

Kommentarfelt

av professor dr. juris Morten Kjelland (MK) og stipendiat Anne Kjersti Befring (AKB). De var ikke sensorer på denne besvarelsen, men har satt inn merknader til undervisningsbruk («Helserett», UiO). Besvarelsen er skrevet av Iselin Næs, og ble bedømt til karakteren A, eksamen JUS5550 (MA).

MK: Ryddig med slike nummererte overskrifter; det forenkler internhenvisninger.

MK: + Utmerket at dette sentrale begrepet, «rettslig standard» kommer med allerede her.

AKB: Bra å få med hva forsvarlighetsstandard er og betydningen av den. Kunne hatt med en setning til om hva en rettslig standard er: at den inneholder normer av faglig karakter og at etiske retningslinjer kan få betydning (soft law), det vil si hvordan den defineres innenfor de ulike fagområdene.

AKB: I hpl. § 3 punkt 2. er det en generell definisjon med «helsehjelp» og den ytre ramme: Helsetjeneste og apotek, som vurderingstemaer. Det vil si at alle som gir helsehjelp i det som defineres som «helsetjeneste og apotek» i privat regi. Innenfor spesialisthelsetjenesten, og kommunehelsetjenesten. defineres som helsepersonell. Helse- og omsorgstjenesteloven er avgrenset til å omfatte tjenester i kommunene. Endringen med hol. § 2-1 var at alle virksomheter i kommunen ble definert som helsetjenester. Det betyr at ansatte, også i kommunale boformer, omfattes av definisjonen.

AKB: Kunne vært presisert at autonomiprinsippet er utgangspunktet både for legalitetsprinsippet og for samtykke som hovedregel innenfor helse retten.

MK: Ja, her kommer pasient- og brukerperspektivet inn. Bra.

MK: Ja, og i hvert fall *individansvar* ...

MK: Feil bruk av uttrykket «i forhold til». Går på språklig presisjon, i en ellers meget velskrevet besvarelse.

Eksamen i helserett – JUS5550

Gi en framstilling og vurdering av forsvarlighetskravet i helsepersonelloven § 4. Drøft bestemmelsen i sammenheng med virksomhetens plikt til å tilrettelegge for forsvarlig yrkesutøvelse.

1.0 Innledning

Det er et grunnleggende krav i helse retten at den helsehjelpen som gis, skal være forsvarlig. Forsvarlighetskravet er en rettslig standard som har fått sitt innhold utviklet og presisert gjennom nemds- og rettspraksis. Jeg skal gjennom denne fremstillingen gjøre rede for mange ulike aspekter ved forsvarlighetskravet.

Vi befinner oss på legalitetsprinsippets område, da man ved å yte helsehjelp griper inn i enkeltpersoners liv. Derfor trenger man hjemmel i lov for å kunne yte helsehjelp jf. GrL. § 113. Helsepersonelloven (heretter hpl.) er en personlov, i den forstand at den regulerer helsepersonellens plikter. Helsepersonell er i hpl. § 3 definert vidt og i praksis vil alle personer som yter helse- og omsorgstjenester, jf. helse- og omsorgstjenesteloven (heretter hol.) § 2-1, defineres som helsepersonell. Helsehjelp er i hpl. § 3(3) definert som «enhver handling som har forebyggende, diagnostisk, behandlende, helsebevarende, rehabiliterende eller pleie- og omsorgsformål og som utføres av helsepersonell». Som jeg skal vise nedenfor, vil forsvarlighetskravet komme inn på alle disse ulike handlingsområdene. Helsepersonellens plikter etter hpl. har sitt motstykke i pasientens og brukerens rettigheter i medhold av bl. a. pasient- og brukerrettighetsloven.

Hovedregelen om forsvarlighet for helsepersonell finner vi i hpl. § 4. Dette kalles et profesjonsansvar, da det gjelder pliktene til hvert enkelt helsepersonell. For at hvert enkelt helsepersonell skal kunne opptre iht. forsvarlighetskravet, er det imidlertid nødvendig at systemene og arbeidsplassen er organisert og tilrettelagt for forsvarlig yrkesutøvelse. Derfor

MK: + Riktig. Flott at systemansvaret trekkes inn allerede her, noe som bidrar til å sette hpl. § 4 i det perspektivet oppgaven ber om.

AKB: Enig

MK: + Kandidaten har oversikt

MK: Fornuftig lovsitat; evner å trekke ut de sentrale nøkkelordene.

MK: Strengt tatt er vel dette punkt 1.2 ...

MK: + Virker meget lovende, dette.

MK: OK så lenge det ikke blir mer omfangsrikt enn dette; må knyttes opp mot forsvarlighetskravet, så vi får se ...

AKB: Samme oppfatning: En litt for generell bakgrunn. Kunne med fordel ha vist til den historiske bakgrunnen for forsvarlighetsplikten i legeetiske regler og med formål om å ikke skade. Samt sammenhengen mellom forsvarlighetsplikten og aktsomhetskravet innenfor erstatningsretten.

finner vi bestemmelser som hjemler virksomhetens tilretteleggingsansvar i hpl. § 16. I tillegg til dette finnes det også et systemansvar, som omhandler kommunens og spesialisthelsetjenestens ansvar for å organisere den overordnede helsehjelpen, jf. hol. § 4-1 og spesialisthelsetjenesteloven § 2-2. Da oppgaven spør spesifikt om hpl. § 4 sett i sammenheng med «virksomhetens plikt til å tilrettelegge for forsvarlig yrkesutøvelse», forstår jeg oppgaven dithen at det først og fremst skal foretas en drøftelse av hpl. § 4 opp mot hpl. § 16. Jeg fokuserer derfor i det følgende på hpl. §§ 4 og 16. Jeg vil bare kort nevne spesialisthelsetjenestelovens (heretter sphlsl.) og helse- og omsorgstjenestelovens bestemmelser senere i oppgaven.

1.1 Videre fremstilling

Jeg skal først se helt kort på bakgrunnen for helseretten slik vi kjenner den i dag før jeg redegjør for de hensyn som gjør seg gjeldende når det kommer til forsvarlighetskravet. Deretter skal jeg redegjøre for § 4, både generelt og ut fra ulike typetilfeller hvor kravet gjør seg gjeldende. Videre skal jeg se på forsvarlighetskravet opp mot uaktsomhetskravet før jeg kommer med en vurdering av kravet i § 4. Deretter ser jeg på forholdet mellom hpl. § 4 og hpl. § 16 og helt kort se på sphlsl. og hol. Helt til slutt skal jeg redegjøre for konsekvenser dersom det foreligger brudd på forsvarlighetskravet.

2.0 Et lite historisk tilbakeblikk

Helse-Norge som vi kjenner det i dag, er et relativt nytt fenomen. Det er først etter krigen at velferdsstaten vokste frem og vi som borgere fikk omfattende rettigheter i medhold av folketrygdloven og etter hvert av andre lover. Den første helseloven som fantes var Sinnsykeloven fra midten av 1800-tallet, som gikk ut på å beskytte samfunnet fra de «sinnsyke». Etter urbaniseringen ifm. Industrialiseringen fikk vi vår andre

MK: Kanskje vel mye om dette. Savner koblingen til oppgavens tema – forsvarlighetskravet/hpl. § 4.

MK: Vel, ikke helt treffende formulert, men hovedpoenget synes riktig oppfattet.

MK: ++ Utmerket at hensynene beskrives slik, og ut fra oppgaveformuleringen må det anses hensiktsmessig å oppstille et eget underpunkt.

MK: ++ Her kommer poengene som «perler på en snor». Savner imidlertid begrepet *pasientsikkerhet* ..., samt en henvisning til formålsbestemmelsen i hpl. § 1.

MK: + Her kommer også omsorgsaspektet med – flott!

MK: Bra at mothensynene er med, og bra at lovtekniske sider tas med (avansert). Savner likevel noe om at det innholdsmessige i forsvarlighetskravet må balanseres mot andre hensyn som effektivitet mv.

AKB: Bra om hensyn over, men uklart når pasienten trekkes inn her. Hensynet til pasienten: omfatter at pasienten ikke skal skades og informeres, men ikke at pasienten skal kunne overprøve forsvarligheten. Det er også bakgrunnen for pasientens reduserte rolle ved tilsynssaker og anmodningsrett. Forsvarlighet vurderes av tilsynet og utfra hva som kunne forventes. Pasienten kan komme uheldig ut av behandlingen uten at det anses som brudd på forsvarlighet.

Ad *: Ordet «rettighetsklage» er ikke helt treffende, idet det kun er en anmodningsrett. Ad *: Nei – ikke derfor. Er i pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 7 et skille mellom klagerett og anmodningsrett. Klagerett er knyttet til saker der det kan være et krav om «oppfyllelse». I tilsynssaker har ikke pasienten et slikt krav og heller ikke klagerett.

MK: + Avansert poeng å trekke inn slike sammenhenger mellom det materielle og prosessuelle.

generelt virkende helselov; folkehelseloven som ble avskaffet av smittevernloven over hundre år senere. Parallelt med dette kom det stadig flere profesjonslover; en lov per profesjon.

Den første var jordmorloven, før mange flere kom til. Med det omfattende helselovarbeidet i 1999, ble alle tidligere profesjonslover slått sammen til hpl. § 48, der de ulike grupper med autorisasjon er slått fast

3.0 Hensyn

Hovedhensynet bak forsvarlighetskravet er pasientsikkerhet. At helsepersonell plikter å utøve sine arbeidsoppgaver forsvarlig, bidrar til økt bevissthet og større rettigheter for pasientene. Det sikrer også kvalitet til den helsehjelpen man som pasient mottar, og tillit til at den hjelpen man mottar, er den riktige. Videre er likhet, likeverd og ikke-diskriminering viktige hensyn; kravet bidrar til en ensartet praksis uavhengig av hvem som er pasient. Da § 4 også fastsetter krav om «omsorgsfull hjelp» tas en av helserettens grunnprinsipper inn i ordlyden; omsorg. Helsehjelpen pasientene mottar, skal være omsorgsfull. Dersom forsvarlighetskravet ivaretas, sikres også hensynet til ikke-skade og livets ukrenkelighet.

På den andre siden er ordlyden vag. Det kan være vanskelig for pasienter å vite hva som kreves av helsehjelpen for at den kan sies å være «forsvarlig». Det er derfor en viktig presisering i ordlyden, «kan forventes ut fra», som innebærer at det skal anlegges et pasientperspektiv i vurderingen, jf. nedenfor. Videre kan det være noe mer vanskelig å klage på brudd på forsvarlighetsnormen (tilsynsklager) enn de alminnelige rettighetsklagene.[*] I sistnevnte tilfelle er rettighetene slått fast i pbrl., og det vil være lettere for pasienten selv å fastslå hvorvidt rettigheten er innfridd eller ikke, for eksempel om pasienten fikk sykehjems plass eller ikke.[**]

Dette er imidlertid avhjulpet med pasientens mulighet for å anmode om at det reises tilsynssak mot virksomhet og/eller vedkommende helsepersonell, jf. pbrl. § 7-4.

MK: Ja, og dette burde vært noe klarere knyttet mot begrunnelsen for bruken av den rettslige standarden. Men, OK:

AKB: En dynamisk regel som følger den medisinske utvikling.

Det kan på den andre siden være en fordel at kravet er såpass generelt utformet, da det kan være vanskelig å forutse alle tenkelige saker. Når kravet er så vidt, vil tilsynsmyndigheter og domstoler ha større skjønnsmargin når det kommer til å skulle fastslå eventuell uforsvarlighet i det enkelte tilfellet.

4.0 Hpl. § 4

§ 4(1) fastsetter at «helsepersonell» skal utføre sitt arbeid i samsvar med de krav til faglig «forsvarlighet» og «omsorgsfull hjelp» som kan «forventes ut fra» helsepersonellens «kvalifikasjoner», «arbeidets karakter» og «situasjonen for øvrig». Jeg viser til definisjonen av helsepersonell i innledningen. Jeg vil i det følgende ta for meg hver enkel bestanddel i § 4(1).

4.1 «forsvarlighet»

Med faglig «forsvarlighet» menes etter en naturlig språklig forståelse at helsepersonellet skal yte slik helsehjelp som anses tilstrekkelig, forholdsmessig, egnet og passende for den aktuelle pasient i det aktuelle tilfellet. Det er i tillegg en etisk standard og en rettslig standard; kravet vil stille seg ulikt avhengig av hva som anses etisk og medisinsk forsvarlig. Bl. a. har synet på lobotomi endret seg betraktelig; det var forsvarlig før, men helt utenkelig i dag.

Forsvarlighetskravet gjør seg gjeldende på tvers av hele helseretten, da kravet både kan anvendes ved tolkning og subsumsjon av andre rettsregler.

Forsvarlighetskravet gjør seg gjeldende i iallfall fem typetilfeller; forebygging, undersøkelse/diagnostisering, behandling, oppfølging samt journalføring fra start til slutt. Jeg viser til redegjørelsen av typetilfellene i avsnittet rett nedenfor.

Forsvarlighetskravet har også betydning for å belyse helsepersonellens ytterligere plikter i §§ 5, 6, 8, 9, 10 og 11. Også helsepersonellens taushetsplikt etter § 21 har et bakenforliggende krav om forsvarlig helsehjelp, da det ikke

MK: Stemmer – vurderingen er konkret og individuell.

MK: ++ Nydelig poengtert og eksemplifisert!

MK: Hva menes her?

MK: Ja, minst fem typetilfeller. Hensiktsmessig inndeling ut fra et pasientforløp. Bra!

MK: ++ Utmerket presisert. Kandidatene har både innsikt i enkeltdeler og oversikt over emnet.

AKB: Dette er en presumsjonsregel. Det vil si at det ikke er tilstrekkelig at pasienten ikke motsetter seg utlevering; det må presumeres at pasienten ikke ville ha motsatt seg utlevering. Forsvarlighet her dreier seg hovedsakelig om andre elementer enn økonomiske.

MK: + Ja, dette kunne kanskje vært utdypet noe (men enkelt er det ikke ...). Fusa-dommen er sentral, og det kunne vært sagt noe om dens lovfesting (kodifisering) innen helseretten.

MK: + Stemmer. Formålet etter hpl. § 1 (som burde vært nevnt også her) er å trygge pasientsikkerhet og fremme tillit til helsepersonell og helsetjeneste, ikke å virke straffende. Kunne også vist til selve prinsippet i Rt. 2004 s. 1343 (avsn. 39). Det retrospektive perspektivet er en likhet med hva som gjelder for culpanormen i erstatningsretten.

AKB: Ja – og viktig å få frem at det ikke er etterpåklokskapsvurdering.

MK: ++ Nydelige sammenlikninger, som beskriver viktige forskjeller i helserett og erstatningsrett. Høyt nivå, dette.

MK: *Nemndspraksis ... Språk ...*

MK: Ja, riktig. Bra det ikke er mer om dette, siden sanksjonspanoramaet utdypes nedenfor.

anses forsvarlig å la taushetsbelagte opplysninger komme på avveie. Helsepersonellet kan utlevere opplysninger om pasienten til annet helsepersonell som skal yte helsehjelp, dersom pasienten ikke motsetter seg og det anses forsvarlig, jf. § 45a. Hva som er å anse som forsvarlig, kan til en viss grad begrenses av hva som anses økonomisk mulig i vedkommende kommune. Men kommunene kan ikke gå under en viss minstestandard ved å skylde på dårlig økonomi, jf. Rt. 1990 s. 874 (Fusa). Kommunens (dårlige) økonomi kan dermed ikke begrense kravet til forsvarlighet utover hva som må kunne kreves iht. en minstestandard.

Hvorvidt helsepersonellet har brudd forsvarlighetskravet, må vurderes retrospektivt. Man må altså vurdere helsehjelpen ut i fra hvordan situasjonen fremsto da det skjedde. At etterpåklokskap tilsier at noe burde vært gjort annerledes, kan ikke lastes helsepersonellet dersom handlingen fremsto som forsvarlig i øyeblikket.

Videre gjelder forsvarlighetskravet hver enkelt hendelse separat. Hvis for eksempel et helsepersonell glemmer å gi pasienten livsviktig medisin, men dette fanges opp av et annet helsepersonell, vil det fortsatt kunne være brudd på forsvarlighetsnormen. Her skiller forsvarlighetskravet seg fra uaktsomhets-/culpanormen; mens uaktsomhetsnormen fokuserer på om aktuelle skade kunne ha vært unngått, relaterer forsvarlighetskravet seg til den aktuelle risiko kunne vært unngått. Mer om dette nedenfor.

Av nemdspraksis kan man se at forsvarlighetskravet kommer på prøve der det har vært en rollesammenblanding. Dette kan ses i sammenheng med hpl. § 57, der hovedvilkåret for tilbakekall av autorisasjon er at helsepersonellet er «uegnet» til å utøve sitt yrke «forsvarlig». Eksempler på rollesammenblanding kan nevnes personlige relasjoner, følelser og seksuelle forhold. Et eksempel på dette var hjelpepleieren på Hamar hvor tilsynsmyndighetene tilbakekalte autorisasjonen hennes da hun fikk følelser for en pasient, sa i fra og ble flyttet. Denne saken har fått kritikk i teorien, da helsepersonellet jo gjorde det eneste riktige i en

MK: ++ Særdeles bra at kandidaten makter å trekke inn nemndspraksis på denne måten. At referansene ikke er med, er uten betydning. Kallenavnene er innarbeidet i pensumboken. For å løfte besvarelsen enda et trinn, kunne det kanskje vært tilføyd at avgjørelsene er uttrykk for en fast og konsistent praksis, sml. selve prinsippet om rettskildeverdi i *Skygge* (Rt. 2005 s. 1757) og *Sarkom* (Rt. 2008 s. 218), som her har overføringsverdi.

MK: Ja, se eksempelvis *Ulnarisnerve* (Rt. 1980 s. 1299) ...

MK: OK, men kanskje noe snaut.

AKB: Burde fått frem at dette kan omfattes av forsvarlighetsplikten – og være et tillegg – og når det er et tillegg.

MK: + Her kom det: *pasientperspektiv* = sentralt perspektiv for vurderingen av forsvarlighet.

uønsket situasjon; sa i fra og ble flyttet. Et annet eksempel er «Teselskap» hvor en behandlende lege inviterte pasienten med hjem til seg på te rett etter avsluttet behandling. Nemda/tilsynet mente legen hadde blandet sammen rollene, og tilbakekalte autorisasjonen. Et siste eksempel er «Pengelån» der en lege lånte pasienten kr. 1000. Nemda/tilsynet tilbakekalte autorisasjonen, da de mente at å sette pasienten i et slikt avhengighetsforhold til legen sin tilsa at legens oppførsel var uforsvarlig pga. rollesammenblanding.

Aktuelle momenter i forsvarlighetsvurderingen er, ved siden av lovens oppstilte jf. rett nedenfor, bl.a om helsepersonellet hadde handlingsalternativer. Var løsningen den eneste løsningen, er det vanskelig å si at det var uforsvarlig. Likeledes vil behandlingens skadeevne og dets omfang spille inn; jo større omfang og evne, dess høyere krav stilles til helsepersonellet. Dersom helsepersonellet var under tidspress, vil også kravene til hva som anses forsvarlig, senkes.

4.2 «Omsorgsfull hjelp»

Videre oppstiller paragrafen krav om «omsorgsfull hjelp». Dette kan for eksempel innbefatte tilstrekkelig kommunikasjon, pleie og omsorg. Det er antatt at jo lengre tid pasientrelasjonen består, desto større blir kravene til «omsorgsfull hjelp». F eks vil en pasient på et sykehjem ha større krav på «omsorgsfull hjelp» enn en øyeblikkelig hjelp-pasient på legevakten.

4.3 «Kan forventes ut fra»

Ordlyden «kan forventes ut fra» tilsier at det skal legges et pasientperspektiv til grunn for hva som anses forsvarlig. Pasienten har ulike forventninger til et helsepersonell avhengig av om vedkommende er en lege eller sykepleier. Av dette ser man at forsvarlighetskravet dermed kan forsterkes dersom pasienten har grunn til å forvente en viss behandling.

Dette kan ses i sammenheng med kravet om tittelbeskyttelse i § 74, da dette gir pasienten en form for «forbrukervern» med hensyn til hva man kan forvente ut fra hvem som er behandler i en gitt situasjon.

4.4 Lovens oppstilte momenter

4.4.1 «helsepersonellens kvalifikasjoner»

For det første vil forsvarlighetskravet avhenge av hva som kan forventes ut fra «helsepersonellens kvalifikasjoner». Dette knytter seg til helsepersonellens realkompetanse. Hvor lang erfaring og hvor mye erfaring helsepersonellet har, vil ha betydning. Dette momentet har sammenheng med § 4(2), der helsepersonellet skal innrette seg etter sine kvalifikasjoner og søke hjelp der dette er nødvendig og mulig. Det kan etter annet ledd også være en plikt til å undersøke med annen kvalifisert personell. Helsepersonell plikter å være oppdaterte mht. medisin, faget og systemet. Motstykket til dette er at virksomheten skal sørge for at slik etterutdanning og opplæring er mulig, jf. sphsl. § 3-10. Det følger av nemdspraksis at det kan foreligge brudd på forsvarlighetskravet dersom man overvurderer egne kvalifikasjoner. Dette vil også ha sammenheng med prinsippet om «best kvalifisert» helsepersonell i § 4(3). Nevnte paragraf må imidlertid tolkes innskrenkende, da det ikke alltid er legen eller tannlegen som er best kvalifisert. Tredje ledd må dermed tolkes i lys av første og annet ledd.

4.4.2 «arbeidets karakter»

Arbeidets karakter vil også ha betydning for hva som kan forventes av helsepersonellet. Her vil det være av betydning om det er vanlig rutinesjekk hos fastlegen, medisinsk forskning jf. helseforskningsloven § 5, eller smittevern. Man krever ulik grad av forsvarlighet avhengig av ulike typer helsehjelp.

4.4.3 «situasjonen for øvrig»

MK: ++ Viktige poenger nedover hele her ...
Kunne nok ha sagt noe mer om at utgangspunktet er en *objektiv* norm, basert på den *rolleforventningen* som beskyttede titler skal skape, se hpl. §§ 49 og 49, som igjen er forbundet med det grunnleggende *tillitshensynet* i hpl. § 1.

Dette er en sekkebestemmelse og vil dermed fange opp ulike aspekter ved helsehjelpen. Denne formuleringen kan ses i sammenheng med det overhengende hensynet til pasientsikkerhet. Her vil virksomhetens organisering av helsehjelpen spille inn på hva som kan forventes ut i fra det aktuelle helsepersonell. Videre vil adgang og tilgang til systemer, røntgenmaskiner, MR-maskiner osv. spille inn på hva en kan forvente. Tidspress er her et viktig tema. I ØH- tilfellene i § 7 vil således kravene til utredning/diagnostisering komme i skyggen av behovet for nettopp øyeblikkelig hjelp. Hvorvidt den oppståtte sykdommen er uventet, ukjent osv., vil også ha betydning. Et eksempel på sistnevnte er den Ebola-rammete kvinnen fra leger uten grenser her i Oslo. Dette er et nytt område, og kravene vil dermed senkes.

MK: + Utførlig om tidsmomentet.

Et eksempel er en tilsynssak hvor det var fløyet inn et ambulanshelikopter på fjellet for å undersøke en pasient. Ambulanslegen valgte å ikke tilkalle ytterligere hjelp, og pasienten/dens pårørende reiste i ettertid sak mot legen. Tilsynet kom til at legen burde ha kalt på ytterligere hjelp ifm. Undersøkelsen av pasienten, og at dette var på et så sentralt område for en ambulanshelikopterlege. Vedkommende ble dermed ilagt sanksjoner. Et annet eksempel er «ulinarisnerve», hvor det var en pasient med livstruende skader som kom inn på legevakten. Sykepleieren valgte å behandle pasienten fremfor å tilkalle hjelp. Dette ble ikke ansett som uforsvarlig, da det hastet så mye at tilkallelsen/det å skulle vente på legen ville vært fatalt i dette tilfellet.

MK: Hva slags type sak er dette?

MK: + Kandidaten er flink til trekke inn eksempler, og det fremgår klart hva de er illustrasjoner over.

4.5 Ulike typetilfeller hvor forsvarlighetskravet kommer inn

4.5.1 Forebygging

MK: + Ja, riktig, dette. Kunne trukket en linje til pbrl. § 2-1 c, men OK.

Forsvarlighetskravet vil blant annet ha betydning når det kommer til forebygging. Fastlegen vil ha et overordnet ansvar for å forebygge sykdom hos sine pasienter. Dersom hen ser fare for forverring/sykdomsutvikling, vil fastlegen/annet behandlende personell ha ansvar for å rette tiltak både mot

pasienten selv og eventuelt mot hans omgivelser (pårørende/en voldelig ektemann/arbeidsplassen).

4.5.2 Undersøkelse og diagnostisering

MK: Litt tynt om dette. Her foreligger det temmelig rikholdig HPN-praksis, der blant annet *Kjønnsskifte* (HPN-2008-157) gir et godt eksempel.

Forsvarlighetskravet vil også stille krav til at behandlende lege undersøker og diagnostiserer vedkommende på en forsvarlig måte. Dette vil ha tett sammenheng med og betydning for journalføringsplikten.

4.5.3 Behandling

MK: Ja, noe som har sammenheng med tillitshensynet og pasientsikkerhets-hensynet, se hpl. § 1.

Behandlingen som gis skal som hovedregel måtte gi en kurativ eller lindrende effekt. Metoden må være utprøvd og i tråd med de krav dagens situasjon når det kommer til metoder, medisiner og øvrig, stiller. Her ligger det også en begrensning i hva man kan tilby av alternativ behandling som enda ikke er utprøvd og akseptert. Denne begrensningen vil iallfall gjelde på områder hvor man har etterprøvd tilbud tilgjengelig. Jeg viser i denne sammenheng til Ebola-tilfellet ovenfor, der kravene til behandling vil være senket da vi befinner oss på et nytt område. Hvis det eksempelvis er et krefttilfelle der stamcelle-transplantasjon er det eneste alternativet eller en omfattende hjerneblødning med nokså uprøvde metoder for stengning av hovedpulsårer, vil kravene også senkes. Her vil imidlertid informasjonsplikten etter § 10 og pasientens medvirkningsrett spille inn på valget av behandlingsmetode, forutsatt at det ikke er et ØH-tilfelle.

MK: + Bra eksempel!

MK: Riktig forklart, og bra med eksempler også her. Kandidaten kunne ha nevnt hpl. § 11.

Særlig rekvirering av reseptbelagte legemidler, spesielt i gruppe A og B (avhengighetsskapende legemidler som morfin etc.), vil være aktuelt her. Legen må ikke behandle pasienten med store doser avhengighetsskapende legemidler dersom dette ikke er forsvarlig. En tilsynssak som går på rekvirering og rollesammenblanding gikk ut på at en trafikkskadet lege importerte store mengder avhengighetsskapende smertestillende medisiner til seg selv. Legen ble fradømt rekvireringskompetansen, da dette ble ansett som uforsvarlig; han burde ha oppsøkt annen lege i stedet for å behandle seg selv.

MK: Ja, stemmer

4.5.4 Oppfølging

Også etter en avsluttet behandling vil helsepersonellens ansvar for oppfølging måtte skje innenfor rammene av det forsvarlige. Enten dette skjer via instruksjoner til fastlegen i epikrisen eller ved telefonkontakt med, eller oppmøte på, poliklinisk klinikk, vil det stille krav til helsepersonellens yrkesutøvelse. Kravet gjelder spesielt i rekvireringstilfellene. Dersom legen har rekvirert A- eller B-gruppelegemidler til pasienten, har hen et ekstra ansvar for å følge opp for å forhindre avhengighet ved for eksempel å redusere dosene.

MK: ++ Nettopp, forsvarlighetskravet gjelder for alle stadiene i et pasientforløp.

4.5.5 Journalføring

Det er et krav som gjelder under hele pasientrelasjonen; helt fra pasienten oppsøker fastlegen til hen blir utskrevet fra spesialisthelsetjenesten. Kravet gjelder dermed på tvers av alle de nevnte typetilfellene over. Kravet går ut på at helsepersonellet plikter å føre journal, jf. hpl. § 39. Pasienten har motsvarende rettigheter til innsyn i egen journal, jf. pbrl. kap. 5. Dette er i første rekke begrunnet i pasientsikkerhet – både mtp. senere innleggelse, oppfølging, etterprøvbarehet og pasientens mulighet for å reise erstatningssak etter pasientskadeloven dersom uhellet skulle være ute. Et eksempel der forsvarlighetskravet ble ansett brudd på grunnlag av feilaktig journalføring, er «fosterlyd». Her hadde en jordmor journalført at det forelå god fosterlyd, til tross for at jordmoren ikke hadde sjekket dette. Babyen døde senere. Her mente rettsanvender at jordmoren heller skulle ha journalført at hun ikke rakk å høre på fosterlyden. Autorisasjonen ble dermed tilbakekalt.

MK: Er formentlig HPN 2006/58 det siktes til her.

4.6 Forsvarlighetsnormen og uaktsomhetsnormen

Forsvarlighetskravet etter § 4 rekker mye videre enn den alminnelige uaktsomhetsnormen. Forsvarlighetskravet er en objektiv vurdering, jf. bla. pasientskadeloven § 2-2(1)(a); «krav på erstatning, (...) selv om ingen kan lastes». På den andre siden er erstatningsrettens uaktsomhetsnorm en

MK: Nei, dette ble feil. Hjemmelen for «svikt»-regelen er pasientskadeloven § 2 første ledd bokstav a.

MK: Noe tynt om forholdet mellom erstatningsrett og helserett, men det viktigste er med.

subjektiv vurdering. Alt som anses uaktsomt vil være uforsvarlig, men ikke alt uforsvarlig vil være uaktsomt. Likevel er mange av de samme momentene aktuelle ved begge vurderingene; for eksempel hvorvidt vedkommende hadde handlingsalternativer, om man var under tidspress og hvor stor skadeevne og skadeomfang som forelå. Den viktigste forskjellen er at forsvarlighetsnormen fokuserer på den oppståtte risikoen fremfor eventuell skade, som jo erstatningsretten gjør. Jeg viser til eksempelet ovenfor med legen som glemmer nødvendige medisiner.

4.7 Vurdering av forsvarlighetskravet i hpl. § 4

MK: + Korrekt

Forsvarlighetskravet i § 4 stiller et grunnleggende krav til helsepersonellet yrkesutøvelse. Det setter en ramme for hva pasienter kan forvente, og det har konsekvenser dersom helsepersonellet handler utenfor det som anses forsvarlig, jf. punkt 6. Det er dermed en viktig rettssikkerhetsgaranti for pasienten. Kravet fungerer også som et tolkningsbidrag til andre bestemmelser, både ved tolkningen og subsumsjonen. Kravet gjelder dermed på hele helseretten.

MK: Litt uklart og dels gjentakende ...

På grunn av potensiell tolkningstil over hva som anses som «forsvarlig», er det viktig at det anvendes et pasientperspektiv når reglene anvendes. Pasienter i helse-Norge trenger et sterkt vern, og hva som anses «forsvarlig» må dermed vurderes konkret tatt i betraktning av hva pasienten har grunn til å forvente i det aktuelle tilfellet. Det er bra at vi krever en forsvarlig yrkesutøvelse av helsepersonell, og at vi illegger konsekvenser. Noen tilsynssaker mener jeg imidlertid at har vært for strenge med helsepersonellet; for eksempel tilsynssaken fra Hamar om den forelskede hjelpepleieren.

MK: Enig, og derfor er også helsepersonell innrømmet en viss «margin» gjennom de tilleggskravene som er stilt for eksempel for advarsel, se skyldkravet formulert i hpl. § 56.

Videre er det ikke alltid lett for helsepersonell å forutse hva som kreves i det aktuelle tilfelle, og dette er oppveiet ved at man skal anlegge et retrospektivt perspektiv, jf. ovenfor.

Det er videre fordelaktig at normen er så vidt utformet av hensyn til å kunne anvende normen for uforutsette hendelser, jf. punkt 3 ovenfor.

5.0 Forholdet mellom profesjonsansvaret etter hpl. § 4 og virksomhetens plikt til å tilrettelegge for forsvarlig yrkesutøvelse

MK: Her kommer siste del av det oppgaven etterspør. Treffende overskrift.

Som jeg har vist ovenfor, har helsepersonellet et særskilt profesjonsansvar; alle plikter å opptre forsvarlig i sin yrkesutøvelse. Dette er uproblematisk i en tenkt hverdag med ubegrensede midler, bemanning og nødvendige medisinske apparater. Slik er imidlertid ikke hverdagen. Offentlige budsjetter og private virksomheters økonomi begrenser hva som er mulig å tilby. Jeg viser i denne sammenheng til det jeg skrev tidligere om Fusa. Hva virksomheten kan tilby, vil avhenge av hvor mye midler de har til rådighet. Dette vil spille inn på hvor mange som er på jobb, hvem som er på jobb og om virksomheten for eksempel har tilgang på MR-maskin. Sykdom blant ansatte er også et problem. I sistnevnte tilfelle vil arbeidsgiver kunne beordre fulltidsansatte til å jobbe overtid begrenset til et visst antall timer dersom problemet er forbigående.

Dersom det enkelte helsepersonell skulle bli ansvarlig for at virksomheten har manglende midler, kapasitet og bemanning, ville det fort blitt urettferdig da dette er forhold som det enkelte helsepersonell ikke kan motvirke/avhjelpe. Det er derfor virksomheten som er ilagt tilretteleggingsplikten etter § 16. Her slås det fast at «virksomhet som yter helse- og omsorgstjenester, skal organiseres slik at helsepersonellet blir i stand til å overholde sine lovpålagte plikter». I denne sammenheng peker dette på forsvarlighetskravet etter § 4. For at helsepersonell skal kunne overholde forsvarlighetskravet, må det være tilrettelagt for det og systemene må fungere.

MK: + Sentral bestemmelse i denne sammenhengen. Kandidaten får frem viktige sammenhenger mellom denne systemansvarsbestemmelsen og den mer generelle forsvarlighetsregelen i hpl. § 4.

Jeg viser til det jeg skrev innledningsvis om avgrensingen mot det overordnede systemansvar i medhold av sphls § 2-2 og hol § 4-1.

Typiske eksempler hvor virksomhetens manglende tilrettelegging vil kunne ha betydning, er der det er manglende bemanning på jobb. Det har vært flere tilsynssaker som går på nettopp dette: det ble ikke ytet forsvarlig helsehjelp, men dette kunne ikke klandres helsepersonellet da vedkommende hadde handlet ut i fra det som på dette tidspunktet var mulig for ham. Er det for få på jobb, senkes kravene til vedkommende helsepersonell. Dersom helsehjelpen i så fall er uforsvarlig, er dette et virksomhetsansvar pga. tilretteleggingsansvaret.

Virksomheten vil også være ansvarlig for at datasystemene fungerer, slik at det vil være mulig for helsepersonell å dokumentere i journalen, følge opp pasienter, innkalle pasienter, gi riktig medisinsk behandling osv. Pasientjournalloven har i kapittel 4 regler om virksomhetens plikter ved behandling av helseopplysninger. Her er det i § 22 slått fast at det skal sikres konfidensialitet, integritet og tilgjengelighet. Helsepersonell har nedsatt mulighet til å behandle en tidligere pasient dersom journalen ikke er tilgjengelig. Det er krav om en særskilt journal per pasient, jf. bl. a. pasientjournalloven § 7. Et eksempel på manglende tilgjengelighet av journalen, er en trist og unødvendig tilsynssak/straffesak mot en lege. Han hadde gitt en medisin til en pasient hvor det viste seg at pasienten ikke tålte vedkommende medisin, og pasienten døde som følge av dette. Hendelsen ble ansett uforsvarlig, men legen kunne ikke klandres; han hadde ikke fått informasjon om at pasienten ikke tålte denne type medisin.

Sphlsl. kap. 3 regulerer spesifikke systemansvarsplikter for spesialisthelsetjenesten. Disse pliktene skal etter § 2-2 ytes forsvarlig. § 3-2 fastslår et ansvar for journal- og informasjonssystemene. Virksomheter omfattet av loven skal sørge for at journal- og informasjonssystemene er forsvarlige. Videre kreves det at pasientarkivet skal arkiveres, jf. § 3-2a. §§ 3-9 til 3-11 fastsetter ytterligere viktige plikter. Særlig aktuell opp mot forsvarlighetskravet er § 3-10 som fastslår at

MK: ++ Flere sentrale poenger ...

virksomheten skal sørge for opplæring og etterutdanning slik at den enkelte kan utføre sitt arbeid forsvarlig.

En tilsvarende regel finnes i hol. § 5-10; også her er journal- og informasjonsansvaret tillagt kommunen og «virksomhet som har avtale med kommunen». De nevnte regler innebærer dermed at hvert enkelt helsepersonell plikter å utføre sine arbeidsoppgaver innenfor forsvarlighetskravets rammer, og at virksomheten har ansvar for å muliggjøre helsepersonellens plikt.

6.0 Konsekvenser av brudd

Jeg velger å redegjøre helt kort for mulige konsekvenser av brudd på forsvarlighetskravet, da dette er en viktig side av plikten. Jeg velger å gjøre dette kort, da jeg forstår oppgaven dit hen av det er selve innholdet i kravet som etterspørres. Jeg har derfor av prioriteringsårsaker fokusert på innholdet fremfor konsekvenser dersom brudd.

6.1 Profesjonsansvar

For det første vil brudd på forsvarlighetskravet kunne medføre advarsel av statens helsetilsyn, jf. § 56. Adgangen til å ilegge advarsel er etter norsk rett relativt vid, og dette vil i første omgang ha konsekvenser dersom legen i ettertid søker jobb utenlands, der vilkårene for å ilegge advarsel er mye strengere.

Videre vil helsetilsynet kunne tilbakekalle, suspendere eller begrense autorisasjonen og/eller rekvisiteringsrett, i medhold av hpl. kap. 11. Tilbakekall av autorisasjon er i praksis det samme som yrkesforbud, og det skal derfor mye til, jf. ordlyd og nemdspraksis. Jeg viser til det jeg har nevnt om rollesammenblanding som et typisk eksempel.

Etter § 67 kan det ilegges straff dersom helsepersonellet «forsettlig eller grovt uaktsomt» overtrer forsvarlighetskravet.

AKB: Bra at kandidaten sier noe om mulige rettsvirkninger.

MK: + Overbevisende begrunnelse!

MK: Advarselsinstuttet er sentralt i mange av nemndssakene, og dermed bringes det inn et praktisk viktig perspektiv.

MK: Hvilken selvstendig betydning har hpl. § 67 ved siden av reglene i straffeloven?

MK: + Bra poengtert. Her bringes også et tydelig utsnitt av helserettens internasjonale dimensjon inn i besvarelsen. Utmerket, dette.

MK: Upresist. Burde sagt noe om det kvalifiserte skyldkravet, men fått klarere frem at det er meget få saker. NPE er det praktisk sett viktigste ansvarssubjektet, se pasientskadeloven § 6 første ledd.

Sluttkommentar:

MK: Samlet sett en meget solid besvarelse, der kandidaten evner å strukturere, analysere, eksemplifisere og vurdere forsvarlighetskravet i helseretten, med det perspektivet oppgaven etterspør. Kun noen mindre svakheter som angitt i merknadene foran, men uten at dette overskygger det positive helhetsinntrykket. En klar A-besvarelse.

AKB: Besvarelsen tar det seg opp og blir solid, med de viktigste hensyn og momenter, samt forholdet mellom individ og system. Også bra at kandidaten tar med noe kort om rettsvirkninger, selv om dette blir litt overfladisk behandlet. Enig i at man her står overfor en besvarelse på klart A-nivå.

Det er mulig å både tilbakekalle autorisasjonen og illegge straffansvar dersom vilkårene for begge er oppfylt. Det kan tenkes å reise problemer med tanke på dobbelstraffbudet etter EMK, men det er helt klart at dette ikke regnes som dobbeltstraff. Årsaken til det er at formålet med tilbakekall er en helt annen enn å straffe; nemlig pasientsikkerhet for vedkommende og kommende pasienter.

Videre vil brudd på kravet kunne få arbeidsrettslige konsekvenser, i form av oppsigelse, omplassering mv.

Det kan også bli tale om oppreisningserstatning etter skl. § 3-5 dersom helsepersonellet kan klandres for skade av ikke- økonomisk art.

6.2 Virksomhetsansvar

Det kan reises tilsynssaker også mot virksomheter.

Virksomheter som har avtale med helseforetak eller regionale helseforetak skal etter sphsl. § 3-3a varsle om alvorlige hendelser til statens helsetilsyn.

Det kan etter helsetilsynsloven § 5 gis pålegg om å rette på forhold som kan ha skadelige følger for pasienter eller er uforsvarlige på andre måter.

Videre kan det illegges foretaksstraff etter alminnelig strafferett.

Virksomheter som gjentatte ganger bryter lovfastsatte plikter vil også kunne miste adgangen til å behandle pasienter. De vil kunne bli lagt ned/miste adgangen til støtte.