

**Legers ansvar ved svikt -
forsvarlig behandling i et forsvarlig system**

Kandidatnummer: 437

Veileder: Gorm Are Grammeltvedt

Leveringsfrist: 27.11.2006

Til sammen 17 875 ord

28.11.2006

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Tema og problemstillinger	1
1.2	Fremstillingen	2
1.3	Rettskilder	4
<u>2</u>	<u>TITTELEN "LEGE"</u>	<u>5</u>
2.1	Definisjon	5
2.2	Autorisasjon	5
2.2.1	Beskyttet tittel	6
2.2.2	"Monopol" på oppgaver	7
<u>3</u>	<u>ANSVARSRUNNLAG</u>	<u>8</u>
3.1	Rettslig ansvar	8
3.1.1	Profesjonsansvaret	8
3.1.2	Ansvar i kraft av arbeidsforholdet	9
3.2	Rettsgrunnlag for medisinsk behandling	10
3.2.1	Samtykke	10
<u>4</u>	<u>DE SENTRALE KRAV TIL FAGLIG FORSVARLIGHET OG FORSVARLIG ORGANISERING AV VIRKSOMHET</u>	<u>14</u>
4.1	Helsepersonelloven § 4	14
4.1.1	Forsvarlighet	14
4.1.2	Faglige kvalifikasjoner	17
4.1.3	Forholdet til § 6 om ressursbruk	18

4.1.4	Omsorgsfull hjelp	20
4.2	Kravet til organisering av virksomheten	21
4.2.1	Helseforetak	22
4.2.2	Internkontroll	23
5	<u>ADMINISTRATIVE REAKSJONER</u>	25
5.1	Tilsynsmyndighetene	25
5.2	Klageadgang	26
5.3	Reaksjonsformene	27
5.3.1	Advarsel	28
5.3.2	Tilbakekall av rettigheter	30
5.3.3	Ny autorisasjon eller lisens	35
5.4	Tilsyn med virksomhet	36
6	<u>STRAFFANSVAR FOR LEGER</u>	37
6.1	Straff	37
6.2	Straffansvar	38
6.2.1	Påtalemyndigheten	38
6.2.2	Behandlingsdødsfall	39
6.3	Dobbeltstraff	42
6.3.1	Engel-kriteriene	42
6.3.2	Samordning	44
6.4	Straff etter helsepersonelloven	46
6.5	Straff etter straffeloven	49
6.5.1	Straffeloven § 157	49
6.5.2	Straffelovens kapittel 22	50
6.5.3	Straffrihetsgrunner	51

6.5.4	Straffelovens kapittel 19	55
6.6	Rettighetstap etter straffeloven	56
<u>7</u>	<u>FORETAKSSTRAFF</u>	<u>58</u>
7.1	Innledning	58
7.2	Straffelovens kapittel 3a	59
7.3	Forsvarlig helsehjelp i et uforsvarlig system	61
<u>8</u>	<u>KONKLUSJON</u>	<u>63</u>
8.1	Et tosporet system – forsvarlig saksbehandling?	63
8.2	Forsvarlig yrkesutøvelse i et forsvarlig system	68
8.3	Et optimalt system som realistisk mål?	70
<u>9</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>72</u>
9.1	Lovgivning	72
9.2	Forskifter	73
9.3	Forarbeider	74
9.3.1	NOU	74
9.3.2	Odelstingsproposisjoner	74
9.3.3	Innstillinger til Odelstinget	74
9.4	Rettspraksis	75
9.4.1	Høyesterett	75
9.4.2	Underrettene	75
9.4.3	Utenlandsk rettspraksis	76
9.5	Forvaltingspraksis	76

9.5.1	Helsepersonellnemnda	76
9.5.2	Helsetilsynet	76
9.6	Rundskriv	76
9.7	Litteratur	77
9.8	Artikler, elektroniske dokumenter og øvrige kilder	78

1 Innledning

Leger er i en særstilling i samfunnet. Det stilles svært høye krav til yrkesutførelsen, og både helsepersonell og helseinstitusjoner er daglig gjenstand for kritikk. Små feil kan få fatale konsekvenser, og også opptreden utenfor jobbsituasjonen kan innvirke på retten til å utøve yrket. Det er ikke uvanlig å begå feil i yrkesutøvelsen, men sjeldent vil svikt kunne resultere i skjebnesvangre konsekvenser for andres liv og helse. Livet er ansett som vårt høyeste retts gode, og de som har dette som arbeidsområde befinner seg i en utsatt situasjon, både som nødvendige forvaltere av livsviktige interesser og som forventede helbredere. Den medisinske profesjonen er i og krever kontinuerlig utvikling, og det stilles stadig nye krav til ressurser, behandlingsmåter og spesialisering, samtidig som det grunnleggende kravet til å tilby forsvarlig helsehjelp ikke slutter å være relevant.

”Legens plikt til å se på den enkelte pasient som unik med sine behov og problemer og pasientens behov for å møte en lege de har tillit til skal gjøre det som tjener pasienten uten å la seg styre av utenforstående elementer, står like fast i dag som da den ble formulert av medisinsens stamfar Hippokrates.”¹

1.1 Tema og problemstillinger

Helsesektoren er et interessant og særegent område, da det på et tidspunkt vil angå de fleste og det kontinuerlig må foretas en interesseavveining av hvor nødvendig helsetjenester er for samfunnet, mot hva man kan forvente og hva det er hensiktsmessig å holde utøverne ansvarlig for. Media fokuserer daglig på behandlingsfeil og et utilstrekkelig helsetilbud.

¹ <http://www.tidsskriftet.no/tsweb/199910/foren1.html>

I 1992 ble to leger ved Ullevål tiltalt for uaktsomt drap etter en antatt behandlingssvikt, parallelt med at helsetilsynet behandlet saken. Påtalemyndigheten og Helsetilsynet hadde ikke kjenneskap til hverandres engasjement. Reaksjonssystemet for helsepersonells svikt er tosporet, og de er forutsatt å virke uavhengig av hverandre og ivareta ulike hensyn. Er det nødvendig og hensiktsmessig eller fremstår det kun som overlappende systemer?

Saken ble henlagt og det er på det rene at det er sjeldent helsepersonell blir holdt strafferettslig ansvarlig, oftere benyttes de administrative reaksjoner. Hvor høy er terskelen for å straffe en lege, og hva er forholdet mellom straff og de administrative reaksjonene?

Majoriteten av helsepersonell er tilknyttet et helseforetak, og ofte er det svikt ved systemet som fører til behandlingsfeil. Bør fokus rettes mer mot organiseringen i foretakene? Kan man utøve forsvarlig helsehjelp hvis systemet ikke oppfyller kravene?

1.2 Fremstillingen

Svikt viser til både faglig og personlig svakhet, mangler og feil ved pasientbehandling, feilaktige eller utilstrekkelige vurderinger, manglede personlig etikk, og generell atferd som regnes uforenelig med utøvelsen av legeyrket.

Kravet til forsvarlighet står sentralt og er en overordnet norm, både i utøvelsen av helseprofesjon og organisering av helsevirksomhet. Jeg vil belyse hva som ligger i dette kravet, og systemene vi har for å reagere mot brudd på de lovbestemte krav. Hovedfokus rettes mot ansvar i forbindelse med yrkesutøvelsen, men da også atferd utenfor dette kan føre til reaksjoner omfattet det der det har betydning for retten til å utøve yrket.

Jeg vil redegjøre for det tosporede reaksjonssystem, hensiktsmessigheten ved anvendelsen og skillet mellom dem. Fremstår det som en urimelig belastning og er det nødvendig for å ivareta rettssikkerheten for de involverte?

Fokuset rettes mot rettighetstap etter Almindelig borgelig Straffelov (Straffeloven) av 29. mai 1901 nr 6 og tilbakekall etter Lov om Helsepersonell m.v. (Helsepersonelloven) av 2. juli 1999 nr 63. Behandlingen på det administrative plan har jeg hovedsakelig begrenset til Staten helsetilsyn (helsetilsynet), og deres myndighet til å ilegge administrative reaksjoner, jf. hlspl. kapittel 11, og jeg går ikke grundigere inn på saksbehandlingen i påtalemyndigheten enn det jeg anser nødvendig for sammenligningsgrunnlaget.

Helsepersonelloven erstattet 9 profesjonslover, og oppstiller nå samsvarende regler for alt helsepersonell. Jeg har hovedfokus på leger, som en sentral gruppe og den som oftest vurderes i tilsynssakene, samt at helsepersonelloven er basert på den tidligere Lov om leger (legeloven) av 13. juni 1980 nr 42. Jeg har valgt å innta et eget punkt for å illustrere begrepet lege.²

Jeg vil behandle de selvstendige krav til individet, men også gå inn på helsepersonell som del av et samspill og vurdere foretakets rolle og ansvar, med vekt på foretaksstraff. Foretaksstraff taes inn som en ”egen” del, men er et svært sentralt moment ved vurderingene og reaksjonssystemet, og som overordnet perspektiv.

Temaet jeg har valgt er vidt, og har mange aspekter jeg ikke får dekket i denne fremstillingen. Jeg har måttet avgrense mot erstatningskrav, og Norsk Pasientskadeerstatning³ som også har en sentral rolle på området, og har ikke mulighet til å gå i dybden på alle temaene jeg introduserer, spesielt innenfor ansvarsgrunnlag, herunder rettsgrunnlagene for medisinsk behandling, er det mange teorier og sider jeg ikke får berørt. Jeg behandler ikke den generelle nytteverdi av straff som reaksjon, eller hensiktsmessigheten ved de ulike straffarter, og baserer seg på systemet etter gjeldende rett.

² Se punkt 2

³ NPE behandler erstatningskrav fra pasienter som har blitt påført skade etter svikt under behandling i helsetjenesten

1.3 Rettskilder

Helsepersonells plikter og ansvar reguleres hovedsakelig av Helsepersonelloven, som har vært mitt utgangspunkt, sammen med Straffeloven. Pasientenes rettigheter fremgår primært i Lov om pasientrettigheter (pasientrettighetsloven) av 2. juli 1999 nr. 63, mens Lov om spesialisthelsetjenesten m.m. (spesialisthelsetjenesteloven), Lov om helsetjenestene i kommunene (kommunehelsetjenesteloven) av 19. november 1982 nr. 66 og Lov om helseforetak (helseforetaksloven) av 15. juni 2001 nr. 93 oppstiller krav til og regulerer helsevirksomheter. Lov om forvaltningen (forvaltningsloven) av 10 feb. 1967, Lov om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven) av 22. mai 1981 nr. 25 og Påtaleinstruksen av 28.juni 1985 regulerer blant annet saksbehandling.

Av forarbeider gir Ot.prp.nr.13(1998-1999) Om lov om helsepersonell, god veiledning til forståelse av helsepersonelloven. Forarbeidene til legeloven Ot.prp.nr 1(1979-1980) belyser det mer historiske perspektiv, og utkast til ny straffelov Ot.prp.nr 90 (2003-2004) Om lov om straff, klargjør aspekter rundt begrepene straff og foretaksstraff.

Rettspraksis på området er ikke omfattende, men enkelte høyesterettsdommer, samt underrettspraksis har bidratt til å klargjøre enkelte punkter. Jeg har vært gjennom en stor mengde forvaltningspraksis, og tatt med illustrerende eksempler, hovedsakelig fra helsetilsynet.

Det er skrevet omfattende juridisk litteratur, spesielt om kravene til forsvarlig yrkesutøvelse og kravet til samtykke, som jeg har forsøkt å tilnærme meg selvstendig.

Artikler har ikke stor rettskildemessig vekt, men illustrerer tanker rundt gjeldende rett. Spesielt har artiklene fra Tidsskrift for Den norske lægeforening bidratt med interessante innfallsvinkler.

2 Tittelen ”Lege”

2.1 Definisjon

Den tidligere legeloven av 1980 definerer lege som person med autorisasjon, lisens eller grenselisens, jf. § 1, og at det innebærer en ”*enerett til tittel.*” Helsepersonelloven gir ingen konkret definisjon på ”lege”, men etter § 3. nr 1. jf. §§ 48 litra n og 49 fremgår tilsvarende avgrensning. Som vilkår for autorisasjon oppstilles krav til eksamen i de aktuelle fag, gjennomføring av praktisk tjeneste, at man er under 75 år og ikke er ”*uegnet for yrket*”⁴.

Lisens er etter § 49 en begrenset rettighet som gis når man ikke kan få autorisasjon. Kravet er at helsepersonellet er ”*skikket ut fra lisensens art og omfang*”, og begrensningene fremgår av lisensen.

2.2 Autorisasjon

Autorisering av helsepersonell er et offentlig styringsmiddel kontrollert av Sosial og helsedirektoratet, ved Statens autorisasjonskontor.⁵ De mottar og behandler søknader på grunnlag av den konkrete situasjon og de lovbestemte vilkår. Avgjørelsen er et enkeltvedtak ⁶, må derfor begrunnes, og kan påklages til Statens helsepersonellnemnd.

Autorisasjon gir rett til å benytte beskyttet tittel og de særskilte metoder og rettigheter som tilligger denne, samt en forpliktelse til å overholde de lovbestemte plikter og underkaste seg tilsyn fra helsemyndighetene.

⁴ se punkt 5

⁵ <http://www.safh.no/>

⁶ Jf. Forvaltningsloven § 2 b, jf § 24

Helsetilsynet uttalte i 2003/413 at ”*Autorisasjon som lege er en garanti fra helsemyndighetene for at innehaveren har nødvendige kvalifikasjoner og er skikket til å utøve legeyrket*”⁷

Vurderingen av hvilke yrkesgrupper som bør underlegges autorisasjon bygge i hovedsak på omfanget av pasientkontakt, hvor selvstendig arbeid som utføres og muligheten for innvirkning på pasientenes sikkerhet, samt harmonisering med land Norge samarbeider med.⁸ De fleste legers yrkesutøvelse innebærer omfattende, selvstendig og direkte kontakt med pasienter og et stort ansvar. Arbeidsutførelsen fører ofte med seg stor risiko, og det kreves stor grad av tillit fra allmennheten, noe som impliserer at det bør stilles strenge krav til hvem som skal anses kvalifisert.

Hlpsl. § 48 oppnevner uttømmende de 27 grupper helsepersonell som nå er underlagt autorisasjonsordningen. Loven innebar at flere grupper ble omfattet, samtidig som selve ordningen fikk mindre betydning, ettersom alt helsepersonell etter § 2 faller innenfor loven, og har et lovregulert ansvar.

2.2.1 Beskyttet tittel

Etter Hlpsl. § 74 innebærer beskyttet tittel at det kun er den konkrete yrkesgruppen som kan benytte tittelen og ingen andre skal gi uttrykk for å ha slik ”*autorisasjon, lisens eller spesialistgodkjenning*”

Tittelen ”lege” er beskyttet, jf. § 74 og skal kunne forbindes med en særskilt utdanning og kompetanse. En slik offentlig godkjenning skal gi uttrykk for at vedkommende har vært underlagt offentlig kvalitetssikring, skape en trygghet rundt tittelen og tilby allmennheten tillitt til at vedkommende har de nødvendige kvalifikasjoner og er egnet til å utøve yrket.

⁷ s. 6

⁸ Ot.prp.nr 13 (1998-1999) kap.14 og 15

2.2.2 "Monopol" på oppgaver

Leger har monopol på utøvelse av enkelte tjenester. De har enerett til å rekvirere legemidler, utstede sykemeldinger, kreve trygderefusjon, og foreta ulike oppgaver innen smittevern, transplantasjon og abort.⁹

Hensiktsmessigheten av denne monopoliseringen har vært gjenstand for diskusjon i teorien.¹⁰ Det betviles om en slik monopolisering tilsvarer den faktiske kompetanse, og om det strider mot målsetningen om fleksible løsninger og mer rasjonell bruk av helsepersonell at oppgaver er lovbestemt ut fra tittel og ikke kvalifikasjoner. Det er få profesjoner som har slik lovbestemt enerett på utøvelse av tjenester, og rent lovteknisk kan det fort by på problemer å oppstille klare grenser.

I tråd med hovedformålet i hlpsl. § 2 må hensynet til pasientenes sikkerhet og trygghet komme først. Hlpsl. § 4 oppstiller et generelt krav til forsvarlig utøvelse, og i 2 ledd står det direkte at helsepersonell "*skal innrette seg etter sine faglige kvalifikasjoner*" og henviser videre eller "*innhente bistand*" dersom det "*er nødvendig*", noe som naturlig begrenser hva man kan foreta seg, og gjør monopoliseringen mer overflødig enn den tidligere var. Se nærmere om dette i punkt 4.1.2

Det er innlysende at det bør være oppgaver forbeholdt autoriserte leger å utføre, og at man ikke skal undervurdere den medisinske kompetansen leger sitter inne med, samtidig som det er viktig at beskyttelse av deres "monopol" ikke skal gå utover pasienter, og gjøre helsetilbudet mer komplisert og tidkrevende enn nødvendig.

⁹ se Befring (2002) s. 82

¹⁰ Se bl.a. Befring (2002) s. 82 flg.

3 Ansvarsgrunnlag

3.1 Rettslig ansvar

Leger har et rettslig ansvar som følge av autorisasjonen, samt i rollen som arbeidstaker, arbeidsgiver, leder, selvstendig næringsdrivende og som privatperson. Yrkesutøvelsen reguleres primært i helselovgivningen, mens forvaltingsloven og folketrygdloven¹¹ kommer til anvendelse når leger utøver forvaltingsmyndighet, og som privatperson er de underlagt den generelle lovgiving, inkludert straffeloven.

Dette vil ofte føre til at avvikende og lovbrytende adferd kan utløse ansvar i flere systemer samtidig, noe som kan føre til at saker som springer fra samme hendelse behandles i system etter system. En lege som opptrer beruset, vil kunne risikere at både arbeidsgiver og tilsynsmyndighetene reagerer, foreligger det økonomisk tap kan han bli erstatningsansvarlig og ved alvorlige tilfeller kan saken bli etterforsket av påtalemyndigheten.¹²

3.1.1 Profesjonsansvaret

Profesjonsansvar er et ansvar knyttet opp mot utøvelsen av faget, et culpaansvar ut fra rolleforventningen, som for leger forholdsvis strengt og gjennomregulert. Hlspl. kapittel 2 omhandler ”*helsepersonells yrkesutøvelse*”, jf. overskriften. Hovednormen er forsvarlighet etter § 4.

Profesjonsansvaret for leger er svært spesielt, da en stor del av arbeidsoppgavene og situasjonene de befinner seg i krever stor grad av innsikt, kunnskap, gode evner til å ta rette vurderinger, også under press og i akutte situasjoner.

¹¹ Lov om folketrygd (folketrygdloven) av 28. februar 1997 nr. 19

¹² Mer om dette under dobbeltstraff i punkt 6.3

Små feil kan få fatale følger, det er høy risiko involvert og ikke minst kreves stor grad av tillitt fra allmennheten, som gjør at oppførsel fra en lege, selv utenfor arbeidssituasjonen kan utløse reaksjoner med virkning for yrkesutøvelsen, administrativt eller strafferettslig. Reaksjoner behandles i punkt 5 og 6.

3.1.2 Ansvar i kraft av arbeidsforholdet

Det primære ansvar for at fordelingen av ansvar og oppgaver er forsvarlig ligger hos arbeidsgiver og virksomhetsledelse, jf. hlspl. § 16, sphlsl. § 2-3 og khl. § 6-3, og arbeidstakerne er som hovedregel underlagt arbeidsgivers styringsrett. En arbeidsgiver skal ikke kunne frasi seg sitt ansvar ved å delegerer arbeidsoppgavene til sine ansatte, og ansatte skal som hovedregel ikke holdes ansvarlige for svikt som skyldes manglende tilrettelegging fra ledelsen.

Omfattende plikter som kommer til anvendelse for alt helsepersonell er fastsatt i lov, definert uavhengig av ansettelsesforholdet. Disse lovbestemte pliktene begrenser arbeidsgivers styringsrett, og innebærer blant annet at det ikke kan gis instruksjoner som strider mot kravet til faglig og etisk forsvarlig virksomhet, og forvente at de skal følges. Som utslag av hlspl. § 4.2 ledd vil arbeidsgiver som hovedregel ikke ha styringsrett hvor det er snakk om rene pasientrettede tiltak, da avgjørelser av medisinsk faglig art skal taes av den med de beste faglige kvalifikasjoner. Hovedsakelig har arbeidsgiver rett til å inngå og si opp arbeidsavtaler, lede, fordele og kontrollere arbeidet, og ta beslutninger i faglige og administrative spørsmål på vegne av virksomheten.¹³ Etter helseforetaksloven § 7 hefter eier ”ubegrenset for foretakets forpliktelser”. Eier av helseforetakene i Norge er staten.

¹³ se Befring(2002) s. 374

3.2 Rettsgrunnlag for medisinsk behandling

Et hovedprinsipp i norsk rett er at menneskets fysiske og psykiske integritet ikke skal krenkes. Medisinsk behandling innebærer i mange tilfeller betydelige inngrep på pasienters legeme, som kan være så omfattende og alvorlige at de etter en naturlig språklig forståelse faller innunder gjerningsbeskrivelsen i straffelovens bestemmelser om legemskrenkelser i kapittel 22.

3.2.1 Samtykke

Rt.1993 s.1169 slo fast at det er et grunnleggende krav at det foreligger samtykke fra pasienten før legebehandling iverksettes. Saken gjaldt erstatningskrav for skade oppstått ved en operasjon, hvor skadelidte hevdet at hun ikke hadde mottatt tilstrekkelig informasjon om inngrepet, og at hun ikke ville samtykket dersom hun hadde blitt orientert om risikoen. Den sentrale bestemmelsen i dommen er tidligere legelovs § 25.3 ledd, som pålegger å gi pasienten ”*de opplysninger han bør ha om sin helsetilstand og behandling*”.¹⁴ Det konstateres at retten til å bestemme over eget legeme henger tett sammen med opplysningsplikten, og at det bør kreves ”*nødstilstand eller andre særlige omstendigheter*”¹⁵ for å iverksette legebehandling uten samtykke.

¹⁴ s. 1174

¹⁵ s.1174

3.2.1.1 Informert samtykke

Formuleringen i legeloven åpnet for bredere skjønn for hva legene pliktet å involvere pasientene i, enn det helselovene av 1999¹⁶ gjør. Dette vises blant annet ved at det i pasrl. kapittel 4 fremgår klart at hovedregelen er at det må foreligge samtykke, uttrykkelig eller indirekte, før helsehjelp gis, og § 3-2 nevner konkret rett til informasjon ”*som er nødvendig for å få innsikt i sin helsetilstand og innholdet i helsehjelpen*” og orientering om ”*mulige risikoer og bivirkninger*”. Det er fortsatt rom for skjønn, men det er mer konkret oppsatt en mal for hva informasjonen bør inneholde.

Forarbeidene til legeloven¹⁷ forutsatte at det var overlatt til legens skjønn hvor mye informasjon pasienten skulle gis, mens legeloven var ment som et skritt i lovfestning av legers opplysningsplikt og et ønske om å styrke pasienters stilling. Helselovgivningen av 1999 viderefører tankegangen og forankrer opplysningsplikten mer konkret.

I LB 1999 s.3100 uttales det at det har foregått en reell og formel utvikling i helselovgivningen¹⁸, og rettspraksis fra tiden fra legeloven ble gitt i 1980 og frem til helselovene av 1999 viser en viss utvikling på området, hvor pasientene gradvis har fått stadfestet større selvbestemmelsesrett.

I Rt.1981 s.728 ble en 11 år gammel gutt undersøkt, operert for lymfeknuter og sydd igjen på under 15 minutter, uten at verken han eller moren ble informert. Moren befant seg ventende på gangen mens det hele ble utført. Gutten ble 10 % invalid. Høyesterett vurderte om inngrepet var forsvarlig utført, men legger ingen selvstendig vekt på at det ikke var gitt

¹⁶ Sphlsl., pasrl, hlsp l og Lov om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern (psykisk helsevernloven) av 2. juli 1999 nr. 62

¹⁷ Ot.prp.nr.1 (1979-1980) s. 234

¹⁸ Her siden 1993, se s. 5 i lovdata.

informasjon eller innhentet samtykke til operasjon. Høyesterett burde klart gått inn på vurderingen, og dommen fremstår i stor grad som et brudd på prinsippet om samtykke og selvbestemmelsesrett.¹⁹

I RG 1981 s.707 var forholdet at en kvinne skulle opereres for å rette på en eggleder, og ga forbud mot at noe organ skulle fjernes. Kirurgen fjernet egglederen, og uttalte at *”han som kirurg ikke kunne forplikte seg til å unnlate å fjerne organer hvis han først foretok inngrepet”*²⁰. Det forelå også her informasjonssvikt mellom legen som foretok konsultasjonen og kirurgen som utførte inngrepet, og sykehusets eier erkjente ansvar for svikt i systemet og pasienten ble tilkjent erstatning.

I RG 1991 s.605 ble pasientens rett til å velge brukt som hovedargument for å tilkjenne erstatning. Retten anså det som sannsynlig at mannen som ble operert for prostatabesvær ville valgt medikamentell behandling dersom det hadde blitt forelagt ham som mulighet. Her vises det også, som i Rt.1993 s.1169 at pasientens reelle valgmuligheter må være et sentralt moment i vurderingen av hvilken informasjon som skal gis. Finnes det alternative behandlingsmåter, bør pasienten være informert om disse og gis muligheten til å velge ut fra de faktiske muligheter.

Hovedregelen er klar, informert samtykke kreves for enhver inngripen og behandling. Rettslig sett vil det innebære at pasienten har mottatt tilstrekkelig informasjon om hva behandlingen innebærer, alternativer, risiko, formål, fordeler og ulemper og annet som ut fra situasjonen kreves for at pasienten skal kunne gi et samtykke som anses å være informert. Se nærmere om dette i pasrl. kapittel 3.

¹⁹ se også om dette i Halvorsen (1998)

²⁰ s. 712

Det vil ikke alltid være mulig å innhente samtykke, og i akutte tilfeller hvor hjelpen fremstår som påtrengende nødvendig eller hvor pasienten ikke er bevisst, må helsepersonellet selv avgjøre hvilke tiltak det er forsvarlig og nødvendig å igangsette, se pasrl. kapittel 4. Strafferettlig samtykke behandles i punkt 6.5.3.1

4 De sentrale krav til faglig forsvarlighet og forsvarlig organisering av virksomhet

4.1 Helsepersonelloven § 4

Helsepersonelloven § 4 oppstiller krav til ”*faglig forsvarlighet og omsorgsfull hjelp*”. Bestemmelsen gjelder alt helsepersonell, jf. hlpsl. § 2, og gir uttrykk for et profesjonsansvar som retter seg mot all faglig virksomhet ”*i riket*”. Det er en ”*faglig og rettslig norm for hvordan den enkeltes yrkesutøvelse bør utøves i ulike sammenhenger*”²¹. Bestemmelsen er svært sentral og et overordnet prinsipp for all ytelse av helsetjenester.

4.1.1 Forsvarlighet

”*Forsvarlig*” er en rettslig standard, og ”*viser til en vurderingsnorm utenfor seg selv som avgjørende kriterium*”²². Det innebærer at selve innholdet i bestemmelsen endres med tiden, og fastsettes avhengig av gjeldende oppfatning av begrepet. Bestemmelsen retter seg mot utførelsen av hver enkelt ”*sitt arbeid*”, et krav som må sees i sammenheng med det enkelte helsepersonells ”*kvalifikasjoner, arbeidets karakter og situasjonen for øvrig*”, jf. § 4. Dette tilsier at det er en subjektiv norm, som må vurderes konkret i hvert tilfelle ut fra hva som kan forventes av den enkelte person, hva denne utfører og situasjonen. Det må foretas en omfattende og helhetlig bedømmelse, hvor vedkommendes utdanning og praktiske erfaring også skal vektlegges.

²¹ Ot.prp.nr 13 (1998-1999) s. 34

²² rettslig standard som begrep innført av Knoph i 1939, jf. Gisle (1999) s. 242

Det vil forventes mer av en spesialist enn av en turnuskandidat, høyere aktsomhet ved rekvirering av preparater som morfin enn svakere smertestillende,²³ og det vil legges vekt på om situasjonen var akutt og det var nødvendig med rask handling, i motsetning til en operasjon som foregår uten tidspress og under gjennomtenkte forhold.²⁴ Det vil også virke inn hvordan systemet er organisert og legges vekt på om rutiner og organiseringen kan ha vært innvirkende eller avgjørende årsak.

Flere av disse momentene var til vurdering i helsetilsynets sak 2004/450, hvor en overlege hadde oversett en svært kritisk dopplerverdimåling hos et foster, som førte til at det nedkom dødfødt. Det er lagt vekt på at legen hadde ”*høy kompetanse innenfor aktuelle fagfelt*”, at han klart burde oppdaget feilen, og at det skyldtes hans uoppmerksomhet at han ikke registrerte målingen.²⁵ Det sies også i vurderingen at legens ”*ansvar for egen handlemåte må klart sees i lys av arbeidssituasjonen han var i*”.²⁶ Se mer om foretaksansvar under 4.2 og 7.

Malen for vurderingen skal være det som er ”*faglig godt eller optimalt*”²⁷, men det fremgår klart av praksis at det ikke er ethvert avvik fra dette som regnes som uforsvarlig. Blant annet i 2005/861 konkluderte helsetilsynet med at en leges behandling av en pasient klart var i strid med god praksis, men ”*avviket er ikke så alvorlig at behandlingen er å anse som uforsvarlig*”.²⁸

²³ Se bl.a. TOSLO 2. september 2002 s.7

²⁴ Se for eksempel LB-2002-2517 s. 5 i oppføringen i lovdata

²⁵ s. 6

²⁶ s. 7

²⁷ Molven (2002) s. 165

²⁸ s. 4

Grensen mellom det forsvarlige og uforsvarlige er langt fra klar. ”*Det må legges til grunn at det vil bli stilt forskjellige krav til hva som er forsvarlig i ulike situasjoner og hva som vil være ikke akseptert utøvelse av legevirkosomhet vil variere med de ytre omstendigheter*”²⁹

Avviket fra god praksis må være av en viss størrelse, men den nedre grensen er trukket opp, jf. minimumskravet § 4 oppstiller. Enkelte ting, som rusmisbruk og seksuelt forhold mellom lege og pasient vil nesten alltid bli oppfattet som uforenelig med forsvarlig utøvelse av legeyrket. Se nærmere om dette i punkt 5 og 6.5.4

Interne faglige retningslinjer og yrkesetiske regler vil kunne gi god veiledning til hva som skal ligge i begrepet. Det ble uttalt i TOSLO 19. november 2004 at hvor en praksis ”*følges av hele profesjonen, vil dette være en sterk indikasjon på at det er faglig konsensus om fremgangsmåten*” og avvik fra denne vil dermed ”*fort være klanderverdig*”.³⁰ Dette vil selvsagt også gjelde hvor det er angitt konkrete handlingsnormer i lov eller forskrift. Det vil ofte være uklart om slike regler gir uttrykk for et minimumskrav eller er ment å stadfeste det optimale, noe som vil bero på en konkret vurdering.

I forarbeidene minnes det om at kravet må ”*forstås og vurderes med bakgrunn i supplerende bestemmelser*”³¹. Plikter fremsatt i lovens øvrige bestemmelser, som § 39 om journalføring og § 6 om ressursbruk oppstiller også krav, som skal være et moment i forsvarlighetsvurderingen.

²⁹ Rt.1997 s.1800 s.1804

³⁰ s.3 i lovdata

³¹ s. 34

4.1.2 Faglige kvalifikasjoner

Forsvarlighetskravet setter også en grense for hvilken type helsehjelp den enkelte kan gi. Dette kommer klart frem av 2 ledd som fastsetter at man må ”*innrette seg etter sine faglige kvalifikasjoner*”. Forarbeidene uttrykker dette som krav til at helsepersonell ikke går inn i situasjoner de ikke er kvalifisert til å håndtere, og at enhver må respektere sine egne og andres faglige begrensninger.³²

For den enkelte innebærer dette at man ikke må påta seg oppgaver utover egen formell eller reell kompetanse, og ikke begi seg ut på undersøkelser, diagnoser eller behandlinger man ikke har tilstrekkelig grunnlag for. I dette ligger blant annet at sykepleiere ikke skal foreta operasjoner og at kompliserte inngrep skal overlates til spesialister, men også den uklare vurdering av hva man rent faktisk er kompetent til.

Det må sees i sammenheng med kravet til å henvise videre eller be om assistanse hvor man er i tvil om situasjonen. I RG 2001 s.175 vurderes en leges uforsvarlige legevirkosomhet i lys av hans ”*faglige innsikt*”. Helsetilsynet hadde inndratt legens autorisasjon på denne bakgrunn, og hevdet blant annet at legen ”*ikke har innsett sine faglige begrensninger*”, fortar gale valg under stress og mangler ”*en ansvarlig holdning til sitt fag*”.³³

Bestemmelsen begrenser også hvilken helsehjelp man kan pålegge andre å gi, hvor hovedregelen er at man ikke kan beordre helsepersonell til å gå utover sine faglige kvalifikasjoner. Kravet må sees i sammenheng med ”*situasjonen for øvrig*”, og omstendighetene kan tilsi at andre hensyn veier tyngre, slik at man kan og bør gå utover de faglige forutsetningene.

³² s. 35

³³ s. 175

Det kan være hvor tilstanden tilsier at risikoen for å miste pasienten er større dersom man bruker tid på å henvise eller innehente assistanse, enn om man gjør sitt beste for å hjelpe. Det kan bygges på pasientens uttrykkelig ønske, eller andre generelle nødrettsbetraktninger.

Dette må også sees i sammenheng med plikten til å yte øyeblikkelig hjelp. Straffeloven § 387 pålegger alle å yte hjelp til personer i ”*øiensynelig og overhængende Livsfare*”. Hlspl. § 7 pålegger helsepersonell en mer omfattende plikt til å ”*straks gi den helsehjelp de evner når det må antas at hjelpen er påtrengende nødvendig*”.

Pasrl. § 4-9 oppstiller grenser for hjelp man kan tilby pasienten mot dennes vilje. Bestemmelsen gir blant annet pasienten rett til å nekte å motta blod, avbryte sultestreik og motta livsforlengende behandling når man er døende.

Den overordnede normen er at man gir forsvarlig helsehjelp i lys av situasjonen. Momenter som generelt ligger i ”*situasjonen for øvrig*” er ytre omstendigheter som tidsfaktor, arbeidspress, tilgang på utstyr, legemidler og personell, om det foreligger ordnede opptegetninger og om man har benyttet seg av tilgjengelig informasjon. I Rt.1997 s.1800 ble pasientansvarlig lege vurdert til å utøve uforsvarlig virksomhet etter han ikke hadde innehentet nødvendig informasjon fra pasientens journal.

4.1.3 Forholdet til § 6 om ressursbruk

Forsvarlighetskravet må også sees i lys av den lovfestede plikt til å ”*ikke påføre pasienter, helseinstitusjon, trygden eller andre unødvendig tidstap eller utgift*”, jf. hlspl. § 6, hvor hva som fremstår ”*unødvendig*” er hovedvurderingstema.³⁴

³⁴ Befring (2001) s. 62

En vurdering er hvor langt en lege skal gå for å avklare om det foreligger sykdom. Hvor mye ressurser skal han bruke hvis sannsynligheten er forsvinnende liten, men det kan få fatale følger for pasienten dersom han tar feil? Enkelte behandlinger er svært kostbare, og leger blir ofte tvunget til å ta kostnadseffektive hensyn, i et presset økonomisk system. Dette kan for eksempel gi seg utslag i at eldre pasienter med kreft ikke vil få tilbud om de dyreste behandlingsformer, da nytteverdien i forhold til resterende livstid blir for liten, eller at det offentlige ikke vil utføre kostbare inngrep hvor det er liten sjanse for at det er formålstjenlig.

Det finnes enkelte retningslinjer utledet i teorien³⁵, blant annet at man ikke skal ta en sjanse det er antatt at kollegaene ikke ville tatt, og at hensynet til ressurser som hovedregel skal vike for det som er faglig forsvarlig. Det er klart at trygden bare skal dekke ”nødvendige” utgifter, men i Rt.2002 s.19 ble det uttalt at en lege innrømmes ”vidt spillerom for eget faglig skjønn”, så lenge det er innenfor regelverket.³⁶ Det er også en øvre grense for hvilke undersøkelser man kan utsette pasienten for, hvor hovedregelen er at man ikke skal iverksette undersøkelser som ikke er faglig indiserte.

I Rt.2002 s.19 forklarer Høyesterett om retningslinjer for takstbruk, utarbeidet av Praksisutvalget, etablert av RTV og legeforeningen. Det blir her lagt vekt på at det ikke skal taes flere prøver som avklarer samme spørsmål, og det skal ikke sendes regning for prøver legen får svar på gjennom andre foretatte undersøkelser, og det skal ikke rutinemessig sendes regning for samme omfattende takstserie for samme pasient med korte tidsintervaller.³⁷

Det har vært avslørt at leger både sender regning for undersøkelser som ikke har vært foretatt og brukt høyere takster enn det undersøkelsene tilsier, dette kvalifiserer til svindel, og må skilles fra tilfellene hvor en lege bare er for omstendelig i sine undersøkelser.

³⁵ bl.a. Befring (2002) s. 132 flg.

³⁶ s. 30

³⁷ s. 30

Hovedproblemet er vanskeligheten med å bevise slik trygdesvindel, men blant annet i helsetilsynets sak 2003/481 ble en lege som hadde fremstilt krav om dobbelt oppgjør for flere pasienter, og benyttet takster som ikke samsvarte med regleverket, ilagt advarsel for forsettelig misbruk av trygdens midler og klart brudd på § 6.³⁸

4.1.4 Omsorgsfull hjelp³⁹

Kravet til ”omsorgsfull hjelp” er hovedsakelig basert på prinsippet om at helsepersonell forventes å behandle pasientene og pårørende med respekt og verdighet. Pasienter er ofte i en sårbar situasjon med følelsen av avmakt, og bør møtes av imøtekommende og vennlig helsepersonell. Et mistekrav bør være å vise alminnelig god folkeskikk og utover det å være behjelpelig med spørsmål og usikkerhet uavhengig av problemet til den enkelte pasient. Hjelpen må tilpasses den enkeltes behov og forutsetninger, med målsetning om å skape en trygg og tillitsvekkende behandlingssituasjon.

En viktig del av profesjonaliteten er at man ikke skal gjengjelde eventuelle provokasjoner med sanksjoner eller annet som kan oppleves som gjengjeldelse. Bestemmelsen kan sees i sammenheng med Pasientrettighetslovens formål, uttalt i lovens § 1-1, om å ”*ivareta respekten for den enkelte pasients liv, integritet og menneskeverd*”.

I helsetilsynets sak 2006/139 fikk en lege advarsel etter å ha opptrådt i strid med kravet til omsorgsfull hjelp. Pasientene klaget på å bli møtt av en ”*ikke-passende adferd og kommunikasjonsform*”, ”*ufin og utrivelig behandling*”, følelsen av å ikke bli tatt alvorlig, ukontrollerte sinneutbrudd, nedrakking og lignende.⁴⁰ Legen forsvarte seg med at flere pasienter hadde opptrådt truende, er ”*fastlegeshoppere*”, og er vanskelige å kommunisere med.

³⁸ s. 9

³⁹ jf. Molven (2002) s.171

⁴⁰ s. 3

Helsetilsynet uttaler i sin vurdering at hovedansvaret for en god kommunikasjon påligger legen, og spesielt innenfor allmenntilleggsmedisin kreves det stor grad av ”omsorgsfullhet og evne til god kommunikasjon”⁴¹

4.2 Kravet til organisering av virksomheten

Helsepersonelloven § 16 oppstiller krav til at virksomheten som skal yte helsehjelp, og organiseres ”slik at helsepersonell blir i stand til å overholde sine lovpålagte plikter”. Dette er både et krav til virksomhetens tilretteleggelse og organisering, og et uttrykk for helsepersonells autonomi i forhold til uforsvarlige instruksjoner.

Bestemmelsen er en videreføring av prinsippet i legeloven § 16, som ble vedtatt for å hindre at leger tok eller ble pålagt å ta hensyn på bekostning av faglig forsvarlig pasientbehandling. Hovedformålet med regelen er å vektlegge og synliggjøre at helsepersonell først og fremst skal ta faglige hensyn, uavhengig av arbeidssted og organisasjonsform.⁴² Bestemmelsen gir uttrykk for grensen mellom systemansvar og individansvar, hvor de lovpålagte plikter er primære, slik at virksomheten skal innrettes etter disse.

Sphsl. § 2-2 oppstiller krav til at ”helsetjenester som tilbys eller ytes i henhold til denne loven skal være forsvarlige”. Dette går konkret på det samme som hlspl. § 4, men pliktsubjektet her er de som driver spesialisthelsetjeneste, jf. spesialisthelsetjenesteloven § 1-2, mens hlspl. har anvendelse for all helsevirksomhet.

For helsetjenestene i kommunen gjelder et ulovfestet krav til forsvarlighet, som i praksis utledes av khl. § 6-3, som fastsetter at kommunene skal fremme ”helsetjenestens formål på forsvarlig og hensiktsmessig måte”.

⁴¹ s. 5

⁴² Ot.prp.nr.13(1998-1999) s. 224

4.2.1 Helseforetak

Enhver lege med norsk autorisasjon kan etablere legepraksis i Norge, men etter hlspl. § 18 må det meldes fra til kommune eller regionalt helseforetak dersom man ”*åpner, overtar eller trer inn i virksomhet som er omfattet av loven*”. De fleste som driver privat legevirksomhet gjør dette med grunnlag i en driftsavtale med de regionale helseforetakene, som danner grunnlag for mulighet til refusjon for pasientbehandling fra folketrygden.

Etter lov om Helseforetak av 2001 nr. 93 § 3 er foretak ”*regionale helseforetak og helseforetak*” og eies av ”*staten ved departementet i regionale helseforetak og staten ved regionale helseforetak i helseforetak*”.

Helseforetak er virksomhet som ”*yter*”-, mens regionalt helseforetak ”*legger til rette for*”- ”*spesialisthelsetjenester, forskning, undervisning og andre tjenester som står i naturlig sammenheng med dette eller er pålagt i lov*” jf. § 2. Foretak etter straffelovens § 48 a er ”*selskap, forening eller annen sammenslutning, enkeltpersonforetak, stiftelse, bo eller offentlig virksomhet*”

Etter sphsl. § 4-1 må departementet godkjenne sykehus før de kan utøve helsetjenester, og de kan gi forskifter dersom det kreves godkjenning for ”*andre typer helseinstitusjoner og helsetjenester*” eller endringer. Etter forskrift om krav til akuttmedisinske tjenester utenfor sykehus av 18. mars 2005 nr. 252 kreves godkjenning for ”*akuttmedisinske tjenester utenfor sykehus*”, oppregnet å inkludere nødmeldingstjenesten, kommunale legevakter og ambulansetjenesten. .

§ 4-1.3 ledd nevner ”*samfunnsmessige eller faglige hensyn*”, om institusjonen eller tjenesten omfattes av planer som regionale helseforetak har utarbeidet, og om tjenestene som skal tilbys ”*synes forsvarlige*”, som momenter i vurderingen.

4. ledd konstaterer at departementet står fritt til å sette vilkår for godkjenningen nødvendig for å sikre overholdelse av lovbestemmelsene i sphlsl.

Norge har 5 regionale helseforetak, Øst, Vest, Nord, Sør og Midt-Norge, og virksomheten omfatter sykehus, institusjoner i psykiatrien, ambulansetjenesten, nødmeldingstjenesten, sykehusapotek og laboratorier. Det er rundt 35 helseforetak, og disse eies av de 5 regionale.⁴³ Fra 2002 overtok staten det fulle eierskapet for landets sykehus og ansvar for spesialisthelsetjenesten. Helseforetakene er likevel egne rettssubjekter og skal ledes av eget styre og en daglig leder, og de er ikke en integrert del av den statlige forvaltning. De regionale og helseforetakene vil dermed bli tillagt arbeidsgiveransvar, og være ansvarlig for selve ytelsen av helsetjenester. De vil bli gitt stor frihet til å disponere sine ressurser, og selve organiseringen vil være opp til det enkelte regionale helseforetak.⁴⁴

4.2.2 Internkontroll

Tilsynslovens § 3 pålegger ”*enhver som yter helsetjeneste*” å ha system for ”*internkontroll*”. Dette skal bidra til å ”*forebygge svikt i helsetjenesten*” ved at virksomheten sørger for et system som bidrar til overholdelse av de lovbestemte krav.

I forskrift om internkontroll i sosial og helsetjenesten av 20. desember 2002 nr. 1731 angis formål, vikeområde og innhold. Internkontroll defineres i § 3 som ”*systematiske tiltak*” som skal bidra til å overholde lovbestemte krav, og sørge for forsvarlige tjenester ”*gjennom systematisk styring og kontinuerlig forbedringsarbeid i tjenestene*”, jf. § 1. § 4 gir anvisning på en individuell tilpasning, og Ot.prp.nr 13 (1998-1999) vektlegger at internkontrollen skal formes slik at det er mest formålstjenlig for den konkrete virksomhet.⁴⁵

⁴³ www.helseforetak.no

⁴⁴ Ot.prp.nr 66 (2000-2001) punkt 2.7.2. og 2.13.2.

⁴⁵ Ot.prp.nr 13 (1998-1999) s. 68

De ansvarlige skal kartlegge ”*hovedoppgaver og mål*”, klargjøre all ansvarsfordeling, sikre tilgang til og kunnskap om aktuelle lover, forskifter og annen nødvendig innsikt, utvikle kontroll og tilsyn slik at kritiske områder belyses, rettes opp og bidrar til ”*kontinuerlig forbedring i virksomheten*”, jf. § 4.

I Innst.O. nr. 38 (2000-2001)⁴⁶ uttrykkes mål om at det i fremtiden må kunne forventes at flere spørsmål om mangelfull helsehjelp løses lokalt, uten at tilsynsmyndighetene involveres. Dette må sees i forhold til ønske om mer åpenhet og diskusjon rundt svikt i virksomheten, slik at helsepersonellet i større grad lærer av og forebygger feil, istedenfor å defensivt reagere på administrative reaksjoner.

⁴⁶ punkt 3.2

5 Administrative reaksjoner

5.1 Tilsynsmyndighetene

Tilsynsmyndigheten består av ett sentralt myndighetsorgan, Statens helsetilsyn (helsetilsynet), og 19 fylkesleger(helsetilsynet i fylket). Etter Tilsynsloven § 1 har Statens helsetilsyn ”*det overordnede faglige tilsyn med helsetjenesten*”. Fylkeslegen har myndighet som ”*Helsetilsynet i fylket*”, og etter § 2 skal de hovedsakelig ”*føre tilsyn med alt helsevesen og alt helsepersonell i fylket*”, holde helsetilsynet oppdatert om disse, og melde tilfeller som kan kreve reaksjoner til Statens helsetilsyn, som etter hlspl. kapittel 11 har hjemlet myndighet til å ilegge administrative reaksjoner.

I følge Tilsynsmeldingen 2005⁴⁷ kom det inn 1992 saker i 2005 hvorav 294 ble sendt til Statens helsetilsyn. 353 pliktbrudd ble påpekt, i 469 tilfeller ble det gitt rådgivende uttalelse. 825 saker ble avsluttet uten reaksjon, og systemkritikk ble gitt i 51 tilfeller.

Faglig svikt synes å utløse uformell kritikk, mens tilbakekall og advarsel synes forbeholdt de svært alvorlige tilfellene av atferdssvikt, som medikamentmisbruk og seksuell utnyttelse av pasienter.

Det har i de senere år vært stor økning av saker som har kommet inn, og reaksjoner som har blitt gitt. I 2002 kom det inn 174 saker, hvorav 103 endte med reaksjon, mens det i 2005 ble gitt 168 reaksjoner, av 355 innkomne saker.

⁴⁷ s. 44 flg.

83 av disse var mot leger, hvorav 15 fikk tilbakekalt autorisasjonen, av totalt 46 som mistet autorisasjon som helsepersonell i 2005.⁴⁸

Hovedvekten av saker kommer fra pasienter og pårørende, men de kan også komme fra arbeidsgiver, påtalemakten, spesielt ved melding til politiet om unaturlige dødsfall,⁴⁹ pasientombudet og tilsynssak på eget initiativ. Tilsynsmyndighetene har også plikt til å anmelde straffbare forhold.⁵⁰

5.2 Klageadgang

Før hlspl. forelå det ingen formalisert klageadgang, og få retningslinjer for saksbehandlingen. Det ble avdekket store forskjeller i praksis, både med hensyn til hvilke saker som ble oversendt helsetilsynet, og reaksjoner som ble gitt.⁵¹ Det var ønskelig at en formalisering skulle bidra til å styrke hensynet til enhetlig behandling og forutberegnelighet for helsepersonell og pasienter.⁵²

Etter hlspl. § 55 kan den som mener å ha vært utsatt for brudd på pliktbestemmelser ”*til ulempe for seg*”, be helsetilsynet i fylket om å vurdere forholdet. Etter 2 punktum kan pasienten opptre ved representant. Ser man bestemmelsen i sammenheng med pasientrettighetsloven § 7-1, hvor pasienten kan be ”*om at rettigheten blir oppfylt*” og § 7-2 som er en klagerett, ser man at hlspl. § 55 kun er en anmodningsrett, ikke en formell klagerett.

⁴⁸ ”Statens helsetilsyn gir fleire reaksjonar”, Tilsynsmelding 2005 s. 35

⁴⁹ se mer om dette i punkt 6.2.1 og 6.2.2

⁵⁰ Ot.prp.nr 33 (1983-1984), se Ot.prp.nr 13 (1998-1999) s. 185

⁵¹ jf Statens Helsetilsyns klagesaksprosjekt 1995-1996

⁵² jf. Ot.prp.nr 13 (1998-1999)

Helsetilsynet i fylket foretar en vurdering av anmodningen, basert på saksforholdet, og eventuelt annet som kommer opp. De er ikke bundet av rapporterte forhold, og kan velge å undersøke også helt andre sider av legens eller foretakets praksis. Det avgis deretter en uttalelse, og finnes ikke strid med gjeldende lovgiving, må de gi en tilbakemelding på dette⁵³. Fremkommer grunn til å ilegge reaksjoner, må saken overføres til Statens helsetilsyn.⁵⁴

Statens helsetilsyn er den overordnede myndighet og har som hovedoppgave områder med stor risiko for svikt og antatt alvorlige konsekvenser av feil. Helsetilsynet i fylkene står hovedsakelig for utvelgelsen av områder og tjenester som krever tilsyn, da de forutsettes å ha lokal kjennskap.

5.3 Reaksjonsformene

Før hlspl. var det ”*tilrettevisning*” eller ”*advarsel*” som var reaksjonsform mot overtredelser eller opptreden i strid med ”*god legeskikk*”, jf. legeloven § 52. Helsetilsynet utviklet en praksis med ”*uformell kritikk*”, en reaksjon som gikk lengre enn rådgivende tilbakemelding, men som ikke utløste rettsvirkninger. Den ble benyttet istedenfor den lovbestemte reaksjonen tilrettevisning, og da grensen til de formelle reaksjonene fremstod uklar, ble bruken ansett å være i strid med ønsket om forutberegnelighet og rettssikkerhet for helsepersonellet. Intensjonen var derfor å angi en uttømmende oppregning av reaksjonene i hlspl.⁵⁵

Den mildeste reaksjonsformen var ment å omfatte uformell kritikk og tilrettevisning, og å fungere som en veiledende tilbakemelding til helsepersonell. For å korte ned på saksbehandlingstiden, ble myndigheten tillagt fylkeslegen.

⁵³ jf. fvL. § 24

⁵⁴ Se punkt 4.2 om administrative reaksjoner

⁵⁵ Se Ot.prp.nr 13 (1998-1999) s. 164-165

Tilrettevising skulle være unntatt offentlighet, og det var ikke nødvendig at noen kunne bebreides for forholdet. Bestemmelsen ble gitt i hlspl. § 55, men opphevet i desember 2000.

Opphevelsen ble besluttet på bakgrunn av ønsket om å fokusere mer på veiledning og forbedring, og mindre på refs. Innst.O. nr. 38 (2000-2001) punkt 3.1 forklarer nærmere. På departementets initiativ ble det våren 2000 foretatt en undersøkelse blant helsepersonell, hvor det fremgikk at det reageres sterkt på å få administrative reaksjoner, uavhengig av alvorlighetsgraden. Undersøkelsen avdekket at selv ved tilrettevising, går helsepersonell mer i forsvar enn å ta kritikken som veiledning. Tilrettevisning var ment å være unntatt offentlighet, men både klager og arbeidsgiver skulle få informasjon om utfallet, noe departementet innså at ikke ivaretok rettssikkerheten. Det ble videre lagt vekt på at terskelen for at den mer alvorlige reaksjonsformen advarsel ikke skulle senkes. Det ville i tilfelle kunne motvirke hensynet bak opphevelsen av tilrettevisning, fokuset på større grad av muntlig veiledning og forbedringspotensiale. Det fremsår som at meningen var at tilsynsmyndighetene fortsatt skal gi en vurdering av saken, men ikke ilegge administrative reaksjoner før kravene til advarsel er oppfylt, slik at tilrettevisning i praksis blir erstattet med en veiledende uttalelse, men ingen reaksjon.⁵⁶

5.3.1 Advarsel

Reaksjonsformen ”*advarsel*” er hjemlet i hlspl. § 56. Etter endringen i 2000 er dette den mildeste formelle reaksjon som ilegges helsepersonell, og nå den eneste som ikke innebærer tap av rettigheter. Den kan brukes både som selvstendig reaksjon, og som varsel for at endring kreves for å beholde autorisasjon.⁵⁷ Skyldkravet er ”*forsettelig eller uaktsomt*”, og innebærer at noen må kunne bebreides.

⁵⁶ Se også under om vurderingen i sak 2005/1311

⁵⁷ Befring (2001) s. 257 flg.

Det må i tillegg foreligge et brudd som ”er egnet til å medføre fare for sikkerheten i helsetjenesten eller til å påføre pasienter en betydelig belastning”. Det kreves ikke at det må ha medført fare eller belastning, men at det kunne gjort det, jf. ”egnet til”. Både skyldkravet og pliktbruddet må sees i forhold til det overordnede kravet til forsvarlighet. Det er ikke meningen at ethvert avvik fra lovens bestemmelser skal rammes, det må foretas en konkret vurdering om det forelå uaktsomhet, og det skal legges vekt på erfaring, dyktighet, risiko og hvor stort avvik det er snakk om. Subjektiv skyld må kreves, i tillegg til at situasjonen er ”klanderverdig”, og at reelle handlingsalternativer forelå.

Helsetilsynets kompetanse er diskresjonær, så ”advarsel kan gis”, og det reageres kun hvor det anses formålstjenelig og hensiktsmessig.

I sak 2005/1311 konkluderes det med uforsvarlig behandlingen og oppfølgingen etter pasienten fikk diagnosen diabetes mellitus. Blodsukkernivået var ikke målbart, og dette i seg selv burde vært en indikasjon på sykehusinnleggelse, men det ble ikke avklart på fire dager. Helsetilsynet fant at legen klart hadde handlingsalternativer, og dermed handlet uaktsomt, i tillegg var det egnet til å påføre pasienter betydelig belastning, da å la en slik tilstand utvikle seg kan få fatale følger. Statens helsetilsyn vurderte det likevel til at legen i sine tilsvarende viste ”adekvate kunnskaper på området”, at oppfølgingen etter sykehusinnleggelsen var ”fyllestgjørende”, samt en uvanlig sykehistorie, slik at det etter en samlet vurdering ikke burde ilegges administrativ reaksjon.⁵⁸ Etter tidligere lovbestemmelse ville det etter all sannsynlighet blitt ilagt tilrettevisning her, isteden velger helsetilsynet å påpeke at situasjonen er kritikkverdig, og vurderer forholdet konkret, men avslutter kun med å gi en rådgivende uttalelse.

Advarsel er en alvorlig reaksjon, og helsepersonell anser den som svært tyngende. Dette understrekes ved at advarsler gitt av helsetilsynet ofte påklages til Statens helsepersonellnemnd.

⁵⁸ Se s. 5 og 6

Det er et enkeltvedtak, og etter Lov om offentlighet i forvaltningen (offentlighetsloven) av 19. juni 1970 nr. 69 § 2 er det et offentlig dokument, som gir innsynsrett. En advarsel kan også være noe en potensiell arbeidsgiver vektlegger, og det vil veie tungt i eventuelle senere saker hvor legens opptreden er under vurdering.

5.3.2 Tilbakekall av rettigheter

Helsepersonell kan etter § 57 få sin autorisasjon, lisens eller spesialistgodkjenning tilbakekalt, eller den kan bli suspendert etter § 58, mens § 59 hjemler en begrensning i autorisasjonen. §§ 63 og 64 innebærer tilsvarende adgang for henholdsvis tap og suspensjon av rekvireringsrett for legemidler i gruppe A og B.

Hovedformålet er å ivareta pasientenes sikkerhet, de skal være beskyttet mot uforsvarlig yrkesutøvelse som kan utgjøre en vesentlig risiko, nå og i fremtiden. Sentralt står også hensyn til kvalitet og tillit. Bestemmelsene skiller ikke blant gruppene helsepersonell, og tapsvilkårene er like for alle, men det er klart de bare får anvendelse på de som har en rettighet som kan tilbakekalles eller begrenses.

Reaksjonene er meget tyngende og et alvorlig inngrep i den private rettsfære, og det må oppstilles strenge krav til saksbehandlingen. Av helsetilsynets praksis er det klart at det skal svært mye til før de benytter seg av muligheten til å ilegge den administrative reaksjonen tap av rettigheter, og også listen for å pålegge begrensninger ligger høyt. Beviskravet skal være kvalifisert uaktsomhet.

5.3.2.1 Tilbakekall av autorisasjon, lisens eller spesialistgodkjenning

Tilbakekall etter § 57 krever at *”innehaveren er uegnet til å utøve sitt yrke forsvarlig”*. At innehaveren er *”uegnet”* er grunnvilkåret. I begrepet ligger det krav til en vurdering av om vedkommende i dette yrket vil fremstå som en risiko for andre.

Som hovedregel kreves det at uegnetheten foreligger over en viss tid, men enkelte hendelser kan være så alvorlige og vise en så stor menneskelig eller faglig svikt at det er tilstrekkelig med en hendelse.

De oppregnende årsakene som kan føre til uegnethet er ”*alvorlig sinnslidelse, psykisk eller fysisk svekkelse, langt fravær fra yrket, bruk av alkohol, narkotika eller midler med lignende virkning, grov mangel på faglig innsikt, uforsvarlig virksomhet, grove pliktbrudd etter denne lov eller bestemmelser gitt i medhold av den*”, og også ”*adferd som anses uforenelig med yrkesutøvelsen*” kan tilsi at vedkommende ikke er egnet til å utøve yrket. Sistnevnte alternativ er inntatt på bakgrunn av lovgivers ønske om å ”*kunne reagere ovenfor helsepersonell som har vist adferd som innebærer at de ikke lenger har slik tillitt som autorisasjonsordningen er et uttrykk for*”.⁵⁹

”*Alvorlig sinnslidelse*” vil dekke psykiske lidelser av en viss alvorlighetsgrad. I et rundskriv fra helsedirektoratet, IK 19/88 er det uttalt at begrepet ikke ”*tilsvarer noen klar psykiatrisk diagnose*”, og at det ikke er ønskelig å avgrense det til psykoser.⁶⁰ I Rt.2005 s.42 konstaterte Høyesterett at en demenstilstand kan være så alvorlig at den må betraktes som en alvorlig sinnslidelse.⁶¹ Helsetilsynet inkluderer i 2004/1000 en bipolar lidelse og konkluderer med at ”*Deres lidelse i dag ikke er tilstrekkelig kontrollert til at De kan utøve legeyrket forsvarlig*”.⁶²

”*Psykisk eller fysisk svekkelse*” er ment å dekke lidelser som ikke kvalifiserer til alvorlig sinnslidelse, men som likevel kan være grunnlag for tilbakekall i tilfeller hvor svekkelsen virker inn på evnen til å utøve yrket. Det kan for eksempel være at en kirurg opplever sterk skjelving på hånden, eller mister følingen i en arm etter et slag.

⁵⁹ Helsetilsynets sak 2003/481 s. 11

⁶⁰ Ot.prp.nr 13 (1998-1999) s. 175

⁶¹ avsnitt 36

⁶² s. 9 og 10

Forarbeidene til tidligere legelov nevner ”en tilbakegang i åndsevner og karakteregenskaper som ikke gjør det betryggende at vedkommende har fri adgang til å praktisere”, og har vel særskilt tenkt på alderssvækkelse.⁶³ I denne forbindelse kan det nevnes at autorisasjonen i utgangspunktet bortfaller ved fylte 75 år, jf. hlpsl. § 54, men etter 2 ledd kan man få lisens og spesialistgodkjenning på gitte vilkår, etter § 49.4 ledd og § 51.

Å fungere som lege krever oppdatert og god kunnskap, og det går en grense for hvor langt opphold fra yrket som er forsvarlig. ”Langt fravær fra yrket” har sjeldent vært brukt som tilbakekallsgrunn alene, men ofte som moment sammen med ”grov mangel på faglig innsikt”, som vil rette seg mot kompetansemangler, kunnskapsmangler og det å ikke innse sine faglige begrensinger.

”Bruk av alkohol, narkotika eller midler med lignende virkning” viser seg å være den vanligste årsak for tilbakekall. I 2004 var det 26 helsepersonell som ble fratatt autorisasjonen på grunn av rus, mot 4 på grunn av sykdom, 6 for seksuell utnyttelse av pasient, 10 for adferd og 5 på grunn av uforsvarlighet. Av disse skiller leger og sykepleiere seg klart ut, hvor det er henholdsvis 19 og 25, mens hjelpepleier er neste trinn med bare 7 tilfeller av autorisasjonstap, mens andre grupper helsepersonell har gjennomsnittelig 1 til 2 tilfeller.⁶⁴ Tallene kan ikke sees isolert fra ulikt ansvar og pasientkontakt. Leger og sykepleiere har utbredt tilgang på medikamenter, og ofte tett kontakt med pasientene.⁶⁵

Bestemmelsen må sees i sammenheng med hlpsl. § 8 som lyder ”Helsepersonell skal ikke innta alkohol eller andre rusmidler i arbeidstiden”. I Helsepersonellnemndas sak 2006/76 stadfestet de et tilbakekall gjort på bakgrunn av langvarig misbruk av egenrekvirerte legemidler i gruppe B. Det ble funnet godtgjort at han hadde møtt ruspåvirket på jobb.

⁶³ Ot.prp.nr 13 (1998-1999) s. 175

⁶⁴ Helsetilsynets Tilsynsmelding 2004 s. 17

⁶⁵ http://www.helsetilsynet.no/templates/LetterWithLinks____5153.aspx

På side 3 uttales det at ”*Rusmiddelmisbruk er ikke forenelig med en leges daglige gjøremål, verken faglig eller etisk*”, og at ”*bruk av vanedannende legemidler i gruppe A og B utgjør en betydelig fare for kvaliteten og sikkerheten i helsetjenesten*”, da slike midler nedsetter konsentrasjon, hukommelse, innlæringsevne, koordinasjon og reaksjonsevne, og er ”*ødeleggende for den allmenne tillit til en lege*”.

”*Uforsvarlig virksomhet*” er et vidt begrep som kan rette seg både mot individer og organiseringen av selve virksomheten. For at noe skal være ”*virksomhet*”, vil det etter naturlig språklig forståelse kreves mer enn enkeltstående hendelse, som for eksempel mangelfull journalføring over tid, manglende forståelse for hygiene eller dårlige rekvireringsvaner, men ut fra praksis vil også enkeltstående hendelser kunne rammes. Rt.1997 s. 1800 klargjør at virksomhet omfatter ”*enkelstående begivenheter*” og det kreves ikke ”*mer enn én tilsidesettelse av forsvarlighetskravet*”.⁶⁶

”*Atferd som anses uforenelig med yrkesutøvelsen*” dekker et bredt spekter av situasjoner, og kan innebære atferd som ikke er direkte knyttet til yrkesutøvelsen. Forarbeidene klargjør at ”*bare i helt spesielle unntakstilfeller*” bør tilsynsmyndighetene ”*gripe inn overfor helsepersonell i forhold som ikke har nær forbindelse med yrket*”. Forholdet må være svært alvorlig, og det nevnes ”*straffbare handlinger som tyveri, underslag, legemskrenkelser, legemsbeskadigelser, gjentatte tilfeller av promillekjøring eller brudd på straffelovens sedelighetskapittel*” som eksempler på tilfeller hvor det kan være riktig å gripe inn.⁶⁷ Terskelen for atferd skjedd med tilknytning til yrkesutøvelsen er selvsagt betydelig lavere. Vilkåret er nært knyttet til kravet til alminnelig tillit, og det vil variere med ulike grupper helsepersonell hvor strengt det bedømmes, ut fra hvor stor grad av tillitt gruppen krever.

Grove pliktbrudd etter lov eller forskrift vil i mange tilfeller overlape uforsvarlig virksomhet, men vil også kunne ramme overtredelser av andre bestemmelser, som unndragelse av tilsyn og kontroll etter § 30.

⁶⁶ s.1804

⁶⁷ Ot.prp.nr 13 (1998-1999) s. 179

I 2 ledd er det inntatt en selvstendig tilbakekallsgrunn for innehaver som ikke innretter seg etter advarsel. Hvis vedkommende har fått en advarsel, og hatt tid til å innrette seg etter den, men ikke gjør det, er det tilstrekkelig grunnlag for tilbakekall, inntil innrettelse eventuelt skjer.

5.3.2.2 Suspensjon av autorisasjon, lisens eller spesialistgodkjenning

Hlpsl. § 58 hjemler suspensjon hvor det er ”*grunn til å tro at vilkårene for tilbakekall er tilstede*”. Bestemmelsen er praktisk når en alvorlig sak skal til behandling, og man har vurdert det til ”*å være fare for sikkerheten*” å la legen fortsette i sin virksomhet frem til saken er ferdigbehandlet. Tilsynsmyndighetene får da mulighet til å reagere raskt, og tilby umiddelbar beskyttelse for pasientene. Vedtaket kan kun treffes for 6 måneder, og fornyes med 6 måneder en gang, altså maksimum 12 måneder.

5.3.2.3 Begrensing av autorisasjon

En autorisasjon kan begrenses til å gjelde ”*utøvelse av bestemt virksomhet under bestemte vilkår*”, hvor vedkommende anses egnet til å ”*utøve virksomhet på et begrenset felt under tilsyn og veiledning*”, selv om vilkårene for tilbakekall er oppfylt, jf. hlspl. § 59. En begrensning kan for eksempel innebære at vedkommende må være i en administrativ stilling og ikke ha pasientkontakt.⁶⁸ Hovedformålet er her helsepersonellens mulighet til fortsatt yrkesutøvelse, men det understrekes i teorien at dette ikke skal innebære en lemping på kvalitetskrav til helsetjenesten, og at det må være forsvarlig.

⁶⁸ 2002/36 s. 21

5.3.2.4 Tap og suspensjon av retten til å rekvirere legemidler

Hvor selve rekvireringen av legemidler i gruppe A og B anses ”uforsvarlig”, kan denne retten begrenses eller kalles tilbake etter hlspl. § 63. A og B preparater omfatter narkotiske og vanedannende midler.⁶⁹ Dette er praktisk hvor leger har vist dårlig bedømmelse ved rekvirering av legemidler til pasienter eller seg selv. Helsetilsynet vektlegger at forskrivning ikke skal være pasientstyrt eller bidra til eller føre til avhengighet.⁷⁰ Tilfellene i praksis går hovedsakelig på leger som manipuleres av pasienter til å skrive ut resept på langt større mengder og hyppigere enn hva som er forsvarlig, og hvor det tydelig fremkommer mønstre for avhengighet.

5.3.3 Ny autorisasjon eller lisens

Tilbakekall, tap og begrensning er ikke ugjenkallelig. Hlspl. § 62 hjemler en mulighet til å gi en ny autorisasjon, hvor helsepersonellet kan godtgjøre at de igjen er skikket. Det er selve grunnen for tilbakekallet som er gjenstand for vurdering, ikke en generell prøving som ved utstedelse av autorisasjon første gang. Etter bestemmelsen ligger myndigheten hos Staten helsetilsyn, noe som fremstår praktisk, da det opprinnelige vedtaket stammer derfra.

⁶⁹ se Befring (2002) s. 282

⁷⁰ Rundskriv IK-2755

5.4 Tilsyn med virksomhet

Tilsynslovens § 5 gir hjemmel for at helsetilsynet kan ”gi pålegg om å rette på forholdene” dersom en helsevirksomhet ”drives på en måte som kan ha skadelige følger for pasienter eller andre eller på annen måte er uheldig eller uforsvarlig”

Khl. § 6-3.3 ledd har tilsvarende ordlyd, og sphlsl. § 7-1 hjemler at pålegg om retting kan gis ved lovstridig drift. Virksomheten kan også pålegges å stenge, dersom det fremstår som ”nødvendig”, jf. § 7-1. Etter § 7-2 kan tvangsmulkt ilegges, men verken stenging eller tvangsmulkt har vært benyttet.

6 Straffansvar for leger

6.1 Straff

Straff er tradisjonelt oppfattet som ”*et onde staten tilføyer en lovovertreder på grunn av lovovertreddelsen, i den hensikt at han skal føle det som et onde*”⁷¹, og er den absolutt strengeste reaksjonen samfunnet benytter for å reagere mot lovovertreddelser. Formålet er hovedsakelig gjengjeldelse, men også å virke allmenn- og individualpreventivt.

Straffelovgivningen er resultat en interesseavveining. Den søker å ”*avspeile hvilke verdier et samfunn setter høyt, hvor utsatt verdiene er og hvor strengt fellesskapet finner det nødvendig og rettferdig å straffe dem som krenker verdiene*”⁷², og signalisere for borgerne hvilke handlinger vi skal avstå fra.

For å kunne pålegge noen straff må de fire straffbarhetsbetingelsene være oppfylt. Det innebærer at handlingen må omfattes av et straffebed, det må foreligge subjektiv skyld, gjerningspersonen må være tilregnelig, og at ingen av straffrihetsgrunnene gjør seg gjeldende.

⁷¹ Gisle (1999) s. 277

⁷² Ot.prp.nr. 90 (2003-2004) s. 17

6.2 Straffansvar

Straffesaker mot norske leger i egenskap av yrkesutøvelsen har svært sjeldent forekommet. Ot.prp.nr. 1 (1979-1980) stadfester at ” *det er meget sjelden at straffansvar er blitt gjort gjeldende overfor leger, og det er ingen grunn til å regne med noen endring. Dette er for øvrig ikke noe særegent for leger, yrkeslover pleier ikke å håndheves i synderlig utstrekning med straff*”.⁷³ Dette har sammenheng med at de administrative reaksjoner som oftest er tilstrekkelig, og at skyldgraden for straff ligger høyt. Det er likevel på det rene at påtalemyndigheten er på arenaen, og vurderer saker som ligger opp mot straffelovens skyldkrav og gjerningsbeskrivelse

Leger er underlagt den alminnelige straffelovgivningen, men det er også bestemmelser som retter seg særskilt mot helsepersonell. Sentralt står helsepersonellovens § 67.

Ot.prp.nr. 13 (1998-1999) uttrykker at hvor administrative reaksjoner er aktuelle, vil saken som hovedregel ikke kvalifisere til straffansvar, på grunnlag av kravene til skyld og bevis. Systemene er til en viss grad parallelle, men er forutsatt å virke uavhengig av hverandre.⁷⁴

6.2.1 Påtalemyndigheten

Påtalemyndigheten er et eget forvaltningsorgan som hovedsakelig skal ivareta de offentlige interesser i en straffesak, og være samfunnets generelle kontrollorgan ved å ivareta de regler som ikke hører under de spesielle kontrollorganene. De er ikke underlagt forvaltningsloven, men de konkrete saksbehandlingsregler i straffeprosessloven, påtaleinstruksen, samt alminnelige ulovfestede grunnregler. Påtalemakten har i hovedsak fem oppgaver; etterforske straffbare handlinger, avgjøre om forfølgning skal iverksettes,

⁷³ s. 211-212

⁷⁴ s.185

begjære eller sørge for at tvangsmidler blir tatt i bruk, forberede og føre aktoratets straffesaker og treffe beslutning om fullbyrdelse av straffen.⁷⁵

Påtalemyndigheten får kunnskap om mulige straffbare forhold gjennom melding om unaturlige dødsfall etter hlspl. § 36, anmeldelser, oversendelse fra tilsynsmyndighetene eller på andre måter. De må på selvstendig grunnlag avgjøre om det er fundament for å opprette etterforskning⁷⁶, men det er ofte behov for en vurdering fra fagmyndighet, og ved saker mot helsepersonell legges de regelmessig frem for helsetilsynet i fylket, som kan avgi en rådgivende uttalelse.⁷⁷

Etterforskningen av en sak etter helselovgivningen i hovedsak vil være en konkret vurdering av om helsepersonell og foretak har opptrådt forsvarlig og eventuelt hvor alvorlig avvik fra standarden som foreligger, og politi, påtalemyndighet og domstol vil trenge sakkyndig bistand i denne vurderingen. Det uttrykkes ønske om å trekke tilsynsmyndigheten mer aktivt inn i vurderingen av om det er grunnlag for å anvende straff på forholdet.⁷⁸ Offentlig påtale vil finne sted hvor allmenne hensyn krever det, eller dersom Statens helsetilsyn begjærer det. Det var i 2004 i 17 saker aktuelt med påtalebegjæring, og helsetilsynet begjærte påtale i 7 av disse sakene.

6.2.2 Behandlingsdødsfall

I begrepet ligger dødsfall som skjer under eller i forbindelse med medisinsk behandling, og dekker hendelser ved aktive tiltak, men også ved forglemmelser, manglende forståelse og forsinkelse av iverksetting av tiltak. Tidligere ble unaturlige dødsfall i sykehus registrert ved Oslo politikammer som ”*mulig uaktsomt drap*”. Dette er endret til ”*sykehusdødsfall*”.

⁷⁵ Se Hov (1999) Rettergang II s. 141

⁷⁶ Se strprl. § 224

⁷⁷ IK-13/2001 s.2

⁷⁸ RA 5/2001 punkt V

Denne terminologiske endringen skulle bidra til å dempe legers frykt for å involvere politiet og melde fra om unaturlige dødsfall.⁷⁹ Begrepene inneholder en stor psykologisk forskjell, og fjerningen av den belastende terminologien ”drap” må anses som en formålsnyttig avdramatisering.

Påtalemyndigheten får kunnskap hovedsakelig gjennom melding etter hplsl. § 36, om unaturlige dødsfall. Etter forskrift om unaturlige dødsfall av 21.12.2000 nr. 1378 § 2 oppregnes at det kan være unaturlig ”dersom det kan skyldes”, ”drap eller annen legemskrenkelse”, ”selvmord eller selvvoldt skade”, ”ulykke(...)”, ”yrkesulykke eller yrkesskade”, ”misbruk av narkotika”, ”ukjent årsak når døden har inntrådt plutselig og uventet” eller ”feil, forsømmelse eller uhell ved undersøkelse eller behandling av sykdom eller skade”

Det tidligere Helsedirektoratets rundskriv IK-2/92 fastlegger nærmere regler om meldeplikten, og fremhever ifølge Tidsskrift Norsk Lægeforening nr. 18, 2005⁸⁰, at meldeplikten inntreffer hvor legen har grunn til å tro at det kan ligge unaturlige årsaker til grunn, og at leger bør ”utvise aktivitet og ikke tilbakeholdenhet med å melde”⁸¹ fra, og spesielt ved dødsfall hvor pårørende har gitt uttrykk for mistillit. Det vil bidra til å få en uavhengig klargjøring av saken og fjerne eventuell mistanke rundt hendelsen.

De fleste sykehusdødsfall vil være naturlige, og terskelen for å konstatere behandlingsdødsfall og gå til reksjon mot helsepersonell ligger høyt. I Oslo ble det i 2003 anmeldt 24 dødsfall ved antatt behandlingsfeil. 23 av sakene ble henlagt.⁸²

⁷⁹ Haugen (1997)

⁸⁰ Hanoa(2005) s. 2518

⁸¹ Hanoa (2005) s. 2518

⁸² Aarvig (2006)

I politiets saker 64239/92 og 73923/92 og helsetilsynets sak 1994/1202 ble behandlingsdødsfall vurdert etter en fødende døde av lungeemboli og sirkulasjonssvikt. Den sakkyndige vurderte saken til at pasientens liv sannsynligvis kunne vært reddet dersom diagnosen hadde blitt stilt korrekt, og det var ”satt inn adekvat terapi tidligere”.⁸³ Legene ble tiltalt for uaktsom drap, men saken ble henlagt av riksadvokaten.⁸⁴ Helsetilsynet ga kun tilrettevisning i medhold av legeloven § 52 for uforsvarlig virksomhet og manglende journalføring.

I LB-2002-2517 ble en lege frikjent etter legeloven § 53, jf § 25, tilsvarende hlspl. § 67, jf. § 4. Legen iverksatte anestesi uten å tilkalle tilgjengelig kvalifisert anestesisykepleier, iverksatte ikke ekstra overvåkningstiltak til tross for manglende blodtrykkmåling og intuberte uten å kople til kapnograf eller forsikre seg om riktig plassering. Pustetuben var plassert i pasientens spiserør, og innen han oppdaget det var det allerede oppstått livstruende hjerneskade som førte til pasientens død. Lagmannsretten konkluderte med at As vurdering av å ikke innhente anestesisykepleier på grunn av tidsnød var korrekt, i likhet med valget av anestesimetode. I tingretten var det manglende bruk av kapnograf som var hovedgrunnlag for domfellelsen på bot av kr. 50.000. Lagmannsretten legger vekt på tidsnød som sentralt moment ved aktsomhetsvurderingen, og at det skal ”*meget klare feil til før man i en presset nødsituasjon skal kunne karakterisere en anestesileges vurderinger, prioriteringer og behandlingsvalg som grovt uaktsomme*”⁸⁵ De sakkyndige mente det ikke var grunnlag for å bebreide A. Det var usikkerhet knyttet til når tuben fikk feil plassering, men A var overbevist om at tuben i utgangspunktet var riktig plassert, har god erfaring med prosedyren, og lagmannsretten legger til grunn at forskyving kan skje. Det er på det rene at tubens feilplassering, sammen med andre omstendigheter var årsak til pasientens dødsfall, men lagmannsretten kom til at det ikke var grunnlag for å kritisere A for forholdet og fritok for straffekravet og boten ilagt i tingretten.

⁸³ s. 3 i 1994/1202

⁸⁴ Omholt (2006)

⁸⁵ s. 5 i lovdata

6.3 Dobbelstraff

EMK art 4 nr 1 i Protokoll 7 oppstiller krav om at ingen skal utsettes for dobbelstraff.

”Ingen skal kunne bli stilt for retten eller straffet på ny i en straffesak under den samme stats domsmyndighet, for en straffbar handling som han allerede har blitt endelig frikjent eller domfelt for i samsvar med loven og rettergangsordningen i denne stat” EMK opererer ikke med den klare avgrensningen av straff som det norske rettssystemet, og også sanksjoner kan omfattes. Det må derfor alltid foretas en konkret vurdering av hva som skal regnes som straff i EMKs forstand.

Det har hersket mye tvil om straff fra påtalemyndighetens side og administrative reaksjoner fra tilsynsmyndighetene strider mot dette forbudet.

6.3.1 Engel-kriteriene

EMD avsa 8. juni 1976⁸⁶ dom hvor de fremsatte de såkalte *”Engel-kriteriene”*. Vurderingen av hva som skal kvalifisere til straff i EMKs forstand skal etter disse baseres på;

- 1) Hvordan forholdet kvalifiseres etter nasjonal rett
 - 2) Karakteren av, og formålet med den lovregel som anvendes
 - 3) Innholdet og alvoret i den sanksjon det er tale om.
- Grunnkravet er at det faktiske vilkåret for sakene er det samme.

6.3.1.1 Kvalifikasjon etter nasjonal rett

Høyesterett tok det opp til vurdering i Rt.2004 s.1343, og slo enstemmig fast at helsetilsynets administrative reaksjoner ikke er å anse som straff.

⁸⁶ Engel mfl. v. Nederland

Saken ble behandlet i forbindelse med en turnuskandidat som i mai 1998 ble dømt til 5 måneders ubetinget fengsel, for bl.a. ransforsøk, vold mot politiet og bruk av hasj og ecstasy. Retten tok ikke til følge påtalemyndighetens påstand om rettighetstap etter strl. § 29 nr. 2, men helsetilsynet valgte å suspendere turnuslisensen på bakgrunn av de faktiske forhold. Høyesterett konkluderte enstemmig⁸⁷ med at straffansvar ikke utelukker at helsetilsynet kan frata eller suspendere lisens eller autorisasjon, og at det ikke vil stride mot EMKs forbud mot dobbeltstraff. Det ble fremhevet at systemene nok virker parallelt, men at skyldkrav, formål og vurderingstema er forskjellig. Saken er nå klaget inn for EMD.⁸⁸

Verken tilbakekall eller suspensjon av tillatelse til å praktisere som lege er å kvalifisere som straff etter norsk rett. Disse reaksjonene er hjemlet i hlspl. kapittel 11, hvor overskriften er ”*reaksjoner m.v.*”, mens hlspl. § 67 er en konkret straffebestemmelse, som er en klar indikasjon på at lovens øvrige bestemmelser ikke er ment å være straff.

6.3.1.2 Formålet

Etter Helsepersonellovens § 2 er formålet å ”*bidra til sikkerhet for pasienter og kvalitet i helsetjenesten samt tillit til helsepersonell og helsetjeneste.*” Formålet med straff er hovedsakelig gjengjeldelse fra samfunnet for lovbrudd, mens de administrative reaksjoner skal bidra til å sikre forsvarlig pasientbehandling, og bevare tillitsforholdet mellom lege og allmennhet.

Vurderingstemaet for de administrative reaksjonene er primært basert på forsvarlighetsnormen i § 4, og faren pasientene kan utsettes for, det bygger på profesjonsansvaret og de konkrete forventingene til helsepersonell.

⁸⁷ Enstemmighet om a suspensjon i dette tilfellet ikke strider mot forbud om dobbelt forfølgning, men dissens 3 -2 hvor mindretallet mente at det i tilfeller hvor rettighetstap har vært tema under straffesaken, bør dette være bindende for senere forvaltingsvedtak.

⁸⁸ sak nr. 11187/05

I Ot.prp.nr. 1 (1979-1980) s. 44 fremheves det at straffansvar verken er tilstrekkelig eller avgjørende for tilbakekall av autorisasjon eller lisens. Førstvoterende i Rt.2004 s.1343 nevner i avsnitt 48 at det ikke er avgjørende at straffelovens § 29 nr 2 om rettighetstap ligger nær opp til tilbakekallsbestemmelsene i legeloven, da dette ikke ble funnet avgjørende i Rt.2003 s.264 avsnitt 41.

6.3.1.3 Innhold og alvor

Tilbakekall av autorisasjon er utvilsomt en belastende reaksjon, men utgangspunktet er at det må være svært tyngende for at dette skal være avgjørende, i praksis fengselsstraff, jf dommens avsnitt 49 som henviser til Rt.2002 s.509 som igjen bygget på *Inocencio mot Portugal*, sak 43682/98. Tilbakekall er klart alvorlig og inngripende, men det er gjenkallelig, og kan ikke anses å være av tilstrekkelig alvorlighetsgrad.

6.3.2 Samordning

Behandling i to systemer kan åpenbart være en stor belastning for vedkommende, og det kan også fremstå som lite hensiktsmessig ressursbruk.

Ønske om at tilsynsmyndighet og påtalemyndighet bør ha et nært samarbeid og tilstrebe en samordning av reaksjonene vektlegges blant annet i Ot.prp.nr 13(1998-1999)⁸⁹ og juridisk teori. De to systemer har ulikt formål, men i stor grad vil selve vurderingen av saken og relevant faktainformasjon ligge tett opp til hverandre. I helsetilsynets tilsynsmelding 2004 s.13 fremstår det som et velfungerende samarbeid, som er nyttig for begge parter. Spesielt har tilsynsmyndighetene fagkunnskap som påtalemyndigheten drar stor nytte av.

⁸⁹ s.185

Det er fastsatt retningslinjer for samarbeidet og saksbehandlingen i rundskriv fra både riksadvokaten og helsetilsynet.⁹⁰ Hovedregelen er at politiet skal fremlegge saken for helsetilsynet i fylket før det igangsettes etterforskning, og et av hovedmålene er at det skal være foretatt en rimelighetsvurdering av straff og administrativ reaksjon, slik at det samlede resultat ikke fremstår som urimelig og uforholdsmessig tyngende. Politiet må konkret vurdere om det er grunn til å avvente påtaleavgjørelsen til det er klart om helsetilsynet ilegger administrativ reaksjon.⁹¹

I Rt.2004 s.23 ble en 50 år gammel lege dømt for overtredelse av strl. § 195. 1 ledd 1 alt. og § 197, for seksuelle overgrep mot sin datter. Høyesterett fant at allmenne hensyn ikke krevde at domfelte mistet retten til å inneha tittelen lege, jf. strl. § 29 nr. 2. Helsetilsynet vurderte saken i januar 2004,⁹² og kom til at forholdet var så alvorlig at det var ”*atferd som anses uforenelig med yrkesutøvelsen*”, og tilbakekalte autorisasjonen. Det fremgår at helsetilsynet legger til grunn det faktum tingretten fant bevist, men foretar en selvstendig vurdering på om forholdet kvalifiserer til tilbakekall av autorisasjon etter hlspl. § 57. Det er ikke avgjørende eller vektlagt at rettighetstap er vurdert i retten og helsepersonellnemndas vedtak⁹³ viser tilsvarende. De vektlegger her saksforholdet Høyesterett har lagt til grunn, men vurderingen som taes er selvstendig og uavhengig av resultatet i dommen. De går også konkret inn på forholdet til dommen, og uttaler at den ”*ikke er til hinder for at klagerens autorisasjon som lege blir tilbakekalt*”⁹⁴. Saksgangen i saken var til illustrasjon, tingretten 19. desember 2002, lagmannsretten 5. sep 2003, Høyesterett 9. januar 2004 og helsetilsynet reaksjon ble gitt 16. januar 2004, helsepersonellnemnda fattet vedtak 24. august 2004.

⁹⁰ RA 5/2001 og Helsetilsynets rundskriv IK-13/2001

⁹¹ RA 5/2001 punkt V 6.

⁹² 02/1899

⁹³ 4/69

⁹⁴ s. 6

6.4 Straff etter helsepersonelloven

Pliktene etter hlspl. håndheves av helsetilsynene, mens håndhevelsen av den særskilte straffebestemmelsen i hlspl. § 67 er underlagt påtalemyndigheten. Påtalemyndigheten kan velge å henlegge saken, gi påtaleunntatelse, utstede forelegg eller ta ut tiltale og føre saken for domstolene, som kan frikjenne, gi forelegg, idømme fengselsstraff, erstatning og de har mulighet til å idømme rettighetstap.⁹⁵

Påtalemyndigheten har ikke tilstrekkelig fagkompetanse til å vurdere konkret yrkesutøvelse og hlspl. § 67 ble inntatt i loven med ønske om å trekke tilsynsmyndigheten ”*mer aktivt inn i saker som gjelder helsetjenesten, der det er grunn til å vurdere straffereaksjoner*”⁹⁶, og et nærmere samarbeid.

Helsepersonellovens § 67 hjemler straff med bøter eller fengsel inntil 3 mnd ved ”*forsettlig eller grov uaktsom*” overtredelse eller medvirkning til overtredelse av ”*bestemmelser i loven eller i medhold av den*”. Bestemmelsens ordlyd er generell og knytter straff til alle lovens regler. Skyldkravet er kvalifisert uaktsomhet, og lovgivers mening var å signalisere at terskelen skal ligge høyere enn for administrative reaksjoner.⁹⁷

Det må trekkes et skille mellom de overtredelser som ligger under tilsynsmyndighetene, og de som er så klanderverdige at de naturlig hører under påtalemyndigheten og domstolene. Dette skal bidra til å ytterligere vern om helsepersonells rettssikkerhet. Påtalepraksisen forventes å være den samme som etter legeloven, slik at det kun skal reageres mot ”*(...)markante avvik fra de krav som stilles til helsepersonells utøvelse av sin virksomhet, for eksempel forsvarlighet (...)*”⁹⁸

⁹⁵ Hov (1999) s.109

⁹⁶ RA 5/2001 punkt V

⁹⁷ se Befring (2001) s. 287-288

⁹⁸ RA 5/2001 punkt IV

Skyldkravet etter Legeloven av 1980 § 53 var ”*forsett eller uaktsomhet*”. I praksis var det klart at politiet kun ble involvert ved de svært grove overtredelser, men ut fra loven og forarbeidene var det tvil om også simpel uaktsomhet i teorien kunne føre til straffansvar. Dette ble klargjort i Rt.1997 s.1800, hvor A utvilsomt ikke hadde utøvet tilfredsstillende forsvarlighet, men ikke hadde vist tilstrekkelig kvalifisert uaktsomhet til å bli rammet av straff. Det ble fremhevet som i Ot.prp.1(1979-80) s.211 -12 at en lege ikke kan forventes å ”*fylle de høyeste fagligetiske krav*”, og at straffansvar kun bør pålegges hvor de befinner seg klart under det som kan forventes. Forarbeider, og reelle hensyn talte for at kravet etter legel. § 53 lå nært opp til grov uaktsomhet.

Bestemmelsen i hlspl. § 67 retter seg mot ”*Den som(...)*”, og får ikke bare anvendelse for helsepersonell. Dette klargjøres i teorien. Årsaken er § 74, som forbyr andre enn de som er autorisert eller har lisens å benytte beskyttet tittel eller utføre oppgaver som ligger til tittelen. Disse vil også rammes av straffansvaret etter § 67 dersom de opptrer i strid med lovens bestemmelser.⁹⁹

Bestemmelsen har lik anvendelse på alt helsepersonell, men det er lite rettspraksis og de fleste dommer har endt med frikjennelse.

Dommen som har resultert i domfellelse etter bestemmelsen ble avsagt Oslo tingrett 2.september 2002. Legen hadde skrevet ut en morfinblanding med styrke 10-mg.pr.ml, istedenfor 1-mg.pr.ml og pasienten døde av ”*svært høy konsentrasjon av morfin i blodet*”¹⁰⁰. Det var i journalen innført med tilsvarende feilskrift av en sykepleier. Tingretten vurderte det som grovt uaktsomt av legen å ikke kontrollere resepten, da det høyst sannsynlig ville resultert i oppdagelse av feilen. Aktsomhetskravet anses skjerpet, da risikoen er høy, det ikke foretas etterkontroll og muligheten for oppfølging av

⁹⁹ se fotnote 97

¹⁰⁰ s. 3

dagpasienter, som her, er begrenset. Legen ble ilagt bot på 30.000 kr. Helsetilsynet ga i desember 2002 ¹⁰¹ advarsel for uforsvarlig virksomhet, etter hlspl. § 56.

I LB-2005-136955 vurderes en farmasøyt som utleverte Fortimel istedenfor Fortini, med det resultat at en to år gammel pike døde. Fortimelboksen har påtegning om at den ikke skal brukes til barn under 3 år, og at det ikke er egnet som eneste næring. Foreldrene ble forsikret av personalet, herunder tiltalte, om at de kunne bruke Fortimel, istedenfor Fortini. Jenta var kun 2 år, svært syk, og Fortinidrikken var det eneste hun tok til seg av næring. Farmasøyten ble under dissens frikjent. Flertallet, som bestod av meddommerne, mente det ikke forelå tilstrekkelig grunnlag for å karakterisere As mangel på kontroll som grovt uaktsom, da ”sterk klanderverdighet” ikke var godtgjort. Mindretallet, representert ved fagdommerne mente forholdet var grovt uaktsomt, og at hun var skyldig i overtredelse av hlspl. § 67. ¹⁰² De legger vekt på at det foreligger en selvstendig plikt til å kontrollere, og at det her ble utlevert både noe annet enn resepten tilsa, og et preparat som var klart uegnet. Saken er anket inn for Høyesterett.

I begge saker er det gitt ut uriktig mengde/preparat, og utfallet ble fatalt. Farmasøyten ga ut forsettelig ut uegnet preparat, tross advarselen på pakken, mens legen var uoppmerksom og noterte en null for mye. Her må det strenge aktsomhetskravet ved utstedelse av morfin ha vært utslagsgivende. Utlevering av feil næringsdrikk er under normale omstendigheter ikke egnet til å resultere i død, mens det ved feildosering av morfin må anses som påregnelig.

¹⁰¹ 2002/599

¹⁰² s. 3 i lovdata

6.5 Straff etter straffeloven

Det er enkelte bestemmelser i straffeloven som leger kan tenkes å brytes i kraft av sin yrkesutøvelse eller som kan få betydning for retten til å utøve yrket. Jeg vil rette hovedfokus mot hvordan straffrihetsgrunnene virker inn på anvendelsesområdet for legemsfornærmelsene.

6.5.1 Straffeloven § 157

Bestemmelsen rammer den som vitende om det utsetter ”*andres Liv eller Helbred for Fare*”, ved å spre lege- eller forebyggelsesmidler mot sykdommer eller iverksette behandlingsmåte, som ikke er egnet mot sykdom.

Høyesterett vektlegger i Rt.1968 s.959 bestemmelsens plassering som en ”*allmennfarlig forbrytelse*”, og understreker at handlingens alminnelige fare for folks helse må tillegges betydning for tolkningen.¹⁰³ Både nr 1 og nr 2 har et meget begrenset gjerningsinnhold, da nr. 1 retter seg mot legemidler som er ”*blottet for*” angitte egenskaper, og nr. 2 rammer behandlingsmåter som ”*ikke er egnet*”. Førstvoterende hevder dette må leses som ”*overhodet [er] utjenelig i forhold til den lidelse behandlingen er forordet for*”¹⁰⁴

¹⁰³ s. 969

¹⁰⁴ Rt.1968 s.959 s. 970

Dommeren antar at det høyst sannsynlig er det rene kvakksalveriet som har vært i tankene, men at også leger under særskilte omstendigheter kan gjøre seg skyldige. Førstvoterende konkluderer med at bestemmelsen ikke vil få anvendelse hvor en lege har tatt i bruk en ellers adekvat behandlingsmåte, men utvist uforsvarlig skjønn eller tatt et avvikende valg. ”Slike handlinger vil i tilfelle kunne rammes av straffelovens bestemmelser om legemskrenkelser”¹⁰⁵

6.5.2 Straffelovens kapittel 22

De fleste medisinske inngrep vil innebære en fornærmelse på legemet. De aller færreste vil resultere i straff, men blant annet i Rt.1977 s.639 ble en lege dømt for uaktsomt drap av en pasient etter strl. § 239 med en dødelig injeksjon morfin.

Straffelovens § 228 rammer legemsfornærmelser, 1 alternativ retter seg mot selve anvendelsen av vold, mens 2 alternativ rammer annen form for fornærmelse på legeme, det kreves ikke skadefølge. Dersom det oppstår skade på legemet eller betydelig smerte kommer 2 ledd 1 alternativ til anvendelse, mens død eller betydelig skade rammes av 2 alternativ. Legemsbeskadigelse krever etter § 229 skadefølge, eller å hensette noen i avmakt, bevisstløshet eller lignende. Grov legemsbeskadigelse vil falle under § 231 og krever en ”betydelig skade”, nærmere definert i § 9. Skyldkravet for bestemmelsene er ”forsett”, jf. strl. § 40.1.ledd. Den uaktsomme legemsbeskadigelse vil dekkes av §§ 237 og 238.

§ 233 angir straff for ”den som forvolder en andes Død” og gjelder forsettelig drap, uavhengig av fremgangsmåten. Forvoldelse rammer både aktiv handling og unnlatelser. Er drapet uaktsomt kommer § 239 til anvendelse.

¹⁰⁵ s. 971

Det er ingen tvil om at de fleste inngrep og behandlinger leger utfører vil falle innunder ordlyden i disse bestemmelser. Alt fra enkle sprøytestikk, til omfattende kirurgiske inngrep, amputasjoner og narkose vil etter en naturlig språkforståelse rammes.

6.5.3 Straffrihetsgrunner

Straffeloven hjemler straffrihetsgrunnene nødrett, nødverge, selvtekt og samtykke. Når det foreligger en straffrihetsgrunn innebærer dette at vedkommende ikke kan straffes og at handlingen anses som rettmessig. For medisinsk behandling har dette betydning hovedsakelig i forbindelse med samtykke, men også nødrett og negotiorum gestio.

6.5.3.1 Samtykke

Under romerretten het det at den som samtykker, lider ingen urett, ”*volenti non fit injuria*”.¹⁰⁶ I dag er det oppstilt strafferettslig grense for hvor langt autonomien rekker, ut fra hensyn til den samtykkende, de pårørende og rent moralske synspunkter. Det er ikke oppstilt en generell regel, man må tolke det enkelte straffebud.

For legemsforbrytelser etter kapittel 22 er det gitt en særskilt regel i straffelovens § 235. 1. ledd er en straffrihetsregel som innebærer at straff ikke kommer til anvendelse på de som har utført en legemskrenkelse mot noen ”*deri har samtykket*”.

I 2 ledd finner vi en straffnedsettelsesregel for tilfellene hvor noen har gitt samtykke til å bli påført ”*betydelig Skade på Legeme eller Helbred*” eller bli ”*dræpt*”. I disse tilfellene er samtykke ikke tilstrekkelig for straffefritak, kun til en nedsettelse av straffen under det minimumskrav og den straffart som er fastsatt i bestemmelsen. Dette kan innebære at legen kommer til ansvar hvor pasienten har gitt samtykke til mer enn det rettsordenen godtar.

¹⁰⁶ Andenæs (2004) s. 192

I Rt.2000 s.646 ble 82 år gamle dr. Sandsdalen dømt for overtredelse av strl. § 233.1 og 2 ledd, jf. § 235.2 ledd, samt legel. § 53, jf. § 41, for å avslutte en persons liv på oppfordring og med samtykke fra vedkommende. Høyesterett uttaler i dommen at § 235.2 ledd må forstås som at lovgiver uttrykkelig har tatt stilling til hvordan medlidenhetsdrap og drap med samtykke skal bedømmes og i tråd med lovgivers mening skal handlingen ikke kunne anses rettmessig.¹⁰⁷

Strl. § 9 definerer ”*betydelig skade*”, og inkluderer blant annet svekkelse eller tap av syn, hørsel, taleevne, forplantningsdyktighet, arbeidsuførhet og fosterskade. Ordlyden tilsier at medisinske inngrep som sterilisering og abort rammes, og at leger ikke skal kunne bli straffrie dersom de foretar et slikt inngrep eller en operasjon som resulterer i arbeidsuførhet. Det fremstår ikke som et logisk eller samfunnsnyttig resultat. Høyesterett har tatt klart standpunkt til hva som gjelder for drap, men jeg kan ikke se at det er like klart når det gjelder betydelig skade.

Lovgiver har for abort og sterilisering gitt løsningen ved henholdsvis lov 13. juni 1975 nr.50, og 3. juni 1977 nr. 57, som i kraft av lex specialis vil ha forrang for den generelle bestemmelsen i straffeloven, og oppstiller krav for å gjøre disse handlingene rettmessige. I Rt.1968 s.959 uttales det at behandling kan falle innunder bestemmelsene om legemskrenkelser dersom ”*anvendelsen av den i og for seg egnede behandlingsmåte medførte skadevirkninger i andre henseender som var så alvorlige at behandlingens primære mål ikke kunne rettferdiggjøre dem*”.¹⁰⁸ Det utelukkes altså ikke at feil under behandlingen kan føre til at straffelovens bestemmelser om legemskrenkelser kommer til anvendelse, men det kreves meget.

¹⁰⁷ s. 653

¹⁰⁸ s.971

I Rt.2000 s.646 uttaler Høyesterett at norsk strafferett tradisjonelt opererer med en ”rettsstridsreservasjon” som innebærer at man ved en innskrenkende tolkning kommer til at handlingen omfattes av gjerningsbeskrivelsen, men ikke anses rettsstridig.¹⁰⁹ At en handling ikke er rettsstridig vil i følge Andenæs¹¹⁰ være uttrykk for ”resultatet av en tolkningsprosess som leder til at gjerningen ikke rammes av straffebudet til tross for at det går inn under ordlyden” I Rt.1979 s.1492 uttaler førstvoterende at det er opp til domstolene å konkret vurdere ”om andre hensyn må tillegges slik vekt at en handling som i og for seg går inn under gjerningsbeskrivelsen, likevel ikke kan anses som rettsstridig og derfor ikke rammes av vedkommende straffebud”. ”Handlingens samfunnsmessige forsvarlighet” vil være av sentral betydning.¹¹¹

6.5.3.2 Nødrett og negotiorum gestio¹¹²

Nødrett er etter strl. § 47 en i prinsippet ulovlig handling som etter en interesseavveining blir ansett lovlig, da det vurderes som viktigere å redde en person eller eiendel fra ”en paa anden Maade uafvendelig Fare”. Verdien av det som reddes må ha vært ansett som ”særdeles betydelig” i forhold til skaden som oppstår ved redningen. ”Negotiorum gestio” er et ulovfestet prinsipp, som innebærer at man i bestemte situasjoner kan gripe inn i en annens rettssfære for å ivareta dennes interesse. Grensen mellom disse grunnlag er vanskelig å trekke, og begge bygger på en interesseavveining mellom det som reddes og det som foretas. Sett i sammenheng med kravet til samtykke og tilfellene hvor dette ikke er mulig å innhente, eller hvor det gitte samtykke må utvides, passer rettsinstituttene godt som rettsgrunnlag for behandling. Nødrett brukes på ellers ulovlige handlinger, mens negotiorum gestio er å handle uten oppdrag.

¹⁰⁹ s. 652

¹¹⁰ Andenæs(2004) s. 146

¹¹¹ s.1499

¹¹² Andenæs (2004) s. 180, Halvorsen (1998) s. 188

Hvor pasienten er bevisstløs og dermed ikke i stand til å utøve sin rett til selvbestemmelse, og det er nødvendig å gripe inn raskt for å hindre død eller alvorlig helseskade, vil både bestemmelsen i strl. § 47 og negotiorum gestio kunne hjemle et slikt inngrep. Livet er ansett som vårt høyeste retts gode og det skal mye til før et forsøk på å redde et liv ikke anses berettiget.

En tillatelse til å utvide et samtykke kan også baseres på rettsinstituttene. Hvis man under en operasjon gjør funn eller oppdagelser som gjør at inngrepet blir av en annen art enn opprinnelig vil det ikke alltid være hensiktsmessig å avslutte en operasjon for å innhente samtykke til en ny. Negotiorum gestio bygger da på en antagelse om at vedkommende ville samtykket, men hvor det er på det rene at pasienten høyst sannsynlig ville motsatt seg, kan legen bli stilt til ansvar, prinsippet gir ikke hjemmel for å gå imot dominus vilje. Dette ble behandlet i forbindelse med at Jehovas vitner på grunn av religiøs overbevisning ikke kan motta blodoverføring.¹¹³ Pasientrettighetsloven § 4-9.1 ledd har nå lovfestet at pasienter har rett til å nekte blodoverføringer og avbryte sultestreik på bakgrunn av ”*alvorlig overbevisning*”.

Hvor pasienter nekter å motta behandling, enten på grunn av egen overbevisning, eller i de situasjonene hvor vedkommende ikke har samtykkekompetanse, vil nødrettsbestemmelsen kunne slå igjennom hvor interesseavveiningen mellom faren og det reddede gode tilsier det, men det vil også være situasjoner hvor pasientens autonomi må anses som viktigere enn livet. Flere bestemmelser i pasientrettighetsloven må sees som utslag av dette, se for eksempel pasrl. § 4-9 som i 2 ledd lovfester døende pasienters rett til å ”*motsette seg livsforlengende behandling*”

¹¹³ se blant annet LE 1990 s.532

6.5.4 Straffelovens kapittel 19

Kapittel 19 rammer seksualforbrytelsene, hvor § 193 som retter seg mot ”*misbruk av stilling, avhengighetsforhold eller tillitsforhold*” for å skaffe seksuell omgang, er særlig praktisk. Å innlede et seksuelt forhold til en pasient er ansett som maktmisbruk, uavhengig av om det er frivillig, da behandlingssituasjonen er preget av en spesiell form for sårbarhet, avhengighet og tillitt. I Rett og Urett¹¹⁴ angriper forfatterne det som et kontraktsbrudd, hvor legen bryter den avtale posisjon og rolle som behandler. Leger og andre behandlere er i en stilling som gjør han utsatt for tilnærmelser fra pasienter på personlig plan, og det er opp til behandleren å utvise profesjonell dømmekraft og skille mellom støtte og omsorg, og personlig følelsesmessig eller seksuell tilnærming.

Høyesterett opphevet i Rt.1997 s.437 en frifinnende lagmannsrettsdom for tiltale mot en kjevekirurg for utuktig omgang med pasient.¹¹⁵ Pasienten utviklet i løpet av sine over 100 konsultasjoner sterke følelser for kirurgen, disse var ikke gjengjeldt, men samleie skal ha funnet sted. Det vektlegges at samleie fant sted i forbindelse med konsultasjon, vel vitende om at pasienten hadde personlige problemer og var i en sårbar situasjon. Legen kunne på denne bakgrunn sies å ha misbrukt sin stilling som lege.

I Skien og Porsgrunn tingrett i sak nr. 01 – 02344 M/07 ble en lege dømt for blant annet seks overtredelser av strl. § 193¹¹⁶, for gjentatt utuktig omgang med sine pasienter og andre han ”*skaffet seg utuktig omgang med ved misbruk av*” sin stilling som lege. Han ble også fratatt retten til å praktisere som lege for alltid etter strl. § 29 nr.2

¹¹⁴ Kristin Cordt-Hansen og John Agnar Johansen(2005)

¹¹⁵ § 198 i dommen, men nåværende § 193 etter lovendring av 11. august 2000 nr 76

¹¹⁶ se fotnote 115

6.6 Rettighetstap etter straffeloven

Strl. § 29 hjemler å frata noen en stilling eller ”*retten til for fremtiden å ha en stilling eller utøve en virksomhet eller aktivitet*”, på bakgrunn av en straffbar handling. Det kreves at vedkommende er ”*uskikket eller kan misbruke en stilling*”. Etter ordlyden må det foreligge en straffbar handling, og allmenne hensyn må tilsi at vedkommende ikke er egnet til å ha rettigheten.

Det vesentlige ved rettighetstap etter straffeloven er at vedkommende med den straffbare handling har vist seg uegnet til å inneha en stilling. Derfor vil straffbare hendelser som er foretatt utenfor yrkessituasjonen vanskelig lede til rettighetstap, men det har vært ansett nødvendig. I Rt.1999 s.619 ble ne lege dømt for sedelighetsforbrytelser mot barn og en mindre narkotikaovertrødelse. Forbrytelsene ble her ansett som så grove, og ”*uforenelige med de etiske krav man må stille til en lege*”¹¹⁷ at han utvilsomt måtte fradømmes retten til å praktisere for alltid. Det legges vekt på at han har gitt et av barna bedøvende middel og med dette utnyttet sine legekunnskaper, samt truffet to av barna gjennom at mødrene har vært pasient, som gir det en viss tilknytning til yrkesutøvelsen.

I Rt.1977 s.639 ble en lege dømt for uaktsomt drap av en pasient med en morfinsprøyte, og ble for alltid fradømt retten til å praktisere som lege, etter strl. § 29.2 ledd. Det ble lagt vekt på at han ikke undersøkte pasientens promille, som på 3 burde vært merkbar, og at han tidligere har fått dom for straffbar handling foretatt i virksomheten, samt at den psykiatriske erkløring om at det ”*foreligger en hjerneorganisk betinget reduksjon*” som reduserer evnen til ”*kritisk vurdering og handledyktighet*”¹¹⁸

I vurderingene legges det tydelig vekt på hvor tyngende reaksjonen er, både som personlig tragedie, rent økonomisk og sosialt, og det skal svært graverende forhold til før

¹¹⁷ s. 621

¹¹⁸ s. 641

rettighetstap idømmes. Det skal bemerkes at det også kan idømmes for en tidsbegrenset periode, og at når det idømmes for alltid, som i tilfellene nevnt over, vil det også være vurdert at det ikke er utsikt til opprettelse av den allmenne tillitt.

Det kan være tilfeller hvor det ikke er grunnlag for rettighetstap, men hvor det fortsatt er grunnlag for å tilbakekalle autorisasjonen administrativt. Legelovens forarbeider¹¹⁹ uttrykker at forvaltningen ikke kan tilbakekalle autorisasjon hvor en domstol har vurdert at rettighetstap ikke bør idømmes, også hvor forholdet ikke har vært vurdert under strl. § 29 av domstolene, av hensyn til legens mulighet til å få prøvet sin uskikkethet som lege under straffesaken og straffeutmålingen som er avgjørende. Dette kan ikke sies å være gjeldende rett, selv om det er få eksempler på det motsatte. I Rt.2004 s.23, som også nevnt tidligere, hvor det ble vurdert for strengt å frata tiltalte rett til å virke som lege, etter seksuelt overgrep mot sin datter, tilbakekalte helsetilsynet autorisasjonen. Tiltalte klaget tilbakekallet inn for helsepersonellnemnda, som på tross av dommen i Høyesterett opprettholdt vedtaket. De understreket at tilbakekall ikke er straff, og at formålene og vurderingstemaene er ulike, slik at Høyesteretts dom ikke er til hinder for tilbakekall etter hlspl. § 57.

Straffeloven § 29 gir hjemmel for å frata rettighet for en gitt tid eller for alltid, og retten blir automatisk tilbakeført når perioden er over, mens tilsynsmyndighetene kan ta det opp til vurdering og gi autorisasjon tilbake når helsepersonellet kan dokumentere skikkethet igjen.

I Skien og Porsgrunn tingrett uttales det i domsslutningen at selv om helsetilsynet har tilbaketrasket legens autorisasjon, vil retten fradømme han retten til å utøve legevirkosomhet for alltid, da ”*det ikke er forsvarlig noen gang igjen å utsette kvinner for den fare det vil være at han settes i en situasjon hvor han får mulighet til å misbruke pasienter*”¹²⁰.

¹¹⁹ Ot.prp.nr 1 (1979-1980) s.45

¹²⁰ 15. april 2002 s. 16

7 Foretaksstraff

7.1 Innledning

De fleste aktører i helsevesenet er en del av et system, og hovedvekten av helsetjenester skapes gjennom samhandling. Mange vil være tilknyttet sykehus, legevakt, eller annen helseinstitusjon. Når feil skjer er det ikke alltid man kan peke ut én person som kan bebreides, og ofte vil det være svikt i systemet eller kumulative feil som er årsak til et kritikkverdig resultat.

For å danne seg et korrekt bilde av den faktiske hendelsen, vil det ofte være nødvendig å se på systemet rundt lovovertrедelsen. Klargjøring av og fjerning av de grunnleggende feil og mangler ved selve systemet, er også nødvendig for å forhindre nye ulykker og forebygge at det skjer feil.

Det er mangel på rettspraksis rundt foretaksstraff for helseinstitusjoner, og det har ikke vært pålagt administrative reaksjoner mot foretakene i stor utstrekning. Dette har vært sterkt kritisert¹²¹, men både helsetilsynet og påtalemyndigheten uttrykker ønske om å endre denne praksisen. I RA 5/2001 vektlegges det at man regelmessig skal foreta en konkret vurdering av foretakets rolle under etterforskning av brudd på helsepersonelloven og i Tilsynsinfo nr. 2. Juni 2005 uttaler helsetilsynet at *”nyere kunnskap viser at menneskelig svikt har begrenset verdi når det gjelder å beskrive hvordan og hvorfor alvorlige feil eller ulykker har oppstått”*.¹²² Det er viktig at man ser feilbehandling i lys av konteksten de utgår fra, da det ofte er et resultat av svikt eller mangler ved systemet.

¹²¹ se bl.a. Ronge(2004)

¹²² s.1

7.2 Straffelovens kapittel 3a ¹²³

Et foretak kan ikke straffes etter de alminnelige regler om straffansvar, da det ikke kan utvise subjektiv skyld. Det kreves derfor særskilt hjemmel for å kunne pålegge selve foretaket straff på objektivt grunnlag, og slik hjemmel finner man i Straffelovens kapittel 3 a. Foretaksstraff vil komme til anvendelse når ”*noen [som] har handlet på vegne av et foretak*”, har overtrådt et straffebed, jf. strl. § 48 a. Det vil i hovedsak gjelde ansatte i foretaket, men kan også inkludere selvstendige oppdragstakere. Et foretak etter bestemmelsen er ”*selskap, forening eller annen sammenslutning, enkeltpersonforetak, stiftelse, bo eller offentlig virksomhet*”, jf. 2 ledd. Straffen er bøter, jf. 3 ledd, men det kan også ”*fradømmes retten til å utøve virksomheten eller forbys å utøve den i visse former*”, jf. § 29.

De generelle straffbarhetsbetingelsene, om overtredelse av straffebed og at det ikke foreligger straffrihetsgrunn, må være oppfylt. 2 punktum i § 48 a 1.ledd fastslår at et foretak kan straffes selv om ingen enkeltperson oppfyller straffbarhetsvilkårene, altså vil kumulative og anonyme feil rammes. Kumulative feil foreligger når flere personer har begått feil som samlet kan bedømmes som uaktsomt, og når gjerningspersonen ikke kan identifiseres regnes det som anonym feil. I Rt.2001 s.1379 ble det utferdiget forelegg mot foretaket ved styreformannen, da ingen ville oppgi hvilke journalister som i forbindelse med en artikkel hadde kjøpt ecstasytabletter. Det var klart at noen i redaksjonen hadde overtrådt strl. § 162, men da disse ble holdt anonyme, gir § 48 a hjemmel til å straffe foretaket.

Krav til skyld klargjøres i Rt.2002 s.1312. Det er ikke tilstrekkelig å konstatere at det ”*foreligger en objektiv overtredelse av det aktuelle straffebedet*”, det må foreligge skyld, uaktsomhet eller forsett, hos en person, anonymt eller kumulativt.¹²⁴

¹²³ se; Ot.prp.nr. 90 (2003-2004)

¹²⁴ s.1318

Høyesterett bygger her sitt standpunkt på NOU 1989:11 s. 15 og Ot.prp.nr 27(1990-1991) s.17 som fulgte opp. I Innst.O.nr 72 (2004-2005) foreslår departementet i punkt 16.1 at det ikke skal kreves subjektiv skyld, men at graden av skyld skal ha betydning for straffutmålingen. I 16.2 fremheves det at foretaksstraff er et viktig middel både preventivt og som sanksjon, og at formålet med det og effektiviteten best blir ivaretatt dersom man ikke må bevise subjektiv skyld. Det understrekes at hendige uhell og force majeure fortsatt må være unntatt.

Innst.O. nr 55 (1990 -1991) fremhever at ”foretaksstraff ikke bør anvendes i andre tilfeller enn hvor dette anses hensiktsmessig”¹²⁵, og i Rt.1998 s.652 uttales det at det ikke kan ”oppstilles noen generell presumpsjon om at foretaket bør straffes når vilkårene i § 48 a er oppfylt”¹²⁶. Adgangen til å ilegge foretakstraff er fakultativ, og skal bygge på en skjønnsmessig helhetsvurdering. § 48 b er inntatt som veiledning for skjønnnet, og for utmålingen av eventuell bøtestraff. Etter denne bestemmelsen skal for det første den ”preventive virkningen” vektlegges, jf. litra a. Dette bør sees i sammenheng med litra f, som fastsetter at foretakets økonomiske evne skal vurderes, og det er klart at nivået på bøtestraff vil måtte ligge vesentlig høyere enn for fysiske personer.

Litra b gjelder ”overtredelsens grovhet”, hvor Ot.prp.nr.90 (2003-2004) nevner ”påførte skader eller skadepotensiale og skyldgrad hos den som har handlet på vegne av foretaket”¹²⁷ som relevante momenter. Muligheten foretaket hadde for å forebygge overtredelsen med ulike tiltak skal vektlegges etter litra c. Videre fremkommer det at det skal sees på om overtredelsen ble ”begått for å fremme foretakets interesser”, jf. d, og om ”foretaket har hatt eller kunne ha oppnådd noen fordel ved overtredelsen”. Oppregningen avsluttes med at andre reaksjoner som har blitt ilagt skal taes med i vurderingen, dette gjelder både for foretaket og eventuelle enkeltpersoner som har vært involvert, jf. litra g.

¹²⁵ s. 3

¹²⁶ s. 654

¹²⁷ s. 240

7.3 Forsvarlig helsehjelp i et uforsvarlig system

3. august 2004 fant det velkjente ”trikkedrapet” sted ved Bislet i Oslo.¹²⁸ Det kom raskt ut i media at drapsmannen nylig var utskrevet fra Ullevål psykiatriske, da sykehuset ikke anså han som en fare for andre. I august 2004 opprettet helsetilsynet tilsynssak mot Ullevål universitetssykehus, hvor det ble vurdert pålegg og eventuelt tvangsmulkt etter hlspl. § 67. Oslo Statsadvokatembeter vedtok å henlegge saken, da helsetilsynets kritikk mot de organisatoriske svakheter, ikke ga uttrykk for straffbare forhold.

I sak 2005/798 uttaler helsetilsynet at det enkelte helsepersonells handlemåte ikke kan vurderes som markant avvik, men samlet sett var det klart at avvik forelå. Dette kan tyde på svikt i systemet som skal sikre forsvarlig behandling, og at foretaksstraff bør vurderes. Hvor resultatet samlet sett er kritikkverdig, vil det fremstå som urimelig om ingen kan holdes ansvarlig.

I 2004/450 ble det anbefalt påtalevurdering av den behandlende legen, men vektlagt at en nærmere etterforskning av foretakets rolle kunne føre til at individansvar ikke bør pålegges. Opplysninger som forlån antydde ikke bare dårlige rutiner, uhensiktsmessig organisering, men totalt sett en urimelig arbeidssituasjon, som kan lempe ansvaret for individet. Leger som gjør feil som resultat av et uforsvarlig system, bør klart vurderes i lys av dette, og ofte vil det være mer formålsnyttig å holde foretaket ansvarlig.

Rt.1980 s.1299 resulterte i fritak fra erstatningsansvar for sykehuset, etter en operasjonsskade på ulnarisnerven. Komplikasjonen fremstod som kjent, men sjelden, og det forutsettes at sykehus har innarbeidede rutiner for å unngå slike skader.

¹²⁸ Dommen inntatt i TOSLO-2005-33490- RG-2005-1506

Høyesterett peker på at det ikke har foreligget svikt i teknisk utstyr, operasjonen var medisinsk indisert, og det fremkommer ingen fakta som tyder på at det er *”fulgt rutiner som fraviker den vanlige sikkerhetsmessige standard ved norske sykehus”*¹²⁹. Det fremgår her tilsvarende vurderingsnorm som ved individansvar, at så lenge man ikke avviker fra det som er alminnelig blant kollegaer, skal det mye til før det anses uforsvarlig. Det er likevel viktig at utstyr og rutiner regelmessig vurderes.

Gjennom helsetilsynets praksis, media og sakene som kommer opp for Norsk Pasientskadeerstatning er det klart at det er svake rutiner og for dårlig informasjon og kommunikasjon på norske sykehus. Hvordan kan man forvente at leger og annet helsepersonell skal yte optimalt hvis systemet rundt ikke fungerer?

¹²⁹ s. 1305

8 Konklusjon

8.1 Et tosporet system – forsvarlig saksbehandling?

I begrepet forsvarlig saksbehandling ligger blant annet krav til at det forligger et tilstrekkelig faktisk grunnlag for avgjørelsen, kontradiksjon, at praksis fremstår forutsigbar og ensartet og at behandlingen av saken ikke tar uforholdsmessig lang tid, og at resultatet fremstår rimelig.

Det kan fremstå som en stor påkjenning å bli gransket i to systemer over lengre tid, men det må også sees som en mulighet til å få belyst hendelsen. Straff er stigmatiserende og det er belastende å bli utsatt for granskning av påtalemyndigheten, men politiets etterforskning bidrar til å klarlegge hendelsesforløpet, og gir mulighet for anvendelse av tvangsmidler hvor det er nødvendig. Helsepersonell ser også svært alvorlig på å bli underlagt tilsyn, men tilsynsmyndighetene vil i sitt arbeid ha mulighet til å innhente også taushetsbelagte opplysninger etter hlspl. § 30 og behandle saken i et helserettslig perspektiv med sin fagkunnskap. Organene kan utveksle informasjon, hvor dette anses hensiktsmessig.¹³⁰ Det er likevel viktig at det skilles mellom tilsyns- og påtalemyndighetens roller og oppgaver for å bevare tillitt utad. Samarbeidet skal ikke fremstå som en måte for å unngå gjeldende regler, og uavhengigheten skal ikke kunne betviles.

Helseprofesjonen kan fremstå lukket, preget av faguttrykk og eksklusiv kunnskap. Tilsvarende er forvaltningens saksbehandling preget av skjønn og taushetsbelagte

¹³⁰ se fvl. § 13 b

opplysninger, i tillegg til at tilgjengeligheten til avgjørelsene er begrenset. Helsetjenesten er avhengig av allmennhetens tillitt, og selv om påtalemyndigheten ikke primært er et organ for kvalitetssikring av helsetjenesten, fremstår det slik. Allmennheten har gjerne mer tillitt og kjennskap til etterforskning og domstolsbehandling, og det er viktig at publikum har inntrykk av at helsepersonell og institusjonene følger gjeldene regler, og blir kontrollert av nøytrale organer.

Generell samfunnsutvikling fra 1960 har vært økende forvaltingsrettslig kompetanse. Flere oppgaver legges til forvaltningen og stadig mer kompetanse gjøres diskresjonær, i sammenheng med at samfunnet stadig blir mer komplisert. Samtidig har kunnskap og informasjon blitt mer allment tilgjengelig, hovedsakelig gjennom internett, noe som bidrar til generell økning i kunnskapsnivå og forventinger.

§ 67 ble inntatt i helsepersonelloven for å trekke tilsynsmyndighetene mer aktivt inn når det skal vurderes straff mot helsepersonell, slik at organene skal få bedre utnytte av hverandres ekspertise, og bidra til en mer ensartet behandling. Det gir muligheten for godt funderte avgjørelser, og en mer effektiv saksbehandling.

Systemet stiller strenge krav til fristoverholdelse, og rutiner for hvordan saksbehandlingen skal foregå, både intern og eksternt. Både Riksadvokatens rundskriv 5/2001 og Helsetilsynets 13/2001 oppstiller retningslinjer. Det vesentlige er at de to organer fortsatt fremstår som uavhengige, at saksbehandlingen ikke tar uforholdsmessig lang tid og at resultatet blir rimelig.

I praksis bør det nok vurderes mer konkrete rutiner for samordning, og opprette et felles system for registrering av saker som behandles i begge systemer, og rutiner for oversendelse.

Dobbeltstraffproblematikken har vært drøftet og det har vært vurdert å overlate ansvaret til forvaltningen, slik at det kun er én forfølgning, én prosess og én tilpasset reaksjon, og at forfølgelse i det ene system utelukker forfølgning i det andre.¹³¹ Helsetilsynet begjærer hovedsakelig påtale i saker som de anser for alvorlige til for kun administrativ avgjørelse. Det vil være uheldig om det utelukker videre tilsyn, da en strafferettslig avgjørelse ikke nødvendigvis innebærer sikring av kvalitet og pasientsikkerhet.

Forespørsel om påtalebegjæring utelukker ikke at det må vurderes om det skal opprettes tilsynssak. Etter gjeldende praksis skal påtalebegjæringen utformes på bakgrunn av både informasjon oversendt fra politiet og opplysninger fremkommet under tilsynssaken, og det skal legges vekt på om en administrativ reaksjon vil fremstå tilstrekkelig.¹³²

Terskelen for å benytte straff skal og bør være høyere. Skyldkravet i hlspl. § 67 er forsett eller grov uaktsomhet, mens det etter § 56 er tilstrekkelig med uaktsomhet. Beviskravene fremstår ikke helt klare, men hovedsakelig vil det strafferettslig kreves mer kvalifisert sannsynlighet enn sivilrettslig.¹³³ Tap anses likevel som en så inngripende reaksjon at sannsynlighetskravet anes å ligge nært opp til det strafferettslige.

Når det er etablert et eget organ for kontroll og tilsyn, kan straff forbeholdes tilfeller av mer kvalifisert klanderverdig opptreden, og benyttes til å understreke særlig alvorlighetsgrad og skjerpe aktsomheten. Leger og helsepersonell må innrette seg etter straffelovgivningen som andre borgere, og å unnta de fra straff vil kunne få uheldige konsekvenser for tillitten.

Det vil stride mot alminnelig rettsfølelse om en lege som tar livet av en pasient med en grovt uaktsom feildosering, eller amputerer feil ben fordi han opptrer beruset på jobb, ikke kan straffes, når promillekjøring eller uforsettlige følger av slagsmål kan resultere i straff etter straffeloven.

¹³¹ se NOU 2003:15 punkt 10.7

¹³² IK-13/2001 s. 4

¹³³ For nærmere redegjørelse se Hov (1999) Rettergang I s. 254 flg.

Helsepersonell er i en maktposisjon og er særskilt avhengig av tillit fra allmennheten, både i kvalitet på yrkesutøvelsen og som etisk, tillitsvekkende person. Hlspl. § 67 må ikke fremstå som en overflødig bestemmelse, lovgivers mening må respekteres og straff må vurderes hvor det er grunnlag for det, både etter helselovgivingen og annen straffelovgivning.

I tilfelle fra 1992 hvor det etter et behandlingsdødsfall ble tatt ut tiltale mot to leger for uaktsomt drap etter strl. § 239, valgte riksadvokaten å henlegge sakene. Han mente at det på tross av at ordlyden i § 239 kun oppstiller krav til simpel uaktsomhet, må det tolkes inn et krav til grov uaktsomhet på grunn av den store risikoen for feil i en sykehussetting. Statsadvokaten var sterkt uenig i denne beslutningen, og mente de tiltalte hadde opptrådt tilstrekkelig klanderverdig til å straffes etter bestemmelsen.¹³⁴

Dersom simpel uaktsomhet hadde vært tilstrekkelig for å tiltale leger for uaktsomt drap, ville skyldkravet for å ilegge advarsel vært høyere eller på lik linje, da det kreves forsett eller uaktsomhet etter hlspl. § 56. Hvis man sammenligner alvorligheten og belastningen fremstår det som et lite hensiktsmessig resultat. Det konkluderes i 2004/450 med at forelegg er å betrakte som en strengere reaksjon enn advarsel, og at det ikke er formålstjenelig å ilegge advarsel når forelegg er gitt for samme forhold.

De administrative reaksjoner bør benyttes ved de mindre graverende tilfeller, og tilbakekall hvor det er nødvendig for å beskytte pasienter og ivareta tillitt. Hvor forholdet er av så alvorlig art at lovgiver har vurdert det til å være straffesanksjonert og alminnelig rettsfølelse tilsier at straff bør pålegges må påtalemyndigheten på selvstendig grunnlag avgjøre om de skal ta ut tiltale, gi forelegg eller henlegge saken. Som det konstateres i Ot.prp.nr. 90¹³⁵ skal skadefølgeprinsippet være grunnvilkår for kriminalisering og straff skal ikke brukes før tungtveiende grunner taler for det. Det må anses som riktig slik

¹³⁴ Omholt (2006)

¹³⁵ s. 89

riksadvokaten har vurdert det, at det kreves markante avvik og den særegne posisjon helsepersonell er i må tillegges vekt.

Rettighetstap og autorisasjonsinndragning er svært inngripende reaksjoner, og det har vært hevdet at det bør overlates til domstolen i forbindelse med straffesaken, slik at helsetilsynet ikke kan tilbakekalle autorisasjon, hvor det ikke idømmes eller det idømmes tidsbegrenset rettighetstap. Dette vil ikke ivareta hensynene etter helsepersonelloven.

Tilbakekall gjøres til helsepersonellet kan godtgjøre at de igjen er egnet og ikke fremstår som en fare for pasientene. Tidsaspektet for dette kan ikke forutsees. Hvor rettighetstap idømmes for begrenset tid, vil det være åpenbar fare for pasientenes sikkerhet om rettigheten automatisk gis tilbake. Den tiden saksbehandling for domstolene tar, vil også stride mot hensynet til sikkerhet i helsetjenesten. Situasjonen kan også være at det ikke ble tatt opp i straffesaken, da det lett kan "overses" at for eksempel en dom på promillekjøring kan være et forhold som tyder på at vedkommende har problemer som gjør ham uegnet til å fungere som lege.

Strl. § 29 krever at det forligger en straffbar handling, og at denne nødvendiggjør rettighetstap, mens tilbakekall gjøres for å beskytte fremtidige pasienter, og straffbar handling er verken tilstrekkelig eller nødvendig.

En dom kan tillegges betydning i tilsynsmyndighetenes vurdering, men bør ikke avskjære muligheten for administrativ reaksjon. Hvor helsetilsynet har vedtatt tilbakekall før straffesaken er avgjort, bør dette tas hensyn til i straffeutmålingen. Dette kan fremstå som den beste måten å få et samlet rimelig resultat på, for det kan ikke på samme måte forventes at helsetilsynet skal ta en straffedom i betraktning, da det ikke vil ivareta sikkerhetshensynene.

Formålene og interessene som søkes ivaretatt ved systemene er forskjellige, og på den bakgrunn vil det ikke alltid være verken mulig eller ønskelig å unngå saksbehandling og reaksjoner i begge systemer.

Det vil stride mot alminnelig rettsfølelse om en lege dømmes for seksuelt overgrep på en pasient, og helsetilsynet er avskåret fra å beskytte pasienter ved å hindre vedkommende i å tjenestegjøre som lege, og om en lege som ved grov uaktsomhet tar livet av en pasient ikke kan bli utsatt for straffeansvar.¹³⁶

8.2 Forsvarlig yrkesutøvelse i et forsvarlig system

Et forsvarlig organisert helseforetak er en forutsetning for at individene skal kunne utføre forsvarlige helsetjenester. Sykehus som foretak er gjentagende gjenstand for omfattende kritikk i media, og det er mye som taler for at tilsyns og påtalemyndighetene bør rette fokus mer mot foretakene og forbedring av systemene. Det primære, overordnede mål må være å sørge for at behandlingen som tilbys nasjonalt er så optimal som mulig.

Dersom man i større grad pålegger foretaket ansvar og bøter, og påpeker deres overordnede ansvar, vil dette kunne føre til at de i større grad inspireres og presses til å opprettholde forsvarlige systemer. Foretaket vil stimuleres til å rette fokus mot gode rutiner for kontroll, deling av informasjon og kommunikasjon, at det tekniske utstyret er i orden, at de ansatte er faglig oppdatert og ikke har en uansvarlig arbeidsmengde.

Helseforetakene har et arbeidsgiveransvar og er hovedansvarlige for ytelsen av helsetjenester. Dette medfører et ansvar for sine arbeidstakere, noe som blant annet innebærer kontroll med hvem man ansetter.

¹³⁶ Hensiktsmessigheten ved straff som reaksjonssystem og de ulike straffarter har jeg ikke behandlet, men jeg vil bemerke at fengselstraff etter hlspl. § 67 etter en vurdering antageligvis sjeldent til aldri vil fremstå formålstjenelig, i likhet med stengning av sykehus som reaksjon.

Det er på det rene at det forekommer at leger ansettes uten referanser eller kontroll på om eventuelle saker er registrert hos tilsynsmyndighetene. Det har forekommet at leger har blitt ansatt, hvor det kort tid etter viser seg at vedkommendes autorisasjon var inndratt, uten at dette var kontrollert ved ansettelsen. Slike situasjoner skal ikke kunne oppstå, og er lette å unngå.

Mer enn 1 av 4 leger rapporterer at de føler seg under et uakseptabelt arbeidspress, og 19 % føler at de konstant er i en oppjaget og masete arbeidssituasjon.¹³⁷ Foretaket har ansvar som arbeidsgiver å sørge for at helsepersonell ikke pålegges eller tar på seg uforsvarlig mange arbeidstimer og pasienter. Det er yrker som krever høy grad av årvåkenhet, aktsomhet og vurderingsevne, noe som ikke bare svekkes av rus, men også av utmattelse og stort press.

Helsetjenesten er i stadig utvikling, og kvaliteten på de tjenester som tilbys avhenger i stor grad av faglig oppdatert personale. Kontinuerlig kompetanseutvikling er svært viktig, både for oppdatert kunnskap om metoder og resultatbasert forskning, samt i forhold til de krav som til enhver tid stilles. Det vil stadig fremkomme ny kunnskap som helsepersonell må forutsettes å ha kjennskap til. Hovedansvaret for å til enhver tid være oppdatert må ligge hos individet, men foretaket bør ha et overordnet ansvar for tilretteleggelse ved å fremme læringssituasjonen og samarbeid med ulike læringsinstitusjoner.

Uforsvarlige rutiner er det som oftest har vært kritisert av tilsynsmyndighetene. Manglende journalføring, informasjons og kommunikasjonssvikt og rutiner for kontroll er vanlige punkter for kritikk. Det skal ikke skje at man opererer feil pasient og foretar en mer inngripende operasjon enn nødvendig, skriver ut avvikende resepter, gir feil medisiner fordi man ikke har fullstendig journal, eller amputerer en tå fordi man ikke var konsulterende lege og ikke har fått beskjed om at dette ikke er ønskelig.¹³⁸ Foretaket må her ha et hovedansvar for at de grunnleggende rutiner er nøye informert om og innarbeidet hos de ansatte, samt å kontrollere at de følges.

¹³⁷ <http://www.tidsskriftet.no/tsweb/199707/art9.html>

¹³⁸ RG 1954-601

Det vanskeliggjør i stor grad muligheten for et forsvarlig totaltilbud å ha uforsvarlig organiserte virksomheter, og fokus bør klart rettes mot foretakene. Gode rutiner vil også bidra til å minske konsekvensene av menneskelige feil.

Internkontrollen er viktig, og ved mindre alvorlig svikt vil det fremstå gunstig om dette kan løses lokalt, uten at tilsynsmyndighetene involveres før tilfellet er graverende, og at de heller kan rette fokus mer mot kravene som må stilles til helseforetakene. I 2005 endte over 800 klager til tilsynsmyndighetene uten merknad.

Mye kan tale for at helsetilsynet oftere kan gi kritikk og pålegg, og senke terskelen for tvangsmulkt, mens stenging fremstår som en uhensiktsmessig reaksjon, da helsetilbudet allerede er overbelastet. Foretaksstraff bør vurderes mer regelmessig, og i tråd med påbegynt utvikling, bør individuell svikt sees i lys av systemet. For effektiviteten og den preventive virkning bør det ikke kreves subjektiv skyld for å kunne idømme foretaksstraff, så lenge force majeure og hendige uhell er unntatt.

8.3 Et optimalt system som realistisk mål?

Det overordnede målet må være å kontinuerlig forbedre kvaliteten på helsebehandling. Dette kan ikke gjøres om man ikke får klarlagt hva som svikter og lærer av de feil som begås. Det bør etterstrebtes ved å belyse alle sider av saken, få frem fakta og forstå hva som gikk galt. Formålstjenelige reaksjoner vil fremstå som nødvendig, og hovedfokus må rettes mot forbedring. Straff har som formål å straffe, og dette i seg selv kan bidra til aktsomhetsskjerpelse, men også frykt og defensiv holding, hvis reaksjonene blir for strenge.

Straff skal forhindre uønskete handlinger, og det vil derfor fremstå urimelig om det i stor grad rammer feil begått i yrkesutøvelsen. På den annen side er det ikke mange yrker som ved små feil kan få så alvorlige konsekvenser, ytterpunktet er at man kan påføre et annet menneske døden ved en minimal glipp eller regnefeil.

Det er menneskelig å feile, men dersom helseforetakenes rutiner er solide vil dette kunne minimere konsekvensene av menneskelig svikt. Foretaksstraff og straff bør bare pålegges ved grov svikt, da reaksjonen er av reaktiv natur og ikke primært er egnet til å fremme forbedring.

Helse- og omsorgsdepartementet uttaler å ville opprette en nasjonal enhet for pasientsikkerhet i 2007, som et særskilt organ for undersøkelse, registrering og analyse av behandlingssvikt, med ønske om å skape bedre rutiner for å oppdage feil og deretter lære av dem, ved å drive pedagogisk virksomhet, og ikke fremstå som kontroll og reaksjonssystem. Forslaget til statsbudsjett for 2007 innebærer store bevilgninger til sykehus og viser at regjeringen ønsker å satse på folkehelsen og forbedring av tilbudet.¹³⁹

Samfunnet er avhengig av helsepersonell og helseforetak, og at oppgavene blir utført på forsvarlig måte. Det er viktig at helsetilbudet fremstår som trygt, og at man som pasient og pårørende møter et system som ivaretar interessene, gir tilstrekkelig informasjon og yter en forsvarlig behandling. Ethvert individ må sees i lys av det systemet man er en del av, og foretakene må innse sitt overordende ansvar.

Hvor en lege opptrer grovt uaktsomt bør straffereaksjonen være en mulighet, men i lys av den spesielle arbeidssituasjon og det særegne arbeidsområde bør man kun anvende straff i ekstraordnære tilfeller, både for individ og foretak. Det er ikke ønskelig at man skal ende opp med et system hvor pasientklager er en del av hverdagen, og at omfattende erstatningskrav til stadighet behandles i rettssystemet, slik at helsepersonell må drive passiv pasientbehandling og forsikre seg mot å gjøre feil. Det norske systemet er grunnleggende godt, det må bare brukes og utøves på forsvarlig og hensiktsmessig måte.

¹³⁹ <http://www.dep.no/hod/norsk/aktuelt/pressepresenter/pressem/048071-070172/dok-bn.html>

9 Litteraturliste

9.1 Lovgivning

- 1902** **Almindelig borgelig Straffelov (straffeloven) av 29. mai 1901 nr 6**
§§ 9, 29, 40.1 ledd, 47, 48 a, 157, 193, 195, 197, 228, 229, 233, 235.2 ledd,
239, 387
- 1967** **Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltingsloven)**
av 10. februar 1967
§§ 2 b, 13 b siste punktum, 24
- 1970** **Lov om offentlighet i forvaltningen (offentlighetsloven) av 19. juni 1970**
nr. 69
§ 2
- 1980** **Lov om leger (legeloven) av 13. juni 1980 nr 42** (opphevet av lov 2. juli
1999 nr. 64)
§§ 1, 16, 25, 41, 52 og 53
- 1981** **Lov om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven) av 22. mai**
1981 nr. 25
§ 224
- 1982** **Lov om helsetjenester i kommunene av 19. november 1982 nr. 66**
§§ 1, 6-3

- 1997** **Lov om folketrygd (folketrygdloven) av 28. februar 1997 nr. 19**
- 1999** **Lov om spesialisthelsetjenesten m.m.(spesialisthelsetjenesteloven) av 2. juli 1999 nr. 61**
 §§ 1-2, 2-2, 2-3, 4-1, 7-1, 7-2
- Lov om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern (psykisk helsevernloven) av 2. juli 1999 nr. 62**
- Lov om pasientrettigheter (pasientrettighetsloven) av 2. juli 1999 nr. 63**
 §§ 1-1, 3-2, 4-9, 7-1, 7-2 og kapittel 3 og 4
- Lov om helsepersonell (helsepersonelloven) av 2.juli 1999 nr. 64**
 §§ 1, 2, 3, 4, 6, 7, 16, 18, 30, 36, 48, 49, 55, 56, 57, 58, 59, 62, 63, 67, 74
- 2001** **Lov om helseforetak m.m.(helseforetaksloven) av 15. juni 2001 nr. 93**
 §§ 2, 3, 7
- 2003** **Lov om statlig tilsyn med helsetjenesten(tilsynsloven) av 29. august 2003 nr. 87**
 §§ 1, 2, 5

9.2 Forskifter

- 1985** Påtaleinstruksen. Forskift om ordningen av påtalemyndigheten av 28.juni 1985 nr. 1679
- 2000** Forskrift om melding av unaturlig dødsfall. Forskrift om leges melding til politiet om unaturlig dødsfall o.l. av 21. desember 2000 nr 1378

- 2002** Forskrift om internkontroll i sosial og helsetjenesten av 20. desember 2002
nr. 1731
- 2005** Forskrift om krav til akuttmedisinske tjenester utenfor sykehus. 18 mars 2005
nr. 252

9.3 Forarbeider

9.3.1 NOU

NOU 1993:33 Helsepersonells rettigheter og plikter. Utkast til lov med motiver
NOU 1989:11 Straffeansvar for foretak. Straffelovkomisjonens delutredning III
NOU 2003:15 Fra bot til bedring. Høringsuttalelse fra helsetilsynet.

9.3.2 Odelstingsproposisjoner

Ot.prp.nr 1(1979-1980) Om lov om leger (legeloven)
Ot.prp.nr 33 (1983-1984) Om lov om statlig tilsyn med helsetjenesten
Ot.prp.nr 27(1990-1991) Endringer i straffeloven m.m. (straffeansvar for foretak)
Ot.prp.nr.13(1998-1999) Om lov om helsepersonell m.v.(helsepersonelloven)
Ot.prp.nr.66(2000-2001) Om lov om helseforetak m.m. (helseforetaksloven)
Ot.prp.nr 90 (2003-2004) Om lov om straff (straffeloven)

9.3.3 Innstillinger til Odelstinget

Innst.O.nr 72 (2004-2005) Innstilling fra justiskomiteen om lov om straff (straffeloven)
Innst.O. nr 55 (1990 -1991) Lov om endringer i straffeloven m.m.(straffeansvar for foretak)
Innst.O. nr. 38 (2000-2001) Endringer i lov 2. juli 1999 nr. 64 om helsepersonell m.v.
(helsepersonelloven) og enkelte andre lover

9.4 Rettspraksis

9.4.1 Høyesterett

Rt.1968 s.959	Rt.1999 s.619
Rt.1977 s.639	Rt.2000 s.646
Rt.1979 s.1492	Rt.2001 s.1379
Rt.1980 s.1299	Rt.2002 s.1312
Rt.1981 s.728	Rt.2002 s.19
Rt.1984 s.22	Rt.2002 s.509
Rt.1993 s.1169	Rt.2003 s.264
Rt.1997 s.1800	Rt.2004 s.1343
Rt.1997 s.437	Rt.2004 s.23
Rt.1998 s.652	Rt.2005 s.42

9.4.2 Underrettene

RG 1954 s.601	Frostating lagmannsrett	
RG 1981 s.707	Tromsø byrett	
LE 1990 s. 532	Eidsivating lagmannsrett	
RG 1991 s.605	Ytre Sogn herredsrett	
LB 1999 s.3100	Borgating lagmannsrett	
RG 2001 s.175	Borgating lagmannsrett	
TFRED	19. desember 2002	Fredrikstad tingrett
TOSLO	2. september 2002	Oslo tingrett
PBYR	15. april 2002	Skien og Porsgrunn tingrett
TOSLO-2004-54584	19. november 2004	Oslo tingrett
TOSLO-2005-33490	12. mai 2005	Oslo tingrett

9.4.3 Utenlandsk rettspraksis

Engel mfl. mot Nederland, 8. juni 1976, EMD=REF00000064

Inocencio mot Portugal, sak 43682/98, EMD=REF00022841&D

9.5 Forvaltingspraksis

9.5.1 Helsepersonellnemnda

2004/69

2006/76

9.5.2 Helsetilsynet

1994/1202

2004/450

2002/599

2004/450

2002/36

2005/1311

2002/1899

2005/798

2002/572

2005/861

2003/413

2006/139

2003/481

2006/76

2004/1000

9.6 Rundskriv

IK-19/1988 Helsedirektoratet

IK-2/1992 Helsedirektoratet

RA- 5/2001 Riksadvokaten

IK-13/2001 Helsetilsynet

IK-2755 Helsetilsynet

9.7 Litteratur

Anne Kjersti C. Befring, Nils J. Grytten, Bente Ohnstad, *Jus for Leger*, Kristiansand 2002

Marit Halvorsen, *Rettslig grunnlag for medisinsk behandling*, Bergen 1998

Olav Molven, *Helse og jus*, 4 utgave, 2 opplag, Oslo 2002

Jon Gisle m.fl. *Jusleksikon*, Oslo 1999

Jo Hov, *Rettergang II Straffeprosess*, Oslo 1999

Johs. Andenæs, *Alminnelig strafferett*, 5 utgave ved Matningsdal og Rieber-Mohn, Oslo 2004

Anne Kjersti Befring, Bente Ohnstad, *Helsepersonelloven – med kommentarer*, 2 utgave, Bergen 2001

Jo Hov, *Rettergang I Sivil- og straffeprosess*, Oslo 1999

9.8 Artikler, elektroniske dokumenter og øvrige kilder

Kristin Cordt-Hansen, John Agnar Johansen, *Seksuelt forhold mellom lege og pasient er uakseptabelt*, Tidsskrift for Norsk Lægeforening, nr. 11, 2005; 125, s. 1531-1532

Kari Ronge ”Systemfeil må avdekkes”, Tidsskrift for Norsk Lægeforening, nr 18, 2004; 124 s. 2406

Tilsynsinfo_2_2005, juni 2005_13 årgang, Helsetilsynet informerer ”Praksis i tilsynssaker som gjelder feilbehandling i helseinstitusjoner”

http://www.helsetilsynet.no/upload/Publikasjoner/tilsynsinfo/tilsynsinfo_2_2005.pdf

Olav A. Haugen, ”Tiltale eller kritikk”, Tidsskrift Norsk Lægeforening 1997; 117 s. 2930

Rolf Hanao, Roger Andresen, ”Sykehusdødsfall som skal meldes til politiet”, Tidsskrift Norsk Lægeforening nr. 18, 2005 s. 2518-2520

Sigurd Aarvig ”Svært få dømmes for feilbehandling”, Utskrift fra Dagens Medisin

<http://www.dagensmedisin.no/nyheter/VisUtskrift.asp?ArtId=6026>

”Statens helsetilsyn gir fleire reaksjonar”, Tilsynsmelding 2005 s. 35 – 36

”Tal og fakta” Tilsynsmelding 2005 s. 40 flg.

”Helsetilsynets samarbeid med politi og påtalemyndighet”, Tilsynsmelding 2004, s. 13

Pressemelding Nr.:57, 06.10.2006 Helse og omsorgsdepartementet

<http://www.dep.no/hod/norsk/aktuelt/pressesenter/pressem/048071-070172/dok-bn.html>

Falkum E, Gjerberg E, Hofoss D, Aasland OG, ”*Tidspress blant norske leger*”, Tidsskrift for Norsk Lægeforening 1997; 117: 954-9,
<http://www.tidsskriftet.no/tswb/199707/art9.html>

www.helseforetak.no

http://www.helsetilsynet.no/templates/LetterWithLinks_5153.aspx

Omholt, Kjetil E-post av 22. november 2006

