

## **Retten til kontradiksjon og håndtering av menneskerettslige anførsler i en sak om helse- og omsorgstjenester**

2.7.2020 (2020/292)

Saken gjelder Fylkesmannens behandling av klage på kommunens vedtak om å endre tjenestested for fortsatt ytelse av nødvendige helse- og omsorgstjenester til en sterkt funksjonshemmet person. Vedkommende hadde tidligere mottatt tjenestene i egen sokkelleilighet tilknyttet foreldrenes bolig. Endringen av tjenestestedet innebar at kommunen stilte krav om flytting til kommunal omsorgsbolig. Vedtaket ble påklaget ved fullmektig. Kommunen som hadde truffet vedtaket, utarbeidet i forbindelse med klagesaken en saksfremstilling til Fylkesmannen. Kopi av saksfremstillingen ble sendt klagerens mor, men ikke fullmektigen eller klagerens verge.

Ombudsmannen er kommet til at det var et brudd på forvaltningsloven § 12 tredje ledd andre punktum at kommunens saksfremstilling i oversendelsen til Fylkesmannen ikke ble oversendt klagerens fullmektig – Norsk Forbund for Utviklingshemmede (NFU). Forvaltningen har risikoen og bevisbyrden for at dens underretninger kommer frem i tilfeller der de ikke er blitt sendt på en lovmessig måte. Slik saken er opplyst må det legges til grunn at NFU heller ikke ble kjent med saksfremstillingen før Fylkesmannen traff vedtak i klagesaken.

**Dette innebærer et brudd på kontradiksjons- og utredningsplikten. Fylkesmannens vedtak er følgelig beheftet med saksbehandlingsfeil.**

**Videre mener ombudsmannen at det var i strid med god forvaltningsskikk at klagerens menneskerettslige anførsler, som var sentrale i saken, ikke ble kommentert i vedtaket. At Fylkesmannen heller ikke kommenterte dette i forbindelse med klagerens påfølgende anmodning om omgjøring av vedtaket, var også i strid med god forvaltningsskikk.**

**Ombudsmannen ber Fylkesmannen vurdere saken på nytt i samsvar med merknadene i denne uttalelsen.**

## **Sakens bakgrunn**

A (heretter klageren) er [...] år og sterkt funksjonshemmet. [...] På bakgrunn av dette har hun behov for omfattende heldøgns helse- og omsorgstjenester. Slike tjenester har hun mottatt siden 2000 i eget hjem. Hennes hjem har vært en selveid og tilrettelagt sokkelleilighet i foreldrenes bolig i X kommune.

Den 13. april 2018 vedtok kommunen å endre tjenestested for fortsatt ytelse av nødvendige helse- og omsorgstjenester. Endringen innebar at kommunen stilte krav om flytting til kommunal omsorgsbolig. Kommunen mente at flyttingen var nødvendig for å kunne gi klageren et forsvarlig tjenestetilbud. Det hadde i flere år vært et vanskelig samarbeidsklima mellom kommunens enhetsleder og tjenesteytere på den ene siden, og klagerens foreldreverger, B og C, på den andre siden. Ifølge kommunen medførte dette klare brudd på arbeidsmiljøloven, til skade for de ansatte. I senere korrespondanse med klageren og Fylkesmannen har kommunen gitt uttrykk for at dette medførte hyppig utskiftning av personell. Av denne grunn var det ifølge kommunen vanskelig å opprettholde en stabil og kvalifisert bemanning for klageren.

Kommunens vedtak ble iverksatt 23. april 2018. Dagen etter, den 24. april, ble vedtaket påklaget av Norsk Forbund for Utviklingshemmede (NFU), som var fullmektig i saken. NFU pekte på at retten til selvbestemmelse og til å fritt velge bosted følger av Grunnloven og flere oppgitte menneskerettighetskonvensjoner, herunder FN-konvensjonen om rettighetene til mennesker med

nedsatt funksjonsevne (CRPD). Vedlagt klagen fulgte en skriftlig fullmakt som var underskrevet av begge av klagerens foreldre.

Kommunen opprettholdt sitt vedtak i brev 8. juni 2018 til NFU, uten å oversende saken til klagebehandling hos Fylkesmannen i Nordland. NFU sendte deretter en klage direkte til Fylkesmannen 22. juni 2018. Det ble der på nytt anført at et krav om flytting til kommunal omsorgsbolig for å motta nødvendige helse- og omsorgstjenester, var ulovlig og i strid med CRPD.

I brev 20. juli 2018 ga Fylkesmannen uttrykk for at kommunens svar til NFU var mangelfullt, og ba kommunen utrede saken nærmere. Kommunen sendte et svar til Fylkesmannen 5. september 2018. I et nytt brev 27. september 2018 påpekte Fylkesmannen at kommunens brev ikke kunne anses som en formell oversendelse av klagesaken. Fylkesmannen skrev at brevet var «en argumentasjon fra kommunens side med hensyn til hvorfor det ble vurdert som nødvendig å flytte tjenestene, noe som før øvrig kan inngå som en del av saksfremstillingen når kommunen oversender saken formelt til Fylkesmannen for klagebehandling».

Kommunen oversendte klagesaken til Fylkesmannen i brev 25. oktober 2018. I brevet var det redegjort for kommunens syn på de faktiske forholdene i saken, og hvorfor den ikke fant grunn til å endre det påklagede vedtaket. En kopi av kommunens brev ble samme dag sendt til klagerens mor. På dette tidspunktet var faren eneste verge for klageren, idet moren i juli 2018 hadde blitt løst fra sitt vergeoppdrag. Verken faren eller NFU ble tilsendt kommunens brev til uttalelse før Fylkesmannen traff vedtak i klagesaken.

Fylkesmannen stadfestet vedtaket 23. november 2018, men kritiserte kommunen for å ha iverksatt vedtaket før klagebehandlingen var gjennomført. Det fremgikk ikke av begrunnelsen at Fylkesmannen hadde tatt stilling til klagerens menneskerettslige anførsler.

Advokat Petter Meldal Nilsskog brakte Fylkesmannens vedtak inn for Sivilombudsmannen 2. april 2019 på vegne av klageren og hennes far. Det er opplyst at klagerens mor døde i januar 2019 etter noe tids sykdom.

I klagen til ombudsmannen ble det gjort gjeldende at utredningsplikten og retten til kontradiksjon etter forvaltningsloven ikke var tilstrekkelig ivaretatt av Fylkesmannen ved at kommunens saksfremstilling ikke hadde blitt forelagt klagerens verge eller fullmektig til uttalelse. Det ble også klaget over at Fylkesmannen ikke hadde vurdert betydningen av CRPD i spørsmålet om det var rettslig adgang til å stille krav om flytting til kommunal omsorgsbolig for å kunne motta nødvendige helse- og omsorgstjenester. Klagen inneholdt en nærmere redegjørelse for hvorfor klageren mente vedtaket var i strid med CRPD artikkel 19.

Klagen ble besvart herfra 23. august 2019. I svaret ble det vist til at forvaltningen normalt bør gis mulighet til selv å rette opp i eventuelle feil og mangler før ombudsmannen går inn i saken. Ettersom i hvert fall en del av klagerens innvendinger mot saksbehandlingen ikke var tatt opp uttrykkelig med Fylkesmannen tidligere, ble klageren i første omgang henvist til å gjøre dette

gjennom en begjæring om ny behandling eller omgjøring av saken. Det fremgikk uttrykkelig av brevet herfra at også de menneskerettslige anførslene burde tas opp i en slik henvendelse.

Advokat Nilsskog begjærte 30. august 2019 omgjøring av Fylkesmannens vedtak. I omgjøringsbegjæringen ble det også anmodet om at forholdet til CRPD ble vurdert nærmere på bakgrunn av den begrunnelsen som ble gitt i den forutgående klagen til ombudsmannen. Både klagen til ombudsmannen og ombudsmannens svar var vedlagt omgjøringsbegjæringen.

Fylkesmannen avslo begjæringen om omgjøring i brev 8. januar 2020. Fylkesmannen uttalte at det var «beklagelig» at NFU ikke hadde fått tilsendt brevet fra kommunen, og at «saksbehandlingsreglene kunne vært ettersendt mer nøye for å sikre mer kontradiksjon». Ifølge Fylkesmannen var det likevel ikke begått en saksbehandlingsfeil, ettersom Fylkesmannen hadde lagt til grunn at klagerens verge faktisk hadde mottatt og lest brevet fra kommunen, og dermed fått mulighet til å kommentere kommunens saksfremstilling.

Til de menneskerettslige anførslene uttalte Fylkesmannen følgende:

«I klagen bes det om at forholdet til CRPD vurderes. Slik Fylkesmannen forstår dette ber man her om at Fylkesmannen vurderer forholdet mellom CRPD og aktuelle bestemmelser som følger av det norske regelverket. Etter Fylkesmannens vurdering må en slik anmodning rettes til Helse- og omsorgsdepartementet.»

Advokat Nilsskog brakte saken på nytt inn for ombudsmannen 11. januar 2020.

For helhetens skyld bemerkes at det ikke fremgår av sakens dokumenter hva klageren selv eventuelt har gitt uttrykk for av egne ønsker, vilje og preferanser med hensyn til bosted.

## Våre undersøkelser

Etter en gjennomgang av saken besluttet vi å ta opp enkelte spørsmål med Fylkesmannen. Undersøkelsen knyttet seg til Fylkesmannens saksbehandling, herunder håndtering av klagerens menneskerettslige anførsler i klagesaken og omgjøringsbegjæringen.

I brev 21. februar 2020 ba vi Fylkesmannen redegjøre nærmere for sitt standpunkt om at kommunen ikke hadde begått en saksbehandlingsfeil da kommunens saksfremstilling til Fylkesmannen kun ble sendt i kopi til klagerens mor, og ikke til klagerens verge eller fullmektig.

Videre ba vi Fylkesmannen om å redegjøre nærmere for den bevisvurderingen som lå til grunn for konklusjonen om at klagerens verge faktisk hadde mottatt kommunens brev 25. oktober 2018, og dermed hadde mulighet til kontradiksjon. Vi ba Fylkesmannen tilkjenne sitt syn på hvem som har bevisbyrden for at en henvendelse fra forvaltningen er kommet frem i et tilfelle der henvendelsen ikke er blitt sendt til den eller de aktørene som henvendelsen etter loven skulle vært sendt til. Fylkesmannen ble også bedt om å opplyse om eventuelle konkrete omstendigheter som tilsa at vergen eller fullmektigen rent faktisk fikk overlevert brevet fra klagerens mor.

Endelig ble Fylkesmannen bedt om å utype og begrunne sitt utsagn i brevet 8. januar 2020 om at en vurdering av forholdet til CRPD måtte rettes til departementet. Fylkesmannen ble også bedt om å kommentere i hvilken grad Fylkesmannen selv plikter å vurdere om menneskerettslige anførsler i en klage eller omgjæringsbegjæring kan føre frem.

Fylkesmannen svarte i brev 18. mars 2020.

Fylkesmannen uttaler at det følger av pasient- og brukerrettighetsloven § 7-2 at det er pasientens nærmeste pårørende som kan representere en pasient som ikke har samtykkekompetanse i en klagesak etter pasient- og brukerrettighetsloven. Hvem som er nærmeste pårørende, følger av pasient- og brukerrettighetsloven § 1-3 bokstav b. Fylkesmannen viser til at pasientens foreldre bodde sammen på det aktuelle tidspunktet, og at de erfaringsmessig representerte pasienten sammen. Fylkesmannen mener derfor det var naturlig å betrakte foreldrene som pasientens nærmeste pårørende etter loven. At [...] har, slik Fylkesmannen ser det, ikke betydning for morens rolle som nærmeste pårørende. Fylkesmannen anser det derfor ikke som en saksbehandlingsfeil at det var mor, og ikke far, som var mottaker av brevet fra kommunen.

Videre skriver Fylkesmannen at NFU som var fullmektig i saken, skulle ha fått tilsendt brevet fra kommunen i henhold til forvaltningsloven § 12 tredje ledd. Fylkesmannen uttaler at de ikke har konkrete opplysninger som tilsier at vergen eller fullmektigen var kjent med innholdet i det aktuelle brevet. Fylkesmannen tilkjenner ikke noe syn på bevisbyrdespørsmålet eller betydningen av at fullmektigen ikke ble underrettet på lovmessig måte.

Om vurderingen av de menneskerettslige anførslene skriver Fylkesmannen at de tolket dette som en anmodning om å redegjøre for Fylkesmannens overordnede syn på forholdet mellom CRPD og helselovgivningen, med andre ord at Fylkesmannen skulle foreta en prinsipiell drøftelse av forholdet mellom disse to regelsettene. Fylkesmannen mente derfor at henvendelsen heller burde rettes til departementet.

Fylkesmannen erkjenner at det burde ha fremgått av vedtaket i klagesaken at klagers menneskerettslige anførsler var sett og vurdert. Fylkesmannen viser til forvaltningsloven § 34 andre ledd og at alle de synspunkter som klager kommer med, skal vurderes i den grad de er relevante. Om synspunktene vurderes ikke å ha relevans for den aktuelle saken, er det Fylkesmannens oppfatning at det likevel skal fremgå av begrunnelsen at Fylkesmannen har sett anførslene.

Fylkesmannen skriver også, med henvisning til Grunnloven § 92, at statlige myndigheter plikter å ta menneskerettighetene i betraktning og følge dem, og at bestemmelsen pålegger statlige myndigheter en aktivitetsplikt for å ivareta rettighetene. Siden presumpsjonsprinsippet legger til grunn at norsk rett er i overenstemmelse med folkeretten, og norske lovbestemmelser skal tolkes i samsvar med Norges folkerettslige forpliktelser, fant ikke Fylkesmannen grunnlag for å drøfte anførslene eksplisitt.

Advokat Nilsskog har fått tilsendt Fylkesmannens redegjørelse, men har ikke kommet med ytterligere merknader.

# Ombudsmannens syn på saken

## 1. Retten til kontradiksjon

Saken gjelder Fylkesmannens behandling av en klage etter pasient- og brukerrettighetsloven § 7-2. Etter pasient- og brukerrettighetsloven § 7-7 første ledd er forvaltningslovens alminnelige bestemmelser for klagebehandlingen gitt anvendelse «så langt de passer», med de særlige bestemmelser som er gitt i pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 7. Det sentrale spørsmålet i saken er om det innebærer et brudd på retten til kontradiksjon at kommunens brev 25. oktober 2018 verken ble oversendt fullmektigen NFU eller klagerens verge.

Det følger av forvaltningsloven § 17 og § 33 femte ledd at klageinstansen plikter å påse at en sak er tilstrekkelig utredet før vedtak treffes. Sentralt i en forsvarlig saksutredning står hensynet til kontradiksjon. Kontradiksjon innebærer at sakens parter har rett til å bli hørt før en beslutning tas, og slik sett gis mulighet til å fremme sitt syn og imøtegå argumenter. Partene har ofte bedre forutsetninger for å kjenne et hendelsesforløp. En best mulig opplysning av saken tilsier derfor at partene får anledning til å påpeke eventuelle feil eller uoverensstemmelser i angitt faktum. Det har også en verdi i seg selv at de som saken direkte gjelder, får anledning til å uttale seg. En slik uttalerett vil normalt øke tilliten til forvaltningens avgjørelser.

Etter forvaltningsloven § 17 andre ledd «skal» forvaltningen forelegge for parten opplysninger som den mottar under saksforberedelsen, «om en part eller den virksomhet han driver eller planlegger». For øvrig heter det i tredje ledd at forvaltningen «bør» forelegge for parten opplysninger «av vesentlig betydning som det må forutsettes at de har grunnlag og interesse for å uttale seg om». Forutsetningen er i begge tilfeller at parten etter §§ 18 til 19 har rett til å gjøre seg kjent med disse opplysningene. Bestemmelsene om foreleggelse suppleres av det overordnede kravet til en forsvarlig saksutredning etter § 17 første ledd og § 33 femte ledd. Dette kan i det konkrete tilfellet tilsa at opplysninger må forelegges en part eller andre berørte til uttalelse selv om dette ikke følger direkte av «skal»-bestemmelsen i § 17 andre ledd.

I tilfeller der parten lar seg bistå av fullmektig, følger det av forvaltningsloven § 12 tredje ledd andre punktum flg. at:

«Alle meddelelser og henvendelser fra forvaltningsorganet skal skje til partens fullmektig for såvidt forholdet dekkes av fullmakten. Når det finnes hensiktsmessig, kan parten også underrettes direkte. Parten kan kreve å bli underrettet ved siden av eller i stedet for fullmektigen.»

Bestemmelsen innebærer at forvaltningen plikter å sende sine underretninger til parten ved dennes fullmektig, med mindre parten i stedet har krevd å bli underrettet selv. Bestemmelsen har betydning for oppfyllelsen av retten til kontradiksjon. Hvis parten bistås av fullmektig – og ikke uttrykkelig har bedt om noe annet – skal dokumentene og opplysningene som forvaltningen har plikt til å forelegge for parten, formidles via fullmektigen.

Det fremgår av sakens dokumenter at den private parten og kommunen hadde ulike oppfatninger om de faktiske forholdene i saken. Uenigheten synes i hovedsak å knytte seg til spørsmål om årsakene til og omfanget av den vanskelige bemanningssituasjonen mens tjenestene ble ytt i klagerens leilighet, og om dette gjorde at det ikke var mulig for kommunen å yte forsvarlige helse- og omsorgstjenester til klageren i hennes leilighet. Saksdokumentene viser også at kommunen og foreldrene har hatt ulike oppfatninger om hvilke konsekvenser flyttingen til kommunal omsorgsbolig har hatt for klageren.

Saksfremstillingen i kommunens brev 25. oktober 2018 ble utarbeidet etter at Fylkesmannen i brev 20. juli 2018 ba kommunen om å utrede saken nærmere. Fylkesmannen mente at «[d]e vurderingene kommunen allerede har foretatt, jf. blant annet kommunes svarbrev til NFU av 08.06.18, anses så vidt mangelfulle at de ikke kan legges til grunn for en forsvarlig klagesaksbehandling». Fylkesmannen påpekte at det «[s]ærskilt savnes (...) en konkretisering av hvorfor kommunen vurderer at det er uforsvarlig å yte helsetjenester til [klageren] i hennes private hjem».

Kommunens påfølgende brev til Fylkesmannen 25. oktober 2018 inneholdt en langt mer detaljert redegjørelse for kommunens syn på de faktiske forholdene enn begrunnelsen i det opprinnelige vedtaket og andre saksfremstillinger som klageren tidligere hadde uttalt seg om. [...]

Etter ombudsmannens syn var innholdet i kommunens brev av en slik karakter at det etter forvaltningsloven §§ 17 og 33 skulle vært forelagt klageren for uttalelse før Fylkesmannens vedtak i klagesaken ble fattet.

En kopi av kommunens brev 25. oktober 2018 ble sendt til klagerens mor, men ikke til vergen eller fullmektigen. Som et utgangspunkt er ombudsmannen enig i at morens rettigheter som nærmeste pårørende etter pasient- og brukerrettighetsloven ikke endres som følge av hennes manglende status som verge. Ombudsmannen er imidlertid ikke enig i at klagerens rett til kontradiksjon ble tilstrekkelig ivaretatt gjennom oversendelsen til moren.

Det følger av pasient- og brukerrettighetsloven § 7-2 første ledd at en «representant» for pasienten eller brukeren har rett til å klage over manglende oppfyllelse av rettigheter etter loven på vegne av pasienten eller brukeren. Hvem som kan representere pasienten eller brukeren, er nærmere regulert i § 7-2 siste ledd. Det fremgår der at representanten er «den som har fullmakt til å klage på pasientens eller brukerens vegne», eller «som har samtykkekompetanse etter kapittel 4». Kapittel 4 i pasient- og brukerrettighetsloven angir bestemmelsene om samtykke til helsehjelp, og hvem som eventuelt har kompetanse til å samtykke på vegne av personer som selv mangler samtykkekompetanse.

Slik saken er opplyst er det ikke nødvendig å ta stilling til om vergen, nærmeste pårørende eller begge var berettiget til å utøve partsrettigheter på egne eller klagerens vegne. Etter ombudsmannens syn er dette ikke avgjørende for Fylkesmannens plikt til å sørge for at kommunens saksfremstilling ble forelagt NFU til uttalelse. Det er på det rene at begge foreldrene hadde gitt NFU

skriftlig fullmakt til å representere dem og datteren i klagesaken. En skriftlig fullmakt ble fremlagt for kommunen i brev 24. april 2018 samtidig med NFUs klage til kommunen. Det var også NFU som senere klaget direkte til Fylkesmannen.

Dersom kommunen eller Fylkesmannen mente at NFU ikke hadde gyldig fullmakt til å opptre på vegne av klageren, måtte dette vært gjort klart for NFU og klagerens foreldre. All den tid dette ikke ble gjort, måtte både foreldrene og NFU kunne forvente at kommunen og Fylkesmannen forholdt seg til NFU som fullmektig i saken i henhold til reglene for dette i forvaltningsloven § 12. Slik ombudsmannen forstår Fylkesmannens svar hit, er også Fylkesmannen enig i at brevet skulle vært sendt til NFU.

At saksfremstillingen i kommunens brev ikke ble sendt NFU for uttalelse, utgjør i seg selv en saksbehandlingsfeil. Ombudsmannen finner i denne sammenheng grunn til å påpeke at retten til å la seg bistå av en fullmektig i møte med forvaltningen, er en viktig rettssikkerhetsgaranti. Ikke minst er dette viktig for personer som – på grunn av funksjonsnedsettelse eller andre omstendigheter – har begrensede muligheter til å ivareta sine interesser i saken på egen hånd.

For det tilfellet at kommunens brev – til tross for den manglende oversendelsen – faktisk hadde kommet frem til NFU i tide, slik at muligheten til å imøtegå kommunens saksfremstilling var til stede, ville retten til kontradiksjon likevel vært ivaretatt. Både hensynene bak forvaltningsloven § 12 og mer generelle rimelighetsbetraktninger og retts tekniske hensyn, tilsier imidlertid at det i slike tilfeller er forvaltningen som har risikoen og bevisbyrden for at dens underretninger kommer frem til rette vedkommende. Ombudsmannen viser også til uttalelse 13. juni 2018 (SOM-2017-334) og Woxholth, Forvaltningsloven med kommentarer (5. utg. 2011) side 346–347, der tilsvarende standpunkt er lagt til grunn med hensyn til forhåndsvarsling som skjer ved uriktig bruk av elektronisk kommunikasjon.

I saken her har både klagerens far og NFU bestridt å ha fått kjennskap til innholdet i det aktuelle brevet fra kommunen før vedtaket i klagesaken ble fattet. Fylkesmannen har heller ikke vist til konkrete opplysninger som tilsier noe annet. Uten slike konkrete holdepunkter må det etter ombudsmannens syn legges til grunn at verken NFU eller vergen fikk mulighet til å kommentere eller imøtegå kommunens saksfremstilling før Fylkesmannen fattet vedtak i klagesaken. Dette innebærer et brudd på kontradiksjons- og utredningsplikten.

Fylkesmannens vedtak er følgelig beheftet med saksbehandlingsfeil. Dersom det er en «ikke helt fjernliggende mulighet» for at slike feil kan ha påvirket vedtakets innhold, vil dette som hovedregel medføre at vedtaket er ugyldig, jf. blant annet Rt. 2009 side 661 avsnitt 71. Slik saken har vært undersøkt herfra, har ombudsmannen ikke grunnlag for å ta stilling til om dette er tilfellet. Dette må derfor Fylkesmannen vurdere i første omgang. Ombudsmannen finner likevel grunn til å vise til avsnitt 72 i den nevnte høyesterettsavgjørelsen, der det på generelt grunnlag gis uttrykk for at det «gjennomgående [skal] nokså lite til» for å konstatere ugyldighet i tilfeller der saksbehandlingsfeilen har ledet til et «mangelfullt eller uriktig avgjørelsesgrunnlag på et punkt av betydning for vedtaket,



eller feilen på annen måte innebærer tilsidesettelse av grunnleggende fordringer til forsvarlig behandling».

## 2. Fylkesmannens håndtering av menneskerettslige anførsler

I klageskrivet fra NFU 24. april 2018 til kommunen ble det anført at et krav om flytting til kommunal omsorgsbolig for å motta nødvendige helse- og omsorgstjenester, er ulovlig og i strid med menneskerettighetene. Det ble særlig vist til FN-konvensjonen om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne (CRPD) artikkel 19 om retten til selvbestemmelse i boligforhold. Også FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (SP) artikkel 12 nr. 1 og Grunnloven § 106 ble påberopt. Anførselene ble gjentatt i klagen til Fylkesmannen 22. juni 2018. Der ble anførselen knyttet til CRPD underbygget med en henvisning til generell kommentar nr. 5 fra konvensjonens internasjonale håndhevingsorgan – CRPD-komiteen.

I begjæringen om omgjøring av Fylkesmannens vedtak 30. august 2019 anmodet advokat Nilsskog på nytt at forholdet til CRPD ble vurdert av Fylkesmannen. Det ble uttrykkelig vist til redegjørelsen i den tidligere klagen til ombudsmannen og til ombudsmannens svar på denne. I klagen til ombudsmannen – som var vedlagt omgjøringsbegjæringen – ble det anført at Fylkesmannen hadde lagt til grunn en forståelse av gjeldende rett som ikke er i samsvar med CRPD. Til støtte for anførselen ble det blant annet vist til konvensjonens fortale og ytterligere uttalelser fra CRPD-komiteen i nevnte generell kommentar nr. 5.

Det følger av Grunnloven § 92 at «[s]tatens myndigheter skal respektere og sikre menneskerettighetene slik de er nedfelt i denne grunnlov og i for Norge bindende traktater». Dette innebærer et «pålegg til domstolene og andre myndigheter om å håndheve menneskerettighetene på det nivå de er gjennomført i norsk rett», jf. Høyesteretts avgjørelse i Holship-dommen (HR-2016-2554-P) avsnitt 70.

CRPD er ikke inkorporert i norsk rett. Konvensjonen er likevel folkerettslig bindende for Norge. Det følger av det såkalte «presumsjonsprinsippet» at norsk lovgivning så vidt mulig skal tolkes i samsvar med Norges folkerettslige forpliktelser, jf. blant annet HR-2016-2591-A avsnitt 48. Dette betyr at CRPD skal gis gjennomslag i tråd med presumsjonsprinsippet, så langt dette prinsippet rekker. Men konvensjonens bestemmelser vil som hovedregel ikke ha forrang dersom det først konstateres motstrid med en nasjonal rettsregel.

Etter forvaltningsloven § 34 andre ledd andre punktum plikter klageinstansen å vurdere de synspunktene som fremkommer i klagen. At forvaltningen må foreta en vurdering av om menneskerettslige anførsler kan føre frem der en klage eller omgjøringsanmodning er begrunnet med at vedtaket er ulovlig, følger også forutsetningsvis av Grunnloven § 92 og det nasjonale kontrollsystemet med at Norge etterlever sine internasjonale forpliktelser, jf. blant annet Meld. St. 39 (2015–2016) om individklageordningene til FNs konvensjoner om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK), barnets rettigheter og rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne (CRPD) punkt 3.2 og Innst. 161 S (2016–2017).

I redegjørelsen til ombudsmannen opplyser Fylkesmannen at klagerens menneskerettslige anførsler rent faktisk ble vurdert som ledd i klagesaken. Ombudsmannen tar dette til etterretning.

Fylkesmannen erkjenner imidlertid at det burde ha fremgått av begrunnelsen for vedtaket i klagesaken at klagerens menneskerettslige anførsler var sett og vurdert i den grad de var relevante. Dette er ombudsmannen enig i.

Det fremstår riktignok usikkert om Fylkesmannen var rettslig forpliktet til å kommentere de aktuelle anførselene i sin begrunnelse. Forvaltningsloven § 34 andre ledd oppstiller ikke noe generelt krav om at klageinstansens vurderinger av klagerens synspunkter skal fremgå av begrunnelsen i vedtaket. Heller ikke § 25 om begrunnelsens innhold krever at vedtaket redegjør for hvordan partens faktiske og rettslige anførsler er vurdert. Etter § 25 første ledd skal begrunnelsen som hovedregel vise til de regler som vedtaket bygger på, og gjengi innholdet av regelen eller sentrale vurderingstema i den utstrekning det er nødvendig for å sette parten i stand til å forstå vedtaket. Derimot krever bestemmelsen i utgangspunktet ikke at det redegjøres for den forutgående tolkningsprosessen.

Selv om forvaltningen ikke er rettslig forpliktet til det, vil likevel alminnelige prinsipper om god forvaltningsskikk kunne tilsi at hovedtrekkene i vurderingen av klagerens anførsler fremgår av vedtakets begrunnelse, se uttalelse 8. oktober 2018 (SOM-2017-1645) punkt 2. Dette vil for eksempel være aktuelt i tilfeller der tolkningsspørsmålet i saken er omstridt.

Ombudsmannen viser til at en sentral anførsel i klagesaken for Fylkesmannen var nettopp at Fylkesmannen hadde lagt til grunn en forståelse av retten til nødvendige helse- og omsorgstjenester som ikke var i samsvar med CRPD artikkel 19 om retten til å velge bosted. Fylkesmannen hadde derfor en sterk oppfordring til å kommentere denne anførselen i begrunnelsen for vedtaket. At dette ikke ble gjort, mener ombudsmannen var et brudd på god forvaltningsskikk.

Når det gjelder klagerens omgjøringsbegjæring, har Fylkesmannen i svaret til ombudsmannen uttalt at klagerens menneskerettslige anførsler ble tolket som en anmodning om å foreta en overordnet og prinsipiell drøftelse av forholdet mellom CRPD og helselovgivningen. På denne bakgrunn mente Fylkesmannen at spørsmålet heller burde rettes til departementet.

Ombudsmannen mener dette er en lite treffende oppfatning av omgjøringsbegjæringen. Som påpekt inneholdt omgjøringsbegjæringen en uttrykkelig henvisning til den tidligere klagen til ombudsmannen, der det var gitt en utfyllende redegjørelse for klagerens syn på hvorfor Fylkesmannens vedtak måtte anses å være i strid med blant annet CRPD. I tillegg var det vist til ombudsmannens svar, der klageren uttrykkelig ble henvist til å ta dette spørsmålet opp med Fylkesmannen i første omgang. Ettersom Fylkesmannen hadde sett og vurdert de menneskerettslige anførselene i klagesaken og dette ikke fremgikk av vedtaket, synes det i alle tilfeller å ha vært nærliggende å anta at klageren ønsket en nærmere redegjørelse for Fylkesmannens rettslige vurderinger på dette punktet.

At Fylkesmannen heller ikke i forbindelse med klagerens anmodning om omgjøring av vedtaket kommenterte klagerens menneskerettslige anførsler, var etter ombudsmannens syn også i strid

med god forvaltningsskikk.

## Konklusjon

Ombudsmannen er kommet til at det var et brudd på forvaltningsloven § 12 tredje ledd andre punktum at kommunens saksfremstilling i oversendelsen til Fylkesmannen ikke ble oversendt klagerens fullmektig – Norsk Forbund for Utviklingshemmede (NFU). Forvaltningen har risikoen og bevisbyrden for at dens underretninger kommer frem i tilfeller der de ikke er blitt sendt på en lovmessig måte. Slik saken er opplyst må det legges til grunn at NFU heller ikke ble kjent med saksfremstillingen før Fylkesmannen traff vedtak i klagesaken. Dette innebærer et brudd på kontradiksjons- og utredningsplikten. Fylkesmannens vedtak er følgelig beheftet med saksbehandlingsfeil.

Videre mener ombudsmannen at det var i strid med god forvaltningsskikk at klagerens menneskerettslige anførsler, som var sentrale i saken, ikke ble kommentert i vedtaket. At Fylkesmannen heller ikke kommenterte dette i forbindelse med klagerens påfølgende anmodning om omgjøring av vedtaket, var også i strid med god forvaltningsskikk.

Ombudsmannen ber Fylkesmannen vurdere saken på nytt i samsvar med merknadene i denne uttalelsen. Ombudsmannen ber om å bli orientert om utfallet av den nye behandlingen ved kopi av brev til klageren innen **27. august 2020**.

2.7.2020 (2020/292)