skjer ved kongelig resolusjon³

¹ Unntaksvis beslutter fagkomiteen å returnere forslaget til departementet med anmodning om at enkelte forhold blir klargjort, eventuelt rettet. Når komiteen avgir innstilling, har saksordføreren vanligvis sørget for nødvendig politisk behandling av forslaget, slik at saken i realiteten er avgjort, selv om den formelle beslutningsprosessen ikke er gjennomført

² Loven er formelt vedtatt ved sanksjon av Kongen

³ Det er i praksis departementet som avgjør når loven skal tre i kraft. Dette er avhengig av praktiske hensyn og når forskriftene til loven kan vedtas. Vanligvis trer nye lover i kraft 1. januar eller 1. juli

myndighetsutøvelse overholdes. Forvaltningen er undergitt både skrevne og uskrevne krav til hvordan myndigheten skal utøves. De ulovfestede kravene omfatter blant annet «læren om myndighetsmisbruk», det vil si krav om at det ikke skal foretas usaklig forskjellsbehandling eller fattes urimelige vedtak.

Forvaltningsloven og offentlighetsloven stiller krav som gjelder for all utøvelse av forvaltningsmyndighet. Disse kravene kan utfylles og til dels tilsettes av særskilt lovgivning for spesielle deler av forvaltningen. Eksempler på dette er krav til utøvelsen av skattemyndighet (skattelov mv.), krav ved utøvelse av trygdemyndighet (folketrygdloven mv.), krav ved tilsyn med leges profesjonsansvar (helsepersonelloven mv.). Med mindre noe annet er sagt, skal de generelle kravene til forvaltningen være supplerende til spesiallovgivningen, noe som inne-

bærer at både saksbehandlingskravene i helsepersonelloven og kravene i forvaltningsloven kommer til anvendelse (så sant det ikke er fastslått i spesialloven at forvaltningslovens regler ikke kommer til anvendelse).

Vedtak

Vedtak er forvaltningsavgjørelser som generelt eller konkret er bestemmende for rettigheter eller plikter som private personer eller private rettssubjekter har. Enkeltvedtak er vedtak som gjelder rettigheter eller plikter for én eller flere bestemte personer og skiller seg dermed fra forskrifter, som skal regulere en ubestemt krets av personer. Vedtak om å ilegge en lege advarsel etter helsepersonelloven er et enkeltvedtak. Tilsvarende er vedtak om å avslå søknad om autorisasjon, et enkeltvedtak.

Forutsetningen for at enkeltvedtakene kan tillegges betydning i senere sammenhenger, er at det i begrunnelsen angis retningslinjer eller kriterier for hvordan en lov eller forskrift skal forstås. Videre må sakene ha likhetstrekk som gjør at de er sammenliknbare. Et tidligere vedtak som er omgjort av en høyere instans, har derimot ingen betydning for senere avgjørelser.

De ulike nivåene innen forvaltningen og domstolene må rette særskilt oppmerksomhet mot vedtak og premisser i forbindelse med behandling av klager og anker. Rettsavgjørelser står over forvaltningsavgjørelser og er veiledende når det gjelder hvordan forvaltningen skal innrette seg i fremtidige saker. Ved reaksjonssaker mot helsepersonell vil avgjørelser av Statens helsepersonellnemnd gi veiledning for hvor Helsetilsynet skal legge listen i forhold til disiplinærreaksjoner og tilbakekall. Tilsvarende legger domstolene premisser for hvordan Statens helsepersonellnemnd og Helsetilsynet skal innrette seg. Det skjer i form av konkrete vedtak og generelle uttalelser om hvordan lover skal forstås.

Rettsavgjørelser

Rettsavgjørelser vil normalt ha en sterkere presedensverdi enn forvaltningsavgjørelser. Hvilken vekt avgjørelsen kan tillegges, beror bl.a. på hvilken instans som har truffet avgjørelsen, og på hvorvidt domspremissene er utformet slik at de kan få betydning for senere forhold. Høyesterettsavgjørelser har stor grad av rettskapende betydning, mens avgjørelser i tingretten (inntil 1. januar 2002 kalt byrett og herredsrett) tillegges mindre betydning. Lagmannsretten har også større betydning enn tingretten. Underliggende domstoler er altså bundet av de føringene Høyesterett gir som domstol i siste instans (prejudikat), noe som er fastslått i Grunnloven.

Høyesterett tar ofte stilling til fortolkningsproblemer, altså hvordan en konkret rettsregel er å forstå, men kan også fastslå rett der det

ikke er entydig lovgivning. Har først Høyesterett uttalt seg om et slikt spørsmål, legges denne tolkningen til grunn, og Høyesteretts rettsforståelse er vanligvis avgjørende både for Høyesterett selv i senere saker, for de lavere domstolene og for forvaltningen.

Når det snakkes om domstolens rettskappende virksomhet, siktes det normalt til de såkalte domstolsskapte rettsregler. Avgjørelsen om pasienters rett til innsyn i egne journaler kan anses å være et prejudikat. Den ble tillagt vekt i senere rettsavgjørelser og fulgt opp med lovgivning.

Internasjonal rett

Internasjonal rett omfatter de forpliktelsene Norge har påtatt seg gjennom avtaler (konvensjoner) med andre land. Særlig sentralt står FN's menneskerettighetskonvensjon, som skal beskytte menneskerettighetene og de grunnleggende frihetene. Konvensjonen trådte i kraft i 1953 og ble inntatt som egen menneskerettighetslov i Norge i 1999. Sentral er også barnekonvensjonen, vedtatt i 1989 og ratifisert i Norge i 1991, som skal sikre barn sivile, økonomiske, politiske, sosiale og kulturelle rettigheter. Helsinkideklarasjonen stiller grunnleggende krav til medisinsk virksomhet og forskning. EØS-avtalen, implementert ved norsk lov i 1992, og Nordisk avtale om arbeidsmarkedet i Norden er også relevante avtaler for helsepersonell.

Ved inngåelse av konvensjoner er det ofte avtalt et særskilt håndhevingssystem. Domstolene i Norge må ta hensyn til de internasjonale forpliktelsene Norge har påtatt seg, når de skal avgjøre bestemte rettsproblemer som berører disse forpliktelsene. Ved avgjørelser i injuriesaker mot helsepersonell må for eksempel domstolene forholde seg til de retningslinjene om ytringsfrihet som er nedfelt i avgjørelser av Den europeiske menneskerettighetsdomstolen. I motsatt tilfelle kan det forventes at saken bringes videre til menneskerettighetsdomstolen.

Det er et sentralt spørsmål hvordan avgjørelser eller retningslinjer som ikke er direkte berørt av EØS-avtalen, men som blir gitt i form av nye EU-direktiver, skal gjelde i norsk rett. Allmennlegedirektivet, med krav til at helsepersonell skal gjennomgå praksistid før de kan praktisere for trygdens regning, er et eksempel på dette. Generelt kan det slås fast at slike direktiver ikke gjelder direkte, men må implementeres i norsk rett. I dette ligger det at Norge må innarbeide direktivet i sin lovgivning. I denne prosessen må det legges til grunn at Norge har en viss frihet til å tilpasse direktivet til norske forhold.

Sedvane, juridisk teori og reelle hensyn

Sedvane blir til gjennom folks praksis og har betydning som rettskilde. Privates

sedvaner spilte større rolle før i tiden. Betydningen er redusert med den økende lovgivningsaktiviteten. På enkelte områder, blant annet innen kontraktsrett, har den fortsatt stor betydning.

Sedvanerett er rettsregler som blir til gjennom sedvaner og/eller i domspraksis eller annen myndighetspraksis. Sedvanerett kan gi særskilte rettigheter for enkeltpersoner, for eksempel bruksrett til vei. En av de grunnleggende forutsetningene for vår konstitusjon, forholdet mellom storting og regjering, parlamentarismen, er regulert ved konstitusjonell sedvanerett.

Innarbeidede standarder og vaner innenfor et bestemt område, vanligvis i forbindelse med avtaler og kjøp og salg i form av bransjenormer, kalles kutymen. Faste, kjente og langvarige retningslinjer knyttet til utøvelsen av et bestemt fagområde, kan ha likhetstrekk med slike kutymen. Ved anvendelse av en rettslig standard, for eksempel forsvarlighetskravet for legepraksis, vil det være relevant å ta hensyn til hva som er den vanlige og alminnelige oppfatningen innen fagområdet.

Utvikling av generelle normer og standarder skjer også gjennom standardavtaler og kollektivavtaler som inngås mellom organisasjoner eller mellom organisasjoner og staten. Disse har størst betydning i arbeidsretten, der de kalles tariffavtaler. Standardvilkår er å anse som mønsterklausuler som regelmessig benyttes.

Juridisk teori inneholder presentasjoner av juridiske spørsmål og vurderinger av disse. I vurderingene gjennomgås rettskilder og relevante argumenter som kan benyttes derfra. Det tas stilling til hvor sterkt disse kan vektes som grunnlag for konklusjoner. Juridisk teori blir ofte tillagt vekt i forbindelse med domstolens avgjørelser av rettsproblemer og kan foranledige ny lovgivning når det er påpekt svakheter eller mangler i gjeldende lovgivning.

Reelle hensyn er vurderinger av hva som er rimelig, rettfærdig, formålstjenlig eller liknende. I juridisk teori omtales reelle hensyn ofte som hensyn til et vedtaks «godhet». Noen omtaler dette som rettspolitiske hensyn. Reelle hensyn tillegges vekt i vurderingen av de faktorene som gjør seg gjeldende i en konkret sak, for at man skal unngå urimelige avgjørelser eller avgjørelser som strider mot de verdiene og oppfatningene som råder i samfunnet.

Anne Kjersti Befring

anne.kjersti.befring@legeforeningen.no
Legeforeningen

Litteratur

1. Befring AK, Ohnstad B, Grytten N. Jus for leger. Oslo: Høyskoleforlaget, 2002.