



UIT

NORGES
ARKTISKE
UNIVERSITET

Det juridiske fakultet

Helsetilsynet og EMK

Tilfredsstiller ny helsetilsynslov kravene i EMK artikkel 2 ved håndtering av alvorlige medisinske feil?

Nathalie Johnsen Birkelund

Liten masteroppgave i rettsvitenskap... vår 2018



Innholdsfortegnelse

1	Innledning.....	1
1.1	Problemstilling.....	1
1.2	Aktualitet	1
1.3	Begrepsavklaringer.....	2
1.3.1	Rettssikkerhet	2
1.3.2	Medisinske feil	2
1.3.3	Medisinsk uaktsomhet.....	3
1.3.4	Tilsynsvirksomhet	4
2	Sentrale rettskilder og metode.....	5
3	EMKs krav ved død på grunn av medisinske feil	7
3.1	EMK art. 2 – retten til liv	7
3.2	EMD om EMK artikkel 2	8
3.3	Artikkel 13 – retten til effektivt rettsmiddel.....	14
3.4	Sammendrag av EMKs krav	14
4	Gjeldende helsetilsynsordning	15
4.1	Helsetilsynets funksjon.....	15
4.2	Avgjørelser fra Statens helsetilsyn og Statens helsepersonellnemnd.....	18
4.3	Media	25
5	Ny helsetilsynsordning	26
5.1	Endringer fra gammel til ny helsetilsynslov	26
5.2	Øvrige endringer i tilsynsordningen	27
6	Kan EMK tilfredsstilles på andre måter?	29
6.1	Andre rettsmidler	29
6.2	Sivile søksmål.....	30
6.3	Strafferettslige søksmål	30
6.4	Norsk pasientskadeerstatning	31

6.5	Pasient- og brukerombudet.....	32
6.6	EMD	32
7	Avsluttende bemerkninger	33
7.1	Rettspolitikk.....	33
7.2	Ansvar ved helsepersonell eller virksomhet.....	33
7.3	Komparativ rett.....	34
8	Kildeliste	1
8.1	Norske lover	1
8.2	Konvensjoner.....	2
8.3	Avgjørelser fra Den europeiske menneskerettsdomstol	1
8.4	Forarbeider.....	1
8.5	Forskrifter	2
8.6	Litteratur	2
8.7	Avgjørelser fra Statens helsetilsyn og Statens helsepersonellnemnd.....	1
8.8	Annet	3

1 Innledning

1.1 Problemstilling

Helsevesenet blir drevet av helsepersonell. Når pasienter og brukere får helsehjelp er sjansen for at det kan skje feil alltid tilstede, fordi det er menneskelig å gjøre feil. Dette er nærmest uunngåelig, og det må man akseptere.

Denne oppgaven tar sikte på å redegjøre for hva som skjer dersom feilene som blir gjort fører til at en pasient dør, eller potensielt kunne ha fått døden til følge. Her stiller de europeiske menneskerettighetene visse krav. Spørsmålet blir i første omgang hvilke krav det dreier seg om, deretter om norsk rett har et system som tilfredsstillende disse kravene og til slutt om de nylig vedtatte endringene i helsetilsynsordningen kan forbedre eventuelle mangler i systemet.

1.2 Aktualitet

De siste ti årene har EMD gjort vurderinger av innholdet i EMK artikkel 2. Deres vurderinger har stor betydning for konvensjonsstatenes forpliktelser, med tanke på hvordan alvorlige medisinske feil under ytelse av helsehjelp skal håndteres. Dette gjelder særlig dersom pasienter dør som følge av medisinske feil.

Gjeldende helsetilsynslov ble opprettet i 1984. I tillegg til enkelte andre endringer på helse- og omsorgsfeltet, har Stortinget enstemmig vedtatt en ny helsetilsynslov.¹ Loven har ikke trådt i kraft per i dag, men ble sanksjonert i desember 2017. Endringene er sentrale når det gjelder oppfølgingen av alvorlige hendelser i helse- og omsorgstjenestene. Bakgrunnen for endringene er blant annet at alvorlige hendelser og mistanke om lovbrudd i helse- og omsorgstjenesten skal bli fulgt opp av samfunnet på en hensiktsmessig måte.²

¹ Stortinget, status lovforslag, helsetilsynsloven (2017), <https://www.stortinget.no/no/Saker-og-publikasjoner/Saker/Sak/?p=68609>

² Prop. 150 L (2016-2017) Lov om statlig tilsyn med helse- og omsorgstjenesten mv. (helsetilsynsloven) 16. juni 2017, side 10

1.3 Begrepsavklaringer

1.3.1 Rettssikkerhet

Rettssikkerhet er en samlebetegnelse ”dels for et ideal i rettsstaten som lovgiver, domstoler og forvaltningen bør etterstrebe, dels for en rekke krav og plikter som etter gjeldende rett stilles til domstoler og forvaltningen”.³ Her er det blant annet viktig at avgjørelser forvaltningen treffer overfor borgerne ”bør være mest mulig forutberegnelige”.⁴ Dette oppnås blant annet ved å lovregulere hva forvaltningsavgjørelser kan gå ut på, hvilke vilkår som i tilfellet må være oppfylt og fremgangsmåten når avgjørelsene treffes. Sentralt i rettssikkerhetsbegrepet er også ankemuligheten, både ved overordnede domstoler og andre klageorganer.⁵

1.3.2 Medisinske feil

Begrepet *medisinske feil* brukes ofte når det er gjort en feil i forbindelse med medisinsk behandling. I juridisk sammenheng innebærer begrepet at denne feilen kan få en rettslig konsekvens, enten for behandler eller pasient.⁶ Det foreligger imidlertid ingen fast definisjon, men det fastslås at ”dette knytter seg til medisinsk virksomhet i vid forstand”.⁷ Medisinsk virksomhet kan utøves av alle grupper helsepersonell, og følgelig kan også alle grupper helsepersonell begå eller forårsake medisinske feil og skader.⁸

Når man skal definere hva som ligger i *feil* i denne sammenhengen, vil man raskt komme inn på spørsmålet om det dreier seg om en objektiv eller subjektiv feil. Med andre ord vil det ofte dreie seg om skyldspørsmål, og om derav også en aktsomhetsnorm.⁹ Dette vil forklares nærmere under punktet om medisinsk uaktsomhet.

I enkelte tilfeller trenger det imidlertid ikke foreligge skyld. Helsetilsynet uttrykte det på en oversiktlig måte i en tilsynsrapport; ”[n]år en alvorlig hendelse oppstår i forbindelse med helsehjelp kan årsaken være relatert til at en person gjør en feil, at det oppstår feil på teknisk

³ Gisle, Jon (2000) *Jusleksikon*, side 344

⁴ Gisle, Jon og Molven, Olav, Store norske leksikon, Rettssikkerhet, 16. august 2017, <https://snl.no/rettssikkerhet>

⁵ Molven og Gisle, Store norske leksikon, rettssikkerhet

⁶ Syse, Aslak, Førde, Reidun og Førde, Olav Helge (2000) *Medisinske feil*, side 19

⁷ Syse m.fl. 2000, side 20

⁸ Syse m.fl. 2000, side 20

⁹ Syse m.fl. 2000, side 22-23

utstyr og/eller at årsaken for feilen ligger i organisatoriske forhold. Oftest er det mulig å fastslå at det har oppstått flere feil som kan være både menneskelige, tekniske og organisatoriske, og at disse sammen har gitt mulighet for at en alvorlig hendelse kan oppstå. Feil oppstår når barrierer som kunne hindret feilen har sviktet”.¹⁰

Medisinske feil blir ofte omtalt som ”*alvorlige hendelser*”, men har samme betydning.

1.3.3 Medisinsk uaktsomhet

Uttrykket *medisinsk uaktsomhet* blir sjeldent brukt i norsk rett, verken i formell lov eller rettspraksis. Det er likevel brukt i denne oppgaven, da det er mest treffende for EMDs ”*medical negligence*”.¹¹ EMD gir ingen klare definisjoner på hva uttrykket innebærer, men gir likevel noen pekepinner gjennom å skille ut hva som *ikke* omfattes.

Dersom helsepersonell unnlater å gi en pasient helsehjelp, med kunnskap om at pasientens liv står i fare som følge av dette, er ikke handlingen omfattet av begrepet medisinsk uaktsomhet.¹² Dette tyder på at handlingen må være *ubevisst* for å anses som uaktsom.

Ifølge Store medisinske leksikon foreligger det uaktsomhet når et helsepersonell har ”*tilsidesatt en påpasselighet som det er alminnelig oppfatning om at han har plikt til å utvise*”.¹³ Det må dermed, i likhet med culpanormen i tradisjonell erstatningsrett, foreligge en eller annen form for skyld. Formuleringen tyder på at det må foreligge en subjektiv skyld hos konkrete helsepersonell, men det er ikke nødvendigvis tilfelle.

Dersom man for eksempel ser på hovedregelen for erstatning for pasientskade, er det tilstrekkelig at det foreligger svikt ved ytelsen av helsehjelp, selv om ingen kan lastes.¹⁴ Det uttrykkes likevel i forarbeidene til pasientskadeloven at selv om uaktsomhetsregelen skjerpes

¹⁰ Helsetilsynet, Tilsynsrapport etter alvorlig hendelse, Feilmedisinering ved cellegiftbehandling av et seks år gammelt barn ved Haukeland universitetssykehus https://www.helsetilsynet.no/globalassets/upload/tilsyn/varsel_enhet/Haukeland_cellegiftbehandling_2017.pdf side 20, punkt 5.4

¹¹ Case of Silih v. Slovenia, 9. April 2009, Grand chamber, application no. 71463/01 avsnitt 155

¹² Case of Lopes de Sousa Fernandes v. Portugal, 19. desember 2017, Grand chamber, application no. 56080/13, avsnitt 194

¹³ Molven, Olav, Store medisinske leksikon, Uaktsomhet, 22. desember 2016 <https://sml.snl.no/uaktsomhet>

¹⁴ Lov om erstatning ved pasientskader mv. (pasientskadeloven) 15. juni 2001 nr. 53 §2 (1) bokstav a

*”skal handlingene til leger eller annet helsepersonell fremdeles sammenlignes med det som er vanlig god praksis i vedkommende yrkesgruppe”.*¹⁵

I vurderinger av om det foreligger *medisinsk uaktsomhet* må det gjøres ut fra vedkommende persons rolle som helsepersonell. En slik vurdering skal fastsette hva som kan forventes av de ulike yrkesgruppene i helsevesenet, og sammenligne dette med det aktuelle helsepersonellens handlinger. Uaktsomheten må dessuten ha skjedd under utøvelse av helsehjelp, jfr. *”ved ytelsen av helsehjelp”*.¹⁶ Med helsehjelp menes *”enhver handling som har forebyggende, diagnostisk, behandlende, helsebevarende, rehabiliterende eller pleie- og omsorgsformål og som utføres av helsepersonell”*.¹⁷ Dersom helsepersonell opptrer uaktsomt som privatperson vil det være snakk om alminnelig uaktsomhet, ikke *medisinsk uaktsomhet*.

1.3.4 Tilsynsvirksomhet

Tilsynsvirksomheten er *”en løpende, formålsstyrt virksomhet som tar sikte på å avklare om andre overholder generelle eller individuelle rettslige forpliktelser, og å vurdere om det i tilfelle bør ilegges reaksjoner eller sanksjoner ved brudd”*.¹⁸ Dette skal medvirke til at *”befolkningens behov for tjenester blir ivaretatt”, ”tjenestene blir drevet på en fagligforsvarlig måte”, ”svikt i tjenesteytingen forebygges”* samt at *”ressursene i tjenestene blir brukt på en forsvarlig og effektiv måte”*.¹⁹

Tilsyn kan foregå på ulike måter. Vanligvis skjer dette gjennom et planlagt tilsyn, hendelsesbasert tilsyn eller områdeovervåking.²⁰ I denne oppgaven vil det hendelsesbaserte tilsynet stå sentralt, da det er en reaksjon ved mistanke om alvorlig medisinske feil. Tilsynet skal *”klarlegge de faktiske forhold og ansvarsforholdene omkring dette så langt som det er nødvendig for å kunne vurdere hvorvidt helse- og omsorgslovgivningen er brutt”*.²¹

¹⁵ Ot.prp.nr.31 (1998-1999) Om lov om erstatning ved pasientskader (pasientskadeloven) 18. desember 1998, side 64

¹⁶ Passkl. §2 (1) bokstav a

¹⁷ Lov om helsepersonell m.v. (helsepersonelloven) 2. juli 1999 §3 (3)

¹⁸ Stub, Marius (2011) *Tilsynsforvaltningens kontrollvirksomhet: undersøkelse og beslag i feltet mellom forvaltningsprosess og straffeprosess*, side 50

¹⁹ Helsetilsynet om tilsyn, Hva er tilsyn? <https://www.helsetilsynet.no/no/Tilsyn/om-tilsyn/om-tilsyn/>

²⁰ Helsetilsynet om tilsyn, Hva er tilsyn?

²¹ Prop. 150 L (2016-2017) side 10

2 Sentrale rettskilder og metode

Den europeiske menneskerettskonvensjon står sentralt i denne oppgaven.²² Det følger av menneskerettsloven at konvensjonen ”skal gjelde som norsk lov”.²³ Bestemmelsene skal ”ved motstrid gå foran bestemmelser i annen lovgivning”.²⁴ Konvensjonen har dermed fått en større rettskildemessig vekt enn formell lov, og står i en særstilling i norsk rett. Enkelte av konvensjonens bestemmelser fikk grunnlovs rang etter grunnlovsreformen i 2014, da det ble inntatt et eget kapittel i grunnloven med menneskerettigheter.²⁵

For å forstå innholdet i konvensjonsbestemmelsene brukes i hovedsak praksis fra Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD). Domstolen ble opprettet i medhold av EMK, for å sikre at konvensjonspartene overholder sine forpliktelser.²⁶ I tillegg til å behandle klager på brudd på konvensjonen, behandles tvister om forståelse av bestemmelsene. Uttalelser om forståelse av bestemmelsene har stor rettskildemessig vekt, og har vært avgjørende i kartleggingen av statens forpliktelser. Saker avgjort i *Grand Chamber* tillegges særlig stor vekt.

Helsetilsynsloven regulerer tilsynsordningen i helsevesenet, og utgjør derfor en hovedkilde i kartleggingen av dagens helsetilsynsordning.²⁷ For å forstå helsetilsynets oppbygning og funksjon har det likevel vært nødvendig å supplere med andre kilder. Dette har særlig bestått av andre formelle lover, forarbeider og helsetilsynets egen hjemmeside. Når det gjelder helsetilsynets hjemmeside har den *kun* vært brukt i tilfeller hvor andre kilder har kommet til kort. Grunnen til dette er at det kan være tvil om hvorvidt deres egen hjemmeside fremstår som en nøytral kilde. Kildene viser i hovedsak hvordan systemet har vært tiltenkt å fungere, og gir ikke et helhetlig bilde av hvordan tilsynsvirksomheten fungerer rent faktisk.

For å få en forståelse av hvordan helsetilsynet fungerer i praksis, brukes avgjørelser både fra Statens helsetilsyn og Statens helsepersonellnemnda. Sakene danner grunnlag for å kunne avgjøre om staten oppfyller sine forpliktelser etter EMK. Det kan være verdt å merke seg at sakene fra virksomhetenes side er ment som eksempelsaker. Sakene fra Statens helsetilsyn inneholder verken saksnummer eller sidenummer, mens eksemplene fra Statens

²² Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (EMK) av 4. november 1950

²³ Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) av 21. mai 1999 nr. 30 §2 nr. 1

²⁴ MrI. §3

²⁵ Kongeriket Norges grunnlov (grunnloven) av 17. mai 1814 kapittel E

²⁶ EMK artikkel 19

²⁷ Lov om statlig tilsyn med helse- og omsorgstjenesten m.m. (helsetilsynsloven) av 30. mars 1984 nr. 15

helsepersonellnemnda kun inneholder saksnummer. Det kan derfor være noe vanskeligere å navigere seg gjennom denne typen praksis, enn praksis fra eksempelvis Høyesterett.

Praksis fra helsetilsynet og helsepersonellnemnda vil dessuten ha en lavere rettskildemessig vekt enn eksempelvis saker fra domstoler. Sakene vil derfor i hovedsak kun anvendes for å illustrere fremgangsmåte i saksbehandling og ikke som rettskilde når det gjelder for eksempel lovfortolkning.

Det har som nevnt nylig skjedd store endringer i tilsynsordningen. Et av hovedspørsmålene oppgaven reiser, er om disse endringene kan oppfylle statens forpliktelser etter EMK i større grad enn tidligere. Endringene har ført til to sentrale lovforslag.²⁸ Lovforslagene er sanksjonert, men har ikke trådt i kraft.²⁹ Selv om lovene ikke har trådt i kraft, vil de tillegges avgjørende vekt ved sentrale spørsmål. Her legges det særlig vekt på den nye helsetilsynsloven.

Ved at den nye helsetilsynsloven ikke har trådt i kraft, foreligger det ingen avgjørelser som tar endringene i bruk, verken nemndspraksis eller praksis fra helsetilsynet. Endringene er dessuten lite omtalt i juridisk teori. Forarbeidene til den nye helsetilsynsloven har derfor vært avgjørende i forståelsen av bestemmelsenes innhold.³⁰

Avslutningsvis er det brukt noe komparativ rett, hvor den norske tilsynsordningen sammenlignes med systemet i Sverige og Danmark. Dette er ikke brukt for å besvare noen hovedspørsmål i oppgaven, og er tillagt relativt liten vekt. Den komparative retten er brukt i en rettspolitisk tolkning, for å søke svar i spørsmål om hvorvidt helsetilsynsordningen bør endres.

Videre har det blitt brukt enkelte kilder for underbygge mindre poeng i oppgaven, eller for å forklare ord og uttrykk. Kildene er derfor ikke sentrale, og vil ikke bli omtalt her.

²⁸ Lov om statlig tilsyn med helse- og omsorgstjenesten mv. (helsetilsynsloven) 15. desember 2017 nr. 107 IKKE I KRAFT og Lov om Statens undersøkelseskommissjon for helse- og omsorgstjenesten 16. juni 2017 nr. 56 IKKE I KRAFT

²⁹ Stortinget, status lovforslag, helsetilsynsloven (2017)

³⁰ Prop.150L (2016-2017)

3 EMKs krav ved død på grunn av medisinske feil

3.1 EMK art. 2 – retten til liv

Retten til liv er den mest grunnleggende menneskeretten vi har. Den kommer til uttrykk i Grunnloven §93 og EMK artikkel 2, med en noe ulik ordlyd. Etter grunnloven har ethvert menneske ”rett til liv”.³¹ EMK uttrykker at ”[e]veryone’s right to life shall be protected by law”.³² Frem til grunnlovsreformen i 2014 kunne man bare finne rettigheten i EMK, og det finnes derfor lite praksis rundt grunnlovsbestemmelsen. Forståelsen av *retten til liv* følger dermed i stor grad av EMK artikkel 2, og dens tilhørende praksis. Det fremgår dessuten i forarbeidene at grunnlovsbestemmelsens utforming tar sikte på å tolkes i lys av EMK.³³

Artikkel 2 har et bredt anvendelsesområde. Den omfatter ikke bare tilfeller hvor noen forsettlig blir frarøvet livet, men også tilfeller hvor en person dør som følge av lovlige handlinger med utilsiktede virkninger.³⁴ Oppgaven gjelder i hovedsak de medisinske feilene som har utilsiktede virkninger, og omfatter ikke de tilfellene hvor pasienter forsettlig nektes helsehjelp.

Rettigheten pålegger staten positive og negative forpliktelser.³⁵ Det fremgår av praksis fra EMD at den positive forpliktelsen innebærer at staten aktivt må iverksette beskyttende tiltak, for å hindre krenkelser av rettigheten. Videre at den negative forpliktelsen pålegger staten å avstå fra å ta liv, med mindre det er uttrykkelig tillat. Dette kommer blant annet til uttrykk i *Osman v. Storbritannia* fra 1998; ”*The Court notes that the first sentence of Article 2 §1 enjoins the State not only to refrain from the intentional and unlawful taking of life, but also to take appropriate steps to safeguard the lives of thos within its jurisdiction*”.³⁶ Dette gjelder også på området innenfor folkehelse.³⁷

³¹ Grl. §93

³² EMK artikkel 2

³³ Rapport til Stortingets presidentskap fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven, Dokument 16 (2011-2012) 19. desember 2011, s.106 punkt 19.6.2

³⁴ Case of McCann and others v. The united Kingdom av 27, September 1995, Grand Chamber, application no. 18984/91, avsnitt 148

³⁵ Aall, Jørgen (2015) *Rettsstat og menneskerettigheter: En innføring i vernet om individets sivile og politiske rettigheter* etter den norske forfatning, og etter den europeiske menneskerettighetskonvensjon, side 168-169, og Kjølbro, Jon Fridrik (2010) *Europæiske Menneskerettighetskonvention – for praktikere* side 190

³⁶ Case of Osman v. The United Kingdom, 28. oktober 1998 (87/1997/871/1083) avsnitt 115

³⁷ Case og Calvelli and Cigilo v. Italy, 17. januar 2002, Grand Chamber, application no. 32967/96, avsnitt 49 og Kjølbro (2010) side 189 (jfr. ”Pligten gjelder også, hvis personer dør indenfor *det offentlige sundhedsvæsen*”)

Den positive forpliktelsen krever ikke bare at det opprettes tiltak, men også at tiltakene er effektive nok.³⁸ I dette ligger prosessuelle krav utviklet av EMD. Menneskerettsdomstolen har i flere saker redegjort for innholdet i EMK artikkel 2, blant annet i *Calvelli og Cigilo v. Italia*. For å tilfredsstillere bestemmelsen må statene opprette et effektivt og uavhengig rettssystem til å undersøke forholdet ved dødsfall av en pasient, slik at dødsårsaken kan bestemmes og de ansvarlige gjøres ansvarlige. Dette gjelder uavhengig av om dødsfallet har skjedd i privat eller offentlig sektor.³⁹ Plikten til å undersøke dødsfallet skal dessuten skje uavhengig av om det foreligger en anmeldelse, plikten oppstår i det myndighetene får kjennskap til hendelsen.⁴⁰

Retten presiserer at dersom krenkelser av retten til liv ikke er forårsaket med vilje, må likevel staten tilby et rettsmiddel egnet til å drive effektiv etterforskning for å tilfredsstillere kravene i artikkel 2.⁴¹ Dette behøver ikke nødvendigvis å være en strafferettslig løsning, og retten mener det må være opp til hver enkelt stat hvilket rettsmiddel de velger å anvende. Dette kan eksempelvis være disiplinære tiltak, jfr. *”Disciplinary measures may also be envisaged”*.⁴² Etterforskningen skal gjøre det mulig for det offentlige og offerets pårørende å kjenne til omstendighetene rundt dødsfallet, dette følger av ordlyden *”the events in question should be subject to an effective investigation or scrutiny which enables the facts to become known to the public and in particular to the relatives of any victims”*.⁴³

I det følgende brukes nyere rettspraksis for å klarlegge innholdet i bestemmelsen ytterligere.

3.2 EMD om EMK artikkel 2

Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD) gir uttalelser om hvordan bestemmelsene i EMK skal forstås. Under dette punktet redegjøres rettens vurderinger av EMK artikkel 2, i forbindelse med to illustrerende saker.

³⁸ *Calvelli and Cigilo v. Italy* (2002) avsnitt 53

³⁹ *Calvelli and Cigilo v. Italy* (2002) avsnitt 49

⁴⁰ *Case of Yasa v. Turkey*, 2. September 1998 (63/1997/847/1054) avsnitt 100

⁴¹ *Calvelli and Cigilo v. Italy* (2002) avsnitt 51

⁴² *Calvelli and Cigilo v. Italy* (2002) avsnitt 51

⁴³ First section decision as to the admissibility of *Erikson v. Italy*, 26. oktober 1999 application no. 37900/97

I *Silih v. Slovenia* fra 2009 påstod Franja og Ivan Silih at det slovenske rettssystemet hadde sviktet i å plassere ansvar etter deres tjue år gamle sønns død.⁴⁴ Sønnen fikk intravenøs behandling, etter å ha blitt diagnostisert med en allergisk reaksjon. Tilstanden ble raskt betydelig forverret, han ble diagnostisert med anafylaktisk sjokk og overført til intensiv overvåkning. Her måtte pasienten gjenopplives, men døde dagen etter. Foreldrene hevdet at årsaken til sønnens død var feilbehandling som følge av medisinsk uaktsomhet.

Foreldrene gikk til domstolene med påstand om at deres rettigheter etter EMK artikkel 2 va krenket. EMD foretok i denne forbindelse en tolkning av EMK artikkel 2. Retten kom til at rettigheten inneholder en prosessplikt for å gjennomføre effektive undersøkelser av påståtte brudd på det materielle innholdet i bestemmelsen.⁴⁵ Det ble konstatert at staten har en plikt til å gjennomføre en effektiv etterforskning eller å sørge for mulighet til å bringe inn saken for domstolene, dette som følge av ordlyden "*beskyttet ved lov*".⁴⁶ Det er altså ikke nødvendigvis bare en etterforskningsplikt, men kan også være en plikt til å gjøre enten straffedomstolene eller sivile domstoler tilgjengelige.

En nyere avgjørelse fra samme rettsområde gjaldt en mann som døde etter en rekke medisinske problemer, som oppstod i etterkant av en mindre operasjon for fjerning av nesepolypper. Konen kontaktet Helsedepartementet med ønske om å få svar på hva som hadde ført til ektemannens død.⁴⁷ Helsedepartementet avsluttet saken etter fire år, og konkluderte med at det ikke forelå medisinsk uaktsomhet, eller grunnlag for å gi disiplinære reaksjoner.⁴⁸ Etter ønske fra konen ble saken gjenåpnet, hvor det igjen ble tatt samme konklusjon. Denne gangen etter to år.

Konen begjærte ny gjenåpning, og ba om at det måtte utarbeides en ny medisinsk rapport. Samtidig kontaktet hun påtalemyndighetene for vurdering av om det forelå straffbare forhold. Helsedepartementet satte derfor undersøkelsen på vent mens saken ble strafferettslig vurdert. Påtalemyndighetene kom til at det ikke forelå straffbare forhold.⁴⁹ Etter gjenåpning av saken

⁴⁴ *Silih v. Slovenia* (2009) avsnitt 2

⁴⁵ *Silih v. Slovenia* (2009) avsnitt 153

⁴⁶ *Silih v. Slovenia* (2009) avsnitt 154

⁴⁷ *Fernandes v. Portugal* (2017) avsnitt 28

⁴⁸ *Fernandes v. Portugal* (2017) avsnitt 37

⁴⁹ *Fernandes v. Portugal* (2017) avsnitt 68

fra Helsedepartementet, ble klagen avvist som foreldet.⁵⁰ Saken ble deretter bragt inn for EMD.

Domstolen uttrykte at *“The Court is frequently called upon to rule on complaints alleging a violation of Article 2 of the Convention in the context of health care. A considerable number of these cases concern allegations of negligence occurring in the context of medical treatment in hospitals”*.⁵¹ Domstolen pekte med dette på at brudd på EMK artikkel 2 er et gjennomgående problem i helsevesenet. Retten fant det derfor viktig å avklare forpliktelsene til stater i tilfeller av medisinsk uaktsomhet.

Retten trakk i hovedsak samme konklusjon som tidligere, men konkretiserte plikten ytterligere. Domstolen uttrykte at *“The Court has interpreted the procedural obligation of Article 2 in the context of health care as requiring States to set up an effective and independent judicial system so that the cause of death of patients in the care of the medical profession, whether in the public or the private sector, can be determined and those responsible made accountable”*.⁵² Uttalelsen forstås slik at det fastslås at statene har en plikt til å etablere et effektivt og uavhengig domstolssystem slik at dødsårsaken til pasienter i omsorg kan bestemmes, og de ansvarlige gjort ansvarlige.

Når det gjelder *medisinsk uaktsomhet* er prosessforpliktelsen i artikkel 2 tolket som en plikt for staten til å fastsette både dødsårsaken til et individ under omsorg og hvorvidt ansvaret ligger hos helsefagpersonen eller andre.⁵³ Dersom dødsårsaken skyldes en medisinsk feil som kan tilskrives helsepersonellet, må man vurdere aktsomheten. Om feilen anses å være mer enn en vanlig feil eller medisinsk uaktsomhet, skal tilfellet være omfattet av straffelovgivningen. I tilfeller der det derimot *er* snakk om medisinsk uaktsomhet, som *ikke* er gjort med hensikt, må staten ha et rettssystem som er egnet til å plassere ansvar.⁵⁴

Retten presiserer at det ikke nødvendigvis må være en strafferettslig domstol, og at det er opp til hver enkelt stat å avgjøre *hvilket rettsmiddel* som skal anvendes. Dette kommer til uttrykk gjennom rettens uttalelse, *“the choice of means for ensuring the positive obligations under*

⁵⁰ Fernandes v. Portugal (2017) avsnitt 58

⁵¹ Fernandes v. Portugal (2017) avsnitt 162

⁵² Fernandes v. Portugal (2017) avsnitt 214

⁵³ Silih v. Slovenia (2009) avsnitt 155

⁵⁴ Fernandes v. Portugal (2017) avsnitt 215

Article 2 is in principle a matter that falls within the Contracting State's margin of appreciation".⁵⁵

Selv om det er opp til staten å velge rettsmiddel, stilles det imidlertid enkelte krav. For det første må rettsmiddelet som skal fastslå dødsårsaken være uavhengig.⁵⁶ Dette krever at det ikke skal foreligge noen hierarkisk eller institusjonell forbindelse, og at uavhengigheten skal være reell.⁵⁷ Videre kreves det at alle parter som har til hensikt å utføre en vurdering i saken for å bestemme dødsårsaken, har en formell og faktisk uavhengighet fra de som er involvert i hendelsene.⁵⁸ Dersom personer som potensielt er ansvarlige for dødsfallet medvirker i etterforskningen, vil dette kunne medføre et problem.⁵⁹ Kravet er spesielt viktig når man innhenter medisinske rapporter fra sakkyndige vitner, da de med stor sannsynlighet kan ha avgjørende vekt i en domstols vurdering av den medisinske uaktsomheten.⁶⁰

Prosessforpliktelsen i EMK artikkel 2 er imidlertid ikke tilfredsstilt dersom rettsmiddelet bare eksisterer i teorien, det må også fungere effektivt i praksis.⁶¹ Dette innebærer at det systemet må være faktisk og reelt. For at det skal anses som effektivt må saksbehandlingen gjøres innen rimelig tid.⁶² Dette underbygges av juridisk teori, hvor det uttrykkes at det er et krav at det *"hurtigt indledes en efterforskning"*.⁶³

Kunnskap om fakta og mulige feil begått under omsorgsutøvelse er viktig for at de berørte institusjoner og helsepersonell skal kunne rette opp de potensielle manglene og forhindre lignende feil. En snarlig undersøkelse av alvorlige hendelser er derfor viktig for rettssikkerheten til alle brukere av helsetjenester. Retten mener at lang saksbehandlingstid forlenger usikkerhetsproblemet for både de pårørende, og det berørte helsepersonell.⁶⁴ Effektivitetskravet er oppfylt ved at saken etterforskes, det betyr ikke nødvendigvis at man må komme til et gunstig resultat for den pårørende.⁶⁵

⁵⁵ Fernandes v. Portugal (2017) avsnitt 216

⁵⁶ Fernandes v. Portugal (2017) avsnitt 214

⁵⁷ Case of Hugh Jordan v. Storbritannia, 4. mai 2001 application no. 24746/94 avsnitt 106 og Case of McShane v. The United Kingdom, 28. mai 2002 application no. 43290/98 avsnitt 95

⁵⁸ Fernandes v. Portugal (2017) avsnitt 217 og Case of Finucane v. The United Kingdom, 1. juli 2003 application no. 29178/95 avsnitt 68

⁵⁹ Kjølbros (2010) side 185

⁶⁰ Fernandes v. Portugal (2017) avsnitt 217

⁶¹ Fernandes v. Portugal (2017) avsnitt 216

⁶² Fernandes v. Portugal (2017) avsnitt 218 og Kjølbros (2010) side 887

⁶³ Kjølbros (2010) side 186

⁶⁴ Fernandes v. Portugal (2017) avsnitt 236

⁶⁵ Fernandes v. Portugal (2017) avsnitt 221

Som nevnt skal også rettsmiddelet være egnet til å fastslå dødsårsaken, og identifisere de ansvarlige.⁶⁶ Dette innebærer at myndighetene skal ta de skrittene som er nødvendig, og som man med rimelighet må kunne forlange, for å sikre beviser rundt hendelsen. Herunder menes ”vidneforklaringer, retsmedicinske undersøgelser, tekniske undersøgelser og i relevant omfang en oduktion, der sikrer en fullstendig og nøjagtig optegnelse af skader m.v. og en vurdering af dødsårsag”.⁶⁷ Det er dermed ikke nødvendig at rettsmiddelet skal kunne fastslå dødsårsaken selv, men kan oppfylle kravet med å innhente sakkyndige rapporter.

Argumentene underbygges av juridisk teori. Det fremgår at i vurderingen av om rettsmiddelet er effektivt, skal det legges vekt på ”om myndighetene har afsat tilstrækkelig tid til efterforskningen, om de har forsøgt at fremskaffe de relevante oplysninger og gennemføre de nødvendige undersøgelser, om de forurettede har haft rimelig mulighed for at fremkomme med oplysninger, om centrale vidner er blevet afhør, om undersøgelsen er blevet fremmet behørigt m.v.”.⁶⁸

For å illustrere hva EMD anser som effektivt, kan det være hensiktsmessig å se til rettens subsumsjoner i disse sakene.

Slovenia hadde tilgjengeliggjort både sivilrettslige og strafferettslige domstoler, og hadde følgelig i teorien oppfylt kravene i EMK artikkel 2.⁶⁹ Under saksbehandlingen hadde de pårørende selv kommet med flere ønsker, som bidro til en lengre saksbehandlingstid. De hadde dessuten valgt å anvende begge domstolene, hvor den sivilrettslige domstolen hadde valgt å utsette sin saksbehandling i påvente av strafferettslig avgjørelse. Dette ble ansett som rimelig.⁷⁰ Retten hadde forståelse for at omstendighetene måtte kunne føre til en noe lengre saksbehandlingstid enn man normalt kunne forvente. De fant det likevel ikke forsvarlig at domstolene fortsatt ikke hadde kommet til en konklusjon etter i overkant av tolv år. Retten konkluderte med at rettsmidlene ikke kunne betraktes som effektive, og dermed ikke tilfredsstilte prosesskravene i EMK artikkel 2.⁷¹

⁶⁶ Silih v. Slovenia (2009) avsnitt 155

⁶⁷ Kjølbros (2010) side 187-188

⁶⁸ Kjølbros (2010) side 887

⁶⁹ Silih v. Slovenia (2009) avsnitt 171

⁷⁰ Silih v. Slovenia (2009) avsnitt 172

⁷¹ Silih v. Slovenia (2009) avsnitt 173

I det andre eksempelet kunne Portugal tilby anvendelse av sivilrettslige og strafferettslige domstoler mot offentlige sykehus, i saker som gjelder medisinsk uaktsomhet.⁷² Sykehusene kunne deretter kreve tilbakebetaling fra helsepersonell som hadde handlet i strid med deres faglige plikt. Man kunne dessuten melde saken til Helsedepartementet og Legemiddelforeningen, som kunne gi helsepersonellet disiplinære reaksjoner. På bakgrunn av dette konkluderte retten med at det portugisiske systemet tilbyr rettsmidler som i teorien oppfyller kravene i artikkel 2.⁷³

Likevel er det som nevnt ikke nok at rettsmidlet eksisterer i teorien, da det kreves et effektivt rettsmiddel. De pårørende hadde valgt å henvende seg alle de mulige saksbehandlingsinstansene. Retten påpekte for det første lang saksbehandlings tid hos Helsedepartementet, både når det gjaldt å informere klageren og innhenting av informasjon.⁷⁴ Saken hadde blant annet ligget i overkant av seks år og ti måneder før klageren ble informert om at Helsedepartementet ikke behandlet saken videre, før det var truffet vedtak av straffedomstolen. Dette fant retten kritikkverdigg, og ikke i tråd med prosessforpliktelsen.⁷⁵

Ved vurderingen av straffedomstolen påpekte retten at deres saksbehandling kun hadde vært basert på rapporter fra Helsedepartementet, uten å foreta ytterligere undersøkelser. Dette i seg selv anså retten som mangelfullt. Saksbehandlingens samlede varighet var dessuten urimelig, da den foregikk i overkant av seks år og åtte måneder.⁷⁶

I en samlet vurdering av Portugals system for håndtering av alvorlige medisinske hendelser fant retten at det ikke tilfredstilte kravene i EMK artikkel 2.

Retten subsumsjoner viser at det legges stor vekt på at statens tilgjengelige rettsmidler må fungere effektivt i praksis for å være i tråd med statens prosedyreforpliktelse. Her legges det særlig vekt på at saksbehandlingstiden skal være rimelig. Det er imidlertid ikke satt noen faste rammer for hva som skal anses som ”rimelig”, og det må derfor antas at det beror på en skjønnsmessig vurdering i det konkrete tilfellet.

⁷² Fernandes v. Portugal (2017) avsnitt 223

⁷³ Fernandes v. Portugal (2017) avsnitt 224

⁷⁴ Fernandes v. Portugal (2017) avsnitt 229

⁷⁵ Fernandes v. Portugal (2017) avsnitt 231

⁷⁶ Fernandes v. Portugal (2017) avsnitt 233

3.3 Artikkel 13 – retten til effektivt rettsmiddel

EMK inneholder en rekke rettigheter og friheter som konvensjonsstatene har forpliktet seg til å sikre.⁷⁷ EMK artikkel 13 uttrykker at *”[e]veryone whose rights and freedoms as set forth in this Convention are violated shall have an effective remedy before a national authority notwithstanding that the violation has been committed by persons acting in an official capacity”*. Bestemmelsen forstås slik at enhver som får sine rettigheter og friheter etter konvensjonen krenket, har en rett til effektiv prøvingsrett ved nasjonal myndighet.⁷⁸ Bestemmelsen vil derfor ha noen sammenheng med kravet til effektivt rettsmiddel i EMK artikkel 2.

Selv om manglende overholdelse av forpliktelsen i artikkel 2 kan ha konsekvenser for rettigheten som er beskyttet i henhold til artikkel 13, betraktes denne prosedyreforpliktelsen som en særskilt forpliktelse. Dette kommer til uttrykk av EMD; *”[a]lthough the failure to comply with such an obligation may have consequences for the right protected under Article 13, the procedural obligation of Article 2 is seen as a distinct obligation”*.⁷⁹ EMD har konkludert med at forpliktelsen til å gjennomføre en effektiv etterforskning etter artikkel 2 har utviklet seg til en separat og selvstendig plikt.⁸⁰ Oppgaven vil derfor ikke gå nærmere inn på EMK artikkel 13.

3.4 Sammendrag av EMKs krav

Når en pasient dør eller har stått i fare for å dø under ytelse av helsehjelp, stiller EMK artikkel 2 krav som ikke kommer eksplisitt frem av ordlyden. Bestemmelsen krever at konvensjonsstatene oppretter tiltak for å sikre at rettigheten ikke krenkes. Den krever samtidig at det opprettes rettsmidler som avdekker om en slik krenkelse har skjedd. Dette gjelder både for å avdekke straffbare forhold, men også dersom pasienter eller brukere av helsehjelp dør eller kunne ha dødd som følge av medisinske feil. Hvilket rettsmiddel staten stiller til disposisjon er opp til hver enkelt stat, men det stilles noen krav.

⁷⁷ EMK artikkel 1

⁷⁸ Kjølbros (2010) side 873

⁷⁹ Silih v. Slovenia (2009) avsnitt 154

⁸⁰ Silih v. Slovenia (2009) avsnitt 159

Det må for første være uavhengig både når det gjelder hierarkisk og institusjonell forbindelse, og når det gjelder partene som bidrar i etterforskningen. Det er ikke tilstrekkelig at det foreligger en formell uavhengighet, den må også eksistere i realiteten.

Rettsmiddelet må også være effektivt. Det må ha en virkning, være faktisk og reelt, og kan ikke bare eksistere i teorien. Dette innebærer at saksbehandlingen må skje innen et visst tidsrom, samt at det gjøres på en grundig og tilstrekkelig måte.

Det valgte rettsmiddelet må være egnet til å fastslå dødsårsaken. Det vil si at det må foreligge en viss kompetanse, samt at det må innhentes informasjon fra sakkyndige, for eksempel obduksjonsrapport. Merk at dette også skal være uavhengig.

Til sist må det også være egnet til å plassere ansvar. Et viktig poeng fra EMD er at de ansvarlige skal gjøres ansvarlige. Ansvarliggjøring behøver ikke være straff, men kan også innebære andre reaksjoner.

4 Gjeldende helsetilsynsordning

4.1 Helsetilsynets funksjon

I norsk rett er det helsetilsynsloven som regulerer tilsynsmyndighetene. Etter loven § 1 er det Statens helsetilsyn som har det overordnede faglige tilsynet med helse- og omsorgstjenesten, mens Fylkesmannen har myndighet underlagt Statens helsetilsyn.⁸¹ Tidligere var det et helsetilsyn i hvert fylke, som var underlagt Statens helsetilsyn. Dette ble i 2003 erstattet med dagens ordning, hvor oppgavene som tidligere tilhørte fylkestilknyttede helsetilsyn nå er overført til Fylkesmannen.⁸² Det innebærer kun administrativ endring, og vil ikke ha noen avgjørende betydning for brukere av ordningen.

I hovedsak har Fylkesmannen og Statens helsetilsyn en generell plikt til å føre tilsyn med helse- og omsorgstjenesten i fylket og med alt helsepersonell.⁸³ De generelle tilsynene prioriteres på områder med ”*høy risiko for svikt, og der konsekvensene av svikt kan være*

⁸¹ Helsetilsynsloven § 1

⁸² Helsetilsynet, Organisasjonshistorie, <https://www.helsetilsynet.no/no/Toppmeny/Om-tilsynsmyndighetene/Organisasjonshistorie-Statens-helsetilsyn-og-forloparar/>

⁸³ Helsetilsynsloven § 1

alvorlige. Dette kan være områder hvor det er mange klager, der det er rapportert mange feil eller uhell, eller der annen informasjon tilsier at lovgivningen brytes.”⁸⁴

Ved alvorlige medisinske feil vil det ikke dreie seg om et generelt tilsyn, men hendelsesbasert tilsyn. En slik form for tilsyn er basert på informasjon om enkelthendelser enten i forhold til helsepersonell eller virksomheter, og er i hovedsak hjemlet i helsetilsynsloven §2. Retten og plikten til å føre tilsyn kan også finnes i enkeltbestemmelser i andre lover.⁸⁵

Ordningen om hendelsesbasert tilsyn fremgår imidlertid ikke helt klart av ordlyden.

*Forarbeidene uttrykker at ”meldinger og informasjon som kommer til tilsynsmyndighetenes kunnskap som indikerer at det er uønskede forhold i tjenesten, vil etter omstendighetene utløse en plikt for tilsynsmyndighetene til å undersøke forholdene og eventuelt påse at de ansvarlige sørger for at feil blir rettet opp”.*⁸⁶

Statens Helsetilsyn er de eneste som kan fatte vedtak om reaksjon, mens Fylkesmannen har myndighet til å foreta tilsyn før saken sendes videre til Statens helsetilsyn dersom de mener det bør fattes vedtak.⁸⁷ Når de avdekker svikt i helse- og omsorgstjenestene, kan Statens helsetilsyn gi virksomheten pålegg om å rette forholdene, eller reaksjon mot helsepersonell med autorisasjon. Reaksjon mot personell kan være advarsel, tilbakekall av forskrivningsrett til visse legemidler, samt begrensning eller tilbakekall av autorisasjon.⁸⁸

Den mildeste formen for reaksjon er advarsel. Denne reaksjonen krever at helsepersonellet *”forsettlig eller uaktsomt overtrer plikter etter denne lov eller bestemmelser gitt i medhold av denne, hvis pliktbruddet er egnet til å medføre fare for sikkerheten i helse- og omsorgstjenesten, til å påføre pasienter eller brukere en betydelig belastning eller til i vesentlig grad å svekke tilliten til helsepersonell eller helse- og omsorgstjenesten”.*⁸⁹ I en slik

⁸⁴ Prop.150L (2016-2017) side 23

⁸⁵ Lov om kommunale helse- og omsorgstjenester m.m. (helse- og omsorgstjenesteloven) 24. juni 2011 nr. 30 §12-3, Lov om kommuner og fylkeskommuner (kommuneloven) 25. september 1992 nr. 107 kap. 10A, hpl. §55, Lov om spesialisthelsetjenesten m.m (spesialisthelsetjenesteloven) 2. juli 1999 nr. 61 og Lov om medisinsk og helsefaglig forskning (helseforskningsloven) 20. juni 2008 nr. 44 §46

⁸⁶ Ot.prp.nr. 105 (2001-2002) Om lov om endringer i lov 30. mars 1984 nr. 15 om statlig tilsyn med helsetjenesten og i enkelte andre lover, 28. juni 2002 side 7

⁸⁷ Helsetilsynsloven §2 (4) og (5)

⁸⁸ Hpl. kapittel 11

⁸⁹ Hpl. §56 (1)

vurdering legges det blant annet vekt på om helsepersonellet hadde handlingsalternativer i den aktuelle situasjonen.⁹⁰

Det fremgår videre av bestemmelsen at helsetilsynet kan gi advarsel til helsepersonell ”*som har utvist en atferd som er egnet til i vesentlig grad å svekke tilliten til vedkommende yrkesgruppe*”.⁹¹ Dette kan tyde på at det kan være mulig å gi advarsel uten at det nødvendigvis har skjedd brudd på helsepersonelloven.

Dersom det fattes vedtak om reaksjon mot helsepersonell kan vedkommende helsepersonell klage til helsepersonellnemnda.⁹² Dersom Statens helsetilsyn ikke finner grunnlag for administrativ reaksjon, har ikke pasient eller pårørende klagerett. Forvaltningslovens regler gjelder for pasienter og brukere.⁹³ Vedtak om administrative vedtak anses som enkeltvedtak etter forvaltningsloven.⁹⁴ For å kunne klage på vedtak etter forvaltningsloven må man imidlertid være part i saken.⁹⁵ En part defineres som en person ”*som en avgjørelse retter seg mot eller som saken ellers direkte gjelder*”.⁹⁶ Vedtak om å ikke fatte administrative reaksjoner mot et helsepersonell vil ikke rette seg mot eller gjelde pasienten direkte, og følgelig vil ikke pasienten eller deres pårørende være part.

Spesialisthelsetjenesten skal varsle Statens helsetilsyn ved alvorlige og uventede hendelser.⁹⁷ Med alvorlig hendelse menes ”*dødsfall eller betydelig skade på pasient, hvor utfallet er uventet i forhold til påregnelig risiko*”.⁹⁸ Dette er en ordning som ble etablert i 2010, etter at flere alvorlige hendelser i spesialisthelsetjenesten fikk stor oppmerksomhet i offentligheten.⁹⁹ Formålet med ordningen er å bidra til pasientsikkerhet og forbedring i helsetjenesten gjennom tilsyn.

Samtidig fikk Statens helsetilsyn i 2010 et oppdrag fra departementet om å etablere en utrykningsgruppe som en prøveordning for to år. Denne gruppen skulle ”*sikre raskere og*

⁹⁰ Helsetilsynet, tilsynssak av 14. Mars 2018, hjerteinfarkt ikke fulgt opp forsvarlig på legevakt <https://www.helsetilsynet.no/tilsyn/tilsynssaker/hjerteinfarkt-ikke-fulgt-opp-forsvarlig-pa-legevakt--pasient-dode-advarsel-til-lege/>

⁹¹ Hpl. §56 (2)

⁹² Hpl. § 68 (2)

⁹³ Lov om pasient- og brukerrettigheter (pasient- og brukerrettighetsloven) 2. juli 1999 nr. 63 §7-6

⁹⁴ Hpl. §§56-59a og §§63-65

⁹⁵ Lov om behandlingssåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven) 10. Februar 1967 §28 (1)

⁹⁶ Fvl. §2 (1) bokstav e

⁹⁷ Sphl. §3-3a (1)

⁹⁸ Sphl. §3-3a (1) annet punktum

⁹⁹ Helsetilsynet, introduksjon til tilsynsmyndighetene, <https://www.helsetilsynet.no/no/Toppmeny/Om-tilsynsmyndighetene/Introduksjon-tilsynsmyndigheten-tilsyn-barnevern-sosial-helse-omsorgstjenester-Norge/>

*bedre tilsynsmessig oppfølging av alvorlige hendelser i spesialisthelsetjenesten.”*¹⁰⁰ Etter prøvetiden ble ordningen evaluert med gode resultater. Statens helsetilsyn fikk etter dette pålegg om å etablere en permanent undersøkelsesenhet, samt en plikt til å ”*snarest mulig foreta stedlig tilsyn dersom dette er nødvendig for at tilsynssaken skal bli tilstrekkelig opplyst*”.¹⁰¹

Statens helsetilsyn er underlagt Helse- og omsorgsdepartementet, som setter rammer for tilsyn gjennom lover og forskrifter. Helsetilsynet er imidlertid et uavhengig organ.¹⁰²

4.2 Avgjørelser fra Statens helsetilsyn og Statens helsepersonellnemnd

Et av kravene EMK artikkel 2 stiller, er at konvensjonsstatene ikke bare skal ha et rettsmiddel som eksisterer i teorien, men det må også være effektivt og reelt.¹⁰³ For å få innsyn i hvordan saksgangen fungerer i praksis dersom det skjer alvorlige medisinske feil, vil det være hensiktsmessig å se på tidligere tilsynssaker fra Statens helsetilsyn og Statens helsepersonellnemnd. Per i dag foreligger det flere hundre avgjørelser. Det vil derfor bare bli brukt et lite utvalg av eksempelsaker i denne redegjørelsen, hvor det samtidig vil bli gjort en sammenligning med kravene i EMK.

EMD har uttalt at det må foreligge et uavhengig rettsmiddel.¹⁰⁴ Det fremgår av regjeringens statsbudsjett for 2018 at det er et uavhengig organ.¹⁰⁵ Det synes ikke å være noe i tilsynssakene som tilsier at dette ikke stemmer, og det er heller ikke omstridt hvorvidt de sakkyndige er uavhengige. Dette vil derfor ikke problematiseres.

EMD har også uttalt at rettsmiddelet må være effektivt, egnet til å finne dødsårsaken, og egnet til å plassere ansvar.¹⁰⁶ Vurderingen av disse tre vilkårene vil gjerne gli litt over i hverandre.

¹⁰⁰ Prop.150L (2016-2017) side 23

¹⁰¹ Helsetilsynsloven §2 (6)

¹⁰² Det kongelige Helse- og omsorgsdepartement, Statsbudsjettet 2018 Kap. 748 Statens helsetilsyn, side 3, https://www.regjeringen.no/contentassets/889319cb65664b63a9938b3273316033/2018/tildelingsbrev_helsetilsynet_2018.pdf

¹⁰³ Fernandes v. Portugal (2017) avsnitt 216

¹⁰⁴ Fernandes v. Portugal (2017) avsnitt 214

¹⁰⁵ Det kongelige Helse- og omsorgsdepartement, Statsbudsjettet 2018 Kap. 748 Statens helsetilsyn, side 3

¹⁰⁶ Silih v. Slovenia (2009) 155

Dersom rettsmiddelet ikke er egnet til å plassere ansvar, vil det neppe kunne sies å være effektivt heller. Og for å kunne plassere ansvar er det nødvendig å finne dødsårsaken.

4.2.1 Statens helsepersonellnemnd

Kravet om effektivitet tilsier at tilsynsordningen må fungere i praksis, herunder foreta etterforskning innen rimelig tid. Et illustrerende eksempel var oppe for Statens helsepersonellnemnd i 2009.¹⁰⁷ Datteren til en pasient på et sykehjem var misfornøyd med morens pleie. Datteren tok derfor et skjult lydopptak på morens rom, som avslørte at manglende omsorg muligens hadde ført til morens død. Dette etter gjentatte klager direkte til sykehjemmet, som ikke hadde ført til noen endring i morens pleie.

Forholdet ble anmeldt til politiet to dager etter at pasienten døde, men saken ble henlagt.¹⁰⁸ Etter ønske fra datteren ble saken vurdert av det daværende fylkestilknyttede helsetilsynet, for å avdekke om det var gjort noen feil i forbindelse med morens død. Helsetilsynet kom til at det ikke forelå brudd på helselovgivningen, verken fra sykehjemmet eller tilsynslegen ved sykehjemmet. Det ble for øvrig innhentet obduksjonsrapport, men det fremstår som uklart av faktum hvilken instans som innhentet rapporten.

Datteren ba deretter Statens helsetilsyn om å vurdere saken på nytt, hvor det ble besluttet å foreta ny vurdering etter ca. tre måneder. Det ble innhentet obduksjonsrapport med tilleggserklæring, og øvrige dokumenter ble gjennomgått. Ett og et halvt år etter at datteren kontaktet Statens helsetilsyn ble det besluttet å gi sykepleieren som var involvert i saken advarsel, og ytterligere i overkant av fire måneder før det ble konkludert brudd hos sykehjemmet. Sykepleier klaget på vedtaket, hvor Statens helsepersonellnemnda etter elleve måneder vedtok opprettholdelse av vedtak fra Statens helsetilsyn.

Som nevnt stiller EMK krav om at det valgte rettsmiddelet skal være egnet til å fastslå dødsårsaken.¹⁰⁹ Eksempelsaken viser at det blir innhentet obduksjonsrapporter og rapporter fra sakkyndige. Noe som i utgangspunktet innebærer at kravet oppfylles.¹¹⁰ Likevel viser også saken at det kan fattes gale konklusjoner, slik det her ble gjort i første instans.

¹⁰⁷ HPN-2008-161, 22. juni 2009

¹⁰⁸ Ingebrigtsen, Turid, Harstad Tidende, omtale tilsynssak, 2. mai 2007, <https://www.ht.no/incoming/article87780.ece>

¹⁰⁹ Fernandes v. Portugal (2017) avsnitt 214

¹¹⁰ Kjølbro (2010) side 187-188

De pårørende i denne saken tok selv svært mye initiativ til å få saken oppklart, selv etter at det ble konkludert at det ikke forelå brudd på lovgivningen. Det kan tenkes at det foreligger flere tilfeller hvor medisinske feil *har* ført til en pasients død, hvor Fylkesmannen har konkludert feilaktig. Dersom de pårørende ikke ber Statens helsetilsyn vurdere saken på nytt, vil saken være avsluttet. I dette tilfellet hadde de pårørende selv sørget for bevis for sine mistanker. Det kan tenkes at Statens helsetilsyn ikke ville vurdert saken på nytt, dersom de pårørende ikke hadde fremlagt bevis. De fleste tilfeller vil være vanskelig for pårørende å bevise.

På en annen side kan dette være et enkeltstående tilfelle. Hvorvidt Fylkesmannen har foretatt feilaktige beslutninger vil være vanskelig å bevise, all den tid de pårørende ikke har bedt Statens helsetilsyn vurdere saken på nytt. Vurderinger fra Fylkesmannen blir ikke publisert, og en slik vurdering vil derfor kun bestå i spekulasjoner. Kravet til at rettsmiddelet skal være egnet til å fastslå dødsårsaken vil derfor ikke problematiseres ytterligere.

Saksgangen i dette eksempelet viser at dersom pasienter eller pårørende hevder at det har skjedd en alvorlig svikt i ytelsen av helsehjelp, kan det være en vanskelig prosess å bli hørt. Dersom man ser bort fra den siste saksbehandlingsprosessen, tok det i overkant tre år fra pasientens død, frem til det ble vedtatt reaksjon. Som nevnt har ikke pasienter og pårørende noen partsrettigheter i forbindelse med vurdering av administrative reaksjoner.¹¹¹ Følgelig har de heller ingen rettigheter med tanke på saksbehandlingstid.

EMKs krav om effektivitet innebærer at saken skal behandles innen rimelig tid.¹¹² EMD har imidlertid ikke gitt noe klart uttrykk for hva som anses som rimelig tid. Det foreligger derfor ikke et godt nok grunnlag for å avgjøre om helsetilsynet handlet i tråd med EMK på dette punktet. Det er likevel nærliggende å komme til at en saksbehandlingstid på tre år vanskelig kan forenes med en alminnelig forståelse av hva som *bør* anses som rimelig tid. For at en så lang saksbehandlingstid skulle anses som rimelig, måtte det i så fall kunne begrunnes.¹¹³ Noe slikt grunnlag fremgår ikke av sakens faktum.

I en annen avgjørelse fra Statens helsepersonellnemnd i 2016, hadde Statens helsetilsyn mottatt flere bekymringsmeldinger om en leges praksis.¹¹⁴ Legen hadde gjentatte ganger foreskrevet vanedannende legemidler til narkomane pasienter og vist grov mangel på faglig

¹¹¹ Fvl. §2 (1) bokstav e

¹¹² Fernandes v. Portugal (2017) avsnitt 218

¹¹³ Silih v. Slovenia (2009) avsnitt 172

¹¹⁴ HPN-2015-264 og HPN-2015-339, 13. september 2016

innsikt, noe som førte til bekymring både fra politidistrikt og LAR (Legemiddelassistert rehabilitering). I saken fremgår det at flere av legemidlene kan føre til blant annet ”hjerteanfall/slag”, ”økt risiko for blodpropp”, ”hjerterytmeforstyrrelser, hjertestans og plutselig død”.

Legen hadde i perioden mellom 2005 og 2009 fått tre advarsler, og fikk tilbakekalt sin rekvireringsrett for enkelte legemidler i 2014. I forbindelse med tilbakekalling av rekvireringsrett fremkom nye opplysninger som førte til opprettelse av ny tilsynssak mot samme lege. Statens helsetilsyn innhentet informasjon fra Apotek 1, samt journaler utlevert fra legen. I 2015, etter i overkant av seks måneder, besluttet Statens helsetilsyn å tilbakekalle autorisasjonen som lege. Dette ble påklaget, og sendt til nemnda for klagebehandling. Statens helsepersonellnemnd besluttet å opprettholde helsetilsynets vedtak.

Legens handlinger kunne fått livstruende konsekvenser. Legen fikk tre advarsler og begrenset rekvireringsrett før han til slutt fikk tilbakekalt sin autorisasjon. Eksempelet viser at det er en svært høy terskel for at tilbakekall av autorisasjon skal blir vurdert, til tross for gjentatt faglig uforsvarlighet som er egnet til å sette pasientenes liv i fare.

4.2.2 Statens helsetilsyn

I den videre framstillingen vil det bli brukt eksempler fra Statens helsetilsyn, hvor det har blitt vurdert å gi advarsel. Saker fra Statens helsetilsyn fremstår som noe mer sensurerte enn sakene fra Statens helsepersonellnemnd, dette gjelder blant annet datoer under saksgangen. Det vil derfor være vanskelig å vurdere om saksbehandlingen er i tråd med EMKs krav om rimelig tid.¹¹⁵ Eksemplene brukes derfor i hovedsak for å undersøke om effektivitetskravet for øvrig er oppfylt.

Statens helsetilsyn foretok i juni 2017 en vurdering av flere legers forsvarlighet omkring en ung pasient.¹¹⁶ Pasienten hadde sterke leggsmerter, og hadde gått til lege fem ganger grunnet denne plagen. Tilsynssaken gjelder i hovedsak vakthavende lege ved siste legebesøk, som kun

¹¹⁵ Fernandes v. Portugal (2017) avsnitt 218

¹¹⁶ Helsetilsynet, tilsynssak blodpropp i legg, 16. juni 2017

<https://www.helsetilsynet.no/no/Tilsyn/Tilsynssaker/Blodpropp-i-legg-mangelfull-vurdering-advarsel-til-siste-undersokende-lege/>

foretok samtale med pasienten uten videre undersøkelser. Pasienten hadde blodpropp, fikk hjertestans og døde.

Helsetilsynet uttaler i saken at dersom en lege ikke fanger opp en alvorlig diagnose, har ikke nødvendigvis legen handlet uforsvarlig. Etter en vurdering ble det konkludert at legen *hadde* opptrådt uforsvarlig og uaktsomt, og at vilkår for reaksjoner var oppfylt. Det ble poengtert at formålet med å gi advarsel er å ” *reagere på alvorlige overtredelser av helsepersonelloven*”, samt ”*bidra til å fremme kvalitet, sikkerhet og tillit til helse- og omsorgstjenesten*”, og ”*bidra til å forhindre fremtidige pliktbrudd*”. Det ble dessuten lagt vekt på at legen hadde sviktet innenfor et sentralt område innen legemedisin. Helsetilsynet kom til at selv om hendelsen var enkeltstående, var den så alvorlig at det ble gitt advarsel.

I en ny sak to måneder senere vurderte Statens helsetilsyn å gi advarsel til en helsestasjonslege, som ikke hadde oppdaget at et barn hadde utviklet vannhode til tross for jevnlig kontroll og målinger.¹¹⁷ De kom til at legen hadde handlet i strid med forsvarlig virksomhet, og at handlingen var egnet til å medføre fare for pasientens sikkerhet. Legen hadde sviktet innenfor kjerneområdet i sin virksomhet på helsestasjonen. Det ble likevel lagt vekt på at legen erkjente sine feil, og fant det derfor ikke formålstjenlig å gi advarsel.

Sakene hadde forholdsvis lik begrunnelse, men ulikt utfall. I den ene saken ble det gitt advarsel, mens i den andre valgte Statens helsetilsyn å ikke gi administrativ reaksjon. Selv om vilkårene er tilstede, er det opp til helsetilsynet om det skal gis sanksjoner, jfr. ordlyden ”*kan*”.¹¹⁸ Av hensyn til rettsikkerhet er det viktig at avgjørelser forvaltningen treffer overfor borgerne er ”*mest mulig forutberegnelige*”.¹¹⁹ Det er likevel forståelig at tilfeller av medisinsk uaktsomhet er ulike, og at helsetilsynet derav bør ha en viss skjønnsmargin.

Det er vanskelig å finne et klart svar på hva som er årsaken til de ulike utfallene, men det viser at det er et visst rom for at alvorlige medisinske feil ikke får konsekvenser. Man kan stille spørsmål ved om Statens helsetilsyn anser advarsel som et lite virksomt middel, men det vil imidlertid kun være spekulasjoner. Det ser ut til å være utslagsgivende om Statens helsetilsyn finner det formålstjenlig å gi advarsel, og at det her legges særlig vekt på om helsepersonellet ”*selv erkjenner å ha forsømt seg*”. Dette kan tyde på at dersom

¹¹⁷ Helsetilsynet, tilsynssak, Blodpropp i legg, 8. august 2017

<https://www.helsetilsynet.no/no/Tilsyn/Tilsynssaker/Barn-som-utviklet-vannhode-helsestasjonsleges-vurdering-og-oppfolging-av-hodeomkrets/>

¹¹⁸ Hpl. §56 (1)

¹¹⁹ Molven og Gisle, Store norske leksikon, Rettsikkerhet

helsepersonellet innser egne feil, vil det ikke få konsekvenser. Det er derfor aktuelt å se nærmere på hva en advarsel egentlig innebærer.

Den mildeste, men også vanligste, reaksjonsformen er å gi advarsel.¹²⁰ Rettsvirkningen av en advarsel er at den kan bli tillagt vekt ved senere pliktbrudd, hvor det kan bli spørsmål om tap av autorisasjon.¹²¹ Arbeidsgiver vil dessuten bli varslet om forholdet.¹²² Videre er advarsler enkeltvedtak som innebærer at dokumentet er gjenstand for innsyn fra offentlighetens side.¹²³ Personopplysninger er imidlertid sensurerte, slik eksempelsakene i denne utredningen viser. Det fremgår derfor ikke av dokumentet hvilket helsepersonell vedtaket gjelder.

I praksis opplever helsepersonell advarsel som svært inngripende. Det kan for eksempel ”ved ansettelse og bli lagt vekt på hvorvidt helsepersonell tidligere har fått en advarsel av tilsynsmyndighetene. Advarsel kan da sies å være bestemmende for ens rettigheter og plikter, jf forvaltningsloven §2. Departementet foreslår derfor at en advarsel må anses som et enkeltvedtak og at helsepersonellet må ha adgang til å påklage det for å kunne ivareta sin rettsikkerhet”.¹²⁴

Tillit til helsepersonell er imidlertid svært viktig, og reaksjoner skal bidra til å bevare tilliten.¹²⁵ Det er rimelig å anta at dersom brukere av helse- og omsorgstjenester vet at helsepersonell får konsekvenser dersom de skulle begå alvorlige feil, vil ha større tillit til yrkesgruppen. Det vil derfor være grunnleggende at de ansvarlige for alvorlige feil holdes ansvarlige. At helsepersonellens rettslige vern skal stilles sterkere enn pasienten, vil ikke kunne forsvares. Ved å unnlate å gi reaksjoner av hensyn til helsepersonellet, på tross av at det har skjedd grove feil, vil kunne trekke i retning av at nettopp dette er tilfelle.

Mangel på reaksjoner fra myndighetene er dessuten egnet til å røre ved pårørendes følelsesmessige tilknytning til helsevirksomheter. Pårørende står ofte i en sårbar situasjon i etterkant av et dødsfall, og tilsynsvirksomhetens håndtering av situasjonen kan være avgjørende for deres videre tillit til helsetjenesten. Når en av deres nærmeste har mistet livet

¹²⁰ Hpl. §56

¹²¹ Hpl. §57 (2)

¹²² Hpl. §66 (1)

¹²³ Ot.prp.nr. 13 (1998-1999) Om lov om helsepersonell m.v. (helsepersonelloven) av 13. november 1998, punkt 20.5.2.1 Forholdet til offentlighet

¹²⁴ Ot.prp.nr. 13 (1998-1999) punkt 20.5.2 Advarsel

¹²⁵ Hpl. §56

som følge av alvorlige medisinske feil, kan administrative reaksjoner gi en følelse av at ansvar blir plassert.

I en et annet eksempel fra januar 2018 hadde en assistent ansatt i kommunal tjeneste funnet en pasient liggende på gulvet i sitt hjem, som ikke var kontaktbar, og varslet vernepleier.¹²⁶ Vernepleier fant ikke tid til å se til pasienten, og førte ikke hendelsen opp i journal før etter tre dager. Statens helsetilsyn startet tilsynssak mot både assistent, kommunen og vernepleier i saken. Helsetilsynet kom til at vernepleier hadde opptrådt uaktsomt, og at det kunne fått alvorlige konsekvenser for pasienten å ikke gi livsnødvendig helsehjelp. Vilkår for å gi reaksjoner var derfor til stede.

Pleieren innså egne feil, og det ble derfor likevel konkludert med at det ikke var formålstjenlig å gi advarsel. Det ble i vurderingen presisert at reaksjoner skal bidra til å *”fremme kvalitet i helsetjenesten, pasientsikkerhet og bidra til å forhindre fremtidige pliktbrudd”*. I saken ble det beklaget *lang saksbehandlingstid*.

I tillegg til å vise at det ikke alltid blir gitt advarsler til tross for at vilkårene er tilstede, viser saken at lang saksbehandlingstid synes å være et problem også i nyere tilsynssaker. Som nevnt er datoer sensurert i disse sakene, og det er derfor uvisst hvor lang saksbehandlingen rent konkret har vært. Ved at helsetilsynet selv beklager lang behandlingstid, tyder det likevel på at saken har pågått i lengre tid enn hva som kan anses som rimelig.

Ingen av eksempelsakene fremmer ansvarliggjøring. Det er dessuten ikke funnet noen kilder som tilsier at helsetilsynet har som formål å plassere ansvar; verken helsetilsynslov, helsepersonellov eller forarbeider. Det tyder på at helsetilsynet i utgangpunktet ikke er ment som et rettsmiddel egnet til å plassere ansvar, men det betyr ikke nødvendigvis at tilsynsvirksomheten ikke kan ha en slik effekt.

Eksempelesakene viser at helsetilsynsordningen delvis oppfyller effektivitetskravet, men har tidvis lang saksbehandlingstid, og vil ikke være egnet til å plassere ansvar i alle tilfeller. Helse- og omsorgsdepartementet er imidlertid bevisst på at lang saksbehandlingstid ved hendelsesbaserte tilsyn, og oppfølgingen av alvorlige hendelser, er et problem.¹²⁷

¹²⁶ Helsetilsynet, tilsynssak, Ikke kontaktbar pasient ble liggende uten tilsyn eller oppfølging, 26. januar 2018, <https://www.helsetilsynet.no/no/Tilsyn/Tilsynssaker/Ikke-kontaktbar-pasient-ble-liggende-uten-tilsyn-eller-oppfolging-vernepleier/>

¹²⁷ Prop.150L (2016-2017) side 24-25

Det er også påpekt at det er relativt stor variasjon i hvordan fylkesmennene gjennomfører tilsyn, og at dette kan gå utover hensynet til likebehandling. I et forsøk på å løse dette problemet ble det som nevnt tidligere, opprettet en undersøkelsesenhet.¹²⁸ Avgjørelsene er imidlertid av nyere dato, og viser at like saker kan ha ulikt utfall, samt lang saksbehandlingstid. Endringene ser derfor ikke ut til å ha hatt en utslagsgivende effekt.

Dagens helsetilsynsordning oppfyller ikke EMKs krav til et effektivt rettsmiddel.

4.3 Media

Som en tilleggsbemerkning kunne det vært aktuelt å problematisere medias rolle. Statens helsetilsyn poengterer selv på sine hjemmesider at varslingsordningen ble etablert som følge av offentlig oppmerksomhet rundt alvorlige hendelser i spesialisthelsetjenesten.¹²⁹ Man kan derfor stille spørsmål ved om media kan ha en avgjørende betydning for om befolkningen skal få sine rettigheter oppfylt. Her kan det være aktuelt å vurdere medias rolle i helsetilsynets vedtak, hvor pasienters rettigheter vil vise seg i størst grad i denne sammenheng.

Flere saker hvor Statens helsetilsyn har fattet vedtak om administrative reaksjoner, har sakene vært omtalt i flere aviser i forkant.¹³⁰ Det kunne derfor synes som medieprofilen i sakene kan ha hatt betydning for utfallet. Det finnes imidlertid også en del avgjørelser av administrative reaksjoner, hvor medieoppmerksomhet ikke har funnet sted. Selv om et stort antall tilsynssaker har fått medieomtale, har det ikke vist seg en utvilsom sammenheng mellom oppmerksomhet og utfall. En slik påstand vil derfor ikke ha noe grunnlag, og vil ikke problematiseres videre.

¹²⁸ Prop.150L (2016-2017) side 23

¹²⁹ Helsetilsynet, introduksjon til tilsynsmyndighetene

¹³⁰ Verdens Gang, omtale tilsynssak, 21. oktober 2005 <https://www.vg.no/nyheter/innenriks/i/xRrArOO/mamma-var-hjelpesloes> og Hvamb, Trine og Bergersen, Sophie, TV2, omtale tilsynssak, 16. mai 2015 <https://www.tv2.no/a/6913702/>

5 Ny helsetilsynsordning

5.1 Endringer fra gammel til ny helsetilsynslov

I juni 2013 oppnevnte regjeringen et utvalg som skulle utrede ”*hvordan samfunnet bør følge opp alvorlige hendelser og mistanke om lovbrudd i helse- og omsorgstjenestene*”.¹³¹ Utvalget skulle særlig gjennomgå hensiktsmessigheten av de ulike eksisterende ”*instansenes/aktørenes ansvar, uavhengighet, funksjon og oppgaver ved alvorlige hendelser og mistanke om lovbrudd i helse- og omsorgstjenesten*”.¹³² Resultatet av utredningen førte til en ny helsetilsynslov, som ble sanksjonert i desember 2017.¹³³ Utredningen i dette punktet vil gjelde endringene av betydning for kravene i EMK artikkel 2, og vil derfor ikke nevne andre endringer, eller det som er videreført.

Gjeldende helsetilsynslov er preget av å være ikke være av nyere dato, samt at den har blitt endret gjentatte ganger. Loven har få, men omfattende bestemmelser. Den nye loven fremstår som langt mer oversiktlig og forenklet enn gjeldende lov.¹³⁴ Den har dessuten tatt inn reglene som omhandler varsling, hvor man tidligere måtte se hen til de enkeltbestemmelser i særlovene.¹³⁵ Denne endringen innebærer også at *alle* virksomheter som yter helse- og omsorgstjenester, straks skal ”*varsle Statens helsetilsyn om dødsfall eller svært alvorlig skade på pasient eller bruker som følge av tjenesteytelsen*”.¹³⁶

Ved å gjøre loven mer oversiktlig og forenklet, vil den kunne være mer håndterbar enn tidligere. Dette kan bidra til at både helsepersonell og helsevirksomheter er mer bevisst på sine plikter, samt at også tilsynsvirksomheten kan få større klarhet i hva deres oppgaver innebærer. Klarhet i lovverket gjør det enklere å sikre forutberegnelighet, og kan bidra til et mere effektivt rettsmiddel.

Endringen i meldeplikten er også et viktig bidrag til å gjøre rettsmiddelet mer effektivt. Ved at alle virksomheter nå skal melde fra om dødsfall og alvorlige skader, kan det tenkes at tilfeller som tidligere ikke ville blitt varslet, nå vil bli undersøkt av helsetilsynet.

¹³¹ Prop.150 L (2016-2017) side 9

¹³² Prop.150 L (2016-2017) side 12

¹³³ Stortinget, status lovforslag, helsetilsynsloven (2017)

¹³⁴ Helsetilsynsloven (2017)

¹³⁵ Helsetilsynsloven (2017) §6 og §7

¹³⁶ Helsetilsynsloven (2017) §6

Administrative reaksjoner overfor helsepersonell er regulert i helsetilsynsloven §2 (5), og vil i den nye loven bli videreført til §10. I den nye bestemmelsen er det også lagt til at Statens helsetilsyn ”skal føre et nasjonalt register over advarsel og tilbakekall, frivillig avkall og suspensjon av autorisasjon, lisens, spesialistgodkjenning og rekvireringsrett og begrensning av autorisasjon etter helsepersonelloven kapittel 11”.¹³⁷ Hvorvidt dette er et nasjonalt register som vil være tilgjengelig for den allmenne befolkningen fremstår ikke klart av ordlyden. Dersom det skulle være tilfelle ville det kunne ha en uheldig effekt. Det kan innebære at helsetilsynet vil kvie seg i enda større grad for å bruke administrative reaksjoner, da det kan få store konsekvenser for pasienters tillit til det aktuelle helsepersonellet.

5.2 Øvrige endringer i tilsynsordningen

I tillegg til at det ble opprettet en ny helsetilsynslov, ble det gjort en del endringer i andre lover, som vil påvirke helsetilsynsordningen. Disse endringene er tatt inn i den nye helsetilsynsloven, som en egen bestemmelse.¹³⁸

I tillegg vurderte utvalget om det bør etableres en egen uavhengig ”kommisjon for helse- og omsorgstjenesten utover dagens tilsynsmyndighet og som kan gå dypere inn i å kartlegge årsakene til alvorlige hendelser”.¹³⁹ I juni 2017 ble det vedtatt en lov som skal legge til rette for etablering av Statens undersøkelseskommissjon, som skal undersøke alvorlige hendelser og andre alvorlige forhold i helse- og omsorgstjenesten.¹⁴⁰ Formålet med undersøkelsene skal være å ”få kunnskap om hva som skjedde og årsakene til hendelsen”, samt bidra til ”læring og endring slik at nye alvorlige hendelser forebygges”.¹⁴¹

Siden 2012 har det foreligget en lovfestet plikt til å varsle Statens helsetilsyn ved alvorlige hendelser, for spesialisthelsetjenesten.¹⁴² I tillegg til at bestemmelsen vil bli noe forenklet i ordlyden, vil den også henvise til den nye helsetilsynsloven, samt ny lov om Statens undersøkelseskommissjon for helse- og omsorgstjenesten.¹⁴³ Forenklingen av ordlyden kan

¹³⁷ Helsetilsynsloven (2017) §10

¹³⁸ Helsetilsynsloven (2017) §15

¹³⁹ Prop.150L (2016-2017) side 11

¹⁴⁰ Lov om Statens undersøkelseskommissjon for helse- og omsorgstjenesten §1 og Prop.150L (2016-2017) side 6

¹⁴¹ Prop.150L (2016-2017) side 6

¹⁴² Sphl. §3-3a

¹⁴³ Lov om Statens undersøkelseskommissjon for helse- og omsorgstjenesten §7

gjøre bestemmelsen mere håndterbar, slik at pliktene står klarere. Lovverket rundt tilsynsordningen fremstår som mer helhetlig og samlet.

Samtidig fikk spesialisthelsetjenesten i 2012 plikt til å melde fra om uønskede hendelser som har eller ”kunne ha ført til betydelig personskade”.¹⁴⁴ Dette er den eneste lovbestemmelsen som omtaler hendelser som *kunne* ha ført til betydelig personskade. Likevel kan ikke disse meldingene føre til administrative reaksjoner.¹⁴⁵ Etter den nye helsetilsynsloven gjelder meldeplikten kun ”*dødsfall eller svært alvorlig skade*”.¹⁴⁶ Ordlyden signaliserer at skaden må ha inntruffet for at hendelsen skal anses som alvorlig. Dette er ikke forenelig med helsetilsynets uttalelser, da det i deres vurderinger av administrative reaksjoner gjennomgående poengteres at det ikke er ”*avgjørende om handlingene i den aktuelle saken faktisk har fått slike konsekvenser*”.¹⁴⁷

I departementets vurderinger i forarbeidene ble det foreslått ”*å senke terskelen noe for bruken av autorisasjonstap og bruken av begrensning av autorisasjon når grunnlaget for reaksjonen gjelder faglig uforsvarlig virksomhet*”.¹⁴⁸ I et forsøk på dette, vil det i forbindelse med ikrafttreddelsen av ny helsetilsynslov skje en endring i ordlyden i helsepersonelloven §57. Slik ordlyden står i dag kreves det ”*grov mangel på faglig innsikt*” for å kunne vedta reaksjon etter bestemmelsen.¹⁴⁹ Dette vil endres til ”*vesentlig mangel på faglig innsikt*”.¹⁵⁰ Tanken bak er at terskelen er noe lavere ved ”*vesentlig*” enn ”*grov*”.

Etter dagens ordlyd kreves det at uforsvarligheten må vurderes som grov, for at bestemmelsen skal komme til anvendelse. En naturlig språklig forståelse av den nye ordlyden ”*vesentlig*”, vil være at uforsvarligheten må anses å være av betydning, men ikke nødvendigvis grov. De konkrete vurderingene vil imidlertid fortsatt være opp til Statens helsetilsyn. Om det vil føre til noen reell endring gjenstår å se. Departementet mener likevel at det er riktig å signalisere at ”*alvorlige og gjentatte uforsvarlige vurderinger foretatt av helsepersonell skal ha en konsekvens, og at terskelen etter regelverket skal være noe lavere enn i dag*”. Det fremgår også at bestemmelsen skal praktiseres slik at ”*helsepersonell som på grunn av manglende*

¹⁴⁴ Sphl. §3-3

¹⁴⁵ Sphl. §3-3 (1) og (6)

¹⁴⁶ Helsetilsynsloven (2017) §6

¹⁴⁷ Helsetilsynet, tilsynssak, Ikke kontaktbar pasient ble liggende uten tilsyn eller oppfølging

¹⁴⁸ Prop. 150L (2016-2017) side 55

¹⁴⁹ Hpl. §57

¹⁵⁰ Helsetilsynsloven (2017) §15 nr. 5

*faglige kompetanse utgjør en fare for framtidige pasienter, blir hindret fra å arbeide i helse- og omsorgstjenesten”.*¹⁵¹

Dette signaliserer muligens at administrative reaksjoner skal ha et noe annet formål, enn dagens formål. Slik helsetilsynsordningen står i dag er formålet med administrative reaksjoner mot helsepersonell å ”sikre allmennhetens tillit til helsetjenesten, ivareta pasienters sikkerhet, fremme kvalitet i helsetjenesten og bidra til å hindre fremtidige pliktbrudd av samme art”.¹⁵²

Departementet ønsker ved den nye ordningen ønsker at alvorlige hendelser skal få en konsekvens, samt å hindre at helsepersonell uten nødvendig kompetanse jobber i helse- og omsorgstjenesten. Med et slikt formål vil man i større grad kunne imøtekomme EMKs krav om at rettsmiddelet skal være egnet til å plassere ansvar.

6 Kan EMK tilfredsstilles på andre måter?

6.1 Andre rettsmidler

Slik helsetilsynet er organisert i dag tilfredsstiller det ikke kravene til EMK om å være et effektivt rettsmiddel, egnet til å plassere ansvar. Redegjørelsen ovenfor viser at det er vedtatt enkelte endringer som potensielt vil kunne utbedre disse manglene. Hvorvidt det vil føre til en reell endring er vanskelig å si før endringene er prøvd ut i praksis. Det kan derfor være aktuelt å vurdere om andre rettsmidler kan tilfredsstille EMKs krav.

Eksempelsakene fra EMD viser dessuten at stater kan tilby flere enn et rettsmiddel. Dette punktet kan derfor være aktuelt for å kartlegge hvilke muligheter de pårørende har, dersom de skulle ønske å få saken sin vurdert av et annet organ enn tilsynsmyndighetene. I det følgende vurderes sivile søksmål, strafferettslige søksmål, norsk pasientskadeerstatning, pasient- og brukerombudet og EMD.

¹⁵¹ Prop.150L (2016-2017) side 55

¹⁵² Helsetilsynet, tilsynssak, Leges rekvirering av store mengder vanedannende legemidler i eget og en pasients navn, 28. april 2017, <https://www.helsetilsynet.no/tilsyn/tilsynssaker/leges-rekvirering-av-store-mengder-vanedannende-legemidler-i-eget-og-en-pasients-navn-suspensjon-senere-tilbakekall-av-rekvireringsrett/>

6.2 Sivile søksmål

EMD bruker sivile domstoler som et eksempel på et tilfredsstillende rettsmiddel.¹⁵³ Det er derfor aktuelt å vurdere om dette er et alternativ i Norge.

For å kunne gå til sivilt søksmål må det kunne hjemles i tvisteloven.¹⁵⁴ Tvisteloven krever at det må dreie seg om et rettskrav. Et rettskrav dreier seg om ”*et krav som er underlagt rettslig regulering*”.¹⁵⁵ Dersom en person har fått krenket sin rett til liv etter EMK artikkel 2, vil det dreie seg om et rettskrav. Videre må den som reiser saken ”*påvise et reelt behov for å få kravet avgjort i forhold til saksøkte. Dette avgjøres ut fra en samlet vurdering av kravets aktualitet og partenes tilknytning til det*”.¹⁵⁶ Hvorvidt dette vilkåret er oppfylt må bero på en helhetsvurdering av det konkrete tilfellet.¹⁵⁷ Det er lite som tilsier at sivilt søksmål ikke kan være mulig.

EMK artikkel 2 krever at det aktuelle rettsmiddelet skal være effektivt.¹⁵⁸ Jeg kan ikke se at det på noe tidspunkt er anvendt sivile domstoler for å avgjøre om medisinske feil har ført til en pasients død. Selv om rettsmiddelet er tilgjengelig i teorien, vil det derfor likevel ikke anses å være et reelt rettsmiddel all den tid det ikke er anvendt.

6.3 Strafferettslige søksmål

I utgangspunktet er det Fylkesmannen og Statens helsetilsyn som håndterer alvorlige hendelser i helse- og omsorgstjenesten. Ved enkelte hendelser må også politiet involveres. Dette gjelder i hovedsak ved unaturlige dødsfall.¹⁵⁹ Politiet innhenter medisinskfaglige råd fra fylkesmannen, og vurderer om det er grunnlag for å iverksette etterforskning av hendelsen.¹⁶⁰ All strafferettslig håndtering gjøres av politi, påtalemyndighet og domstoler. En av politiets

¹⁵³ Calvelli and Cigilo v. Italy (2002) avsnitt 51

¹⁵⁴ Tvl. §1-3 (1)

¹⁵⁵ Ot.prp.nr.51 (2004-2005) side 364

¹⁵⁶ Tvl. §1-3 (2)

¹⁵⁷ Ot.prp.nr.51 (2004-2005) Om lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) side 363-364

¹⁵⁸ Calvelli and Cigilo v. Italy (2002) avsnitt 49

¹⁵⁹ Hpl. §36 (3) og Forskrift om leges melding til politiet om unaturlig dødsfall o.l. av 21. desember 2000 nr. 1378 §1

¹⁶⁰ Prop.150L (2016-2017) side 13

hovedoppgaver er å ”avdekke og stanse kriminell virksomhet og forfølge straffbare forhold i samsvar med regler gitt eller i medhold av lov”.¹⁶¹

Kriminalpolitisen centralen behandler saker mot helsepersonell for feilbehandling ”*hvor det er mistanke om, eller pretenderes, at slik behandling har medført pasientens død eller alvorlig legemsskade, eller nærliggende fare for dette*”.¹⁶² Dette gjelder også barmhjertighetsdrap, aktiv dødshjelp, assistert selvmord og lignende.

Helsepersonell straffes i hovedsak etter helsepersonellovens straffebestemmelse. Etter bestemmelsen straffes den som ”*forsettlig eller grovt uaktsomt overtrer bestemmelser i loven eller i medhold av den*”.¹⁶³ Handlingen må dermed være forsettlig eller grovt uaktsom for at bestemmelsen skal komme til anvendelse. Medisinsk uaktsomhet kan i enkelte tilfeller anses som grovt uaktsom, men ordlyden kan tyde på at terskelen er svært høy. Bestemmelsen vil derfor ikke kunne komme til anvendelse ved generell medisinsk uaktsomhet.

Under vurderingen av ny helsetilsynslov mente utvalget av det ”*ikke er grunn til å gi straffeforfølgning en mer fremtredende plass i oppfølgingen av alvorlige hendelser, men pekte på flere forbedringspunkter*”.¹⁶⁴ Utvalget signaliserte her at det ikke er ønskelig å anvende strafferettslige domstoler som hovedsakelig rettsmiddel i saker med alvorlige medisinske feil, og det vil derfor ikke være et godt egnet rettsmiddel for å plassere ansvar.

6.4 Norsk pasientskadeerstatning

Et annet aktuelt rettsmiddel er Norsk pasientskadeerstatning (NPE), som behandler erstatningskrav ved pasientskader, etter pasientskadelovens regler.¹⁶⁵ I loven blir det uttrykt at NPE er ”*ansvarlig for skade som kan kreves erstattet etter loven her*”.¹⁶⁶ Skader som kan erstattes etter loven er svært omfattende.¹⁶⁷ Det betales også ut erstatning ved uopklarte saksforhold.¹⁶⁸

¹⁶¹ Lov om politiet (politiloven) 4. august 1995 §2 nr. 3

¹⁶² RA-2001-5 av 17. desember 2001 punkt 4

¹⁶³ Hpl. §67

¹⁶⁴ Prop.150L (2016-2017) side 27

¹⁶⁵ Passkl. §2

¹⁶⁶ Passkl. §6

¹⁶⁷ Passkl. §2

¹⁶⁸ Passkl. §3

Selv om loven ”påtar” seg ansvar etter ordlyden, viser ikke dette til samme type ansvar i denne sammenheng. NPE påtar seg det økonomiske ansvaret, men kan ikke ansvarliggjøres for selve handlingen. Det underbygges også ved at Kongen kan bestemme i forskrift at ”skadevolderen skal betale en egenandel i de tilfeller det tilkjennes erstatning”.¹⁶⁹ Bestemmelsen viser at skadevolder kan bli holdt delvis økonomisk ansvarlig, men at behandlingen av hvem som skal anses som skadevolder må behandles i en annen instans. NPE er derfor ikke egnet til å plassere ansvar i den forstand EMK krever.

6.5 Pasient- og brukerombudet

Pasient- og brukerombudet er opprettet i medhold av pasient- og brukerrettighetsloven.¹⁷⁰ Ombudet har som formål å ”ivareta pasientens og brukerens behov, interesser og rettssikkerhet overfor den statlige spesialisthelsetjenesten og den kommunale helse- og omsorgstjenesten, og for å bedre kvaliteten i disse tjenestene”.¹⁷¹

Ombudet behandler saker etter henvendelser fra pasienter og brukere, men også etter eget tiltak.¹⁷² Resultatet av behandlingen består som regel i å gi informasjon, råd og veiledning i saken.¹⁷³ Pasient- og brukerombudet har ikke myndighet til å fatte vedtak, og vil derfor heller ikke være et egnet rettsmiddel etter EMK artikkel 2.

6.6 EMD

EMD kan behandle alle saker som angår anvendelse av konvensjonen.¹⁷⁴ Videre kan de motta klager fra enhver person ”som hevder å ha vært utsatt for en overtredelse av de rettigheter som er fastsatt i konvensjonen”.¹⁷⁵ Krenkelser av EMK artikkel 2 vil derfor være omfattet.

Domstolen kan imidlertid bare behandle en sak ”etter at alle nasjonale rettsmidler er uttømt”.¹⁷⁶ Bestemmelsen pålegger personer som ønsker å benytte EMD, en plikt til å først

¹⁶⁹ Passkl. §6a

¹⁷⁰ Pbrl. §8-2

¹⁷¹ Pbrl. §8-1

¹⁷² Pbrl. §8-3

¹⁷³ Pbrl. §8-7 (1)

¹⁷⁴ EMK artikkel 32 nr. 1

¹⁷⁵ EMK artikkel 34

¹⁷⁶ EMK artikkel 35 nr. 1

benytte alle mulige rettsmidler i den aktuelle rettsstaten.¹⁷⁷ Dette innebærer at staten ikke kan bli dømt av EMD uten å ha muligheten til å rette opp i feilen på nasjonalt nivå først. Dette kravet forutsetter at staten tilbyr et effektivt rettsmiddel som er egnet til å håndtere denne typen krenkelser.¹⁷⁸

EMD er dessuten et internasjonalt organ, og ikke et rettsmiddel som hver enkelt konvensjonsstat kan tilby. Selv om domstolen kan være egnet til å oppfylle kravene til et effektivt rettsmiddel, vil det uansett ikke kunne falle inn under statens prosessuelle forpliktelse etter EMK artikkel 2.

7 Avsluttende bemerkninger

7.1 Rettspolitikk

Oppgaven har så langt tatt sikte på å være en rettsdogmatisk vurdering. Denne delen av oppgaven skal bestå av en rettspolitisk vurdering. Rettspolitikken ”*retter seg til lovgiver med spørsmål om loven bør endres*”.¹⁷⁹

Administrative reaksjoner fra Statens helsetilsyn er det virkemiddelet som i dag står nærmest å tilfredsstille EMK artikkel 2. Det oppfyller imidlertid ikke kravene fullt ut, når det gjelder effektivitet og plassering av ansvar. Det er utarbeidet endringer som potensielt vil kunne fylle disse ”hullene”. Jeg mener at endringene ikke fyller hullene nok, og at det er behov for ytterligere endringer for at kravet til et effektivt rettsmiddel i EMK artikkel 2 skal tilfredsstilles.

7.2 Ansvar ved helsepersonell eller virksomhet

Ansvarliggjøring ved reaksjoner fra helsetilsynet har ikke bare fordeler. Det kan ha en motvirkende effekt, da det kan føre til at helsepersonell for eksempel vegrer seg for å utføre

¹⁷⁷ Kjølbro (2010) side 115

¹⁷⁸ Kjølbro (2010) side 115

¹⁷⁹ Horn, Thomas (2017) *Fullstendig isolasjon ved bevisforspillelse*, side 75

helsehjelp, i frykt for at det skal medføre medisinske feil. Om dette er et reelt problem er uvisst. Dersom det er tilfelle vil det kunne føre til en komplisert problemstilling, hvor man må avveie behovet for å ha nok helsepersonell i helsetjenesten mot å sikre at helsepersonellet holder et visst faglig nivå. Gjennom å gi konsekvenser presser man helsepersonellet til å være skjerpet under ytelse av helsehjelp, men samtidig kan det føre til at man presser noe helsepersonell over i andre yrker. Likevel er det viktig at virksomhetens og personellens ansvar tydeliggjøres.

Under utviklingen av den nye helsetilsynsloven var det en del av høringsinstansene som var negative til å senke terskelen for administrative reaksjoner, og mente at ”fokus bør være på systemet og virksomheten og ikke på det enkelte helsepersonell”.¹⁸⁰ Andre hørings instanser var positive til forslaget, hvor Helsedirektoratet blant annet uttalte at de støttet forslaget, med forbehold om at advarsler i større grad bør bli fulgt opp av tilsyn eller arbeidsgiver.¹⁸¹ Enkelte av høringsinstansene dro sammenligninger til andre nordiske ordninger.

7.3 Komparativ rett

Sverige har i likhet med Norge en tilsynsordning, kalt ”Inspektionen för vård och omsorg” (IVO).¹⁸² I likhet med norsk rett har omsorgsvirksomhet et visst ansvar for å sørge for at helsepersonell er i stand til å overholde sine plikter etter loven.¹⁸³ Det innebærer ikke at helsepersonell er fritatt fra ansvar.¹⁸⁴ Dersom det oppdages at helsepersonell har handlet i strid med sine plikter, skal det iverksettes tiltak.¹⁸⁵ Slike tiltak kan være ”prövotid”, ”återkallelse av legitimation”, ”återkallelse av annan behörighet” eller ”begränsning av förskrivningsrätt”.¹⁸⁶

I den svenske ordningen er prøvetid den mildeste reaksjonsformen. Her kan det trekkes parallell til vårt systems ”advarsel”, men gjennomføringen av reaksjonen fremstår som nokså ulik. En prøveperiode har en fast ramme på tre år, hvor det skal foreligge en plan som

¹⁸⁰ Prop.150L (2016-2017) side 52

¹⁸¹ Prop.150L (2016-2017) side 53

¹⁸² Inspektionen för vård och omsorg, Regelverk, <https://www.ivo.se/tillsyn/tillsynsomraden/regelverk/>

¹⁸³ Hpl. §16 og Patientsäkerhetslag (2010:659) av 17. juni 2010, 3 kap §1

¹⁸⁴ Patientsäkerhetslag (2010:659) 6 kap §1

¹⁸⁵ Patientsäkerhetslag (2010:659) 7 kap §29

¹⁸⁶ Patientsäkerhetslag (2010:659) 8 kap

helsepersonellet skal følge for å rette opp i feilen.¹⁸⁷ Reaksjonsformen har dermed en begrenset virketid, og samtidig et mer konkret formål.

Danmarks tilsynsvirksomhet kalles Styrelsen for Patientsikkerhed, og har seks ulike reaksjonsformer. De er henholdsvis ”*skærpet tilsyn*”, ”*fagligt påbud*”, ”*midlertidig indskrænkning af virksomhedsområde*”, ”*midlertidig autorisasjonsfratagelse*”, ”*forbud*” og ”*suspension*”.¹⁸⁸ Også i dette systemet kan det trekkes paralleller til vårt eget system. Den mildeste reaksjonsformen er imidlertid noe mer lik den svenske ”*prövotid*” enn ”*advarel*”. Det skjerpede tilsynet varer som hovedregel i ett år, og har i likhet med det svenske systemet en tidsbegrensning. I tillegg vil man under det skjerpede tilsynet offentliggjøre personens navn og årsaken til reaksjonen.

De mildeste reaksjonsformene i det svenske og danske systemet fremstår systematiserte og formålsrettede. På den ene siden vil noen kanskje tenke at en advarel er mere inngripende, fordi den ikke er tidsbegrenset. Den vil derfor alltid kunne trekkes frem ved nye lovbrudd i løpet av karrieren.

På en annen side fremstår prøvetid og skjerpet tilsyn som mer inngripende i den tidsperioden de gjelder, og det er ikke utenkelig at tilsynsvirksomhetene setter høyere terskel for å anvende disse virkemidlene enn terskelen for å anvende ”*advarel*”. Dersom dette er tilfelle vil systemet være enda lengre unna EMKs krav om ansvarliggjøring, enn helsetilsynsordningen Norge har i dag.

Etter mitt skjønn er det viktig å sikre et effektivt rettsmiddel, som er egnet til å plassere ansvar. Ikke bare for å imøtekomme EMKs krav, men også fordi jeg mener det vil kunne skjerpe det faglige nivået i helsetjenester, og dermed også øke den allmenne tilliten.

Innenfor helsesektoren synes det å være større fokus på læring av feil, enn å plassere ansvar. Det kan være flere grunner til dette. En tanke kan være at helsepersonell er en nødvendighet, for å sikre at de grunnleggende behovene for helsehjelp dekkes. Dette er problematisk, da mangel på helsepersonell øker.¹⁸⁹ Man kan derfor være redd for at administrative reaksjoner

¹⁸⁷ Patientsäkerhetslag (2010:659) 8 kap §1 og §2

¹⁸⁸ Styrelsen for patientsikkerhed, sundhedspersoner der ikke følger de faglige normer, <https://stps.dk/da/sundhedsprofessionelle-og-myndigheder/det-risikobaserede-tilsyn/tilsyn-med-sundhedspersoner/sundhedspersoner-der-ikke-foelger-de-faglige-normer/>

¹⁸⁹ Stølen, Nils Martin, Statistisk sentralbyrå, Betydelig underdekning av helsepersonell i 2035, 19. april 2012 <https://www.ssb.no/forskning/mikrookonomi/arbeidsmarked/betydelig-underdekning-av-helsepersonell-i-2035>

kan føre til et så stort press på helsepersonellet at noen vil velge å ikke yte risikofylt helsehjelp, eller i verste fall velge et annet yrke. Dette mener jeg imidlertid er en sjanse staten må være villig til å ta, for å oppnå målet om et velfungerende helsevesen og tillit til helsetilsynet som rettsmiddel.

Det kan også tenkes at en av grunnlagene for formålet bak helsetilsynsordningen slik den er i dag, er at helsehjelp ofte ytes med en viss risiko. Risikoen vil variere ut fra hvilken type behandling det er snakk om. Eksempelvis vil kirurgiske inngrep innebære større risiko enn et vanlig stell på et sykehjem. En viss risiko vil likevel alltid være tilstede når man fysisk behandler mennesker, og den kan ikke elimineres. Det er imidlertid ikke bare i helsevesenet at yrkesutøvelse innebærer en risiko, men det er så langt jeg kan se kun her yrkesutøvere synes å være skjermet fra ansvarliggjøring.

Dersom man ser på for eksempel politiet, er dette også et risikofylt yrke. Likevel står den enkelte tjenestemann ansvarlig for sine handlinger. Det er opprettet en egen spesialenhet for å etterforske saker som gjelder ansatte i politiet og påtalemyndigheten.¹⁹⁰ Saker fra spesialenheten viser at etterforskning av tjenestefeil i politiet og påtalemyndigheten forekommer relativt ofte.¹⁹¹

Hendelsene blir i hovedsak vurdert etter straffelovens bestemmelser. Særlig anvendes bestemmelser om tjenestefeil og grovt uaktsom tjenestefeil.¹⁹² Et stort antall av sakene henlegges på grunn av manglende bevis. Det vises likevel at dersom det finnes tilstrekkelig bevis for at politi har handlet i strid med sine tjenesteplikter, vil vedkommende straffes. Det er også verdt å merke seg at et politi som straffes, ikke lenger vil kunne utøve sitt yrke.¹⁹³

Yrkessjåfører har også et risikofylt yrke, og er i likhet med alminnelige sjåfører underlagt vegtrafikkloven.¹⁹⁴ Av loven følger det at enhver skal *”ferdes hensynsfullt og være aktpågivende og varsom så det ikke kan oppstå fare eller voldes skade”*.¹⁹⁵ Skyldkravet ved overtredelse av bestemmelsen er uaktsomhet.¹⁹⁶ Aktsomhetsnormen må *”ut fra motorvogners*

¹⁹⁰ Spesialenheten, speesialenheten for politisaker, <http://www.spesialenheten.no/>

¹⁹¹ Spesialenheten, avgjørelser,

<http://www.spesialenheten.no/Bokm%C3%A51/Avgj%C3%B8relser/Sammendrag.aspx>

¹⁹² Lov om straff (straffeloven) av 20. Mai 2005 nr. 28 §171 og §172

¹⁹³ Politil. §18

¹⁹⁴ Lov om vegtrafikk (vegtrafikkloven) av 18. juni 1965 nr. 4, §1, *”all trafikk”*

¹⁹⁵ Vtrl. §3

¹⁹⁶ Vtrl. §31

store skadepotensial være streng".¹⁹⁷ Uaktsomheten omfatter også *"ubevisst uaktsomhet"*, altså tilfeller hvor *"vedkommende overhodet ikke tenker på faremuligheten"*.¹⁹⁸

Videre følger det at enhver *"som med eller uten skyld er innblandet i trafikkuhell, skal straks stanse og hjelpe personer og dyr som er kommet til skade, og for øvrig delta i de tiltak som uhellet gir grunn til. Denne plikt har, om det er nødvendig, også andre som er i nærheten eller som kommer til stede"*.¹⁹⁹ Ordlyden forstås slik at alle som ferdes i trafikken, og kommer i nærheten av en trafikkulykke, plikter å yte nødvendig hjelp. Brudd på denne plikten straffes.²⁰⁰ Dersom en person også har voldt eller medvirket til trafikkuhellet, og unnlater å yte hjelp, skal *"retten til å føre førerkortpliktig motorvogn fratas for alltid"*.²⁰¹

Uaktsomhet i trafikken medfører stor risiko for skade, og det er relativt lav terskel for å stille uaktsomme sjåførere ansvarlig for sine handlinger. Det er dessuten straffbart å ikke yte nødvendig hjelp ved ulykker. Her kan det dras paralleller til ansvarliggjøring av helsepersonell. I likhet med ytelse av helsehjelp, innebærer føring av motorvogn alltid en viss risiko. Terskelen for ansvarliggjøring er likevel svært ulik. Dersom en syk person ikke får helsehjelp kan pasienten dø. Det samme gjelder også dersom en alvorlig skadet person ikke får hjelp etter en ulykke. Resultatet er dermed det samme, men ansvarliggjøringen er ulik. Det er straffbart å ubevisst unnlate å yte hjelp etter ulykker, men et helsepersonell som ubevisst unnlater å gi en pasient nødvendig helsehjelp risikerer ikke straff.²⁰² Hvorvidt en person innser sine feil er uvesentlig i en vurdering av hvordan en sjåfør skal ansvarliggjøres. I vurderingen av om helsepersonell skal få konsekvenser kan det være avgjørende.

Illustrerende er en nylig hendelse, hvor en lege ble dømt til 45 dagers fengsel for uaktsomt bildrap.²⁰³ Dersom legen hadde vært uaktsom i ytelsen av helsehjelp ville han unngått straff, men som bilist ble han straffet for sin uaktsomhet.

Dette viser at helsepersonell står i en særstilling i norsk rett. Uaktsomhet som medfører fare en annen persons liv får i de aller fleste tilfeller konsekvenser, både ved yrkesutøvelse og som

¹⁹⁷ TNHER-2016-209542 av 18. mai 2017, post III

¹⁹⁸ TNHER-2016-209542, post III

¹⁹⁹ Vtrl. §12

²⁰⁰ Vtrl. kapittel V

²⁰¹ Forskrift om tap av retten til å føre motorvogn av 19. desember 2003 nr. 1660 §6-1

²⁰² Helsetilsynet, tilsynssak, Blodpropp i legg

²⁰³ Nordlys, omtale dom for uaktsomt bildrap, [https://www.nordlys.no/kriminalitet-og-](https://www.nordlys.no/kriminalitet-og-rechtsvesen/dodsulykker/ulykke/lege-domt-til-45-dagers-fengsel-for-uaktsomt-bildrap-anke-avvist/s/5-34-821289)

[rechtsvesen/dodsulykker/ulykke/lege-domt-til-45-dagers-fengsel-for-uaktsomt-bildrap-anke-avvist/s/5-34-821289](https://www.nordlys.no/kriminalitet-og-rechtsvesen/dodsulykker/ulykke/lege-domt-til-45-dagers-fengsel-for-uaktsomt-bildrap-anke-avvist/s/5-34-821289)

privatperson. Slik jeg ser det vil det være hensiktsmessig å innskrenke tilsynsmyndighetenes skjønnsrom noe. Fordi medisinske tilfeller er så ulike, er det nødvendig med et visst rom for skjønn i vurderingen av om feil skal føre til administrative reaksjoner. Jeg mener imidlertid at skjønnsrommet slik det står i dag er for vidt.

Tilsynsmyndighetene står fritt i valget om å gi sanksjoner, dersom vilkårene er tilstede, jfr. ordet ”*kan*”.²⁰⁴ Her mener jeg det kunne sikret større forutsigbarhet, ansvarliggjøring og tillit dersom det ble eksemplifisert noen tilfeller hvor det *skal* eller *bør* gis reaksjoner. Skal-tilfeller er absolutte, mens ordlyden *bør* signaliserer at det er ønskelig med reaksjoner i større grad enn ordlyden *kan*. Jeg mener for eksempel at tilfeller hvor det kan bevises at alvorlige medisinske feil har ført til en pasients død typisk må være omfattet av tilfeller som *skal* føre til reaksjoner. På denne måten vil lovgiver i større grad kunne legge føringer for hvilke tilfeller som bør få konsekvenser, og de mest alvorlig tilfellene fremheves.

Samtidig vil jeg presisere at jeg ikke mener at ordlyden skal være for snever, eller inneholde for mange eksempler. Da vil man kunne risikere at tilfeller som *skulle* vært omfattet likevel faller utenfor. Jeg er dessuten enig i Helse- og omsorgsdepartementets vurdering av at terskelen for tilbakekall av autorisasjon bør senkes.²⁰⁵ Dersom man endrer ordlyden, og fremhever de alvorligste tilfellene av medisinske feil, vil ordlyden kunne bidra til at terskelen senkes. På denne måten vil man også ha et rettsmiddel som sikrer at det blir plassert ansvar når en pasient dør under ytelse av helsehjelp.

²⁰⁴ Hpl. §§56-60, 63 og 64

²⁰⁵ Prop.150L (2016-2017) side 55

8 Kildeliste

8.1 Norske lover

<i>Grl.</i>	Kongeriket Norges Grunnlov (grunnloven) av 17. mai 1814
<i>Vtrl.</i>	Lov om vegtrafikk (vegtrafikkloven) av 18. juni 1965 nr. 4
<i>Fvl.</i>	Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven) av 10. februar 1967
<i>Helsetilsynsloven</i>	Lov om statlig tilsyn med helse- og omsorgstjenesten m.m. (helsetilsynsloven) av 30. mars 1984 nr. 15
<i>Koml.</i>	Lov om kommuner og fylkeskommuner (kommuneloven) av 25. september 1992 nr. 107
<i>Politul.</i>	Lov om politiet (politiloven) av 4. august 1995 nr. 53
<i>Mrl.</i>	Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) av 21. mai 1999 nr. 30
<i>Sphl.</i>	Lov om spesialisthelsetjenesten m.m. (spesialisthelsetjenesteloven) av 2. juli 1999 nr. 61
<i>Pbrl.</i>	Lov om pasient- og brukerrettigheter (pasient- og brukerrettighetsloven) av 2. juli 1999 nr. 63

<i>Hpl.</i>	Lov om helsepersonell m.v. (helsepersonelloven) av 2. juli 1999 nr. 64
<i>Passkl.</i>	Lov om erstatning ved pasientskader mv. (pasientskadeloven) av 15. juli 2001 nr. 53
<i>Strl.</i>	Lov om straff (straffeloven) av 20. mai 2005 nr. 28
<i>Hforsknl.</i>	Lov om medisinsk og helsefaglig forskning (helseforskningsloven) av 20. juni 2008 nr. 44
<i>Hol.</i>	Lov om kommunale helse- og omsorgstjenester m.m. (helse- og omsorgstjenesteloven) av 24. juni 2011 nr. 30
<i>Lov om Statens undersøkelseskommissjon for helse- og omsorgstjenesten</i>	Lov om Statens undersøkelseskommissjon for helse- og omsorgstjenesten av 16. juni 2017 nr. 56 IKKE I KRAFT
<i>Helsetilsynsloven (2017)</i>	Lov om statlig tilsyn med helse- og omsorgstjenesten mv. (helsetilsynsloven) av 15. desember 2017 nr. 107 IKKE I KRAFT

8.2 Konvensjoner

<i>EMK</i>	Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (EMK) av 4. november 1950
------------	--

8.3 Avgjørelser fra Den europeiske menneskerettsdomstol

McCann and others v. The United Kingdom (1995)

Case of McCann and others v. The United Kingdom, Grand Chamber, av 27. september 1995, application no. 18984/91

Yasa v. Turkey

Case of Yasa v. Turkey av 2. september 1998, (63/1997/847/1054)

Osman v. The United Kingdom

Case of Osman v. The United Kingdom, Grand Chamber, av 28. oktober 1998, (871997/871/1083)

Erikson v. Italy

First section decision as to the admissibility of Erikson v. Italy, av 26. oktober 1999, application no. 37900/97

Hugh Jordan v. The United Kingdom

Case of Hugh Jordan v. The United Kingdom, av 4. mai 2001, application no. 24746/94

Calvelli and Cigilo v. Italy

Case of Calvelli and Cigilo v. Italy, Grand Chamber, av 17. januar 2002, application no. 32967/96

McShane v. The United Kingdom

Case of McShane v. The United Kingdom, av 28. mai 2002, application no. 4329/98

Finucane v. The United Kingdom

Case of Finucane v. The United Kingdom, av 1. juli 2003, application no. 29178/95

Silih v. Slovenia (2009)

Case of Silih v. Slovenia, Grand Chamber, av 9. april 2009, application no. 71463/01

Fernandes v. Portugal

Case of Lopes de souse Fernandes v. Portugal, Grand Chamber, av 19. desember 2017, application no. 56080/13

8.4 Forarbeider

Ot.prp.nr. 13 (1998-1999)

Ot.prp.nr. 13 (1998-1999) Om lov om helsepersonell m.v. (helsepersonelloven) av 13. november 1998

Ot.prp.nr. 31 (1998-1999)

Ot.prp.nr. 31 (1998-1999) Om lov om erstatning ved pasientskader (pasientskadeloven) av 18. desember 1998

Ot.prp.nr. 105 (2001-2002)

Ot.prp.nr. 105 (2001-2002) Om lov om endringer i lov 30. mars 1984 nr. 15 om statlig tilsyn med helsetjenesten og i enkelte andre lover, av 28. juni 2002

Ot.prp.nr. 51

Ot.prp.nr. 51 (2004-2005) Om lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) av 4. mars 2005

Dokument 16 (2011-2012)

Rapport til Stortingets presidentskap fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven, Dokument 16 (2011-2012) av 19. desember 2011

Prop. 150 L (2016-2017)

Prop. 150 L (2016-2017) Lov om statlig tilsyn med helse- og omsorgstjenesten mv. (helsetilsynsloven) av 16. juni 2017

8.5 Forskrifter

Forskrift om melding av unaturlig dødsfall

Forskrift om leges melding til politiet om unaturlig dødsfall o.l. av 21. desember 2000 nr. 1378

Tapsforskriften

Forskrift om tap av retten til å føre motorvogn mv. av 19. desember 2003 nr. 1660

8.6 Litteratur

Aall (2015)

All, Jørgen (2015) *Rettsstat og menneskerettigheter: En innføring i vernet om individets sivile og politiske rettigheter etter den norske forfatning, og etter den europeiske menneskerettighetskonvensjon*

Horn (2017)

Horn, Thomas (2017) *Fullstendig isolasjon ved risiko for bevisforspillelse*

Gisle (2000)

Gisle, Jon (2000) *Jusleksikon*

Kjølbrot (2010)

Kjølbrot, Jon Fridrik (2010) *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – for praktikere*

Stub (2011)

Stub, Marius (2011) *Tilsynsforvaltningens kontrollvirksomhet: undersøkelse og beslag i feltet mellom forvaltningsprosess og straffeprosess*

Syde m.fl. (2000)

Syde, Aslak, Førde, Reidun og Førde, Olav Helge (2000) *Medisinske feil*

8.7 Avgjørelser fra Statens helsetilsyn og Statens helsepersonellnemnd

HPN-2008-161

HPN-2008-161, Statens helsepersonellnemnd, saksnummer 08/161, av 22. juni 2009

HPN-2015-264 og HPN-2015-336

HPN-2015-264 og HPN-2015-339, Statens helsepersonellnemnd, saksnummer 15/264 og 15/339, av 13. september 2016

Helsetilsynet, Leges rekvirering av store mengder vanedannende legemidler

Helsetilsynet, tilsynssak av 28. april 2017, Leges rekvirering av store mengder vanedannende legemidler i eget og én pasients navn,
<https://www.helsetilsynet.no/tilsyn/tilsynssaker/leges-rekvirering-av-store-mengder-vanedannende-legemidler-i-eget-og-en-pasients-navn-suspensjon-senere-tilbakekall-av-rekvireringsrett/> Sist besøkt 27.03.2018

Helsetilsynet, Blodpropp i legg

Helsetilsynet, tilsynssak av 16. juni 2017, blodpropp i legg,
<https://www.helsetilsynet.no/no/Tilsyn/Tilsynssaker/Blodpropp-i-legg-mangelfull-vurdering-advarsel-til-siste-undersokende-lege/> Sist besøkt 26.03.2018

Helsetilsynet, Barn som utviklet vannhode

Helsetilsynet, tilsynssak av 8. august 2017,
barn som utviklet vannhode

<https://www.helsetilsynet.no/no/Tilsyn/Tilsynssaker/Barn-som-utviklet-vannhode-helsestasjonsleges-vurdering-og-oppfolging-av-hodeomkrets/> Sist besøkt 27.03.2018

Helsetilsynet, Ikke kontaktbar pasient ble liggende uten tilsyn eller oppfølging

Helsetilsynet, tilsynssak av 26. januar 2018, ikke kontaktbar pasient ble liggende uten tilsyn eller oppfølging

<https://www.helsetilsynet.no/no/Tilsyn/Tilsynssaker/Ikke-kontaktbar-pasient-ble-liggende-uten-tilsyn-eller-oppfolging-vernepleier/> Sist besøkt 26.03.2018

Helsetilsynet, Hjerteinfarkt ikke fulgt opp forsvarlig på legevakt

Helsetilsynet, tilsynssak av 14. mars 2018, hjerteinfarkt ikke fulgt opp forsvarlig på legevakt

<https://www.helsetilsynet.no/no/Tilsyn/Tilsynssaker/Hjerteinfarkt-ikke-fulgt-opp-forsvarlig-pa-legevakt-pasient-dode-advarsel-til-lege/> sist besøkt 27.03.2018

8.8 Annet

RA-2001-5

RA-2001-5 av 17. desember 2001

TNHER-2016-209542

TNHER-2016-209542 av 18. mai 2017

Molven og Gisle, snl, Rettssikkerhet

Molven, Olav og Gisle, Jon, Store norske leksikon, Rettssikkerhet, 16. august 2017, <https://snl.no/rettssikkerhet> (Sist besøkt 18.04.2018)

Molven, sml, Uaktsomhet

Molven, Olav, Store medisinske leksikon, Uaktsomhet, 22. desember 2016 <https://sml.snl.no/uaktsomhet> (Sist besøkt 29.03.2018)

Stortinget, Status lovforslag, helsetilsynsloven (2017

Stortinget, Status Lov om statlig tilsyn med helse- og omsorgstjenesten m.v. (2017) <https://www.stortinget.no/no/Saker-og-publikasjoner/Saker/Sak/?p=68609> (Sist besøkt 01.04.2018)

Helsetilsynet, Tilsynsrapport etter alvorlig hendelse ved Haukeland universitetssykehus

Helsetilsynet, Tilsynsrapport etter alvorlig hendelse, Feilmedisinering ved cellegiftbehandling av et seks år gammelt barn ved Haukeland universitetssykehus https://www.helsetilsynet.no/globalassets/upload/tilsyn/varsel_enhet/Haukeland_celle_giftbehandling_2017.pdf/ (Sist besøkt 01.04.2018)

Helsetilsynet, Om tilsyn

Helsetilsynet, Om tilsyn, Hva er tilsyn? <https://www.helsetilsynet.no/no/Tilsyn/om-tilsyn/om-tilsyn/> (Sist besøkt 23.03.2018)

Helsetilsynet, Organisasjonshistorie

Helsetilsynet, Organisasjonshistorie
<https://www.helsetilsynet.no/no/Toppmeny/Om-tilsynsmyndighetene/Organisasjonshistorie-Statens-helsetilsyn-og-forloparar/> (Sist besøkt 24.04.2018)

Helsetilsynet, Introduksjon til tilsynsmyndighetene

Helsetilsynet, Introduksjon til tilsynsmyndighetene
<https://www.helsetilsynet.no/no/Toppmeny/Om-tilsynsmyndighetene/Introduksjon-tilsynsmyndigheten-tilsyn-barnevern-sosial-helse-omsorgstjenester-Norge/> (Sist besøkt 21.03.2018)

Det kongelige Helse- og omsorgsdepartement, Statsbudsjett 2018

Det kongelige Helse- og omsorgsdepartement, Statsbudsjett 2018
Kap. 748 Statens helsetilsyn,
https://www.regjeringen.no/contentassets/889319cb65664b63a9938b3273316033/2018/tildelingsbrev_helsetilsynet_2018.pdf
(Sist besøk 15.04.2018)

Stølen, SSB, Betydelig underdekning av helsepersonell

Stølen, Nils Martin, Statistisk sentralbyrå,
19. april 2012, Betydelig underdekning av helsepersonell i 2035
<https://www.ssb.no/forskning/mikrookonomi/arbeidsmarked/betydelig-underdekning-av-helsepersonell-i-2035> (Sist besøk 15.04.2018)

Spesialenheten for politisaker

Spesialenheten, Spesialenheten for politisaker <http://www.spesialenheten.no/>
(Sist besøkt 15.04.2018)

Spesialenheten, Avgjørelser

Spesialenheten, Avgjørelser,
<http://www.spesialenheten.no/Bokm%C3%A5l/Avgj%C3%B8relser/Sammendrag.aspx> (Sist besøkt 15.04.2018)

Ingebrigtsen, HT, omtale tilsynssak

Ingebrigtsen, Turid, Harstad Tidende,
omtale tilsynssak, 2. mai 2017
<https://www.ht.no/incoming/article87780.ace> (Sist besøkt 01.04.2018)

VG, omtale tilsynssak

Verdens Gang, Omtale tilsynssak, 21.
oktober 2005
<https://www.vg.no/nyheter/innenriks/i/xRArOO/mamma-var-hjelpesloes> (Sist besøkt 15.04.2018)

Hvamb og Bergersen, TV2, omtale tilsynssak

Hvamb, Trine og Bergersen, Sophie, TV2,
omtale tilsynssak, 16. mai 2015
<https://www.tv2.no/a/6913702/> (Sist besøkt 15.04.2018)

Inspektionen för vård och omsorg, Regelverk

Inspektionen för vård och omsorg,
Regelverk
<https://www.ivo.se/tillsyn/tillsynsomraden/regelverk/> (Sist besøkt 16.04.2018)

Patientsäkerhetslagen

Patientsäkerhetslag (2010:659) av 17. juni
2010

*Styrelsen for patientsikkerhed,
Sundhedspersoner der ikke følger de
faglige normer*

Styrelsen for patientsikkerhed,
Sundhedspersoner der ikke følger de
faglige normer,
<https://stps.dk/da/sundhedsprofessionelle-og-myndigheder/det-risikobaserede-tilsyn/tilsyn-med-sundhedspersoner/sundhedspersoner-der-ikke-foelger-de-faglige-normer> (Sist besøkt 16.04.2018)

Nordlys, omtale dom for uaktsomt bildrap

Nordlys, omtale dom for uaktsomt bildrap,
<https://www.nordlys.no/kriminalitet-og-rettsvesen/dodsulykker/ulykke/lege-domt-til-45-dagers-fengsel-for-uaktsomt-bildrap-anke-avvist/s/5-34-821289> (16.04.2018)